

Tribunal Supremo de Justicia

Fernando Parra Aranguren

-Editor-



DERECHO DEL TRABAJO Y DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: NORMAS LABORALES, DECISIONES JUDICIALES Y ESTUDIOS

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Normativa /Nº 7
Caracas / Venezuela / 2006

KHW1789

D431

Derecho del trabajo y derecho de la seguridad social: Normas laborales, decisiones judiciales y estudios / Fernando Parra Aranguren, editor.- Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2006.

848 p. - (Serie Normativa - N° 7)

1. Derecho Laboral - Venezuela. 2. Seguridad Social - Venezuela. 3. Jurisprudencia Laboral - Venezuela.

**El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable
por el contenido de los artículos firmados**

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Serie Normativa, N° 7
Fernando Parra Aranguren, Director
Depósito Legal lf:
ISBN:
Depósito Legal lf:
ISBN:

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

**DERECHO DEL TRABAJO
Y DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL:
NORMAS LABORALES,
DECISIONES JUDICIALES Y ESTUDIOS**

**Tribunal Supremo de Justicia
Serie Normativa - N° 7
Caracas/Venezuela/2006**

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño
Primera Vicepresidenta del Tribunal
y Presidenta de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera
Vicepresidente de la Sala
Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López
Dr. Marcos Túlio Dugarte Padrón
Dra. Carmen Zuleta de Merchán
Dr. Arcadio Delgado Rosales

SALA ELECTORAL

Dr. Juan José Núñez Calderón
Presidente de la Sala
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba
Vicepresidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Dr. Rafael Arístides Rengifo Camacaro
Dr. Luis Alfredo Sucre Cuba

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero
Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez
Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Presidenta de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Vicepresidente de la Sala
Dr. Levis Ignacio Zerpa
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Dr. Emiro Antonio García Rosas

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Carlos Oberto Vélez
Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala
Dra. Yris Armenia Peña Espinoza
Vicepresidenta de la Sala.
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández
Dra. Isbelia Josefina Pérez Velásquez

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte
Presidente de la Sala
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León
Dra. Deyanira Nieves Bastidas
Dra. Miriam del Valle Morandy Mijares



Palabras Preliminares

Esta obra, Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social: Normas Laborales, Decisiones Judiciales y Estudios , como su nombre lo indica, se divide en tres partes, todas relacionadas con dos de las ramas del denominado derecho social: el del Trabajo y el de la Seguridad Social. La primera, difunde informes preparados por profesionales del derecho donde indican los que, a su entender, constituyen las más importantes novedades incluidas por el Poder Ejecutivo al reglamentar la Ley Orgánica del Trabajo y la de Alimentación de los Trabajadores, el veinticinco de abril de 2006 (Gaceta Oficial N° 38.426, de veintiocho del mismo mes y año). La siguiente, propaga –con miras a facilitar su conocimiento por los operadores de justicia, los justiciables y los interesados en esta área del conocimiento– las más importantes sentencias –a juicio del compilador– dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, durante el lapso febrero-junio del año en curso. La última, divulga veinticinco estudios, elaborados por docentes nacionales y extranjeros.

En la primera parte, se publican, además de un cuadro comparativo entre el nuevo Reglamento y el derogado, tres breves reseñas de los aspectos más novedosos de la normativa puesta en vigencia recientemente. Asimismo, otras tres que indican los cambios más trascendentales incluidos en el de la Ley de Alimentación de Trabajadores.

En la última, se divultan colaboraciones de veintidós autores nacionales –docentes, en su mayoría– que tratan diversos temas relacionados con el derecho del trabajo, sustantivo y adjetivo; constitucional del trabajo; la ética en las relaciones de trabajo; las condiciones y medio ambiente de trabajo; la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas públicas y privadas; la transferencia de tecnología y los derechos de los docentes universitarios; los requisitos de las leyes con pretensión sancionatoria; indexación e intereses moratorios; y la responsabilidad social de la empresa. Asimismo, tres contribuciones foráneas, de los profesores Jordi Nieva Fenoll, de la Universidad de Barcelona, Reino de España; Sara L. Feldstein de Cárdenas y Luciana B. Scotti, ambas de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina; y la tercera, del magistrado Carlos Alberto Toselli, Vocal de la Sala Décima de la Cámara del Trabajo de Córdoba, también de la República Argentina. El primero y el último acaban de visitar nuestro país con ocasión del III Congreso Internacional del Trabajo y Seguridad Laboral.

Agradecemos a los participantes su generosa colaboración en esta nueva publicación del Tribunal Supremo de Justicia y esperamos que la misma sea recibida con complacencia por la comunidad jurídica nacional a la cual está dedicada.

Caracas, ocho de agosto de 2006

Omar Alfredo Mora Díaz

Contenido

Presentación, Fernando Parra Aranguren	9
PARTE I	
Normas Laborales	
<i>Sección Primera:</i>	
<i>El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo</i>	
Manuel Díaz Mujica, Principales aspectos del nuevo Re-	29
glameto de la Ley Orgánica del Trabajo	
Gabriela Fuschino Vegas, Novedades del Reglamento de	41
la Ley Orgánica del Trabajo	
Juan Carlos Pró Rísquez, El nuevo Reglamento de la Ley	55
Orgánica del Trabajo	
Marlon M. Meza Salas y Sara L. Navarro Pestana, La refor-	69
ma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.....	

Sección Segunda:
***El reglamento de la Ley de Alimentación
para los Trabajadores***

Manuel Díaz Mujica, <i>Reseña de los aspectos novedosos del Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores</i>	93
Gabriela Fuschino Vegas, <i>El Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores (RLAT)</i>	105
Juan Carlos Pró Rísquez, <i>Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores</i>	111

PARTE II
Decisiones Judiciales

Luis Alfredo Hernández Merlanti, <i>Jurisprudencia Laboral: Febrero-Junio 2006</i>	121
---	-----

PARTE III
Estudios

Julio R. Alfonzo Sotillo, <i>La contestación de la demanda y la carga probatoria en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo</i>	217
Tomás Aníbal Arias Castillo, <i>Comentarios sobre la Sentencia de la Sala Constitucional N° 195 de 16 de febrero de 2006</i>	231
Irma Bontes Calderón, <i>Indexación e intereses moratorios en el proceso laboral</i>	243
Jesús Caballero Ortiz, <i>¿La referencia constitucional al trabajador es extensible a la noción de funcionario público? ...</i>	263
Armando J. Camejo R., <i>Ética en las relaciones laborales: una nueva visión en tiempos de globalización</i>	293
Sara L. Feldstein de Cárdenas y Luciana B. Scotti, <i>La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de inmunidad de los estados extranjeros ante los tribunales argentinos en cuestiones de índole laboral</i>	313

Omar García Valentiner , <i>Las relaciones laborales y las relaciones societarias: El relato de una dicotomía que no es...</i>	341
Juan García Vara , <i>Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo</i>	361
Ana Cecilia Gerson Anzola , <i>La negociación colectiva a escala mundial</i>	389
Mervy Enrique González Fuenmayor , <i>Consideraciones jurídicas sobre el psicoterro, acoso moral, estrés laboral (mobbing)</i>	399
Mónica Guerrero Rocca , <i>La nueva normativa laboral: limitación del trabajo extraordinario</i>	423
Oscar Hernández Álvarez , <i>Anotaciones sobre el carácter vinculante de la doctrina de la Sala de Casación Social</i>	451
Luis Alfredo Hernández Merlanti , <i>Los principios generales del derecho aplicables a la actividad probatoria del proceso laboral venezolano previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y otros temas conexos ...</i>	465
Luis Alfonso Herrera Orellana , <i>¿Cogestión, autogestión o estatización?: comentarios al Anteproyecto de Ley de Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas presentado por la Unión Nacional de Trabajadores</i>	499
Francisco Iturraspe , <i>Deberes de los trabajadores en la reforma de la LOPCYMAT.....</i>	527
Héctor Armando Jaime Martínez , <i>Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales</i>	549
Betty Lau Agüero , <i>La constitucionalidad del pago de pasivos laborales a los trabajadores de la administración pública nacional, a través de títulos valores emitidos por la República en Venezuela.....</i>	607

Salvador Leal Wilhelm , <i>La transferencia de tecnología y los derechos de los universitarios</i>	649
Iván Alí Mirabal Rendón , <i>Ejecución de las providencias administrativas emanadas de la Inspectoría del Trabajo</i>	667
Jordi Nieva Fenoll , <i>La relevancia social de la casación: La importancia del ius litigatoris</i>	703
Juan Carlos Pró-Rísquez , <i>Aproximación al régimen de responsabilidad patronal por enfermedad ocupacional en la legislación y jurisprudencia venezolana</i>	735
Nelson Rodríguez García , <i>Los requisitos constitucionales de las leyes con pretensión sancionatoria</i>	777
Andrea Rondón García , <i>La responsabilidad social de la empresa</i>	805
Carlos J. Sarmiento Sosa , <i>La interposición del recurso de control de la legalidad cuando se produce el diferimiento de la sentencia previsto en el artículo 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPTRA)</i>	823
Carlos Alberto Toselli , <i>La cosa juzgada administrativa: Jurisprudencia laboral argentina</i>	837

Presentación

1. Este libro sobre **Derecho del Trabajo y de Derecho de la Seguridad Social: Normas Laborales, Decisiones Judiciales y Estudios**, está dividido en tres partes: la primera, *Normas Laborales*, se ocupa de las de segundo plano de legalidad difundidas en la *Gaceta Oficial* N° 38.426, de veintiocho de abril del presente año, contenidas en los Decretos Nos. 4.447 y 4.448, ambos del veinticinco del mismo mes y año; la segunda, *Decisiones Judiciales*, divulga una selección de sentencias, precedidas de su correspondiente máxima, emanadas del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social; y la última, *Estudios*, entrega al lector veinticinco ensayos sobre las dos ramas del Derecho Social identificadas en su título.
2. En la relacionada con *Normas Laborales*, cabe distinguir en dos secciones: una dedicada a la preceptiva incluida en el Decreto N° 4.447, Reforma Parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, de veinte de enero de 1999, y otra, a la contenida en el Decreto N° 4.448, mediante el cual se reglamenta la Ley de Alimentación para los Trabajadores, de veintisiete de diciembre de 2004. Ésta derogó la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores, de catorce de septiembre de 1998, nunca reglamentada.
 - 2.1 El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, de conformidad con el Artículo 93 de la Reforma Parcial, dejó sin efectos jurídicos, a partir de la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial*, el contenido de los

siguientes artículos del texto reformado: 23 al 28, todos incluidos, 32, 39, 47 al 62, ambos inclusive, 72, 86, 89, 94, 104, 108, 120, 135, 137, 138, 139, 264 y 266.

A. Consecuencia de la derogatoria de los artículos 23 al 28, ambos inclusive, “*que normaba a las empresas de trabajo temporal, se declara la condición de intermediario de las empresas de trabajo temporal debidamente registradas ante la autoridad competente*” (énfasis añadido, Artículo 94 de la Reforma Parcial, 240 del texto unificado).

En relación con este punto, cabe recordar que, el veinte de septiembre de 2005, varios interesados interpusieron –por ante el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional– recurso de nulidad por inconstitucionalidad con solicitud de medida cautelar innominada en contra de la Disposición Derogatoria Tercera de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, de veinticinco de julio de 2005, así como la nulidad parcial del artículo 57 de la misma Ley en sus párrafos 1 y 5 porque “(...) elimina las únicas normas que, en el ordenamiento jurídico venezolano, definen lo que es una empresa de trabajo temporal y establecen los requisitos para su constitución y funcionamiento, como son los artículos 23 al 28 del RLOT”, creando, de este modo, inseguridad jurídica en la colectividad respecto a la situación legal de este tipo de empresa.

Para solicitar la medida cautelar innominada, alegaron: “(...) mal podía suponerse (...) que, al sancionar la Asamblea Nacional una ley atinente exclusivamente a la higiene y seguridad de los trabajadores”, como la citada, hubiese derogado, “en abierta violación de la Constitución, (...) toda la normativa sobre las ETT contenidas en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, y sancionar unas disposiciones legales que, en forma igualmente inconstitucional, darían al traste con toda la sistemática legal y la razón de ser de tales empresas”.

Con esta base, en sentencia N° 3092, de dieciocho de octubre del mismo año, luego de declararse competente para conocer de ambos pedimentos, la Sala acordó la medida cautelar innominada solicitada y, como secuela, la inaplicación de las normas impugnadas mientras decidiera el fondo del recurso, al tiempo que ordenó continuar su tramitación. Hasta la fecha, el órgano colegiado no ha emitido el fallo definitivo sobre el recurso de nulidad.

B. Entre los derogados, se encuentran, además, los artículos 47 al 62, todos incluidos, y el 264, los cuales habían sido abolidos por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de trece de agosto de 2002 (LOPT), Artículo 194. Con este argumento, el artículo 96 de la Reforma Parcial ordena *suprimir* “el texto de los artículos 47 al 62, ambos inclusive, y del artículo 264 (...) en virtud de la derogatoria expresa contenida en la LOPT”. Lo expuesto no fue óbice, sin embargo, para que el artículo 1 de la Reforma Parcial acordara la inserción de un nuevo artículo, identificado con el N° 5, relativo a la prelación de fuentes en los procedimientos administrativos laborales, cuyo texto transcribe, al pie de la letra, el 264 anulado, salvo que, en la expresión “Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo o la ley adjetiva que rija la materia”, hace referencia a la “Ley Orgánica Procesal del Trabajo”.

2.2 El Artículo 241 del texto unificado ratifica los instrumentos normativos allí especificados, los cuales habían sido derogados por el Reglamento reformado, Artículo 267, con excepción de lo indicado en lo referente al Reglamento de la LOT, de treinta y uno de diciembre de 1973: su Título IV continuaría vigente “hasta la entrada en funcionamiento del régimen previsto en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral del 30 de diciembre de 1997, del Capítulo VII del Título V”, lo cual fue eliminado. Cabe señalar que el conjunto normativo de primer plano de legalidad citado en último término, fue derogado por la Ley, del mismo nombre y rango, de treinta y uno de diciembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial Extraordinario* N° 5568, de la misma fecha.

2.3 La sección divulga algunos comentarios sobre la reforma parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, de veinte de enero de 1999, preparados, sin pretensiones de exhaustividad, por Manuel Díaz Mujica (**Principales aspectos del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo**), Gabriela Fuschino Vegas (**Novedades del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo**) y Juan Carlos Pró-Rísquez (**El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo**), amén de un cuadro preparado por Marlon M. Meza Salas y Sara L. Navarro Pestana (**La reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo**).

A. Manuel Díaz Mujica (**Principales aspectos del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo**) hace énfasis en los aspectos que, a su entender, son los más importantes en la nueva normativa, a saber: los relacionados con las empresas temporales; el período de

prueba; el contrato de los jóvenes en formación; los efectos de la sustitución de patronos sobre las organizaciones sindicales; la transferencia o cesión del trabajador; la suspensión de la relación de trabajo; los despidos masivos; la reducción de personal; las percepciones no salariales; la participación en los beneficios; la determinación de los salarios mínimos; el modo de calcular los beneficios, prestaciones, indemnizaciones y sanciones; la compensación de las deudas de los trabajadores; la situación de los prestadores de servicios no sometidos a jornada; las empresas sometidas a oscilaciones de temporada; la regulación del trabajo necesariamente continuo y por turnos; los acuerdos entre los interlocutores sociales con miras a limitar la jornada por acuerdo entre patronos y trabajadores; los efectos del trabajo celebrado en domingo; el salario base para el cálculo de las vacaciones y del bono vacacional; las guarderías; la regulación de las elecciones sindicales, en especial el supuesto de período vencido de los dirigentes; la posibilidad de homologar parcialmente la convención colectiva de trabajo; la prórroga de este instrumento normativo y su administración; los directores laborales en las empresas del sector privado; las medidas preventivas en caso de procedimientos administrativos; la solvencia laboral; y la función sancionadora.

B. Gabriela Fuschino Vegas (**Novedades del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo**) considera que deben destacarse las principales derogatorias (las empresas de trabajo temporal; el contrato de jóvenes en formación; las percepciones no salariales; la inembargabilidad de la remuneración; los trabajadores no sometidos a jornada; y la suspensión de la relación laboral, sea por acuerdo o como medida disciplinaria); las guarderías; el período de lactancia; la prescripción; el período de prueba; la sustitución de patrono y la transferencia de trabajador; la compensación de las deudas del trabajador; el amparo constitucional; la facultad de las inspectorías para verificar el correcto pago de utilidades; las disposiciones sobre el salario (por productividad; el nuevo método para fijar los salarios mínimos; el que debe servir de base para el cálculo de beneficios, prestaciones, indemnizaciones, sanciones y vacaciones); la jornada de trabajo (en labores insalubres y peligrosas; sometidas a oscilaciones de temporada, continuas y por turnos; la convencional; la materializada en días domingo y feriados); los asuntos colectivos (deberes de los directivos sindicales; la notificación de elecciones; la elección de los directores laborales; los alegatos y las defensas del empleador en los procedimientos conflictivos; la prórroga de la convención colecti-

va de trabajo, su homologación parcial y su administración); los procedimientos administrativos (ante despidos masivos; reducción de personal; y medidas preventivas); el Registro Nacional de Empresas y la solvencia laboral; y la función sancionatoria.

C. Juan Carlos Pró-Rísquez (**El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo**) se refiere en primer término a lo relacionado con el Derecho Individual: el período de prueba (artículo 25); la sustitución de patronos (artículo 31); la transferencia o cesión de trabajadores (Artículo 32); la suspensión de la relación laboral (Artículo 34); el procedimiento de despidos masivos (Artículo 40) y el de reducción de personal (Artículo 46 y 48); el salario (Artículos 53, 58, 59, 60, 61 y 70); los procedimientos concursales (Artículo 76); la jornada (Artículos 81, 83, 84, 85, 88 y 90); las vacaciones y el bono vacacional (Artículo 95); la lactancia materna (Artículo 100); las guarderías infantiles (Artículo 101); y las empresas de trabajo temporal (“ETTs”) (Artículo 240).

Seguidamente, explica los cambios en la regulación del Derecho Colectivo: las organizaciones sindicales (Artículos 115, 122, 127 y 128); la convención colectiva de trabajo (Artículos 144, 151); los conflictos (Artículos 173 y 202); la representación y gestión de la empresa, esto es, los directores laborales tanto en el sector público como en el privado (Artículos 203 y 215, en su orden).

Para terminar la preceptiva sobre los procedimientos administrativos de reenganche, traslado o desmejora (Artículo 223), el Registro Nacional de Empresas y Establecimientos y la solvencia laboral (Artículos 227 y 228, en su orden), las sanciones (Artículo 236), la normativa derogada (Artículo 241) y la vigencia.

D. Marlon M. Meza Salas y Sara L. Navarro Pestana (**La reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo**) entregan al lector interesado en estos temas un *cuadro comparativo* donde destacan las principales diferencias entre el Reglamento anterior y la reforma del mismo recientemente aprobada que, se espera, sea de gran utilidad práctica.

3. La segunda sección de la primera parte, *Normas Laborales*, se ocupa de la preceptiva, también de segundo plano de legalidad, objeto del Decreto N° 4.448, mediante el cual se reglamenta la Ley de Alimentación para los Trabajadores de veintisiete de diciembre de 2004 –que, a

su vez, derogó la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores de catorce de septiembre de 1998– ninguna de las cuales había sido reglamentada con anterioridad.

Con miras a facilitar su conocimiento, se incluyen comentarios de Manuel Díaz Mujica (**Reseña de los aspectos novedosos del Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores**), Gabriela Fuschino Vegas [**El Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores (RLAT)**] y Juan Carlos Pró-Rísquez (**Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores**), donde destacan, sucintamente, las cuestiones más resaltantes de las que se ocupa dicha normativa, entre otras: su objeto, su ámbito de validez, comedores, registros, nuevos medios para cumplir la obligación, sanciones y vigencia.

4. Aun cuando no se incluye comentario alguno sobre el mismo, debe indicarse que el Decreto N° 4.446 –de la misma fecha que los anteriores y difundido en la misma *Gaceta Oficial*– estableció los nuevos salarios mínimos a regir a partir del primer día de los meses de mayo y setiembre del año en curso. Estos son sus rasgos más relevantes:

4.1 Nuevo salario mínimo obligatorio: las sumas establecidas a partir del 1º de mayo de 2006 y del 1º de septiembre de 2006 (Artículo 1). Esta misma cantidad se le cancelará a “los trabajadores urbanos, rurales, domésticos y de conserjería, independientemente el número de trabajadores que presten servicios al patrono”.

4.2 Ámbito de validez personal: Trabajadores de los sectores público y privado, incluyendo los “urbanos, rurales, domésticos y de conserjería, independientemente el número de trabajadores que presten servicios al patrono” (Artículo 1).

4.3 Excepciones: El que debe cancelarse “a los adolescentes aprendices”, establecido en el artículo 2, salvo que “presten sus labores en las mismas condiciones que los trabajadores mayores de edad”, caso en el cual devengarán el establecido en el Artículo 1; y el correspondiente a los trabajadores a tiempo parcial (Artículo 6).

4.4 Forma de cancelarlo: en dinero efectivo “y no comprenderán, como parte de los mismos, ningún tipo de salario en especie” (Artículo 3).

4.5 Sanciones: de conformidad con el Artículo 7, si el empleador cancela un salario menor que el señalado, será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo, de diecinueve de junio de 1997 (LOT), artículo 627 [“multa no menor del equivalente a un cuarto (1/4) de un salario mínimo, ni mayor del equivalente a uno y medio (1 1/2) salarios mínimos”].

4.6 Monto mínimo de las Jubilaciones y Pensiones de la Administración Pública y del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales: Los establecidos en el Artículo 1, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 4 y 5, en su orden.

4.7 Otras condiciones de trabajo: se mantendrán inalterables, en cuanto no sean modificadas por el Decreto, salvo “las que se adopten o acuerden en beneficio del trabajador” (Artículo 8).

4.8 Vigencia: A partir del 01 de mayo de 2006 (Artículo 9).

4.9 Consulta Obligatoria: de conformidad con la LOT, Artículo 22, en concordancia con su Reglamento, Artículo 95, debe remitirse a la Asamblea Nacional dentro los cinco (5) días siguientes a su publicación, a fin de que sea ratificado o suspendido dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recepción. La falta de pronunciamiento, se considerará equivalente a su ratificación (Artículo 10).

4.10 Órgano ejecutor del Decreto: el Ministro del Trabajo (Artículo 11).

5. La segunda parte del libro, *Decisiones Judiciales*, difunde una selección de cincuenta sentencias, aproximadamente, dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, en el lapso febrero-junio del año en curso, elaborada por Luis Alfredo Hernández Merlanti (**Jurisprudencia Laboral: Febrero-Junio 2006**), con la colaboración de los Abogados Karla Karen Urdaneta Nava, José Ernesto Hernández Bizot, Mark Antony Melilli Silva y María Alejandra Cardozo Fernández, así como también la de la Bachillera María Isabel Cadenas. Las decisiones escogidas, lo fueron, como destaca el compilador, “no sólo en cuanto exponen nuevos criterios, sino en la medida en que ratifican otros anteriormente exteriorizados” y cada una de ellas “va precedida de una máxima explicativa de los puntos que (...), consideramos) deben destacarse”. El objeto perseguido “con este trabajo de carpinte-

ría” es facilitar su conocimiento a los integrantes de la comunidad jurídica nacional, razón por la cual “nos hemos abstenido de agregar comentarios –positivos o negativos– a lo señalado por los Magistrados en las sentencias, pues esta labor le corresponderá a los lectores”.

6. La última, *Estudios*, entrega al lector veinticinco ensayos sobre distintos temas de Derecho Social, presentados en orden alfabético de acuerdo con el nombre del autor:

A. Julio R. Alfonzo Sotillo (**La contestación de la demanda y la carga probatoria en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**) somete a la consideración del lector “algunas reflexiones” en relación con “el estudio concordado de los artículos 135 y 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, referidos a la contestación de la demanda y a la carga probatoria asumida por las partes en el juicio laboral” con la exclusiva finalidad “de facilitar la comprensión del contenido de dichas disposiciones a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia”.

B. Tomás Aníbal Arias Castillo (**Comentarios sobre la Sentencia de la Sala Constitucional N° 195 de 16 de febrero de 2006**) expresa, sumariamente, su opinión sobre el fallo indicado en el título de su colaboración, “en el que se examinó positivamente la constitucionalidad del artículo 201 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, esto es, se avaló la interpretación aludida, con lo cual (...) produjo una grave contradicción en la jurisprudencia constitucional”. Concluye su estudio afirmando que, con una declaración de este tipo, se pierden de vista “nociónes mínimas de justicia” pues, en los supuestos de declaración “de perención luego de ‘vistos’, la falta de celeridad es sólo exigible a los jueces”.

C. Irma Bontes Calderón (**Indexación e intereses moratorios en el proceso laboral**) comenta la confusión que, “durante años”, ha existido al analizar los conceptos de indexación e intereses de mora en el campo laboral, particularmente en lo relacionado al modo cómo han sido enfocados a través de las decisiones de las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por las de su predecesora, la Corte Suprema de Justicia. Concluye su exposición distinguiendo ambos institutos; sugiriendo la ponderación necesaria al aplicar la ley adjetiva laboral vigente, revisar el criterio de su cálculo y supervisar adecuadamente la prolongación innecesaria de las audiencias preliminares. Finalmente, recomien-

da la necesidad de regularizar el criterio de las Salas que conforman el Alto Tribunal, pues el sostenido por la Sala Politicoadministrativa difiere del utilizado por las otras.

D. Jesús Caballero Ortiz (**¿La referencia constitucional al trabajador es extensible a la noción de funcionario público?**) se plantea la interrogante con que identifica su colaboración porque, en diversas reglas de rango constitucional, “se alude a la noción de trabajador, sobre todo, en las (...) que consagran derechos de carácter laboral”, por una parte; y, por la otra, la misma Carta Magna “dispone que los funcionarios públicos quedarán sometidos a un estatuto”, al tiempo que indica, rigurosamente, su contenido. Ante esta dualidad, analiza si “la noción de funcionario público es distinta a la de trabajador y, en consecuencia, los derechos que ha previsto para él (son o) no son extensibles” al primero. A su entender, “el mecanismo de la vinculación estatutaria reviste tal importancia que es el que permite que bajo la delimitación conceptual de trabajadores ‘sin distinción alguna’, o de trabajadores ‘del sector público y del sector privado’ en la normativa constitucional, puedan quedar comprendidos los funcionarios públicos”.

E. Armando J. Camejo R. (**Ética en las relaciones laborales: una nueva visión en tiempos de globalización**) examina “las nociones teóricas sobre ética en las relaciones laborales en el marco de una nueva visión en tiempos de globalización”, donde imperan “nuevas relaciones de trabajo caracterizadas por la flexibilización”. Sus reflexiones giran “en torno a los aportes teóricos (...) de Niklas Luhmann y Humberto Maturana”. Finalmente, hace “especial énfasis en las redefiniciones del modelo capitalista, cuyos efectos se manifiestan en las distintas esferas socioeconómicas en la sociedad del siglo XXI y más aún en el contexto de las nuevas relaciones laborales intervenidas desde su propio sistema por el anómalo de la flexibilización”.

F. Sara L. Feldstein de Cárdenas y Luciana B. Scotti (**La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de inmunidad de los estados extranjeros ante los tribunales argentinos en cuestiones de índole laboral**) señalan que los Estados y sus representantes pueden ejecutar en un país actividades que, normalmente, serían juzgadas por los tribunales nacionales (*i.e.*, la contratación de personal). Lo expuesto origina la aparición de diversas interrogantes, *inter alia*, juez competente, ley aplicable, inmunidad de jurisdicción y de eje-

cución, alternativas del trabajador para defender sus derechos, ejecución de sentencias contra Estados extranjeros, cuya solución explican “a la luz del derecho argentino y especialmente de la jurisprudencia del máximo tribunal judicial de la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)”. Como resultado, sostienen que, aun cuando se ha transformado el concepto de inmunidad de los Estados, “aún sigue muy arraigada la inmunidad de ejecución, tornando muchas veces ilusorio el cabal cumplimiento de una sentencia pronunciada contra un Estado extranjero”, por más que esto luzca incongruente. Si esto fuere así, concluye el estudio, “no solamente se estaría vulnerando el Derecho Internacional sino que se estaría autorizando a los Estados, que suelen declamar sobre los derechos humanos, a ignorarlos cuando se trata de sus propios trabajadores”.

G. Omar García Valentiner (**Las relaciones laborales y las relaciones societarias: El relato de una dicotomía que no es**) busca, por una parte, “identificar los posibles supuestos fácticos en que se pueden presentar interacciones entre las relaciones societarias y laborales” y, por la otra, “exponer los supuestos fácticos en que ambas relaciones son compatibles, a la par que se presentan los argumentos jurídicos a favor de la cohabitación de las dos relaciones”. Finalmente, presenta algunas que, a su juicio, deberían ser incluidas en la nueva legislación sustantiva del trabajo que está en proyecto.

H. Juan García Vara (**Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo**) analiza las disposiciones de la ley identificada en el título, de veinticinco de julio de 2005, que tiende a la promoción el trabajo seguro, mediante la prevención de accidentes y enfermedades ocupacionales, por lo cual, a su juicio, corresponde al empleador la creación de “un medio ambiente de trabajo seguro”, con miras a evitar los unos y las otras, tanto en el sector como en el privado, sujetos a la ley, salvo las excepciones establecidas. Se refiere, asimismo, a los derechos-deberes incluidos en la ley y en cabeza de trabajadores y empleadores, actuando a través de organizaciones formales o no, a las innovaciones de la preceptiva *sub examine* y a su impacto económico. Seguidamente, examina los conceptos, el accidente en tránsito, la calificación del origen profesional y su revisión. Las reglas analizadas, acota, son de orden público y son aplicables a la totalidad del sector laboral –“salvo por disposición constitucional, el sector de la Fuerza Armada”– en tanto en cuanto sean

compatibles con la naturaleza de las labores que los prestadores de servicios actualizan.

I. Ana Cecilia Gerson Anzola (**La negociación colectiva a escala mundial**) divide su contribución en dos partes. En la primera, se refiere a las reglas creadas por la Organización Internacional del Trabajo con el fin de obtener el máximo provecho posible “de las múltiples relaciones que se pueden establecer entre las empresas multinacionales y la política social, tanto de los países de origen como de los de acogida” (i.e. Directiva para empresas multinacionales de 1976 y en la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de 1997, ambas enmendadas en el 2000). La segunda comenta el desarrollo de un nuevo nivel de negociación colectiva –los convenios marco mundiales– con la finalidad de establecer “un marco de referencia para la negociación colectiva nacional”. Estos compromisos voluntarios representan una importante innovación en la regulación de las relaciones laborales y, tal como afirmó el Director General de la Organización “pueden promover las normas del trabajo en todo el mundo y fomentar la responsabilidad de las empresas” (Conferencia, 2004).

J. Mervy Enrique González Fuenmayor [**Consideraciones jurídicas sobre el psicoteror, acoso moral, estrés laboral (mobbing)**] somete a la consideración de los estudiosos de lo laboral las situaciones relacionadas con los supuestos referidos en el título de su colaboración, especialmente a quienes tienen el derecho-deber de crear la normativa jurídico, en virtud de “la necesidad de concretar tales supuestos como legítimas causales de retiro justificado. Ofrece, además, un panorama de la actividad investigativa sobre la materia y “una visión real del ordenamiento normativo laboral venezolano en la temática investigada”.

K. Mónica Guerrero Rocca (**La nueva normativa laboral: limitación del trabajo extraordinario**) dedica su colaboración al tema de las horas extras, a la luz de su nueva regulación, al tiempo que analiza los efectos derivados de la misma. En este sentido destaca, no sólo la nueva actitud de las autoridades laborales, sino la aparición de organizaciones sindicales paralelas en la zona industrial donde materializa sus labores profesionales. Luego de indicar el concepto y distinguir entre la labor extraordinaria y la realizada en días feriados y de descanso, explica someramente los supuestos permitidos por la legislación sustantiva del trabajo y los requisitos exigidos por la misma.

Seguidamente, explicita tanto la regulación de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo como sus efectos, tal como los ha venido desarrollando el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social.

L. Oscar Hernández Álvarez (**Anotaciones sobre el carácter vinculante de la doctrina de la Sala de Casación Social**), critica el dispositivo de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, Artículo 177 (“los jueces de instancia deberán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia”), aplicado reiteradamente por la Sala de Casación Social. Ésta, a través de los recursos de casación y de control de la legalidad, deja sin efecto los fallos de instancia que no la acatan. Independientemente de otras observaciones, considera se le pueden formular tres objeciones: la primera, por contradecir el principio de independencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones; la siguiente, por restringir el poder creador de los juzgadores de instancia; y, tercera, por “la dificultad de establecer cuál es la doctrina” que los operadores de justicia deben aceptar sumisamente. Para finalizar, considera que, en la oportunidad legal de revisar las normas adjetivas del trabajo, debe pensarse la posibilidad de modificar su contenido.

M. Luis Alfredo Hernández Merlanti (**Los principios generales del derecho aplicables a la actividad probatoria del proceso laboral venezolano previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y otros temas conexos**) señala, en la introducción, analiza cada uno de los mencionados en el artículo 2 de la LOPT, desarrollados parcialmente por los artículos subsiguientes del Capítulo I, Título I. En la segunda parte de su colaboración, luego de señalar que los aplicables en materia probatoria no se encuentran previstos en una norma expresa, identifica los más importantes en el proceso laboral venezolano.

N. Luis Alfonso Herrera Orellana (**¿Cogestión, autogestión o estatización?: comentarios al Anteproyecto de Ley de Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas presentado por la Unión Nacional de Trabajadores**), presenta algunas observaciones, críticas y sugerencias para un futuro régimen legal de la cogestión o co-administración en Venezuela, a partir de un análisis preliminar de algunas de las disposiciones contenidas en el Anteproyecto presenta-

do en esta materia, en mayo de 2005, por la Unión Nacional de Trabajadores, destacando las en apariencia comunes confusiones que se dan entre formas de organización empresarial distintas, como son la cogestión y la autogestión, y la necesidad de que la instauración de este modelo de participación de los trabajadores en la administración de las empresas no menoscabe derechos igualmente constitucionales, como la libertad económica y la propiedad privada.

Ñ. Francisco Iturraspe (**Deberes de los trabajadores en la reforma de la LOPCYMAT**) estudia la nueva normativa sobre Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, de veinticinco de julio de 2005 y destaca las modificaciones en relación con la derogada de diez de julio de 1986. Comenta el deber de prevención del trabajador que consagra; su ámbito de validez personal; el rol y la responsabilidad que atribuye a los empleadores; las diferencias entre las obligaciones de éstos y de los prestadores de servicios; los distintos deberes que establece, en especial los relacionados con el régimen prestacional, así como los impuestos por los contratos de trabajo, las prácticas laborales y las normas técnicas. Concluye explanando su régimen sancionatorio –y el de la Ley Orgánica del Trabajo– derivado del incumplimiento de los deberes de los trabajadores.

O. Héctor Armando Jaime Martínez (**Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales**), fundamentado en la Encíclica *Laborem Excerens* –explicativa del sentido cristiano del trabajo– de 14 de setiembre de 1981, considera que la persona del trabajador es el bien tutelado. Explicita, seguidamente, tanto el concepto de responsabilidad civil clásico como su clasificación (contractual y extranegocial), los tipos de obligaciones derivadas (de medio y de resultado), el problema de la responsabilidad en el campo laboral a la luz de sus diversas fuentes. Con esta base, analiza el régimen de responsabilidades en materia de infortunios de trabajo, establecidos en la Ley Orgánica de Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de reciente data, haciendo hincapié en las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social. Conclusión, entre otras de su colaboración, es que “la seguridad de la persona del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo debe constituir una tarea de primer orden no sólo para los órganos del Estado encargados de aplicar la ley especial (mencionada), sino también para los empleadores, los trabajadores y la propia sociedad civil”.

P. Betty Lau Agüero (**La constitucionalidad del pago de pasivos laborales a los trabajadores de la administración pública nacional, a través de títulos valores emitidos por la República en Venezuela**), en tema poco estudiado por la doctrina nacional, examina las varias posibilidades que el Estado venezolano, en su condición de empleador, puede utilizar como medio de pago de los pasivos laborales de quienes prestan sus servicios personales en la Administración Pública nacional. Su análisis le permite sostener la juridicidad de una de ellas: mediante títulos valores emitidos por la República, por cuanto no se afecta “patrimonialmente a ninguno de los sujetos de derecho dentro de esta relación” y se mantiene “el equilibrio macroeconómico del país”.

Q. Salvador Leal Wilhelm (**La transferencia de tecnología y los derechos de los universitarios**) considera que, en la sociedad del conocimiento, las casas de estudios superiores, en cuanto generan conocimientos e innovaciones básicos para el desarrollo económico, “están llamadas a desarrollar un proceso de transferencia de tecnología hacia las empresas”. Los recursos generados por esta actividad pueden, sin embargo, ser fuente de conflictos en relación con su distribución. Debido a la inexistencia de normativa que regule la materia, analiza el derecho comparado al tiempo que examina, dogmáticamente, el régimen de propiedad intelectual vigente en las universidades de países desarrollados. El tema, afirma, debe ser objeto de regulación.

R. Iván Alí Mirabal Rendón (**Ejecución de las providencias administrativas emanadas de la Inspectoría del Trabajo**) enfoca su estudio “en la búsqueda de mecanismos dirigidos a solventar la situación del trabajador despedido sin justa causa, cuando éste goza de inamovilidad laboral”. En primer lugar, trata “de fundamentar la aplicabilidad de los procedimientos judiciales (Contencioso Laboral y Amparo Constitucional). Luego destaca los “derechos constitucionales violentados a causa del desacato”, a su juicio, los derechos al trabajo y a la “percepción salarial”, así como también la obligación “de cumplir con los actos emanados del Poder Público”. En tercer lugar, comenta “algunas decisiones judiciales, que han tocado este punto controversial, que hemos compilado y estudiado”, con miras a ofrecer, en las conclusiones, proposiciones concretas.

S. Jordi Nieve Fenoll (**La relevancia social de la casación: La importancia del *ius litigatoris***) afirma que, ya en el siglo XIX, se consi-

deró que la casación existía, no tanto en el interés de los litigantes, sino en el del colectivo, con lo cual se colocó al “ser humano en el peldaño más bajo del ordenamiento jurídico”, opinión corroborada por la actitud de los legisladores y de los Magistrados encargados de materializarla. Esta situación, sostiene, lleva a pensar estos jueces –los más altos en un Estado– son quienes menos realizan la idea de justicia. Su colaboración persigue explicar “que la noción de Justicia (... será) tanto más elevada y más digna cuanta más superioridad y dignidad se le atribuya a un tribunal”. De acuerdo con su colaboración, la noción de justicia se irá perfeccionando a medida que se incremente la categoría de un tribunal: si éste es de casación, aquélla debería ser lo más perfecta posible, objetivo cuya obtención se facilitaría respetando al máximo el *ius litigatoris*, que es, justamente lo que han negado muchísimos autores.

T. Juan Carlos Pró-Rísquez (**Aproximación al régimen de responsabilidad patronal por enfermedad ocupacional en la legislación y jurisprudencia venezolana**) señala que, en materia de salud de los trabajadores, el Estado está en la obligación de garantizarla. Por esta razón, “actúa frente a los particulares desde una doble dimensión, una preventiva, al regular las actividades potencialmente riesgosas a la salud e integridad personal, y otra indemnizatoria, para aquellos casos en donde se han lesionado los referidos derechos”. Sobre esta base, identifica y analiza “la responsabilidad patronal en caso de que ocurra alguna enfermedad de naturaleza ocupacional, no haciendo mayores consideraciones sobre la regulación de los accidentes de trabajo, la cual comparte, casi en su totalidad, los comentarios que haremos sobre la responsabilidad del empleador por enfermedades ocupacionales”. La materia es de particular importancia porque, en nuestro ordenamiento jurídico, “no existe un cuerpo legal único que regule sistemáticamente las enfermedades ocupacionales y la consecuente responsabilidad patronal, en caso de que la hubiere”, por lo cual analiza “el régimen de responsabilidad por enfermedades profesionales previsto, en los cuatro principales textos normativos que los regulan detalladamente”, sin dejar de hacer énfasis en la labor llevada a cabo por la jurisprudencia, particularmente en la determinación del monto indemnizatorio, aun cuando basa sus conclusiones en la que, a su entender, tiene carácter vinculante de conformidad con la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

U. Nelson Rodríguez García (**Los requisitos constitucionales de las leyes con pretensión sancionatoria**) “con modesta ambición de un

administrativista, sin ser un constitucionalista profesional”, inicia su colaboración comentando el valor normativo de la Carta Magna y el rol de sus reglas, valores y principios en la interpretación del derecho. Luego se refiere a la percepción y significado de las sanciones administrativas y concluye su estudio con la enumeración –y análisis– de los principios del derecho sancionatorio administrativo.

V. Andrea Rondón García (**La responsabilidad social de la empresa**) inicia su colaboración con la descripción de los contenidos de la Responsabilidad Social de la Empresa y la distingue de las obligaciones legales que todo ordenamiento jurídico impone a los sujetos que desarrollan diversas actividades económicas. En esta primera parte, no olvida las necesarias correspondencias entre las iniciativas propuestas en el marco de la Responsabilidad Social de la Empresa y las obligaciones legales del empresario, de forma tal que esta última no se constituya en un obstáculo de la primera. Seguidamente, expone la situación en Venezuela de la Responsabilidad Social de la Empresa y sus posibilidades ante las más recientes regulaciones en materia laboral. Analiza, además, los temas de la solvencia laboral y la cogestión, como mecanismo de participación de los trabajadores.

W. Carlos J. Sarmiento Sosa (**La interposición del recurso de control de la legalidad cuando se produce el diferimiento de la sentencia previsto en el artículo 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, LOPTRA**) –basado en el análisis concordado de la LOPTRA, artículos 178 y 165, reiterada doctrina del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, y doctrina nacional– considera que la posición judicial dominante –en la Sala de Casación Social y los Juzgados Superiores del Trabajo– “atenta contra el derecho a tutela judicial efectiva”. En efecto, en vez “de aplicar la norma contenida en el artículo 165 LOPT que obliga al (... Juzgado Superior del Trabajo) a dejar transcurrir el lapso de diferimiento de la sentencia para que el recurrente impugne el fallo a través del control de la legalidad”, sostiene, con fundamento en el 178 *eiusdem*, “que el recurso debe proponerse indefectiblemente dentro de los cinco (5) días siguientes a la sentencia”, sin percatarse de ambas disposiciones se refieren a dos supuestos diferentes. Esta posición, considera, debe ser modificada no sólo para beneficio de los justiciables sino para satisfacer el espíritu del legislador.

X. Carlos Alberto Toselli (**La cosa juzgada administrativa: Jurisprudencia laboral argentina**) pretende “brindar un panorama de la intervención de la autoridad administrativa del trabajo de conformidad con las normas legislativas y criterios de la jurisprudencia, en atención a los intereses que confrontan y a la necesidad de que el justiciable sepa a qué atenerse cuando efectúa sus planteos o defensas procesales”. Luego de explicar la legislación de la Provincia de Córdoba, República Argentina, sobre la materia, destaca que, “en el orden nacional por la Ley 24.635 se estableció una instancia previa de conciliación laboral obligatoria” (artículo 1 en concordancia con el 4), por lo cual “se creó el *Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria* (...), que es quien tiene a su cargo la sustanciación del procedimiento establecido en la ley”. Esta disposición, a su juicio, “parte de una ficción jurídica, cual es suponer que el funcionario administrativo o el conciliador laboral (...) está en condiciones de determinar la aptitud jurisdiccional de una eventual demanda del trabajador y su resultado, es decir, la hipotética sentencia que podría ser dictada, para de este modo poder verificar si la cuantificación numérica que se somete a su consideración contempla ‘la justa composición de derechos e intereses en juego’”.

7. Quien suscribe desea, una vez más, aun cuando nunca será suficiente, agradecer la generosa colaboración recibida en la elaboración de este libro, tanto a quienes enviaron su colaboración como a los que –con razones o sin mencionarlas– no pudieron hacerlo. Todos, indudablemente, contribuyeron a su realización. Espera, además, que la obra sea recibida, por la comunidad jurídica nacional, con la acogida que merece el esfuerzo llevado a cabo.

Caracas, tres de agosto de 2006

Fernando Parra Aranguren

Principales aspectos del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo

Manuel DÍAZ MUJICA*

SUMARIO:

- 1. Empresas de trabajo temporal.**
- 2. Período de prueba.**
- 3. Contrato de jóvenes en formación**
- 4. Efectos de la sustitución de patronos sobre las organizaciones sindicales.**
- 5. Transferencia o cesión del trabajador.**
- 6. Suspensión de la relación de trabajo.**
- 7. Despidos Masivos.**

* Universidad de Carabobo, Abogado. Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho del Trabajo, Profesor de pre y postgrado. Instituto de Estudios Superiores de Administración, Profesor. Universidad Tecnológica de Valencia, Profesor Invitado. Autor de varias publicaciones difundidas en libros y revistas especializadas y Coautor de **La Ley Orgánica del Trabajo: Comentarios sobre su reforma**, Caracas 1997. Baker & McKenzie, Asistente Legal, Valencia (1980-1981), Socio, Caracas (1981-1994), Socio Internacional, Caracas (desde 1994).

Sólo se describen brevemente los principales aspectos del nuevo reglamento. Para entender a cabalidad su extensión e implicaciones es menester realizar un estudio detallado que escapa del propósito de estas líneas

8. Reducción de personal.
9. Percepciones no salariales
10. Participación en los beneficios o utilidades.
11. Fijación de los salarios mínimos.
12. Cálculo de beneficios, prestaciones, indemnizaciones y sanciones.
13. Compensación de las deudas del trabajador.
14. Trabajadores no sometidos a jornada.
15. Empresas sometidas a oscilaciones de temporada.
16. Trabajo necesariamente continuo y por turnos.
17. Límites a la jornada por acuerdo entre patronos y trabajadores.
18. Trabajo en día domingo.
19. Salario para el cálculo de las vacaciones y el bono vacacional.
20. Guarderías.
21. Elecciones Sindicales. Período vencido.
22. Posibilidad de homologación parcial de la convención colectiva de trabajo.
23. Prórroga de la duración de la convención colectiva.
24. Administración de la convención colectiva de trabajo.
25. Directores laborales en empresas privadas.
26. Medidas preventivas en caso de procedimientos administrativos.
27. Solvencia laboral.
28. Función sancionadora.

Mediante el Decreto N° 4.447 del 25 de abril de 2006, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.426 del 28 de abril de 2006, se reformó parcialmente el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.292 Extraordinario del 25 de enero de 1999. Entre los aspectos más resaltantes de este nuevo reglamento (el “Reglamento”) que entró en vigencia en la fecha de su publicación, se encuentran los siguientes:

1. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Se derogan expresamente todos los artículos del reglamento anterior que regulaban a las empresas de trabajo temporal (artículos 23 al 28) y se dispone que las empresas de trabajo temporal, debidamente registradas en el Ministerio del Trabajo, tengan ahora la condición de intermediarios.

2. PERÍODO DE PRUEBA

Se aclara que en los casos en que el patrono dé por terminado injustificadamente el contrato de trabajo durante el período de prueba (de hasta noventa días continuos), el trabajador tendrá derecho al preaviso establecido en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo (la LOT) y a los demás derechos que se hayan causado en proporción al tiempo trabajado.

3. CONTRATO DE JÓVENES EN FORMACIÓN

Se deroga el artículo 32 del reglamento anterior, el cual permitía la contratación de trabajadores de hasta 24 años de edad en condiciones especiales, con el objeto de someterlos a un proceso de formación. Esto no guarda relación ni debe confundirse con los aprendices del Ince.

4. EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN DEL PATRONO SOBRE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES

Se establece que la sustitución del patrono no debe afectar las condiciones de trabajo existentes, legales o convencionales, ni tampoco a las organizaciones sindicales previamente constituidas.

5. TRANSFERENCIA O CESIÓN DEL TRABAJADOR

Se dispone que no podrá transferirse o cederse (a otra empresa) un trabajador mientras ejerza sus derechos de organización sindical y negociación colectiva. Además se da a entender que la transferencia supone para el trabajador una relación a tiempo indeterminado.

6. SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Se deroga el artículo 39 del reglamento anterior, el cual disponía expresamente como causas de suspensión de la relación de trabajo el mutuo acuerdo de las partes, así como la medida disciplinaria de suspensión hasta por quince (15) días continuos.

7. DESPIDOS MASIVOS

El Reglamento precisa que en el caso que se decida la suspensión de despidos masivos, los trabajadores reincorporados tendrán derecho al pago de los “salarios caídos” y a los demás beneficios que les correspondan y que hayan dejado de percibir desde el momento en que se realizó el despido hasta la fecha de la reinstalación o reincorporación.

8. REDUCCIÓN DE PERSONAL

Se mantienen las normas que tradicionalmente han regulado la reducción de personal. Además, se establecen las siguientes opciones como alternativas a la reducción de personal:

1. La modificación de las condiciones de trabajo contenidas en la convención colectiva, en los términos establecidos en los artículos 525 y 526 de la LOT;
2. La suspensión colectiva de las labores, con el objeto de superar la situación de crisis económica planteada. Esta suspensión se mantendría por un plazo que no podría exceder de sesenta días, debiendo observarse lo dispuesto en el artículo 34 del Reglamento.
3. El inicio de un proceso de recapitalización y reactivación de la empresa, con la participación asociativa de sus trabajadores, bajo formas cogestionarias o autogestionarias. En este caso, el Estado brindaría protección especial, facilitando que las empresas que sean gestionadas bajo un esquema de corresponsabilidad:
 - a) Obtengan preferencias crediticias o subsidios por parte de entidades financieras gubernamentales;
 - b) Accedan a acuerdos de renegociación de pagos de deudas que mantengan con la Hacienda Pública Nacional o las relacionadas con contribuciones de la seguridad social;
 - c) Accedan a la ejecución de planes de recuperación o fomento de la industria y los servicios nacionales que conlleven preferencias tributarias o financieras;
 - d) Participen en los programas de compras del Estado y ruedas y macrorruedas de negocios, nacionales e internacionales;
 - e) Obtengan apoyo y protección integral para la innovación y ampliación tecnológica que permita ampliar la capacidad productiva de la empresa;
 - f) Otros incentivos de carácter preferencial establecidos por el Estado, dirigidos a la recuperación y reactivación de las empresas.

9. PERCEPCIONES NO SALARIALES

Se deroga el artículo 72 del reglamento anterior que establecía expresamente el carácter no salarial de los reintegros de gastos, las herramientas y medios de trabajo, las gratificaciones voluntarias no relacionadas con la prestación del servicio y las percepciones que no ingresaban al patrimonio del trabajador o de las cuales el trabajador no pudiese disponer libremente. La derogatoria del artículo 72 del reglamento anterior no significa, sin embargo, que los conceptos en él mencionados se conviertan automáticamente en salario. Por el contrario, para que un beneficio sea considerado salario se requiere que sea entregado al trabajador a cambio del servicio prestado, que ingrese efectivamente a su patrimonio, que le represente un ingreso, provecho o ventaja.

Las herramientas de trabajo, los uniformes y los implementos de seguridad o protección personal que el patrono entrega a su trabajador no representan un ingreso, provecho o ventaja para éste, ni tampoco incrementan su patrimonio, por lo que no deberían ser considerados salario. Lo mismo cabe decir del reintegro de los gastos hechos por el trabajador en el desempeño de su labor, toda vez que en estos casos tampoco existe la intención de beneficiar al trabajador, enriquecerlo o incrementar su patrimonio, y el pago recibido se corresponde con el gasto hecho por él en beneficio de su empleador.

Las gratificaciones voluntarias que se originan en motivos diferentes a la relación de trabajo, como por ejemplo un bono por nacimiento de hijos, la contribución por muerte de familiares o una ayuda por matrimonio, tampoco deberían ser salario, a pesar de que ya no exista el citado artículo 72 del reglamento anterior, porque la causa del beneficio no guarda relación directa con la prestación del servicio, con la eficiencia del trabajador o con el cumplimiento de objetivos o metas.

10. PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS O UTILIDADES

Se establece que no sólo los trabajadores y el sindicato (como ocurría anteriormente), sino también el Inspector del Trabajo, podrán solicitar de la Administración Tributaria los exámenes que se estimen pertinentes para verificar la renta obtenida por el patrono en uno o más ejercicios fiscales.

11. FIJACIÓN DE SALARIOS MÍNIMOS

El Reglamento incorpora la figura de la “Mesa de Diálogo Social de carácter nacional” como una alternativa para fijar salarios mínimos y regular su funcionamiento.

12. CÁLCULO DE BENEFICIOS, PRESTACIONES, INDEMNIZACIONES Y SANCIONES

El Reglamento establece que en los casos en que el salario mínimo se utilice como base de cálculo de beneficios, prestaciones, indemnizaciones o sanciones, se entenderá que se hace referencia al salario mínimo mensual vigente en la capital de la República. Si en la capital están vigentes dos o más salarios mínimos, se entenderá que se hace referencia al de mayor cuantía. En el reglamento derogado se entendía que se hacía referencia al salario de menor cuantía.

13. COMPENSACIÓN DE DEUDAS DEL TRABAJADOR

Se eliminó la opción que contenía el reglamento derogado, según la cual cuando la prestación de antigüedad estuviese depositada en fideicomiso, el empleador podía convenir con el ente fiduciario o administrador del fondo la compensación de los créditos existentes en contra del trabajador al momento de la extinción de la relación de trabajo, hasta por un monto igual al 50% de los haberes de trabajador.

14. TRABAJADORES NO SOMETIDOS A JORNADA

Se deroga el artículo 108 del reglamento anterior que definía lo que se debía entender por trabajadores no sometidos a jornada.

15. EMPRESAS SOMETIDAS A OSCILACIONES DE TEMPORADA

Se establece que el Ministerio del Trabajo, previa consulta con los ministerios con competencia en las respectivas ramas de actividad, establecerá mediante Resoluciones Especiales la fecha de inicio y culminación de las temporadas, así como el ámbito geográfico de su aplicación. Así mismo, se dispone que para aumentar la duración de la jornada durante los períodos o temporadas que así lo requieran, es necesario, además de los requisitos que estaban vigentes, solicitar la autorización previa del Inspector del Trabajo de la jurisdicción, indicando la

identidad de cada uno de los trabajadores que prestarán sus servicios en tales jornadas.

En estos casos se reduce de doce a diez el número de horas diarias que los trabajadores podrán laborar, siempre que el total de horas trabajadas en un lapso de ocho semanas (en el reglamento derogado era de doce semanas), no exceda de los límites máximos establecidos en el artículo 90 de la Constitución y en el artículo 195 de la LOT.

16. TRABAJO NECESARIAMENTE CONTINUO Y POR TURNOS

El Reglamento incorpora un nuevo artículo según el cual cuando el trabajo sea necesariamente continuo y por turnos, de conformidad con lo establecido en el artículo 201 de la LOT, deberán observarse las siguientes reglas:

- a) La jornada diaria no deberá exceder de doce (12) horas, dentro de la cual el trabajador tendrá derecho a una (1) hora de descanso obligatorio.
- b) En el curso de cada período de siete (7) días, el trabajador deberá disfrutar como mínimo de un (1) día de descanso.
- c) El total de horas trabajadas en un lapso de ocho (8) semanas no deberá exceder de los límites establecidos en el artículo 90 de la Constitución y el artículo 195 de la LOT.

17. LÍMITES A LA JORNADA POR ACUERDO ENTRE PATRONOS Y TRABAJADORES

El Reglamento incorpora un nuevo artículo según el cual las modificaciones a los límites de la jornada por acuerdo entre patronos y trabajadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 de la LOT, estarán sujetas a las siguientes reglas:

- a) La jornada diaria no deberá exceder de doce (12) horas, dentro de la cual el trabajador tendrá derecho a una (1) hora de descanso obligatorio.
- b) En el curso de cada período de siete (7) días el trabajador deberá disfrutar como mínimo de un (1) día de descanso.

c) El total de horas trabajadas en un lapso de ocho (8) semanas no podrá exceder, en promedio, de cuarenta y cuatro (44) horas por semana.

Este acuerdo deberá ser presentado para su homologación por ante la Inspectoría del Trabajo respectiva.

18. TRABAJO EN DÍA DOMINGO

Se establece que en todos los casos en que se trabaje un día domingo (aun en los supuestos en que sea un día normal para la prestación del servicio), el trabajo deberá pagarse con un recargo del 50% sobre el salario ordinario, de conformidad con lo establecido en el artículo 154 de la LOT.

19. SALARIO PARA EL CÁLCULO DE LAS VACACIONES Y EL BONO VACACIONAL

Se establece que el pago de las vacaciones y del bono vacacional deberá realizarse con base en el salario normal devengado por el trabajador en el mes de labores inmediatamente anterior al día en que disfruta efectivamente la vacación (no al día en que nació el derecho, como era anteriormente). En el caso de salario por unidad de obra, por pieza, a destajo o a comisión, se pagará con base en el promedio del salario devengado durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que el trabajador disfrute efectivamente de la vacación.

Cuando por cualquier causa la relación de trabajo termine sin que el trabajador haya disfrutado de las vacaciones a que tiene derecho, el patrono deberá pagarle la remuneración correspondiente calculada con base en el último salario que haya devengado, incluyendo el pago de los días feriados y de descanso semanal obligatorio que le habrían correspondido si hubiese disfrutado efectivamente las vacaciones.

20. GUARDERÍAS

El Reglamento mantiene el beneficio como hasta ahora, pero establece que los beneficiarios son los hijos de los trabajadores “*hasta que... cumplan los cinco (5) años de edad*”. Esto podría dar a entender que el beneficio se pierde al cumplir los cinco (5) años y no al cumplir los

seis (6) años, que era la interpretación predominante con la redacción del reglamento derogado.¹

Igualmente se agrega que en caso de que el patrono incumpla su obligación en esta materia, deberá indemnizar al trabajador cancelándole el monto en dinero que le corresponda, además de pagarle el monto equivalente a los intereses que devengaría esa cantidad a la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis (6) principales bancos comerciales y universales del país. La obligación de cuidado integral de los hijos de los trabajadores podrá cumplirse mediante:

- a) La instalación y mantenimiento, a cargo de uno o varios patronos, de guarderías o servicios de educación inicial.
- b) El pago de la matrícula y mensualidades a la guardería o a servicios de educación inicial, debidamente inscritos ante las autoridades competentes. En este caso, la obligación del patrono se entenderá satisfecha con el pago de una cantidad de dinero equivalente al 40% del salario mínimo por concepto de matrícula y de cada mensualidad (antes era un 38%).
- c) Cualquier otra modalidad que se establezca mediante Resolución conjunta de los Ministerios del Trabajo y de Educación.

En ningún caso el patrono podrá cumplir su obligación mediante el pago al trabajador, en dinero o especie, de los costos de la guardería o servicio de educación inicial. Excepcionalmente, si el patrono cumple su obligación de conformidad con el literal a) y por una causa ajena al trabajador se interrumpe la prestación del servicio de guardería o de los servicios de educación inicial, el patrono estará obligado a indemnizar al trabajador de conformidad con el literal b) durante el tiempo que dure dicha interrupción.

¹ El reglamento derogado establecía que los hijos de los trabajadores disfrutaban de este beneficio “hasta los cinco (5) años de edad”. Esta mención podía ser interpretada en el sentido de que el niño recibía el beneficio hasta el día anterior al momento en que cumplía los 6 años. Con la nueva redacción, en cambio, está claro que el beneficio se mantiene hasta el día antes a aquél en que el hijo del trabajador cumple los 5 años de edad.

21. ELECCIONES SINDICALES. PERÍODO VENCIDO

Se establece que las organizaciones sindicales tienen derecho a efectuar sus procesos electorales sin más limitaciones que las establecidas en sus estatutos y en la ley. Los miembros de las juntas directivas de las organizaciones sindicales a quienes se les haya vencido el período para el cual fueron electos, de conformidad con lo establecido en los artículos 434 y 435 de la LOT y en sus estatutos, no podrán realizar, celebrar o representar a la organización sindical en actos jurídicos que excedan de la simple administración, como la negociación de convenciones colectivas de trabajo.

22. POSIBILIDAD DE HOMOLOGACIÓN PARCIAL DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO

Si el Inspector del Trabajo lo estima procedente, en lugar del depósito de la convención colectiva de trabajo, podrá indicar a las partes las observaciones y recomendaciones que procedan de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Si los interesados insisten en el depósito de la convención, el Inspector procederá a hacerlo y asentará sus observaciones en la respectiva providencia administrativa, homologando únicamente aquellas cláusulas de la convención que no contraríen el orden público.

23. PRÓRROGA DE LA DURACIÓN DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA

Se establece que las partes de una convención colectiva de trabajo podrán prorrogar su vigencia hasta por un plazo que no excederá de la mitad del período para la cual fue originalmente pactada. El reglamento derogado permitía la prórroga hasta por tres (3) años.

24. Administración de la convención colectiva de trabajo

Se establece la posibilidad de realizar un referéndum sindical para determinar cuál sindicato debe administrar la convención colectiva. Tal referéndum sólo podrá ser acordado una vez transcurrida la mitad de la vigencia de la convención colectiva de que se trate. La organización sindical que sea determinada como la más representativa gozará de tal condición hasta el término de la convención. En todo caso, el o los sindicatos no favorecidos podrán denunciar el incumplimiento de la con-

vención colectiva, así como la violación de los derechos laborales y de las condiciones de trabajo.

25. DIRECTORES LABORALES EN EMPRESAS PRIVADAS

Las empresas del sector privado que reciban protección especial del Estado y asuman como activos las deudas y obligaciones que mantengan con sus trabajadores, deberán incorporar Directores Laborales (representantes de los trabajadores) a sus Directorios, Juntas Directivas o Administradoras, o Consejos de Administración, en términos similares a los establecidos para los organismos del sector público.

26. MEDIDAS PREVENTIVAS EN CASO DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Se establece que cuando un trabajador que goce de inamovilidad laboral sea despedido, trasladado, desmejorado o sea víctima de alguna medida de discriminación antisindical y exista el temor fundado de que se occasionen daños a dicho trabajador, a su familia o a la organización sindical, el trabajador afectado podrá solicitar al Inspector del Trabajo, como medida preventiva, que ordene su reincorporación o la restitución de la situación jurídica infringida por el tiempo que dure el procedimiento, así como el restablecimiento pleno del pago del salario. A tales efectos, el trabajador deberá consignar pruebas suficientes que constituyan presunción grave de la existencia de la relación de trabajo y de la inamovilidad alegada. El desacato a la medida preventiva dará lugar a una multa que oscila entre una octava parte (1/8) de un salario mínimo y un (1) salario mínimo, sin perjuicio de la valoración de dicha conducta en la providencia definitiva.

27. SOLVENCIA LABORAL

Se incorporan al Reglamento dos artículos que se refieren al Registro Nacional de Empresas y Establecimientos y a la solvencia laboral, respectivamente, en los mismos términos que lo hace el Decreto N° 4.248 del 2 de febrero de 2006.

28. FUNCIÓN SANCIONADORA

Cuando el funcionario del trabajo constate que existen incumplimientos relativos al sustento, a la jornada de trabajo, a la salud o vida del

trabajador, el Inspector, al imponer las sanciones establecidas en los artículos 627, 629, 630, 633 y 637 de la LOT, calculará el monto de la respectiva sanción por el número de trabajadores afectados, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Caracas, mayo de 2006.

Novedades del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo

Gabriela FUSCHINO VEGAS*

SUMARIO:

- 1. Principales derogatorias: 1.1 Empresas de trabajo temporal. 1.2 Contrato de jóvenes en formación. 1.3 Percepciones no salariales. 1.4 Inembargabilidad de la remuneración. 1.5 Trabajadores no sujetos a jornada. 1.6 Suspensión de la relación de trabajo por mutuo acuerdo y como medida disciplinaria.**
- 2. Guarderías.**
- 3. Período de lactancia.**
- 4. Prescripción.**
- 5. Período de prueba.**
- 6. Sustitución de patrono y transferencia de trabajador.**
- 7. Compensación de las deudas del trabajador.**
- 8. Amparo constitucional.**
- 9. Facultad de las inspectorías para verificar el correcto pago de utilidades.**

* Universidad Católica Andrés Bello, Abogada. Mención *Cum Laude*, Profesora de Derecho del Trabajo I. Universidad Central de Venezuela. Especialización en Derecho del Trabajo (pendiente tesis de grado). Hogan & Hartson S.C., Departamento Laboral, Asociada.

- 10. Disposiciones sobre el salario:** **10.1** Salario por productividad. **10.2** Nueva modalidad para la fijación de los salarios mínimos. **10.3** Salario para el cálculo de beneficios, prestaciones, indemnizaciones y sanciones. **10.4** Salario para el cálculo de vacaciones.
- 11. Jornada de Trabajo:** **11.1** Trabajos insalubres y peligrosos. **11.2** Trabajos sometidos a oscilaciones de temporada. **11.3** Trabajo continuo y por turnos. **11.4** Jornada de trabajo convencional. **11.5** Trabajo en día domingo. **11.6** Trabajo durante días feriados.
- 12. Asuntos colectivos:** **12.1** Deber de los miembros de las juntas directivas de organizaciones sindicales. **12.2** Notificación de elecciones sindicales. **12.3** Elección de directores laborales. **12.4** Alegatos y defensas del patrono en procedimientos conflictivos. **12.5** Prórroga de la convención colectiva de trabajo. **12.6** Homologación parcial de la convención colectiva de trabajo. **12.7** Homologación parcial de la convención colectiva de trabajo.
- 13. Procedimientos administrativos:** **13.1** Procedimiento ante despidos masivos. **13.2** Reducción de personal. **13.3** Medidas preventivas.
- 14. Registro Nacional de Empresas y solvencia laboral.**
- 15. Función sancionatoria.**

1. PRINCIPALES DEROGATORIAS

1.1 EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Se derogan expresamente las disposiciones sobre las empresas de trabajo temporal y les da el carácter de intermediarios laborales.

De acuerdo con el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo (la LOT) el intermediario es responsable de las obligaciones que a favor de los trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos; y el beneficiario responde además, solidariamente con el intermediario, cuando le ha autorizado expresamente para ello o recibe la obra ejecutada. Los trabajadores contratados por intermediarios deben disfrutar de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario.

1.2 CONTRATO DE JÓVENES EN FORMACIÓN

Se suprime la única disposición que preveía sobre el contrato de jóvenes en formación hasta de 24 años de edad para someterlos a la formación necesaria para el desempeño de una profesión, arte u oficio.

1.3 PERCEPCIONES NO SALARIALES

El nuevo RLOT elimina el artículo 72 del Reglamento anterior, relativo al carácter no salarial de las percepciones o suministros que: i) no ingresen, efectivamente, al patrimonio del trabajador; ii) no sean libremente disponibles; iii) estén destinados a reintegrar los gastos en que hubiere incurrido el trabajador con ocasión de la prestación de sus servicios y cuyo coste deba ser asumido por el patrono; iv) proporcionen al trabajador medios, elementos o facilidades para la ejecución de su labor; y v) constituyan gratificaciones voluntarias o graciosas originadas en motivos diferentes a la relación de trabajo. No obstante, estimamos que estas percepciones *no deben ser consideradas como salario*.

1.4 INEMBARGABILIDAD DE LA REMUNERACIÓN

El RLOT deroga el extinto artículo 104 del Reglamento anterior sobre la posibilidad de embargar una porción de la remuneración del trabajador.

1.5 TRABAJADORES NO SOMETIDOS A JORNADA

Se anula el artículo 108 del Reglamento anterior según el cual no están sujetos a jornada aquellos trabajadores cuya labor se desempeñe en circunstancias que impidan, dificulten severamente o hagan particularmente gravosa la supervisión del cumplimiento del horario de trabajo.

1.6 SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR MUTUO ACUERDO Y COMO MEDIDA DISCIPLINARIA

Se deroga el artículo 39 del Reglamento anterior que establecía como causales de suspensión de la relación de trabajo la acordada por mutuo acuerdo entre patrono y trabajador y la adoptada como medida disciplinaria en caso de configurarse alguna de las causales de despido justificado previstas la LOT.

2. GUARDERÍAS

El patrono que ocupe a más de 20 trabajadores debe mantener guarderías o servicios de educación inicial para sus hijos durante la jornada de

trabajo. El cómputo del número de trabajadores se realizará atendiendo al concepto de unidad económica de la misma, aun en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personas jurídicas distintas u organizadas en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada.

Los patronos deben garantizar este beneficio a los trabajadores que perciban una remuneración mensual en dinero que no exceda del equivalente a cinco (5) salarios mínimos, *hasta que sus hijos cumplan los 5 años de edad.*

Si el patrono incumple con este beneficio debe indemnizar al trabajador, pagándole el monto en dinero que le corresponda, además de pagarle el monto equivalente a los intereses que devengaría esa cantidad a la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos comerciales y universales del país.

La obligación de cuidado integral para los hijos de los trabajadores puede cumplirse mediante cualquiera de las siguientes modalidades: i) instalación y mantenimiento, a cargo de uno o varios patronos, de guarderías o servicios de educación inicial; ii) pago de la matrícula y mensualidades a la guardería o servicios de educación inicial debidamente inscritas ante las autoridades competentes. En este caso, la obligación del patrono se entenderá satisfecha con el pago de una cantidad de dinero equivalente al 40% del salario mínimo, por concepto de matrícula y de cada mensualidad. Igualmente, el patrono deberá acordar con sus trabajadores la guardería que prestará el servicio, si no hubiere acuerdo la decisión será tomada por el Inspector del Trabajo; o iii) cualquier otra modalidad que se establezca mediante Resolución conjunta, de los Ministerios del Trabajo y Educación.

El patrono no podrá cumplir su obligación mediante el pago, en dinero o especie, al trabajador o trabajadora de los costes derivados de guardería o servicios de educación inicial. Excepcionalmente, si el patrono cumple su obligación de conformidad con el supuesto i) anterior y por una causa ajena al trabajador se interrumpe la prestación del servicio de guardería o servicios de educación inicial, el patrono estará obligado a indemnizar al trabajador durante el tiempo que dure dicha interrupción, pagándole el monto que le corresponda más los intereses moratorios calculados a la tasa activa de mercado.

3. PERÍODO DE LACTANCIA

El período de lactancia que tendrán las madres trabajadoras no podrá ser menor de seis meses a partir de la fecha del parto (a diferencia del tope máximo de 6 meses que establecía el Reglamento anterior), y los Ministerios del Trabajo y Salud podrán extender este período por Resolución conjunta.

4. PRESCRIPCIÓN

En los casos en que se hubiere iniciado el procedimiento administrativo de reenganche o de reposición de condiciones de trabajo anteriores por trabajadores con fuero sindical o inamovilidad contemplados en el artículo 454 de la LOT, o el procedimiento judicial para solicitud de reenganche por parte de trabajadores con estabilidad conforme a los artículos 187 y siguientes de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el lapso de prescripción de un (1) año para todas las acciones provenientes de la relación de trabajo previsto en el artículo 61 de la LOT comenzará a contarse cuando el procedimiento hubiere concluido mediante sentencia firme o cualquier otro acto que tenga su mismo efecto.

5. PERÍODO DE PRUEBA

Se mantiene la posibilidad de fijar por escrito entre las partes un período de prueba de hasta 90 días continuos, y adicionalmente se prevé que si el patrono despidie injustificadamente a trabajadores durante este período deberá otorgarle el preaviso previsto en el artículo 104 de la LOT, así como los demás derechos que se hubieren causado en proporción a su tiempo de servicios.

6. SUSTITUCIÓN DE PATRONO Y TRANSFERENCIA DE TRABAJADOR

El RLOT conserva la obligación de notificar a los trabajadores en los casos de sustitución del patrono, pero resalta que dicha sustitución no afectará a las organizaciones sindicales de los trabajadores que se encuentren constituidas para ese momento.

También destaca que la cesión o transferencia de trabajadores no se puede realizar cuando los trabajadores se encuentren ejerciendo sus derechos de organización sindical o negociación colectiva.

7. COMPENSACIÓN DE DEUDAS DEL TRABAJADOR

Se elimina la posibilidad de que cuando la prestación de antigüedad del trabajador se encuentre en un fideicomiso, el patrono pueda convenir con el ente fiduciario que los créditos del patrono contra el trabajador a la terminación de la relación de trabajo puedan ser satisfechos hasta con el 50% de sus haberes en fideicomiso.

8. AMPARO CONSTITUCIONAL

El RLOT dispone la posibilidad de que el trabajador que no sea incorporado a sus labores al cesar la suspensión de la relación de trabajo ejerza un recurso de amparo constitucional contra su patrono.

9. FACULTAD DE LAS INSPECTORÍAS PARA VERIFICAR EL CORRECTO PAGO DE UTILIDADES

El RLOT faculta no sólo a trabajadores y a las organizaciones sindicales sino también a las Inspectorías del Trabajo para solicitar a la Administración Tributaria el examen de las declaraciones de impuesto sobre la renta de los patronos para verificar la renta obtenida por ellos en uno o más ejercicios anuales y determinar la participación de los trabajadores en las utilidades.

10. DISPOSICIONES SOBRE EL SALARIO

10.1 SALARIO POR PRODUCTIVIDAD

Conforme al RLOT, los aumentos de la productividad y la mejora de la producción en una empresa causarán una más alta remuneración para el trabajador. A tales fines, la empresa y sus trabajadores acordarán planes y programas orientados a mejorar tanto la calidad del producto como la productividad, considerando los incentivos para los participantes según su contribución.

10.2 NUEVA MODALIDAD PARA FIJACIÓN DE SALARIOS MÍNIMOS

El RLOT crea la figura de la Mesa de Diálogo Social de carácter nacional, integrada por las organizaciones sindicales más representativas de trabajadores y patronos, por organizaciones de la economía popular y por el Poder Ejecutivo Nacional. Esta Mesa de Diálogo Social será co-

ordinada por el Ministerio del Trabajo y podrá revisar los salarios mínimos por lo menos una vez al año y participar en la fijación de los salarios mínimos a través de recomendaciones.

De igual forma se constituye un equipo técnico en el Ministerio del Trabajo, cuya función principal será la de colaborar con la Mesa de Diálogo en sus actividades. Los integrantes de estos órganos no serán considerados como funcionarios públicos.

10.3 SALARIO PARA EL CÁLCULO DE BENEFICIOS, PRESTACIONES, INDEMNIZACIONES Y SANCIONES

Conforme al RLOT, para el cálculo de beneficios, prestaciones e indemnizaciones en los cuales se establezca como base el salario mínimo, se entenderá que se trata del salario mínimo vigente en la Capital de la República, y si se encontraran vigentes dos (2) o más salarios mínimos, se entenderá que se hace referencia al de mayor cuantía, y no al de menor cuantía como establecía el Reglamento reformado.

10.4 SALARIO PARA EL CÁLCULO DE VACACIONES

Para el cálculo de vacaciones y el bono vacacional, se tomará como base el salario normal del mes inmediatamente anterior al día en que el trabajador disfrute de sus vacaciones. Si el salario es por unidad de obra, por pieza, a destajo, o por comisión, se tomará como base el promedio del salario del año anterior al disfrute de las vacaciones. Si la relación de trabajo termina sin que el trabajador haya disfrutado de sus vacaciones, el patrono debe pagarle una remuneración con base en el último salario, incluyendo los días de descanso y feriados que le hubiesen correspondido al trabajador si efectivamente hubiera disfrutado de sus vacaciones.

11. JORNADA DE TRABAJO

11.1 TRABAJOS INSALUBRES Y PELIGROSOS

Se prohíbe la prolongación de la jornada de trabajo en el caso de labores que impliquen condiciones insalubres y peligrosas, salvo en casos de fuerza mayor o extensión de la jornada por interrupciones colectivas conforme a los artículos 202 y 203 de la LOT y, en todo caso, deberán cumplirse las disposiciones sobre condiciones y medio ambiente de trabajo.

11.2 TRABAJOS SOMETIDOS A OSCILACIONES DE TEMPORADA

El Ministerio del Trabajo, previa consulta con los ministerios con competencia en las respectivas ramas de actividad, establecerá mediante Resoluciones Especiales la fecha de inicio y culminación de las temporadas, así como el ámbito geográfico de su aplicación.

Las empresas sometidas a oscilaciones de temporada podrán aumentar la duración de la jornada de trabajo siempre que: i) lo soliciten previamente ante la Inspectoría del Trabajo, ii) se acuerde el aumento de la jornada en la convención colectiva de trabajo, en el acuerdo colectivo de trabajo o en el contrato individual de trabajo, según el caso, indicando las compensaciones que serán otorgadas; iii) los trabajadores no laboren más de dos (2) períodos o temporadas cada año, bajo este régimen; iv) la jornada diaria no exceda de 10 horas, incluyendo una hora de descanso obligatoria; y v) el total de horas trabajadas en un lapso de *8 semanas* no exceda de los límites máximos previstos en los artículos 90 de la Constitución y 195 de la LOT.

11.3 TRABAJO CONTINUO Y POR TURNOS

Cuando el trabajo sea necesariamente continuo y por turnos, la jornada diaria no podrá exceder de 12 horas, dentro de la cual el trabajador deberá tener una (1) hora de descanso obligatorio.

Además, el trabajador deberá disfrutar de un (1) día de descanso en el curso de cada período de 7 días, y el total de horas trabajadas en un lapso de 8 semanas no exceda de los límites máximos previstos en los artículos 90 de la Constitución y 195 de la LOT.

11.4 JORNADA DE TRABAJO CONVENCIONAL

Se establece la posibilidad de que patrono y trabajador acuerden una jornada de trabajo hasta de *12 horas diarias*, siempre que el acuerdo sea homologado por la Inspectoría del Trabajo. Además, a esta jornada convencional se le aplican las mismas limitaciones que a la jornada del trabajo necesariamente continuo y por turnos y que se especifican en el párrafo anterior.

11.5 TRABAJO EN DÍA DOMINGO

En todos los casos en que se trabaje en día domingo (incluyendo los supuestos en que se pacte como día de descanso obligatorio un día dis-

tinto al domingo conforme a la Ley), el mismo deberá pagarse con un recargo del cincuenta por ciento (50%), conforme a lo previsto en el artículo 154 de la LOT.

11.6 TRABAJO DURANTE DÍAS FERIADOS

En los casos en que la Ley permite que la jornada ordinaria de trabajo implique la prestación de servicios en días feriados (por razones de interés público, razones técnicas o circunstancias eventuales), deberá pagarse al trabajador la remuneración adicional por labores en un día feriado, de conformidad con el artículo 154 de la LOT.

12. ASUNTOS COLECTIVOS

12.1 DEBER DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS DE ORGANIZACIONES SINDICALES

Los miembros de las juntas directivas de las organizaciones sindicales deben rendir cuentas de su administración. Si no lo hacen quedarán inhabilitados para ser reelectos al siguiente período.

Si el período para el cual fue electa la junta directiva vence, ésta no puede representar a la organización sindical en actos que excedan de la simple administración.

12.2 NOTIFICACIONES DE ELECCIONES SINDICALES

La elección de los miembros de la junta directiva de la seccional de una organización sindical constituida a nivel nacional, debe ser notificada a la Inspectoría Nacional del Trabajo donde fue registrada la organización sindical, para que ésta proceda a notificar el patrono.

12.3 ELECCIÓN DE DIRECTORES LABORALES

El RLOT ajusta sus disposiciones al Decreto dictado por la Asamblea Nacional Constituyente el 30 de enero de 2000, según el cual los dos (2) directores laborales que deben formar parte de los directorios, juntas directivas o consejos de administración de los institutos autónomos y organismos de desarrollo económico o social del sector público, y de las empresas en que el Estado u otra persona de Derecho Público sea titular de más del 50% del capital, deben ser elegidos directamente por los trabajadores. Adicionalmente, el RLOT establece que estos directores

laborales tendrán fuero sindical desde su elección hasta tres (3) meses después de vencido el período para el cual fueron electos.

Las empresas del sector privado que gocen de una protección especial del Estado, tienen la obligación de incorporar directores laborales a su Junta Directiva, en forma similar a lo previsto para el sector público.

12.4 ALEGATOS Y DEFENSAS DEL PATRONO EN PROCEDIMIENTOS CONFLICTIVOS

Se establece la posibilidad de que el patrono pueda formular alegatos y defensas en la primera reunión de la Junta de Conciliación en procedimientos conflictivos iniciados con la presentación de un pliego de peticiones, siempre y cuando no versen sobre aquello que haya sido objeto de decisión por parte del Inspector del Trabajo con ocasión a la presentación del pliego. El Inspector del Trabajo debe decidir sobre estos alegatos y defensas dentro de las 48 horas siguientes y contra esta decisión de oirá apelación en un solo efecto.

12.5 PRÓRROGA DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO

El nuevo RLOT dispone que la convención colectiva de trabajo sólo podrá prorrogarse hasta la mitad del período para el cual fue pactada, y no hasta el límite máximo de tres (3) años como lo establecía el Reglamento reformado.

12.6 HOMOLOGACIÓN PARCIAL DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO

Se crea la posibilidad de que cuando el Inspector del Trabajo presente observaciones y recomendaciones a las partes en lugar de proceder al depósito de la convención colectiva de trabajo y las partes insistieran en el depósito de la convención, el Inspector pueda homologar las cláusulas de la convención que no contraríen el orden público asentando las observaciones y recomendaciones en la providencia administrativa que dicte a tal efecto.

12.7 ADMINISTRACIÓN DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO

El RLOT establece la posibilidad de determinar cuál es la organización sindical más representativa a los efectos de precisar el sindicato que debe administrar la convención colectiva de trabajo a través de un refe-

réndum sindical. Este referéndum sólo se puede llevar a cabo una vez transcurrida la mitad de la vigencia de la convención, y el sindicato que resulte más representativo tendrá la administración hasta el término de la convención.

13. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

13.1 PROCEDIMIENTO ANTE DESPIDOS MASIVOS

El RLOT incorpora disposiciones sobre el procedimiento de suspensión de despidos masivos. Así, cuando el patrono deba comparecer ante la Inspectoría del Trabajo al presumirse la existencia de un despido masivo, no sólo deberá responder al interrogatorio ya regulado por el anterior Reglamento sino que además debe consignar la nómina de los trabajadores correspondiente a los 6 meses, indicando quiénes fueron los despedidos.

Además, el RLOT amplía la articulación probatoria en caso de resultar controvertido el despido masivo a 10 días hábiles (en lugar de los 8 días hábiles que preveía el Reglamento derogado), y establece que si se ordena la suspensión del despido masivo los trabajadores afectados no sólo deberán ser reincorporados sino que además procederá el pago de los salarios caídos y demás beneficios dejados de percibir desde el momento del despido hasta su reinstalación, lo cual constituye un exceso reglamentario porque la LOT sólo prevé la suspensión del despido masivo.

13.2 REDUCCIÓN DE PERSONAL

El RLOT introduce como soluciones adicionales que puede adoptar la Junta de Conciliación en forma unánime para evitar la reducción de personal: i) la suspensión colectiva de labores por un lapso no mayor de 60 días; y ii) el inicio de un proceso de recapitalización y reactivación de la empresa con la participación asociativa de sus trabajadores, bajo formas cogestionarias y autogestionarias. En este caso, el Estado brindará protección especial, facilitando que dichas empresas sean gestionadas bajo un esquema de corresponsabilidad.

13.3 MEDIDAS PREVENTIVAS

Por razones de interés social y de protección a las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y sus familias, el Ministerio del Trabajo puede decretar las medidas preventivas que estime pertinentes dentro

de los procedimientos administrativos previstos en la LOT, siempre que la medida cumpla con los principios de oportunidad y proporcionalidad.

Además, en los procedimientos de solicitud de reenganche y pago de salarios caídos y calificación de faltas el Inspector del Trabajo puede dictar las siguientes medidas preventivas:

- i) cuando se le imputen faltas graves al trabajador que goce de fuero sindical y exista el temor fundado de que incurra nuevamente en ellas, o de que ocasione daños a personas o bienes por el cargo que ocupa en la empresa, el patrono puede solicitar al Inspector que autorice la prestación de servicios en cargo distinto o, si ello no fuere posible o de serlo, no redujere sensiblemente los riesgos, la separación del trabajador por el tiempo que dure el procedimiento sin que ello afecte sus derechos patrimoniales. A tales efectos, el patrono debe consignar pruebas suficientes que constituyan presunción grave de tales circunstancias; y
- ii) en el caso de que un trabajador que goce de inamovilidad laboral sea despedido, trasladado, desmejorado o sea víctima de cualquier medida de discriminación antisindical, y exista el temor fundado de que se occasionen daños a dicho trabajador, a su familia o a la organización sindical, podrá solicitar al Inspector que ordene la reincorporación o la restitución de la situación jurídica infringida, por el tiempo que dure el procedimiento, así como el restablecimiento pleno del pago del salario devengado. A tales efectos, el trabajador debe consignar pruebas suficientes que constituyan presunción grave de la existencia de la relación de trabajo y la inamovilidad laboral alegada.

14. REGISTRO NACIONAL DE EMPRESAS Y SOLVENCIA LABORAL

En sintonía con el Decreto N° 4.248 y la Resolución N° 4.524 del Ministerio del Trabajo recientemente publicados,¹ el RLOT incorpora dos (2) disposiciones relativas a:

- a) El *Registro Nacional de Empresas y Establecimientos*: órgano de colaboración en el Ministerio

¹ Publicada en G.O. N° 38.402 del 21 de marzo de 2006.

b) La *Solvencia laboral*: que se requiere a los patronos para: i) solicitar créditos provenientes del sistema financiero público; ii) acceder al Sistema Nacional de Garantías, Fondo de Riesgo y Sociedad de Capital de Riesgo; iii) recibir asistencia técnica y servicios no financieros; iv) participar en los programas de compras del Estado, ruedas y macrorruedas de negocios; v) renegociar deudas con el Estado; vi) recibir apoyo y protección integral para la innovación y ampliación tecnológica; vii) solicitar recursos que favorezcan la importación de materias primas, insumos y/o tecnologías dirigidos a mejorar y ampliar la producción; viii) participar en procesos de licitación; ix) tramitar y recibir divisas de la administración pública; y x) solicitar permisos o licencias de importación y exportación.

15. FUNCIÓN SANCIONATORIA

Cuando el funcionario del trabajo constate que existen incumplimientos relativos al sustento, a la jornada de trabajo o a la salud o vida del trabajador, el Inspector del Trabajo, al imponer las sanciones establecidas en la LOT, *calculará el monto de la respectiva sanción por el número de trabajadores y afectados*.

Caracas, mayo de 2006.

El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo

Juan Carlos PRÓ-RÍSQUEZ*

SUMARIO:

- 1. Derecho individual:** **1.1** Período de prueba (artículo 25). **1.2** Sus-titución de patronos (artículo 31). **1.3** Transferencia o cesión de trabajadores (Artículo 32). **1.4** Suspensión de la relación (Artícu-lo 34). **1.5** Procedimientos de despidos masivos (Artículo 40). **1.6** Procedimiento de reducción de personal (Artículo 46 y 48). **1.7** Salario: **1.7.1** Incremento del salario por productividad (Artículo 53). **1.7.2** Verificación de los beneficios declarados (Artículo 58). **1.7.3** Bonificaciones sustitutivas (Artículo 59). **1.8** Salario mínimo: **1.8.1** Incumplimiento en el pago del salario mínimo (Artículo 60). **1.8.2** Me-canismos para la fijación del salario mínimo (Artículo 61). **1.9** Cálculo

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado magna cum laude, Doctorado en Ciencias, Mención Derecho, en preparación de tesis doctoral. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políti-cas, Escuela de Derecho*, Profesor de Derecho del Trabajo desde 1997, de Derecho Civil I (Personas) 1995-1999. *Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Escuela de Administra-ción y Contaduría*, Profesor de Derecho Privado III (Derecho del Trabajo) 1998-2000. Southern Methodist University, Maestría en Derecho. jc.pro@macleodixon.com. **Despacho de Abo-gados miembros de Macleod Dixon, s.c.**, Socio Internacional.
El objetivo de esta nota es indicar los cambios recientes de la reglamentación laboral. No puede considerarse como un estudio profundo sobre la materia.

de beneficios, prestaciones, indemnizaciones y sanciones (Artículo 70). 1.10 Procedimientos concursales (Artículo 76) 1.11 Jornada: 1.11.1 Labores insalubres o peligrosas (Artículo 81). 1.11.2 Empresas sometidas a oscilaciones de temporadas (Artículo 83). 1.11.3 Jornada continua y por turnos (Artículo 84. 1.11.4 Jornada flexible (Artículo 85). 1.12 Recargo obligatorio por trabajo en domingo y feriados (Artículo 88 y 90). 1.13 Vacaciones y bono vacacional (Artículo 95) 1.14 Lactancia materna (Artículo 100) 1.15 Guardería infantil (Artículo 101). 1.16 Las empresas de trabajo temporal (ETTs) (Artículo 240).

2. **Derecho colectivo:** **2.1 Organizaciones sindicales:** **2.1.1** Representatividad sindical (Artículo 115). **2.1.2** Notificación de la elección de la junta directiva de una seccional sindical (Artículo 122). **2.1.3** Rendición de cuentas (Artículo 127). **2.1.4** Elecciones sindicales. Período vencido (Artículo 128). **2.2 Convención Colectiva de Trabajo (CCT):** **2.2.1** Homologación parcial de la CCT (Artículo 144). **2.2.2** Prórroga de la CCT (Artículo 151). **2.3 Conflictos colectivos:** **2.3.1** Excepciones y defensas (Artículo 173). **2.3.2** Determinación de la organización sindical más representativa (Artículo 202).
3. **Representación y gestión de la empresa:** **3.1 Directores laborales en el sector público (Artículo 203). 3.2 Directores laborales en el sector privado (Artículo 215).**
4. **Procedimientos administrativos de reenganche, traslado o desmejora.** **4.1** Medidas preventivas (Artículo 223). **4.2 Sanciones (Artículo 223).**
5. **Registro Nacional de Empresas y Establecimientos (RNEE), y Solvencia Laboral:** **5.1** Organización y funcionamiento del RNEE (Artículo 227). **5.2 Solvencia Laboral (Artículo 228).**
6. **Sanciones con base en número de trabajadores afectados (Artículo 236).**
7. **Disposiciones derogadas (Artículo 241).**
8. **Vigencia.**

En fecha 28 de abril de 2006 se promulgó la Reforma Parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo¹ (Nuevo RLOT) que modificó el

¹ Decreto N° 4.447 del 25 de abril de 2006, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (GORBV)* N° 345.737, del 28 de abril de 2006.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo promulgado el 25 de enero de 1999² (RLOT Modificado).

El Nuevo RLOT adecúa su texto a la normativa actual en la Constitución vigente³ y en las demás leyes e instituciones y organismos gubernamentales.

Seguidamente señalamos los aspectos más importantes del Nuevo RLOT.

1. DERECHO INDIVIDUAL

1.1 PERÍODO DE PRUEBA (ARTÍCULO 25)

El período de prueba debe pactarse en contratos por escrito y su duración no excederá de 90 días continuos.

Se establece expresamente que el trabajador tiene derecho al pago de los beneficios laborales causados en proporción al tiempo efectivamente trabajado (*i.e.* vacaciones, bono vacacional y utilidades fraccionadas).

En caso de terminación de la relación de trabajo, el patrono deberá dar cumplimiento al preaviso establecido en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo⁴ (LOT), el cual luego de transcurrido más de un mes ininterrumpido de servicios, será de una semana.

1.2 SUSTITUCIÓN DE PATRONOS (ARTÍCULO 31)

La sustitución de patronos no afectará las condiciones de trabajo existentes, bien sean de fuente legal o convencional, así como tampoco a las organizaciones sindicales previamente constituidas.

1.3 TRANSFERENCIA O CESIÓN DE TRABAJADORES (ARTÍCULO 32)

La transferencia o cesión de trabajadores se verificará sólo cuando su contratación se pacte por tiempo indeterminado.

² Decreto N° 3.235 del 20 de enero de 1999, mediante el cual se dicta el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela (GORV) N° 5.292 Extraordinario*, del 25 de enero de 1999.

³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *GORBV N° 36.860*, del 24 de marzo de 2000.

⁴ Ley Orgánica del Trabajo, *GORV N° 4.240 Extraordinario*, del 20 de diciembre de 1990, reformada en *GORV N° 5.152*, del 19 de junio de 1997.

Se establece una limitación que impide la transferencia o cesión en los casos en que los trabajadores se encuentren ejerciendo sus derechos de organización sindical y a la negociación colectiva.

1.4 SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN (ARTÍCULO 34)

Se deroga el artículo 39 del RLOT Modificado que establecía como causales de suspensión de la relación laboral el mutuo acuerdo entre las partes y la medida disciplinaria adoptada por el patrono.

Asimismo, se establece que el trabajador podrá interponer la acción de amparo, en caso de no ser reincorporado a sus labores en los plazos señalados luego de finalizada la suspensión.

1.5 PROCEDIMIENTOS DE DESPIDOS MASIVOS (ARTÍCULO 40)

En los referidos procedimientos, el patrono será interrogado bajo juramento y deberá consignar la nómina de trabajadores que han pertenecido a la empresa en los últimos 6 meses.

Además de la facultad del Inspector del Trabajo de suspender el despido masivo, se dispone que podrá acordar el pago de los salarios caídos de los trabajadores despedidos y demás beneficios que hayan dejado de percibir desde el momento del despido hasta la fecha de la reincorporación; y, cualquier otra medida necesaria para garantizar la ejecución de la decisión.

En el supuesto que el patrono persista en el despido, luego de la decisión dictada por el Ministro del Trabajo, deberá seguirse el procedimiento señalado en la Nuevo RLOT para casos de extinción o modificación de la relación de trabajo por razones económicas o tecnológicas, previo acatamiento de la decisión del Ministro.

1.6 PROCEDIMIENTO DE REDUCCIÓN DE PERSONAL (ARTÍCULOS 46 Y 48)

En caso que el patrono sea una persona jurídica, la solicitud deberá acompañarse de copia de la cédula de identidad de sus representantes legales, así como del documento constitutivo-estatutario y las reformas estatutarias actualizadas. El Inspector del Trabajo tiene amplias facultades para solicitar los recaudos e informaciones adicionales que considere pertinentes, efectuar inspecciones o supervisiones y ordenar experticias.

Se establece, a manera enunciativa, un listado de las posibles soluciones para evitar la reducción de personal, tales como: i) modificar las condiciones de trabajo contenidas en las convenciones colectivas de trabajo, previo procedimiento conciliatorio ante la Inspectoría del Trabajo de la localidad; ii) la suspensión colectiva de las labores por un lapso no mayor a 60 días; y iii) el inicio de un proceso de recapitalización y reactivación de la empresa con la participación de los trabajadores bajo formas cogestionarias o autogestionarias. Para incentivar esta última alternativa, el Estado facilitará: i) la obtención de créditos con condiciones preferenciales o subsidios gubernamentales; ii) la celebración de acuerdos de renegociación de pagos de deudas que mantengan con la hacienda pública nacional o con contribuciones de la seguridad social; iii) preferencias tributarias o financieras y otros incentivos.

1.7 SALARIO

1.7.1 Incremento del Salario por Productividad (Artículo 53)

La redacción empleada en el Nuevo RLOT pareciera obligar el pago de una remuneración mayor en proporción con los aumentos de productividad de los patronos. A tales efectos, se establece la implementación consensual entre empleador y trabajadores de planes y programas para mejorar la productividad y el otorgamiento de incentivos según sea la contribución en dicha actividad.

1.7.2 Verificación de los Beneficios Declarados (Artículo 58)

Los beneficios declarados por los empleadores al cierre del ejercicio fiscal podrán ser verificados por la Administración Tributaria y, ahora, por el Inspector del Trabajo.

1.7.3 Bonificaciones Sustitutivas (Artículo 59)

En relación con las bonificaciones de fin de año previstas en los artículos 183 y 184 de la LOT aplicables a aquellas empresas sin fines de lucro, se introduce por primera vez de manera expresa en la legislación laboral venezolana el cálculo con base en el *salario integral* devengado por el trabajador. Asimismo, la norma establece el pago de bonificaciones de fin de año para los casos de salario por unidad de obra, por pieza o a destajo o a comisión con base en el promedio del salario devengado por el trabajador durante el período laborado en el año anterior al pago de dicha bonificación.

1.8 SALARIO MÍNIMO

1.8.1 Incumplimiento en el Pago del Salario Mínimo (Artículo 60)

Las consecuencias jurídicas para los empleadores que incumplan el pago del salario mínimo establecido serán: i) la imposición de multa no menor al equivalente a 1/4 de un salario mínimo, ni mayor del equivalente a ½ de un salario mínimo (artículo 627 LOT); ii) el pago de la diferencia entre el salario mínimo y lo realmente pagado; iii) el pago de la incidencia de esta diferencia en todos los beneficios e indemnizaciones laborales y; se agrega, iv) el pago de intereses que devengaría la cantidad adeudada a la tasa activa promedio de los 6 principales bancos comerciales y universales del país, según lo determine el Banco Central de Venezuela (BCV).

1.8.2 Mecanismos para la Fijación del Salario Mínimo (Artículo 61)

Se prevé un mecanismo novedoso para la fijación de los salarios mínimos, a través de una Mesa de Diálogo Social de carácter nacional, cuyas facultades son similares a las que antes ostentaba la Comisión Tripartita.

1.9 CÁLCULO DE BENEFICIOS, PRESTACIONES, INDEMNIZACIONES Y SANCIONES (ARTÍCULO 70)

La base de cálculo de beneficios, prestaciones, indemnizaciones y sanciones, en los casos en que se encuentren vigentes 2 o más salarios mínimos, será el de mayor cuantía.

1.10 PROCEDIMIENTOS CONCURSALES (ARTÍCULO 76)

En relación con la protección de los créditos laborales, se eliminó la referencia al artículo 607 del Código de Procedimiento Civil,⁵ así como al procedimiento de apelación ante el Juez Superior Laboral, remitiendo al nuevo procedimiento adjetivo laboral establecido en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁶ (LOPT).

⁵ Código de Procedimiento Civil, GORV N° 3694 Extraordinario, del 22 de enero de 1986, reformado en GORV N° 4.248, del 18 de septiembre de 1990.

⁶ Ley Orgánica Procesal del Trabajo, GORBV N° 37.504, del 13 de agosto de 2002.

1.11 JORNADA

1.11.1 *Labores Insalubres o Peligrosas (Artículo 81)*

Se eliminó la definición de tales actividades y remitió a la normativa prevista en este sentido en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.⁷

1.11.2 *Empresas sometidas a Oscilaciones de Temporadas (Artículo 83)*

El Ministerio del Trabajo, mediante Resoluciones Especiales, fijará la fecha de inicio y culminación de tales temporadas, así como el ámbito geográfico de su aplicación. Adicionalmente, el patrono deberá solicitar autorización al Inspector del Trabajo indicando la identificación de los trabajadores que prestarán dichos servicios. Por otra parte, observamos una reducción de la jornada en este tipo de labores de 12 a 10 horas, incluida la hora del descanso intrajornada. En este sentido, a los fines de determinar el cumplimiento de los límites de la jornada establecidos constitucionalmente, se utiliza como referencia el período de ocho semanas.

1.11.3 *Jornada Continua y por Turnos (Artículo 84)*

Están sujetos a las siguientes reglas: i) la jornada de trabajo no podrá exceder de 12 horas, incluido el descanso intrajornada de 1 hora; ii) en un período de 7 días, el trabajador deberá disfrutar como mínimo de 1 día de descanso; y iii) el total de horas trabajadas en un período de 8 semanas no deberá exceder de los límites constitucionales y legales de la jornada de trabajo.

1.11.4 *Jornada Flexible (Artículo 85)*

Están sujetos a las siguientes reglas: i) la jornada de trabajo no podrá exceder de 12 horas, incluido el descanso intrajornada de 1 hora, lo que se traduce en 11 horas efectivas de trabajo; ii) en un período de 7 días, el trabajador deberá disfrutar como mínimo de 1 día de descanso; y iii) el total de horas trabajadas en un período de 8 semanas no deberá exceder de un promedio de 44 horas por semana.

⁷ Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, GORBV N° 38.236, del 26 de julio de 2005.

En los casos de jornadas flexibles por acuerdos colectivos (artículo 206 LOT), se establece como requisito la homologación del acuerdo por parte de la Inspectoría del Trabajo competente.

1.12 RECARGO OBLIGATORIO POR TRABAJO EN DOMINGO Y FERIADOS (ARTÍCULO 88 Y 90)

Se establece que en aquellas empresas exceptuadas de la prohibición de trabajo en día feriado o cuando el domingo forma parte de la jornada ordinaria del trabajador, el trabajo prestado en día domingo y en los otros feriados deberá pagarse con el recargo legal previsto en el artículo 154 de la LOT.

1.13 VACACIONES Y BONO VACACIONAL (ARTÍCULO 95)

Se establece que las vacaciones y el bono vacacional deberán pagarse con base en el salario normal devengado por el trabajador en el mes inmediatamente anterior al día en que se disfruten efectivamente las vacaciones. En caso de salario por unidad de obra, por pieza, a destajo o a comisión, será el promedio del salario devengado durante el año inmediatamente anterior a la fecha del disfrute efectivo de la vacación.

En caso de terminación de la relación de trabajo, sin que el trabajador hubiere disfrutado de las vacaciones y el bono vacacional a que tiene derecho, el empleador tendrá la obligación de pagar estos conceptos con base en el último salario devengado. Adicionalmente, el empleador deberá incluir dentro de dicho pago, los días feriados y de descanso semanal obligatorio que queden comprendidos en el referido período.

1.14 LACTANCIA MATERNA (ARTÍCULO 100)

Se extendió el período de lactancia materna, al señalar que no será inferior a 6 meses contados a partir de la fecha del parto. Asimismo, se faculta a los Ministerios del Trabajo y de Salud que extiendan dicho período mediante resolución conjunta.

Adicionalmente, se establece que para el caso que la trabajadora se vea afectada en el disfrute de los descansos diarios para lactancia, podrá ampararse ante la Inspectoría del Trabajo mediante el procedimiento de reenganche previsto en el artículo 454 de la LOT.

1.15 GUARDERÍA INFANTIL (ARTÍCULO 101)

Se amplía el cuidado de los hijos de los trabajadores al incluir la expresión “servicios de educación inicial”. Adicionalmente, ratifica el hecho que a los fines de hacerse acreedor del beneficio de guardería infantil, deberá atenderse al criterio de unidad económica aun cuando: i) se traten de diferentes personas jurídicas; ii) aparezcan divididas en diferentes establecimientos, agencias o sucursales; y iii) manejen contabilidades separadas.

En caso de incumplimiento de la obligación del presente beneficio por parte del empleador, los trabajadores tienen derecho a recibir de su patrono una indemnización equivalente al monto en dinero que le corresponda, así como al pago de los intereses correspondientes calculados a la tasa activa promedio de los 6 principales bancos comerciales y universales del país, según lo determine el BCV.

En cuanto a una de las modalidades de cumplimiento, se establece en 40% del salario mínimo el monto que deberá satisfacer el empleador por concepto de matrícula y mensualidad, a las guarderías o servicios de educación inicial.

Cuando el empleador cumpla con la obligación a través de la modalidad de instalación y mantenimiento de guarderías o servicios de educación inicial y, ésta se vea interrumpida por una causa ajena al trabajador, el patrono deberá indemnizar al trabajador mediante el pago del 40% del salario mínimo mensual vigente, por todo el tiempo que el servicio se encuentre interrumpido.

**1.16 LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (ETTS)
(ARTÍCULO 240)**

Se declara la condición de intermediario de las ETTs debidamente registradas ante la autoridad competente.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 54 de la LOT, los efectos de ser considerado intermediario son los siguientes: i) los trabajadores de las empresas intermediarias deben recibir los mismos beneficios que los del patrono beneficiario de la obra o servicio; y, ii) el beneficiario de la obra o servicio será solidariamente responsable respecto a las obligaciones laborales de los trabajadores de la empresa intermediaria.

2. DERECHO COLECTIVO

2.1 ORGANIZACIONES SINDICALES

2.1.1 *Representatividad Sindical (Artículo 115)*

Se faculta a las organizaciones sindicales interesadas, además del patrón, a impugnar la representatividad del sindicato que plantea un conflicto colectivo o inicie un proceso de negociación colectiva, dando así lugar al procedimiento de Referendo Sindical.

2.1.2 *Notificación de la Elección de la Junta Directiva de una Seccional Sindical (Artículo 122)*

Se impone la obligación de notificar a la Inspectoría Nacional del Trabajo, a los miembros de la junta directiva de la seccional de una organización sindical constituida a nivel nacional, a los fines de gozar del feroe sindical correspondiente.

2.1.3 *Rendición de Cuentas (Artículo 127)*

Se establece la obligación a la junta directiva de las organizaciones sindicales de rendir cuentas detalladas de su administración. El incumplimiento de la referida obligación acarrearía como consecuencia la inhabilitación de los miembros de la junta directiva de la organización sindical para su reelección.

2.1.4 *Elecciones Sindicales. Período Vencido (Artículo 128)*

Se establece que los procesos de elecciones sindicales no tendrán más limitaciones que las previstas en los estatutos de las organizaciones sindicales y la ley. Adicionalmente, señala que una vez vencido el período para el cual fueron electos los miembros de la junta directiva de dichas organizaciones, sólo podrán llevar a cabo actividades de simple administración.

2.2 CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO (CCT)

2.2.1 *Homologación Parcial de la CCT (Artículo 144)*

El Inspector del Trabajo tendrá la facultad de abstenerse de homologar aquellas cláusulas de la CCT que, en su criterio, contrarién el orden público.

2.2.2 Prorroga de la CCT (Artículo 151)

Se establece que las partes no podrán prorrogar la vigencia de la CCT por un período que exceda de la mitad del tiempo de duración, inicialmente pactado entre las mismas.

2.3 CONFLICTOS COLECTIVOS

2.3.1 Excepciones y Defensas (Artículo 173)

Se establece que el patrono sólo podrá formular excepciones y defensas en la primera reunión de la Junta de Conciliación. Asimismo, se prevé el recurso de apelación contra la decisión del Inspector del Trabajo, ante el Ministro del Trabajo.

2.3.2 Determinación de la Organización Sindical más Representativa (Artículo 202)

En caso de conflicto entre 2 o más organizaciones sindicales que tenga por objeto la administración de la CCT, no podrá invocarse el proceso de Referéndum Sindical hasta tanto haya transcurrido la mitad del período de vigencia de la CCT. Lo anterior no obsta para que las organizaciones sindicales que no ejerzan la administración de la CCT, puedan denunciar el incumplimiento de la misma, así como la violación de las condiciones de trabajo.

3. REPRESENTACIÓN Y GESTIÓN DE LA EMPRESA

3.1 DIRECTORES LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO (ARTÍCULO 203)

Se establece la elección de los Directores Laborales y sus suplentes, mediante votación universal, secreta y directa. Adicionalmente, se establece como requisito que los candidatos al momento de su elección deben: i) ser trabajadores activos del instituto autónomo, empresa del Estado u organismo de desarrollo económico y social del sector público; ii) tener una antigüedad no menor de 3 años o, en caso que tales entes u organismos tengan menos de 3 años de creación, prestar servicios desde su inicio.

3.2 DIRECTORES LABORALES EN EL SECTOR PRIVADO (ARTÍCULO 215)

Las empresas del sector privado que reciban protección especial del Estado, deberán incorporar Directores Laborales a sus juntas directivas

o consejos de administración, en términos similares a los previstos en organismos del sector público.

4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE REENGANCHE, TRASLADO O DESMEJORA

4.1 MEDIDAS PREVENTIVAS (ARTÍCULO 223)

El trabajador amparado por inamovilidad laboral (*i.e.* fuero sindical, inamovilidad laboral especial) que sea despedido, trasladado, desmejorado o sea víctima de cualquier discriminación antisindical, y exista temor fundado de que se le occasionen daños a éste, a su familia o a la organización sindical, podrá solicitar al Inspector del Trabajo como medida preventiva que ordene: i) su reincorporación o la restitución de la situación jurídica infringida por el tiempo que dure el procedimiento administrativo; y, ii) el re establecimiento pleno del pago del salario dejado de percibir.

A tales efectos, el trabajador deberá consignar pruebas suficientes que acredite la existencia de la relación de trabajo y la inmovilidad laboral alegada.

4.2 SANCIONES (ARTÍCULO 223)

Se establece que el desacato de la medida preventiva dará lugar a la imposición de la multa no menor del equivalente a 1/8 del salario mínimo ni mayor de un salario mínimo (artículo 642 de la LOT).

5. REGISTRO NACIONAL DE EMPRESAS Y ESTABLECIMIENTOS (RNEE), Y SOLVENCIA LABORAL

5.1 ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL RNEE (ARTÍCULO 227)

Se establece que la organización y funcionamiento del RNEE se efectuará a través de resoluciones especiales que a tal efecto dicte el Ministerio del Trabajo.

5.2 SOLVENCIA LABORAL (ARTÍCULO 228)

Se establece la solvencia laboral como requisito indispensable para la celebración de contratos, convenios o acuerdos con órganos, entes y

empresas del Estado, tal como fue previsto en el Decreto N° 4.248⁸ sobre solvencia laboral de los patronos.

6. SANCIONES CON BASE EN NÚMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS (ARTÍCULO 236)

En caso de incumplimiento de las obligaciones del patrono, relativas al salario, utilidades, jornada de trabajo, libertad sindical y salud o vida del trabajador, el Inspector del Trabajo impondrá la multa respectiva calculada con base en el número de trabajadores afectados, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.⁹

7. DISPOSICIONES DEROGADAS (ARTÍCULO 241)

Se derogaron los siguientes artículos:

- a) 23 al 28, ambos inclusive, relativos al régimen de las ETTs;
- b) 32, relativo a los contratos de jóvenes en formación;
- c) 39, relativo a la suspensión de la relación de trabajo por mutuo acuerdo y como medida disciplinaria;
- d) 47 al 62, ambos inclusive, relativos al procedimiento de estabilidad regulado actualmente en la LOPT;
- e) 72, relativo a las percepciones no salariales;
- f) 86, 89 y 94, relativos a la Comisión y Mesa Técnica Tripartitas;
- g) 104, relativo a la inembargabilidad de la remuneración;

⁸ Decreto N° 4.248, *GORBV N° 38.371*, del 2 de febrero de 2006.

⁹ Artículo 80: La ejecución forzosa de actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes:

1. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la administración o por la persona que ésta designe, a costa del obligado.
2. Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que ya se le hubiere aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado.

- h) 108, relativo a los trabajadores no sometidos a jornada;
- i) 120, relativo al salario base de cálculo para el pago de vacaciones y bono vacacional fraccionados;
- j) 135, relativo a la unidad económica para el pago del beneficio de guarderías infantiles, cuyo texto fue incorporado al artículo 101 del Nuevo RLOT;
- k) 137 al 139, ambos inclusive, relativos al Consejo de Supervisión del Cuidado Integral de los Hijos de los Trabajadores;
- l) 264, relativo a la prelación de las fuentes en los procedimientos administrativos laborales, cuyo texto modificado fue incorporado al artículo 5 del Nuevo RLOT; y,
- m) 266, relativo al régimen transitorio de las negociaciones colectivas en el sector público.

8. VIGENCIA

El Nuevo RLOT entró en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial, a saber, 28 de abril de 2006.

La Reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo

Marlon M. MEZA SALAS*
Sara L. NAVARRO PESTANA**

* **Universidad Católica del Táchira:** Abogado, Profesor de Derecho Procesal del Trabajo I en el Postgrado en Derecho del Trabajo (2005). **Universidad Central de Venezuela:** Especialista en Derecho del Trabajo (pendiente defensa de la Tesis de Grado, titulada: “Naturaleza jurídica de los salarios caídos y sus consecuencias. Especial referencia a su reducción en proporción a los salarios devengados por el trabajador en otro empleo”). **Organización Internacional del Trabajo/ Universidad de Bolonia/ Universidad de Castilla La Mancha:** Curso de Especialización para Expertos Latinoamericanos en Relaciones Laborales y Derecho del Trabajo. **Universidad Católica Andrés Bello:** Profesor de Derecho del Trabajo I (2004-2005) y II (2005-2006). **Asesoría Jurídica Especializada:** Socio Fundador. Autor de diversos artículos publicados en revistas especializadas y libros de autoría colectiva.

** **Universidad Católica del Táchira:** Abogada, Profesora de “Aspectos Laborales” en el Curso de Estudios Avanzados en Recursos Humanos (2005). **Universidad Central de Venezuela:** Programa de Alta Gerencia en Recursos Humanos, Especialista en Derecho del Trabajo (pendiente defensa de la Tesis de Grado, titulada “El valor de las Fuentes de Derecho del Trabajo de origen internacional provenientes de la Organización Internacional del Trabajo”). **Organización Internacional del Trabajo / Pontificia Universidad Católica del Perú:** Curso sobre Normas Internacionales del Trabajo para Magistrados, Juristas y Docentes en Derecho. **Universidad Nueva Esparta:** Profesora de Derecho del Trabajo (2001-2002). **Asesoría Jurídica Especializada:** Socia Fundadora. Autora de diversos artículos publicados en revistas especializadas y libros de autoría colectiva.

Por medio del Decreto N° 4.447 del 25 de abril de 2006, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.426 de fecha 28 de abril de 2006, el Ejecutivo Nacional reformó parcialmente el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo que se encontraba en vigencia desde el 25 de enero de 1999. A continuación encontrarán un **cuadro comparativo** donde se destacan las principales diferencias entre el Reglamento anterior y la reforma del mismo recientemente aprobada.¹

¹ *Principales siglas y abreviaturas utilizadas:* Art.: artículo; CPC: Código de Procedimiento Civil; CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; LOPA: Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; LOPCYMAT: Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo; LOPT: Ley Orgánica Procesal del Trabajo; LOT: Ley Orgánica del Trabajo; RLOT: Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

CUADRO COMPARATIVO

RLOT de 1999	
<p>Régimen de las Empresas de Trabajo Temporal o ETTs. El objeto de las ETTs era poner a disposición de otra empresa (beneficiaria) y con carácter temporal, trabajadores contratados por la primera; bajo este régimen, la ETT no era considerada intermediaria en los términos del Art. 54 de la LOT (Arts. 23 al 28 del RLOT de 1999).</p>	<p>Fueron derogadas las normas reguladoras de las ETTs y se dispuso que las ETTs registradas en el Ministerio del Trabajo tendrán el carácter de intermediarias (Art. 240 del RLOT de 2006). Con ello, se repite lo que ya había dispuesto la Disposición Derogatoria Tercera de la LOPCYMAT de 2005, que estableció: “<i>Se derogan los artículos 23, 24, 25, 26, 27 y 28 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo publicado en la Gaceta Oficial N° 5.292 Extraordinario de fecha 25 de enero de 1999.- Se declara la condición de intermediario de las empresas de trabajo temporal debidamente registradas ante la autoridad competente</i>”. (La aplicación de esta disposición de la LOPCYMAT, así como las de los párrafos 1 y 5 del Art. 57 <i>eiusdem</i>, había sido suspendida mediante una medida cautelar decretada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de fecha 18/10/2005).</p>
<p>Contrato de jóvenes en formación, que permitía la contratación de trabajadores de hasta 24 años bajo un régimen de formación para el desempeño de una profesión u oficio similar al de los aprendices, y cuyo salario podía ser igual al mínimo que rigiera para estos últimos (Art. 32 RLOT de 1999).</p>	<p>Se derogó la norma que preveía esta especial forma de contratación, por lo que ya no será posible contratar a jóvenes de hasta 24 años bajo las condiciones especiales que establecía el RLOT de 1999.</p>

RLOT de 1999	RLOT de 2006
Prelación de las fuentes en los procedimientos administrativos laborales , esto es, las normas a ser aplicadas en los procedimientos contenciosos dirimidos por funcionarios de la Administración del Trabajo como las Inspectorías del Trabajo (Art. 264 RLOT'1999).	El Art. 5 del RLOT de 2006 incorpora nuevamente una disposición similar al Art. 264 del RLOT de 1999 sobre la prelación de las fuentes en los procedimientos administrativos laborales , que permite a los funcionarios administrativos del trabajo aplicar normas de la LOT, la LOPT, el CPC o la LOPA, y que inexplicablemente había sido derogada por el Art. 194 de la LOPT aprobada en el año 2002.
Período de prueba. Se preveía que durante el período de prueba cualquiera de las partes podía dar por extinguido el contrato de trabajo sin que hubiere lugar a indemnización alguna y sin necesidad de notificar previamente a la otra parte de tal decisión (Art. 30 RLOT de 1999).	Se modifica la norma (ahora Art. 25 del RLOT de 2006) y se dispone que en los casos en que el patrono dé por terminado injustificadamente el contrato de trabajo durante el período de prueba, el trabajador tendrá derecho al preaviso previsto en el artículo 104 de la LOT y a los demás derechos que se hubieren causado en proporción al tiempo trabajado (p. ejem., vacaciones y bono vacacional fraccionados, utilidades fraccionadas, etc.).
Posibilidad de prórrogas del contrato de trabajo a tiempo determinado. El Art. 31 del RLOT de 1999 permitía la celebración de 2 o más prórrogas de dicho contrato sin alterar su condición de contrato a término, cuando: i) la circunstancia que justificó su celebración en los términos del Art. 77 de la LOT se extendiere por un tiempo superior al previsto al momento de la celebración del contrato, o ii) cuando surgieran nuevas circunstancias de similar naturaleza .	Ahora el Art. 26 del RLOT de 2006 sólo permite las referidas prórrogas sin que el contrato pierda su naturaleza (a tiempo determinado), en el primer supuesto (esto es, cuando la circunstancia que justificó su celebración se extendiere por un tiempo superior al previsto al momento de la celebración del contrato), pero no en el segundo supuesto (es decir, cuando surgieran nuevas circunstancias de similar naturaleza) .

RLOT de 1999	RLOT de 2006
<p>Efectos de la sustitución de patronos. Se establecía que la sustitución no afectaría las relaciones de trabajo existentes (Art. 37 RLOT de 1999).</p>	<p>Se aclara además que la sustitución no afectará las relaciones de trabajo existentes, sean ésta de origen legal o convencional, y se agrega que tampoco se afectará a las organizaciones sindicales previamente constituidas (Art. 31 RLOT de 2006).</p>
<p>Transferencia o cesión de trabajadores. Sus efectos se equiparan a la sustitución patronal, y ocurre cuando el patrono acuerde con el trabajador o le requiera prestar sus servicios con carácter definitivo para otro patrono (Art. 38 RLOT de 1999).</p>	<p>Ratifica lo anterior pero dispone que no se podrá transferir o ceder a un trabajador (a otro patrono) mientras el mismo se encuentre ejerciendo sus derechos de organización sindical o de negociación colectiva (Art. 32 RLOT de 2006).</p>
<p>Causales de suspensión de la relación de trabajo. Además de las causas de suspensión previstas en la LOT, se agregaban 2 nuevas: i) el mutuo acuerdo de las partes, y ii) como medida disciplinaria del patrono siempre que no excediera de 15 días y que se fundare en alguna de las causas que justificaban el despido del trabajador (Art. 39 RLOT de 1999).</p>	<p>Se derogó la norma que preveía estas causales, las cuales habían sido calificadas por los especialistas como una forma de fomento al empleo, ya que en el caso de la suspensión acordada de mutuo acuerdo permitía a las partes conservar la relación de trabajo después de alguna suspensión convenida por motivos distintos a los autorizados por la LOT, y en el caso de la medida disciplinaria, permitía al patrono optar por una alternativa distinta al despido ante una falta cometida por el trabajador, en forma similar a los funcionarios públicos cuyo estatuto sí contempla esta medida dentro del régimen disciplinario al que éstos quedan sometidos.</p>

RLOT de 1999	RLOT de 2006
Amparo constitucional si el trabajador no es reincorporado por el patrono a su puesto de trabajo al cesar la suspensión de la relación de trabajo. No estaba previsto en el RLOT de 1999.	La última parte del Art. 34 del RLOT de 2006 prevé la posibilidad de que el trabajador intente contra el patrono un amparo constitucional , si al cesar la suspensión de la relación de trabajo no es reincorporado a su puesto de trabajo en los plazos señalados por los literales “a”, “b” y “c” de dicha norma.
Despidos masivos. En caso de ocurrir un despido masivo, el Ministro del Trabajo por razones de interés social podía ordenar la suspensión de los efectos de los despidos (como lo autorizaba el Art. 34 de la LOT), con la consiguiente reinstalación o reenganche de los trabajadores afectados (Art. 67 RLOT de 1999).	Además de incorporarse algunas regulaciones adicionales sobre el procedimiento para la suspensión de los despidos masivos que había introducido el RLOT de 1999, como por ejemplo la obligación del patrono de presentar la nómina de sus trabajadores en los últimos 6 meses (Art. 40), o la ampliación de la articulación probatoria cuando resultare controvertido el despido masivo (Art. 41), o la posibilidad de que la Administración del Trabajo realice inspecciones o supervisiones (Art. 41), se precisa además que en caso de ordenarse la suspensión de los despidos masivos los trabajadores reincorporados tendrán derecho al pago de los salarios caídos y a los demás beneficios que les correspondan y que hayan dejado de percibir desde el despido hasta la fecha de su reinstalación (Art. 44). Con ello, se excede el espíritu, razón y propósito de la ley reglamentada, pues la LOT sólo permite la “ suspensión ” de los despidos masivos, no su “ anulación ”, en cuyo caso sí tendría justificación que se acuerde el pago de salarios caídos y otros beneficios dejados de percibir a los

RLOT de 1999	RLOT de 2006
	trabajadores despedidos, como ocurre por ejemplo con trabajadores con fuero sindical u otra fuente de inamovilidad cuando son despedidos injustificadamente sin cumplir previamente el patrono con el procedimiento previsto en el Art. 454 de la LOT, en cuyo caso el Art. 449 <i>eiusdem</i> dispone que se considera “írrito” el despido.
Reducción de personal. Se dispuso que la reducción de personal solicitada por una empresa por circunstancias económicas o de progreso o modificaciones tecnológicas (Arts. 69 al 71 RLOT de 1999), se tramitaría conforme al procedimiento previsto en el Capítulo III del Título VII de la LOT (relativo a las negociaciones y conflictos colectivos, Art. 469 y ss. de la LOT), incorporándose algunas reglas particulares para su tramitación. El Art. 34 de la LOT apenas mencionaba la reducción de personal sin establecer un procedimiento específico para su tramitación.	Además de la posibilidad de que la Junta de Conciliación que se constituya cuando las partes no lleguen a un acuerdo, pueda acordar o bien la reducción de personal planteada (Art. 47) o la modificación temporal de las condiciones de trabajo previstas en la convención colectiva vigente en la empresa conforme a los Arts. 525 y 526 LOT (Art. 48.1), como ya se preveía en la LOT y el RLOT de 1999, se incluyen además las siguientes alternativas: i) la suspensión colectiva de labores por un plazo no mayor de 60 días con el objeto de superar la crisis (Art. 48.2); y ii) el inicio de un proceso de recapitalización y reactivación de la empresa, con la participación asociativa de los trabajadores bajo formas cogestionarias o autogestionarias , en cuyo caso el Estado brindará una protección especial mediante ciertas medidas y facilidades que se mencionan en el nuevo RLOT (Art. 48.3), como por ejemplo facilidad de créditos preferenciales, subsidios, participación en programas de compras del Estado o ruedas de negocios, preferencias tributarias, etc.

RLOT de 1999	RLOT de 2006
<p>Salario de eficacia atípica. El Art. 74 del RLOT de 1999 establecía las reglas bajo las cuales puede ser excluida una cuota no mayor del 20% del salario, de la base de cálculo de ciertas prestaciones, beneficios e indemnizaciones derivados de la relación de trabajo.</p>	<p>El Art. 51 del RLOT de 2006 reproduce las mismas reglas que ya contemplaba la anterior disposición reglamentaria que sustituye, pero agrega una indicación expresa de que la parte del salario a la cual se le atribuya eficacia atípica, en ningún caso afectará el monto del salario mínimo vigente.</p>
<p>Bonificación sustitutiva (de las utilidades), o bonificación de fin de año. El Art. 82 del RLOT de 1999 establecía que esta bonificación a que se contraen los artículos 183 y 184 de la LOT debía calcularse con base en el salario promedio devengado por el trabajador en el respectivo ejercicio anual.</p>	<p>Ahora el Art. 59 del RLOT de 2006 establece que la referida bonificación se calculará con base en el salario integral (lamentablemente ni el nuevo RLOT ni la LOT definen este término), y para el caso de trabajadores con salario por unidad de obra, por pieza, a destajo o a comisión, con base en el promedio del salario devengado durante el período laborado durante el año inmediatamente anterior.</p>
<p>Percepciones no salariales. El Art. 72 del RLOT de 1999 aclaraba que no tendría carácter salarial lo percibido por el trabajador y que: a) No ingresara efectivamente al patrimonio del trabajador; b) No fuere libremente disponible; c) Estuviere destinado a reintegrar los gastos en que hubiere incurrido el trabajador con ocasión de la prestación de sus servicios y cuyo coste debiera ser asumido por el patrono; d) Proporcionare al trabajador medios, elementos o facilidades para la ejecución de su labor, tales como herramientas, uniformes, implementos de seguridad, siempre que las sumas recibidas por</p>	<p>Fue derogada la norma correspondiente. Sin embargo, creemos que esas percepciones deben continuar siendo consideradas de carácter no salarial, ya que el Art. 72 del RLOT de 1999 lo que hacía era determinar o aclarar en forma didáctica que ciertas percepciones debían excluirse del salario, pero a partir de las consecuencias deducibles de los principios fundamentales que orientan el instituto del salario en la LOT, es decir, que no eran salario no porque el RLOT de 1999 lo dijera expresamente, sino porque no respondían al concepto de salario previsto en el Art. 133 de la LOT y demás nor-</p>

RLOT de 1999	RLOT de 2006
el trabajador guardarán proporción con los gastos en que efectivamente incurrió; y e) Constituyeran gratificaciones voluntarias o graciosas originadas en motivos diferentes a la relación de trabajo.	mas legales reguladoras del salario, por ejemplo, el carácter patrimonial del salario que se desprende del propio Art. 133, según el cual el salario debe constituir un ingreso, provecho o ventaja para el trabajador, por lo que todo aquello que no constituya un activo patrimonial para el trabajador porque no lo enriquece, no es para él una ventaja patrimonial, simplemente no es salario, igual que tampoco es salario aquello que reciba el trabajador, pero de lo cual no pueda disponer libremente, ya que el Art. 131 de la LOT así lo establece expresamente.
Modalidades de fijación de los salarios mínimos. Se establecían las siguientes: i) la concertación en una Comisión Tripartita (Arts. 167 y s.s. LOT); ii) el establecimiento de tarifas mínimas para todos los trabajadores de una industria o rama de actividad ex Art. 171 LOT; y iii) mediante Decreto del Presidente de la República (Art. 172 LOT).	Se incorpora la “ Mesa de Diálogo Social de carácter nacional ” como otra modalidad o alternativa para fijar los salarios mínimos, y se regula en forma pormenorizada su funcionamiento. Fueron suprimidas todas las normas que en el RLOT de 1999 regulaban la integración y el procedimiento para la convocatoria y funcionamiento de la Comisión Tripartita, sustituyéndose por un procedimiento similar pero relativo a la Mesa de Diálogo Social, que es la que ahora debe ser convocada en el mes de enero de cada año para que en un plazo de 30 días formule sus recomendaciones al Presidente de la República.

RLOT de 1999	RLOT de 2006
Salario Mínimo de referencia para el cálculo de beneficios, prestaciones, indemnizaciones y sanciones. El Art. 96 del RLOT de 1999 establecía que en los casos en que el salario mínimo se estableciese como base de cálculo de beneficios, prestaciones, indemnizaciones o sanciones, se entendería que se hace referencia al salario mínimo mensual vigente en la Capital de la República, y si en ésta se encontraren en vigencia 2 o más salarios mínimos, se entendería que se hace referencia a aquel de menor cuantía .	El Art. 70 del RLOT de 2006 mantiene una norma similar, pero se cambia la redacción de la parte final para aludir al salario mínimo de “mayor” cuantía (no al de “menor” cuantía) . Entre las implicaciones prácticas de esta modificación podemos mencionar, por ejemplo, que ahora el tope de 10 salarios mínimos mensuales para determinar el salario de base para el pago de la indemnización sustitutiva del preaviso prevista en el Art. 125 de la LOT, se calculará con base en el salario mínimo vigente para los trabajadores urbanos y rurales y no con base en el salario mínimo vigente para los aprendices.
Compensación de deudas del trabajador. El Art. 103 del RLOT de 1999 preveía que los saldos pendientes de los créditos otorgados por el patrono con garantía en la prestación de antigüedad, podía ser compensado a la terminación de la relación de trabajo con el monto que corresponda al trabajador por dicha prestación, y que si ésta estuviera depositada en un fideicomiso el empleador podía convenir con el ente fiduciario que los créditos en contra del trabajador al momento de la extinción de la relación de trabajo pudieran ser satisfechos por el cincuenta por ciento (50%) de sus haberes.	Se modificó la norma que pasó a ser ahora el Art. 77 en el RLOT de 2006, eliminándose la referencia a que el patrono pueda convenir con el ente fiduciario el descuento de los saldos de los créditos pendientes del trabajador frente al patrono, de los haberes del trabajador en su fideicomiso de prestaciones sociales.
Embargos sobre el salario. El Art. 104 del RLOT de 1999 establecía la proporción en que podía gravarse la remuneración del trabajador como consecuencia de los embargos acordados sobre dicha remuneración.	La norma fue eliminada, entendemos que para adecuarse a lo dispuesto por el Art. 91 de la CRBV que establece que “ <i>El salario es inembargable (...), salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley</i> ”.

RLOT de 1999	RLOT de 2006
<p>Empresas sometidas a oscilaciones de temporada. El Art. 111 del RLOT de 1999 las definía como aquellas que debían atender períodos de intensa actividad por el aumento de la demanda de sus productos o servicios en ciertas épocas del año (p. ejem., la actividad turística, actividades agrícolas o pecuarias delimitadas por temporadas), en cuyo caso se permitía la implementación de una jornada flexible de hasta 12 horas diarias, siempre que el total de horas trabajadas en un lapso de 12 semanas no excediera los topes semanales previstos en horario diurno o nocturno. Sólo imponía el pago de una compensación no inferior al 50% de recargo que se paga por trabajo en horas extraordinarias, cuando por causas de fuerza mayor se excedieran los límites permitidos.</p>	<p>El Art. 83 del RLOT de 2006 mantiene la definición de empresas sometidas a oscilaciones de temporada y algunos de los requisitos que exigía el anterior RLOT, pero rigidiza su uso al introducir importantes modificaciones: i) reduce a 10 horas la duración máxima de la jornada diaria, y se exige que el total de horas trabajadas no exceda los topes semanales (44 horas en horario diurno y 35 en nocturno), pero en un lapso de 8 semanas (no de 12 semanas como preveía el RLOT de 1999); ii) el Ministerio del Trabajo establecerá ahora las fechas de inicio y fin de las temporadas y el ámbito geográfico para su aplicación; iii) para poder aumentar la duración de la jornada hasta el límite permitido por la norma, se requiere ahora solicitar previamente autorización del Inspector del Trabajo con identificación de los trabajadores que prestarán servicios en tales jornadas; iv) se impone el pago de una compensación no inferior al 50% de recargo que se paga por trabajo en horas extraordinarias, pero no limitado sólo al caso de que se excedan los límites permitidos por causas de fuerza mayor como lo establecía el anterior RLOT, por lo que ello puede interpretarse en el sentido de que se impone ahora el pago del referido recargo para todas las horas laboradas por encima de la jornada de trabajo que correspondía a los trabajadores involucrados antes de implementarse la jornada aumentada hasta los límites máximos permitidos.</p>

RLOT de 1999	RLOT de 2006
Trabajo necesariamente continuo y por turnos. Previsto en el Art. 201 de la LOT, que establece que en tales casos se puede exceder los límites diario y semanal, el RLOT de 1999 apenas hacía una breve referencia a ello para permitir en el Parágrafo Único del Art. 111 la implementación de una jornada flexible de hasta 12 horas diarias.	Se regula ahora en una norma específica (Art. 84 RLOT de 2006), que permite una jornada que no excede de 12 horas (con derecho a una hora de descanso obligatorio), que el total de horas laboradas por cada trabajador en un período de 8 semanas no exceda los límites diario y semanal previstos legalmente, y <i>que en el curso de cada período de 7 días el trabajador debe disfrutar como mínimo de un día de descanso.</i>
Modificación de los límites de la jornada por acuerdo entre patronos y trabajadores. Previsto en el Art. 206 de la LOT, el RLOT de 1999 apenas hacía una breve referencia a ello, permitiendo el Parágrafo Único del Art. 111 la implementación de una jornada flexible de hasta 12 horas diarias.	Se regula ahora en una norma específica (Art. 85 RLOT de 2006), que permite una jornada que no excede de 12 horas (con derecho a una hora de descanso obligatorio), que el total de horas laboradas por cada trabajador en un período de 8 semanas no exceda el promedio de 44 horas por semana, y <i>que en el curso de cada período de 7 días el trabajador debe disfrutar como mínimo de un día de descanso.</i> Se exige además que el acuerdo celebrado entre patronos y trabajadores debe ser presentado para su homologación ante las Inspectorías del Trabajo.
Descanso semanal (trabajo en día domingo). El Art. 114 del RLOT de 1999 establecía que el trabajador tendría derecho a descansar un día a la semana, el cual coincidiría con el día domingo, y que en los supuestos de trabajos no susceptibles de interrupción en los términos previstos en el artículo 213 de la LOT, podía pactarse otro día distinto del domingo para el disfrute del descanso semanal obligatorio.	El Art. 88 del nuevo RLOT de 2006 reproduce lo que ya establecía la norma reglamentaria que sustituye, pero agrega en su parte final que en todos los casos el día domingo trabajado deberá pagarse de conformidad con lo establecido en el artículo 154 de la LOT , norma esta última que dispone que “ <i>Cuando un trabajador preste servicios en día feriado tendrá derecho al salario correspondiente a ese día y además al que le corresponda por razón del trabajo realizado, calculado con un recargo del 50% sobre el salario ordinario</i> ”.

RLOT de 1999	RLOT de 2006
Salario para el cálculo de vacaciones (remuneración y bono vacacional). El RLOT de 1999 no establecía nada al respecto.	Ahora el Art. 95 del RLOT de 2006 establece que el pago de las vacaciones y del bono vacacional debe realizarse con base en el salario normal devengado por el trabajador en el mes de labores inmediatamente anterior al día en que disfrute efectivamente la vacación (y no al del día en que nació el derecho a la vacación, como se prevé en el Art. 145 de la LOT); en caso de salario por unidad de obra, por pieza, a destajo o a comisión, será el promedio del salario devengado durante el año inmediatamente anterior a la fecha del disfrute efectivo de la vacación. Se prevé además que cuando termine la relación de trabajo sin que el trabajador haya disfrutado de las vacaciones a que tiene derecho, el patrono deberá pagarle la remuneración correspondiente calculada con base en el último salario devengado, incluyendo el pago de los días feriados y de descanso semanal obligatorio que le hubieren correspondido, de haber disfrutado efectivamente las vacaciones.
Período de lactancia. El Art. 125 del RLOT de 1999 establecía que el período de lactancia previsto en el artículo 393 de la LOT y durante el cual la mujer trabajadora que hubiera dado a luz tendría derecho a 2 descansos diarios de 1/2 hora para amamantar a su hijo, no excederá de 6 meses contados desde la fecha del parto, a cuyo efecto la trabajadora al finalizar el período de licencia postnatal, debía notificar al patrono la oportunidad en que disfrutaría los referidos descansos diarios para la lactancia.	El Art. 100 del RLOT de 2006 reproduce lo que ya establecía la norma reglamentaria que sustituye, pero agrega además que los Ministerios del Trabajo y Salud mediante Resolución conjunta podrán extender la duración del período de lactancia (por un tiempo mayor a 6 meses). Además, se prevé que en caso de desacuerdo entre la trabajadora y su patrono sobre la oportunidad de disfrute de los períodos de descanso diarios para la lactancia, el Inspector del Trabajo decidirá si

RLOT de 1999	RLOT de 2006
	existe o no una desmejora de la trabajadora conforme al procedimiento previsto en el Art. 454 de la LOT, lo que podría dar lugar a que se dicte una providencia administrativa que ordene la reposición de las condiciones de trabajo desmejoradas por el patrono, si tal fuere el caso.
Guarderías (trabajadores beneficiarios, condiciones de edad, indemnizaciones). El Art. 126 del RLOT de 1999 al desarrollar la obligación de mantener guarderías infantiles prevista en el Art. 391 de la LOT para los empleadores que ocupen a más de 20 trabajadores, disponía que debía garantizarse a los trabajadores que percibieran una remuneración mensual que no excediera de 5 salarios mínimos, que sus <i>hijos hasta los 5 años de edad, disfrutaran del servicio de guardería infantil</i> durante la jornada de trabajo (un Reglamento parcial de la LOT sobre cuidado integral de los hijos de los trabajadores de fecha 26/08/1992, había dispuesto el beneficio para <i>niños con edad hasta 6 años</i> , pero ello fue anulado por una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 01/06/1994, la cual estableció como límite la edad de 5 años, de la misma forma prevista en esta norma del RLOT de 1999 que comentamos).	El Art. 101 del RLOT de 2006 establece expresamente entre las condiciones para el otorgamiento del beneficio, las siguientes: i) que los trabajadores beneficiarios serán los que perciban una remuneración mensual en dinero que no exceda de 5 salarios mínimos, y hasta que sus hijos cumplan los 5 años de edad; iii) y se dispone que en caso que el patrono incumpla con este beneficio deberá indemnizar al trabajador cancelándole el monto que le corresponda, además de pagarle el monto equivalente a los intereses que devengaría esa cantidad a la tasa determinada por el Banco Central de Venezuela , tomando como referencia los 6 principales bancos comerciales y universales del país.

RLOT de 1999	RLOT de 2006
<p>Guarderías (modalidades de cumplimiento e indemnizaciones al trabajador). El Art. 127 del RLOT de 1999 regulaba 5 modalidades distintas para el cumplimiento de esta obligación, y establecía expresamente que en ningún caso, el empleador podría cumplir su obligación mediante el pago en dinero o especie al trabajador, de los costes derivados del servicio de guardería infantil.</p>	<p>El Art. 102 del nuevo RLOT de 2006 prevé las siguientes <i>modalidades</i>: a) La instalación y mantenimiento, a cargo de uno o varios patronos, de guardería o servicio de educación inicial; b) El pago de la matrícula y mensualidades a la guardería o servicio de educación inicial, en cuyo caso la obligación del patrono se entenderá satisfecha con el pago de una cantidad de dinero equivalente al 40% (en el RLOT de 1999 era sólo del 38%) del salario mínimo, por concepto de matrícula y de cada mensualidad; y c) Cualquier otra modalidad que se establezca mediante Resolución conjunta de los Ministerios del Trabajo y Educación.</p> <p>Finalmente la nueva norma ratifica que en ningún caso el patrono podrá cumplir su obligación mediante el pago en dinero o especie al trabajador, de los costes derivados del servicio de guardería o servicios de educación inicial, pero que excepcionalmente, cuando el patrono cumpla su obligación mediante la modalidad prevista en el literal “a” y por una causa ajena al trabajador se interrumpe la prestación del servicio de guardería o de educación inicial, estará obligado a indemnizar al trabajador de conformidad con lo dispuesto en la modalidad prevista en el literal “b” (pago del 40% del salario mínimo) durante el tiempo que dure dicha interrupción.</p>

RLOT de 1999	RLOT de 2006
<p>Fuero sindical de directivos de Seccionales de Sindicatos Nacionales. El Art. 152 del RLOT de 1999 exigía que la elección de los referidos directivos se notificará al Inspector del Trabajo de la jurisdicción (de la Seccional), a los fines de la notificación al empleador.</p>	<p>Ahora el Art. 122 del RLOT de 2006 exige que se notifique de la elección de los miembros de la junta directiva de la Seccional de un Sindicato Nacional, a la Inspectoría Nacional del Trabajo donde fue registrada la organización sindical, para que ésta haga al patrono la notificación correspondiente.</p>
<p>Rendición de cuentas por los sindicatos. El RLOT de 1999 no establecía nada al respecto, en tanto que el Art. 423 de la LOT incluye entre los requisitos que deben indicar los estatutos de los sindicatos, la oportunidad en que deben presentarse las cuentas de su administración y sus requisitos; y el Art. 451 <i>eiusdem</i> dispone que la junta directiva de los sindicatos está obligada a rendir a la asamblea cada año, cuenta detallada y completa de su administración, estableciendo expresamente en su parte final que los funcionarios sindicales que no hayan cumplido esta obligación no podrán ser reelectos.</p>	<p>Se incorpora un nuevo Art. en el RLOT de 2006, el número 127, que repite lo que ya establecía el Art. 451 de la LOT al disponer: “<i>La junta directiva de las organizaciones sindicales deberá rendir cuenta detallada y completa de su administración. Quienes no hayan cumplido con esta obligación estarán inhabilitados para ser reelectos.</i>”</p>
<p>Elecciones sindicales (período vencido). El RLOT de 1999 no establecía nada al respecto.</p>	<p>Se inserta un nuevo Art. en el RLOT de 2006, el número 128, que ratifica el derecho de las organizaciones sindicales a efectuar sus procesos electorales sin más limitaciones que las establecidas en sus estatutos y en la ley, pero estableciendo expresamente que los miembros de las juntas directivas cuyo período para el cual fueron electos se encuentre vencido, no podrán realizar, celebrar o representar a la organización sindical en actos jurídicos que excedan la simple administración.</p>

RLOT de 1999	RLOT de 2006
<p>Homologación parcial de la Convención Colectiva (en lugar del depósito de la misma). El Art. 172 del RLOT de 1999 no establecía esa posibilidad, sino que al ser presentada una convención colectiva para su depósito el Inspector del Trabajo podía en su lugar indicar a las partes observaciones y recomendaciones conforme a lo previsto en el Art. 50 de la LOPA, pero en caso de que los interesados insistieran en el depósito de la convención, el Inspector del Trabajo debía ordenar de todas maneras dicho depósito, aunque podía asentar sus observaciones en la providencia administrativa que dictara.</p>	<p>El Art. 144 del RLOT de 2006 mantiene la posibilidad de que el Inspector del Trabajo en lugar de ordenar el depósito de la convención colectiva que le sea presentada, le indique a las partes las observaciones y recomendaciones que procedan de conformidad con lo previsto en el Art. 50 de la LOPA. Sin embargo, si los interesados insisten en el depósito de la convención, el Inspector del Trabajo asentará sus observaciones en la providencia administrativa que dicte, homologando las cláusulas de la convención que no contrarién el orden público.</p>
<p>Prórroga de la duración de la convención colectiva. El Art. 179 del RLOT de 1999 permitía a las partes prorrogar la duración de una convención hasta el límite máximo previsto en el Art. 523 de la LOT, norma ésta que fija la duración de la convención en un mínimo de 2 años y un máximo de 3 años; lo que significa que según la disposición reglamentaria que comentamos, sólo podía prorrogarse una convención que hubiera sido suscrita por un período de 2 años, o 2 1/2 años, hasta por el tiempo que falte (p. ejemp., 6 meses, 1 año, etc.) para completar el tiempo máximo permitido de 3 años.</p>	<p>El Art. 151 del RLOT de 2006 establece ahora que las partes podrán prorrogar la duración de la convención colectiva por un límite que no excederá de la mitad del período para el cual fue pactada, lo que significa que si la convención se pactó inicialmente por un lapso de 2 años podrá prorrogarse hasta por 1 año más (para un total de 3 años), pero si la convención se pactó inicialmente por un lapso de 3 años, la prórroga podría ser de hasta 1 1/2 años más (para un total de 4 1/2 años). Esta interpretación sólo es posible si se considera que la prórroga de la convención constituye una nueva convención, pues de lo contrario el nuevo Reglamento estaría contrariando el espíritu, razón y propósito de la ley reglamentada, toda vez que el Art. 523 de la LOT fija en 3 años el tiempo máximo de duración de una convención colectiva.</p>

RLOT de 1999	RLOT de 2006
<p>Posibilidad de formular alegatos y oponer defensas “en la primera oportunidad”, en el marco de procedimientos conflictivos iniciados con la presentación de un pliego de peticiones. El Art. 201 del RLOT de 1999 establecía que: “<i>El empleador no podrá oponer excepciones o defensas sobre aquello que hubiere sido objeto de decisión por parte del Inspector del Trabajo, con ocasión de la presentación del pliego</i>”.</p>	<p>El Art. 173 del RLOT de 2006 repite lo que ya disponía el Art. 201 del RLOT de 1999 que sustituye, pero va más allá, pues establece además expresamente (en forma similar a como lo contempla el Art. 519 de la LOT cuando se trata de la negociación de una convención colectiva), que sólo en la primera reunión de la Junta de Conciliación el patrono podrá formular alegatos y oponer defensas, así como el deber del Inspector del Trabajo de decidir tales alegatos y defensas en un lapso de 48 horas. Esta posibilidad venía siendo negada por la práctica administrativa de las Inspectorías del Trabajo con base en una Resolución de fecha 19/09/2002 emanada de la otrora Ministra del Trabajo, que consideró que no era procedente la oposición de excepciones en un procedimiento derivado de la introducción de un pliego de peticiones, porque tal incidencia no estaba contemplada dentro de tal procedimiento, como sí lo hacía el Art. 519 de la LOT en materia de negociación de convenciones colectivas, norma ésta que no podía aplicarse analógicamente en aquel procedimiento.</p>
<p>Organización sindical más representativa. El Art. 230 del RLOT de 1999 sólo establecía que “<i>La determinación de la organización sindical más representativa, se efectuará con base en el número de trabajadores que acudieron al acto de votación</i>”.</p>	<p>El Art. 202 del RLOT de 2006 establece la posibilidad de determinar la organización sindical más representativa mediante un referéndum sindical, para determinar qué sindicato tendrá derecho a administrar la convención colectiva. Tal referéndum sólo podrá ser acordado una vez transcurrida la mitad de la vigencia de la convención colectiva, y la organización sindical que resulte como la más representativa gozará de tal condición hasta el término de la convención.</p>

RLOT de 1999	RLOT de 2006
<p>Designación de los Directores Laborales. Los Arts. 231 y s.s. del RLOT de 1999, atendiendo a lo dispuesto por los Arts. 610 y ss. de la LOT, establecía que de los 2 Directores Laborales que debían existir en las juntas directivas de institutos autónomos, empresas del Estado y otras personas de Derecho Público (lo cual constituye una forma de participación de los trabajadores en la gestión de dichos entes), uno de ellos y su suplente serían designados por la confederación sindical más representativa, y el otro sería electo por los trabajadores mediante votación directa y secreta.</p>	<p>Para adecuar las normas reglamentarias a lo dispuesto por un Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente a comienzos del año 2000 (ver G.O. N° 36.904 de fecha 2 de marzo de 2000), que cesó a los Directores Laborales que se encontraban en funciones para ese momento y ordenó que los mismos debían ser electos por votación directa y secreta y por mayoría calificada de los trabajadores, los Arts. 203 y ss. del RLOT de 2006 regulan la manera cómo se llevará a efecto la elección democrática de los 2 Directores Laborales a que se contrae el Art. 610 de la LOT, mediante votación universal, directa y secreta. Se establece además que los 2 directores laborales y sus respectivos suplentes gozarán de fkuero sindical desde el momento de su elección hasta 3 meses después de vencido el término para el cual fueron electos.</p>
<p>Directores Laborales en empresas privadas. El RLOT nada establecía al respecto, aunque la LOT sí prevé en su Art. 623 que <i>“Las empresas del sector privado que introduzcan en su funcionamiento disposiciones similares a las establecidas para los organismos del sector público en los artículos anteriores gozarán de protección especial. El Ejecutivo Nacional dictará por vía de reglamentación normas que tiendan a concretar y regularizar esta protección y a estimular la participación laboral...”</i>.</p>	<p>El Art. 215 del RLOT de 2006 prevé que las empresas del sector privado que reciban la protección especial del Estado y asuman como activos las deudas y obligaciones que mantengan con sus trabajadores, deberán incorporar Directores Laborales a sus directorios, juntas directivas o administradoras o consejos de administración en términos similares a los previstos para los organismos del sector público.</p>

RLOT de 1999	RLOT de 2006
<p>Medidas preventivas. El Art. 250 del RLOT de 1999 sólo facultaba al Inspector del Trabajo para decretar medidas preventivas para autorizar la prestación de servicios por parte del trabajador en un cargo distinto, o la separación del trabajador por el tiempo que dure el procedimiento de calificación de faltas para despedir, cuando se le imputaren al trabajador en goce de feroe sindical faltas graves y existiere el temor fundado de que incurriera nuevamente en ellas, o de que ocasionare daños a personas o bienes por virtud del cargo que ocupa en la empresa.</p>	<p>El Art. 223 del RLOT de 2006 amplía las facultades de los Inspectores del Trabajo para decretar medidas preventivas en los procedimientos administrativos previstos en la LOT, y dentro de los procedimientos de solicitud de reenganche y pago de salarios caídos (Art. 453) y de calificación de faltas para despedir (Art. 454), autoriza expresamente al Inspector para decretar: i) la prestación de servicios por parte del trabajador en un cargo distinto, o la separación del trabajador por el tiempo que dure el procedimiento, en forma y condiciones similares a las que ya preveía el Art. 250 del RLOT de 1999; y ii) la reincorporación del trabajador o la restitución de la situación jurídica infringida, por el tiempo que dure el procedimiento y con restablecimiento pleno del pago del salario, cuando un trabajador que goce de inamovilidad haya sido despedido, trasladado o desmejorado o sea víctima de cualquier medida de discriminación antisindical, y exista el temor fundado de que se occasionen daños a dicho trabajador, a su familia o a la organización sindical. El desacato a la medida preventiva dictada acarreará una multa que oscila entre 1/8 de salario mínimo y 1 salario mínimo, in perjuicio de la valoración de dicha conducta en la providencia definitiva.</p>

RLOT de 1999	RLOT de 2006
Registro Nacional de Empresas y Establecimientos. El RLOT de 1999 no contemplaba nada al respecto.	Se inserta un nuevo Art. Identificado con el N° 227 del RLOT de 2006, que le da base jurídica al Registro Nacional de Empresas y Establecimientos recientemente creado por el Ministerio del Trabajo (Resolución N° 4.524 publicada en <i>Gaceta Oficial</i> N° 38.402 de fecha 21/03/2006), toda vez que se establece ahora que la organización y funcionamiento de dicho Registro será realizada a través de resoluciones especiales dictadas al efecto por el Ministerio del Trabajo.
Solvencia Laboral. El RLOT de 1999 no contemplaba nada al respecto.	El Art. 228 del RLOT de 2006 reproduce el texto del Art. 3 del Decreto N° 4.248 recientemente dictado por el Ejecutivo Nacional el 02/02/2006, y publicado en la <i>Gaceta Oficial</i> N° 38.371 de esa misma fecha, mediante el cual se reguló lo concerniente al otorgamiento, vigencia, control y revocatoriedad de las Solvencias Laborales de los patronos. El Art. 228 reglamentario que ahora comentamos y que coincide totalmente con la redacción del Art. 3 del Decreto ya mencionado, establece una lista de los asuntos para los cuales se exigirá obligatoriamente la presentación de la Solvencia Laboral .
Función sancionatoria.	El Art. 236 del RLOT de 2006 establece que cuando el funcionario del trabajo constate que existen incumplimientos relativos al sustento, a la jornada de trabajo, o a la salud o vida del trabajador, el Inspector del Trabajo al imponer las sanciones previstas en los Arts. 627, 629, 630, 633 y 637 de la LOT, calculará el monto de la respectiva sanción (multa) por el número de trabajadores afectados (esta norma tal vez se inspiró en la LOPCYMAT de 2005 que contempla similares previsiones).

Por lo demás, muchas de las normas reformadas consistieron principalmente en lo siguiente:

- **Adecuar el RLOT de 2006 a la nueva numeración de su articulado** debido a los cambios introducidos por esta reforma, donde fueron suprimidos algunos artículos del RLOT de 1999, otros artículos cambiaron de numeración, otros de numeración y contenido, y se agregaron también nuevos artículos.
- **Incorporar la mención expresa al género femenino** en muchos casos (“...trabajador o trabajadora...”; “...patrón o patrona...”; “...Inspector o Inspectora del Trabajo...”, “...Presidente o Presidenta de la República...”, etc.).
- **Incorporar disposiciones contenidas en la CRBV** que fue aprobada con posterioridad al RLOT de 1999, y adecuar las normas reglamentarias a dicha Constitución, como por ejemplo la especificación en el Art. 9.b del RLOT de 2006 de que en virtud del principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, *“Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley...”*. (Ver Art. 89.2 de la CRBV); algo similar se establece en el Art. 10 del RLOT de 2006 relativo a las transacciones laborales.
- **Adecuar el nuevo RLOT a las disposiciones de la LOPCY-MAT de 2005**, como por ejemplo la referencia en algunas normas reglamentarias a los delegados o delegadas de prevención creados por la mencionada ley.
- **Adecuar el RLOT a la terminología de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**, sustituyendo por ejemplo la mención de trabajadores “menores” por la de trabajadores “adolescentes”.
- **Sustituir los nombres de algunos entes públicos** por el órgano competente en la actualidad, como por ejemplo “Ministerio de Planificación y Desarrollo” en lugar de la anterior “Oficina Central de Coordinación y Planificación de la Presidencia de la República”.
- **El Art. 58 del RLOT de 2006 faculta también a los Inspectores del Trabajo para solicitar a la Administración Tributaria el examen de las declaraciones de impuesto sobre la renta de una**

empresa, para verificar los beneficios obtenidos por ésta en uno o más ejercicios anuales a los fines de determinar la participación de los trabajadores en las utilidades de dicha empresa. Bajo el RLOT de 1999 y conforme al Art. 181 de la LOT, ello solo podía ser solicitado por los trabajadores y las organizaciones sindicales.

– Se suprimió el Art. 108 del RLOT que establecía en forma ejemplificativa quiénes se consideraban trabajadores que desempeñaban funciones que por su naturaleza no estaban sujetos a jornada, entre los cuales se incluía a aquellos cuya labor se desempeñara en circunstancias que impidieran, dificultaran severamente o hicieran particularmente gravosa la supervisión del cumplimiento del horario de trabajo (por parte del empleador).

Reseña de los aspectos novedosos del Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores

Manuel DÍAZ MUJICA*

SUMARIO:

- 1. Empresas de servicio especializadas.**
- 2. Establecimiento habilitado.**
- 3. Beneficios sociales con carácter similar.**
- 4. Trabajadores beneficiarios.**
- 5. Trabajadores que laboren jornadas parciales.**
- 6. Trabajadores que laboren jornadas superiores al límite diario.**

* Universidad de Carabobo, Abogado. Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho del Trabajo, Profesor de pre y postgrado. Instituto de Estudios Superiores de Administración, Profesor. Universidad Tecnológica de Valencia, Profesor Invitado. Autor de varias publicaciones difundidas en libros y revistas especializadas y Coautor de **La Ley Orgánica del Trabajo: Comentarios sobre su reforma**, Caracas 1997. Baker & McKenzie, Socio Internacional, Caracas (desde 1994), Socio Caracas (1981-1994), Asistente Legal, Valencia (1980-1981).

Sólo se describen brevemente los principales aspectos del nuevo reglamento. Para entender a cabalidad su extensión e implicaciones es menester realizar un estudio detallado que escapa del propósito de estas líneas

7. Trabajador que falte al trabajo por causas que no le son imputables.
8. Trabajador con salario variable.
9. Comedores.
10. Lapso para la entrega de cupones o tickets, y la carga de tarjetas electrónicas.
11. Uso exclusivo para compra de comidas y alimentos.
12. Costos y comisiones.
13. Requisitos adicionales de los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.
14. Prohibición de tarjetas suplementarias.
15. Beneficios sociales que pueden otorgarse de manera excepcional.
16. Registro de comedores, operadores de comedores y empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales que presten el servicio de comidas elaboradas.
17. Registro y autorización de empresas que administren y gestionen beneficios sociales con carácter similar y establecimientos con los cuales el empleador haya convenido el canje de las órdenes de compra.
18. Registro y autorización de empresas que emitan y administren cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.
19. Obligaciones especiales del empleador: 19.1 Cumplimiento retroactivo. 19.2 Supuesto de disminución del número de trabajadores. 19.3 Deber de orientación e información a los trabajadores.
20. Contratación de empresas que operen ilegalmente.
21. Disposiciones transitorias.

Mediante el Decreto N° 4.448 del 25 de abril de 2006 se dictó el Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores (el RLAT), el cual tiene por objeto desarrollar las condiciones para el otorgamiento del beneficio contemplado en la Ley de Alimentación para los Trabajadores (la “Ley de Alimentación”) y regular las situaciones que se derivan de su aplicación. El RLAT entró en vigencia el 28 de abril de 2006, fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial* N° 38.426. A continuación reseñamos los aspectos novedosos del RLAT.

1. EMPRESAS DE SERVICIO ESPECIALIZADAS

Las empresas de servicio especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales que emitan y administren cupones, tickets o tar-

jetas electrónicas de alimentación, en el marco de la Ley de Alimentación, no podrán dedicarse en ningún caso a actividades propias de la intermediación financiera, crediticia o especulativa, ni a actividades diferentes a las señaladas en el artículo 4 de la Ley de Alimentación.

2. ESTABLECIMIENTO HABILITADO

Se entiende por “establecimiento habilitado” a los restaurantes, comercios o establecimientos de expendio de alimentos o comidas elaboradas, con los cuales las empresas de servicio especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales que emitan y administren cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación hayan celebrado convenios a los fines de que los trabajadores puedan canjear los cupones o tickets o utilizar las tarjetas electrónicas de alimentación.

3. BENEFICIOS SOCIALES CON CARÁCTER SIMILAR

Se establece que los “*beneficios sociales con carácter similar*” a los que se refiere el parágrafo quinto del artículo 5 de la Ley de Alimentación, que estén contemplados en convenciones colectivas de trabajo, acuerdos colectivos o contratos individuales, deben corresponder a la provisión de comidas o alimentos no elaborados, ajustados a las necesidades nutricionales y energéticas de la población trabajadora, que deberán ser certificados por el órgano competente en materia de nutrición y autorizados por el Ministerio del Trabajo.

4. TRABAJADORES BENEFICIARIOS

Se aclara que a los fines de determinar el número de trabajadores con los que cuenta una empresa para saber si está o no obligada a cumplir la Ley de Alimentación deben incluirse los aprendices, quienes gozarán del beneficio de alimentación en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores.

5. TRABAJADORES QUE LABOREN JORNADAS PARCIALES

Los trabajadores que presten servicios en una jornada inferior a la establecida en el artículo 90 de la Constitución y en la Ley Orgánica del Trabajo (jornadas parciales), tienen derecho a percibir el beneficio de alimentación los días en que laboren tales jornadas, en las siguientes condiciones:

a) Cuando la modalidad de cumplimiento sea a través de tickets, cupones o tarjetas electrónicas de alimentación, el beneficio podrá ser prorrteado con base en el número efectivo de horas laboradas y se considerará que el empleador ha satisfecho la obligación cuando dé cumplimiento a la alícuota respectiva. Así por ejemplo, un trabajador que tiene pactada una jornada ordinaria de cuatro (4) horas diarias, tendrá derecho a recibir por esa jornada un (1) ticket, cupón, o una (1) carga en la tarjeta electrónica, por una cantidad equivalente al 50% de lo que sería el beneficio para un trabajador que labore en la misma empresa una jornada de ocho (8) horas diarias. En este caso, si el trabajador labora para varios empleadores, éstos podrán convenir que el otorgamiento del beneficio sea realizado en forma íntegra por uno de ellos, quedando de esta forma satisfecha la obligación respecto a los otros empleadores.

b) Cuando la modalidad de cumplimiento sea el suministro directo de comida conforme a los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 4 de la Ley de Alimentación, el beneficio será percibido de forma íntegra por el trabajador, atendiendo a su naturaleza única e indivisible, sin perjuicio de que cuando labore para varios empleadores éstos puedan llegar a acuerdos a los fines de que el trabajador reciba el beneficio costeado por ellos de manera equitativa o proporcional.

Aunque el RLAT no lo establece así expresamente, este sistema de prorratas y alícuotas también pudiera utilizarse en los casos en que el trabajador labora parte de su jornada y no la jornada ordinaria completa, como por ejemplo cuando llega con una (1) hora de retraso y el patrono le permite su incorporación al trabajo. Ahora bien, en los casos en los que un trabajador tiene pactada una jornada parcial, de por ejemplo seis (6) horas diarias, y se le vienen entregando cupones, tickets o tarjetas como si hubiera trabajado una jornada de ocho (8) horas, lo prudente es mantener tal régimen y no ajustar con alícuotas para evitar que el trabajador pueda considerarse desmejorado en sus condiciones de trabajo.

6. TRABAJADORES QUE LABOREN JORNADAS SUPERIORES AL LÍMITE DIARIO

Cuando el trabajador labore una jornada superior a la jornada diaria de trabajo establecida en el artículo 90 de la Constitución, tendrá derecho a

percibir el beneficio de alimentación correspondiente a tal exceso, de conformidad con los términos que regulan el otorgamiento del beneficio en caso de jornadas parciales. En este supuesto se incluye a los trabajadores de inspección o vigilancia.

7. TRABAJADOR QUE FALTE AL TRABAJO POR CAUSAS QUE NO LE SON IMPUTABLES

El trabajador que falte a su trabajo por causa que no le sea imputable no pierde el derecho al beneficio de alimentación cuando éste le es otorgado a través de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.

Esta norma del RLAT es de dudosa legalidad, porque según la Ley de Alimentación el beneficio procede por *jornada trabajada*. Además, de acuerdo con el RLAT, el trabajador que falta al trabajo por una causa que no le es imputable sólo tiene derecho al beneficio de alimentación si recibe cupones, tickets o tarjetas, pero no si el patrono entrega la comida directamente, lo que luce discriminatorio e injusto.

Adicionalmente, el RLAT no aclara cuáles son esas causas no imputables al trabajador a las que hace referencia; sin embargo, pensamos que se refiere a todas aquellas circunstancias fuera del control del trabajador que le impiden asistir a su trabajo, como una enfermedad, la ocurrencia de un accidente, la detención preventiva a los fines de averiguación judicial o policial cuando el trabajador no hubiere incurrido en causa que la justifique, los casos fortuitos o de fuerza mayor –como por ejemplo una inundación o un terremoto–, que tengan como consecuencia necesaria, inmediata y directa la suspensión temporal de las labores, y otras situaciones excepcionales que el trabajador no haya podido razonablemente prever ni evitar, como un paro general de transporte, por ejemplo.

En caso de vacaciones del trabajador o el disfrute de un día de descanso semanal o feriado, el beneficio no debería ser otorgado, como tampoco lo sería en caso de inasistencia injustificada del trabajador a sus labores o en caso de que el trabajador disfrute de un día de permiso remunerado. Un supuesto que arroja mucha duda es el de los permisos de maternidad (pre y postnatales), porque se puede sostener que las ausencias vienen dadas por la ley y que aunque la trabajadora quisiera prestar el servicio (al menos en una parte de ese período), la ley se lo prohíbe. En contrapartida, se puede sostener igualmente que los permi-

sos de maternidad son producto de un embarazo, que se supone ha sido un acto voluntario o imputable a la trabajadora.

8. TRABAJADOR CON SALARIO VARIABLE

Los trabajadores acreedores del beneficio de alimentación que perciban salarios variables (salario básico más comisiones o comisiones únicamente) y que en virtud de las fluctuaciones salariales superen en determinados períodos el límite de tres (3) salarios mínimos que implica la pérdida del beneficio, continuarán percibiéndolo hasta que su salario normal supere dicho límite en un período de seis (6) meses continuos.

9. COMEDORES

Cuando el beneficio de alimentación se otorgue a través de comedores o de contratación del servicio de comida elaborada, la planificación del menú y la fórmula dietética institucional deberán ser elaboradas por un profesional de la nutrición. Los comedores deberán disponer de espacios polivalentes o adaptables para el ingreso y permanencia de trabajadores con discapacidad. El órgano competente en materia de nutrición deberá supervisar periódicamente los comedores y las empresas que prestan el servicio de elaboración de comidas en el marco de la Ley de Alimentación.

10. LAPSO PARA LA ENTREGA DE CUPONES O TICKETS, Y LA CARGA DE TARJETAS ELECTRÓNICAS

Los cupones o tickets de alimentación deberán entregarse al trabajador beneficiario dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del mes respectivo. En el caso de que la modalidad de otorgamiento sea a través de tarjetas electrónicas de alimentación, la carga deberá efectuarse dentro del lapso señalado. El propósito de esta norma es, obviamente, evitar la mora del empleador en el cumplimiento de su obligación legal.

El RLAT no aclara si los cinco (5) días son hábiles o continuos. Sin embargo, como en caso de dudas razonables las normas laborales se interpretan en favor del trabajador (artículo 89 de la Constitución), pensamos que puede interpretarse que se trata de días continuos.

11. USO EXCLUSIVO PARA COMPRA DE COMIDAS Y ALIMENTOS

Los cupones, los tickets y la carga de la tarjeta electrónica de alimentación deberán ser utilizados únicamente para la compra de comidas y alimentos. En ningún caso podrán convertirse en medios que faciliten la obtención de dinero en efectivo u otros productos que desvirtúen la naturaleza del beneficio.

12. COSTOS Y COMISIONES DEL SERVICIO

Los costos y comisiones del servicio que se generen como consecuencia de la emisión de tickets, cupones o tarjetas electrónicas de alimentación no podrán ser cargados al trabajador. Todos estos gastos estarán a cargo del empleador o de la empresa especializada en la administración y gestión de beneficios sociales.

13. REQUISITOS ADICIONALES DE LOS CUPONES, TICKETS O TARJETAS ELECTRÓNICAS DE ALIMENTACIÓN

Además de los requisitos establecidos en la Ley de Alimentación, los cupones y tickets de alimentación deberán indicar el número de cédula de identidad del trabajador beneficiario. Las tarjetas electrónicas de alimentación deberán indicar el nombre del empleador, cuando éste carezca de razón o denominación social, así como el lapso de caducidad, el cual en ningún caso podrá exceder de un (1) año.

14. PROHIBICIÓN DE TARJETAS SUPLEMENTARIAS

La tarjeta electrónica de alimentación es de uso exclusivo del trabajador. Está prohibida la emisión de tarjetas suplementarias.

15. BENEFICIOS SOCIALES QUE PUEDEN OTORGARSE DE MANERA EXCEPCIONAL

El RLAT contempla la posibilidad de que el Ministerio del Trabajo, a través de sus Inspectorías del Trabajo y previa opinión del órgano competente en materia de nutrición con relación a la fórmula dietética institucional, autorice la entrega de beneficios sociales con carácter similar en aquellos lugares donde no pueda otorgarse el beneficio en las otras modalidades establecidas en la Ley de Alimentación. En la respectiva decisión, el Inspector del Trabajo podrá autorizar que el empleador entregue los benefi-

cios sociales con carácter similar directamente al trabajador, a través de órdenes de compra cuyo valor no podrá ser inferior a 0,25 unidades tributarias ni superior a 0,50 unidades tributarias por jornada diaria de trabajo. Las órdenes de compra deberán ser canjeadas en los establecimientos con los cuales el empleador haya establecido convenio.

16. REGISTRO DE COMEDORES, OPERADORES DE COMEDORES Y EMPRESAS ESPECIALIZADAS EN LA ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE BENEFICIOS SOCIALES QUE PRESTEN EL SERVICIO DE COMIDAS ELABORADAS

A los fines de iniciar o continuar su funcionamiento, los comedores, operadores de comedores y las empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales que presten el servicio de comidas elaboradas, deberán inscribirse en el registro que al efecto llevará el Ministerio de Salud por órgano del Instituto Nacional de Nutrición y obtener los permisos respectivos, para lo cual deberán cumplir con los requisitos que se establezcan mediante Resolución que será dictada al efecto por el Ministerio de Salud. También deberán cumplir con las normas sanitarias.

17. REGISTRO Y AUTORIZACIÓN DE EMPRESAS QUE ADMINISTREN Y GESTIONEN BENEFICIOS SOCIALES CON CARÁCTER SIMILAR Y ESTABLECIMIENTOS CON LOS CUALES EL EMPLEADOR HAYA CONVENIDO EL CANJE DE LAS ÓRDENES DE COMPRA

A los fines de iniciar o continuar su funcionamiento, las empresas que administren y gestionen beneficios sociales con carácter similar y los establecimientos con los cuales el empleador haya convenido el canje de las órdenes de compra, deberán inscribirse en el registro que al efecto llevará el Ministerio de Salud por órgano del Instituto Nacional de Nutrición y obtener los permisos respectivos, para lo cual deberán cumplir con los requisitos que se establezcan mediante Resolución que será dictada al efecto por el Ministerio de Salud.

18. REGISTRO Y AUTORIZACIÓN DE EMPRESAS QUE EMITAN Y ADMINISTREN CUPONES, TICKETS O TARJETAS ELECTRÓNICAS DE ALIMENTACIÓN

A los fines de iniciar o continuar su funcionamiento, las empresas de servicio especializadas en la administración y gestión de beneficios so-

ciales que emitan y administren cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, deberán inscribirse en el registro especial que al efecto lleva el Ministerio del Trabajo, previo cumplimiento de los requisitos que dicho Ministerio establezca mediante Resolución. Una vez inscritas, el Ministerio del Trabajo expedirá la respectiva autorización para operar, la cual tendrá una vigencia que no excederá de un (1) año y que podrá ser renovada por períodos iguales. El Ministerio del Trabajo publicará semestralmente el listado de las empresas especializadas debidamente registradas y autorizadas para la emisión y administración de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.

19. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL EMPLEADOR

19.1 CUMPLIMIENTO RETROACTIVO

El empleador que durante la relación de trabajo no haya cumplido con el beneficio de alimentación estará obligado a otorgarlo retroactivamente al trabajador beneficiario, desde el momento en que haya nacido la obligación, a través de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.

En caso de terminación de la relación de trabajo por cualquier causa sin que el empleador haya cumplido con el beneficio de alimentación, deberá pagarle al trabajador, a título indemnizatorio, lo que le adeude por este concepto, en dinero en efectivo. En ambos casos el cumplimiento será con base en el valor de la unidad tributaria que se encuentre vigente a la fecha en que se verifique dicho cumplimiento.

19.2 SUPUESTO DE DISMINUCIÓN DEL NÚMERO DE TRABAJADORES

Los empleadores que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley de Alimentación estaban obligados por ella y luego vieron reducido el número de sus trabajadores, deberán mantener el beneficio para los trabajadores restantes. La Ley de Alimentación no contiene disposición alguna que oblige a la empresa a continuar otorgando el beneficio de alimentación después que ella pasa a tener menos de veinte (20) trabajadores, por lo que en la práctica las empresas suspendían el beneficio en ese supuesto. En nuestra opinión, el RLAT está creando una nueva obligación, no prevista en la Ley de Alimentación; la de continuar otorgando el beneficio aunque la empresa pase a tener menos de veinte (20) trabajadores. Si se entiende que efectivamente ésta es una nueva obligación, la misma sólo puede regir desde el 28 de abril de 2006 en adelante

y no puede tener efecto retroactivo. En este orden de ideas, la interpretación correcta del RLAT sería la de que aquellos patronos que para el 28 de abril de 2006 (fecha de entrada en vigencia del RLAT) se encuentren obligados a otorgar el beneficio de alimentación y que posteriormente, en virtud de una causa sobrevenida, vean disminuir el número de trabajadores a su cargo, deberán continuar otorgando el beneficio. Debemos advertir, sin embargo, que sobre este tema cabría otra interpretación, un poco más forzada en nuestro criterio, y es que el RLAT no crea una nueva obligación sino que interpreta la obligación prevista en la Ley de Alimentación. Según esta interpretación, la obligación de mantener el beneficio después que la empresa desciende por debajo del umbral de veinte (20) trabajadores, se infiere de la propia Ley de Alimentación, porque ésta no autoriza a descontinuarlo en caso de reducción de personal, y lo que haría el RLAT es simplemente recordarlo. Con base en este criterio, todas las empresas que inicialmente estuvieron obligadas a otorgar el beneficio se encuentran en mora desde que lo descontinuaron al pasar a tener menos de veinte (20) trabajadores, y tendrían que otorgar el beneficio con carácter retroactivo.

19.3 DEBER DE ORIENTACIÓN E INFORMACIÓN A LOS TRABAJADORES

El empleador debe suministrar a cada trabajador un ejemplar de la Ley de Alimentación, del RLAT y de un texto que describa las obligaciones derivadas de la modalidad adoptada para cumplir con este beneficio.

20. CONTRATACIÓN DE EMPRESAS QUE OPEREN ILEGALMENTE

Los empleadores que suministren a sus trabajadores cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación emitidos por empresas que no están autorizadas por el Ministerio del Trabajo, se entiende que no han cumplido con el otorgamiento del beneficio de alimentación y quedan obligados a otorgarlo (de nuevo) en forma retroactiva. Quedan a salvo las acciones que el empleador pueda ejercer contra la empresa que le haya suministrado ilícitamente los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.

21. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Dentro de los sesenta (60) días continuos siguientes a la publicación del RLAT, los empleadores que otorguen el beneficio mediante la contrata-

ción de empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales que emitan cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, deberán contratar con las empresas registradas y autorizadas por el Ministerio del Trabajo a tales fines. Las empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales que presten servicios de comida elaborada, así como los comedores, los operadores de comedores y las empresas que administren y gestionen beneficios sociales con carácter similar, también deberán inscribirse, dentro de los sesenta (60) días continuos siguientes a la publicación del RLAT, en el Registro que al efecto llevará el Ministerio de Salud por órgano del Instituto Nacional de Nutrición.

El Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores (RLAT)

Gabriela FUSCHINO VEGAS*

SUMARIO:

- 1. Objeto.**
- 2. Empleadores obligados y trabajadores beneficiarios.**
- 3. Beneficiarios en casos especiales:** *3.1 Extensión del beneficio en forma voluntaria o concertada. 3.2 Trabajadores que laboren jornadas inferiores al límite diario. 3.3 Trabajadores con autorización para trabajar jornadas superiores al límite diario. 3.4 Trabajadores con salario variable. 3.5 Disminución del número de trabajadores.*
- 4. Beneficio durante la no prestación del servicio por causas no imputables al trabajador.**
- 5. Otorgamiento de beneficios sociales con carácter similar.**
- 6. Nuevas disposiciones sobre comedores y contratación de servicios de comida elaborada.**

* Universidad Católica Andrés Bello, Abogada. Mención *Cum Laude*, Profesora de Derecho del Trabajo I. Universidad Central de Venezuela. Especialización en Derecho del Trabajo (pendiente tesis de grado). Hogan & Hartson S.C., Departamento Laboral, Asociada.

7. Nuevas disposiciones sobre el otorgamiento del beneficio mediante cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.
8. Registro de empresas especializadas.
9. Sanciones.
10. Vigencia.

1. OBJETO

El RLAT tiene por objeto desarrollar las condiciones para el otorgamiento del beneficio de alimentación para proteger y mejorar el estado nutricional de los trabajadores previstos en la Ley de Alimentación para los Trabajadores (LAT), de veintisiete de diciembre de 2004, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.094 de la misma fecha.

2. EMPLEADORES OBLIGADOS Y TRABAJADORES BENEFICIARIOS

Los patronos obligados a conceder el beneficio de alimentación son aquellos que cuentan con 20 o más trabajadores. En principio, este beneficio se restringe a aquellos trabajadores que perciban un salario normal mensual que no exceda de tres (3) salarios mínimos urbanos.¹ Para los efectos del cálculo del número de trabajadores se debe tomar en cuenta a los aprendices, y éstos también son acreedores del beneficio.

3. BENEFICIARIOS EN CASOS ESPECIALES

3.1 EXTENSIÓN DEL BENEFICIO EN FORMA VOLUNTARIA O CONCERTADA

El RLAT permite la concesión del beneficio previsto en la LAT en forma voluntaria, o en forma concertada a través de convenciones colectivas, acuerdos colectivos, o contratos de trabajo, aun cuando no sé de alguno de los requisitos mencionados en el punto anterior.

¹ Actualmente el salario mínimo es de Bs. 465.750,00 mensuales, por lo que el tope de tres (3) salarios mínimos es Bs. 1.397.250,00. A partir del 1º de septiembre de este año, el salario mínimo será de Bs. 512.325,00 mensuales, conforme al decreto presidencial N° 4.446 de fecha 25 de abril de 2006, por lo que el tope de tres (3) salarios mínimos para esa fecha será de Bs. 1.536.975,00.

3.2 TRABAJADORES QUE LABOREN JORNADAS INFERIORES AL LÍMITE DIARIO

El RLAT establece la aplicación del beneficio de alimentación a los trabajadores con una jornada inferior a la establecida en el artículo 90 de la Constitución,² en las condiciones siguientes: i) si el beneficio es otorgado a través de tickets, cupones o tarjetas electrónicas de alimentación, se prorrateará el beneficio entre el número de horas efectivamente laboradas; ii) cuando el beneficio sea otorgado mediante comedores propios, comunes a varias empresas o administrados por el órgano competente en materia de nutrición, así como a través de la contratación de servicios de comida, el beneficio será percibido íntegramente por el trabajador.

3.3 TRABAJADORES CON AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR JORNADAS SUPERIORES AL LÍMITE DIARIO

Aquellos trabajadores con autorización para trabajar jornadas superiores al límite diario (por ejemplo, trabajadores de inspección o vigilancia) tendrán derecho a percibir el beneficio correspondiente proporcionalmente al exceso de la jornada diaria.

3.4 TRABAJADORES CON SALARIO VARIABLE

Las fluctuaciones del salario en el caso de trabajadores con salario variable que hagan que el mismo exceda del tope de tres (3) salarios mínimos, no causará la pérdida del beneficio previsto en la LAT hasta tanto su salario normal no supere dicho tope durante un período de 6 meses continuos.

3.5 DISMINUCIÓN DEL NÚMERO DE TRABAJADORES

El empleador que se encuentre obligado a cumplir con la LAT al momento de su entrada en vigencia (27/12/2004) y que disminuya el número de trabajadores a su cargo por una causa sobrevenida, debe continuar otorgando el beneficio.

² Conforme al artículo 90 de la Constitución, la jornada de trabajo diurna no excederá de 8 horas diarias ni de 44 horas semanales. En los casos en que la ley lo permita, la jornada de trabajo nocturna no excederá de 7 horas diarias ni de 35 semanales.

4. BENEFICIO DURANTE LA NO PRESTACIÓN DEL SERVICIO POR CAUSAS NO IMPUTABLES AL TRABAJADOR

Cuando el beneficio sea otorgado mediante la provisión o entrega a los trabajadores de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, la no prestación del servicio por causas no imputables a los trabajadores no será motivo para la suspensión del otorgamiento del beneficio correspondiente a esa jornada.

5. OTORGAMIENTO DE BENEFICIOS SOCIALES CON CARÁCTER SIMILAR

El RLAT permite el cumplimiento del beneficio de alimentación mediante el otorgamiento de beneficios sociales con carácter similar, siempre que sean pactados en convenciones o acuerdos colectivos y que no sean menos favorables que las modalidades previstas en la LAT.

Las Inspectorías del Trabajo, previa opinión del Instituto Nacional de Nutrición sobre la fórmula dietética institucional, podrán autorizar la entrega de beneficios sociales con carácter similar en aquellos lugares donde no se pueda otorgar el beneficio mediante las modalidades establecidas en la LAT, bien directamente al trabajador a través de órdenes de compras, cuyo valor no podrá ser inferior a 0,25 Unidades Tributarias (UT)³ ni superior a 0,50 UT por jornada diaria de trabajo. Estas órdenes de compra deberán ser canjeadas en los establecimientos con los cuales el empleador haya establecido convenio.

6. NUEVAS DISPOSICIONES SOBRE COMEDORES Y CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE COMIDA ELABORADA

La planificación del menú y la correspondiente fórmula dietética institucional debe ser elaborada por un profesional de la nutrición adscrito o no al Instituto Nacional de Nutrición. En este último caso, la fórmula dietética institucional debe estar certificada por el Instituto Nacional de Nutrición.

Adicionalmente, el patrono debe proporcionar espacios adaptables para el ingreso y permanencia de trabajadores con discapacidad. El Instituto

³ Actualmente una UT es equivalente a Bs. 33.600,00.

Nacional de Nutrición realizará supervisiones periódicas a los comedores de las empresas, así como a las empresas que presten servicio de comida elaborada.

7. NUEVAS DISPOSICIONES SOBRE EL OTORGAMIENTO DEL BENEFICIO MEDIANTE CUPONES, TICKETS O TARJETAS ELECTRÓNICAS DE ALIMENTACIÓN

Los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación deben ser otorgados dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del mes respectivo, y deben indicar el número de cédula del trabajador, además de los ya establecidos en la LAT.

Las tarjetas electrónicas de alimentación deben indicar adicionalmente el nombre del empleador cuando carezca de razón social, así como su lapso de caducidad que en ningún caso será mayor de un (1) año. También se establece la prohibición absoluta de emitir tarjetas suplementarias.

8. REGISTRO DE EMPRESAS ESPECIALIZADAS

Tanto los comedores de las empresas, los comedores compartidos, los proveedores de comida elaborada y los operadores de comedores, así como las empresas que administren y gestionen beneficios sociales con carácter similar, y los establecimientos con los que el empleador haya establecido convenio para el canje de órdenes de compra, deberán inscribirse en el Registro que llevará el Ministerio de Salud por órgano del Instituto Nacional de Nutrición, conforme a ciertos requisitos a ser establecidos por Resolución a ser dictada por el Ministerio de Salud.

Las empresas que emitan y administren cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación deberán inscribirse en el registro llevado por el Ministerio del Trabajo. El Ministerio del Trabajo expedirá una autorización para operar, cuya vigencia no excederá un (1) año y que podrá ser renovada por períodos iguales al término de su vigencia.

El Ministerio de Trabajo dentro de los 30 días hábiles siguientes a la publicación del RLAT publicará una lista de las empresas debidamente registradas y autorizadas. Los empleadores tendrán un lapso de 60 días luego de la publicación de este Reglamento para contratar con las empresas registradas y autorizadas por el Ministerio del Trabajo.

El empleador que contrate empresas que no estén inscritas en los mencionados registros se considerará en incumplimiento del otorgamiento del beneficio, por lo que deberá otorgarlo nuevamente.

9. SANCIONES

El Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Salud, el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario y, el Instituto Nacional de Nutrición dispondrán de amplias facultades para inspeccionar el cumplimiento de las obligaciones previstas en la LAT.

Los órganos de inspección podrán advertir a los infractores que deberán subsanar en un plazo que no podrá ser inferior a 24 horas, ni exceder de 15 días hábiles, so pena de serle impuesta multa que oscilará entre 25 y 50 UT. En caso de reincidencia los órganos de inspección podrán suspender temporalmente la habilitación u ordenar la cancelación definitiva de la misma.

La sanción de cierre temporal prevista en la LAT sólo será aplicada con posterioridad a la advertencia no acatada, y su duración no podrá exceder de 30 días. El sancionado con cierre temporal queda obligado a otorgar a sus trabajadores el beneficio previsto en la LAT y a pagar el salario normal correspondiente a los días que dure la sanción impuesta.

10. VIGENCIA

El RLAT entró en vigencia a partir del 28 de abril de 2006, fecha de su publicación en *Gaceta Oficial*.

Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores

Juan Carlos PRÓ-RÍSQUEZ*

SUMARIO:

- 1. Objeto (Artículo 1).**
- 2. Trabajadores beneficiarios (Artículo 14):** *2.1 Trabajadores beneficiarios a través de convenciones o contratos (Artículo 15). 2.2 Trabajadores aprendices (Artículo 16). 2.3 Trabajadores que laboren jornadas inferiores al límite diario (Artículo 17): 2.3.1 Beneficio otorgado a través de tickets, cupones o tarjetas electrónicas. 2.3.2 Beneficio otorgado a través de comedores, servicios de comida elaborada, comedores comunes a varias empresas y comedores administrados por el Instituto Nacional de Nutrición (INN). 2.4 Trabajadores con autorización para laborar jornadas superiores al límite diario (Artículo 18).*

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado magna cum laude, Doctorado en Ciencias, Mención Derecho, en preparación de tesis doctoral. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho*, Profesor de Derecho del Trabajo desde 1997, de Derecho Civil I (Personas) 1995-1999. *Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Escuela de Administración y Contaduría*, Profesor de Derecho Privado III (Derecho del Trabajo) 1998-2000. Southern Methodist University, Maestría en Derecho. jc.pro@macleodixon.com. **Despacho de Abogados miembros de Macleod Dixon, s.c.**, Socio Internacional.

3. **Obligatoriedad de cumplimiento:** *3.1 Falta de prestación del servicio por causas no imputables al trabajador (Artículo 19). 3.2 Trabajadores con salario variable que superen el límite previsto para el otorgamiento del beneficio (Artículo 20).*
4. **Formas de cumplimiento:** *4.1 Instalación de comedores o contratación del servicio de comida elaborada (Artículo 21 al 24). 4.2 Otorgamiento de ticket de alimentación o la tarjeta electrónica (Artículo 25 al 29). 4.3 Otorgamiento mediante la entrega de beneficios sociales con carácter similar (Artículos 30 y 31).*
5. **Registro de las empresas especializadas (Artículos 32 al 34).**
6. **Obligaciones e informaciones patronales (Artículos 36 al 38).**
7. **Sanciones (Artículos 39 al 43).**
8. **Disposiciones transitorias.**
9. **Vigencia.**

En fecha 28 de abril de 2006, la Presidencia de la República publicó el Decreto N° 4.448¹ mediante el cual se dictó el Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores (Reglamento), que regula las condiciones para el otorgamiento del beneficio contemplado en la Ley de Alimentación para los Trabajadores² (Ley).

Seguidamente señalamos nuestras consideraciones sobre los aspectos más importantes del Reglamento:

1. OBJETO (ARTÍCULO 1)

El Reglamento tiene por objeto desarrollar las condiciones para el otorgamiento del beneficio contemplado en la Ley, relativo a la obligación que tienen algunos empleadores de otorgar una comida balanceada a sus trabajadores durante la jornada de trabajo, así como regular las situaciones que se deriven de la aplicación de su marco legal.

2. TRABAJADORES BENEFICIARIOS (ARTÍCULO 14)

Al igual que lo establecido en el Parágrafo Segundo del artículo 2 de la Ley, el Reglamento prevé que serán acreedores del beneficio de alimentación

¹ Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela (GORBV N° 38.426, del 28 de abril de 2006).

² Ley de Alimentación para los Trabajadores, GORBV N° 38-094, de 27 de diciembre de 2004.

aquellos trabajadores que: i) devenguen un salario normal mensual que no exceda de tres salarios mínimos urbanos³ (en la actualidad la cantidad de Bs. 1.397.250,00; y a partir del 1º de septiembre la cantidad de Bs. 1.536.975,00); y ii) laboren para empleadores con 20 o más trabajadores.

Igualmente, establece que para la determinación del número de trabajadores necesarios para el otorgamiento del beneficio, se incluirán los aprendices.

2.1 TRABAJADORES BENEFICIARIOS A TRAVÉS DE CONVENCIOS O CONTRATOS (ARTÍCULO 15)

En los supuestos en que no se den alguno de los requisitos para el otorgamiento del beneficio, el patrono podrá concederlo a través de: i) convenciones colectivas, ii) acuerdos colectivos, iii) contratos individuales de trabajo; o, iv) voluntariamente.

2.2 TRABAJADORES APRENDICES (ARTÍCULO 16)

Los aprendices son acreedores del beneficio de la Ley en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores.

2.3 TRABAJADORES QUE LABOREN JORNADAS INFERIORES EL LÍMITE DIARIO (ARTÍCULO 17)

Cuando los trabajadores tengan una jornada inferior a la establecida en el artículo 90 de la Constitución vigente⁴ (CRBV), tienen derecho a recibir el beneficio en las siguientes condiciones:

2.3.1 Beneficio otorgado a través de tickets, cupones o tarjetas electrónicas

Podrá ser prorrateado por el número efectivo de horas laboradas y se considerará satisfecha la obligación por el empleador cuando dé cumplimiento a la alícuota respectiva.

³ Decreto N° 4.446, GORBV N° 38.426, del 28 de abril de 2006, que establece como salario mínimo mensual urbano la cantidad mensual de Bs. 465.750,00, a partir del 1º de mayo de 2006; y la cantidad mensual de Bs. 512.325,00, a partir del 1º de septiembre de 2006.

⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, GORBV N° 5.453, del 24 de marzo de 2000. El artículo 90 de la CRBV establece que la “jornada de trabajo diurna no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro horas semanales. En los casos en que la ley lo permita, la jornada de trabajo nocturna no excederá de siete horas diarias ni de treinta y cinco semanales (...”).

2.3.2 *Beneficio otorgado a través de comedores, servicios de comida elaborada, comedores comunes a varias empresas y comedores administrados por el Instituto Nacional de Nutrición (INN)*

Será percibido en forma íntegra por el trabajador, sin perjuicio que, cuando labore para varios empleadores, éstos puedan llegar a acuerdos para su otorgamiento.

2.4 *TRABAJADORES CON AUTORIZACIÓN PARA LABORAR JORNADAS SUPERIORES AL LÍMITE DIARIO (ARTÍCULO 18)*

Cuando un trabajador labore superando los límites previstos en el artículo 90 de la CRBV, el exceso de tal jornada dará derecho a recibir el beneficio correspondiente, y el mismo podrá ser prorrateado por el número efectivo de horas laboradas. El Reglamento establece que quedan comprendidos en la disposición anterior, los trabajadores de inspección y vigilancia.⁵

3. OBLIGATORIEDAD DE CUMPLIMIENTO

3.1 *FALTA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO POR CAUSAS NO IMPUTABLES AL TRABAJADOR (ARTÍCULO 19)*

Cuando el beneficio sea otorgado mediante la provisión o entrega al trabajador de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación (Tickets de Alimentación), la no prestación del servicio por causas no imputables al trabajador, no será motivo para la suspensión del otorgamiento del beneficio correspondiente a esa jornada.

3.2 *TRABAJADORES CON SALARIO VARIABLE QUE SUPEREN EL LÍMITE PREVISTO PARA EL OTORGAMIENTO DEL BENEFICIO (ARTÍCULO 20)*

Los trabajadores acreedores del beneficio de alimentación que perciban salarios variables, y que en virtud de las fluctuaciones salariales en determinados períodos superen el límite salarial de tres salarios mínimos urbanos, continuarán percibiendo el beneficio hasta tanto su salario normal no supere dicho límite en un período de seis meses continuos.

⁵ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley Orgánica del Trabajo, “Se entiende por trabajador de inspección o vigilancia el que tenga a su cargo la revisión del trabajo de otros trabajadores o el resguardo y seguridad de bienes”.

4. FORMAS DE CUMPLIMIENTO

4.1 INSTALACIÓN DE COMEDORES O CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE COMIDA ELABORADA (ARTÍCULO 21 AL 24)

4.1.1 La Planificación del menú y Fórmula Dietética Institucional⁶ (FDI) deberá ser elaborada por un profesional de nutrición adscrito o no al INN.

4.1.2 El patrono deberá facilitar un salón comedor apto para servir la comida elaborada. Asimismo, los comedores deberán disponer de espacios adaptables para el ingreso y permanencia de trabajadores con discapacidad.

El INN, realizará supervisiones periódicas a los comedores, así como a las empresas que presten el servicio de elaboración de comidas balanceadas, a los fines de verificar que las comidas suministradas sean adecuadas.

4.2 OTORGAMIENTO DE TICKET DE ALIMENTACIÓN O LA TARJETA ELECTRÓNICA (ARTÍCULO 25 AL 29)

4.2.1 La entrega del beneficio o la carga de la tarjeta electrónica será dentro de los cinco días hábiles siguientes al vencimiento del mes respectivo.

4.2.2 El beneficio será para el uso exclusivo para compra de comidas o alimentos. En ningún caso podrán ser convertidos en dinero efectivo.

4.2.3 Los gastos de utilización de esta modalidad de cumplimiento estará a cuenta del empleador o de la empresa especializada en la gestión de beneficios sociales.

4.2.4 Los Tickets de Alimentación deben contener: i) lo establecido en el Parágrafo Primero del artículo 6 de la Ley;⁷ ii) el número de

⁶ Según el artículo 13 del Reglamento, se entiende por Fórmula Dietética Institucional “la elaborada por un profesional de la nutrición adscrito o no al órgano con competencia en materia de nutrición, ajustada a las necesidades nutricionales y energéticas de la población trabajadora. En caso que la fórmula dietética sea elaborada por un nutricionista independiente, ésta deberá ser certificada por el órgano competente en materia de nutrición”.

⁷ Los cupones, tickets y tarjetas electrónicas deben contener los siguientes requisitos: i) razón social del empleador que concede el beneficio; ii) mención “exclusivamente para el pago de comidas o alimentos, está prohibida la negociación total o parcial por dinero u otros bienes o servicios”; iii) nombre del trabajador beneficiario; iv) fecha de vencimiento; v) razón social de la empresa especializada en la administración y gestión de beneficios sociales que emite el instrumento; y vi) valor que será pagado al establecimiento proveedor.

cédula de identidad del trabajador; iii) el nombre del empleador cuando éste carezca de razón o denominación social; y iv) el lapso de caducidad, el cual no podrá exceder de un año. La tarjeta electrónica es de uso exclusivo del trabajador, por lo que queda prohibida la emisión de tarjetas suplementarias.

4.3 OTORGAMIENTO MEDIANTE LA ENTREGA DE BENEFICIOS SOCIALES CON CARÁCTER SIMILAR⁸ (ARTÍCULOS 30 Y 31)

El Reglamento prevé la naturaleza convencional de esta forma de cumplimiento, siempre que sea pactado en convenciones o acuerdos colectivos, y nunca podrá ser menos favorable a las modalidades previstas en la Ley.

El Ministerio del Trabajo (MINTRA), a través de las Inspectorías del Trabajo y previa opinión del INN, podrá autorizar la entrega de beneficios sociales con carácter similar, en aquellos lugares donde no se pueda otorgar el beneficio mediante las modalidades antes mencionadas.

En la decisión, el Inspector del Trabajo podrá autorizar que el empleador entregue tales beneficios directamente al trabajador a través de órdenes de compra, las cuales sólo podrán ser canjeadas en los establecimientos en los cuales el empleador haya establecido convenio, y cuyo valor no sea inferior a 0,25 Unidades Tributarias (UT),⁹ ni superior 0,50 UT, por jornada diaria de trabajo. En consecuencia, el valor de la provisión diaria de cada trabajador en la actualidad no puede ser menor a Bs. 8.400,00, ni superior a Bs. 16.800,00.

5. REGISTRO DE LAS EMPRESAS ESPECIALIZADAS (ARTÍCULOS 32 AL 34)

A los fines de iniciar o continuar su funcionamiento: i) los comedores, ya sean operados por el patrono o por terceros, los operadores de los comedores y las empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales que presten el servicio de comidas elaboradas; y,

⁸ Según el artículo 9 del Reglamento, se entiende por beneficios sociales con carácter similar “la provisión de comidas o alimentos no elaborados, ajustados a las necesidades nutricionales y energéticas de la población trabajadora, los cuales deberán ser certificados por el –INN– y autorizados por el Ministerio del Trabajo”.

⁹ Providencia del SENIAT, GORBV N° 38.350, del 4 de enero de 2006, que establece el valor de la unidad tributaria en la cantidad de Bs. 33.600,00.

ii) las empresas que administren y gestionen beneficios sociales con carácter similar y los establecimientos con los cuales el empleador haya convenido el canje de las órdenes de compra establecidas en el artículo 31, deberán inscribirse en el registro que llevará el Ministerio de Salud (MS) y obtener los permisos respectivos cumpliendo con los requisitos que serán establecidos por dicho Ministerio. Además, los comedores deben cumplir con las normas sanitarias correspondientes.

Las empresas especializadas en la emisión y administración de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, a los fines de iniciar o continuar su funcionamiento, deberán: i) inscribirse ante el MINTRA; ii) obtener los permisos respectivos cumpliendo con los requisitos que serán establecidos por dicho Ministerio; iii) obtener del MINTRA una autorización renovable para operar, que tendrá una vigencia de un año. El MINTRA deberá emitir semestralmente una lista de las empresas autorizadas para desempeñar esta actividad.

El MINTRA y el MS tendrán a su cargo desarrollar la infraestructura y el personal para el funcionamiento de los registros antes mencionados.

6. OBLIGACIONES E INFORMACIONES PATRONALES (ARTÍCULOS 36 AL 38)

Si el patrono no cumple con el beneficio de alimentación, deberá hacerlo retroactivamente desde el momento de nacimiento del derecho, al valor de la UT vigente al momento del cumplimiento y de la siguiente manera: i) si es durante la relación de trabajo deberá hacerlo a través de la entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas, independientemente de la modalidad del beneficio pactada; ii) si es a la terminación de la relación de trabajo, deberá hacerlo en dinero efectivo. (Artículo 36 del Reglamento)

En la norma antes comentada, el Reglamento reguló un criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Social (SCS) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en sentencia reiterada de fecha 28 de abril de 2005¹⁰ que

¹⁰ Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 28 de abril de 2005, en el caso de Gobernación del Estado Apure contra la sentencia de fecha 15/09/2003, proferida por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Apure y Municipio Arismendi del Estado Barinas.

estableció la obligación de pagar en dinero efectivo el beneficio de alimentación en aquellos casos en los que el patrono no había cumplido con dicha obligación durante la relación de trabajo. Así, por razones de equidad, la SCS del TSJ interpretó que era necesario “flexibilizar” la norma relacionada con la forma de cumplimiento del beneficio establecido en la Ley, según la cual el beneficio no puede ser otorgado, en ningún caso, en dinero efectivo.

Del mismo modo, en fecha 12 de mayo de 2006 la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo emitió el primer dictamen de dicho despacho en relación con el artículo 36 del Reglamento, según el cual determina que el empleador que no haya otorgado el beneficio de alimentación, estará obligado a su cumplimiento, tomando en cuenta para ello el valor de la UT al momento del pago y no al valor nominal que existía para la fecha de su incumplimiento.

Por otra parte, establece el Reglamento que los patronos que debían otorgar el beneficio al momento de entrada en vigencia de la Ley y que por causas sobrevenidas hayan disminuido el número de trabajadores, deberán mantener el beneficio.

Finalmente, el patrono tiene la obligación de informar y suministrar a cada trabajador un ejemplar de los siguientes textos: i) la Ley; ii) el Reglamento; y iii) un texto que describa las obligaciones derivadas de la modalidad adoptada para cumplir este beneficio.

7. SANCIONES (ARTÍCULOS 39 AL 43)

El MINTRA, el MS, el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario y el Instituto Nacional de Nutrición (Órganos de Inspección) tienen amplias facultades para inspeccionar el cumplimiento de las obligaciones de la Ley a los sujetos relacionados con el beneficio.

Los Órganos de Inspección podrán advertir a los infractores acerca de la subsanación de los errores en un plazo no menor de 24 horas ni superior a 15 días hábiles. En caso de no ser subsanado el error, la sanción puede oscilar entre 25 y 50 UT, tal como indica el artículo 7 de la Ley. En caso de reincidencia se puede ordenar la suspensión temporal de la habilitación o la cancelación definitiva de la misma.

La sanción de cierre temporal prevista a juicio del órgano en el artículo 7 y 8 de la Ley¹¹ no podrá exceder de 30 días y sólo será aplicada luego de la advertencia no acatada. En todo caso, durante el cierre el sancionado debe pagar el salario y el beneficio de la Ley a sus trabajadores.

Si un patrono contrata con una empresa especializada en la administración de cupones y tickets no autorizada por el MINTRA, se considerará que no ha pagado el beneficio y deberá otorgarlo nuevamente conforme lo establecido en el artículo 36.

8. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

En un plazo de 30 días hábiles siguientes a la publicación del Reglamento, el MINTRA deberá publicar una lista de las empresas debidamente registradas de conformidad con la Resolución N° 3607, por la cual se crea el registro de empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales que emitan y administren cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, en el ámbito de la Ley.¹²

Asimismo, dentro de un plazo de 60 días continuos siguientes a la publicación del Reglamento, los empleadores que otorguen en beneficio de alimentación mediante la contratación de empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales que emitan cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, deberán contratar con las empresas registradas y autorizadas por el MINTRA.

Finalmente, dentro de un plazo de 60 días continuos siguientes a la publicación del Reglamento, las empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales que presten el servicio de comida elaborada, así como los comedores, los operadores de comedores y las

¹¹ Artículo 7 de la Ley: según el criterio del órgano competente las empresas especializadas pueden ser cerradas temporalmente por la reincidencia de un establecimiento en: i) el canje del Ticket de Alimentación por dinero, financiamiento o crédito con la tarjeta electrónica de alimentación, cualquier bien o servicio que no se destine a la alimentación del trabajador, bebidas alcohólicas o cigarrillos; ii) el cobro al trabajador de cualquier descuento sobre el valor real del cupón o ticket; iii) el uso del Ticket de Alimentación, por parte del establecimiento habilitado, para otros fines que no sean el reembolso directo en la empresa emisora de los cupones.

¹² Resolución N° 3.607, de fecha 28 de marzo de 2005, publicada en la GORBV N° 38.154 del 29 de marzo de 2005.

empresas que administren y gestionen beneficios sociales con carácter similar, deberán inscribirse en el Registro que al efecto llevará el MS por órgano del INN.

9. VIGENCIA

El Reglamento establece que entrará en vigencia a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial*, es decir, el 28 de abril de 2006.

Jurisprudencia Laboral: Febrero-Junio 2006

Luis Alfredo HERNÁNDEZ MERLANTI*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Febrero:** **1.1** *Sentencias recurribles en casación laboral.* **1.2** *Competencia de los tribunales de niños y adolescentes en materia laboral.* **1.3** *Control de legalidad.* **1.4** *Incomparecencia a las audiencias laborales.* **1.5** *Solidaridad laboral - litisconsorcio.* **1.6** *Accidentes de trabajo.* **1.7** *Desistimiento.* **1.8** *Citación.* **1.9** *Percepciones no salariales.* **1.10** *Cuantía para casación en reenvío.* **1.11** *Perención de la instancia.* **1.12** *Procedimiento de reenganche y pago de salarios caídos.* **1.13** *Reparto de utilidades.* **1.14** *Vicio de indeterminación objetiva.* **1.15** *Calificación de falta y reenganche en caso de contratistas.* **1.16** *Solidaridad de los grupos de empresas.*

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Derecho Procesal, Professor de Teoría General del Proceso y Teoría General de la Prueba y en la Especialización en Derecho Procesal. **Corte Suprema de Justicia**, ex relator externo. **Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa**, ex relator externo. **Grau Hernández Mónaco Despacho de Abogados**, Socio Fundador, *Unidad de Derecho del Trabajo*, Director.

2. **Marzo:** **2.1** Responsabilidad en caso de accidente de trabajo. **2.2** Régimen de utilidades convencionales. **2.3** Condiciones necesarias para procedencia de caso fortuito o fuerza mayor ante la incomparecencia de las partes a la audiencia fijada. **2.4** Elementos que determinan o no el carácter laboral de una relación. **2.5** Finalidad de las aclaratorias de las sentencias. **2.6** Competencia de los tribunales para conocer recursos de revisión. **2.7** Supuesto de improcedencia del recurso de nulidad. **2.8** Exclusión de trabajadores de dirección y confianza de convenciones colectivas de trabajo. **2.9** Interposición de acción de amparo no interrumpe lapso de prescripción laboral. **2.10** Lapso de prescripción en materia laboral. **2.11** Consecuencia de la incomparecencia de las partes a determinada audiencia o a la prolongación de la misma por diferimiento del fallo. **2.12** Base de cálculo de la pensión de jubilación y cuantía mínima de la misma.
3. **Abril:** **3.1** Transacción laboral. **3.2** Cuantía para admisión de recurso de casación. **3.3** Relación de trabajo. **3.4** Exhibición de documentos. **3.5** Interrupción de la prescripción de las acciones. **3.6** Transacción laboral - Cosa juzgada. **3.7** Trabajadores temporeros. **3.8** Flexibilización de requisitos exigidos para formalizar del recurso de casación.
4. **Mayo:** **4.1** Lapso de prescripción en materia laboral. **4.2** Corrección monetaria. **4.3** Indemnizaciones por accidente de trabajo. **4.4** Incomparecencia a la audiencia preliminar. **4.5** Carga de la prueba en caso de enfermedad profesional. **4.6** Inherencia y conexidad. **4.7** Naturaleza jurídica de las convenciones colectivas - Requisitos.
5. **Junio:** **5.1** Relación de causalidad en las enfermedades profesionales. **5.2** Prescripción en materia laboral. **5.3** Carga de la prueba de las convenciones colectivas. **5.4** Percepción no salarial del vehículo. **5.5** Percepción no salarial de los subsidios. **5.6** Criterios sobre la cuantía para acceder a casación. **5.7** Responsabilidad objetiva en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. **5.8** Principio de igualdad y no discriminación en materia laboral (condiciones). **5.9** Diferencia entre perención de la instancia y decaimiento de la acción. **5.10** Relación de trabajo (contratos mercantiles).

INTRODUCCIÓN

Sin la colaboración generosa de varios profesionales del derecho, que nos acompañan en nuestro diario quehacer profesional y mencionamos en la nota correspondiente a cada uno de los meses, no hubiera podido materializarse esta selección de la doctrina incluida en los fallos emitidos –en el lapso febrero-junio del año en curso– por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, que hemos considerado pertinente divulgar no sólo en cuanto exponen nuevos criterios, sino en la medida en que ratifican otros anteriormente exteriorizados. Cada una de las decisiones escogidas va precedida de una máxima explicativa de los puntos que, a nuestro entender, deben destacarse.

Con este trabajo de carpintería –por calificarlo de algún modo– se persigue facilitarle su conocimiento a la comunidad jurídica nacional (operadores de justicia, justiciable, estudiantes y otros interesados). Por esta razón, nos hemos abstenido de agregar comentarios –positivos o negativos– a lo señalado por los Magistrados en las sentencias, pues esta labor le corresponderá a los lectores. A éstos y a nuestros colaboradores, nuestro agradecimiento.

1. FEBRERO¹

1.1 SENTENCIAS RECURRIBLES EN CASACIÓN LABORAL

El recurso de casación puede interponerse contra las decisiones referidas en el artículo 167 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT), y en forma muy excepcional, contra las sentencias que la jurisprudencia del TSJ, por su especial carácter jurídico, ha considerado impugnables mediante este recurso extraordinario, tales como las sentencias definitivas formales.²

(...) En el caso concreto, el Tribunal Superior negó la admisión del recurso de casación, sustentado en que la sentencia que se pretende recurrir, es una decisión que no resuelve el fondo del presente asunto; que declaró la improcedencia de la prescripción de la acción, y ordenó al Tribunal de la causa se pronuncie con relación al mérito de la controversia.

¹ Con la colaboración de los abogados Karla Karen Urdaneta Nava, José Ernesto Hernández Bizot, Mark Antony Melilli Silva y María Alejandra Cardozo Fernández.

² N° 0031 de 01-02-06, Recurso de Hecho, ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, Caso: *Gustavo Cecilio Güedez Castro contra Hidrolara, C.A.*

Ahora bien, el recurso de casación puede proponerse contra las decisiones referidas en el artículo 167 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y en forma muy excepcional, fuera de los casos contemplados en la indicada norma, contra las sentencias que la jurisprudencia de este Alto Tribunal por su especial carácter jurídico, ha considerado impugnables mediante este recurso extraordinario.

Uno de estos supuestos en los cuales la jurisprudencia pacífica y reiterada de este Máximo Tribunal, ha considerado como decisiones recurribles en casación, son las denominadas sentencias definitivas formales, que son aquellos fallos dictados por Tribunales de última instancia en los cuales se declara la nulidad y reposición de la causa a un estado procesal anterior, de forma tal, que la sentencia definitiva de primera instancia queda sin efecto, siendo ello plausible, porque de no validarse la admisibilidad inmediata del recurso de casación en tal circunstancia, se podría generar un gravamen irreparable por la decisión definitiva (énfasis añadido).³

El caso de autos, se anunció recurso de casación contra la decisión del Tribunal de Alzada, que declaró la nulidad y reposición de la causa al estado que el Tribunal de Primera Instancia, se pronuncie sobre el fondo de la causa, dejando sin efecto la sentencia definitiva –de primera instancia– que había declarado con lugar la defensa de fondo de prescripción de la acción y sin lugar la demanda; siendo por tanto dicho fallo una sentencia definitiva formal, y cubiertos como están los restantes extremos establecidos en el artículo 167 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, resulta admisible el recurso de casación, y procedente el recurso de hecho. Así se decide (...).

1.2 COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MATERIA LABORAL

Corresponde a los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente el ejercicio de la jurisdicción para resolver los asuntos contenciosos del trabajo de niños y adolescentes, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje, independientemente de que los mencionados sujetos de Derecho figuren como legitimados activos o pasivos.⁴

³ Salvo indicación en contrario, los destacados son de la Sala.

⁴ N° 0044 de 01-02-06, Regulación de Competencia, ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, Caso: *Jenny Parra Amaro actuando en representación de su menor hija Génesis Andreína López Parra contra Estacionamiento Los Leones, C.A.*

“...En el caso bajo examen, se somete al conocimiento de esta Sala el conflicto negativo de competencia que se suscitó entre dos Tribunales de Primera Instancia; uno de ellos con competencia en materia de Trabajo, y el otro, en materia de Protección del Niño y del Adolescente.

En primer lugar, el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución de la Coordinación del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara declinó la competencia para conocer la causa planteada, de conformidad con el criterio sostenido por la Sala de Casación Social de este máximo Tribunal, en sentencia N° 1350 del 28 de octubre de 2004 (caso: *Guillermo José Villada Colina contra Guillermo Villada Cadavid*), según el cual:

Dispone el artículo 177, Parágrafo Segundo, literal b) de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que “El Juez designado por el presidente de la Sala Juicio, según su organización interna conocerá en primer grado de las siguientes materias...b) conflictos laborales”.

Por lo tanto, al tratarse de un juicio de calificación de despido donde se encuentra involucrado un adolescente y es un conflicto netamente laboral, resulta competente el Juez N° II de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente (...)

Por su parte, la Juez Unipersonal N° 1 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, se declaró igualmente incompetente para conocer de la demanda incoada, en razón de la materia, con fundamento en lo siguiente:

(...) este Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente plantea **CONFLICTO DE COMPETENCIA** en la presente causa, de conformidad con lo establecido en los artículos 69 y 70 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de no estar contemplado en las atribuciones a este Juzgado la materia en cuestión, de conformidad con lo establecido en el artículo 177, Parágrafo 2º literal ‘C’ de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, cuya norma prevé la competencia expresa de esta jurisdicción especial para conocer asuntos patrimoniales, y acogiéndose a Sentencias reiteradas de nuestro máximo Tribunal Supremo de Justicia, tal como la sentencia emanada de la Sala de Casación Social en fecha 17 de mayo del 2001 reafirmó que la competencia de este Tribunal

está establecida para el caso en que los niños y/o adolescentes sean sujetos pasivos de la acción (...) (sic).

Con el propósito de resolver el conflicto de competencia bajo estudio, esta Sala observa que el Parágrafo Segundo del artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, atribuye a la Sala de Juicio de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente –tribunales especializados–, competencia para decidir los asuntos patrimoniales y del trabajo, en el entendido de que los mismos comprenden: a) la administración de los bienes y la representación de los hijos; b) **los conflictos laborales;** c) **las demandas contra niños y adolescentes;** y d) cualquier otro asunto afín a esta naturaleza que deba resolverse judicialmente.

Como se observa, el literal c) del Parágrafo Segundo de la norma citada atribuye a los órganos de la referida jurisdicción especial, en particular a la Sala de Juicio, el conocimiento y decisión de las demandas incoadas contra niños y adolescentes, es decir, en aquellas causas en la que la legitimación pasiva corresponda a niños o adolescentes, al figurar como sujetos pasivos de la pretensión planteada por el demandante.

Ahora bien, el literal b) de esa misma disposición atribuye la competencia para conocer de las **controversias laborales** a las Salas de Juicio de los Tribunales de Protección, de forma expresa y sin distinguir el rol que ocupa el niño o adolescente en la relación procesal, esto es, si en el caso concreto actúa como actor o como demandado; ello es cónsono con lo establecido en el artículo 115 de la referida Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, según el cual corresponde a los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente el ejercicio de la jurisdicción para resolver los asuntos contenciosos del trabajo de niños y adolescentes, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje, independientemente de que los mencionados sujetos de Derecho figuren como legitimados activos o pasivos. Tal criterio fue expresado recientemente por esta Sala en sentencia N° 1367 del 11 de octubre de 2005 (caso: *Neidy del Carmen Abreu García*).

En este orden de ideas, en el presente proceso se ventila la demanda de cobro de indemnización de daños derivados de accidentes de trabajo, interpuesta por la ciudadana Yenny Josefina Parra Amaro, actuando en representación de su menor hija Génesis Andreína López Parra, de tres (3) años de edad (...) En consecuencia, de acuerdo a lo previsto en el

Parágrafo Segundo del artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, literal b), esta Sala considera que los Tribunales de la jurisdicción especial de Protección del Niño y del Adolescente son los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del presente juicio (...) Así se decide (...).

1.3 CONTROL DE LEGALIDAD

Requisitos para la admisibilidad del Recurso.⁵

(...) El artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo contempla el recurso de control de la legalidad como un medio de impugnación excepcional, al establecer que el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social podrá, a solicitud de parte, conocer de aquellos fállos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo, que aun cuando no fueren recurribles en casación, violenten o amenacen con violentar normas de orden público, o cuando contraríen la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala, circunstancias estas que configuran algunos de sus requisitos de admisibilidad.

Además, la admisión del recurso *in commento* exige verificar que el mismo haya sido interpuesto mediante escrito, cuya extensión no debe ser mayor de tres (3) folios útiles y sus vueltos, así como su tempestividad, por cuanto la referida norma establece para su ejercicio, un lapso preclusivo de cinco (5) días de despacho a partir de la fecha en que se publicó la sentencia sujeta a revisión.

Adicionalmente, es necesario dejar sentado que, tratándose de un recurso de naturaleza extraordinaria, corresponde a esta Sala restringir su admisibilidad, atendiendo a la potestad discrecional conferida por el citado artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, especialmente a aquellas situaciones donde se denuncie la violación de disposiciones de orden público o de la jurisprudencia reiterada de esta Sala.

En tal sentido, debe entenderse que tales quebrantamientos o amenazas afectan gravemente las instituciones fundamentales del Derecho sustantivo del trabajo, derechos indisponibles o reglas adjetivas que menosocaban los derechos al debido proceso y a la defensa, este último supuesto,

⁵ N° 0176 de 02-02-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa. Caso: *Marco Antonio Rada Arocha contra Desarrollos 1934, C.A.*

sustentado en el mandato expreso contemplado en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece la obligación de todos los jueces de la República de asegurar la integridad del orden constitucional, mediante el uso de las vías procesales ordinarias y extraordinarias consagradas en la ley (...).

1.4 INCOMPARECENCIA A LAS AUDIENCIAS LABORALES

Ratificación del criterio de la SCS del TSJ, de fecha 5 de abril de 2001, según el cual la solidaridad laboral establecida entre el beneficiario y el contratista, genera una especie de litisconsorcio necesario entre ambos, con los efectos legales pertinentes.⁶

(...) A mayor abundamiento, resulta preciso reiterar el criterio sostenido por esta Sala en sentencia N° 56 de fecha 5 de abril de 2001, mediante la cual se determinó que por razón de la solidaridad establecida por la Ley entre el beneficiario y el contratista, se genera una especie de litisconsorcio necesario entre ambos, el cual hace ineludible que en caso de proponerse una acción directamente contra el beneficiario del servicio, éste deba ser citado en forma conjunta con el contratista, con el fin de que puedan traer elementos de utilidad para ejercer su defensa (...).

1.5 SOLIDARIDAD LABORAL - LITISCONSORCIO

No se considera que las irregularidades acaecidas en la tramitación a través del sistema informático Juris 2000 de la jurisdicción laboral, sea una situación que exima a una de las partes de las consecuencias legales previstas por la incomparecencia a la audiencia oral de apelación. Requisitos para la procedencia de las denuncias por infracción de formas procesales en menoscabo del derecho a la defensa.⁷

(...) En la presente denuncia se delata el quebrantamiento del derecho a la defensa del trabajador demandante, todo cuando el Juzgador de Alzada considera desistido el recurso de apelación por éste ejercido, aun cuando, a criterio de quien recurre existió una causa no imputable a su incomparecencia a la audiencia oral que se traduce en una serie de irregularidades acaecidas en la tramitación a través del sistema infor-

⁶ N° 0195 de 07-02-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, Caso: *George Iusco contra PDVSA Petróleo S.A.*

⁷ N° 0196 de 07-02-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, Caso: *Luis Rafael León Mendoza contra Dell'Acqua C.A.*

mático Juris 2000 de los recursos de impugnación propuestos por ambas partes en contra de la decisión dictada por el Juez de Juicio, situación que debió ser percibida y corregida por el Juez Superior.

Ahora bien, es criterio sostenido de esta Sala de Casación Social que la procedencia de las denuncias por infracción de formas procesales en menoscabo del derecho a la defensa requiere que se haya quebrantado u omitido una forma sustancial de un acto procesal, que este acto no haya logrado el fin al cual estaba destinado, que la parte recurrente no haya dado causa a ella o consentido expresa o tácitamente el mencionado quebrantamiento y por último que con esta falta se menoscabe el derecho a la defensa del recurrente.

En ese sentido, vistos los alegatos de la parte demandante, tanto en el escrito que fundamenta el recurso propuesto, como los expresados en la audiencia oral y pública celebrada en esta Sala de Casación Social, es preciso señalar que actualmente en la jurisdicción laboral se hace uso, especialmente en las Unidades de Recepción y Distribución de Documentos y las oficinas de atención al público de medios electrónicos que tienden a agilizar y facilitar el acceso de los justiciables a la información relativa a sus causas, la cual es recogida y reflejada a través de tales medios o herramientas informáticas, pero ello no puede ser óbice para que las partes y sus apoderados presten la diligencia debida en la atención de sus asuntos, por cuanto, y así se ha establecido en anteriores oportunidades por la Sala, para el supuesto de que ocurriere, por motivos técnicos, falta o falla de información, tal hecho no configuraría causal de reposición.

En el caso concreto, la formalizante refiere la ocurrencia de una situación irregular en la tramitación de la información automatizada que no la relevaba de cumplir con su carga de constatar en el físico del expediente el estado en el cual se encontraba su recurso de apelación; expediente que contiene materialmente todas las actuaciones cumplidas en la causa que garantizan la transparencia, el principio de publicidad de los actos y el debido proceso.

En tal virtud, conteste con lo antes expuesto estima la Sala que en el caso *sub iudice* no se produjo una situación que exima al actor recurrente de las consecuencias legales previstas a su incomparecencia a la audiencia oral de apelación y que dé lugar a la reposición de la causa a dicho estado procesal, en consecuencia, no incurre la sentencia impug-

nada en la infracción del derecho a la defensa que se le imputa en casación. Así se decide (...).

1.6 ACCIDENTES DE TRABAJO: RÉGIMEN INDEMNIZATORIO EN MATERIA LABORAL PREVISTO PARA EL CASO DE ACCIDENTES OCUPACIONALES⁸

(...) Ahora bien, en cuanto a las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, esta Sala de Casación Social ha sostenido reiteradamente que se encuentran contempladas en cuatro textos legislativos distintos, a saber: La Ley Orgánica del Trabajo, la Ley del Seguro Social Obligatorio, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, siendo la aplicable al presente caso la publicada en fecha 18 de julio de 1986, actualmente derogada, y el Código Civil.

Las disposiciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo en relación con las indemnizaciones por accidente de trabajo están contenidas en el Título VIII del citado texto legislativo, “De los infortunios en el trabajo”, y están signadas por el régimen de la responsabilidad objetiva del empleador, contemplada en el artículo 560 *eiusdem*, según el cual el patrono debe responder e indemnizar al trabajador por los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, provengan del servicio mismo o con ocasión de él, aunque no haya imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos por parte de la empresa o de los trabajadores. La propia Ley Orgánica del Trabajo, establece el monto de las indemnizaciones que por concepto de incapacidad debe recibir el trabajador o sus familiares en caso de muerte de aquél.

De manera que, según las previsiones del artículo 560 de la Ley Orgánica del Trabajo, y siempre que no concurre alguna de las circunstancias eximentes previstas en el artículo 563 *eiusdem*, el patrono responderá ante la mera ocurrencia del accidente de trabajo o del padecimiento de la enfermedad profesional, sin que fueren relevantes las condiciones en que se haya producido el mismo.

En este sentido, el artículo 573 de la Ley Orgánica del Trabajo establece el derecho de la víctima, a la que el accidente o la enfermedad pro-

⁸ N° 0197 de 07-02-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Denis Alexis Cedeño Velásquez contra Carantoca C.A.*

fesional le haya producido una incapacidad parcial y permanente, a percibir una indemnización. Asimismo dispone cuál es el límite máximo de dicha indemnización, fijándole como límite superior el salario de un año, o la cantidad de quince salarios mínimos.

Ahora bien, el régimen de indemnizaciones por infortunios en el trabajo previsto por la Ley Orgánica del Trabajo, es supletorio del consagrado en la Ley Orgánica del Seguro Social; sin embargo, en el presente caso, el régimen aplicable es el previsto por la Ley Orgánica del Trabajo, pues el trabajador demandante no se encontraba inscrito en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales para la fecha de ocurrencia del accidente.

Considerando que el accidente sufrido por el demandante es de tipo laboral, el empleador debe indemnizarlo como consecuencia de la responsabilidad objetiva del patrono, establecida en la Ley Orgánica del Trabajo. Asimismo, dado que el accionante está incapacitado parcial y permanentemente para el trabajo, esta Sala ordena el pago de la indemnización prevista en el artículo 573 de la Ley Orgánica del Trabajo, es decir, el equivalente a un (1) año de salario; sin embargo, tomando en consideración que el salario diario a tomarse como base de cálculo es de catorce mil doscientos veintidós bolívares con cinco céntimos (Bs. 14.222,05), lo que multiplicado por un año asciende a la cantidad de cinco millones ciento noventa y un mil cuarenta y ocho bolívares con veinticinco céntimos (Bs. 5.191.048,25), suma ésta que excede de los quince salarios mínimos establecidos por dicho precepto legal como límite máximo a dicha indemnización, los cuales para la fecha (enero del año 1999) correspondían a un millón quinientos mil bolívares, por ser el salario mínimo para ese entonces de cien mil bolívares, razón por la cual esta Sala fija el monto de dicha indemnización en quince salarios mínimos.

Por su parte, la derogada Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo tenía como objeto regular la parte preventiva de los riesgos laborales, según se expresa en su artículo 1º, y a tal fin dispone en su artículo 33, un grupo de sanciones patrimoniales, administrativas y penales para los casos en que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se produzca por la no corrección por parte del empleador, de una condición insegura previamente advertida y conocida por el empleador.

Concretamente, en el caso de las sanciones patrimoniales dispone la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Traba-

jo, en los Parágrafos Primero, Segundo y Tercero del artículo 33, que el empleador debe indemnizar al trabajador por las incapacidades ocasionadas por enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, o a sus parientes en caso de muerte del trabajador, cuando dichos infortunios se produzcan como consecuencia del incumplimiento de las normas de prevención, sabiendo el empleador que sus trabajadores corrían peligro en el desempeño de sus labores y no corrigió las situaciones riesgosas.

Es decir, que el empleador responde por haber actuado en forma culposa, con negligencia, imprudencia o impericia, y siempre será preciso que en caso de reclamación de la indemnización correspondiente el trabajador demuestre que el patrono conocía de las condiciones riesgosas.

En el presente caso, no quedó establecido el incumplimiento del patrono de las normas de higiene y seguridad en el trabajo.

Al no haberse comprobado el incumplimiento de las normas de higiene y seguridad industrial, requisito indispensable para la procedencia de las indemnizaciones establecidas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, resulta forzoso para la Sala declarar la improcedencia de las indemnizaciones reclamadas con fundamento en el artículo 33 de dicha Ley especial, así se decide.

En cuanto a la indemnización por lucro cesante, esta Sala observa que es requisito de procedencia de este tipo de reclamos, la demostración de que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional fue producto de un hecho ilícito y siendo que tal circunstancia no quedó demostrada, se debe declarar la improcedencia de dicha condenatoria, así se decide.

Finalmente, debe acotar la Sala que el trabajador que sufre de una enfermedad profesional puede reclamar la indemnización por daño moral y en aplicación de la “teoría del riesgo profesional”, la responsabilidad patronal de reparar dicho daño es objetiva, es decir, debe ser reparado por el patrono aunque no haya habido culpa en la ocurrencia del infortunio de trabajo. Indemnización que en este caso se considera procedente y cuyo monto será estimado luego de la ponderación de las siguientes circunstancias:

La entidad del daño sufrido (...)

La importancia tanto del daño físico como del daño psíquico (...)

La condición socio-económica del trabajador y su grado de educación y cultura (...)

Grado de participación de la víctima (...)

Grado de culpabilidad de la accionada (...).

1.7 DESISTIMIENTO

Al haberse declarado el desistimiento de la demanda, el demandante debe esperar el transcurso de 90 días a los fines de intentarla nuevamente; en caso contrario, el Juez debe limitar su decisión a declarar la inadmisibilidad de la demanda propuesta, absteniéndose de pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Repercusiones de la declaratoria del desistimiento de la demanda sobre el transcurso del lapso de prescripción de la misma (distinciones con el procedimiento civil).⁹

(...) Se observa, que el Juez de la recurrida expresa en su decisión que el demandante, por haber desistido del procedimiento en un juicio incoado contra los mismos sujetos demandados, y dirigido a obtener el pago de los mismos conceptos laborales derivados de la relación de trabajo que presuntamente existió entre las partes, debió esperar que transcurriera el lapso de noventa (90) días que establece el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil para volver a proponer la demanda, y que al no haberlo hecho, actuó sin interés jurídico actual –requisito indispensable para actuar en juicio a tenor del artículo 16 *eiusdem*–, por lo que declaró sin lugar la demanda (...).

Asimismo, se observa que entre la fecha en que se inicia el presente juicio –5 de abril de 2001– y la fecha en que la parte demandante desiste del procedimiento incoado el 7 de febrero de 2001 –lo cual ocurre el 28 de marzo del mismo año–, sólo habían transcurrido ocho (8) días, por lo que evidentemente se incumplió con lo establecido en el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil, que prohíbe al sujeto que haya desistido de un procedimiento, proponer nuevamente la misma demanda antes de que hayan transcurrido noventa (90) días contados a partir de la fecha de dicho acto.

⁹ Nº 0199 de 07-02-06, Recurso de Casación, ponencia de la Magistrada Carmen Elviga Porras de Roa, Caso: *Luis Alfonso Valero Jerez contra Augusto Ramón Fernández Armada y otros*.

En virtud de lo anterior, el Juzgado *ad quem* debió limitar su pronunciamiento a declarar la inadmisibilidad de la demanda propuesta el 5 de abril de 2001, ya que tal decisión puede ser adoptada en cualquier estado y grado del proceso, y aun de oficio, pero no debió decidir acerca de la procedencia o no de las pretensiones del actor, ya que tal decisión sobre el fondo de la causa supone el cumplimiento de los presupuestos para que se constituya válidamente la relación jurídico procesal, en virtud del ejercicio del derecho de acción, y siendo éste un derecho autónomo y abstracto con respecto al derecho sustantivo reclamado, el no cumplimiento de los mismos sólo acarrea como consecuencia la imposibilidad de acceder a la jurisdicción, mas no la improcedencia de la pretensión.

En consecuencia, se observa que la sentencia impugnada está viciada por el error de juzgamiento que le imputa el recurrente, dando lugar a una infracción que lesiona el derecho a la defensa y el debido proceso, ya que el Juzgador decide el mérito de la causa sin que se hubiera establecido válidamente la relación jurídico procesal, que es el cauce jurídico establecido para el desarrollo de la función jurisdiccional, y sin cuya constitución resulta vedado al Juez un pronunciamiento que resuelva el fondo de la controversia con autoridad de cosa juzgada. En consecuencia, resulta procedente la presente denuncia. Así se decide.

Ahora bien, observa la Sala que la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de lo establecido en el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil, es la inadmisibilidad de la demanda, que en el sistema de Derecho común acarrearía como consecuencia, que el tiempo transcurrido durante el proceso cuya extinción declara el juez que se pronuncia sobre ésta, debe computarse a los efectos de la prescripción. En efecto, el artículo 64 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que, la prescripción de las acciones derivadas de la terminación de la relación de trabajo se interrumpe –entre otras causas– mediante la interposición de una demanda judicial, siempre que el demandado sea notificado en tiempo útil, y el artículo 1.972 del Código Civil dispone que, en los casos de extinción de la instancia –desistimiento, perención– la citación judicial realizada no tiene efectos para interrumpir la prescripción.

De esto se sigue que en el sistema de procedimiento civil, la extinción del proceso impide la eficacia de la demanda notificada al accionado, para interrumpir la prescripción, lo cual es perfectamente acorde con un proceso regido estrictamente por el principio dispositivo, donde la diligencia del litigante en el desarrollo del juicio, importa de manera

irrestricta para defender sus intereses privados. Sin embargo, el nuevo sistema consagrado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, desarrolla el principio fundamental consagrado en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual “*el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia*”, es decir, enuncia el carácter meramente instrumental de las normas que reglamentan el proceso, y que por lo tanto, deben interpretarse y aplicarse de forma que tiendan a la consecución del fin al que están subordinadas –por lo que no es lícito sacrificar la justicia en aras de preservar las formas no esenciales–.

En virtud de este apego de la ley procesal del trabajo al principio fundamental expresado en la Constitución (artículo 257), y de la especial naturaleza irrenunciable de los derechos que se tutelan en el procedimiento laboral (artículo 89, numeral 2, constitucional y artículo 3 de la ley sustantiva del trabajo), el sistema procesal establecido en la nueva ley impone al juzgador orientar su actuación en un principio de equidad (artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), y a no perder de vista la irrenunciabilidad de los derechos y beneficios que la legislación social acuerda a los trabajadores (artículo 5 *eiusdem*), por lo que consagra algunas disposiciones que modifican el régimen ordinario que tienen ciertas instituciones procesales. Específicamente, *puede observarse que en materia de perención, la regla consagrada en el Código Civil (artículo 1972), y en el Código de Procedimiento Civil (artículos 267 y siguientes), traen como consecuencia que la extinción de la instancia impide los efectos de la citación del accionado para interrumpir la prescripción, y por tanto, si el demandante quisiera reclamar su derecho en un proceso futuro, el tiempo transcurrido bajo la pendencia del juicio extinguido, debe computarse al tiempo de prescripción.*

Sin embargo, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en aras de preservar la irrenunciabilidad de los derechos laborales, ha consagrado un régimen distinto al de Derecho común, estableciendo en su artículo 203 que la perención no impide que se vuelva a proponer la demanda –al igual que ocurre en el proceso civil–, y que además, los lapsos de prescripción no corren durante la pendencia del proceso, excluyendo expresamente la consecuencia jurídica establecida en el artículo 1.972 del Código Civil (cursivas añadidas).

En el caso de autos, la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda incoada por el ciudadano accionante, en un juicio que se ha demorado más de cuatro (4) años, como consecuencia de un procedimiento anacrónico que desconocía la especial necesidad de tutela de los derechos sociales del trabajador, y de una administración de justicia cuya estructura no se ajustaba a las necesidades reales de la sociedad en que pretendía funcionar, conllevaría a que, de conformidad con el régimen establecido para el proceso civil, una eventual proposición de la demanda estaría condenada a fracasar por efecto de la prescripción consumada, lo cual coloca a quien afirma tener derechos derivados de una relación de trabajo, en la situación de renunciar de hecho a sus derechos laborales cuando intente una acción cuyo ejercicio estaba suspendido sólo por un lapso de noventa (90) días, en virtud de la prohibición establecida en el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil.

Esta situación se presenta a la Sala como manifiestamente contraria a los principios rectores del proceso en nuestro nuevo sistema constitucional, en virtud del cual, éste se mantiene como instrumento –y por tanto, subordinado– al logro del fin último al que tiende todo orden jurídico, cual es la justicia material. *En consecuencia, resulta forzoso realizar una interpretación lógico sistemática de las normas que regulan el procedimiento laboral, siguiendo como principio la equidad en el proceso –tal como lo impone el artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo–, y salvando cualquier contradicción con el fundamento constitucional del mismo –como instrumento para la realización de la justicia, ex artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela–, y así establecer soluciones que tutelen la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador.*

En este sentido, se observa que la inadmisibilidad de la demanda extingue el proceso sin influir en la titularidad del derecho sustancial reclamado, al igual que en los casos en que sólo se extingue la instancia –perención, desistimiento del procedimiento–, y dado que el nuevo sistema impide que se desconozca la eficacia de la citación judicial para interrumpir la prescripción, en los casos en que simplemente se extingue el proceso, una interpretación extensiva del artículo 203 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, permite aplicar por analogía los efectos jurídicos que ella consagra al caso de autos, y por lo tanto, el lapso de prescripción no podría correr durante la pendencia del proceso, y habría quedado válidamente interrumpida con la citación judicial verificada en el curso del mismo,

preservándose así la posibilidad de intentar nuevamente la demanda y obtener la tutela judicial efectiva –garantizada en el artículo 26 constitucional– de los derechos irrenunciables que la legislación social acuerda al trabajador. Así se declara (...), cursivas añadidas).

1.8 CITACIÓN

En el caso de que coexista el carácter de defensor judicial y de apoderado judicial del demandado en una misma persona, la notificación que se le haga al defensor *ad litem* no debe considerarse como una citación tácita de la parte demandada. Por lo tanto, ocurrida la circunstancia en cuestión, el defensor judicial, deberá citarse con las formalidades legales, siendo que su nombramiento y posterior aceptación y juramentación no constituye en sí la citación del demandado, aun y cuando tenga poder otorgado con anterioridad al acto de notificación (ratificación de cambio de criterio de la SCS del TSJ).¹⁰

(...) Esta Sala, en sentencia N° 1367, de fecha 29 de octubre de 2004, abandona el criterio que imperaba hasta dicho momento, en cuanto a la citación tácita que operaba en caso de coexistir en la misma persona la figura de apoderado y de defensor judicial, en este sentido, la citada sentencia señala textualmente lo que de seguida se transcribe:

(...) Pues bien, la Sala en acatamiento de los principios contenidos en la vigente Carta Magna y antes de la entrada en vigencia de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo, decidió separarse de ciertos y determinados criterios, que hacían engorroso el proceso llamado a tutelar un derecho social como es el derecho del trabajo, colocando los principios de sencillez y eficacia, como principios primordiales de un proceso debido. (...) Así las cosas, la Sala de Casación Social, en sentencias de fechas 12 de junio del año 2001 y 13 de noviembre del mismo año, se apartó del criterio interpretativo de los artículos 216 y 225 del Código de Procedimiento Civil, que imperó en la extinta Corte Suprema de Justicia. (...) En este sentido, en dicha sentencia se estableció: (...)

¹⁰ N° 0205 de 09-02-06, Recurso de Casación, del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, Caso: *Omar José Crespo contra Coca Cola Femsa de Venezuela, antes Panamco de Venezuela S.A.*

Esta Sala de Casación Social, estableció en el fallo precedentemente expuesto que, cuando el abogado designado como defensor *ad litem* también ostentara igualmente el carácter de apoderado judicial del demandado, es decir, tuviese el doble carácter de apoderado y defensor judicial y habiéndose comprobado que el carácter de apoderado judicial fue anterior al de defensor *ad litem*, se cumplía entonces con el supuesto de hecho contenido en el artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que el apoderado estuvo presente en un acto del juicio, y por tanto debe considerarse que operó la citación tácita del demandado. *Ahora bien, esta Sala de Casación Social, siguiendo los lineamientos de la Sala Constitucional de este alto Tribunal y con fundamento en el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, abandona el criterio señalado ut supra a partir de la publicación de la presente sentencia, estableciendo en esta oportunidad, que dado el caso en que se presente un mismo abogado con el carácter de defensor judicial y de apoderado judicial del demandado, la notificación que se le haga al abogado en cuestión del cargo de defensor *ad litem*, no debe considerarse como una “diligencia en el proceso” a efecto de tener como tácitamente citada a la parte demandada a tenor de lo dispuesto en el artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, pues la naturaleza y atribuciones del defensor judicial emana directamente de la Ley y no de la voluntad del mandante como ocurre en el caso del apoderado convencional. Por lo tanto, ocurrida la circunstancia en cuestión, el defensor judicial, deberá citarse con las formalidades legales, por lo tanto su nombramiento y posterior aceptación y juramentación no constituye en sí la citación del demandado, aun y cuando tenga poder otorgado con anterioridad al acto de notificación del cargo en cuestión, sino formalidades necesarias para que en él se pueda hacer la citación y así hacer eficaz el derecho a la defensa de la parte demandada. Así se establece (...), cursivas añadidas).*

1.9 PERCEPCIONES NO SALARIALES

Se reitera el criterio de la SCS del TSJ, que establece el carácter no salarial de aquellas percepciones necesarias para la ejecución de las

labores, tal como sería el caso de las asignaciones por uso de vehículo para cubrir gastos por deterioro derivado de la ejecución del servicio.¹¹

(...) El artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, contiene una amplia descripción de lo que debe entenderse e incluirse como salario, refiriéndose a cualquier ingreso, provecho o ventaja percibido por el trabajador como contraprestación a las labores por éste realizadas.

No obstante, esta Sala reiteradamente ha señalado que no todas las cantidades, beneficios y conceptos que un patrono pague a un trabajador durante la relación de trabajo tendrán naturaleza salarial, por el contrario, constantemente se ha establecido a través de la doctrina jurisprudencial que de determinarse que el elemento alegado como beneficio, provecho o ventaja sirve exclusivamente para la realización de las labores, no podría catalogársele como tal, porque no sería algo percibido por el trabajador en su provecho, en su enriquecimiento, sino un instrumento de trabajo necesario para llevarlo a cabo, y por ende no pueden ser calificados como integrantes del salario.

Respecto a la interpretación del mencionado artículo 133, la Sala ha desarrollado el concepto de salario, estableciendo reiteradamente, entre otros argumentos, que: “*Salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar*”. (Sentencia Nº 106, de fecha 10 de mayo de 2000).

Asimismo, con relación a los conceptos o elementos excluidos de la noción de salario, la Sala ha acogido mediante sentencias Nos. 263 de fecha 24 de octubre de 2001 y 1566 de fecha 9 de diciembre de 2004, lo sostenido por la doctrina patria, en los términos siguientes:

(...) La nueva redacción –del Primer Parágrafo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo– no le da carácter salarial a aquellas prestaciones “necesarias para la ejecución del ser-

¹¹ Nº 0207 de 09-02-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, Caso: *Tibaldo Enrique Finol contra Aventis Pharma S.A.*

vicio o realización de la labor”, pues centra el concepto de salario en la “remuneración que corresponde al trabajador” y que constituye para él una “remuneración, provecho o ventaja” concatenando estas expresiones con las empleadas al establecer los principios generales del salario (...), **podemos afirmar que éste es un activo que se incorpora al patrimonio del trabajador, el cual le es pagado directamente (art. 148) y del cual tiene derecho a disponer (art. 131)**. Esta concepción del salario como remuneración patrimonial que se hace al trabajador con ocasión de la relación de trabajo, excede de la tradicional idea según la cual el contrato de trabajo se limita a establecer un intercambio de prestaciones: la ejecución del servicio a cargo del trabajador y el pago del salario a cargo del patrono. De este modo, el salario se reducía a ser un valor de intercambio que estaba constituido por aquello que el patrono pagaba al trabajador “a cambio de su labor”, con lo cual podían considerarse salario los pagos hechos al trabajador, pero que no lo beneficiaban directamente (...).

(...) **Este concepto de salario permite, además, excluir del mismo, aun cuando la Ley no lo haga expresamente, aquellos pagos que están destinados a permitir o facilitar al trabajador el cumplimiento de las labores recomendadas, pero que no constituyen activos que ingresan a su patrimonio.** (...) Es en este sentido que la doctrina ha distinguido entre prestaciones pagadas por el trabajo, que forman parte del salario y prestaciones pagadas para el trabajo, es decir, como medio de permitir o facilitar la ejecución del mismo, las cuales tienen naturaleza extra salarial (José Martins Catharino, *Tratado Jurídico do Salario*, 1951, p. 175). (Oscar Hernández Álvarez, *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, 1999).

Siguiendo los criterios antes esbozados en el caso bajo análisis, se aprecia que de las actas que conforman el expediente, específicamente de las “Relaciones de Gastos” aportados al proceso por la parte demandada, el accionante a través de un formulario notificaba, entre otros puntos, a su patrono el número de días en que prestaba sus servicios y partiendo de esto determinaba el monto que mensualmente le correspondía por asignación de vehículo, multiplicando los días reportados por el valor diario previamente fijado por ambas partes.

De acuerdo a lo anterior, advierte la Sala que la suma de dinero recibida mensualmente por el trabajador fue otorgada con el fin de compensarlo por la utilización de su vehículo de acuerdo a la relación de días al mes reportada, siendo que para ello era estimada una cantidad diaria que indemnizaba la depreciación del vehículo y el desgaste sufrido por el uso del bien particular en el desempeño de sus labores para la empresa, sin que tal prestación implicara un enriquecimiento efectivo en el patrimonio del trabajador.

Aunado a lo antes señalado, también pondera este Alto Tribunal a los efectos de resolver la presente controversia que el accionante se desempeñaba en la empresa como “visitador médico”, constituyendo para él una herramienta indispensable en la ejecución de su labor la utilización del vehículo, toda vez que en el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo le resulta necesario desplazarse constantemente por diversas zonas para cumplir con el objetivo final de la empresa, el cual es ofertar en el mercado nacional los productos elaborados.

Ante tal conclusión, indudablemente debe considerarse que la asignación por vehículo bajo análisis no era originada por causa o por retribución de la labor prestada por el trabajador, sino que la misma fue otorgada para cubrir de manera exclusiva los gastos en que éste pudiera incurrir por el deterioro de su vehículo en la ejecución del servicio, en virtud a que de lo contrario ello significaría que es el trabajador quien debe cargar con gastos y riesgos que por su naturaleza, corresponderían netamente al ente empresarial.

A mayor abundamiento, en sentencia N° 1464 de fecha 1º de noviembre de 2005, esta Sala en un caso relacionado con un visitador médico, estableció que a través de los pagos originados por el uso del vehículo *“...la empresa resarcía el desequilibrio patrimonial generado por la aplicación de un bien particular del trabajador, al proceso productivo dirigido por el patrono, siendo esta indemnización una consecuencia necesaria de la ajenidad presente en la relación de trabajo, en virtud de la cual, es la parte patronal quien debe cargar con los riesgos y costos de producción, sin que pueda desplazar hacia el patrimonio del trabajador esta carga económica, y en caso de hacerlo –lo cual resulta necesario circunstancialmente, por las particularidades de ciertos empleos–, debe compensar íntegramente el desgaste patrimonial sufrido por el trabajador, sin que esto implique –y en tanto la compensación económica se encuadre*

en los límites de una indemnización o reembolso de gastos– que tal resarcimiento tenga naturaleza salarial, ya que el mismo no tiende al aumento del acervo patrimonial del laborante, sino al necesario reequilibrio que impone la naturaleza misma de la relación (...)".

Por todas las consideraciones precedentemente descritas, esta Sala de Casación Social considera que la asignación de vehículo percibida por el actor, no posee naturaleza salarial que pretende se le atribuya, pues, adolece de la intención retributiva del trabajo, y por ende el Juzgador de Alzada al incluir dicha percepción dentro del salario normal del trabajador, contravino la reiterada doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala, con relación a la noción de salario y los elementos que deben ser excluidos del mismo (...). Así se decide (...).

1.10 CUANTÍA PARA CASACIÓN EN REENVÍO

La cuantía requerida para recurrir en casación contra una sentencia de reenvío, sólo deberá examinarse en la primera oportunidad que se interpone tal recurso.¹²

(...) Esta Sala considera pertinente observar, que la decisión contra la cual se pretende recurrir en casación es una *sentencia de reenvío*, siendo el criterio reiterado de este Máximo Tribunal en estos casos, que el requisito de la cuantía sólo deberá ser examinado en la primera oportunidad en que se interpone el recurso de casación y, en el supuesto de presentarse la llamada casación múltiple contra los fallos de reenvío, no se volverá a revisar si la estimación patrimonial de la demanda, es decir, la cuantía, cumple o no con el monto legal establecido.

Ahora bien, en el caso *sub iudice*, la cuantía para recurrir en casación fue examinada al momento de interponerse el mencionado recurso por vez primera, estando exento, por tanto, de revisiones posteriores en este aspecto en particular; en consecuencia, la Sala considera que el fallo recurrido cumple con los requisitos de admisibilidad del recurso de casación (...).

¹² N° 0225 de 13-02-06, Recurso de Hecho, ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, Caso: *Miguel Antonio Cárdenas y otros contra La Electricidad de Caracas y otras*.

1.11 PERENCIÓN DE LA INSTANCIA

Aplicación intertemporal de la LOPT con respecto a la perención de la instancia.¹³

(...) se observa, que si bien el legislador no previó en una norma expresa cómo deben resolverse los conflictos intertemporales en la aplicación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, con respecto a la perención de la instancia, se puede extraer como principio general lo que estableció el Código de Procedimiento Civil en su artículo 944 para regular esta materia, en el cual se dispuso que las perencias de la instancia que hubieren comenzado a correr antes de la vigencia del Código, se regirían por el ordenamiento bajo cuyo imperio principiaron, pero si después de entrado en vigencia el nuevo Código, transcurriere el tiempo suficiente para declarar la perención según el nuevo ordenamiento, la misma se regiría por la norma vigente.

A mayor abundamiento, se observa que el Código Civil en su artículo 1988, consagró una solución idéntica con respecto a los lapsos de prescripción, estableciendo que las prescripciones que comenzaron a correr antes de la publicación de dicho Código, se regirían por las leyes bajo cuyo imperio principiaron, pero si desde que el mismo entró en vigencia, transcurriere el lapso establecido en éste para la prescripción, ésta surtiría efecto aunque bajo la vigencia de la ley anterior la prescripción requiriese de un tiempo mayor.

En virtud de lo anterior, sólo podría aplicarse el artículo 201 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo cuando el lapso de un (1) año exigido por éste para que se extinga la instancia, se haya consumado a partir de su entrada en vigencia –en el caso de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, a partir del 15 de octubre de 2003–, lo cual no ocurrió en el asunto *in commento*, ya que en fecha 11 de febrero de 2004, el abogado de la parte actora consignó diligencia mediante la cual solicita al tribunal de la causa que pronuncie su decisión definitiva.

En consecuencia, resultaba aplicable al caso *sub examine* lo establecido en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil con respecto a la peren-

¹³ N° 0291 de 13-02-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, Caso: *Cruz Thomas Alvarez Mijares contra Agencia Aduanal Centro Occidental C.A.*

ción de la instancia, por lo que es improcedente su declaratoria en el caso de autos, por estar expresamente excluida la posibilidad de que opere dicha sanción cuando la inactividad procesal de las partes se verifica después de que el tribunal de la causa haya dicho “vistos”, siendo el órgano jurisdiccional el único obligado, a partir de aquel momento procesal, a dictar su decisión –sin necesidad de una solicitud expresa de las partes– (...).

1.12 PROCEDIMIENTO DE REENGANCHE Y PAGO DE SALARIOS CAÍDOS

Corresponde al Inspector del Trabajo realizar la calificación del despido de un trabajador amparado por inamovilidad laboral, y en caso de que constatare que ha sido despedido sin el cumplimiento del procedimiento legal, puede ordenar el reenganche y pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su definitiva reincorporación al puesto de trabajo. Sin embargo, la Inspectoría del Trabajo no tiene competencia para hacer ejecutar forzosamente la obligación del patrón de pagar los salarios caídos, y el trabajador que obtenga una providencia administrativa que ordene su reenganche y pago de salarios caídos no puede acudir al juez de estabilidad para obtener un pronunciamiento que tutele su derecho a conservar su puesto de trabajo, ya que en los supuestos de inamovilidad laboral, el órgano judicial carecería de jurisdicción frente a la administración pública. Sólo mediante el procedimiento laboral ordinario podría el reclamante obtener el cumplimiento forzoso de la obligación de pagar los salarios dejados de percibir y el resto de las prestaciones derivadas de la terminación de la relación de trabajo por despido injustificado.¹⁴

(...) De la revisión de las actas del proceso, se constata que cursa – inserta a los folios 7 al 13 de la primera pieza del expediente– copia certificada de la providencia administrativa dictada el 7 de mayo de 2003 por la Inspectoría del Trabajo del Estado Táchira, en la que se declara con lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos interpuesta por el trabajador demandante contra la empresa accionada, en virtud de que para el momento en que se produjo el despido, se encontraba vigente el Decreto Presidencial N° 1.152 de fecha 28 de abril

¹⁴ N° 0313 de 16-02-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, Caso: *William Rodolfo Bonilla contra Unidad Educativa El Buen Pastor*.

de 2002, donde se estableció inamovilidad laboral, y ordena al patrono que proceda a reenganchar al trabajador y a pagar los salarios dejados de percibir desde el 20 de mayo de 2002 hasta la fecha de su efectiva reincorporación en su puesto de trabajo. Asimismo, consta en autos, copia certificada del acta realizada por la Unidad de Supervisión de la Inspectoría del Trabajo del Estado Táchira, fechada el 16 de junio de 2003 –al folio 103 de la primera pieza– en la cual deja constancia de que la parte patronal no había cumplido la orden de reenganchar al trabajador, ni realizado el pago de los salarios caídos.

A pesar de que quedó plenamente demostrada en autos la existencia de una providencia administrativa –que no fue impugnada en la jurisdicción contencioso administrativa, y por lo tanto, resulta plenamente eficaz jurídicamente– en la que se declara que el trabajador fue despedido injustificadamente, y que debido a la inamovilidad laboral decretada por el Ejecutivo Nacional el 28 de abril de 2002 mediante Decreto N° 1.752, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.585 –el cual resultaba aplicable al trabajador–, el accionante debía ser reincorporado a su puesto de trabajo con el pago de los salarios caídos correspondientes, y evidenciado el incumplimiento de la misma por parte del patrono; el Juez *ad quem*, negó la procedencia de la pretensión en lo que respecta al pago de los salarios caídos –desde el momento del despido injustificado, hasta la fecha de la interposición de la demanda– argumentando que tales conceptos no podían ser reclamados en el procedimiento de cobro de prestaciones sociales, lo cual constituye un evidente quebrantamiento de normas de orden público.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 453 y siguientes de la Ley Orgánica de Trabajo, corresponde al Inspector del Trabajo realizar la calificación del despido de un trabajador amparado por inamovilidad laboral, y en caso de que constatare que ha sido despedido sin el cumplimiento del procedimiento establecido en dicho artículo, puede ordenar el reenganche y pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su definitiva reincorporación al puesto de trabajo. Asimismo, el precitado decreto de inamovilidad remite al artículo mencionado. Sin embargo, la Inspectoría del Trabajo no tiene competencia para hacer ejecutar forzosamente la obligación del patrono de pagar los salarios caídos, y el trabajador que obtenga una providencia administrativa que ordene su reenganche y pago de salarios caídos no puede acudir al juez de estabilidad para obtener un pronunciamiento que tutele su derecho a conservar su puesto de trabajo, ya que en los

supuestos de inamovilidad laboral, el órgano judicial carecería de jurisdicción frente a la administración pública (artículo 59 del Código de Procedimiento Civil).

En consecuencia, frente al incumplimiento del patrono de reenganchar al trabajador amparado por inamovilidad, si éste decide finalmente abandonar su derecho de reincorporación a su puesto de trabajo, sólo mediante el procedimiento laboral ordinario podría obtener el cumplimiento forzoso de la obligación de pagar los salarios dejados de percibir y el resto de las prestaciones derivadas de la terminación de la relación de trabajo por despido injustificado, lo que pone en evidencia que si el Juzgador declara la improcedencia de esta pretensión, fundamentado en que el procedimiento ordinario no es el medio a través del cual debe resolverse esta controversia, está cercenando el derecho a una tutela judicial efectiva del trabajador.

En virtud de lo anterior, resulta procedente el recurso interpuesto, ya que fueron violentadas normas de orden público laboral y jurisprudencia reiterada de la Sala. En consecuencia, se anula la decisión recurrida y se pasa a decidir el fondo de la controversia, de conformidad con lo establecido en el artículo 179 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide (...).

1.13 REPARTO DE UTILIDADES

Límites aplicables al reparto de utilidades. La posibilidad de exigir el pago de este beneficio en la extensión que determina el límite máximo consagrado en la ley, impone a la parte que lo reclama la carga de probar que efectivamente la empresa obtuvo en su ejercicio anual beneficios líquidos repartibles en un monto igual o superior a dicho límite.¹⁵

(...) En efecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 174 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo, los patronos deberán distribuir entre todos sus trabajadores por lo menos el quince por ciento (15%) de los beneficios líquidos que hubieren obtenido al fin de su ejercicio económico anual, y esta obligación se determinará respecto de cada

¹⁵ N° 0314 de 16-02-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia de la Magistrada Carmen Elvira Porras de Roa, Caso: *Juan José Andrade Ochoa contra Videos & Juegos Costa Verde C.A.*

trabajador atendiendo al método de distribución que establece el artículo 179 *eiusdem*. Sin embargo, el propio artículo 174 de la ley sustantiva laboral establece un límite mínimo al beneficio que debe pagarse a los trabajadores –el equivalente a quince días (15) de salario–, y asimismo, un límite máximo equivalente a cuatro (4) meses de salario, o a dos (2) meses de salario para las empresas que tengan un capital social que no exceda de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00) o que ocupen menos de cincuenta (50) trabajadores.

En este sentido, se observa que la posibilidad de exigir el pago de este beneficio en la extensión que determina el límite máximo consagrado en la ley, impone a la parte que lo reclama la carga de probar que efectivamente la empresa obtuvo en su ejercicio anual beneficios líquidos repartibles –de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley Orgánica del Trabajo– y que aplicando el sistema de distribución consagrado en el artículo 179 *eiusdem*, el monto adeudado al trabajador demandante sea igual o superior a dicho límite.

En consecuencia, se evidencia que el juzgador de alzada incurre en violación del artículo 174 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuando condena a la empresa accionada al pago de las utilidades sobre la base del límite máximo legal, tomando en cuenta únicamente el capital social que está obligada a mantener la demandada por la naturaleza de la actividad económica que realiza, ya que como se ha expuesto, la aplicación del límite máximo establecido en la norma para determinar el *quantum* de la obligación del patrono, no depende del capital social que tenga o deba tener la empresa, sino de la obtención efectiva de beneficios repartibles, de conformidad con el artículo 174 de la ley, y de que la distribución de los mismos alcance una cifra igual o superior a dicho límite con respecto al trabajador que reclama su participación (...).

1.14 VICIO DE INDETERMINACIÓN OBJETIVA

Consideraciones generales sobre el vicio de indeterminación objetiva.¹⁶

(...) Ahora bien, en cuanto lo que finalmente denuncia el formalizante del presente recurso de control de la legalidad (indeterminación objeti-

¹⁶ N° 0323 de 23-02-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, Caso: *José Luis Delgado Vaamonde contra Desarrollos Industriales y Mineros C.A.*

va), encuentra esta Sala que resulta a todas luces procedente, ello en base a las siguientes consideraciones:

El fallo pronunciado por la Alzada, en su parte dispositiva declaró, lo que de seguidas se transcribe: “*...PRIMERO: PARCIALMENTE CON LUGAR el Recurso de Apelación (...). SEGUNDO: Se ordena experticia complementaria del fallo a los fines de determinar las cantidades canceladas por la demandada en auto por concepto de Adelanto de Prestaciones Sociales y los conceptos acordados por el Tribunal a quo en sentencia nueve (09) de Febrero del año 2005, con el objetivo preciso de especificar el monto total al cual se le condena a pagar a la empresa Desarrollos Agroindustriales y Mineros, C.A. (Damica) (...) QUINTO: Se acuerda experticia complementaria del fallo a los efectos de determinar Indexación Judicial y los intereses moratorios constitucionales que se hayan causado de conformidad con lo establecido por la Jurisprudencia patria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (...)*”.

De tal manera, de la parte dispositiva del fallo parcialmente transcrita se observa que la Juez de Alzada no determinó de forma clara y precisa el objeto sobre el cual recayó la decisión; por el contrario, simplemente se limitó a declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación, obligando a la parte demandada a pagar la suma de dinero que resulte de la experticia complementaria a la cual se le debe descontar una cantidad totalmente incierta por concepto de adelantos con cargo a las prestaciones sociales.

Ha dicho esta Sala de Casación Social, que la indeterminación objetiva “*...debe entenderse en el sentido de que el sentenciador es tan impreciso en su fallo que hace imposible la ejecución de dicho mandato...*”. (Sentencia 24 de mayo de 2000, N° 125). Sin embargo, esa misma sentencia señala que “*Es necesario recalcar el hecho de que si el juez no fija en la orden de experticia judicial los límites de tal experticia, y sin embargo los mismos pueden ser extraídos de la parte motiva del fallo o de las actas que conforman el expediente, sería inútil anular dicha sentencia por indeterminación objetiva (...)*”.

Ahora bien, de lo anteriormente transcrita en cuanto a lo decidido por la Alzada en el caso objeto de estudio, no se logra desprender con exactitud de la parte dispositiva, ni tampoco de la motiva de la sentencia –de conformidad con los principios de autosuficiencia y unidad procesal del fallo–, cuáles cantidades deberá considerar el experto como adelantos

de prestaciones sociales, con el fin de que sean descontadas de los conceptos que por prestaciones sociales fueron acordados por el tribunal de primera instancia, mas por el contrario, se advierte de lo establecido en la recurrida, que se está delegando en el perito funciones que por ley le corresponden al órgano jurisdiccional, dejando en manos de éste –el experto– el establecimiento de pretensiones que fueron sometidas a su consideración, al ordenarle a su libre disposición la determinación de las cantidades canceladas por la demandada al actor por concepto de adelanto de Prestaciones Sociales.

Asimismo, se desprende de la decisión objeto del presente recurso, que la Alzada no indicó los parámetros que el experto debe seguir para el momento de realizar el cálculo de la indexación judicial, tal como lo es la fecha a partir de la cual deberán calcularse. De esta misma forma, en cuanto al cálculo de los intereses moratorios, obvió la Alzada la especificación de las tasas porcentuales aplicables para tal fin.

De tal manera, resulta para esta Sala evidente la violación grosera al orden público procesal laboral, en el que la Juzgadora de Alzada incurre al quebrantar la disposición contenida en el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, cuando obvia la determinación en forma clara y precisa del objeto sobre el cual recae la decisión, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 93 *eiusdem*, ello, al no indicar con claridad los puntos que servirán de base para la realización de la experticia complementaria del fallo, lo que necesariamente repercute en la recta ejecución del fallo. Así se decide (...).

1.15 CALIFICACIÓN DE FALTA Y REENGANCHE EN CASO DE CONTRATISTAS

La demanda por calificación de despido, reenganche y pago de salarios caídos tiene que incoarse contra el patrono que contrata directamente al trabajador. En el caso de contratistas, no es procedente simultáneamente el reenganche contra el contratista y el beneficiario de la obra o servicio.¹⁷

(...) La parte actora señaló en el libelo de la demanda, que los servicios prestados a la empresa PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A.,

¹⁷ N° 324 de 23-02-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, Caso: *Raitza Morella Carrero Castillo contra Imanca C.A. y PDVSA Petróleo S.A.*

(PDVSA), han sido realizados a través de distintas contratistas, pero de manera continua e ininterrumpida, en la sede de esta última, y que la empresa IMANCA, C.A., fue la última contratista.

En razón de lo anterior, pretende que el despido del cual fue objeto por parte de su patrono, sea calificado como injustificado, y en consecuencia, se ordene a la empresa IMANCA, C.A., su reincorporación al cargo y al puesto de trabajo que venía desempeñando como Médico Asesor de Atención Médica Integral, área Barquisimeto en la referida sociedad mercantil PDVSA PETRÓLEO, S.A., solicitando la citación de ambas empresas.

Pues bien, en los términos en que fue planteada la demanda de calificación de despido, la Sala ha verificado que la trabajadora accionante, efectivamente laboró para una empresa contratista de la industria petrolera, no obstante, demandó tanto a la contratista IMANCA, C.A., como a PDVSA PETRÓLEO, S.A.

Al respecto, ha sido criterio de la Sala que la demanda por calificación de despido, reenganche y pago de salarios caídos tiene que incoarse contra el patrono que contrata directamente al trabajador. En el caso de contratistas, no es procedente simultáneamente el reenganche contra el contratista y el beneficiario de la obra o servicio, lo cual de solicitarse en los términos como los mencionados en el caso de autos, hace inadmisible la demanda, y así debió declararlo el Juez de Primera Instancia cuando comenzó el proceso, en beneficio de la economía y celeridad procesal (...)

1.16 SOLIDARIDAD DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

La existencia de un grupo económico de empresas trae como consecuencia la solidaridad de los integrantes de éste en las obligaciones laborales asumidas. Si bien en los grupos de empresas el sentido de extender o uniformar las condiciones de trabajo se orienta, en suprimir las desigualdades entre trabajadores deanáloga profesión u oficio que prestaren servicios para el grupo, la premisa conceptual que fundamenta tal postura está delimitada por aquellas circunstancias que denotan discriminación salarial.¹⁸

¹⁸ N° 327 de 23-02-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, Caso: *José Bohórquez contra Construcciones Industriales C.A. y Raymond de Venezuela C.A.*

(...) Se ha sostenido doctrinaria y jurisprudencialmente que ante la existencia de un grupo económico de empresas sobreviene la solidaridad de los integrantes del mismo para con las obligaciones de carácter laboral contraídas con sus trabajadores.

En tal sentido, esta Sala de Casación Social en sentencias anteriores, entre ellas las Nos. 242 y 561 de fechas 10 de abril de 2003 y 18 de septiembre de 2003, respectivamente; afirmó:

Como se advirtió de la doctrina judicial de esta Sala de Casación Social, si bien referida a los supuestos de contratistas e intermediarios, **la solidaridad laboral es de naturaleza especial dado el interés jurídico que tutela, a saber, el hecho social trabajo.**

Ahora bien, pese a que el reglamentista no atribuyó los límites de la solidaridad fijada para los integrantes de un grupo de empresas, la misma en su concepción estructural, necesariamente debe orientarse por la arriba enunciada, esto es, a que su naturaleza jurídica reviste carácter especial.

Así, al sobrevenir la solidaridad *in commento* como especial, su alcance y lógicamente sus efectos, se informan por los principios generales del Derecho del Trabajo, especialmente, el de la primacía de realidad o de los hechos sobre las formas o apariencias en las relaciones laborales y, tutela de los derechos de los trabajadores.

En este orden, si afianzamos el hecho de que la noción del grupo de empresas comprende forzosamente el reconocimiento de la ficción jurídica de unicidad de la relación de trabajo, tal y como se desprende del alcance y contenido del artículo 21 del señalado Reglamento, cuando refiere a la solidaridad imperante en los integrantes del mismo, entonces, **el efecto de mayor envergadura podría devenir, en la isonomía de las condiciones de trabajo en el seno de éste.**

Ahora, pese a que **el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo** como se aclaró, intrínsecamente abone espacio al criterio de unicidad de la relación de trabajo en los supuestos de grupos de empresa, **no especifica si la solidaridad asig-**

nada apareja consigo la uniformidad de las condiciones de trabajo.

Empero, el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo parece satisfacer tal irresolución, al consagrar que la determinación de los beneficios en la empresa a los fines de la participación de los trabajadores en su distribución, se efectuará atendiendo al concepto de unidad económica, ello, con prescindencia de que la explotación de la actividad se encuentre diseminada en personas jurídicas diferentes.

En tal sentido, de la *ratio iuris* se extrae, que siendo la participación en los beneficios de la empresa entendida conforme a criterios de uniformidad, esencialmente en la remuneración, luego, para aquellas situaciones en las que se configura un grupo de empresas, **igualmente puede ser extensible el fundamento de la uniformidad a otras modalidades de la remuneración y de las condiciones de trabajo en general.**

Por ende, no alberga dudas la Sala para asentar, que conteste con el principio de tutela de los derechos de los trabajadores, y en particular, con el constitucional de igual salario por igual trabajo, en el entorno del grupo de empresas opera la homogeneidad de las condiciones de trabajo, tanto en el ámbito individual como colectivo.

Ahora, en el ámbito de la tesis doctrinal *sub iudice* es fundamental reiterar, que si bien el sentido ontológico de extender o uniformar las condiciones de trabajo se orienta, en suprimir las desigualdades no amparadas por el ordenamiento jurídico entre trabajadores deanáloga profesión u oficio que prestaren servicios para el grupo de empresas, la premisa conceptual que cimienta tal postura está delimitada por aquellas circunstancias que denoten discriminación salarial; en tal sentido, devendrá indispensable a los fines que impere dicha homogeneidad de las condiciones de trabajo, que los trabajadores detenten igual puesto, cargo u ocupación y desarrollen su labor en idéntica jornada y condiciones de eficacia.

De manera que, advierte la Sala que en el caso *in commento*, el actor no sustenta la aplicabilidad de los efectos normativos de la Convención Colectiva Petrolera con base en algún elemento de discriminación salarial, para de esta forma validar la isonomía en las condiciones de trabajo

con respecto de los demás trabajadores que prestan servicio para las sociedades mercantiles que integran el grupo, y en tal sentido, resulta improcedente tal pretensión. Así se establece (...).

2. MARZO¹⁹

2.1 RESPONSABILIDAD EN CASO DE ACCIDENTE DE TRABAJO

En el caso de que se produzca un accidente causado por el hecho de un tercero, si éste ocurrió con ocasión al trabajo, necesariamente la empresa debe responder e indemnizar por vía de la “Teoría de Responsabilidad Objetiva”, ello siempre que no concurra alguna de las circunstancias eximentes de responsabilidad patronal prevista en el artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo (en lo sucesivo LOT).²⁰

(...) Como se aprecia, del pasaje de la sentencia recurrida precedentemente transcrita, el Juzgador de Alzada estableció que la parte actora no logró demostrar los extremos necesarios para responsabilizar del accidente a la empresa accionada y su culpa en la materialización del daño, en virtud a que al haber quedado comprobado en autos que la muerte del ciudadano Julio César Peraza ocurrió debido a un arrollamiento vial causado por el ciudadano Richard Guardia Morillo, el cual fue condenado por homicidio culposo, debe considerarse que el accidente provino de un sujeto distinto a quien se le exigen las indemnizaciones reclamadas y que, igualmente, dicha circunstancia constituía una eximente de responsabilidad para el patrono, de conformidad con el literal b) del artículo 567 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Ahora bien, ha sido criterio pacífico y reiterado de esta Sala que en materia de infortunios del trabajo (accidentes de trabajo o enfermedad profesional), se aplica la responsabilidad objetiva del empleador o la teoría del riesgo profesional, prevista en el artículo 560 de la Ley Orgánica del Trabajo, según el cual el patrono debe responder e indemnizar al trabajador por los accidentes de trabajo o por enfermedades profesionales, que provengan del servicio mismo o con ocasión de él, aunque

¹⁹ Con la colaboración de los abogados Karla Karen Urdaneta Nava, José Ernesto Hernández Bizot y María Alejandra Cardozo Fernández.

²⁰ N° 330 de 02-03-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Diaz, Caso: *Ligia Margarita Gutiérrez Flores contra Arrendadora de Servicios Refrigerados C.A. (Transporte Aserca)*.

no haya imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos por parte de la empresa o de los trabajadores, para lo cual, el trabajador debe demostrar el acaecimiento del accidente de trabajo o el padecimiento de la enfermedad profesional, según sea el caso, a los fines de determinar el monto de las indemnizaciones que debe recibir el trabajador o sus familiares en caso de muerte de aquél, establecidas en la propia Ley Orgánica del Trabajo.

En este mismo sentido, tenemos que la Ley Orgánica del Trabajo adoptó esta teoría del riesgo profesional aplicable en materia de accidentes o enfermedades profesionales, con la particularidad de tarifar la indemnización pagadera al trabajador por daño material en la medida de la incapacidad producida por el accidente o enfermedad profesional, mientras que el daño moral, al no poder ser realmente cuantificable, ni mucho menos tarificado por la Ley, queda a la libre estimación del sentenciador, quien a partir de un proceso lógico de establecimiento de los hechos, aplica la ley y la equidad, analiza la importancia del daño, el grado de culpabilidad del autor, la conducta de la víctima y la llamada escala de sufrimientos morales, valorándolos para llegar a una indemnización razonable.

En el presente caso, encuentra esta Sala que quedó suficientemente evidenciado de los autos que el arrollamiento vial que le causó la muerte instantánea al ciudadano Julio César Peraza causado por un tercero en la Autopista Regional del Sur, Sector La Honda, frente al penal de Tocuyito, si bien ocurrió fuera de la jornada laboral y ejerciendo funciones distintas a las desempeñadas cotidianamente, el trabajador fallecido se encontraba cumpliendo órdenes precisas de la empresa demandada, por lo que indudablemente dichos hechos conllevan a la materialización de un accidente de trabajo. (...)

Ahora, conteste con lo *supra* explanado, llama la atención que el Juzgador de Alzada declaró la improcedencia de las indemnizaciones derivadas por infortunio laboral, con base a que el accidente lo produjo un sujeto distinto a quien se le reclama, considerando a su vez que en el caso concreto operaba a favor del patrono una de las causas eximentes de responsabilidad, específicamente la contemplada en el literal b) del artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Al respecto, resulta oportuno para esta Sala puntualizar, contrariamente a lo establecido en la recurrida, que aun cuando el accidente de autos haya sido causado por el hecho de un tercero, el mismo ocurrió con

ocasión al trabajo, pues tal como se estableció anteriormente y quedó demostrado en las actas, el trabajador se encontraba en el lugar donde ocurrieron los hechos en virtud de las órdenes impartidas por su empleador, en resguardo y auxilio de una unidad de transporte accidentada propiedad de la empresa, lo cual necesariamente conlleva a que la accionada deba responder e indemnizar por vía de la “Teoría de Responsabilidad Objetiva” por los daños que se le causaron, siempre que no concurre alguna de las circunstancias eximentes previstas en el artículo 563 antes mencionado –casos de no responsabilidad patronal–.

En este sentido, si bien en aplicación de la eximente contemplada en el literal b) del artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo, el hecho imprevisible e irresistible de un tercero puede considerarse incluido como una fuerza mayor extraña al trabajo, haciendo abstracción de la diferencia que en materia de responsabilidad civil plantea el artículo 1.193 del Código Civil que indica como causales eximentes el caso fortuito, la fuerza mayor y el hecho del tercero; en el caso bajo análisis existió manifiestamente la materialización de un riesgo especial que debe ser asumido por el empleador, el cual se configuró en la circunstancia de haberse ordenado al trabajador que se trasladara a una arteria vial de gran tránsito vehicular, con el fin de cambiar la mercancía de un chuto para otro y resguardar la unidad accidentada, exponiéndolo a contrarrestar las vicisitudes que ello implica.

En virtud de ello, al evidenciarse la existencia de un riesgo especial queda descartada la aplicación de la eximente de la responsabilidad objetiva contemplada en el artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo, invocada por el Juzgador de Alzada y por tanto resulta procedente la indemnización tarifada por accidente de trabajo prevista en el artículo 567 *eiusdem*.

Del mismo modo, siguiendo la doctrina jurisprudencial de esta Sala se considera que el alcance sobre la indemnización por la responsabilidad objetiva del patrono abarca no sólo los daños materiales tarificados en los artículos 560 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo, sino que también se extiende al daño moral, por lo que al haberse establecido la existencia del hecho generador, es decir, el accidente de trabajo en el que perdió la vida el ciudadano Julio César Peraza Mendoza, se considera que el mismo incuestionablemente repercutió en la esfera moral de la demandante.

Con base a las consideraciones hasta aquí expuesta, esta Sala de Casación Social considera que la sentencia recurrida quebrantó gravemente

el orden público laboral, dada la evidente violación por falta de aplicación del artículo 560 de la Ley Orgánica del Trabajo y falsa aplicación del artículo 563 *eiusdem*, en virtud a que al haberse materializado el hecho generador del daño, esto es el accidente de trabajo, sin que procedieran alguna de las eximentes de responsabilidad patronal, debió condenar las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad objetiva, en consecuencia, se declara con lugar el recurso de control de la legalidad interpuesto por la parte actora, se anula el fallo recurrido (...).

2.2 RÉGIMEN DE UTILIDADES CONVENCIONALES

Dentro de las utilidades convencionales siempre deben estar incluidas las utilidades legales, aun cuando en vista del principio laboral de la autodeterminación de las partes se puede pactar en forma expresa lo contrario. Toda vez que las utilidades convencionales son una condición exorbitante, la parte actora que las reclama tiene la carga probatoria de demostrar que tal situación ocurrió.²¹

(...) la Sala observa en sujeción a la estricta aplicación del artículo 182 de la Ley Orgánica del Trabajo, que dentro de las utilidades convencionales siempre deben estar incluidas las utilidades legales, vale explicar, todo patrono está en la obligación de pagar a sus trabajadores, dentro de los primeros 15 días del mes de diciembre o del respectivo cierre del ejercicio fiscal, el equivalente a 15 días de salario por concepto de utilidades, denominadas por la doctrina laboralista como utilidades legales; sin embargo, el patrono en forma libre y espontánea puede otorgar un límite superior al legal denominado como utilidades convencionales, dentro del cual se encuentran las utilidades legales. No obstante, como en materia laboral priva el principio de autodeterminación de voluntad de las partes, se puede pactar en forma expresa lo contrario.

Así las cosas, observa esta Sala que la obligación del patrono radica en cumplir con el límite legal, y ante tal omisión, resulta la intervención del órgano jurisdiccional a través de instancia de parte a compelir a la materialización de la norma jurídica; empero, para las utilidades de orden convencional, las cuales se consideran como una condición exorbitante, pues superan los límites establecidos, debe la parte actora probar que tal situación ocurrió, para así el juzgador proceder a sentenciar con-

²¹ N° 0333 de 06-03-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia de la Magistrada Carmen Elviglia Porras de Roa, Caso: *María Antonio Wilches contra Seguros Nuevo Mundo S.A.*

forme a lo solicitado; de lo contrario, se estaría en presencia del vicio de ultrapetita, el cual consiste en otorgar más de lo pedido, y por consiguiente, acarrea la declaratoria de nulidad de la sentencia, ya que el juez no adecuó su decisión a los límites en que resultó planteada la controversia. Se infringe por tanto el orden sustantivo laboral al adicionar en forma intangible los límites legal y convencional, por lo que resulta un monto superior al legalmente establecido. No existen elementos en autos que apreciar para tal declaratoria, y se infringe lo regulado por el artículo 182 de la ley sustantiva laboral al aplicarlo en forma retroactiva, habida cuenta de que la misma accionante narra en el escrito libelar que el pago de 3 meses –90 días– por concepto de utilidades, resultó para el ejercicio fiscal del año 1993 (...).

2.3 CONDICIONES NECESARIAS PARA PROCEDENCIA DE CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR ANTE LA INCOMPARECENCIA DE LAS PARTES A LA AUDIENCIA FIJADA

Ratificación del criterio de la Sala de Casación Social de fecha 17 de febrero de 2004, en el cual se establecen las condiciones necesarias para la procedencia del caso fortuito o fuerza mayor como causas no imputables al demandado en caso de incomparecencia a la celebración de la audiencia preliminar.²²

De lo anteriormente transscrito se desprende que la Ley adjetiva Laboral faculta al Juez Superior del Trabajo, a revocar aquellos fallos constitutivos de la presunción de admisión de los hechos por la incomparecencia de la parte demandada a la audiencia preliminar, bien en su apertura o en sus posteriores prolongaciones, siempre y cuando, a su criterio, la contumacia responda a una situación extraña no imputable al demandado.

Asimismo, esta Sala de Casación Social, según sentencia de fecha 17 de febrero del año 2004 se ha pronunciado sobre las condiciones necesarias para la procedencia del caso fortuito o fuerza mayor como causas no imputables al demandado en caso de incomparecencia a la celebración de la audiencia preliminar, en los siguientes términos:

Tales causas extrañas no imputables que configuran el incumplimiento involuntario del deudor (obligado) las adminicula el

²² N° 0335 de 07-03-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Tito Gouveia Fernández contra Charcutería y Quesería Los Llanos S.A.*

legislador en correspondencia con la norma transcrita en el caso fortuito y la fuerza mayor, y ante tal categorización, debe la Sala necesariamente aclarar las condiciones necesarias para su procedencia y consecuente efecto liberatorio.

Toda causa, hecho, obstáculo o circunstancia no imputable que limite o impida el cumplimiento de la obligación, debe necesariamente probarse. Tal condición limitativa o impedidiva debe resultar de orden práctico.

Asimismo, tal imposibilidad plena en ejecutar la obligación necesariamente debe instaurarse como sobrevenida, es decir, que se consolida o materializa con posterioridad a contraerse legítimamente la obligación.

De otra parte, la causa externa (no imputable) generadora del incumplimiento no puede resultar previsible, y aun desarrollándose en imprevisible, la misma debe ser inevitable, a saber, no subsanable por el obligado.

Igualmente y de manera conclusiva, debe especificarse que la causa del incumplimiento no puede responder a una actitud volitiva, consciente del obligado (dolo o intencionalidad).

Adminiculando lo anterior al caso *sub iudice*, esta Sala observa que la causa que da origen a la incomparecencia de la demandada a la audiencia preliminar, constituye jurídicamente un eximente de la obligación de asistencia, pues la misma se trató de quebrantos de salud a causa de una enfermedad que la llevó a su fallecimiento, quedando fehacientemente demostrado en autos el emplazamiento de la misma como representante del fondo de comercio, hechos estos que demuestran la violación al orden público laboral en la cual incurrieron los jueces de ambas instancias, al declarar la confesión ficta de la parte demandada por la incomparecencia de esta a la celebración de la audiencia preliminar, específicamente la violación del artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y de la jurisprudencia al respecto emanada de esta Sala de Casación Social. En consecuencia, se declara con lugar el presente recurso de control de la legalidad y se repone la causa al estado de celebración de nueva audiencia preliminar, sin necesidad de notificación alguna a las partes, en virtud del emplazamiento de los herederos por haberse admitido su representación en la audiencia oral y pública del presente recurso de control de la legalidad. Así se decide (...).

2.4 ELEMENTOS QUE DETERMINAN O NO EL CARÁCTER LABORAL DE UNA RELACIÓN

Elementos que permiten determinar la naturaleza laboral o no de una relación. Determinación del carácter no laboral de la relación que vincula a un chofer que conduce un vehículo en el transporte público terrestre, sin tener la titularidad o propiedad del mismo, y la asociación civil a la cual pertenece.²³

(...) Ahora bien, la Sala reconoce los serios inconvenientes que se suscitan en algunas relaciones jurídicas al momento de calificarlas dentro del ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo. Es significativa al respecto la existencia de las denominadas “zonas grises” o “fronterizas”, expresiones explicativas de aquellas prestaciones de servicio, cuya cualidad resulta especialmente difícil de determinar como laboral o extralaboral.

Sin embargo, la legislación laboral, como la aplicación judicial y jurisprudencial en los casos litigiosos concretos, ha solventado de alguna manera la problemática, insertando un sistema de presunciones e indicios de laboralidad para facilitar tal misión de indagación.

En tal sentido, en cuanto al inventario de indicios que permiten determinar de manera general, la naturaleza laboral o no de una relación, esta Sala en sentencia N° 489 de fecha 13 de agosto del año 2002, señaló lo siguiente:

No obstante, antes de aportar esta Sala los hechos o circunstancias que a su entender, permitan consolidar un sistema como el propuesto, considera de real importancia transcribir los que el reseñado autor Arturo S. Bronstein contempla en la Ponencia citada. A tal efecto, señala:

Sin ser exhaustiva, una lista de los criterios, o indicios, que pueden determinar el carácter laboral o no de una relación entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe fue propuesta en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998:

²³ N° 0337 de 07-03-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Carlos Abelardo Sanabria Torres contra Asociación Civil “Unión de Conductores San Antonio”*.

- a) Forma de determinar el trabajo (...)
- b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo (...)
- c) Forma de efectuarse el pago (...)
- d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario (...)
- e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria (...);
- f) Otros: (...) asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo (...) la exclusividad o no para la usuaria (...)" (Arturo S. Bronstein, *Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo*, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas-Venezuela 6-8 de mayo de 2002, p. 22).

Abundando en los criterios jurisprudenciales, esta Sala en dicha sentencia, incorporó los siguientes elementos:

- a) La naturaleza jurídica del pretendido patrono.
- b) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc.
- c) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio.
- d) La naturaleza y *quantum* de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar;
- e) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena.

Ahora bien, analizadas las pruebas aportadas por ambas partes en el proceso, se evidencia del documento Constitutivo Estatutario de la Sociedad Civil “Unión de Conductores San Antonio”, cursante al folio 113, que dicha sociedad sin fines de lucro, está integrada por un grupo de choferes profesionales que prestan servicios al público con vehículos

por puesto y que para ingresar a la misma había que cumplir con ciertos requisitos, entre otros, aportar una cuota de admisión, tal como se evidencia en el artículo 8 de los estatutos de la citada Unión de Conductores, en tal sentido en su artículo 62 establece que toda persona que solicite ingreso a dicha Sociedad Civil debe llenar una solicitud de ingreso y ser presentado por dos socios activos, el cual de acuerdo a su comportamiento pasa a ser miembro activo mediante resolución de la Asamblea General.

Concatenando el citado artículo, con la solicitud de inscripción del demandante en la mencionada Unión de Conductores San Antonio (folio 72), en la que manifiesta que conoce los estatutos y reglamento de la organización, se observa que el actor prestó sus servicios en dicha Asociación con la figura de avance, para lo cual realizó el pago de Bs. 134.840,00 como cuota de admisión (folio 73), establecida en el capítulo II, artículo 8, de los estatutos de la referida Sociedad Civil, la cual está referida a los socios, sus derechos y deberes.

En virtud de todo lo antes expuesto, observa la Sala que el actor no logró demostrar la forma en que realizaba su actividad, quién supervisaba su trabajo, el tiempo y lugar de trabajo, forma de efectuarse el pago, la exclusividad, naturaleza del pretendido patrono etc., por lo que no se configuró la relación laboral alegada por el accionante en la presente causa. Es decir, no existe en autos suficientes elementos probatorios que determinen que se han configurado los elementos de una relación de trabajo del actor con la accionada. Así y como antes se indicó, pudo haber quedado en cierta forma demostrada la prestación de servicios de forma ocasional, pero ello no se puede asimilar con una relación de trabajo, porque hay carencia de los otros elementos configurantes de la misma, como son, percepción de salario, la subordinación o dependencia y la ajenidad. La eventual relación sostenida entre el propietario del vehículo y el accionante resulta ajena a la situación que se verifica en el caso de autos entre la Asociación Civil demandada y quien presta sus servicios como chofer.

En tal sentido, analizada la prestación de servicios a la luz de los elementos que configuran la relación de trabajo, en el caso de una persona que preste sus servicios como avance –chofer que conduce un vehículo que presta servicios en el transporte público terrestre, sin tener la titularidad o propiedad del mismo– no se configura una relación de trabajo entre éste y la sociedad que preste servicios de trans-

porte público, en todo caso y como se indicó en la audiencia pública y oral, habría una relación laboral entre el trabajador demandante y el propietario del vehículo (...).

2.5 FINALIDAD DE LAS ACLARATORIAS DE LAS SENTENCIAS

Cuando las partes solicitan la aclaratoria de una sentencia, no pueden pretender la transformación, modificación o alteración de lo decidido, toda vez que el sentenciador pierde su jurisdicción al dictar la sentencia definitiva, y únicamente pueden emitir pronunciamientos sobre puntos dudosos, efectuar rectificaciones materiales o ampliaciones.²⁴

(...) Respecto de la norma denunciada como infringida y del derecho de las partes a solicitar la aclaratoria de la sentencia, la doctrina patria ha sido pacífica en reiterar que el sentenciador extingue su jurisdicción al dictar sentencia definitiva, por lo que, cuando una o ambas partes optan por solicitar su aclaratoria, no pueden pretender la transformación, modificación o alteración de lo decidido; es así, como el mencionado derecho a solicitar la aclaratoria de un pronunciamiento previamente emitido, sólo debe versar sobre explicaciones de puntos dudosos, rectificaciones materiales o bien sobre ampliaciones evidentemente necesarias, como lo sería por ejemplo la inclusión de la condenatoria en costas.

En este sentido, la Sala Constitucional de este máximo Tribunal, en sentencia N° 246 de fecha 25 de abril de 2000 (caso: *Leopoldo López Moros*), estableció el alcance de la aclaratoria como sigue:

(...) ha sido pacífica doctrina de este alto Tribunal, que *esta facultad de aclaratoria del juez respecto de la decisión dictada, se circumscribe únicamente a exponer con mayor claridad algún concepto ambiguo u oscuro de la sentencia, pero que, de ninguna manera, puede éste modificarla o alterarla*. Así pues, cada vez que la solicitud de aclaratoria o de ampliación lleve implícita una crítica del fallo, argumentándose que se ha debido decidir algún punto de manera distinta a como sentenció el juzgador, no podría declararse procedente dicha

²⁴ N° 0345 de 09-03-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, Caso: *Teresa Coa Padilla y otros contra Industrias Rotoplast de Venezuela C.A.*

solicitud, toda vez que se estaría desvirtuando el verdadero sentido o naturaleza de esta figura procesal (énfasis añadido).

Por lo anteriormente expuesto, esta Sala debe concluir que la alzada erró al declarar la procedencia de la aclaratoria solicitada por la empresa demandada, ya que con el pronunciamiento de fecha 15 de marzo de 2005, modificó el dispositivo de la sentencia de fecha 9 de marzo de 2005, por lo que desvirtuó el alcance y naturaleza de una “*aclaratoria de sentencia*”, transgredió los principios procesales del derecho, y violentó la cosa juzgada; de tal manera que el medio de impugnación ejercido debe prosperar en derecho; en consecuencia, debe anularse el fallo recurrido, y así se decide (...).

2.6 COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES PARA CONOCER RECURSOS DE REVISIÓN

La competencia para conocer del Recurso de Revisión está atribuida a la Sala Constitucional del TSJ, independientemente de que la sentencia recurrida haya sido producto de un juicio por cobro de prestaciones sociales.²⁵

(...) Evidencia esta Sala que, aun cuando el juicio en el que recayó la sentencia recurrida es cobro de prestaciones sociales, competencia de los tribunales laborales, el recurso interpuesto es de revisión, por lo que resulta indispensable señalarle a los recurrentes que la competencia para conocer de este tipo de recurso está atribuida a la Sala Constitucional de este máximo Tribunal, de conformidad con lo establecido en el numeral 10º del artículo 336 de la Constitución de la República, el cual prevé “*revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos en la Ley orgánica respectiva*”.

De manera que, al haber recibido esta Sala de Casación Social el presente caso, en virtud de la interposición de un recurso de revisión contra una decisión que puso fin a un juicio por cobro de prestaciones sociales, aun cuando la misma fue proferida por un Juzgado del Trabajo, debe

²⁵ N° 0364 de 10-03-06, Recurso de Revisión, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Ricardo Tezara y otros contra Fundación para la Transferencia del Servicio del Aseo Urbano y Domiciliario para la Ciudad de Caracas (Fundaseo)*.

esta Sala concluir que el conocimiento de este asunto está atribuido a la Sala Constitucional de este alto Tribunal, en virtud de la naturaleza del recurso extraordinario propuesto (...).

2.7 SUPUESTO DE IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE NULIDAD

En el caso de que un Tribunal Superior dicte sentencia conociendo luego que la Sala casara el anterior fallo por defecto de actividad, tal decisión no es susceptible de impugnarse a través del Recurso de Nulidad, toda vez en este supuesto el Tribunal Superior que deba sustanciar de nuevo el juicio adquiere pleno conocimiento de la causa, con facultad para reexaminar de nuevo el juicio, sin ninguna vinculación con la sentencia de casación que anuló el fallo anterior.²⁶

(...) La Ley Orgánica Procesal del Trabajo no contiene el recurso de nulidad como medio de impugnación de la sentencia de reenvío, pues el nuevo procedimiento de casación establecido en el artículo 167 y siguientes de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo no prevé casos de reenvío.

El artículo 175 establece: “(...) *La sentencia de casación deberá decidir el fondo de la controversia casando o anulando el fallo, sin posibilidad de reenvío, o lo confirmará, según sea el caso*”.

Por otra parte, el artículo 11 *eiusdem* permite al juez aplicar analógicamente disposiciones procesales contenidas en el ordenamiento jurídico venezolano cuidando que no contraríen los principios fundamentales del proceso laboral.

Con base en esta disposición se pueden aplicar analógicamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil referentes al recurso de nulidad.

Señala el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, que: “*si el Juez de reenvío fallara contra lo decidido por la Corte Suprema de Justicia, las partes interesadas podrán proponer recurso de nulidad contra la nueva sentencia dentro de los diez días siguientes a su publicación*”.

²⁶ N° 0519 de 21-03-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, Caso: *Miguel Ángel Carico Martínez contra Centro Médico Maracay C.A.*

En concordancia con el artículo precedentemente transscrito, establece el artículo 322 *eiusdem* que: “(...) *Si el recurso fuere declarado con lugar por las infracciones descritas en el ordinal 2º del artículo 313, el Juez de reenvío se limitará a dictar nueva sentencia sometiéndose completamente a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia (...)*”.

En el caso de autos el Tribunal Superior dictó sentencia, conociendo luego que la Sala casara el anterior fallo por defecto de actividad, específicamente por el vicio de incongruencia sancionado en los artículos 243 ordinal 5º y 12 del Código de Procedimiento Civil, y contra esa decisión se interpuso recurso de nulidad, siendo que este fallo no es susceptible del indicado recurso, porque en este supuesto el Tribunal que deba sustanciar de nuevo el juicio adquiere pleno conocimiento de la causa, con facultad para reexaminar de nuevo el juicio, sin ninguna vinculación con la sentencia de casación que anuló el fallo anterior. Sólo se puede interponer recurso de nulidad contra la sentencia del juez de reenvío que desacate la doctrina vinculante, tanto estimatoria como desestimatoria del fallo de casación, doctrina que se produce únicamente cuando la Sala conoce de infracciones fundadas en el artículo 313 ordinal 2º del Código de Procedimiento Civil, que no es el caso examinado, por lo que en aplicación de los artículos 322 y 323 del Código de Procedimiento Civil, esta Sala considera que en este caso el recurso de nulidad sería inadmisible (...).

2.8 EXCLUSIÓN DE TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA DE CONVENCIOS COLECTIVOS DE TRABAJO

La exclusión potestativa de los trabajadores de confianza y de dirección, dentro del ámbito de aplicación de un convenio colectivo, debe hacerse de manera expresa en cualesquiera de las cláusulas de tal Convención o de cualquier otro modo que haga indudable la inaplicabilidad de los beneficios de una convención colectiva a esta categoría de trabajadores.²⁷

(...) De la transcripción precedentemente expuesta, se observa, como así lo aduce quien recurre, que el sentenciador de alzada incluye al trabajador actor dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la convención colectiva de trabajo que rige a la empresa demandada con sus trabajadores, al considerar que expresamente no están excluidos de su aplica-

²⁷ N° 0526 de 22-03-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Omar Sifontes García contra Cervecería Polar de Oriente C.A.*

ción, los trabajadores de confianza o empleados de dirección, categoría dentro de la cual se encuentra la parte actora.

Pues bien, el artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo señala expresamente que:

Artículo 509.- Las estipulaciones de las convenciones colectivas beneficiarán a todos los trabajadores de la empresa, explotación o establecimiento, aun cuando ingresen con posterioridad a su celebración. Las partes podrán exceptuar de su aplicación a las personas a que se refieren los artículos 42 y 45 de esta Ley.

El artículo en comento, a los fines de su vigencia o ámbito personal o subjetivo de aplicación, señala que las partes pueden exceptuar a los empleados de dirección y/o a los trabajadores de confianza, es decir, el supuesto de hecho de la norma claramente establece que la exclusión de los empleados de dirección y confianza es potestativa de las partes quienes las suscriben, al utilizar el verbo “*podrán*” sin que ello sea obligante.

Asimismo el artículo 174 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo reitera esa posibilidad de exclusión, pero dejando establecido que en tal caso “*las condiciones de trabajo, los derechos y beneficios que disfruten, no podrán ser inferiores, en su conjunto, a los que correspondan a los demás trabajadores incluidos en el ámbito de validez personal de la convención colectiva de trabajo*”.

Ahora bien, el asunto en este recurso de casación se circunscribe al hecho de determinar, si esta exclusión de los trabajadores de confianza y de dirección debe hacerse de manera expresa o implícita dentro de la convención colectiva de trabajo.

En este sentido, la doctrina en materia laboral se ha inclinado en señalar que debido a la exclusión potestativa que hace el artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo de los trabajadores de confianza y de dirección, dentro del ámbito de aplicación de un convenio colectivo, dicha exclusión debe hacerse de manera expresa en cualesquiera de las cláusulas contenidas en ella o de cualquier otro modo que haga indudable la inaplicabilidad de los beneficios de una convención colectiva a esta categoría de trabajadores.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, si bien no se observa en las cláusulas de la convención colectiva vigente entre la empresa Cervecería Polar de Oriente, C.A. y sus trabajadores, la exclusión expresa de los trabajadores de confianza y de dirección dentro del campo subjetivo de aplicación, sin embargo, constata la Sala del acta consignada ante la Inspectoría del Trabajo del Estado Anzoátegui (vuelto folio 563) la cual fue levantada al momento del depósito de la convención colectiva (artículo 521 de la Ley Orgánica del Trabajo), que la presente convención tiene como objeto regular las relaciones obrero-patronal, entendiéndose esto como la exclusión de manera implícita pero indubitable de los trabajadores de confianza y de dirección dentro del ámbito de aplicación de la misma, categoría dentro de la cual se encuentra la hoy parte actora.

Por consiguiente, el sentenciador de alzada incurrió en la infracción por errónea interpretación del artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo, al incluir al trabajador dentro del ámbito de aplicación de la convención colectiva de trabajo vigente para la fecha de la terminación de la relación laboral. Así se decide (...).

2.9 INTERPOSICIÓN DE ACCIÓN DE AMPARO NO INTERRUMPE LAPSO DE PRESCRIPCIÓN LABORAL

La acción de amparo constitucional en ningún momento puede considerarse como un acto capaz de interrumpir la prescripción en una acción ordinaria por cobro de prestaciones sociales.²⁸

(...) De la transcripción precedentemente expuesta, se deduce que el sentenciador de alzada declara la prescripción de la acción, fundamentándose en que había transcurrido más de un (1) año y dos (2) meses desde la culminación de la relación de trabajo, sin que la parte actora hubiera interrumpido el decurso prescriptorio dispuesto en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues la acción de amparo constitucional interpuesta por la parte actora no podía considerarse como un acto capaz de interrumpir tal prescripción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 64 *eiusdem*.

Pues bien, esta Sala comparte el criterio del sentenciador de alzada, cuando señala que la acción de amparo constitucional en ningún mo-

²⁸ N° 0531 de 23-03-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Rigoberto Parra y otros contra Mavesa S.A.*

mento puede considerarse como un acto capaz de interrumpir la prescripción en una acción ordinaria por cobro de prestaciones sociales como es la que nos ocupa, pues su misma naturaleza así se lo impide y mucho menos se podría pensar que por el hecho de haberse notificado a la empresa demandada en la acción de amparo, esto era un acto suficiente, para considerar interrumpida la prescripción contenida en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo.

El artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo establece el lapso de un (1) año, contado a partir de la terminación de la relación de trabajo, como el lapso de prescripción, pudiendo interrumpirse por las causales contenidas en el artículo 64 *eiusdem*, a saber:

- a) Por la introducción de una demanda judicial, aunque se haga ante un juez incompetente, siempre que el demandado sea notificado o citado antes de la expiración del lapso de prescripción o dentro de los dos (2) meses siguientes;
- b) Por la reclamación intentada por ante el organismo ejecutivo competente cuando se trate de reclamaciones contra la República u otras entidades de carácter público;
- c) Por la reclamación intentada por ante una autoridad administrativa del Trabajo. Para que la reclamación surta sus efectos deberá efectuarse la notificación del reclamado o su representante antes de la expiración del lapso de prescripción o dentro de los dos (2) meses siguientes; y
- d) Por las causas señaladas en el Código Civil.

Ahora bien, consecuente con el literal d) del artículo 64 de la Ley Orgánica del Trabajo, el Código Civil en su artículo 1.969, establece que la prescripción se interrumpe mediante: a) una demanda judicial, aunque se haga ante un Juez incompetente, siempre que se protocolice por ante la Oficina de Registro correspondiente y antes de expirar el lapso de prescripción, la copia certificada del libelo de la demanda con la orden de comparecencia del demandado, a menos que se le haya citado dentro de dicho lapso; b) con la notificación al deudor, respecto del cual se quiere interrumpir la prescripción de un decreto o de un acto de embargo; y, c) **con cualquier acto capaz de constituir al deudor en mora, bastando el simple cobro extrajudicial para interrumpir la prescripción del crédito.**

Con relación al último supuesto del artículo 1.969 del Código Civil, es decir, la interrupción de la prescripción por un acto capaz de constituir al deudor en mora, debe entenderse en materia laboral, como el acto donde el trabajador le exige a su patrono el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de las leyes laborales. Por consiguiente, siendo que el objeto de la acción de amparo constitucional es la de reestablecer una situación jurídica infringida o amenazada, no conteniendo en sí misma ninguna pretensión de cobro de dinero, no puede considerarse entonces que la misma tenga el efecto de un acto capaz de interrumpir la prescripción de una acción por cobro de créditos laborales.

Por consiguiente, la recurrida no incurrió en la infracción delatada, pues el acto que la parte demandante consideró como capaz de interrumpir la prescripción no puede subsumirse en los supuestos contenidos en los artículos 64 de la Ley Orgánica del Trabajo y 1.969 del Código Civil, aplicable este último por disposición de aquél.

En consecuencia, se declara improcedente la denuncia. Así se decide (...).

2.10 LAPSO DE PRESCRIPCIÓN EN MATERIA LABORAL

El lapso de prescripción de todas las acciones que se deriven de la relación de trabajo o producidas con ocasión de la misma, inclusive el hecho ilícito, prescriben al año de culminada la prestación de servicios. En caso de que el hecho ilícito del patrono sea la causa de un accidente o enfermedad ocupacional la acción prescribirá a los dos años.²⁹

(...) En anteriores decisiones, esta Sala de Casación Social ha realizado expreso pronunciamiento en orden a la prescripción, sosteniéndose reiteradamente que el lapso de extinción para la interposición de todas las acciones que se deriven de la relación de trabajo es el establecido en las leyes laborales, en ese sentido, todas las acciones provenientes de la relación de trabajo o producidas con ocasión de la misma, inclusive el hecho ilícito, prescriben al año de culminada la prestación de servicios, tal y como lo prevé el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, a menos que tal hecho ilícito del patrono sea la causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, caso en el cual prescribirá a los dos (2) años por disponerlo así el artículo 62 *eiusdem*.

²⁹ N° 0535 de 28-03-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, Caso: *Martín Antonio Guédez Piña contra Banco Provincial S.A. Banco Universal*.

2.11 CONSECUENCIA DE LA INCOMPARAECENCIA DE LAS PARTES A DETERMINADA AUDIENCIA O A LA PROLONGACIÓN DE LA MISMA POR DIFERIMIENTO DEL FALLO

En caso de incomparecencia de la parte apelante a la Audiencia de apelación o la prolongación de la misma por haber sido diferido el pronunciamiento del dispositivo del fallo, se presume la conformidad del recurrente con la decisión que se impugna y por tanto se declara desistida tal apelación.³⁰

(...) En la sentencia Nº 672 de 2005 la Sala estableció que “*de no comparecer el apelante a la audiencia, se presume su conformidad con la decisión recurrida, declarándose desistida la apelación y firme el fallo de primera instancia, sanción que debe igualmente operar para el supuesto en que se haya diferido la oportunidad para dictar el dispositivo del fallo e incomparece el recurrente, pues el artículo 165 de la Ley Orgánica del Trabajo así lo propugna, atendiendo para ello naturalmente, al principio de continuidad de la audiencia, toda vez que ésta debe considerarse como un único acto, aun cuando haya sido objeto de diferimiento por cualesquiera de las causas antes expresadas*”.

En el caso concreto, la parte actora apeló de la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio para el Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, de fecha 11 de mayo de 2005, la cual declaró sin lugar la demanda. El Juzgado Superior, una vez recibido el expediente, fijó para el día diecisiete (17) de junio de 2005, la audiencia oral y pública, de conformidad con lo previsto en el artículo 163 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Celebrada la audiencia en la fecha y hora señalada, se fijó para el día veintinueve (29) de junio de 2005, la oportunidad para dictar el dispositivo oral de la decisión, fecha en la cual se constituyó el Tribunal y en el acta correspondiente dejó constancia de la comparecencia de la parte demandada, mas no así de la parte actora-recurrente, procediendo en consecuencia, a declarar con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y parcialmente con lugar la demanda, revocando la decisión apelada.

³⁰ Nº 0536 de 28-03-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, Caso: *José Vicente Escalona Rojas contra Baker Hughes S.A.*

Estima la Sala, que al no declararse desistida la apelación con ocasión de la incomparecencia de la parte impugnante a la audiencia, la recurrida no aplicó los artículos 164 y 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y en consecuencia, se declara procedente la denuncia, anulándose el fallo recurrido (...).

2.12 BASE DE CÁLCULO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y CUANTÍA MÍNIMA DE LA MISMA

Ratificación de criterio de la SCS y de la SC del TSJ, según la cual la pensión de jubilación aun cuando debe ser calculada en base a los últimos sueldos devengados por el beneficiario de la misma, no podrá ser inferior al salario mínimo urbano.³¹

(...) Conviene recordar respecto a la jubilación, que la Sala considera que la pensión de jubilación, por definición, si bien debe ser calculada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma, no puede ser inferior al salario mínimo urbano, tal y como lo ordena el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por esto la Sala de Casación Social, en sentencia N° 816, de fecha 26 de julio de 2005, acogió el lineamiento establecido por la Sala Constitucional, en sentencia de fecha 25 de enero de 2005, de que *en aquellos procesos en los que la pensión de jubilación resulte inferior al salario mínimo urbano se debe ajustar, de acuerdo con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en consecuencia, si la pensión de jubilación en este caso no se ha ajustado y resulta inferior al salario mínimo urbano, se debe incrementar dicho monto en forma proporcional* (énfasis añadido).

3. ABRIL³²

3.1 TRANSACCIÓN LABORAL

Una transacción homologada por el Inspector del Trabajo constituye ley entre las partes en los límites de lo acordado y es vinculante en todo proceso futuro. Aun cuando no hubiese coincidencia entre las partes que transigen y las partes del proceso judicial, resulta extensible el efecto de

³¹ *Ídem.*

³² Con la colaboración de los abogados Karla Karen Urdaneta Nava, José Ernesto Hernández Bizot, María Alejandra Cardozo Fernández y Mark Melilli Silva.

la cosa juzgada a las segundas si contra quien se reclama judicialmente es una filial de aquella parte con quien se firmó transacción extrajudicial.³³

(...) De la transcripción anterior, se desprende que la recurrida establece que la parte actora celebró una transacción laboral, debidamente homologada, mediante la cual, acordó recibir una determinada cantidad de dinero por los conceptos que le correspondían en virtud de la terminación de la relación de trabajo que mantuvieron las partes, en fecha 30 de noviembre de 1994, y que dicha transacción comprendía todos los conceptos reclamados en la presente causa, por lo que alcanzó el efecto de cosa juzgada.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el párrafo único del artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuando se lleva a cabo una transacción laboral que es homologada por la autoridad competente del trabajo, vale decir, Juez o Inspector del Trabajo, la misma adquiere la eficacia de cosa juzgada, porque al ser presentada ante cualquiera de las autoridades del trabajo ya indicadas, éstas verificarán si la misma cumple o no con los requerimientos para que tenga validez y eficacia.

En virtud del efecto de cosa juzgada de la cual está investida, una transacción homologada por el Inspector del Trabajo constituye ley entre las partes en los límites de lo acordado y es vinculante en todo proceso futuro.

Conteste con lo anterior, el juzgador de alzada verificó, como se expresa *supra*, los conceptos comprendidos en el contrato transaccional, a fin de constatar que entre ellos estuvieran incluidos los demandados en el presente proceso; de modo que, después de certificar que estos últimos estaban comprendidos en los primeros, declaró la existencia de la cosa juzgada. Tal pronunciamiento, en criterio de esta Sala, satisface el principio de congruencia y resulta ajustado a Derecho, toda vez que mediante recíprocas concesiones, las partes pretendieron evitar cualquier litigio que eventualmente pudiera surgir entre ellas, con relación a las prestaciones sociales –entre otros conceptos– que correspondían al trabajador.

Al respecto, resulta conveniente aclarar, que si bien el juez *ad quem* omitió pronunciarse sobre la supuesta falta de coincidencia entre las

³³ N° 0576 de 04-04-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, Caso: *Pablo Useche contra Corporación Venezolana de Cementos SACA y C.A. Vencemos Lara*.

partes transigentes y las partes del presente proceso, puesto que entre las primeras no se encontraba la Corporación Venezolana de Cementos SACA, mal podría pretender el actor que a dicha empresa no le resultara extensible el efecto de la cosa juzgada, dado que el propio demandante afirmó, en el escrito libelar, haber celebrado una transacción con C.A. Vencemos Lara –que es “filial” de la primera de las sociedades mercantiles mencionadas– (...).

3.2 CUANTÍA PARA ADMISIÓN DE RECURSO DE CASACIÓN

Análisis e interpretación del criterio de la SC del TSJ de fecha 12 de julio de 2005, según el cual la admisión del recurso de casación se examinará con base en la cuantía plasmada para la fecha de interposición de la demanda, lo que implica modificar el criterio fijado por esta Sala, según el cual lo determinante para aplicar la cuantía prevista en la LOPT, es la fecha en que se profirió el fallo de segunda instancia. En tal sentido se estableció que la admisibilidad de los recursos intentados en un caso concreto debe ser examinada conforme al criterio imperante para el momento de su ejercicio, de tal manera, que los recursos que hayan sido interpuestos antes del 12 de agosto de 2005 –fecha de publicación en *Gaceta Oficial* de la mencionada sentencia de la Sala– deberán decidirse conforme con el criterio entonces imperante; por el contrario, el nuevo criterio será aplicable para aquellos interpuestos con posterioridad a la fecha *supra* indicada.³⁴

(...) Conteste con lo establecido por esta Sala de Casación Social, en el fallo N° 763 del 1º de diciembre de 2003 (caso: *Yolanda Otero contra Arena de Francia C.A.*), aquellos juicios en los cuales se hubiere proferido sentencia de segunda instancia con posterioridad a la implementación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se regirán por las disposiciones contenidas en dicha Ley; por lo tanto, la cuantía para la admisibilidad del recurso de casación será la establecida en el artículo 167 *eiusdem*, a saber, tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.). Asimismo, en decisión N° 443 del 18 de mayo de 2004 (caso: *Juan de Mata Ramírez Ramírez contra Cauchos y Frenos Capricornio, C.A.*), se

³⁴ N° 0580 de 04-04-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, Caso: *Fernando Leal y otros contra Servicios Técnicos Mecánicos C.A.*

afirmó que para la estimación de la cuantía se debe atender al valor que tenía la unidad tributaria para la fecha en que fue dictada la decisión.

No obstante, en decisión N° 1.573 del 12 de julio de 2005 (caso: *Carboneill Thielsen, C.A.*), la Sala Constitucional de este máximo Tribunal de la República, estableció que la cuantía necesaria para acceder a casación, debe ser la que imperaba para el momento en que se interpuso la demanda, señalando: (...)

(...) El criterio transcrita fue establecido con carácter vinculante, desde la publicación del fallo en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, la cual se realizó el 12 de agosto de 2005 (G.O. N° 38.249), para las demandas que se interpongan con posterioridad a dicha publicación y para las causas que se encuentren en trámite, siempre que el tribunal correspondiente aun no hubiere emitido pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de casación.

De acuerdo con lo determinado en el fallo *in commento*, todos los tribunales de la República, deben aplicar tal criterio, y ello necesariamente comprende a los órganos jurisdiccionales con competencia en materia laboral, pese a que pudiera afirmarse la existencia de una duda razonable al respecto, no sólo porque la Sala Constitucional, únicamente se refirió a la cuantía establecida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia –sin hacer alusión a la prevista en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo– sino además, porque la ley adjetiva laboral contempla un medio de impugnación novedoso en el ordenamiento jurídico venezolano, cual es el recurso de control de la legalidad, admisible exclusivamente en aquellos supuestos en que no es susceptible el ejercicio del recurso de casación.

Así las cosas, conforme con lo sostenido por la Sala Constitucional, la admisión del recurso de casación se examinará con base en la cuantía plasmada para la fecha de interposición de la demanda, lo que implica modificar el criterio fijado por esta Sala, según el cual lo determinante para aplicar la cuantía prevista en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es la fecha en que se profirió el fallo de segunda instancia.

Por otra parte, continuando con el análisis de la aplicación del criterio sentado por la Sala Constitucional en la sentencia *in commento*, se reitera que ésta especificó, que el mismo sería vinculante para las demandas interpuestas con posterioridad a la publicación del fallo en *Gaceta*

Oficial –12 de agosto de 2005– y para las causas que se encuentren en trámite, siempre que el tribunal correspondiente aún no hubiere emitido pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de casación.

Ahora, si bien el primero de dichos supuestos no presenta duda alguna, el segundo requiere algunas precisiones a fin de evitar incertidumbre jurídica, pues debe recordar esta Sala que entre los avances de la legislación procesal laboral, destaca la incorporación del recurso de control de la legalidad, anteriormente mencionado, a través del cual se asegura que cualquier decisión –siempre y cuando no tenga acceso a casación– pueda ser controlada por parte de la Sala de Casación Social, lo que garantiza el derecho a los recursos, que forma parte del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva, de acuerdo con lo afirmado por la referida Sala Constitucional, en la sentencia N° 607 del 21 de abril de 2004 (caso: *Juan Martínez y otro*).

En este orden de ideas, estima esta Sala que la aplicación del criterio establecido por la Sala Constitucional, en “*las causas que se encuentren en trámite siempre que el tribunal correspondiente aún no hubiere emitido pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de casación*”, requiere un análisis acorde con la legislación propia de la materia procesal laboral, que no fue examinada por la prenombrada Sala, debido a que el asunto sometido a su consideración versaba sobre un asunto de naturaleza civil.

Así, se reitera que una de las particularidades de los actuales juicios del trabajo, consiste en la existencia de dos medios de impugnación contra la decisión de segunda instancia, a saber, los recursos de casación y de control de la legalidad. Por lo tanto, las partes pueden impugnar el fallo que les resulte desfavorable a través de uno de los dos recursos mencionados, siendo admisible sólo uno de ellos, toda vez que el control de la legalidad está concebido como una vía recursiva para impugnar aquellas decisiones que no sean recurribles en casación.

En consecuencia, asumir una postura exegética de lo afirmado por la Sala Constitucional, cuando precisa que el criterio por ella establecido es vinculante a partir de la publicación de su sentencia en *Gaceta Oficial*, aplicándose a las causas en curso “*siempre que el tribunal correspondiente aún no hubiere emitido pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de casación*”, devendría –en los juicios laborales– en inseguridad jurídica.

Es de imaginar aquella situación en que cada parte procesal intente uno de los recursos; en ese caso, corresponde al juez superior emitir el pronunciamiento sobre la admisibilidad de la casación, y a esta Sala, el relativo a la admisibilidad del control de la legalidad; pero independientemente de ello, sólo podrá admitirse uno de los medios de impugnación interpuestos, por cuanto los mismos son excluyentes.

Para hacer aun más ilustrativo el ejemplo anterior, supongamos que el ejercicio de los recursos se realizó antes del 12 de agosto de 2005 –fecha de publicación en *Gaceta Oficial* de la sentencia N° 1573/2005 de la Sala Constitucional–, y con posterioridad a esa fecha corresponde hacer los pronunciamientos atinentes a su admisión. ¿Podría entonces admitirse la casación con fundamento en el criterio recientemente establecido, y el control de la legalidad con base en el criterio anteriormente imperante? Obviamente no, dado que las dos vías recursivas no son susceptibles de acumulación. Entonces, ¿cuál de ellos debe admitirse?

Tales interrogantes llevan a concluir a esta Sala, que la admisibilidad de los recursos intentados en un caso concreto debe ser examinada conforme al criterio imperante para el momento de su ejercicio, pues solamente así puede darse una respuesta ajustada a las expectativas que las partes han podido tener, de acuerdo con ese criterio. En este sentido, mal podría perjudicarse al justiciable que intentó el recurso adecuado, con fundamento en un criterio jurisprudencial posterior; tal situación configuraría un supuesto de aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, lo que no es acorde con un Estado de Derecho, según lo aseverado por la Sala Constitucional, que en la sentencia N° 401 del 19 de marzo de 2004 (caso: *Servicios La Puerta, S.A.*), sostuvo:

(...) en la actividad jurisdiccional el principio de expectativa plausible, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos (...).

(...) Conforme a lo expuesto, esta Sala ha reiterado en múltiples fallos (Vid. sentencia N° 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: *Salvador de Jesús González Hernández*, entre otras), que la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho. Por tal razón, en los casos en que esta Sala ha modificado un criterio jurisprudencial, que entiende ha permanecido en el tiempo, expresamente señala que dicho cambio surtirá efectos a partir de la publicación del fallo que lo contiene (Vid. sentencia N° 438/2001 del 4 de abril, caso: *CVG Siderúrgica del Orinoco SIDOR, C.A.*).

Conteste con los argumentos precedentes, y con la finalidad de adaptar los parámetros establecidos por la Sala Constitucional, a las vías recursivas previstas en el proceso laboral, esta Sala de Casación Social considera que el nuevo criterio sobre la cuantía que ha de examinarse para admitir o no el recurso de casación, debe aplicarse de acuerdo con la fecha en que se ejerza el medio recursivo correspondiente, de tal manera, que los recursos que hayan sido interpuestos antes del 12 de agosto de 2005 –fecha de publicación en *Gaceta Oficial* de la citada sentencia de la Sala Constitucional–, deberán decidirse conforme con el criterio entonces imperante; por el contrario, el nuevo criterio será aplicable para aquellos interpuestos con posterioridad a la fecha *supra* indicada (12 de agosto de 2005). Así se establece.

De esta forma, se evita la aplicación retroactiva de dicho criterio jurisprudencial, en pro de la igualdad de las partes y de la certeza jurídica que debe caracterizar el proceso, por cuanto el órgano jurisdiccional actuará en consonancia con las expectativas que surgieron bajo el criterio vigente al momento de ser interpuestos los recursos correspondientes. Igualmente, se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, así como el debido proceso, que implica “garantizar a los ciudadanos la oportunidad de insertarse en relaciones procesales previamente ordenadas y reguladas en el espacio y en el tiempo” (sentencia N° 683 dictada por la Sala Constitucional el 11 de julio de 2000, caso: *Nec de Venezuela, C.A.*).

3.3 RELACIÓN DE TRABAJO

El contrato de trabajo celebrado a tiempo determinado para el cargo de Jefe de Laboratorio, (siendo este último Presidente del mismo), no constituyó el verdadero fundamento del vínculo laboral, y no porque los altos

cargos directivos de una empresa se consideren que no sean trabajadores, sino por las circunstancias tan particulares que rodean el caso.³⁵

(...) Se inició el juicio por demanda interpuesta por Hernán Martín Lacalle por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales contra la sociedad mercantil Polifilm de Venezuela, S.A. en la que señaló que prestó sus servicios para la demandada en fecha 1º de marzo de 1999 como Presidente con un salario mensual de un millón cuatrocientos veinticinco mil bolívares (Bs. 1.425.000,00), que en fecha 14 de marzo de 2000, suscribió un contrato de trabajo a tiempo determinado con la referida empresa por el período de tres (3) años, el cual fue autenticado por ante la Notaría Pública Novena del Municipio Chacao, Estado Miranda, en fecha 14 de marzo de 2000, bajo el N° 32, tomo 30, cuya ejecución comenzaría a computarse a partir de la fecha en que la Dirección de Migraciones Laborales del Ministerio del Trabajo expidiera la correspondiente autorización, la cual se obtuvo el 29 de marzo de 2000.

Agrega, que en dicho contrato fungía como Jefe de laboratorio, con una remuneración mensual de cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00), que el 31 de mayo de 2000, fue despedido sin justa causa por el director principal de la empresa, ciudadano Guillermo Ochoa, produciéndose la separación definitiva de su cargo el 7 de junio del mismo año. En tal sentido, demanda las siguientes cantidades de dinero: (...)

En la contestación a la demanda, la empresa accionada admitió que el ciudadano Hernán Martín la Calle, fue designado como Presidente de Polifilm de Venezuela, S.A., el 23 de junio de 1999 y, a su vez suscribió contrato de trabajo por tiempo determinado con el demandante, en fecha 14 de marzo del año 2000 con un lapso de duración de tres (3) años. Además, rechazó en forma pormenorizada todos los conceptos demandados, mas no los fundamentó. (...)

Del escudriñamiento de las actas procesales, en especial del escrito de contestación de la demanda folios 57 al 66 del expediente, se observa que la demandada admitió que en fecha 23 de junio de 1999, la Asamblea General de Accionistas designó al ciudadano Hernán Martín Lacalle, como Presidente de la Junta Directiva de Polifilm de Venezuela S.A., y que el 14 de marzo de 2000, suscribió con la parte actora, un contrato de trabajo

³⁵ N° 0692 de 06-04-06, Recurso de Casación, ponencia de la Magistrada Carmen Elviga Porras de Roa, Caso: *Hernán Martín Lacalle contra Polifilm de Venezuela S.A.*

por tiempo determinado por el lapso de tres (3) años; seguidamente, procedió a rechazar, negar, y contradecir el despido que provocó la separación del actor de su cargo de Presidente, la rescisión unilateral de la relación laboral, que haya condicionado el pago de las prestaciones sociales bajo renuncia, y que haya incurrido en inejecución contractual, en consecuencia negó rechazó y contradijo los conceptos demandados (...).

(...) *Continúa exponiendo esta Sala que el hecho controvertido de la demanda consiste en determinar la validez del contrato de trabajo por tiempo determinado entre el actor y la demandada, las circunstancias que rodearon su celebración, el motivo de la rescisión, y la procedencia de las cantidades reclamadas como consecuencia de la terminación del vínculo laboral (...), énfasis añadido.*

Verificado lo anterior, la Sala aprecia que la sola existencia del contrato de trabajo otorgado en forma pública y además reconocida su existencia por la parte demandada, no determina que él mismo constituyó la realidad de la relación de trabajo que existió entre el ciudadano Hernán Martín Lacalle y la demandada, puesto que ésta logró probar a lo largo del procedimiento que la parte actora siempre fungió como Presidente de la referida sociedad mercantil, cuya designación a través de vía estatutaria fue efectuada el 23 de junio de 1999, no obstante, del propio texto de la asamblea en referencia se desprende que quien apertura la misma es el demandante en su condición de Presidente, lo que hace colegir a la Sala que el ciudadano Hernán Martín Lacalle operó en dicho cargo desde el 1º de marzo de 1999, fecha que se toma como inicio de la relación laboral para todos los efectos de ley.

Igualmente, a través del estudio concienzudo de las actas del expediente, se observa que quien otorga el contrato de trabajo a tiempo determinado en nombre de la demandada es el apoderado judicial, el cual a tenor de lo establecido en los estatutos sociales de la compañía está bajo la dirección del Presidente, y con un elemento particular que escapa de toda esfera lógica consistente en que el salario acordado para el cargo de Jefe de Laboratorio en términos económicos supera en forma significativa a la remuneración percibida en el cargo de Presidente, cuando por máximas de experiencia, se maneja que la estructura organizativa de toda empresa u ente de la administración pública o privada, los cargos de mayor responsabilidad y jerarquía, entre ellos, Presidente y Directores no sólo perciben las prebendas ordinarias derivadas del cargo que ocupan, sino que el salario es superior al percibido por el conglomerado de los trabajadores, en

caso contrario resultarían desvirtuados los criterios de evaluación, capacitación que privan en toda sociedad competitiva, resultando evidente la simulación al suscribir ambas partes el contrato por tiempo determinado con el propósito de desvirtuar la aplicación de la legislación laboral, al pretender que el otorgamiento del contrato *per se* desvirtué la realidad material, consistente en que el ciudadano Hernán Martín Lacalle fue el Presidente de la demandada, aunado a esto, no obra en autos acta de asamblea posterior al 14 de marzo de 2000 donde se designe a otra persona como Presidente de la accionada.

Por otra parte, de las testimoniales promovidas se extrae claramente que el actor era conocido por los trabajadores de la sociedad mercantil como Presidente, y, adicionalmente, de la prueba de informes remitida por el Banco Provincial de Venezuela, se constata que posterior a la fecha de celebración del contrato de trabajo a tiempo determinado, el demandante no percibió el salario pactado en el referido contrato, ratificando este hecho que la realidad subyacente de la relación de trabajo fue que el ciudadano Hernán Martín Lacalle fungió como Presidente de Polifilm de Venezuela, S.A. y no como Jefe de Laboratorio.

En consecuencia, la Sala al levantar el velo corporativo constató que el contrato de trabajo celebrado a tiempo determinado por el aquí actor con la accionada como Jefe de Laboratorio, (siendo éste Presidente de la misma), no constituyó el verdadero fundamento del vínculo laboral, y no porque los altos cargos directivos de una empresa se consideren que no sean trabajadores, sino por las circunstancias tan particulares que rodean el caso, que emergen de las propias actas del expediente, ratificadas con la exposición e indagaciones formuladas por la Sala en la audiencia oral, demuestran que el demandante contrató consigo mismo levantando el velo corporativo en reserva, se evidenció la simulación del mencionado contrato, por lo que no puede surtir los efectos de un contrato válido. Y así se decide.

3.4 EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

Es requisito indispensable para que proceda la consecuencia jurídica establecida para el caso de que la parte a quien se ordena la exhibición de un documento no cumpla con este deber jurídico, que el solicitante de la exhibición consigne una copia de la cual se evidencie el texto del documento, o en su defecto, afirme de manera concreta los datos que presuntamente contenga éste, y que eventualmente serán tenidos como

ciertos frente al incumplimiento de la parte contraria. Ratificación del criterio de la SCS del STJ, de fecha 7 de octubre de 2004, en cuanto a la exhibición del libro de horas extras.³⁶

(...) Respecto a la exhibición de documentos, el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece: (...)

Del texto normativo citado, se desprende que para solicitar la exhibición de documentos que se encuentren en poder de la contraparte, el promovente de la misma debe acompañar una copia del documento o –en defecto de ésta– señalar los datos que conozca sobre el contenido del mismo, además de lo cual debe aportar un medio de prueba que permita formar la convicción de que tal documento se halla o se ha hallado en poder del adversario.

Tal como lo señala el recurrente, el último de los requisitos señalados –aportar un medio de prueba que constituya una presunción grave de la posesión del documento por la parte contraria– no tiene que ser satisfecho cuando se trate de documentos que por mandato legal deba llevar el empleador; no obstante, para que pueda operar la consecuencia jurídica establecida en el segundo aparte del artículo comentado –según el cual se tendrá como cierto el texto de la copia presentada, o en su defecto, los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento cuya exhibición se pide–, es indispensable que la parte solicitante de la exhibición haya cumplido con la carga de presentar una copia de la que pueda extraerse el contenido del documento, o en su defecto, afirme los datos que presuntamente figuran en su texto, y que han de tenerse como ciertos en caso de no ser entregado el instrumento original por la parte a quien se ordena su exhibición, ya que en caso contrario, no podrá el juzgador suplir esta deficiencia en la promoción de la prueba, atribuyéndole al documento presuntamente en posesión de la contraparte un determinado contenido que no fue alegado por el interesado.

En síntesis, se puede afirmar que de conformidad con el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es requisito indispensable para que proceda la consecuencia jurídica establecida por esta norma para el caso de que la parte a quien se ordena la exhibición no cumpla con este deber jurídico, que el solicitante de la exhibición consigne una copia de la cual se evidencie el texto del documento, o en su defecto, afirme de

³⁶ N° 0693 de 06-04-06, Recurso de Casación, ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, Caso: *Pedro Miguel Herrera Hernández contra Transporte Vigal C.A.*

manera concreta los datos que presuntamente contenga éste, y que eventualmente serán tenidos como ciertos frente al incumplimiento de la parte contraria. Esta exigencia debe cumplirse, aun en los casos que la propia norma exime de la carga de suministrar pruebas que permitan llegar a una presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder del adversario, como es el supuesto de ciertos documentos que deben ser llevados por el patrono, por disposición de la ley.

En este sentido, ya esta Sala de Casación Social en sentencia N° 1149 del 7 de octubre de 2004, expresó estas consideraciones:

Los artículos 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 436 del Código de Procedimiento Civil establecen los requisitos para la promoción de la prueba de exhibición y como consecuencia jurídica ordenan considerar ciertos los datos afirmados por el promovente, si el obligado no exhibiere los documentos solicitados.

En el caso concreto, el obligado no exhibió los documentos solicitados que por mandato legal debe llevar; sin embargo, al aplicar los artículos mencionados, el juez se vio imposibilitado de declarar cierto el contenido del libro de registro de horas extras porque la solicitud no suministró la información necesaria para el cálculo de las horas extras y sólo indica los períodos sobre los cuales versará la prueba, razón por la cual, no incurrió en falsa aplicación del artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, ni en falta de aplicación del artículo 436 del Código de Procedimiento Civil.

3.5 INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

La LOPT prevé como causal de interrupción del lapso de prescripción, el que se intente una reclamación por ante una autoridad administrativa del Trabajo, siempre que se notifique al reclamado antes de la expiración del lapso de prescripción o dentro de los dos meses siguientes, sin que resulte importante a los efectos de tal interrupción de la prescripción, la identidad del objeto de ese reclamo con el de la demanda intentada con posterioridad.³⁷

³⁷ N° 0695 de 06-04-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Luis Roberto Álvarez y otros contra Refinadora de Maíz Venezolano C.A. (Remavencia)*.

(...) Ahora bien, el artículo 64 de la Ley Orgánica del Trabajo contiene las causas taxativas de interrupción de la prescripción, al disponer: (...)

Dicho precepto legal consagra varias causas de interrupción del lapso de prescripción. El efecto de esta interrupción consiste en retrotraer las cosas a la misma situación en que se encontraban antes de haberla principiado, en el sentido de que el tiempo transcurrido de nada vale y debe comenzarse a computar de nuevo. Es decir, que una vez interrumpido el lapso de prescripción a los fines del ejercicio de la acción, éste comienza a computarse nuevamente a partir del día siguiente al que ocurrió el hecho que la causó.

El citado artículo 64 de la Ley Orgánica del Trabajo, entre otras causas, prevé la interrupción del lapso de prescripción en los casos que se intente una reclamación por ante una autoridad administrativa del Trabajo, siempre que se notifique al reclamado antes de la expiración del lapso de prescripción o dentro de los dos meses siguientes.

Al establecer el artículo referido como causa de interrupción de la prescripción, la interposición de una reclamación por ante una autoridad administrativa del Trabajo, no contempla la norma referida la exigencia de que el objeto del reclamo y el de la posterior acción judicial sean idénticos, sino que adicionalmente a la formulación del reclamo sólo exige la notificación del reclamado antes de la expiración del lapso de prescripción o dentro de los dos meses siguientes, puesto que la trascendencia de tal acto no está circunscrita a lo que se está reclamando, sino a que el mismo pone de manifiesto el interés del trabajador de no abandonar su derecho.

La interposición del reclamo ante la autoridad administrativa del Trabajo, además de que pone de manifiesto la voluntad del acreedor de no renunciar a su derecho, constituye en mora al patrono deudor de cumplir su obligación, sin que resulte importante a los efectos de la interrupción de la prescripción la identidad del objeto de ese reclamo con el de la demanda intentada con posterioridad.

Lo peticionado mediante demanda judicial puede, y generalmente, es más amplio que lo que se reclamó ante la autoridad administrativa, pues requiere de una asesoría técnica más idónea, por lo que ello no obsta para considerar interrumpida la prescripción por este acto ante la administración, siempre que sea notificado tempestivamente del mismo el deudor, pues con ello se cumplió con la finalidad de todo acto interruptivo.

vo de la prescripción, a saber, la manifestación al deudor del deseo por parte del acreedor de que sus derechos sean satisfechos.

Como consecuencia de lo expuesto, debe concluirse que al literal c) del artículo 64 de la Ley Orgánica del Trabajo, no puede atribuirse otro sentido que no sea que se interrumpe el lapso de prescripción al constituir en mora al patrono del cumplimiento de la obligación, mediante la notificación, en tiempo oportuno, del reclamo interpuesto ante la autoridad administrativa del Trabajo, de manera que al haber concluido el juzgador de alzada que se había interrumpido válidamente el lapso de prescripción de la acción intentada mediante la reclamación administrativa, aun cuando el objeto de la misma no estaba integrado por pedimentos referidos exactamente a los mismos conceptos contenidos en la demanda judicial, interpretó a cabalidad el precepto legal analizado.

3.6 TRANSACCIÓN LABORAL - COSA JUZGADA

Si al decidir un juicio por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos derivados de la relación de trabajo, el juez encuentra que se ha alegado y probado la celebración de una transacción ante la Inspectoría del Trabajo y que la misma ha sido debidamente homologada, lo que debe hacer es determinar si todos los conceptos demandados se encuentran comprendidos en la transacción celebrada, pues sólo a éstos alcanza el efecto de cosa juzgada, atendiendo no sólo lo referente a los conceptos cancelados, sino también a las declaraciones del trabajador.³⁸

(...) Respecto a la oposición de la cosa juzgada, ha sido criterio reiterado de la Sala recientemente ratificado en sentencia N° 260 de fecha 24 de marzo de 2004 que cuando, al decidir un juicio por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos derivados de la relación de trabajo, el juez encuentra que se ha alegado y probado la celebración de una transacción ante la Inspectoría del Trabajo y que la misma ha sido debidamente homologada, lo que debe hacer es determinar si todos los conceptos demandados se encuentran comprendidos en la transacción celebrada, pues sólo a éstos alcanza el efecto de cosa juzgada.

En el caso concreto, la Sala aprecia que el Tribunal de alzada examinó como punto previo la transacción suscrita por el demandante ciudadano

³⁸ N° 0698 de 20-04-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, Caso: *Freddy Rafael Cova contra Panamco de Venezuela S.A., hoy Coca-Cola Femsa S.A.*

Freddy Rafael Cova y Panamco de Venezuela, S.A. homologada por el Inspector del Trabajo el 18 de septiembre de 1997 sólo en lo referente a los conceptos cancelados y no a las declaraciones del trabajador y encontró que no todos los conceptos demandados se encontraban comprendidos en la transacción celebrada, pues sólo a éstos alcanza el efecto de cosa juzgada, de la cual está investida la transacción homologada por el Inspector del Trabajo, por lo que constituye ley entre las partes en los límites de lo acordado y es vinculante en todo proceso futuro (cosa juzgada material), en conformidad con el artículo 3º, Parágrafo Único, de la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual declaró parcialmente con lugar la demanda.

En la demanda el trabajador reclama el pago de horas extras, preaviso, antigüedad, vacaciones, vacaciones de los últimos siete (7) años, vacaciones fraccionadas, bono vacacional, bono vacacional de los últimos siete (7) años, bono vacacional fraccionado, utilidades, utilidades de los últimos siete (7) años, utilidades fraccionadas, salarios retenidos, intereses sobre prestaciones sociales, daño material y moral.

En la transacción celebrada, el trabajador declara expresamente que fue un empleado de dirección, que la empresa nada le debe por Bono Ejecutivo Anual, diferencia en antigüedad y preaviso, ni por diferencia en intereses de antigüedad; adicionalmente admite que el salario base de cálculo para la antigüedad y las indemnizaciones es el correcto, que durante la relación laboral con la empresa recibió todos sus salarios y contraprestaciones periódicas, los pagos correspondientes a sus intereses sobre prestaciones sociales y a sus utilidades, disfrutó todas sus vacaciones anuales remuneradas, recibió sus bonificaciones anuales especiales y jamás laboró días domingos o feriados, ni horas extras diurnas ni nocturnas, habida cuenta de su condición de empleado de dirección y de confianza, lo cual no fue analizado por el Juez incurriendo en un examen parcial de esta prueba documental.

Si el Juez hubiera examinado completamente la transacción homologada por el Inspector del Trabajo para decidir la defensa opuesta de efecto de cosa juzgada de la transacción consignada, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo y los artículos 9º y 10 de su Reglamento, habría constatado que todos los conceptos reclamados en la demanda estaban contenidos en la transacción y por tanto es procedente la oposición de cosa juzgada respecto a todos los conceptos laborales reclamados, exceptuando el daño material y moral (...).

3.7 TRABAJADORES TEMPOREROS

De acuerdo con el ordenamiento jurídico venezolano, el tiempo que transcurre entre una temporada y otra en el caso de los trabajadores temporeros, no debe entenderse como períodos en que ocurre una suspensión de la relación de trabajo, por cuanto las causales de suspensión del vínculo laboral están previstas de forma taxativa en la LOT, sino que por el contrario, su situación se asimila a la de los trabajadores contratos por tiempo determinado. Por tanto debe considerarse que no se trata de una sola relación laboral sino de varias que inician y terminan cada temporada.³⁹

(...) Respecto a la conceptualización del trabajador temporero, el artículo 114 de la Ley Orgánica del Trabajo, ofrece una definición general, según la cual se trata de aquellos que prestan servicios en determinadas épocas del año y en jornadas continuas e ininterrumpidas, por lapsos que demarcan la labor que deben realizar, con lo cual reproduce la definición contenida en el derogado Reglamento de la Ley contra Despidos Injustificados. Asimismo, aunque referido al ámbito de los trabajadores rurales, el artículo 316, literal b) de la ley sustantiva laboral prevé como una de las categorías en que éstos se clasifican, la de trabajadores temporeros, entendiendo por tales, aquellos que prestan sus servicios por lapsos que demarcan la labor que deban realizar, ya sea la cosecha, la limpia del fundo, u otra actividad semejante, de modo que acoge lo que establece el Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973, que a su vez se fundamentó en el Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en la Cría, de 1945.

Por su parte, la doctrina extranjera señala que el trabajo de temporada es el que se cumple en determinados períodos del año, previstos anticipadamente, de acuerdo con la influencia y necesidades que respecto a la producción tienen las diversas estaciones anuales (*Cf. Guillermo Cabanellas: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T. VIII, 21^a edición. Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1989, p. 140). En consecuencia, este tipo de trabajo se caracteriza porque el servicio sólo es prestado en ciertas estaciones o temporadas, en determinadas épocas del año que se repiten, cíclicamente.

³⁹ N° 0699 de 24-04-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, Caso: *Felipe Manuel Darriúz Ceballos contra Fumigaciones Agrícolas S.A. (Fumiagri S.A.)*.

En el presente caso, constituyen hechos no controvertidos la tarea ejercida por el demandante y la temporada en que ésta era realizada: el ciudadano Felipe Manuel Darruiz Ceballos se desempeñaba como piloto de avión de fumigación agrícola para la sociedad mercantil Fumigaciones Agrícolas, S.A., durante el período de invierno o de lluvias de cada año. Por lo tanto, los caracteres de la prestación del servicio se corresponden con la categoría de trabajador temporero, toda vez que la tarea en cuestión debía desplegarse periódicamente, en una determinada época del año, durante jornadas continuas e ininterrumpidas; específicamente, el período de la prestación del servicio de fumigación en el área de sembradíos agrícolas dependía de las condiciones climáticas, coincidiendo con los típicos trabajos reconocidos por la doctrina y la legislación como de temporada, es decir, los desplegados en la agricultura, vinculados con el curso de las estaciones.

Determinado lo anterior, la Sala observa que la resolución de este caso exige el establecimiento de la fecha en que debe comenzar a computarse el lapso de prescripción para reclamar los derechos derivados de tal prestación de servicios.

Al respecto, el actor aduce que fue despedido en fecha 02 de junio de 2003 –inicio de la temporada de ese año–, cuando el ciudadano Pedro Solano Perdomo, le informó en su condición de Director Administrativo de la empresa accionada, que no se requería de sus servicios. Por su parte, la demandada alega, que como el trabajador realizaba su labor durante un tiempo que no excedía los seis (6) meses al año, “*la relación laboral terminaba cada año, al culminar las labores de fumigación de los rubros de Maíz y Sorgo, estableciéndose, una nueva relación laboral en condiciones distintas a las ya culminadas, para cada período de lluvias*”; asimismo, afirma que el demandante realizó los últimos vuelos de fumigación en el mes de noviembre de 2002, los cuales fueron cancelados en diciembre de ese mismo año, “*terminando así en este mes, sus servicios para nuestra representada por el período de lluvias correspondiente al año 2002 (...)*”.

Los hechos descritos, así como la posición que frente a ellos asume cada parte, reflejan la problemática reconocida por la doctrina, con relación a lo que sucede al finalizar cada temporada: si las obligaciones de las partes expiran o si, por el contrario, subsiste la obligación del patrón de retomar al trabajador en la temporada siguiente.

Al particular, Cabanellas considera que debe presumirse que el vínculo subsiste al terminar una temporada y que reaparece al iniciarse la siguiente; de tal manera, que fuera de la temporada en que el trabajador presta sus servicios “*la relación jurídica permanece latente, para readquirir vigencia apenas se repitan las circunstancias que la originaron (...). Al finalizar la temporada, el contrato se paraliza o se aletarga; pero subsiste, por la obligación de reanudarlo en la estación siguiente*” (*Op. Cit.*, p. 140). Ello equivale a considerar, que entre una temporada y otra, se produce la suspensión de la relación de trabajo, puesto que el laborante no estaría obligado a prestar sus servicios, ni el patrono a cancelar el salario respectivo.

Sin embargo, la tesis anterior no resulta admisible a la luz del ordenamiento jurídico patrio, por cuanto las causales de suspensión del vínculo laboral están previstas de forma taxativa, por los artículos 94 de la Ley Orgánica del Trabajo y 39 de su Reglamento, que contemplan el accidente o enfermedad profesional, la enfermedad no profesional, el servicio militar obligatorio, el descanso pre y postnatal, el conflicto colectivo, la detención preventiva, la licencia concedida para estudiar o para otros fines, los casos fortuitos o de fuerza mayor, y la medida disciplinaria adoptada por el empleador, estableciéndose adicionalmente el mutuo acuerdo de los sujetos de la relación, conteste con el principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Por lo tanto, entender que el vínculo laboral ha quedado en suspenso, pese a que no se haya verificado ninguna de las situaciones previstas en las citadas disposiciones, y a falta de acuerdo expreso y por escrito de las partes, contraría la legislación vigente.

El rechazo de la posición asumida por el citado autor argentino, implica sostener que al finalizar cada temporada, el vínculo laboral se extingue, con lo cual se establece una equiparación entre el trabajador temporero y aquél contratado por tiempo determinado. Conteste con lo anterior, en el trabajo de temporada las partes *ab initio* concretan un vínculo jurídico sometido a término extintivo, que puede ser cierto o incierto, cuya ocurrencia –conclusión del período correspondiente– extingue la relación jurídica. En la temporada venidera, quienes habían estado vinculados por una relación de trabajo –sin que lo estén para ese momento–, estarán en libertad de negociar las condiciones de trabajo del período que comienza, y en caso de llegar a un acuerdo, celebrarán un nuevo contrato laboral. (...)

Ahora bien, conteste con el criterio expuesto *supra*, para el 02 de junio de 2003, no existía relación alguna entre el ciudadano Felipe Manuel Darruiz Ceballos y la sociedad mercantil Fumigaciones Agrícolas, S.A., toda vez que el vínculo de naturaleza laboral que habían convenido, culminó al finalizar el período de lluvias, es decir, no se trataba de una sola relación laboral sino de varias que iniciaban y terminaban cada año; así, en cuanto a la relación establecida para la prestación del servicio durante la temporada de invierno de 2002, ésta se extinguió al finalizar dicha estación, es decir, al verificarse el término extintivo previsto contractualmente (...).

3.8 FLEXIBILIZACIÓN DE REQUISITOS EXIGIDOS PARA FORMALIZAR DEL RECURSO DE CASACIÓN

Ratificación del criterio de la SCS del TSJ de fecha 11 de agosto del año 2005, mediante el cual se limita el número de folios y líneas a utilizar en el escrito de formalización del Recurso de Casación, criterio este que había sido anulado por la SC del TSJ. A partir de la publicación del presente fallo se fijan parámetros a seguir en los casos de incumplimiento de la mencionada limitación, a los fines de atemperar tal criterio.⁴⁰

(...) Ahora bien, con relación al cumplimiento de los requisitos de técnica, la Sala Constitucional, concretamente, mediante un recurso de revisión anuló la sentencia emanada de esta Sala que limitaba la presentación de la formalización del recurso de casación a tres folios y sus vueltos, en razón de resultar un formalismo excesivo y tal criterio fue extendido, analógicamente, al caso de que el escrito excediera del número máximo de líneas por folio establecido en la sentencia *supra* transcrita, mediante fallo proferido por esta Sala en fecha 04 de marzo del año 2006 en el recurso de control de la legalidad signado con el número 05-1774, en el que se sostuvo lo siguiente: (...)

No obstante lo recientemente establecido, considera esta Sala de Casación Social que resulta realmente necesario limitar el número de líneas en los escritos ante ella presentados –sin que ello se trate de un mero formalismo– con la finalidad de evitar así el posible abuso por parte de los recurrentes, quienes frente al límite en la cantidad de folios impuestos por

⁴⁰ N° 0706 de 27-04-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Luis Adriana Faria contra Tucker Energy Services de Venezuela S.A.*

la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, podrían tratar de burlarlo, utilizando el mayor número de líneas posible, disminuyendo la separación entre ellas y usando tipos de letras que por su tamaño dificultan la lectura y el entendimiento de lo planteado por el formalizante, lo cual es contrario al espíritu de la norma, pues a través de ésta lo que se persigue es, por un lado, privilegiar la oralidad en este proceso y que lo escrito se refiera sólo a aquellos actos que la misma Ley considera que por seguridad jurídica se deben llevar en forma escrita y en el caso específico de la formalización del recurso de casación se requiere que el escrito sea lo más claro posible para un mejor entendimiento del mismo y esa claridad no viene dada por la extensión del escrito, sino por la posibilidad de plasmar en él en forma precisa y concreta los motivos que fundamentan el recurso y que luego serán oídos en la respectiva audiencia oral.

Tomando en consideración lo expuesto y a los fines de atemperar el criterio relacionado con la exigencia que limita el número de líneas por folio en la formulación del escrito de formalización del recurso de casación, cuya aplicación no es en ningún modo caprichosa, sino que resulta necesaria, para que así los recurrentes sean precisos y concretos en cada delación que formulen, y en acatamiento del principio constitucional contenido en el artículo 257 de la Carta Magna, que exige la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites, esta Sala ratifica el fallo de fecha 11 de agosto del año 2005 previamente citado, según el cual “...Para la formalización del recurso de casación se exigirá limitar la escritura plasmada en cada folio del escrito que la contenga a la misma cantidad de líneas contenidas en la hoja de papel sellado como lo exige el primer aparte del párrafo primero del artículo 31 de la Ley de Timbre Fiscal, reformada parcialmente según Decreto N° 363 publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela, Extraordinario de fecha 22 de diciembre del año 1999, bajo el N° 5.416, el cual establece que “...se podrán imprimir treinta (30) líneas horizontales para la escritura..., numeradas en ambos extremos del 1 al 30 en el reverso (sic) de la hoja, treinta y cuatro (34) líneas horizontales para la escritura..., numeradas en ambos extremos del 31 al 64”.

Ratificado lo anterior, esta Sala –en procura de la seguridad jurídica de las partes– a partir de la publicación de este fallo, procederá a revisar el cumplimiento de este requisito, y para garantizar el derecho a la defensa de las mismas, fijará en consecuencia los parámetros a seguir en los casos de incumplimiento del mencionado requisito, en los siguientes términos:

1. Consignado en la Secretaría el escrito de formalización y si se constata el incumplimiento del requisito mencionado, se le concederá a la parte recurrente, por auto expreso del Juzgado de sustanciación, un lapso de cinco (5) días de despacho, a los fines de que subsane dicho defecto;
2. El referido lapso para subsanar el exceso de líneas contenidas en cada folio, correrá paralelamente a los demás lapsos de tramitación del recurso de casación, entre ellos el de impugnación, sin suspenderlos en ningún caso;
3. Deberán formularse las denuncias en el mismo sentido que en el escrito primigenio, sólo que ajustándose a los límites de espacio señalados, es decir, sin agregar nuevas delaciones para no menoscabar el principio de igualdad procesal del impugnante, quien gozará del lapso íntegro que le otorga la Ley para exponer las razones por las que rechaza el contenido de la formalización.
4. En los casos de los expedientes cuyos escritos de formalización ya fueron consignados con anterioridad a esta decisión y presentan tales deficiencias y no se les ha fijado la audiencia respectiva, esta Sala, a los fines de garantizar la igualdad de todos los recurrentes, a través del Juzgado de sustanciación, mediante auto procederá a fijar a la parte formalizante el lapso de cinco (5) días de despacho siguientes a su publicación, a los fines de que el formalizante pueda subsanar dichas fallas.
5. El referido auto será consignado en el expediente y fijado en la cartelera de la Secretaría de esta Sala de Casación Social, a los fines de su publicidad.
6. En los casos en que ya estuviera fijada la oportunidad de la celebración de la audiencia oral y de percibirse la Sala el incumplimiento de dicho requisito, el mismo día de la audiencia, antes de su celebración, se le concederá a la parte recurrente, por auto expreso del Juzgado de sustanciación, un lapso de cinco (5) días de despacho, a los fines de que subsane dicho defecto, ello a los fines de garantizar el derecho a la defensa e igualdad de las partes. En consecuencia, se suspenderá la realización de la audiencia. Se advierte en esta sentencia que una vez transcurrido dicho lapso, de verificar la subsanación, será fijada una nueva fecha para la celebración de la audiencia por

los medios que esta Sala utiliza actualmente para ello, como lo son: la consignación en el expediente del auto donde se fija el día y hora para la celebración de la audiencia respectiva y la fijación de dicho auto en la cartelera de la Secretaría de esta Sala de Casación Social.

7. Se advierte en este fallo que en cualquiera de los casos antes indicados, de no subsanarse dicho error, será declarado perecido el recurso de casación respectivo.

8. Por último, es necesario indicar que se hace extensible el cumplimiento del requisito aquí referido a los escritos de contestación a la formalización (impugnación), no sin antes señalar que su incumplimiento de ningún modo acarrearía el otorgamiento del lapso que para los escritos de formalización esta Sala fija en esta sentencia a los efectos de su subsanación, todo ello en razón de que la consecuencia de perecimiento del recurso de casación sólo es aplicable por deficiencias técnicas o falta de presentación oportuna del escrito de formalización (...).

4. MAYO⁴¹

4.1 LAPSO DE PRESCRIPCIÓN EN MATERIA LABORAL

En el proceso laboral, una vez que la causa haya sido declarada perimida es cuando comienza a correr el nuevo lapso de prescripción y se puede volver a intentar la acción, a menos que ésta se encuentre prescrita. La prescripción no puede correr durante la pendencia del proceso y habrá quedado válidamente interrumpida con la citación judicial verificada en el curso del mismo.⁴²

(...) el sistema procesal establecido en la nueva ley impone al juzgador orientar su actuación en un principio de equidad (artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), y a no perder de vista la irrenunciabilidad de los derechos y beneficios que la legislación laboral acuerda a los trabajadores (artículo 5 *eiusdem*), por lo que consagra algunas disposi-

⁴¹ Con la colaboración de los abogados María Alejandra Cardozo Fernández, Karla Karen Urdaneta Nava, José Ernesto Hernández Bizot y la Bachillera María Isabel Cadenas.

⁴² N° 0779 de 03-05-06, Recurso de Casación, ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, Caso: *José Rafael Rodríguez Bermúdez contra PDVSA Petróleo S.A.*

ciones que modifican el régimen ordinario que tienen ciertas instituciones procesales. Específicamente, puede observarse que en materia de perención, la regla consagrada en el Código Civil (artículo 1.972), y en el Código de Procedimiento Civil (artículos 267 y siguientes), traen como consecuencia que la extinción de la instancia impide los efectos de la citación del accionado para interrumpir la prescripción, y por tanto, si el demandante quisiera reclamar su derecho en un proceso futuro, el tiempo transcurrido bajo la pendencia del juicio extinguido, debe computarse al tiempo de prescripción.

Sin embargo, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en aras de preservar la irrenunciabilidad de los derechos laborales, ha consagrado un régimen distinto al de Derecho común, estableciendo en su artículo 203 que la perención no impide que se vuelva a proponer la demanda –al igual que ocurre en el proceso civil–, y que además, los lapsos de prescripción no corren durante la pendencia del proceso, excluyendo expresamente la consecuencia jurídica establecida en el artículo 1.972 del Código Civil (Sentencia N° 199 del 7 de febrero de 2006, caso: *Luis Alfonso Valero Jerez*).

Del criterio señalado *supra*, aplicado por analogía al caso de autos y de la interpretación extensiva del artículo 203 de la ley adjetiva laboral, se colige que el lapso de prescripción no podía correr durante la pendencia del proceso y habría quedado válidamente interrumpida con la citación judicial verificada en el curso del mismo. Por consiguiente el nuevo cálculo para la prescripción de la acción debía efectuarse a partir de la sentencia que declaró extinguido el proceso (...).

4.2 CORRECCIÓN MONETARIA

La corrección monetaria en materia laboral se calcula desde la notificación de la demanda hasta la fecha en la cual serán pagados estos conceptos, excluyendo del mismo, el lapso en el que el proceso se encontraba suspendido por acuerdo entre las partes o haya estado paralizado por motivos no imputables a ellas, es decir, caso fortuito o fuerza mayor.⁴³

⁴³ N° 0782 de 04-0-506, Recurso de Casación y Control de Legalidad, ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, Caso: *Luis Alberto Camacho Paredes contra Recuperaciones Venamérica C.A. (RVA C.A.)*.

(...) De acuerdo a la prestación de antigüedad prevista en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, “(...) se condena a la parte demandada a su pago a la parte actora, cuyo monto se determinará mediante experticia complementaria de fallo, la cual debe practicar considerando: 1º) Será realizada por un único perito designado por el Tribunal si las partes no lo pudiesen acordar; 2º) El perito, para calcular los intereses de la antigüedad, considerará las tasas de interés fijadas por el Banco Central de Venezuela desde el 11 de enero de 1999 hasta el 31 de octubre de 2001, fecha en que terminó la relación laboral; y, 3º A los fines del cálculo de la indexación de los conceptos laborales del trabajador (vacaciones, bono vacacional, utilidades y comisiones de octubre 2001) y de la antigüedad calculada mediante experticia complementaria del fallo, el perito ajustará su dictamen a los índices de precios al consumidor para el Área Metropolitana de Caracas, conforme a los respectivos boletines emitidos por el Banco Central de Venezuela, desde la notificación de la demanda hasta la fecha en la cual serán pagados estos conceptos, excluyendo del mismo, el lapso en el que el proceso se encontraba suspendido por acuerdo entre las partes o haya estado paralizado por motivos no imputables a ellas, es decir, caso fortuito o fuerza mayor como vacaciones judiciales o huelgas tribunalicias (...).

4.3 INDEMNAZIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO

Las indemnizaciones derivadas por el acaecimiento de un accidente de trabajo se encuentran previstas en la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley del Seguro Social Obligatorio, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo y el Código Civil, procediendo algunas de ellas por responsabilidad objetiva del patrono, es decir, sin necesidad de demostrar que hubo culpa por parte del patrono en tales hechos.⁴⁴

(...) en cuanto a las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, esta Sala de Casación Social ha sostenido reiteradamente –como se expuso precedentemente– que se encuentran contempladas en cuatro textos legislativos distintos, a saber: La Ley Orgánica del Trabajo, la Ley del Seguro Social Obligatorio, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, siendo la aplicable al presente caso la publicada en fecha 18 de julio de 1986, actualmente derogada, y el Código Civil.

⁴⁴ N° 0785 de 04-05-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Jhoan Parra Palacios contra Industria Azucarera Santa Clara C.A.*

Las disposiciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo en relación con las indemnizaciones por accidente de trabajo están contenidas en el Título VIII del citado texto legislativo, “De los infortunios en el trabajo”, y están signadas por el régimen de la responsabilidad objetiva del empleador, contemplada en el artículo 560 *eiusdem*, según el cual el patrono debe responder e indemnizar al trabajador por los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, provengan del servicio mismo o con ocasión de él, aunque no haya imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos por parte de la empresa o de los trabajadores. La propia Ley Orgánica del Trabajo, establece el monto de las indemnizaciones que por concepto de incapacidad debe recibir el trabajador o sus familiares en caso de muerte de aquél.

De manera que, según las previsiones del artículo 560 de la Ley Orgánica del Trabajo, y siempre que no concurre alguna de las circunstancias eximentes previstas en el artículo 563 *eiusdem*, el patrono responderá ante la mera ocurrencia del accidente de trabajo o del padecimiento de la enfermedad profesional, sin que fueren relevantes las condiciones en que se haya producido el mismo.

En cuanto a la indemnización por lucro cesante, esta Sala observa que es requisito de procedencia de este tipo de reclamos, la demostración de que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional fue producto de un hecho ilícito y siendo que tal circunstancia no quedó demostrada, se debe declarar la improcedencia de la indemnización que por lucro cesante se reclama.

Finalmente, debe acotar la Sala que el trabajador que sufre de una enfermedad profesional puede reclamar la indemnización por daño moral y en aplicación de la “teoría del riesgo profesional”, la responsabilidad patronal de reparar dicho daño es objetiva, es decir, debe ser reparado por el patrono aunque no haya habido culpa en la ocurrencia del infortunio de trabajo. Indemnización que en este caso se considera procedente y cuyo monto será estimado luego de la ponderación de las siguientes circunstancias:

La entidad del daño sufrido. Del análisis de las pruebas quedó establecido que el demandante padece una incapacidad parcial y permanente, la cual le impide desempeñarse en las labores que venía realizando antes de la ocurrencia del accidente de trabajo, puesto que no debe exponerse a vapores, sustancias químicas, ni calor, en virtud de las quemaduras sufridas, lo que altera sustancialmente su forma de vida.

La importancia tanto del daño físico como del daño psíquico. En cuanto al daño físico se observa que sufrió severas quemaduras en un gran porcentaje de su cuerpo, las cuales le ocasionaron secuelas tanto funcionales como estéticas, que traen como consecuencia un menoscabo espiritual por la alteración de su vida normal desde el punto de vista laboral y social, puesto que está afectado por grandes cicatrices, lo que incide en todas las áreas de su vida.

La condición socioeconómica del trabajador y su grado de educación y cultura. Se evidencia de las actas del expediente que se desempeñaba en calidad de obrero, siendo su nivel de instrucción básico, con una familia que mantener.

Grado de participación de la víctima. Se considera que no hay ningún indicio de autos que indique participación del demandante en la ocurrencia del accidente de trabajo.

Grado de culpabilidad de la accionada. En el presente caso debe concluirse que no quedó demostrada la responsabilidad directa e inmediata del patrono en la ocurrencia del accidente.

Las posibles atenuantes a favor de la empresa demandada. Consta en autos que ésta asumió una serie de gastos médicos, realizados por el actor, reembolsándole a éste las erogaciones efectuadas, previa la presentación de las correspondientes facturas.

Ahora bien, esta Sala considera como retribución satisfactoria para el accionante, con miras a todos los demás aspectos analizados, aunado al hecho de que todavía debe someterse a otros tratamientos médicos, acordar por equidad la indemnización por daño moral en la cantidad de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 150.000.000,00). Así se resuelve...

4.4 INCOMPARECENCIA A LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Cuando una de las partes no comparece en la Audiencia Preliminar se le excusa no sólo por un caso fortuito o fuerza mayor, sino por cualquier eventualidad del quehacer humano que siendo previsible e incluso evita-

ble, imponga una carga para cumplir con la obligación de asistencia. Consideraciones generales.⁴⁵

(...) En este sentido, de acuerdo al artículo 177 de la Ley Procesal Laboral hay que adoptar el criterio jurisprudencial que establece la Sala con respecto a la incomparecencia del demandado, señalando: (...) Toda causa, hecho, obstáculo o circunstancia no imputable que limite o impida el cumplimiento de la obligación, debe necesariamente probarse. Tal condición limitativa o impedidiva debe resultar de orden práctico.

Asimismo, tal imposibilidad plena en ejecutar la obligación necesariamente debe instaurarse como sobrevenida, es decir, que se consolida o materializa con posterioridad a contraerse legítimamente la obligación.

De otra parte, la causa externa (no imputable) generadora del incumplimiento no puede resultar previsible, y aun desarrollándose en imprevisible, la misma debe ser inevitable, a saber, no subsanable por el obligado.

Igualmente y de manera conclusiva, debe especificarse que la causa del incumplimiento no puede responder a una actitud volitiva, consciente del obligado (dolo o intencionalidad).

Así, conforme a los lineamientos precedentes, e insertándolos al asunto en debate, esta Sala asume tal como lo estimará el Juez de la recurrida, que la causa motora para la incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar no constituye jurídicamente un eximente de la obligación de asistencia, pues, la misma entre otras cosas, aun siendo imprevisible resultaba evitable, máxime cuando la representación judicial de la demandada se formó de manera plural (se constituyeron como apoderados dos (2) profesionales del derecho).

Pues bien, consecuente con lo anterior esta Sala de Casación Social constata, el acaecimiento de un hecho que constituyó una eventualidad del quehacer humano, que siendo aun previsible e incluso evitable, le impuso al obligado (demandado) una carga compleja que escapó de las previsiones ordinarias de un buen padre de familia, constituyendo tal hecho una situación o causa extraña que llevó a que el accionado incumpliera, de manera involuntaria, en su obligación de comparecer en tiempo oportuno a la audiencia de apelación (...).

⁴⁵ N° 0786 de 08-05-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *César Arturo Flames Guevara contra Panamco de Venezuela S.A.*

4.5 CARGA DE LA PRUEBA EN CASO DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

El trabajador accionante tiene la carga de aportar las pruebas que demuestren la existencia de una relación de causalidad entre la patología que padece y la prestación de servicios derivada de la relación de trabajo, aun en los casos que se invoque la responsabilidad objetiva del patrono.⁴⁶

(...) La Sala reitera la doctrina jurisprudencial establecida en materia de enfermedades profesionales, según la cual, es imprescindible que el trabajador accionante aporte las pruebas necesarias para demostrar la existencia de una relación de causalidad entre la patología que padece y la prestación de servicios realizada en ejecución de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, ya que en defecto de elementos de convicción que permitan establecer este hecho, no puede imputarse el daño sufrido por el actor a la parte patronal –aun en los casos en que se invoque la responsabilidad objetiva del empleador-. Asimismo, se observa que es a los jueces de instancia a quienes corresponde el establecimiento de los hechos que forman parte del debate judicial, y están facultados para apreciarlos soberanamente (...).

4.6 INHERENCIA Y CONEXIDAD

La Ley Orgánica del Trabajo establece dos supuestos de presunción de inherencia y/o conexidad entre la actividad del contratista y la del beneficiario de la obra. Requisitos de procedencia de tales presunciones de acuerdo con la doctrina patria.⁴⁷

(...) se desprenden dos presunciones establecidas por el legislador para determinar la inherencia o conexidad de las actividades: a) las obras o servicios realizados mediante contratos para empresas mineras o hidrocarburos, se presumirán inherentes o conexas con la actividad del beneficiario; b) cuando el contratista realice habitualmente obras o servicios para una empresa en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexa con la de la empresa que se beneficie con ella.

⁴⁶ N° 0840 de 11-05-06, Recurso de Casación, ponencia de la Magistrada Carmen Elviga Porras de Roa, Caso: *Antonio María Rondón contra Multiservicios del Sur C.A.*

⁴⁷ N° 0864 de 18-05-06, Recurso de Casación, ponencia de la Magistrada Carmen Elviga Porras de Roa, Caso: *José Antonio Villegas contra C.A. Cervecería Nacional.*

Es de referir, que dichas presunciones tiene carácter relativo, por tanto, admiten prueba en contrario; de allí, que el criterio de la doctrina patria para que la presunción se materialice señala que debe coexistir la permanencia o continuidad del contratista en la realización de obras para el contratante, la concurrencia de trabajadores del contratista junto con los del contratante en la ejecución del trabajo, y ser la fuente de lucro en un volumen tal que representen efectivamente el mayor monto de los ingresos globales.

De lo anterior, se puede colegir que las obras realizadas por el contratista son inherentes a la actividad desarrollada por el contratante cuando constituyan, de manera permanente, una fase indispensable del proceso productivo desarrollado por éste, de tal manera que sin su realización no sería posible lograr el resultado propio de su objeto económico (...).

4.7 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONVENCIOS COLECTIVAS - REQUISITOS

Para que las Convenciones Colectivas tengan validez, deben necesariamente suscribirse y depositarse la Inspectoría del Trabajo, en caso contrario no surten efecto legal alguno. Naturaleza jurídica.⁴⁸

(...) Respecto al carácter jurídico de las convenciones colectivas, la Sala aclaró en sentencia Nº 535 de 2003, que si bien es cierto que la convención colectiva tiene su origen en un acuerdo de voluntades, también es cierto que una vez alcanzado el mismo debe necesariamente suscribirse y depositarse ante un órgano con competencia pública, concretamente ante el Inspector del Trabajo, quien no sólo puede formular las observaciones y recomendaciones que considere menester, sino que debe suscribir y depositar la convención colectiva sin lo cual ésta no surte efecto legal alguno. Estos especiales requisitos, le dan a la convención colectiva de trabajo un carácter jurídico distinto al resto de los contratos y permite asimilarla a un acto normativo que debido a los requisitos que deben confluir para su formación y vigencia, debe considerarse derecho y no simples hechos sujetos a las reglas generales de la carga de alegación y prueba que rigen para el resto de los hechos aducidos por las partes en juicio (...).

⁴⁸ Nº 0867 de 18-05-06, Recurso de Control de Legalidad, ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, Caso: *Henis Arturo Quiroz Pérez contra Zaramella & Paván Construction Company S.A. Z&P Construction Co. S.A.*

5. JUNIO⁴⁹

5.1 RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES

Es de fundamental importancia demostrar la relación de causalidad entre la enfermedad alegada y el trabajo prestado, correspondiendo al trabajador la carga de la prueba de la misma, aun cuando hubiese demostrado la existencia de una enfermedad. Forma de determinación de la responsabilidad patronal (ratifica doctrina Sentencia N° 505 de 17 de mayo de 2005).⁵⁰

(...) la doctrina ha señalado que la cuestión de la relación de causalidad adquiere fundamental importancia en el ámbito que nos ocupa, en el cual, obviando disquisiciones filosóficas acerca de los alcances que se deben atribuir a la conducta humana, es preciso determinar cuándo y en qué condiciones el patrono debe responder ante la lesión de que es víctima su empleado. La relación de causalidad, es pues una cuestión de orden físico material, más que jurídico, se trata de saber si un daño es consecuencia de un hecho anterior y para su estudio es necesario definir los conceptos de causa, concausa y condición (...).

A tal fin será preciso realizar un análisis de las circunstancias vinculadas con las condiciones y medio ambiente del trabajo, es decir, realizar un análisis de las tareas efectuadas por la víctima, en este sentido el trabajador deberá detallar en su libelo la tarea que ejecuta o ejecutaba y no limitarse a la mención tan común del oficio desempeñado; luego se analizarán los detalles y pruebas existentes en autos sobre el ambiente laboral y los elementos que el trabajador consideró pernicioso para su salud.

Una vez realizada dicha determinación, corresponde estudiar las circunstancias vinculadas con el trabajador, es decir, estudiar el diagnóstico de la enfermedad padecida, la cual obviamente sólo será posible con la ayuda del profesional médico; debe estudiarse además las condiciones personales del trabajador, edad, sexo, constitución anatómica, predisposición y otras enfermedades padecidas. Un punto a no olvidar en

⁴⁹ Con la colaboración de los Abogados María Alejandra Cardozo Fernández, Karla Karen Urdaneta Nava y José Ernesto Hernández Bizot.

⁵⁰ N° 0886 de 01-06-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, Caso: *José Rafael García Boada contra Weatherford Latin America S.A.*

este rubro es el referido a la existencia o no de examen médico pre-ocupacional o pre-empleo, tales exámenes adquieren el carácter de obligación para el empleador y su inobservancia constituye un elemento o presunción en contra de éste.

En el caso de las enfermedades profesionales que se adquieran en forma gradual, el cambio de establecimiento o empleo del trabajador hace que muchas veces ingrese a las órdenes de un nuevo empleador con una enfermedad ya declarada, la que deberá hacerse constar en el legajo médico con la debida notificación al trabajador, guardando los requisitos médicos de confiabilidad que corresponda, y será la prueba que permitirá eximir al patrono de la responsabilidad de esa enfermedad, salvo que con posterioridad al ingreso haya habido agravamiento, siendo responsable, en este caso, en la medida del mismo. Cumplidos los presupuestos señalados, le resta al juez determinar la vinculación o nexo causal entre el trabajo, sus condiciones y la lesión incapacitante...

5.2 PRESCRIPCIÓN EN MATERIA LABORAL

Se ratifica el criterio de la Sala de Casación Social del TSJ sobre el lapso de un (1) año contado a partir de la terminación de la relación laboral para interponer las acciones derivadas de dicha relación, y las diferentes formas que establece el Código Civil para interrumpir este lapso. Para interrumpir la prescripción de las acciones laborales, basta que el trabajador realice, dentro del lapso previsto en la ley, un acto capaz de poner en mora al patrono.⁵¹

(...) Ahora bien, en cuanto a la prescripción de las acciones provenientes de la relación de trabajo, esta Sala de Casación Social estableció:

El artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo establece el lapso de un (1) año, contado a partir de la terminación de la relación de trabajo, como el lapso de prescripción de las acciones derivadas de la relación de trabajo.

⁵¹ N° 0897 de 02-06-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Ilse Zunilde Castellanos Flores contra C.A. Nacional Teléfonos de Venezuela*. Criterio ratificado N° 0376, de fecha 09-08-00. Ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, Caso: *José Gámez Romero y otros contra Vinilofilm, C.A. y otra*.

Este lapso de prescripción se interrumpe de las formas indicadas en el artículo 64 de la misma Ley Orgánica del Trabajo, las cuales son: (...)

Por su parte, el artículo 1.969 del Código Civil, establece que la prescripción se interrumpe mediante: (...)

De un análisis de las distintas formas de interrupción de la prescripción de los créditos laborales, tanto las previstas en la Ley Orgánica del Trabajo como las previstas en el Código Civil, se debe concluir que para interrumpir la prescripción de las acciones derivadas de la relación de trabajo basta que el trabajador realice, dentro del lapso previsto en la ley, un acto capaz de poner en mora al patrono, exigiéndole el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las leyes laborales. (Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 09 de agosto de 2000).

5.3 CARGA DE LA PRUEBA DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS

Naturaleza Jurídica de la convención colectiva desde la perspectiva probatoria. La sola alegación de la existencia de una convención colectiva, bastará para que el Juez pueda en cualquier estado y grado del proceso, valiéndose de los medios a su alcance, conseguir la convención colectiva aplicable.⁵²

(...) Ahora bien, cabe acotar que esta Sala de Casación Social en reiteradas oportunidades ha establecido que dado el carácter jurídico de fuente de derecho que tiene la convención colectiva de trabajo, permite incluirla dentro del principio general de la prueba judicial según el cual el derecho no es objeto de prueba, pues, se encuentra comprendido dentro de la presunción legal *iuris et de iure* establecida en el artículo 2º del Código Civil, y por tanto, las partes no tienen la carga de alegarlo ni probarlo, ni el juez el deber de examinar las pruebas que las partes hayan producido para la comprobación de su existencia. (Sentencia N° 4 de esta Sala de 23 de enero de 2003).

⁵² N° 0994 de 0-606-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, Caso: *Henry Figueroa Mendoza contra Expresos Mérida C.A.* Ratifica sentencias 0004 de 230103 y 0535 de 18-09-03, ponencias del Magistrado Juan Rafael Perdomo.

Además por el principio *iura novit curia*, el juez conoce el derecho, bastará con que la parte, aun sin tener la carga, alegue la existencia de la convención para que el juez pueda, en cualquier estado y grado del proceso, valiéndose de todos los medios a su alcance, conseguir dentro o fuera de juicio la convención colectiva aplicable (Sentencia N° 535 de esta Sala de 18 de setiembre de 2003).

5.4 PERCEPCIÓN NO SALARIAL DEL VEHÍCULO

La Sala concluye que el préstamo otorgado a un trabajador por su patrón con el propósito de adquirir un vehículo debe considerarse un subsidio y por ende de carácter no salarial.⁵³

“Para decidir, la Sala observa:

Quien recurre denuncia, que la recurrente infringió el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo por falta de aplicación, cuando estableció que el valor del vehículo adquirido por el trabajador no formaba parte del salario.

En este sentido, continúa aduciendo el formalizante que cuando la parte actora en su escrito libelar demandó el valor del vehículo como parte del salario, a los efectos del cálculo de las prestaciones sociales, fundamentó su petición en que dicho vehículo lo adquirió a través de un “*préstamo*” facilitado por la empresa, cuya forma de pago se haría a través de la prestación del servicio personal, es decir, no se trató de un préstamo dinerario otorgado por la empresa a sus trabajadores, como así lo alegó la parte demandada en la contestación, pues del respectivo convenio de “*préstamo*”, se aprecia que el mismo no iba a ser pagado por el trabajador en dinero, sino que se consideraba cancelado por el transcurso de 3 años de trabajo, o por un recorrido de 150.000 k.m., por lo que, a decir del recurrente, es un provecho o ventaja obtenido por la prestación del servicio, lo cual se ajusta a la definición legal del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Pues bien, se constata que aun y cuando se denuncia la infracción por falta de aplicación del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, de la fundamentación de la misma se desprende que lo realmente querido denunciar por el formalizante fue la infracción por errónea interpreta-

⁵³ N° 1005 de 08-06-00, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Gonzalo Fernández Tinoco contra Telcel C.A.*

ción del artículo citado, por consiguiente esta Sala pasa a conocer la presente delación bajo este supuesto de casación, es decir, por errónea interpretación del artículo 133 *eiusdem*.

Consecuente con lo anterior, es oportuno distinguir que esta Sala de Casación Social, con relación a la correcta interpretación del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en sentencia N° 263 del 24 de octubre del año 2001, en el caso *Francisco Pérez Avilés contra Hato La Vergareña, C.A.*, con ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz señaló lo siguiente:

Del texto transscrito, se aprecia que el juzgador de alzada consideró formando parte del salario a los fines del cálculo de ley correspondiente, el uso de un vehículo y de una vivienda otorgados al trabajador con ocasión de la prestación de sus servicios, de conformidad con la interpretación dada al artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, a una definición de salario integral propuesta por el Ministerio del Trabajo, que considera como tal a todos los conceptos enunciados en la Ley.

Así mismo, es criterio del sentenciador de la última instancia, que los beneficios de los cuales gozan los empleados para facilitar el cumplimiento de las funciones de trabajo, encuadran en los supuestos de la norma antes mencionada y, en consecuencia, tienen carácter salarial; en el caso concreto, a partir de los alegatos del actor y del análisis de las declaraciones de los testigos, estableció en cuanto al uso dado por el trabajador al vehículo para la movilización dentro de las instalaciones de la empresa a los fines del normal y buen cumplimiento de sus labores, que éste se traduce en un beneficio directo y por lo tanto susceptible de ser considerado salario.

Ahora bien, esta interpretación dada al artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo en cuanto a que los beneficios, ventajas o provechos obtenidos por el trabajador al estar destinados para la realización de su labor, forman parte del salario, resulta errada a la luz de los actuales criterios doctrinales y jurisprudenciales, ya que debe considerarse al salario como un medio remunerativo del trabajo; como una contraprestación al trabajo subordinado y, en consecuencia, no todas las cantidades, beneficios y conceptos que un patrono pague a un empleado durante la relación de trabajo, tendrá naturaleza salarial.

Resulta oportuno reiterar el concepto de salario, del cual el legislador hizo un revisión a partir de la reforma de los artículos 133, 134, 138 y 146 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, recogido por esta Sala en la decisión de fecha 10 de mayo de 2000 (caso: *Luis Rafael Scharbay Rodríguez contra Gaseosas Orientales, S.A.*),⁵⁴ al siguiente tenor:

Salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

Continúa expresando la referida decisión, lo expuesto a continuación:

Con esta revisión el legislador patrio rectifica la falta de técnica en la cual incurrió en 1990, pues confundía a ciertas modalidades para el cálculo del salario (unidad de tiempo, unidad de obra, por pieza o a destajo) con percepciones de eminente naturaleza salarial, y además elimina la frase “para los efectos legales” contenidos en la versión modificada, definiendo así el concepto de salario para todos los efectos. Asimismo, cuando la reforma considera salario a toda remuneración, provecho o ventaja, cualquiera que sea su método de cálculo, **siempre que pueda evaluarse en efectivo y que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio** y establece además que los subsidios o facilidades de iniciativa patronal para la obtención de bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia, también constituyen salario, concibe a éste en términos amplísimos (con las únicas exclusiones previstas en la norma en su parágrafo tercero) y aplica el principio de la primacía de la realidad cuando identifica como tal, **a toda remuneración provecho o ventaja percibida por la prestación del servicio**, independien-

⁵⁴ N° 106, ponencia del Magistrado Alberto Martini Urdaneta.

temente de la denominación que las partes puedan darle a la percepción, reiterando el contenido patrimonial del salario al precisar que éste debe ser, en todo caso, evaluable en efectivo. (Negrillas de la presente decisión) (...)

(...) Por su parte, esta misma Sala, en sentencia de fecha 22 de marzo de 2000, dejó establecido con relación a la correcta interpretación de la norma delatada, lo siguiente:

El dispositivo denunciado del artículo 133 de la reformada Ley Orgánica del Trabajo, contiene una amplia descripción de lo que debía de incluirse como salario, extendiéndose como allí se expresa, a cualquier ingreso, provecho o ventaja percibido como contraprestación a las labores realizadas por el trabajador, o “por causa de su labor”, como señala el sentenciador de la recurrida recogiendo la expresión legal; pero quien, no obstante esa declaración, a renglón seguido interpreta erróneamente que ello se refiere a que el beneficio o provecho respectivo, para conformar parte del salario, tendría que estar destinado exclusivamente para la realización de esa labor, **lo cual es erróneo**.

Por el contrario, de determinarse que el elemento alegado como beneficio, provecho o ventaja –en el caso del uso de un vehículo– sólo servirá, exclusivamente, para la realización de las labores, no podría catalogárselo como salario, porque **no sería algo percibido por el trabajador en su provecho, en su enriquecimiento, sino un instrumento de trabajo necesario para llevarlo a cabo**, como lo son todos los artefactos que se utilizan en los distintos tipos de faenas y que no pueden calificarse como integrantes del salario. Debe tratarse, pues, no de un elemento o instrumento “para” prestar el servicio, como entiende el fallo impugnado, sino de un beneficio cuantificable en dinero que se recibe “por” el hecho de prestar el servicio (...Negrillas de la presente decisión).

(...) De acuerdo con los criterios anteriormente transcritos y conforme a los hechos establecidos por la sentencia recurrida, observa la Sala que el concepto reclamado por el actor, no posee naturaleza salarial, pues, adolece de la intención retributiva del trabajo, es decir, como bienes cuya propiedad o goce le fueron cedidos por el empleador en contraprestación de sus servicios.

En el caso que nos ocupa, se observa, por haber quedado así demostrado la circunstancia cierta por haber quedado así demostrado de que el vehículo era propiedad exclusiva del trabajador, el cual fue adquirido a través de una política de préstamos otorgado por la compañía a sus trabajadores, es decir, no fue un bien cedido al trabajador por el hecho de prestar el servicio, sino un subsidio o ventaja solicitado por el trabajador y concedido a éste por la empresa a efectos de mejorar su calidad de vida y la de su familia, por lo que en ningún momento puede tener carácter salarial.

Por consiguiente, esta Sala de Casación Social comparte el criterio del juez de la recurrida cuando desestimó el pedimento del actor con relación a este punto, pues ciertamente hubo un préstamo para la adquisición de un vehículo por parte del actor, el cual hoy día es de su exclusiva propiedad, entendiéndose entonces que el mismo es un subsidio o facilidad no salarial otorgado por el patrono a su trabajador, apreciación que por demás viene sustentada en la doctrina de esta Sala respecto a la correcta interpretación del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Por consiguiente, se declara improcedente la denuncia. Así se decide”.

5.5 PERCEPCIÓN NO SALARIAL DE LOS SUBSIDIOS

La Sala establece el carácter de subsidio de los préstamos otorgados por el patrono para que el trabajador pudiese adquirir viviendas durante la relación de trabajo, pagando intereses inferiores a los del mercado. Por lo tanto la diferencia entre los intereses de mercado y los cobrados por el patrono no tienen carácter salarial.⁵⁵

“Sobre el particular alega el formalizante, lo siguiente:

La Alzada dice acoger criterio de la Sala respecto a la interpretación del artículo en referencia, para concluir en que tres préstamos dados por la empresa en el curso de la relación laboral, por haber sido titulados como préstamos para vivienda no son salario, porque “La adquisición de estas viviendas de su propiedad significan para el actor, así como para su familia la posibilidad de obtener bienes que le permiten mejorar su estándar de vida, obtener una mejor calidad de vida...”,

⁵⁵ *Idem.*

para concluir en que “...el subsidio proveniente de la diferencial tasa o tasa menor proveniente del préstamo para la adquisición de vivienda, que le otorgó su patrono no constituyen salario en los términos establecidos en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo”:

Establece el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en lo pertinente: (...)

(...) Ahora bien, la Sala, entre otras en sentencia N° 489 de fecha 30-07-2003,⁵⁶ citada por la recurrida, expresó:

(...) Al confrontar ambos preceptos se evidencia que entre ellos hay una antinomia, toda vez que si los subsidios son una ayuda de carácter familiar que complementa el salario, no pueden, a la vez ser salario, de donde se infiere que el Parágrafo Primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, debe ser interpretado en el sentido de que los subsidios o facilidades que el patrono otorga al trabajador con la finalidad de obtener bienes y servicios para mejorar su vida y la de su familia no son salario, pues sería ilógico y jurídicamente imposible que los subsidios y facilidades referidos sean, al mismo tiempo, salario y complemento del salario...

En la interpretación de la Sala es necesario discriminar los verdaderos subsidios, como lo sería la cesta tickets, o la ayuda para adquirir vivienda; de los provechos o ventajas que otorga el patrono como parte integrante de la remuneración, a fin de hacer más atractivo a los asalariados el empleo. Entender, como lo hace la recurrida, que la jurisprudencia de la Sala significa que cada vez que el patrono califique un préstamo como destinado a vivienda, éste constituye un subsidio, significa desnaturalizar la norma, la cual en su inicio califica como salario todo provecho o ventaja otorgado por la prestación del servicio. Por el contrario, es necesario examinar cada relación particular, para determinar si se trata de un subsidio o de una ventaja o provecho obtenido como contraprestación del trabajo.

(...)

⁵⁶ Ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, Caso: *Febe Briceño de Haddad contra Banco Mercantil, C.A. SACA*.

Para decidir, la Sala observa:

Quien recurre denuncia, que la recurrente infringió el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo por errónea aplicación cuando estableció el carácter no salarial del préstamo para vivienda otorgado por la empresa al trabajador actor.

Pues bien, bajo los mismos lineamientos de la delación anterior, compartimos el criterio acogido por la recurrente para desestimar este pedimento, pues los tres (3) préstamos para vivienda otorgados por la empresa al trabajador, constituyan un subsidio o facilidad no salarial que permitía mejorar la calidad de vida del trabajador y de su familia (...).

5.6 CRITERIOS SOBRE LA CUANTÍA PARA ACCEDER A CASACIÓN

Determinación de la cuantía (criterios) para acceder al recurso de Casación en atención a la fecha de interposición de la demanda.⁵⁷

(...) Con relación a la cuantía requerida para acceder a la sede casacional, esta Sala según sentencia N° 763 de fecha 1º de diciembre de 2003⁵⁸ (caso: *Yolanda Otero contra Arena de Francia, C.A.*), señaló que en aquellos juicios en los cuales se hubiere proferido sentencia en segunda instancia con posterioridad a la implementación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se regirán por las disposiciones contenidas en dicha Ley. Asimismo, mediante decisión N° 443 del 18 de mayo de 2004⁵⁹ (caso: *Juan de Mata Ramírez Ramírez contra Cauchos y Frenos Capricornio, C.A.*), afirmó que para la estimación de la cuantía se debe atender al valor que tenía la unidad tributaria para la fecha en que fue dictada la decisión.

No obstante, a través de la sentencia N° 1.573 de fecha 12 de julio de 2005⁶⁰ (caso: *Carbonell Thielsen, C.A.*), la cual fue publicada en la

⁵⁷ N° 1019 de 15-06-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, Caso: *Robert Prado y otros contra las sociedades mercantiles Servicios y Construcciones González C.A. (Secogoca) y Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*.

⁵⁸ Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero.

⁵⁹ Recurso de Hecho, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero.

⁶⁰ Recurso de Revisión, ponencia de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño.

Gaceta Oficial N° 38.249 de fecha 12 de agosto de 2005, la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, efectúo un cambio de criterio con carácter vinculante para todos los Tribunales de la República, en el sentido que en adelante debe considerarse la cuantía que imperaba para el momento en que se interpuso la demanda, en los términos que en seguida se reproducen:

(...) esta Sala en aras de preservar la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, establece que **la cuantía necesaria para acceder a casación, debe ser la misma que imperaba para el momento en que se interpuso la demanda**, pues es en ese momento en el cual el actor determina el derecho a la jurisdicción y la competencia por la cuantía y por ello considera cumplido el *quantum* requerido por el legislador para acceder en sede casacional, pues las partes no están en disposición de prever las modificaciones de la cuantía a que hubiere lugar durante la tramitación del proceso para acceder en casación. Así se decide.

Por otra parte, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cuantía para acceder en casación quedó modificada, en efecto el artículo 18 lo siguiente: “*(...) El Tribunal Supremo de Justicia conocerá y tramitará, en la Sala que corresponda, los recursos o acciones, que deban conocer de acuerdo con las leyes, cuando la cuantía exceda de tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.) (...)*”.

De lo anterior se colige, que para acceder a la sede casacional de acuerdo con la referida ley, la cuantía del juicio deberá exceder a las tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.). Sin embargo, ante los incrementos anuales que sufre la unidad tributaria pudiera estar afectándose o limitándose la posibilidad de los administrados de acceder en casación ante las respectivas Salas del Tribunal Supremo de Justicia; en tal sentido, el Juzgador correspondiente deberá determinar –con base a los parámetros anteriormente expuestos– la cuantía exigida para el momento en que fue presentada la demanda, y en caso que la cuantía exigida sea la establecida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, deberá calcularse la unidad tributaria vigente para el momento en el cual fue interpuesta la referida demanda.

En tal sentido, sólo se aplicará este criterio a las nuevas demandas que se inicien con posterioridad a la publicación en la *Gaceta Oficial* del presente fallo y para las causas que se encuentren en trámite, siempre que el tribunal correspondiente aún no hubiere emitido pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de casación. Así se declara.

En consecuencia, se ordena la publicación del presente fallo en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud del carácter vinculante del presente caso para todos los Tribunales de la República.

En atención a dicho criterio jurisprudencial, esta Sala de Casación Social, con la finalidad de adaptar los nuevos parámetros para determinar la cuantía requerida para acceder a casación a los distintos medios de impugnación contemplados en el proceso laboral –casación y control de la legalidad–, ello en virtud a que hasta su publicación en la *Gaceta Oficial*, imperaba un criterio diferente con relación a tal particular, en sentencia N° 580 de fecha 4 de abril de 2006,⁶¹ estableció que “...el nuevo criterio sobre la cuantía que ha de examinarse para admitir o no el recurso de casación, debe aplicarse de acuerdo a la fecha en que se ejerza el medio recursivo correspondiente, de tal manera, que los recursos que hayan sido interpuestos antes del 12 de agosto de 2005 –fecha de publicación en *Gaceta Oficial* de la citada sentencia de la Sala Constitucional–, deberán decidirse conforme al criterio entonces imperante; por el contrario, el nuevo criterio será aplicable para aquellos interpuestos con posterioridad a la fecha supra indicada (12 de agosto de 2005)”. (Cursiva de la Sala)...

5.7 RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Fundamentación de la responsabilidad objetiva del patrono en materia laboral. Indemnizaciones procedentes por los daños materiales y morales sufridos por el trabajador.⁶²

⁶¹ *Supra* 3.2 y nota 34.

⁶² N° 1066 de 22-06-06, Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, Caso: *Antonio José Narváez contra Venezolana de Mantenimiento y Operaciones C.A.*

(...) Ahora bien, la norma legal denunciada como infringida, dispone: “*Los patronos, cuando no estén en los casos exceptuados por el Artículo 563, estarán obligados a pagar a los trabajadores y aprendices ocupados por ellos, las indemnizaciones previstas en este Título por los accidentes y por las enfermedades profesionales, ya provengan del servicio mismo o con ocasión directa de él, exista o no culpa o negligencia por parte de la empresa o por parte de los trabajadores o aprendices*”. (Destacados añadidos).

En este orden de ideas, es imperioso indicar que la Sala ha venido delineando, a través de una ardua y constante valoración hermenéutica, el alcance de la teoría del riesgo profesional, una visión que tuvo su génesis jurisprudencial en decisión N° 116 de fecha 17 de mayo de 2000,⁶³ la cual se reproduce parcialmente:

Ahora bien, el legislador previó expresamente en virtud del riesgo profesional que asume el patrono, una responsabilidad objetiva por daños provenientes de accidente o enfermedad profesional del trabajador, estipulada en la Ley Orgánica del Trabajo, por lo que corresponde a esta Sala, establecer el **alcance de dicha responsabilidad objetiva** sobre la indemnización, tanto de los daños materiales como de los daños morales, sufridos por un trabajador accidentado.

(...) De lo anteriormente expuesto, se evidencia que la teoría de la responsabilidad objetiva nace del supuesto de que el daño causado por un objeto debe ser reparado por su propietario, no porque el dueño haya incurrido en culpa, sino porque su cosa, su maquinaria ha creado un riesgo, sobre el cual debe responder, indemnizando al trabajador tanto por el daño material como por daño moral.

(...) De todo lo hasta aquí expuesto, se desprende que la teoría del riesgo profesional, tuvo su origen en la conocida responsabilidad objetiva por la guarda de la cosa, y por lo tanto, como bien lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, en virtud de dicha *responsabilidad objetiva* se debe reparar tanto el daño material como el daño moral.

⁶³ Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, Caso: *José Francisco Tesorerro Yáñez contra Hilados Flexilón S.A.*

Es por ello que la teoría del riesgo profesional, aplicable al patrón por los accidentes o enfermedades profesionales que sufren sus empleados, lo hace responder objetivamente, es decir, independientemente de la culpa, tanto por el daño material como por el daño moral, siempre que “el hecho generador (accidente o enfermedad profesional) de daños materiales pueda ocasionar, además, repercusiones psíquicas o de índole afectiva al ente moral de la víctima” (SCC. 23-03-92). Así se declara.

(...) Nuestra ley especial en la materia como se señaló *supra*, acogió esta teoría del riesgo profesional aplicable en materia de accidentes o enfermedades profesionales, la cual encontramos en la vigente Ley Orgánica del Trabajo, Título VIII, en el capítulo “De los Infortunios Laborales”, Artículos 560 y siguientes, con la particularidad de tarifar la indemnización pagadera al trabajador por daño material en la medida de la incapacidad producida por el accidente o enfermedad profesional.

(...) En resumen, el trabajador que sufra un accidente o enfermedad profesional, deberá demandar las indemnizaciones que le correspondan por ante los Tribunales del Trabajo, ya sea tanto por la responsabilidad objetiva prevista en la Ley Orgánica del Trabajo, por daños materiales tarifados y daño moral, como por la indemnización establecida en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, así como también, si logra probar los extremos que conforman el hecho ilícito, la indemnización material que supera las indemnizaciones antes mencionadas (...).

5.8 PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA LABORAL (CONDICIONES)

El derecho a la igualdad y a la no discriminación en materia laboral. Condiciones necesarias a los fines de que el trato desigual sea admisible y constitucionalmente legítimo.⁶⁴

⁶⁴ N° 1067 de 22-06-06, Recurso de Control de la Legalidad, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Haymar Carolina Vera Rosa contra C.A. Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV)*. Parte de su fundamentación se encuentra en la decisión N° 1.197 de la Sala Constitucional, de 17-10-00, ponencia del Magistrado Héctor Peña Torrelles, Caso: *Luis Alberto Peña*.

(...) observa esta Sala que el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gozen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria, y se prohíbe por tanto, la discriminación.

Ahora bien, no todo trato desigual es discriminatorio, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas.

Como conclusión de lo antes expuesto, esta Sala considera necesario señalar, que la cláusula de igualdad ante la ley, no prohíbe que se le confiera un trato desigual a un ciudadano o grupo de ciudadanos, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: a) que los ciudadanos o colectivos se encuentren real y efectivamente en distintas situaciones de hecho; b) que el trato desigual persiga una finalidad específica; c) que la finalidad buscada sea razonable, es decir, que la misma sea admisible desde la perspectiva de los derechos y principios constitucionales; y d) que la relación sea proporcionada, es decir, que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica. Si concurren las condiciones antes señaladas, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima...”.

5.9 DIFERENCIA ENTRE PERENCIÓN DE LA INSTANCIA Y DECAIMIENTO DE LA ACCIÓN

Diferencias existentes entre la perención de la instancia y el decaimiento de la acción. Efectos. Criterios para determinar la inactividad de las partes en materia procesal laboral.⁶⁵

⁶⁵ Nº 1068 de 22-06-06, Recurso de Control de la Legalidad, ponencia del Magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, Caso: *Adrián Eusebio López contra C.A. Nacional Telefónos de Venezuela (CANTV)*.

(...) No obstante, lo asentado sobre la inactividad procesal en estado de sentencia, la Sala Constitucional⁶⁶ estableció que esta inactividad de las partes en esa fase procesal, tiene otro efecto que sí las perjudica y que está determinado por el interés procesal, estableciendo dentro de las modalidades de extinción de la acción, la pérdida de interés que tiene lugar cuando el accionante no impulsa el proceso a estos fines. Esta falta de interés surge en el juicio en dos oportunidades procesales, la primera, cuando habiéndose interpuesto la demanda, el Juez no se pronuncia en un tiempo prudencial sobre su admisibilidad, y la segunda, cuando la causa se paraliza en estado de sentencia. En ese sentido estableció, que lo que sí puede aplicarse es la pérdida de interés procesal que causa el decaimiento de la acción por no tener el accionante interés en que se le sentencie, cuando la causa se encuentra en estado de sentencia y se paraliza, por no haberse decidido dentro de los lapsos legales previstos para ello, impidiéndose de esta manera que las partes estén a derecho.

En el fallo comentado, la Sala Constitucional interpretó el artículo 26 constitucional, en cuanto a lo que debe entenderse por justicia oportuna, estableciendo que si la causa paralizada ha rebasado el término de la prescripción del derecho controvertido, a partir de la última actuación de los sujetos procesales, el Juez puede de oficio o a instancia de parte, declarar extinguida la acción previa la notificación del actor, en las formas previstas para ello en el Código de Procedimiento Civil, ponderando a los efectos de la declaratoria de extinción, las razones o explicaciones dadas por el actor que compareciese, o la incomparecencia de los notificados, de ser el caso.

Así pues, consecuente con el criterio asentado por la Sala Constitucional, no deben entonces confundirse las figuras de la perención de la instancia con el decaimiento de la acción, pues para su procedencia deben analizarse los supuestos de hecho que la hacen aplicable en cada caso. La perención es una institución clásica del Derecho Procesal Civil, establecida en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, que censura la poca diligencia del demandante cuando éste ha dejado transcurrir el tiempo –un año– y no impulsa el proceso para que se mantenga viva la instancia, mientras que la extinción de la acción por falta de interés procesal, que causa el decaimiento de la acción, por inactividad de la parte en estado de sentencia, debe garantizar a las partes el debido proceso y el dere-

⁶⁶ Se refiere a la Nº 0956 de 01-06-01 de la Sala Constitucional, ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: *Fran Valero González y otro*.

cho a la defensa como uno de los pilares de la cultura jurídica, pues para su declaratoria debe previamente cumplirse con la notificación de las partes en el juicio, a fin de que éstas demuestren que su interés está vivo, y quieren que el Juez dicte sentencia en su causa...

Sobre la perención, esta Sala de Casación Social, en sentencia N° 141, de fecha 9 de marzo del año 2004, estableció lo siguiente: “...*la doctrina de esta Sala Social, de la Casación Civil y de la Sala Constitucional, continúa manteniendo el criterio de que no corre perención cuando se encuentra pendiente una decisión del Tribunal, por considerar que se está en el supuesto de “inactividad del Juez” a que se refiere la parte final del encabezamiento del citado artículo 267 (...)*”.⁶⁷

5.10 RELACIÓN DE TRABAJO (CONTRATOS MERCANTILES)

Se reitera el criterio jurisprudencial que establece que la existencia de un contrato mercantil no desvirtúa *per se* la presunción de la existencia de una relación laboral.⁶⁸

(...) Antes de comenzar a analizar las pruebas documentales promovidas por la demandada en función de demostrar la pretendida vinculación mercantil, es oportuno invocar el reiterado criterio jurisprudencial (...), en virtud de las cuales no basta la existencia de un contrato mercantil entre las partes, para desvirtuar la presunción laboral contenida en el Artículo 65 (sic) de la Ley Orgánica del Trabajo, puesto que ello no es motivo suficiente para desvirtuar absolutamente la laboralidad del vínculo, ya que de admitirse ello se estaría contrariando el principio de que el contrato de trabajo es contrato realidad, en razón de lo cual se profirió un mandato a los jueces de instancia para no detener el análisis en las formas contractuales y descender al examen del material probatorio restante para determinar si quedó probado algún hecho capaz de desvirtuar la presunción de laboralidad (...).

⁶⁷ Recurso de Casación, ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo.

⁶⁸ N° 1706 de 28-06-06, Recurso de Casación, ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, Caso: *Luis Adrianza Faria contra Tucker Energy Services de Venezuela S.A.*

La contestación de la demanda y la carga probatoria en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Julio R. ALFONZO SOTILLO*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Antecedentes Legales y Jurisprudenciales.**
- 2. La Contestación de la Demanda.**
- 3. La Carga de la Prueba en Materia Laboral.**

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Nos proponemos exponer algunas reflexiones que nos ha suscitado el estudio concordado de los artículos 135 y 72 de la Ley Orgánica Proce-

* Universidad Central de Venezuela, Abogado. *Magister Scientiarum* en Derecho del Trabajo. Universidad Católica Andrés Bello, cursos de Doctorado en Derecho. Tribunal Superior Sexto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Ex Juez. Tribunal Primero Superior del Trabajo para el Régimen Procesal Transitorio del Área Metropolitana de Caracas, Ex Juez.

sal del Trabajo, referidos a la contestación a la demanda y a la carga probatoria asumida por las partes en el juicio laboral. El presente trabajo no tiene otra finalidad que el de facilitar la comprensión del contenido de dichas disposiciones, a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Guiados por ese fin didáctico, presentamos este opúsculo con la esperanza que resulte útil para aquellos que se inician en el estudio del Derecho Procesal del Trabajo, disciplina ésta que a raíz de la promulgación de la vigente Constitución Nacional, se ha perfilado como una ciencia autónoma del derecho procesal común, matriz de la cual surgió esta disciplina.

Con respecto al objeto de estudio, nos permitimos señalar que la nueva disposición procesal, referida a la contestación de la demanda, no presenta diferencias en cuanto a la forma exigida para la contestación escrita con respecto a la prevista en el artículo 68 de la abrogada Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo, pues las diferencias han quedado limitadas a otros elementos, tales como la determinación de una presunción de confesión de naturaleza no desvirtuable para el demandado contumaz. Así como tampoco se encuentran novedades en el contenido del artículo 73 de la nueva ley procesal, referido a la carga de la prueba dado que, si bien en esta disposición se observan diferencias específicas con respecto a la regla general civil sobre la carga de la prueba, no presenta, sin embargo, innovaciones desconocidas para el intérprete laboral, pues las reglas de distribución allí establecidas a cargo del empleador, ya habían sido acogidas por nuestros tribunales laborales y su mérito consistió en elevarlas, de una categoría jurisprudencial a un rango de ley.

1. ANTECEDENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

El artículo 68 de la derogada Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo (G.O. N° 26226 del 19 de noviembre de 1959), en lo adelante denominada LOTPT, referido a la contestación de la demanda laboral, su oportunidad y forma de realizarse, textualmente establecía:

En el tercer día hábil después de la citación, más el término de distancia, si lo hubiere, el demandado o quien ejerza su representación deberá, al contestar la demanda, determinar con claridad cuáles de los hechos invocados en el libelo admite como ciertos y cuáles niega o rechaza, y expresar asimismo los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar.

Antes de concluir el acto de la litis-contestación el Juez podrá interrogar a la parte demandada sobre algunos o más de los hechos que ésta no hubiere rechazado en forma determinada, y su respuesta se tendrá como parte de la contestación.

Se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en el libelo respecto de los cuales, al contestarse la demanda no se hubiere hecho la requerida determinación, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso.

Conforme a la citada disposición, el demandado debía pronunciarse admitiendo o rechazando los hechos señalados por el actor, y ese rechazo no estaba limitado a una simple negación sino que estaba constreñido a señalar el porqué de ese rechazo, indicando los hechos o fundamentos de sus defensas o excepciones que creyere conveniente exponer. Si no lo hiciese así, la norma contemplaba una presunción de confesión ficta, desvirtuable mediante la apreciación de los elementos probatorios del proceso.

En fecha 15 de marzo del 2000, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, (caso E.J. Zapata contra Banco de Venezuela, S.A.C.A, sentencia N° 47) se pronunció sobre la interpretación de la anterior norma en los siguientes términos:

De este modo, se logra que la sustanciación del juicio laboral se realice dentro de un marco jurídico justo, equitativo y acodado a la realidad de este tipo de juicio, en razón de la desigualdad existente en la relación laboral, no imponiéndosele al trabajador que demuestre los hechos con pruebas, que en la mayoría de los casos le es difícil, pues el patrono tiene en su poder los documentos que demuestran los detalles y las condiciones en que el trabajador prestó el servicio (por ejemplo las planillas de ingreso, pagos de salarios, remuneraciones, disfrute de vacaciones, retiros, despidos, intereses sobre prestaciones sociales, entre otros), por lo que en consecuencia, se le exige al patrono que al contestar la demanda y rechazarla, alegue los hechos ciertos por los cuales la rechaza y los pruebe. Además, porque del contenido de la norma legal bajo estudio se desprende que se establece un imperativo de orden procesal, al señalar que el demandado o quien ejerza su representación en el acto de contestación; “deberá” determinar cuáles de los hechos admite y cuáles rechaza (...).

La mencionada disposición legal confirma la carga procesal del demandado de “determinar con claridad cuáles de los hechos invocados en el libelo admite como ciertos y cuáles niega y rechaza”, cuyo incumplimiento, es decir, la contestación de la demanda genérica u omisión de la misma, trae como consecuencia al patrono la confesión ficta.

La finalidad de esta norma es de alguna manera simplificar el debate probatorio, dando por admitidos los hechos del demandante, que no hayan sido expresa y razonadamente contradichos por el patrono.

Queda así concretamente interpretada la norma de manera que se da cumplimiento a los principios constitucionales de la protección del trabajo (Jurisprudencia Ramírez y Garay, tomo CLXIII, p. 725).

Dicho criterio de interpretación bajo la vigencia de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo ha sido reiterado en numerosos fallos, siendo adicionalmente enriquecido con otros pronunciamientos, formando de esta forma un complejo cuerpo de decisiones judiciales en el tema que nos ocupa, que más adelante señalaremos.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Constituye el acto procesal del demandado a través del cual éste ejercita su derecho de contradicción, mediante la alegación de defensas o de excepciones contra los señalamientos de hecho y de derecho incoados en su contra. La realización del mismo es determinante para la conformación del objeto del proceso, constituido éste por la conjunción de las pretensiones del actor y de la oposición a éstas por parte del demandado.

Sabido es que el accionado bien puede convenir en la demanda o contradecirla mediante la negación de los elementos de hecho o de derecho de la demanda, o afirmar su inexistencia, en cuyo caso estaría alegando, procesalmente hablando, una defensa; o bien, por el contrario, afirmar la existencia de hechos distintos a los alegados por el actor señalando elementos diferentes a los contenidos en el escrito libelar, con el objeto de plantear nuevos fundamentos o hechos que conduzcan a la declaratoria sin lugar de la demanda. En estos casos, está proponiendo excepciones, usando también este término en su sentido procesal. Estos hechos nuevos, que constituyen excepciones, pueden ser de naturaleza extinti-

va, impeditiva o modificativa. Por el primero de ellos, se entiende aquel hecho que extingue el derecho o la existencia de la relación alegada por el actor, como el pago o cumplimiento de una obligación laboral o la compensación de deudas. Por hechos impeditivos, entendemos aquellos que privan al hecho señalado por el actor de desarrollar el efecto normal que le es propio, como por ejemplo, la prescripción de la acción por el tiempo. Y, finalmente, el hecho modificativo, por el cual entendemos aquel que modifica las condiciones de hecho señaladas por el actor.

La norma de la contestación de la demanda está prevista en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en su artículo 135, el cual no difiere en su finalidad, ni en su contenido a la prevista en el artículo 68 de la ley abrogada ya citada, presentando variaciones como es obvio, en cuanto a las circunstancias temporales en que dicho acto debe realizarse y con respecto a la presunción de confesión que más adelante se señala (véase *infra* Nº 2.1).

En la oportunidad de la contestación de la demandada, el accionado bien puede asumir las siguientes actitudes: convenir en ella o contradecirla. Si eligiese la primera opción –como ya se ha indicado antes– la pretensión quedará satisfecha y el juicio terminaría por una causa de terminación de los procesos, como lo es el convenimiento. En el segundo caso, la pretensión del actor quedaría contradicha. Tal supuesto de contradicción está regulado en sus diferentes variaciones, por el señalado artículo 135, en los siguientes términos:

Concluida la audiencia preliminar sin que haya sido posible la conciliación ni el arbitraje, el demandado deberá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, consignar por escrito la contestación de la demanda, determinando con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuáles niega o rechaza, y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar. Se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en la demanda respectiva, de los cuales, al contestar la demanda, no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso.

Si el demandado no diera la contestación de la demanda dentro del lapso indicado en este artículo, se le tendrá por

confeso, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante. En este caso, el tribunal remitirá de inmediato el expediente al Tribunal de Juicio, quien procesará a sentenciar la causa sin más dilación, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, al recibo del expediente, ateniéndose a la confesión del demandado (énfasis nuestro).

Así pues, tanto en el artículo 68 de la abrogada ley como en el 135 de la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el demandado puede asumir las siguientes posturas en el ejercicio de su derecho de contracción a las pretensiones del actor, a saber:

2.1 No presentar por escrito la contestación de la demanda, en tiempo hábil para ello, en cuyo caso, a diferencia de la vieja ley, se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante. A desemejanza de la anterior norma procesal, la vigente contempla la sanción por contumacia en la que ese acto de rebeldía se castiga con una presunción de confesión, que no es desvirtuable por prueba en contrario. Este criterio se fundamenta en la interpretación literal del texto normativo que establece “si el demandado no diera la contestación dentro del lapso indicado en este artículo, se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante. En este caso, el tribunal remitirá de inmediato el expediente al Tribunal de Juicio, quien procederá a sentenciar la causa sin más dilación dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, al recibo del expediente ateniéndose a la confesión del demandado”. Por consiguiente, no tiene suficiente valor en derecho para desvirtuar esta presunción, la apreciación de las pruebas en autos, pues la única actividad del juez ante esa situación de rebeldía del reo es la de verificar si la pretensión del demandante fue ajustada a derecho, no pudiendo –y en esto insistimos– ser valoradas las pruebas aportadas al proceso en la audiencia preliminar aun por el mismo demandado, aunque señalen lo contrario a su confesión; pues, tales pruebas, incluso habiendo sido consignadas, no han sido procesalmente admitidas, ni sometidas al contradictorio del actor, quien no ha tenido la oportunidad procesal de oponerse, ni de impugnarlas en general. Destacamos; sin embargo, que este criterio no es compartido por la Sala de Casación Social, la cual en sentencia N° 524 de fecha 31/05/05 (caso V.A. Medina contra el Banco Federal, C.A.), afirmó que la confesión del demandado por contumacia, sí es desvirtuable ante prueba en contrario

La recurrente apoya su fallo en el criterio, compartido por la Sala, conforme al cual, no obstante la confesión ficta en que haya incurrido la parte demandada, si aparece demostrados en los autos el pago de las cantidades que se reclaman, el *petitum* al respecto deberá ser declarado sin lugar. Su fundamento para declarar sin lugar la demanda radica en esa apreciación, no en los hechos “nuevos” de haberse negado las remuneraciones alegadas por el actor y haber opuesto la excepción de pago, como indica el formalizante.

De igual modo, conforme a ese criterio, al quedar demostrado a juicio de la recurrente el pago de las sumas reclamadas en el libelo, su conclusión ineludible era la declaratoria sin lugar de la demanda, no obstante la falta de oportuna contestación a la misma, con lo cual no interpretó, erróneamente la norma que regula los efectos de la confesión ficta (sic).

Es improcedente, en consecuencia, la presente denuncia, y así se declara. (Jurisprudencia Ramírez y Garay, tomo CCXXII, pp. 756-757).

Con el señalado criterio se confunde, en opinión del suscrito, la “nueva” confesión judicial laboral prevista en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo con la “vieja” confesión judicial en materia de contestación a la demanda prevista en el Código de Procedimiento Civil (artículo 362) y aplicada supletoriamente al proceso laboral bajo la vigencia de la derogada Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo; pues, si bien, ambas producen los mismos efectos procesales, la primera no puede ser desvirtuada por prueba alguna, requiriendo para su configuración la sola contumacia del demandado y el ajuste a derecho de la pretensión del actor. La segunda, por el contrario, a diferencia de la primera, constituyó una presunción *iuris tantum* que podía ser desvirtuada con elementos probatorios. Adicionalmente, pesa a favor de la tesis del expositor, que la apreciación por parte del juzgador de pruebas no admitidas en el proceso, ni sometidas al contradictorio del oponente, luce procesalmente incorrecto.

Bajo otro orden de ideas, cabe afirmar que la señalada presunción de confesión recae sobre los hechos contenidos en la demanda, pero no sobre el derecho o las consecuencias jurídicas que, conforme a la ley deben aplicarse a los hechos alegados por el accionante, quedando, en

consecuencia, el juzgador obligado a analizar si los hechos admitidos acarrean las consecuencias jurídicas que le atribuye el actor en su libelo, debiendo el sentenciador, en todo caso, señalar los motivos de derecho en que se fundamenta su fallo.

Finalmente, para finalizar la pequeña exégesis de esta norma, cabría precisar aún más la expresión “en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante” indicada en el artículo en referencia. A tal fin, señalamos que entendemos por esa aserción, aquella pretensión del actor expuesta en su libelo que no esté prohibida por la ley, quedando amparada o tutelada por ella. De esta forma, la aspiración al pago de beneficios laborales de orden patrimonial en exceso de la ley, sin fundamento alguno o mas allá de las previsiones estipuladas en el contrato individual o colectivo de trabajo que vinculó a las partes, no luciría ajustada a derecho.

2.2 Presentar por escrito su contestación a la demanda, en tiempo hábil para ello, en el cual el accionado puede asumir distintas actitudes, a saber:

2.2.1 Contradecir pura y simplemente la pretensión del actor, la cual puede ser realizada mediante una negativa general de todos los hechos del libelo, utilizándose usualmente, la siguiente expresión permitida en el derecho procesal común: “contradigo la demanda en todas sus partes, tanto en los hechos como en el derecho”, sin alegar hechos nuevos, o razones de derecho que justifiquen su contradicción. Esta forma de contestación es también llamada en doctrina contradicción genérica. También puede suceder que el demandado se limite a rechazar pormenorizadamente todos los alegatos del actor, sin expresar los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente señalar. Así, el demandado no aporta ningún elemento para resolver la controversia. Esta última forma de contradicción ha sido considerada por nuestros tribunales laborales como genérica y produce las mismas consecuencias procesales que la anterior.

Ambas formas de contestación, la genérica y la pormenorizada, sin fundamentación, no han sido admitidas por el legislador laboral pues, de conformidad con el artículo 135 *eiusdem*, el demandado, por el hecho de asumir tal posición, tiene dos cargas procesales que debe cumplir: la primera de ellas es la de determinar con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuáles niega o rechaza. Debe

tenerse presente que la negativa laboral es distinta de la negativa civil, pues aquélla para que sea válida en derecho debe ser especificada o detallada y debe saberse cuáles de los hechos contenidos en la demanda son aceptados como ciertos y cuáles son negados o rechazados. El hecho alegado debe ser objeto de una posición al respecto por parte del accionado, en sentido afirmativo o negativo, no bastando para ello las negaciones generales o indeterminadas, como ya se expuso, ni aquellas, a juicio del suscrito, en la que se copia textualmente párrafos enteros de la demanda, conteniendo numerosos hechos distintos o relacionados entre sí, siendo todo el conjunto rechazado con una expresión de sentido negativo. Ello contraría la intención del legislador laboral que quiso que el demandado asumiese frente a los hechos invocados por el actor una posición diáfana y clara, determinando así cuáles de ellos admite y cuáles rechaza. En esto consiste precisamente la requerida determinación de los hechos por parte del demandado exigida en la Ley.¹

Y la segunda carga procesal del demandado señalada en el artículo 135 *eiusdem* es la de expresar los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar. Lo anteriormente expuesto no debe interpretarse, sin embargo, en el sentido que cada hecho negado particularmente considerado *per se*, debe necesariamente contar con una justificación, pues ello no cabe en derecho, así como tampoco es necesario esa justificación cuando se trate de la alegación de hechos negativos indefinidos, esto es, de aquellos indeterminados en el tiempo y en el espacio, de difícil comprobación para quien los niega. Ejemplo de lo señalado sería en el supuesto de la defensa ante la inexistencia de la relación de servicio subordinada alegada por el actor, en cuyo caso la posición del demandado sería la de negar, pormenorizadamente tanto el hecho principal como lo es, la existencia de la señalada relación de trabajo como las consecuencias que se derivarían de dicha prestación. La otra excepción estaría referida a la negación de elementos de hecho que no necesariamente forman parte de la relación entre las partes laborales; o bien, que constituyen supuestas acreen-

¹ Cuestión interesante es la que se plantea con respecto a los elementos probatorios que pueden ser apreciados por el juzgador, ya previamente consignados en autos por el demandado en la audiencia preliminar si, posteriormente su defensa en la contestación a la demanda consiste en una negativa de hecho sin fundamentación. En este supuesto, a nuestro criterio, las pruebas sobre hechos no alegados por él no podrían ser apreciadas simplemente porque su capacidad probatoria estará limitada a la contraprueba de los hechos señalados por el actor.

cias distintas o en exceso de las legales, en cuyo caso el demandado puede limitar su derecho de contradicción a negar simplemente tales hechos como serían los supuestos, reseñados por nuestra jurisprudencia laboral, de reclamación de horas extras, diurnas, nocturnas o mixtas, domingos y días feriados trabajados.

Ante el incumplimiento de cualesquiera de las dos cargas procesales a cargo del demandado, ya señaladas en el artículo 135; el legislador estableció una presunción de confesión de naturaleza *iuris tantum*, que recae como ya se expuso anteriormente sobre los hechos narrados en la demanda. Dice la norma en su parte pertinente que se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en la demanda respectiva de los cuales, al contestar la demanda no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del procesos. Así pues, el juzgador tendrá por admitido los hechos alegados por el actor, si no constan en autos, que éstos han sido desvirtuados por los elementos probatorios que cursan en el expediente.

2.3 Referente a la admisión de los hechos, cabe señalar que esa admisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 135 *eiusdem* puede producirse en los autos de la causa de dos formas distintas, a saber:

2.3.1 Si el hecho alegado por el actor es reconocido como cierto por el demandado en su escrito de contestación a la demanda (*admisión expresa*).

2.3.2 Si el hecho alegado por el actor, no es rechazado ni admitido por el accionado (hecho sin determinación), esto es, no existe un pronunciamiento del demandado sobre el mismo, aunado a la circunstancia de que no hay exposición de los motivos de su rechazo, ni consta en autos elementos probatorios que lo desvirtúen. Este particular constituye lo que se denomina en doctrina la *admisión tácita* por parte del demandado, y suele producirse en la práctica judicial con respecto a hechos expuestos en el libelo que el demandado no atiende conforme a la ley, por no considerarlos de carácter principal sino por el contrario, de orden secundario o sin relación directa o inmediata con el tema debatido. Estos hechos admitidos, de este orden, pueden ser eventualmente peligrosos para la posición del demandado, si pueden constituir, posteriormente, la base para la construcción de indicios o presunciones *hominis* por parte del juzgador.

3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA LABORAL

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo contiene una disposición expresa y novedosa en materia de carga probatoria en su artículo 72, que dispone lo siguiente:

Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos. El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia cualquiera que fuere su posición en la relación procesal.

Al respecto, cabe señalar dos observaciones: la primera de ellas es que el citado artículo está íntimamente relacionado con la disposición referida a la contestación de la demanda (véase infra cap. N° 2); de tal forma que no puede comprenderse cabalmente la citada disposición estudiándola aisladamente; y la segunda observación, consiste en que esta norma reproduce en su primera parte, el principio universal de carga la probatoria mediante el cual, quien alega prueba y quien se excepciona asume así la carga probatoria liberando a aquél de dicha carga. Este principio no es de carácter absoluto, pues la norma así lo establece al señalar “salvo disposición legal en contrario”. Esta salvedad está desarrollada a continuación en el texto al establecer que el patrono cualquiera que fuese su posición en el proceso, esto es, que intervenga como demandante o como demandado, tendrá la carga probatoria de las causas de justificación del despido de su dependiente, así como también del pago liberatorio de sus obligaciones de orden laboral, destacándose así que la carga probatoria en estos supuestos no atiende tanto al contenido de las defensas o excepciones que pueda exponer el demandado en su escrito de contestación, sino a su específica condición de patrono o empleador. De esta forma, observamos que la carga probatoria en el proceso laboral corresponderá normalmente al demandado –salvo las excepciones que más adelante se señalan–, ya sea como consecuencia de su carga procesal de contradecir alegando hechos nuevos (artículo 72 primera parte, *eiusdem*), ya sea por su condición de patrono, en los supuestos del señalado artículo 72. Para comprender a cabalidad la citada disposición es preciso saber que fue intención expresa del legislador laboral, por razo-

nes de equidad, establecer que la carga debía recaer en el patrono, pues éste es quien tiene la posibilidad real de suministrar las pruebas en el proceso, acogiendo así la doctrina denominada *favor probationem*. Esta forma de establecer la carga de la prueba en los juicios laborales se debe a la finalidad de favorecer al trabajador en esos procesos en virtud de que es el empleador quien dispone normalmente de todos los elementos probatorios de la relación de servicios. Así lo señala en forma expresa la Exposición de Motivos de dicha ley. Esta atribución de la carga de la prueba al empleador no significa una desigualdad procesal, una violación al principio de la igualdad de las partes, pues con ello se pretende precisamente la obtención de una justicia distributiva y la verdad real, al atribuir al el patrono –quien normalmente tiene la prueba de los hechos relativos a la prestación de servicios de su trabajador en los archivos de su administración– la carga de aportar a los autos esos elementos probatorios para su evaluación y apreciación judicial.

Bajo otro orden de ideas, cabe decir que la Sala de Casación Social ha sido enfática al señalar que el régimen de distribución de la carga de la prueba en materia laboral es distinto al del proceso civil regido por los artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor corresponde al demandante probar los hechos constitutivos de la obligación que reclama y; por su parte, al demandado le corresponde demostrar el pago o hecho extintivo de la obligación, así como también el hecho modificativo e impeditivo, si los alegase; y en caso de una negación pura y simple de los hechos señalados por el actor por parte del demandado, la carga permanece en aquél. En verdad, la diferencia observada está en la atribución de la carga probatoria al patrono en los supuestos que dicha norma contempla –más que en la naturaleza del hecho aportado por las partes al proceso– destacándose así la atribución de una carga probatoria de naturaleza subjetiva, pues atiende a la condición del sujeto para la fijación de la carga probatoria laboral.

En virtud de la señalada diferencia, en síntesis, el demandado tendrá la carga de la prueba en el proceso, atendiendo a su condición de empleador en las causas de justificación del despido, y del pago como hecho liberatorio, así como también, cuando contradiga los hechos del actor alegando hechos nuevos, salvo también las excepciones que la jurisprudencia ha señalado nítidamente en los siguientes casos: de alegarse como defensa la inexistencia de una relación de servicio subordinada entre las partes, ante la imposibilidad de probar el hecho negativo absoluto; con motivo del reclamo de acreencias distintas o en exceso de las lega-

les como horas extras diurnas, nocturnas y mixtas, domingos y días feriados laborados, y el patrono niegue la procedencia de las mismas; y finalmente, en caso de reclamación del daño moral fundamentado en el hecho ilícito del patrono, contemplado en el derecho común. Así ha sido señalado en los siguientes fallos:

La sentencia precedentemente transcrita señala que de acuerdo a cómo la demandada fundamente su rechazo contra la pretensión del actor en cuanto a las horas extras y días feriados laborados, estos hechos controvertidos se convierten en hechos negativos absolutos, es decir, aquellos que no implican a su vez ninguna afirmación opuesta, ya que son indeterminados en tiempo y espacio, siendo por lo tanto de difícil comprobación por quien los niega, por lo que corresponde, como se expresó anteriormente, a la parte que los alegó, en este caso al trabajador, aportar las pruebas que considere pertinentes, a fin de demostrar la ocurrencia de los hechos en cuestión (sentencia Nº 552 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 18 de septiembre de 2003, Jurisprudencia Ramírez y Garay, tomo CCIII, p. 592).

(...) Si se ha establecido que (sic) unas relaciones de carácter laboral, con una remuneración y tiempo determinado y bajo condiciones legales, es claro que el riesgo de no quedar demostrado los pagos que derivan de esos supuestos no recae sobre el trabajador demandante, sino sobre el patrono demandado, aunque éste haya rechazado punto por punto lo reclamado. Pero no puede ser igual cuando se han alegado condiciones y creencias distintas o en exceso de las legales, como un preaviso en monto equivalente a cuatro o seis meses de salario, o especiales, circunstancias de hecho como de horas extras o días feriados trabajados, pues a la negación de su procedencia y/u (sic) ocurrencia en el mundo de lo convenido o llevado a cabo no hay, salvo algún caso especial, otra fundamentación que dar; siendo necesario analizar y exponer las demostraciones y razones de hecho y de derecho conforme a las cuales sean o no procedentes los conceptos y montos correspondientes (sentencia Nº 0722 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 1º de julio del 2005, Jurisprudencia Ramírez y Garay, tomo CCXXIV, p. 693).

(...) En el procedimiento laboral, se ha dicho reiteradamente que en los casos donde el trabajador alega condiciones exorbitantes de las legales en la prestación de servicios, como por ejemplo el trabajador realizado en tiempo extraordinario, el rechazo del patrono sobre tal circunstancia de hecho coloca sobre el trabajador la carga de probar que efectivamente se prestó el servicio en exceso a la jornada ordinaria (sentencia N° 0314 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 16 de febrero de 2006, Jurisprudencia Ramírez y Garay tomo CCXXX, p. 849).

Si el trabajador demanda la indemnización de daños materiales o morales de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.185 del Código Civil (responsabilidad subjetiva) deberá probar los extremos que conforman el hecho ilícito del patrono (sentencia N° 760 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 1º de diciembre de 2003, Jurisprudencia Ramírez y Garay, tomo CCVI, p. 564).

CONCLUSIONES

La forma de la contestación de la demanda prevista en el artículo 135 de la vigente Ley Orgánica Procesal del Trabajo no difiere de la contenida en el artículo 68 de la derogada Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo.

La carga probatoria laboral, prevista en el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, difiere de la carga probatoria civil. El contenido del citado artículo 72 debe interpretarse conjuntamente con el referido a la contestación de la demanda laboral, de tal forma que el demandado en el proceso laboral, que normalmente es el patrono es quien tiene la carga probatoria, ya sea por su condición de empleador o por su carga procesal de justificar su rechazo mediante la alegación de hechos nuevos.

La atribución de la carga probatoria al patrono, prevista en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo del 13 de agosto del 2002, no es novedosa, pues en ella se recogieron criterios jurisprudenciales ya establecidos por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia y, en general, por nuestros tribunales laborales, con anterioridad a su vigencia.

Comentarios sobre la Sentencia de la Sala Constitucional N° 195 de 16 de febrero de 2006

Tomás Aníbal ARIAS CASTILLO*

SUMARIO:

Introducción

1. Se trata de un análisis constitucional.
2. La perención no puede ser una sanción en serio”.
3. Sólo el Juez puede sentenciar.
4. La Sala se contradijo.
5. La Sala creó la carga de diligenciar para obtener sentencia.
6. La celeridad sólo es exigible a los jueces.

INTRODUCCIÓN

Cuando en otra oportunidad analicé el artículo 201 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo,¹ advertí que el mismo podía representar un caso

* Universidad Central de Venezuela, Abogado. Universidad de Alicante, Reino de España, Especialista en Argumentación Jurídica. Universidades Católica Andrés Bello y Metropolitana, Profesor.

¹ Tomás Aníbal Arias Castillo, *La Perención en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, en *Ley Orgánica Procesal del Trabajo –Ensayos–*, Fernando Parra Aranguren Editor, TSJ, Serie Normativa N° 4, Caracas, 2004, pp. 1.061-1.082.

de “tensión” entre nuestro órgano encargado del control concentrado de la constitucionalidad y el Parlamento,² pues cualquier interpretación de tal texto normativo que hiciera posible al juez laboral declarar la perención, después de “vistos”, colisionaría con el criterio vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la materia.

El objeto del presente trabajo es expresar, de una forma muy breve, mis comentarios sobre un fallo³ dictado recientemente por dicha Sala, en el que se examinó positivamente la constitucionalidad del artículo 201 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, esto es, se avaló la interpretación aludida, con lo cual no se generó ‘tensión’ alguna, mas sí se produjo una grave contradicción en la jurisprudencia constitucional.

1. SE TRATA DE UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

Independientemente del tratamiento dado en los distintos textos procesales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, desde su fallo N° 956 del 1º de junio de 2001 (caso: *Fran Valero González*) y con mayor énfasis en su sentencia N° 2.673 del 14 de diciembre del mismo año (caso: *DHL Fletes Aéreos*), dejó en claro que la declaratoria de perención, luego de vista la causa, transgredía situaciones jurídicas constitucionales y, muy especialmente, lesionaba el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26 constitucional).⁴

Por ello, no entendemos la razón que hizo a la Sala discriminar frente a casos análogos, sólo por la presencia de un texto de rango legal que, aun cuando es posterior a los fallos referidos,⁵ jamás tendrá mayor fuerza normativa que la Constitución.

² Hago uso de la palabra “tensión” en el sentido en que la utiliza Eliseo Aja (Ed.), *Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Ariel, Barcelona, 1998.

³ Sentencia N° 195 del 16 de febrero de 2006 (caso: *Suelatex, C.A.*). Puede consultarse el fallo en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/195-160206-05-2317.htm>

⁴ En el presente caso, la parte actora invocó el criterio de la sentencia N° 588 del 25 de marzo de 2002, caso: *Inversiones Anyudrelka, C.A.*, en la cual se ratificó el criterio sostenido en el caso *DHL Fletes Aéreos*.

⁵ La Ley Orgánica Procesal del Trabajo fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.504 del 13 de agosto de 2002.

Así, en la sentencia objeto del presente trabajo vemos expresiones como la siguiente:

Ahora bien, para el examen del criterio empleado por el Juzgado Cuarto Superior para el Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, esta Sala debe efectuar algunas menciones en torno a la institución de la perención en materia laboral, **con especial referencia las disposiciones consagradas en los artículos 201 al 204 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y su adecuación a los criterios que sobre la perención de la instancia en otros textos procesales, han sido delineados por esta Sala en armonía con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 constitucional.**

En tal sentido, es necesario hacer referencia a lo dispuesto en los artículos 201, 202, 203 y 204, ya mencionados, cuyo tenor disponen:

Artículo 201.- Toda instancia se extingue de pleno derecho por el transcurso de un (1) año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes. Igualmente, en todas aquellas causas en donde haya transcurrido más de un (1) año después de vista la causa, sin que hubiere actividad alguna por las partes o el Juez, este último deberá declarar la perención.

Artículo 202.- La perención se verifica de pleno derecho y debe ser declarada de oficio por auto expreso del Tribunal.

Artículo 203.- La perención no impide que se vuelva a proponer la demanda y solamente extingue el proceso. En tal sentido, no corren los lapsos de prescripción legalmente establecidos y no se aplica la consecuencia jurídica establecida en el artículo 1.972 del Código Civil.

Artículo 204.- En ningún caso el demandante podrá volver a proponer la demanda, si no hubieren transcurrido noventa (90) días después de declarada la perención de la instancia.

Las normas anteriores recogen dos supuestos de perención en materia laboral: por una parte, la regla general

que expresa que el solo transcurso del tiempo, sin que las partes hubiesen realizado actuaciones que demuestren su propósito de mantener el necesario impulso procesal, origina la perención y se verifica de pleno derecho, la cual puede declararse de oficio, como lo prevé el artículo 202 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y, por otra, la perención de la instancia después de vista la causa la cual opera transcurrido un lapso superior a un año sin que exista actividad alguna de las partes o del Juez, ello inserto dentro de las disposiciones transitorias de ese texto legal. (Negrillas Añadidas).

Resulta bastante claro que el segundo supuesto al que se refiere la Sala, valga decir, la perención después de “vistos” es el que fue declarado inconstitucional en las sentencias números 956 y 2.673 de 2001 (casos: *Fran Valero González y DHL Fletes Aéreos*), por lo cual respetuosamente opinamos que la Sala debió hacer explícitas sus razones para tratar de forma distinta casos donde eran igualmente aplicables los preceptos constitucionales.

Otra muestra de la advertida discriminación la tenemos en el texto de la sentencia bajo análisis, donde la Sala Constitucional, al referirse a las características de la perención como institución procesal, señala lo siguiente:

Ahora bien, esta institución en el proceso civil ordinario tiene las siguientes notas características:

(...)

5. Salvo disposición legal en contrario, no puede imputarse al juez el hecho objetivo que genera la perención (énfasis añadido).

Luce un tanto extraña una aseveración tan tajante, más aun cuando no es debidamente acompañada con una fuente que le dé respaldo, o al menos con algún ejemplo de derecho patrio o extranjero donde se consagre tal excepción. Por ello, dado que se trataba de la verdadera *quaestio iuris* a analizar en la sentencia, pareciera que la Sala incurrió en la odiosa falacia de la petición de principio, al dar por sentado aquello que era su deber demostrar.

Tanto estamos seguros de que se trata de un asunto que reviste naturaleza constitucional, que la propia Sala admitió, el 24 de enero de 2006,

una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 201 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.⁶

2. LA PERENCIÓN NO PUEDE SER UNA SANCIÓN “EN SERIO”

Quizás no nos detenemos suficientemente para darnos cuenta de que las palabras que empleamos en discursos ‘jurídicos’ pueden ser potencialmente vagas o ambiguas, con lo cual el Derecho tiene posibilidades de fallar en su función de orientar ciertas conductas.⁷

Un caso paradigmático de ello lo vemos con la insistencia del Derecho Procesal Civil, del cual se hace eco la sentencia comentada –y nosotros también en otra ocasión⁸– en considerar la perención como una **sanción** al litigante irresponsable.

Es suficientemente sabido que el *ius puniendi* del Estado se manifiesta a través de la jurisdicción penal y de la Administración Pública, mediante un debido proceso/procedimiento.⁹ Sin embargo, ello no parece ser así para la Sala Constitucional, la cual (de nuevo, al ofrecernos las características de la perención) aseveró:

Ahora bien, esta institución en el proceso civil ordinario tiene las siguientes notas características:

1. *Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de la perención de la instancia, ésta ha sido reconocida como una institución eminentemente sancionatoria desde que está predeterminada a la extinción del proceso y a impedir además que pueda demandarse nuevamente hasta que transcurra el lapso de noventa días (énfasis añadido).*

⁶ Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional N° 73 del 24 de enero de 2006 (caso: *César Dasilva Maita*): <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/73-240106-05-2131.htm>. Estamos convencidos que la sentencia N° 195/2006 constituyó un adelanto de pronunciamiento, razón por la cual los Magistrados que suscribieron esta decisión deben inhibirse (o ser recusados) en dicha acción de inconstitucionalidad (Exp. N° 05-2131).

⁷ Sobre los problemas vinculados con el Derecho y el lenguaje, ver: Genaro Carrión, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4^a Ed., 1994.

⁸ Cfr. Tomás Aníbal Arias Castillo, *Op. Cit.*, p. 1.066.

⁹ La única sanción civil que Kelsen ve posible es la ejecución forzosa de bienes. Ver Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 12^a Ed., 2002, p. 123.

Lo anterior no guarda la debida congruencia con un presupuesto elemental de la perención, esto es, la falta de interés procesal de las partes (presumible por la falta de impulso en un lapso prudencial, predeterminado legalmente):

La perención de la instancia como institución netamente procesal constituye uno de los medios de terminación del proceso. Sin embargo, a diferencia de otros medios de terminación, ésta no está vinculada a la voluntad de las partes ni del Juez, sino a condiciones objetivas –transcurso de un período de tiempo sin impulso procesal de parte– que deben conjugarse a los fines de su materialización.

Tal figura ha sido considerada como un medio de terminación del proceso bajo la presunción de abandono o pérdida de interés en el juicio, fundado en la falta de impulso procesal por parte de los sujetos de la relación procesal al no instar diligentemente el procedimiento, manteniéndolo paralizado por un tiempo determinado por la ley (énfasis añadido).

Es un sinsentido afirmar que la perención es una sanción *para quien no tiene interés en el proceso*. Justamente, si se parte del hecho de la pérdida de interés procesal ello debería apuntarnos algo muy distinto, valga decir, que la perención no es una sanción (nadie puede considerarse sancionado si no ha sido privado de un bien) *sino una consecuencia jurídica* (de la pérdida del interés procesal expresada en la no realización de un acto capaz de dar impulso al proceso, en un tiempo prudencialmente considerado en una ley procesal): *el fin del proceso*.

Es inaceptable, además, que se conduzca dicho razonamiento contra las personas interesadas en las resultas del juicio, pues, *la perención después de “vistos” no hace sino sancionar injustamente a las partes* (que cumplieron con todas las cargas legalmente establecidas) *por la inactividad del juez*, quien es el que conforme a Derecho debería sufrir alguna reprimenda (razonable, por supuesto) por su retardo procesal, presumiblemente perjudicial para las partes y para la colectividad.

No me gustaría cerrar esta parte sin insistir en que cuando la Sala, y algunos procesalistas, aseguran que la perención tiene por finalidad sancionar seres humanos, no hace sino incurrir en una trampa del lenguaje. Jurídicamente no puede haber sanción:

- a) Si no se trata de un acto de fuerza efectiva o latente;
- b) Si no se tiene por objeto la privación de algún bien;
- c) Si quien la ejerce no está autorizado por una norma válida; y
- d) Si no es la consecuencia de la conducta de algún individuo.¹⁰

Ninguno de los cuatro elementos se encuentra presente en el caso de la perención.

3. SÓLO EL JUEZ PUEDE SENTENCIAR

En la sentencia 195/2006 observo una concepción un tanto errada de la perención como noción procesal. Su fin es el de dar terminación a los procesos carentes de impulso y éste sólo puede darse por medios idóneos, esto es, actos capaces de llevar el proceso hacia su etapa subsiguiente. Luego de “vistos” el único acto capaz de dar impulso al proceso es la sentencia y, en el fallo comentado, se llega al absurdo de considerar las diligencias de las partes para obtener sentencia como un acto apto para dar impulso al proceso, siendo que, aun cuando las partes diligencien cientos, miles o millones de veces, el proceso no llegará a su etapa siguiente, cual es, la decisión de la causa, la sentencia de mérito.

Así, la Sala Constitucional expuso:

[L]a incorporación de la perención en fase de sentencia compelle a las partes a ejecutar actos de impulso que provoquen la decisión oportuna sobre el asunto sometido a la cognición del órgano jurisdiccional, materializado *a través de solicitudes o diligencias dirigidas al Juez que demuestren la actualidad de su interés procesal en la resolución de la controversia*, puesto que la norma en su configuración gramatical, emplea la conjunción disyuntiva “o”, lo cual hace recaer la carga en uno u otro sujeto del proceso y no exclusivamente en el operador de justicia.

Tales actos de impulso, se insiste, deben ser lo suficiente idóneos para obtener una respuesta por parte del juez ten-

¹⁰ Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 8^a Ed, 1997, pp. 168 y ss.

dente a darle continuidad al proceso o, en el supuesto especial previsto en el artículo 201 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, luego de vista la causa, decidir el asunto sometido a la jurisdicción (énfasis añadidos).

Sin lugar a dudas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se inclinó nuevamente por una acepción de ‘impulso’ (instigación, sugerición) más cercana al lenguaje natural, que a la concepción jurídico-procedimental, que alude al “fenómeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo”.¹¹ Por más que las partes *instiguen* al juez a cumplir con su deber, el proceso no *avanzará*. Sólo lo hará si el juez produce sentencia.

4. LA SALA SE CONTRADIJO

Es curioso que la motivación de la Sentencia N° 195/2006 del 16 de febrero haya comenzado aclarando que la revisión de sentencias no tiene carácter tuitivo, sino extraordinario, y que con dicho mecanismo lo que se pretende es asegurar la integridad de la Carta Magna, así como la autoridad de los fallos vinculantes de la propia Sala Constitucional.

Para la revisión extraordinaria el hecho configurador de la procedencia no es el mero perjuicio, sino que, además, debe ser producto de un desconocimiento absoluto de algún precedente dictado por esta Sala, de la indebida aplicación de una norma constitucional, de un error grotesco en su interpretación o, sencillamente, de su falta de aplicación, lo cual se justifica en el hecho de que en los recursos de gravamen o de impugnación existe una presunción de que los jueces de instancia o casación, de ser el caso, actúan como garantes primigenios de la Carta Magna. Sólo cuando esa presunción logra ser desvirtuada es que procede, en tales casos, la revisión de la sentencia (Vid. Sentencia N° 2.957 del 14 de diciembre de 2004, caso: *Margarita de Jesús Ramírez*).

Más aun, cuando dicho órgano jurisdiccional fue lo suficientemente enfático sobre la obligatoriedad de acatar su criterio sobre la perención

¹¹ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 17^a Reimpresión de la 3^a Ed., 1993, p. 172.

luego de “vistos”, en su sentencia N° 2.673 del 14 de diciembre de 2001 (caso: *DHL Fletes Aéreos*):

Precisado lo anterior, considera esta Sala que la adopción obligatoria por parte de los tribunales de la República y de las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia, de la doctrina jurisprudencial mencionada, ha debido ser cumplida, inexorablemente, a partir del 1º de junio de 2001, por ser esta la ocasión en la que esta Sala Constitucional formalmente asumió, por primera vez, un criterio interpretativo sobre la perención de la instancia y el artículo 26 de la Constitución vigente.

Por tanto, se concluye que si y sólo si se evidencia que una actuación jurisdiccional, posterior a la oportunidad indicada, resulta ser contraria a la doctrina sentada por esta Sala Constitucional en la interpretación constitucional aludida, será conveniente la injerencia de esta Sala y el correspondiente control posterior que tenga como objetivo subsanar la violación producida, como una expresión de la potestad correctiva de la que goza (énfasis añadido).

Las únicas consecuencias ajustadas a Derecho de la aplicación de dicho criterio al caso en análisis eran: i) la declaratoria de procedencia de la solicitud de revisión; ii) la declaratoria de nulidad de la sentencia revisada; y ii) la reposición de la causa al estado de sentencia –sin desestimar la posibilidad de que la Sala, como en ocasiones anteriores lo ha hecho, juzgue que se produjo un incidente de inconstitucionalidad y que, por tanto, episódicamente, declarare la nulidad por inconstitucionalidad de la regulación de la perención en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo–.

Ello no fue así y, por lo tanto, la revisión constitucional mal pudo lograr el declarado cometido de proteger al Texto Fundamental y asegurar la efectividad del *stare decisis*.

5. LA SALA CREÓ LA CARGA DE DILIGENCIAR PARA OBTENER SENTENCIA

Contrario a como podría pensarse, la consecuencia necesaria de aceptar la constitucionalidad de la perención luego de “vistos” no es crear la carga de diligenciar para obtener sentencia. Podría incluso interpretarse que si fenece el lapso de un (1) año para sentenciar, independiente-

mente de lo que haga otro sujeto procesal distinto al juez, opera la perención y se extingue la instancia.

Ello, obviamente, sería inaceptable, pero más injusta nos parece la regulación de la carga de diligenciar, realizada, *sine lege*, por la Sala Constitucional.

Así, en el caso bajo examen, después de declarada vista la causa, el trabajador incluso diligenció dentro del año establecido en el artículo 201 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, mas como no lo hizo específicamente para solicitar sentencia, a juicio de la Sala, ello no “impulsó” el proceso:

Ahora bien, en el caso bajo examen se observa que por *auto del 15 de mayo de 2003*, el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas dijo “*Vistos*” y se fijaron sesenta días para dictar sentencia (...).

Luego, por diligencia del *10 de noviembre de 2003*, el ciudadano Manuel Guzmán García-Alza, trabajador reclamante, solicitó copias simples, acto procesal que no estaba dirigido en forma alguna a obtener una decisión por parte del Juez Laboral (folio 258).

El siguiente acto procedural lo constituye el auto del 29 de marzo de 2004, por el cual el Juez Cuarto Superior para el Régimen Procesal Transitorio del Trabajo del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas se abocó al conocimiento de la causa y ordenó las notificaciones de las partes para proceder a dictar sentencia dentro de los sesenta días siguientes a la práctica de la última de éstas (folio 260). *Tal actuación no fue instada por alguna de las partes involucradas en el litigio y no consta que la misma haya sido impulsada con posterioridad por éstas, de lo cual no puede concluirse que la misma fuese idónea para interrumpir la perención por inactividad de la parte, en los términos del artículo 201 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.*

(...)

Finalmente, consta en el auto del *17 de noviembre de 2004* por el cual el Juez Cuarto Superior para el Régimen Procesal Transitorio del Trabajo del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas *decretó la perención de la instancia*, acto decisorio sometido a revisión (folio 263).

(...)

Como se observa de la reseña que antecede, esta Sala no aprecia algún acto de impulso ante el órgano jurisdiccional que permitiera, desde la fecha de entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, presumir el interés procesal de las partes en obtener sentencia y, menos aún de la sociedad mercantil apelante, quien es en definitiva la parte que alega un agravio ante el Juez de Alzada. *La actuación requerida, como ya se explicó, debe ser calificada en el sentido que esté dirigida a obtener una decisión del mérito de la controversia y no el proveimiento de alguna solicitud dirigida al Juez con otro fin*, de allí que esta Sala estima que la diligencia presentada por el trabajador el 10 de noviembre de 2003 por la cual solicitó copias simples de algunas actas del expediente, *no constituye acto procesal suficiente para interrumpir el lapso de perención y enervar así la aplicación de esa sanción*.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, la Sala, en ejercicio de su potestad de revisión, declara no ha lugar la revisión del fallo dictado por el Juzgado Cuarto Superior para el Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas el 17 de noviembre de 2004 (énfasis añadidos).

Frente a ello sólo debemos comentar que la carga de diligenciar para pedir sentencia no se encuentra en ley adjetiva alguna, por lo cual la Sala Constitucional se extralimitó en sus atribuciones.

6. LA CELERIDAD SÓLO ES EXIGIBLE A LOS JUECES

En la sentencia 195/2006 se justificó la perención luego de “vistos”, dado que los artículos 201 al 204 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se encuentran en el Título IX “Vigencia y Régimen Procesal Transitorio”. Esto es, se brindó un argumento topográfico:

En razón de este régimen de transitoriedad quiso el legislador sobre la materia incorporar normas tendentes a otorgar celeridad en la implementación del sistema de justicia laboral, ello se desprende del texto de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que, sobre tal aspecto, expresa que '*(...) se establece una serie de disposiciones legales, tendentes a regular la forma en la que debe ser aplicada la Ley dependiendo del estado procesal en que se encuentre la causa pendiente, siempre teniendo en mente que las soluciones han sido concebidas para aplicar de inmediato el nuevo régimen'* (Negrillas nuestras).

Frente a tal aserto, basta con señalar que más célere podría resultar lanzar una moneda para juzgar, pero ello no resulta cónsono con nuestra concepción acerca de la justicia.

No es posible que en razón de una dudosamente pretendida celeridad se pierdan nociones mínimas de justicia, y menos cuando en la declaratoria de perención, luego de “vistos” la falta de celeridad, es sólo exigible a los jueces.

Con todos los poderes que se arroga nuestra Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sólo nos queda esperar que ésta sea más fiel al espíritu garantista (para los ciudadanos, claro está) del constitucionalismo contemporáneo, se empeñe menos en crear cargas procesales inexistentes y acoja criterios menos proclives a retribuir injustamente a jueces que no cumplen con sus responsabilidades.

Indexación e intereses moratorios en el proceso laboral

Irma BONTES CALDERÓN*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Breves antecedentes.**
- 2. Indexación en el Derecho Laboral.**
- 3. Intereses moratorios en el Derecho Laboral.**
- 4. Aspectos procesales de ambas instituciones en el Derecho del Trabajo vistos bajo la óptica de la jurisprudencia nacional: 4.1 Indexación. 4.2 Intereses moratorios o de mora.**

Conclusiones

* Universidad Santa María, Abogado. Universidad Católica Andrés Bello, Especialización en Derecho del Trabajo, Profesora de pre-grado. Universidad de Salamanca (Salamanca, Reino de España), VII Cursos de Postgrado en Derecho: Estudios sobre Problemas Actuales del Derecho del Trabajo. Florida International University (Miami, Estados Unidos de América), Seminario Introductorio de Mediación. Universidad Castilla-La Mancha (Toledo, Reino de España), I Curso de Postgrado en Derecho: Relaciones Laborales, Empleo y Protección Social en la Globalización.

INTRODUCCIÓN

La confusión que ha traído durante años estas dos instituciones en el Derecho del Trabajo, ha generado diversidad de sentencias que se han contradicho en cuanto a la procedencia o no de ambos conceptos, la oportunidad para solicitar los mismos, el tiempo que ha de ser considerado para su cálculo y el pago efectivo en o a través de la ejecución de los fallos.

Y es que en el caso de la indexación, su evolución en esta área del derecho ha producido incessantes estudios que han obligado a repasar la validez de su procedencia, no como algunos lo han estimado, sanción al retardo en el pago de las obligaciones laborales, que lo cumple o debe cumplir los intereses moratorios (mora en el cumplimiento), sino como la sinceración de la deuda real que se puede tener en un momento determinado con una persona que ha sido afectada en su patrimonio por el transcurso del tiempo; sobre todo en un país que como Venezuela, ha sufrido, por lo menos hasta recientes años de un retardo judicial de considerables magnitudes y de una inflación y/o devaluación casi a niveles desproporcionados.

1. BREVES ANTECEDENTES

Tanto la *indexación* o corrección monetaria, como *los intereses moratorios* son figuras que se exportan del derecho civil para aterrizar en el derecho laboral.

Se hace entonces necesario, para entender la primera de ellas, y aun cuando se da por conocida su definición general, remontarse a los conceptos de las obligaciones permeables o no, a sus efectos.

Así, forzoso es recordar la tradicional definición de las deudas a la que hace referencia Luis Ángel Gramcko,¹ i) pecuniarias o de dinero; y ii) de valor.

Las primeras, es decir, las *obligaciones de dinero o pecuniarias*, no son otra cosa que "...aquella(s) donde el deudor desde el momento en que se contrae la obligación, se obliga a pagar una determinada suma de dinero..."² y "...cumple bien su obligación entregando precisamente esa

¹ Gramcko, l. (1993); *Inflación y Sentencia*, Vadell Hermanos, Caracas-Valencia, pp. 39.

² Otis Rodner, J. (1983): *El contrato y la inflación , el uso de las cláusulas de valor en Venezuela*. Edi. Sucre, Caracas, pp. 35.

cantidad de dinero prometida”,³ por tanto, no se atiende a la depreciación de los signos monetarios que integran la cantidad de dinero adeudada.

Para dichas obligaciones desde el inicio ha regido el principio que Otis Rodner denomina *Nominalismo* “(...) que parece más como una antítesis al realismo o valor real,⁴ pues el dinero se tiene como un medio de pago, en su valor nominal (numéricamente expresada) y no en su valor real o lo que representa.

De otro lado, tenemos las *deudas de valor*, que no nacen con un *quantum* específico, pero que utilizan la moneda como patrón a los fines de su cumplimiento. Son aquéllas donde las monedas no son en sí el objeto de la obligación, sino la forma establecida de cumplir con la misma.

Es más sencillo entender la distinción cuando ejemplificamos ambos tipos de obligaciones: como dinerarias, los contratos de arrendamiento (el canon), *los contratos de trabajo (el salario)*, los contratos de préstamo (la deuda); y como de valor, a decir de Gramcko, todas las obligaciones extracontractuales nacidas del hecho ilícito cuyo *daño* debe ser tasado en dinero (accidentes de tránsito, de trabajo, etc.).

De la ilustración anterior, se extrae el término de “*daños*” atribuido al concepto de deudas de valor, no porque en sí constituyan uno, sino por cuanto estas deudas sólo se cumplen con el pago o reparación real de lo adeudado, donde lo pactado en forma primaria puede ser distinto a lo cumplido o aquéllo con lo que se estimaba cumplir.

Y es así, por lo menos en la materia que nos compete, pues la obligación salarial y/o prestacional, nace como una obligación dineraria, ya que las partes, están conscientes (de acuerdo) de cuáles son las retribuciones que se deben pagar y/o recibir por la prestación del servicio; sin embargo, la mora en el cumplimiento de las mismas, las convierte en una deuda de valor⁵ y su fundamento jurídico no es otro que la interpretación que se deduce del artículo 1.737 del Código Civil.

Entender la diferencia entre este tipo de obligaciones (dineraria y de valor), nos permite definir, a cuál de ellas se aplica la *indexación*, que

³ *Ibid, ibid.*

⁴ *Idem*, pp. 40.

⁵ Criterio sostenido en Colombia y en Argentina (Sent. SCC 17-03-93).

no es otra cosa que un mecanismo de ajustes del valor nominal de las obligaciones de acuerdo a un índice de precios específico. Es la compensación de la pérdida o depreciación monetaria.

Por su parte *los intereses moratorios*, no son otra cosa que la sanción efectiva por el retardo en el pago de una obligación contraída en dinero.

Originalmente, el Código Civil tiene disgregado en distintas normas el tema de los intereses, y de acuerdo a la función que cumplan los mismos, entiéndase como retributiva, compensatoria, *resarcitoria* o reguladora, pueden ser distinguidos como lo señala Leopoldo Borjas⁶ en: i) interés correspondiente; ii) interés compensatorio; iii) *interés moratorio*; y, iv) interés regulador.

El que interesa a este estudio, es el moratorio, y hago propia la definición del autor anterior que señala: “Cuando el interés cumple una función resarcitoria de los daños y perjuicios causados por el retardo en el cumplimiento de la obligación que tiene por objeto una cantidad de dinero, tal como lo dispone el artículo 1.277 del Código Civil, se denomina ‘Interés moratorio’ (...”).

El derecho mercantil por su parte también contempla en el Código de Comercio, el pago de intereses, y las normas que los prevén de acuerdo a los doctrinarios más reconocidos del área, no coliden con los previstos en las normas del Código Civil, pues sus ámbitos de aplicación abarcan obligaciones de naturaleza distintas, unas civiles y las otras comerciales.

De los antecedentes reseñados de forma simple y breve, se puede obtener como *primera conclusión* que, tanto la indexación, como los intereses moratorios tienen una función, si se quiere reparadora, la primera de ellas repara la pérdida del valor de la obligación, y la segunda, repara el daño por el retardo en el cumplimiento.⁷

2. INDEXACIÓN EN EL DERECHO LABORAL

Ahora bien, corresponde analizar la indexación en la materia que compete a este estudio.

⁶ Borjas, L. y otros (1988): *Los intereses y la usura*. Edi. Revista de Derecho Mercantil, Caracas, pp. 20.

⁷ “Reparar significa procurar una satisfacción equivalente”.

La Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, con Ponencia de Rafael Alfonzo-Guzmán el 17-03-93, asentó los argumentos de la procedencia de la indexación en materia laboral, la cual ha sido reiterada desde esa fecha en adelante.

El propósito de dicha sentencia, reconocido por su ponente en sus más recientes obras,⁸ no es otro que “*corregir los efectos de la mora del patrono en el pago puntual de las prestaciones sociales del trabajador a la terminación del respectivo contrato individual... Impedir que la duración del proceso judicial en períodos de depreciación monetaria trocará en ventaja del empleador remiso (...)*”.

Y es este propósito justamente el que genera ciertas contradicciones en el decurso de la sentencia comentada a criterio de quien suscribe, por lo que cabe destacar de forma simple y contundente, las objeciones más importantes que se le hacen, para poder efectivamente distinguir entre las dos instituciones que se analizan y que eran objeto de confusión entre ellas cuando eran demandadas, particularmente en cuanto al fin que persiguen. A saber:

1.- El salario y las prestaciones sociales, son obligaciones dinerarias, porque se cumplen pagando exactamente lo pactado, siempre que se haga oportunamente. Para ello medió el consenso de las partes en la estipulación de la remuneración y el reconocimiento de las previsiones legales y/o convencionales.

Con esto se quiere decir que desde el inicio de la relación laboral hasta la culminación de la misma, los contratantes están en pleno conocimiento de cuál es la contraprestación que reciben por haber convenido en ella (Salario, Vacaciones, Utilidades, etc.)

2.- Por otra parte, si bien es cierto que dichas obligaciones laborales tienen naturaleza alimentaria, no por eso se convertirán necesariamente en deudas de valor, pues salvo en su fin último, no son asimilables “al deber de asistencia” previsto en el Código Civil en su artículo 282 y siguientes, tal y como lo refiere la sentencia *in commento*; este deber de asistencia, *es una obligación de hacer*, no estimada en dinero, pero que se cumple cubriendo los gastos que cada necesidad (manutención,

⁸ Alfonzo-Guzmán, R. (1999): *Nueva Didáctica de Derecho del Trabajo*. Edi. Adriana Alfonso Sotillo, Caracas, pp. 206.

alojamiento, etc.), requiera. Dicho de otra forma, es una obligación de valor, no pactada en dinero, pero cumplida con su equivalente, cualquiera que sea.

El pago de salario y/o prestaciones dinerarias dentro del contrato de trabajo por el contrario, constituyen una *obligación de dar*, y así lo refiere el mismo autor de la ponencia, cuando dentro de las obligaciones del patrono que también tiene de hacer y no hacer, establece que las “prestaciones de dar son: *pagar la suma de dinero convenida o legalmente obligatoria; suministrar la alimentación y los demás beneficios en moneda o especie, económicamente evaluable, transferidos al trabajador por el patrono (...)*”⁹; donde esta obligación de dar, ya está previamente establecida y valorada en dinero.

3.- El doctrinario referido yerra entonces cuando confusamente estima como propósito de su sentencia el “corregir los efectos de la mora” (motivación preliminar de la sentencia), pues de ser así, al condenarse también al pago de los intereses moratorios, se estaría aplicando una doble sanción al patrono por la misma falta (cumplimiento oportuno del pago). Es cierto, que del texto de la sentencia, luego se desprende que el ponente, distingue entre la indexación, no como una indemnización *per se*, sino como “la misma obligación expresada en el valor equivalente de la moneda en el momento lógico del pago” y los intereses moratorios, como una obligación distinta y accesoria, a la debida originalmente. Sin embargo, en el contenido total de la misma, son muchas las oportunidades en que la sanción al retardo en el cumplimiento pareciese la indexación y no la condenatoria de intereses moratorios.

Por ello, y es justamente, la *segunda conclusión*, debe claramente distinguirse por una parte que: i) la indexación de una deuda dineraria, pagada inoportunamente, corresponde a la misma deuda corregida (actualizada) en su valor, y por la otra; ii) los intereses de mora corresponden a la sanción efectiva por la falta de pago oportuna de la deuda, con lo cual es la única forma de entender que se puedan conjuntamente demandar, como conceptos u obligaciones distintas.

⁹ *Ídem*, pp. 164.

3. INTERESES MORATORIOS O DE MORA EN EL DERECHO LABORAL

Esta institución presenta menos confusión que la acabada de analizar.

En primer lugar, porque es de vieja data, y a pesar de que también proviene del derecho civil, ha sido de más fácil entendimiento.

En segundo lugar, porque estos intereses los ha previsto la ley sustancial; a tenor de la anterior Ley del Trabajo y hoy de la Ley Orgánica del Trabajo y su reforma, siempre se ha estimado que las prestaciones sociales de antigüedad generan intereses, tanto en vigencia de la relación laboral, como según la interpretación jurisprudencial, después de culminada la misma, sino han sido honradas de forma inmediata.

Más aun, esta institución ha avanzado, pues de prever para el pago de las prestaciones sociales vigente la relación laboral, un interés de acuerdo a una tasa anual fija que establecía el Banco Central de Venezuela (BCV), saltó a la pluralidad de tasas, dependiendo del caso, es decir, activa (en forma de sanción, pero no a la mora), promedio entre la activa y la pasiva fijada por el BCV (acreditación en la contabilidad de la empresa).

Ahora bien, en la jurisprudencia que interpretaba la antigua Ley del Trabajo, algunos tribunales entendían que sólo eran susceptibles de pago de interés moratorio a la tasa que fijaba el BCV, la antigüedad y el auxilio de cesantía, y a los otros conceptos adeudados se le aplicaba el interés legal previsto en el Código Civil,¹⁰ pues era para algunos jueces incomprendible, que de venir devengando estas obligaciones un tipo de interés durante la vigencia de la relación (BCV), al culminar la misma, la sanción por el pago inoportuno generaba otro, de menor cuantía (3%).

Sin embargo, la referida opinión jurisprudencial no era unánime, pues en criterio de otros, los intereses moratorios debían cancelarse únicamente por la prestación social de antigüedad y el auxilio de cesantía, y no por los demás conceptos adeudados (vacaciones, utilidades, etc.); y éstos debían ser cancelados a la tasa del 3% fijada por el artículo 1277 del Código Civil.

¹⁰ Sent. JS3TDFM 18-12-78; R&G, Tomo 62, p. 360.

Con la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo, fueron muchas las sentencias de instancia que se pronunciaron a favor del pago de los intereses moratorios por todas las cantidades adeudadas (no sólo las prestaciones sociales), desde que culminó la relación laboral y/o el derecho se volvió exigible, y, a la tasa mensual que publica el BCV (Art. 108, lit. a LOT, ó c de su reforma). Es decir, se empezó a aplicar el interés previsto para las prestaciones sociales en las relaciones laborales vigentes, o sea, el establecido para aquellas relaciones de trabajo que aún no habían culminado.

Fue la Sala de Casación Civil la que aclaró este punto, y a tales efectos toca resaltar la Sentencia con Ponencia del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez (Exp. 97-650), caso Viasa de marzo del 99, la que meridianamente estableció:

(...) Para la Sala si el patrono entra en mora en sus obligaciones... entonces debe pagar al trabajador el interés legal contemplado en los artículos 1.277 y 1.746 del Código Civil, por estar allí prevista esa hipótesis, pero resulta ilegal... que aplique para determinar el pago de interés de una mora, el supuesto de hecho del artículo 108...

(...) La aplicación del artículo 108, literal a) de la Ley Orgánica del Trabajo hasta el 18 de junio de 1997, así como de la Reforma de la Ley que trata sobre la materia del pago de intereses de la prestación de antigüedad, queda reservada únicamente para cuando discurre la relación de trabajo entre las partes (...).

El anterior criterio tuvo sostén hasta que con la aparición del artículo 92 en la Constitución Nacional promulgada a finales de año 99, se generaron otras interpretaciones también contradictorias. El referido artículo prevé:

Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que le recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. *El salario y las prestaciones sociales son créditos laborables de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de las mismas garantías de la deuda principal* (énfasis añadido).

A la luz de este artículo hay quienes interpretaron que por tratarse de un derecho (el pago de intereses), ahora constitucional, y por desfavorecer

el pago de los intereses previstos en el Código Civil a los trabajadores debía propenderse a una justa sanción.

Así, el Magistrado Alfonso Valbuena, en octubre del año 2002, emite fallo (Nº 642) donde *cambia el criterio*, y ordena la aplicación del nuevo, en las siguientes causas, estableciendo:

(...) esta Sala se aparta del criterio jurisprudencial hasta ahora seguido y establece que cuando el patrono no cumple con su obligación primordial frente a su trabajador, que consiste en el pago oportuno de prestaciones sociales, o lo que es lo mismo, si el patrono incurre en mora, deberá pagarle al trabajador el interés laboral contemplado en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, identificada bajo el correcto término de la prestación de antigüedad y no es otro que el fijado por el Banco Central de Venezuela (...).

Sin embargo, esta doctrina fue modificada a partir del año siguiente:

(...) la falta de pago oportuno de las prestaciones sociales... dado el uso por el empleador de un capital perteneciente al trabajador... generará intereses a favor de éste, los que se calcularán a la tasa del 3% anual, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.277 y 1.746 del Código Civil, si son causados antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; en tanto que se calcularán a la tasa fijada por el Banco Central de Venezuela, en conformidad con lo establecido en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, si son causados después de la entrada en vigencia de la Carta Magna (...), énfasis propio).¹¹

Criterio que incluso ha sido acogido por el mismo Alfonso Valbuena en sentencias del año 2004; ejemplo de ello, sentencia 468, expediente AA60-S-2004-000277.

Constituyen pues, los intereses moratorios una sanción, una indemnización *ex lege*, que opera, ésta sí, como castigo a la mora del pago de la obligación de forma oportuna; que con su evolución, sobre todo en esta materia, ha cambiado los parámetros originales de los intereses legales,

¹¹ Sen. TSJ- SCS Nº 691 16-10-03 Caso: *Corporación Guédez Santamaría Sucesores, C.A.*

a un tipo de interés especial, que actualmente es el previsto por el Banco Central de Venezuela para el pago de prestaciones sociales, siempre y cuando se generen después de la promulgación de la Constitución Nacional vigente (99).

En cuanto a la fecha desde y hasta cuando son exigibles los intereses moratorios, serán analizados más adelante cuando se revisen los aspectos procesales de esta institución, sin embargo, antes de la aparición de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (G. O. N° 37.504 del 13-08-2002), lo eran desde la fecha de culminación de la relación laboral hasta la fecha de promulgación de la sentencia o del decreto de ejecución.

4. ASPECTOS PROCESALES DE AMBAS INSTITUCIONES EN EL DERECHO DEL TRABAJO VISTOS BAJO LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

4.1 INDEXACIÓN

Para examinar este particular objeto final del estudio, en lo que respecta a la indexación, toca volver sobre la sentencia de Alfonzo-Guzmán ya revisada, la de Héctor Grisanti Luciani del 14-08-96 y la del mismo año de fecha 28 de noviembre, también de Alfonzo-Guzmán, que nos permitirán considerar lo que prescribe la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPTRA) y la tendencia de la jurisprudencia nacional actual.

La decisión del año 93, estableció grandes novedades procesales, a saber: i) *la indexación o corrección monetaria se establecería de oficio*, es decir, sin la necesidad de que fuera a solicitud de parte, utilizando como fundamento la irrenunciabilidad de los derechos laborales y su carácter de orden público.¹²

¹² “Esta Sala apoyada en la noción de orden público y en la irrenunciabilidad de las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores (Art. 16 LT abrogada y equivalente al 3 de la LOT), conceptúa que *el ajuste monetario puede ser ordenado de oficio por el juez, aunque no haya sido procesalmente solicitado por el interesado*, basada en que la restitución del valor de las obligaciones de dinero al que poseía para la fecha de la demanda, no es conceder más de los pedidos, sino conceder exactamente lo solicitado, teniendo en cuenta que el trabajador tiene el derecho irrenunciable a la prestación no disminuida por la depreciación cambiaria. Por consiguiente este Alto Tribunal, declara materia relacionada con el orden público social la corrección monetaria en los juicios laborales que tengan por objeto la cancelación de las prestaciones sociales de los trabajadores, la cual ordenará de oficio a partir de la fecha de publicación del presente fallo”.

Y aun cuando en opinión de quien suscribe, el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, no tiene que ver con el fundamento real de la necesidad de la corrección monetaria de las obligaciones surgidas del contrato de trabajo, pues su origen está más vinculado con la conversión de una deuda de dinero en una de valor, por los efectos del incumplimiento (Ver Código Civil); se ha sostenido desde esa fecha, tal postura, con lo cual independientemente de las cargas alegatorias de las partes en el proceso, la indexación en materia laboral se decreta de oficio, eso sí, en la sentencia y no en el decreto de ejecución, lo cual también ha sido objeto de reiterada jurisprudencia.¹³

De otra parte, en la misma sentencia, ii) el *momento desde cuál debe ser considerada la corrección monetaria*, se previó a partir de la admisión de la demanda, criterio con el cual no está de acuerdo actualmente su ponente, pues entiende que la pérdida del valor no se concibe sino desde el momento en que debió efectuarse oportunamente el pago y éste no se realizó, es decir, desde el momento en que era exigible el pago de las prestaciones sociales.

Lo dicho sobre desde cuándo debe calcularse la indexación, sigue siendo una postura sostenida, pues tal y como lo prevé la sentencia Nº 312 del 15 de abril del 2004 “el criterio reiterado a los fines de determinación del tiempo... es desde la fecha de introducción de la demanda”; y quizás se entiende esta postura, pues es el momento exacto en el cual el acreedor/trabajador exige de forma cierta su “aparente” derecho al cobro de prestaciones o su diferencia, pudiendo ser éste absoluta o parcialmente concedido, o totalmente negado. O, como bien en reiteradas sentencias ha establecido la Sala de Casación Civil “(...) la indexación judicial permite el reajuste del valor monetario y evita mayor perjuicio al acreedor, por efecto del retardo procesal, por tanto,... se concede desde el momento en que se instaure el juicio con la admisión de la demanda (...)¹⁴”.

Asimismo, iii) *la exclusión o no de períodos de tiempo para el cálculo de la indexación*, por efecto de la paralización del proceso judicial, que incluye la problemática de iv) *la fijación del momento exacto (sentencia o ejecución) en que debe ser calculada la corrección*, ha sufrido sus pro y sus contra, y aun en la actualidad, los tribunales divergen en sus criterios.

¹³ Sent. CSJ-SCC. 21-06-95 y Sent. TSJ. SCS. 26-07-01.

¹⁴ Sent. TSJ. SCC. 27-07-04 Caso: UNEXPO.

La sentencia del magistrado Héctor Grisanti Luciani, estableció que la indexación no sólo debe aplicarse con exclusión de los lapsos donde por responsabilidad de las partes estuvo demorado el proceso judicial, sino que para el cálculo de la misma sólo debe considerarse el tiempo transcurrido entre la admisión de la demanda y el momento en que el tribunal debió dictar la sentencia. Ello fundamentado especialmente, en que no todo el tiempo de mora en el cumplimiento de la obligación es o era de responsabilidad del supuesto deudor/empleador.

No obstante, este criterio fue atemperado meses después cuando por sentencia del mismo Alfonzo-Guzmán se limitaron las exclusiones referidas, sólo a dos particulares: 1) Por hechos fortuitos o causas de fuerza mayor; y 2) Por aplazamiento o suspensión voluntaria concertadas por las partes en el proceso. Fundamentado en que el retardo judicial, no puede operar en contra del acreedor/trabajador sino en contra del deudor/empleador.

Hasta aquí, pareciera no existir dudas sobre esta institución, desde el punto de vista procesal, pues sentencias más sentencias menos, el criterio general ronda sobre estos fundamentos. Sin embargo, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, vigente desde el 13 de agosto de 2003, por primera vez, introduce dentro de las normas adjetivas de la materia, esta figura, previendo:

Artículo 185 LOPT.- En caso de que el demandado no cumpliera voluntariamente con la sentencia, procederá el pago de intereses de mora sobre las cantidades condenadas, las cuales serán calculadas a la tasa de mercado vigente establecida por el Banco Central de Venezuela para los intereses sobre prestaciones sociales, y correrán desde la fecha de su ejecución hasta la materialización de ésta, entendiéndose por esto último, la oportunidad de pago efectivo, en el lapso establecido en la presente Ley. Igualmente *procederá la indexación o corrección monetaria sobre las cantidades condenadas, la cual debe ser calculada desde el decreto de ejecución hasta su materialización, entendiéndose por esto último la oportunidad de pago efectivo* (énfasis añadido).

Esta norma cambia los parámetros de tiempo que se vienen utilizando para el cálculo de la indexación.

Claramente señala la norma que la indexación o corrección monetaria, ya no se calculará desde la admisión de la demanda, o desde el momento en que la deuda se hizo exigible, no queda sombra a dudas que el momento para su *cálculo será desde el decreto de ejecución*, y siempre y cuando *el deudor se niegue a cumplir voluntariamente con el dispositivo del fallo*.

Este cambio radical tiene su asidero legal, tal como sostiene Ricardo Henríquez La Roche¹⁵ en dos particulares o circunstancias:

- 1) Las obligaciones laborales no son cuantitativamente ciertas sino a partir de la sentencia definitivamente firme (se requiere certeza del crédito). Ello porque el título del derecho es la propia sentencia.
- 2) Los juicios laborales con la nueva ley deben ser breves, por tanto no deberán exceder de ocho meses aproximadamente (de acuerdo a los cómputos de la ley).

Y es que la Exposición de Motivos de la nueva ley, así lo prevé, pues el fundamento de todo este cambio es una administración de justicia expedita, que no atente por su demora contra el derecho de los justiciables. Se pretendió borrar el nefasto pasado de los procesos judiciales cuya duración promedio estaba entre los tres y diez años.

Sin embargo, no deja de preocupar, que si con el ya no tan nuevo proceso, el juicio efectivamente entre las dos instancias más casación, si la tuviese, durara esos ocho meses o un poco más (tal y como está ocurriendo), en un país como este donde la inflación y/o devaluación, puede variar a velocidades insospechables, el acreedor/trabajador, sólo contará con que se le actualice el valor de su deuda, a partir de que ésta quede definitivamente firme, con ello, pierde todo el ajuste que se pudo generar durante el transcurso del proceso, que en materia civil, es el fin de la indexación judicial.¹⁶

Cabe señalar, que pareciera perder sentido, la salvedad que venían haciendo los tribunales sobre la exclusión de los períodos por retardo en el

¹⁵ Henríquez La Roche, R. (2003): *Nuevo Proceso Laboral Venezolano*. Edi. Liber, Caracas, pp. 527.

¹⁶ Sent. TSJ. SCC. 27-07-04. Caso: *UNEXPO*.

cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor y los generados por las partes, porque esta corrección ya no incluye el tiempo que dura el proceso; sin embargo, habrá que observar si en el período de ejecución, estas dos circunstancias se pueden o no dar.

Otra consideración hay que hacer sobre esta norma, y es la relativa a *la imposibilidad de establecer la indexación hasta la efectiva materialización del fallo, es decir, hasta el pago efectivo*.

No es comprensible cómo a los proyectistas de la ley procesal de la materia, se les escapó en la redacción, este gazapo, cuando la jurisprudencia civil y procesal, de este mismo tribunal, en reiteradas sentencias han determinado que *no se puede condicionar el dispositivo de un fallo a un hecho incierto como lo sería el cumplimiento efectivo del pago, pues este hecho no depende del tribunal sino del deudor y sus posibilidades*.

Efectivamente, la Sala de Casación Civil ha establecido que las sentencias que no establecen la oportunidad hasta la cual debe calcularse la indexación, vician al fallo de indeterminación objetiva, pues lo supeditan a una condición futura e incierta “pago efectivo”, el cual sólo puede producirse con posterioridad al cálculo ordenado. Es ir del principio al fin y volver al principio otra vez sin poder concluir el ciclo, no se puede pagar si no se realiza el cálculo y no se puede calcular si no se paga efectivamente.

El perito o experto designado a los fines del cálculo de la indexación o corrección monetaria de la obligación adeudada, debe tener los parámetros o límites previstos en la sentencia, a los cuales se tiene estrictamente que sujetar, por lo tanto no les “*(...) es dable, consideraciones o apreciaciones personales (...)*”.¹⁷

La sentencia en cualquier materia debe ser un instrumento que se baste por sí solo, autónomo e integral, por tanto debe ser precisa y no puede dejar cuestiones pendientes, y aun cuando la ley procesal general, Código de Procedimiento Civil, prevé la posibilidad de que se condene una causa, sin el *quantum* de la condena, a través de su liquidación por acto separado, “*experticia complementaria del fallo*”, no menos cierto es que los límites para este acto deben estar estrictamente precisados en el fallo.

¹⁷ Sent. TSJ. SCC. 08-11-01. Caso: *Depositaria Miramar, C.A.*

Entre otras, las siguientes sentencias de la Sala de Casación Civil reiteran lo dicho, a saber: N° RC 129, caso: *Seguros la Previsora del 25-02-04*; RC 223, caso: *Seguros Caroni del 23-03-04*; N° RC 693, caso: *Comercializadora Domingos, C.A. del 27-07-04*; y N° RC 714, caso *UNEXPO del 27-07-04*.

Entonces, es factible concluir que, aun cuando la ley procesal laboral prevé, una forma de cumplir con el pago indexado materialmente imposible de ejecutar, y al cual se han acogido los tribunales del trabajo, incluyendo a la Sala Social, con el tiempo deberán asumir una postura que para algunos será de tendencia procesalista/civilista, pero más ajustada a la realidad, y es la ya comenta.

En la actualidad, los tribunales laborales no han asumido que el cálculo de la indexación es a partir de la ejecución del fallo, tal y como lo prevé el artículo 185 de la LOPTRA, y esto simple y llanamente pareciera ser porque la mayoría de los procesos en los cuales se ha condenado la misma, vienen del régimen anterior, es decir, vienen con una mora procesal de años, sería pues injusto desaplicar la corrección monetaria del tiempo transcurrido durante el régimen anterior y ceñirse, sin más a la nueva norma; pese a que nada dice la ley adjetiva al respecto.

Sentencia N° 0251 de la Sala de Casación Social fecha 12 de abril de 2005 (Caso: *Petroquímica SIMA, C.A.*), ratifica lo expresado en el párrafo anterior, al señalar:

Aprecia la Sala que la sentencia recurrida declaró *improcedente el alegato de la parte apelante referido a la corrección monetaria ordenada desde la fecha de ejecución del fallo*, confirmando de esa forma el fallo apelado que ordenó la corrección monetaria “*desde la fecha de notificación de la presente demanda hasta la fecha de la presente decisión*”, excluyendo los períodos en que la causa se encuentre suspendida por ambas partes.

(...) / (...)

El criterio sostenido por esta Sala de Casación Social con respecto a la corrección monetaria, *es que la misma debe calcularse desde la fecha de la admisión de la demanda hasta que la sentencia quede definitivamente firme*, excluyendo el lapso en que el proceso haya estado suspendido por

acuerdo de las partes, y aquéllos en los cuales la causa estuviere paralizada por motivos no imputables a ellas, es decir, hechos fortuitos o fuerza mayor, tales como vacaciones judiciales y huelga de funcionarios tribunalicios, *criterio este dirigido a aquellos casos que se hubieren tramitado antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley Procesal y que recientemente fuera ratificado por este alto Tribunal en sentencia N° 111 de fecha 11 de marzo del año 2005 (sic).*

Asimismo, la mencionada sentencia sobre el aspecto referido a la indexación durante la ejecución forzosa, mantiene el criterio contradicho en este trabajo, al sostener:

Ahora bien, la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo en su artículo 185 establece también la procedencia de la condena de indexación con posterioridad a la sentencia definitivamente firme, específicamente, cuando el demandado cumpliera voluntariamente con lo dispuesto en la misma, debiendo calcularse desde el decreto de ejecución hasta la realización del pago efectivo.

(...) / (...)

en caso de incumplimiento voluntario se debe realizar, además de la experticia para liquidar la cantidad que se va a ejecutar, *otra para solventar la situación de retardo en el cumplimiento efectivo y la adecuación de los intereses e inflación en el tiempo que dure la ejecución forzosa.*

(...) / (...)

en defecto del cumplimiento voluntario (ejecución forzosa), se solicitará ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, o éste de oficio **ordenará** la realización de nueva experticia complementaria del fallo para calcular a partir de la fecha del decreto de ejecución y hasta el cumplimiento efectivo, *la indexación judicial y los intereses moratorios sobre la cantidad liquidada previamente (que incluye la suma originalmente condenada, más los intereses moratorios y la indexación judicial calculados hasta la fecha en que quedó definitivamente firme la sentencia).*

4.2 INTERESES MORATORIOS O DE MORA

Si alguna duda hubiera podido quedar en cuanto a la tasa de interés aplicable ya comentada, la LOPTRA, dejó claro en su artículo 185, que ésta no será otra que la fijada por el Banco Central de Venezuela para las prestaciones sociales.

En caso de que el demandado no cumpliera voluntariamente con la sentencia, procederá el pago de intereses de mora sobre las cantidades condenadas, *las cuales serán calculadas a la tasa de mercado vigente establecida por el Banco Central de Venezuela para los intereses sobre prestaciones sociales*, y correrán desde la fecha de su ejecución hasta la materialización de ésta, entendiéndose por esto último, la oportunidad de pago efectivo, en el lapso establecido en la presente Ley (...), énfasis añadido).

Ahora bien, al igual que pasa con la indexación ya comentada, estamos en presencia de cambios sustanciales frente a los que se venía haciendo con esta institución.

En primer lugar, la exigibilidad de los intereses de mora ya no es a partir de la culminación de la relación laboral, sino desde la fecha del decreto de ejecución.

En segundo lugar, los mismos deberán ser calculados hasta su pago efectivo, y en este particular se da por reproducido el comentario emitido en el caso de la indexación y la indeterminación que genera esta frase en la ejecución material de la sentencia.

En tercer lugar, no deja dudas sobre que los mismos se aplicarán sobre las cantidades condenadas, sin hacer distinción entre lo que es o no parte de las prestaciones sociales como ocurría con anterioridad; con lo que se puede entender, que a partir del establecimiento de los conceptos adeudados (o condenados a pagar, tales como las indemnizaciones), todos se convierten en una sola deuda susceptible de pago de intereses moratorios.

Es que no cabe otra cosa que comentar, que el legislador deposita toda su confianza en lo expedita que se prevé debe ser la aún nueva estructura judicial laboral, con lo cual deja por fuera el tiempo que demora el supuesto deudor en exigir el pago de sus acreencias, y el tiempo de duración del proceso mismo; ya no se puede entonces hablar de mora

en sentido general, sino de una mora condicionada por la especialidad de la materia.

Hasta ahora, al igual que pasa con la indexación, se siguen utilizando los parámetros anteriores para el cálculo de los intereses de mora, pues la mayoría de las causas provienen de régimen pasado, con la salvedad que se calculan hasta la ejecución del fallo, y no hasta el decreto del mismo, con lo cual: i) Se calculan desde la terminación de la relación laboral, y ii) a la tasa del BCV, siempre que se hubieran generado después de la promulgación de la CRBV del 99.

CONCLUSIONES

Concluyo destacando cinco particulares:

- 1) Ambas instituciones tiene un fin reparatorio, pero constituyen obligaciones distintas. La indexación, actualización del valor de la obligación; los intereses moratorios, la sanción al pago inoportuno de las obligaciones debidas.
- 2) Los tribunales deberán mantener la ponderación en la aplicación del contenido del artículo 185 de la LOPTRA, mientras existan causas que se hayan instaurado con el anterior régimen procesal, de lo contrario el tiempo transcurrido obrará siempre en contra del trabajador/acreedor.
- 3) Urge la revisión, a la luz de los criterios procesales, del momento hasta donde deben calcularse ambos conceptos (sentencia firme, ejecución forzosa o pago efectivo), pues mantener que es hasta “la oportunidad efectiva del pago”, genera indeterminación de la sentencia, y la posibilidad de sucesivas experticias que corren el riesgo de siempre excluir un período de tiempo.
- 4) El sistema procesal laboral creado requiere de una extrema supervisión, pues al iniciarse los retardos procesales, como está sucediendo, por prolongaciones innecesarias de las audiencias preliminares, que aun cuando limitadas en el tiempo (4 meses), generan un retardo en la sustanciación, o el tiempo transcurrido entre la notificación efectiva y el asentamiento de la constancia o certificación en el expediente, o el tiempo que pasa entre la apelación y el envío del expediente al superior, su admisión y fijación de audiencia, no permiten que nos encontramos en procesos que duran sólo los ocho meses estimados por el legislador para todo el juicio con sus instancias, todo lo cual redunda en contra del trabajador.

5) Finalmente, debería analizarse a profundidad nuevamente el criterio actual que otras Salas tienen sobre el pago, o mejor dicho, demanda conjunta de estas dos obligaciones, pues según la Sala Politicoadministrativa.

(...) Esta indemnización (los intereses moratorios...) no puede acordarse si se solicita simultáneamente con la indexación judicial, por cuanto la misma actualiza el valor de la moneda en que debió producirse el pago, (...) y por tanto comprende a la suma que resultaría de los intereses moratorios (...). En tal virtud, resulta improcedente acordar intereses moratorios e indexación judicial, por cuanto ello implica un doble pago por el incumplimiento de la obligación (...).¹⁸

¹⁸ Sent. N° 696 de 29-06-04 Caso: *Sabenpe contra Municipio Iribarren*.

¿La referencia constitucional al trabajador es extensible a la noción de funcionario público?

Jesús CABALLERO ORTIZ*

SUMARIO:

Introducción

1. **El régimen estatutario:** **1.1 Régimen estatutario y reserva legal:** **1.1.1** Imposibilidad de delegación. **1.1.2** Imposibilidad de regulación contractual. **1.2 El concepto de trabajador y el régimen estatutario de los funcionarios públicos:** **1.2.1** Algunas tesis juslaboralistas. El cuestionamiento de la relación estatutaria: **1.2.1.1** La posición del realismo objetivo. **1.2.1.2** La tesis de Enrique Fernández Gianotti. **1.2.1.3** La tesis de la inconstitucionalidad de la relación estatutaria. **1.2.1.4** La tesis de Miguel Sánchez Morón. **1.2.2 La vigencia de la relación estatutaria:** **1.2.2.1** La doctrina. **1.2.2.2** La legislación.

* Universidad Central de Venezuela, Profesor de Derecho Administrativo.

2. **Consecuencias de la relación estatutaria:** **2.1** *El concepto de trabajador como referido sólo a los obreros;* **2.2** *El concepto de trabajador incluye en principio a los funcionarios públicos.* **2.2.1** Los convenios internacionales. **2.2.2** Los votos salvados en la Constituyente. **2.3** *El régimen previsto en la norma constitucional respecto al trabajador es aplicable a los funcionarios sólo si a ello no se opone la vinculación estatutaria:* **2.3.1** El artículo 89 de la Constitución. **2.3.2** El artículo 91 de la Constitución. **2.3.3** El artículo 92 de la Constitución. **2.3.4** El artículo 93 de la Constitución. **2.3.5** Los derechos colectivos: **2.3.5.1** El derecho a la sindicación. **2.3.5.2** El derecho a la negociación colectiva. **2.3.5.3** La huelga.

INTRODUCCIÓN

En diversas disposiciones de carácter constitucional se alude a la noción de trabajador, sobre todo en las normas que consagran derechos de carácter laboral. Ahora bien, en virtud de que la misma Constitución dispone que los funcionarios públicos quedarán sometidos a un estatuto,¹ señalando en forma precisa el contenido del mismo, se ha planteado si, por ello, la noción de funcionario público es distinta a la de trabajador y, en consecuencia, los derechos que ha previsto para él no son extensibles a los funcionarios públicos.

1. EL RÉGIMEN ESTATUTARIO

Efectivamente, el funcionario público se encuentra en una situación estatutaria, pero tal situación se encuentra referida a las materias específicamente señaladas por la Constitución. A tal conclusión se arriba a partir de la lectura del artículo 144 de la misma, el cual dispone que “La Ley establecerá el Estatuto de la función pública *mediante normas sobre...*”.² Por tanto, la vinculación estatutaria, a través de normas unilateralmente dictadas por el Estado, comprende un ámbito material en el cual se incluyen las reglas relativas al ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro;³ requisitos de los funcionarios para el ejercicio de los

¹ V. artículo 144.

² Cursivas nuestras.

³ V. el mismo artículo 144.

cargos;⁴ determinación de los funcionarios excluidos de la carrera,⁵ régimen de remuneraciones,⁶ sistema de jubilaciones y pensiones,⁷ régimen disciplinario a través de sanciones administrativas y su procedimiento⁸ y, en fin, los mecanismos jurisdiccionales a través de los cuales el funcionario público puede ejercer sus derechos, es decir, el contencioso administrativo funcional.⁹

La nueva fórmula empleada por el Constituyente en el artículo 144: “La ley establecerá el *estatuto* de la función pública...”, bastante similar al enunciado de la Constitución española en su artículo 103.3 (“La ley regulará el *estatuto* de los funcionarios públicos...”)¹⁰ confirma una situación ya prevista en la Constitución de 1947:¹¹ La relación que vincula al funcionario con la Administración Pública es estatutaria, es decir, reglamentada unilateralmente por el Estado por vía general e impersonal, lo que implica:

1. El acceso a la función pública mediante un acto administrativo unilateral de nombramiento y no mediante un contrato y
2. Que el funcionario no tiene derecho adquirido alguno al mantenimiento de una determinada regulación de sus condiciones de trabajo o a impedir su modificación. De esta forma, la concepción de la función pública se contrapone, en principio, a la relación laboral regulada por el Derecho del Trabajo.¹²

⁴ V. artículo 144 *in fine*.

⁵ V. artículo 146.

⁶ V. artículo 147.

⁷ V. artículo 147, último párrafo.

⁸ V. artículo 49, ordinal 6

⁹ V. artículo 156, numeral 32.

¹⁰ Cursivas nuestras.

¹¹ Artículo 90: “El Estado dictará un estatuto que rija sus relaciones con los funcionarios y empleados públicos, en el cual se establecerán las normas de ingreso a la Administración y las de ascenso, traslado, suspensión y retiro”.

¹² V. en general Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2001, p. 62. En Francia la fórmula ha sido consagrada en forma expresa y con mucha claridad, pero por vía legislativa. Así, el artículo 4 de la ley del 13 de julio de 1983 (relativa a los derechos y obligaciones de los funcionarios) prevé lo siguiente: “El funcionario se encuentra respecto a la Administración en una *situación estatutaria y reglamentaria*”. Cursivas nuestras.

1.1 RÉGIMEN ESTATUTARIO Y RESERVA LEGAL

Al prever el régimen estatutario respecto a determinadas materias, las que el Constituyente consideró de mayor relevancia, al mismo tiempo las reservó al ámbito de la ley. Las dos consecuencias de esa disposición constitucional la constituyen la imposibilidad de su delegación y de su regulación contractual.

1.1.1 *Imposibilidad de delegación*

En primer lugar, no es posible la delegación de tales materias en el Reglamento, ya que estaríamos en presencia de lo que Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández denominan la deslegalización como técnica contraria a la reserva legal,¹³ pues la reserva legal lo es siempre de una materia determinada, de modo que una ley no puede utilizarse para contrariar a la Constitución que ha dispuesto tal reserva.¹⁴ En efecto, y tal como lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional español en su sentencia del 2 de noviembre de 1989, no le es posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones al reglamento, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contraria a la norma constitucional objeto de la reserva.¹⁵

Tales postulados han sido reconocidos en varias sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia entre las cuales cabe señalar la N° 2.338 del 21 de noviembre de 2001¹⁶ en la cual dicha Sala precisó:

...la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal.

¹³ V. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 2001, p. 275.

¹⁴ *Ibid.*, p. 276.

¹⁵ *Ibid.*, p. 276.

¹⁶ V. *Gaceta Oficial* N° 37.344 del 12 de diciembre de 2001.

Así, el principio de la reserva legal contiene una obligación para el legislador de regular en el texto de la Ley de que se trate, toda la materia relacionada con ésta, de tal manera que sólo puede remitir al reglamentista la posibilidad de establecer o fijar los detalles de su ejecución, esto es, explicar, desarrollar, complementar e interpretar a la Ley en aras de su mejor ejecución, estando prohibidas, por constituir una violación a la reserva legal, las remisiones “genéricas” que pudieran originar reglamentos independientes, o dar lugar a los reglamentos “delegados”.

De manera que las normas legales que prevén la posibilidad de ser desarrolladas mediante reglamentos “delegados”, son calificadas como normas en blanco, toda vez que en algunos casos, se encuentran vacías de todo contenido material y sólo establecen remisiones vagas...¹⁷

En otras palabras, y tal como lo recuerda Rafael Entrena Cuesta, el establecimiento del principio de la reserva legal implica que el “estatuto de los funcionarios públicos” queda sustraído a la normación reglamentaria, salvo que el reglamento se limite a “complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción la ordenación de la materia reservada”. “Por tanto, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución”, tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la sentencia del 11 de junio de 1987.¹⁸

¹⁷ Con este fallo se declaró nulo, entre otros, el artículo 2 de la Ley sobre Régimen Cambiario, pues éste disponía que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podía establecer el régimen cambiario (restricciones o controles a la libre convertibilidad de la moneda), cuando dicha materia se encuentra reservada a la ley por la Constitución. No obstante la claridad del fallo, el mismo fue lamentablemente atenuado en la sentencia N° 1.613 de la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 17 de agosto de 2004 con el voto salvado de dos de sus cinco magistrados. En la misma se sostuvo, contrariamente al fallo parcialmente transcritto, conceptos como los siguientes: “...el instituto de la reserva legal ha sufrido cambios en la fundamentación de su funcionalidad”; “...La reserva de ley implica una intensidad normativa mínima sobre la materia que es indisponible por el propio legislador”. V. la sentencia en Oscar R. Pierre Tapia, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia N° 8*, agosto 2004, pp. 355 y ss.

¹⁸ V. *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1-2, Madrid, 1998, p. 278.

1.1.2 *Imposibilidad de regulación contractual*

El mecanismo de protección constitucional que se pone de manifiesto a través de la reserva legal implica además, de acuerdo con principios fundamentales del régimen estatuario, que la materia reservada queda excluida de su regulación contractual, ya que al funcionario público se le coloca en una situación impersonal y objetiva. Las materias reservadas, en consecuencia, no pueden ser objeto de regulación a través de la negociación colectiva.

1.2 *EL CONCEPTO DE TRABAJADOR Y EL RÉGIMEN ESTATUARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS*

Ahora bien, el concepto de trabajador no es apriorísticamente divergente de la noción de funcionario público. Los desarrollos precedentes sobre la tesis estatutaria nos van a permitir pensar que el funcionario público es efectivamente un trabajador, pero las normas constitucionales que regulan en general a los trabajadores van a serle aplicables sólo en la medida en que los principios, derechos o garantías que consagren no resulten incompatibles con los postulados fundamentales referidos la vinculación estatutaria.

1.2.1 *Algunas tesis juslaboralistas. El cuestionamiento de la relación estatutaria*

A pesar de todos los esfuerzos realizados por importantes juristas, sobre todo en el campo del Derecho del Trabajo, las tesis que han propugnado un régimen unitario para funcionarios públicos y trabajadores por cuenta ajena han chocado siempre con la tesis estatutaria. Por ello, la mayor parte de esas posiciones han quedado como postulados teóricos, de *lege ferenda*. De allí entonces la vigencia del carácter estatutario de la vinculación del funcionario con la Administración.

1.2.1.1 *La posición del realismo objetivo*

Esta posición centra su estudio en la realidad material de la relación de empleo público. Si el Estado –sostiene Helios A. Sarthou– ha sancionado una legislación para regir el trabajo humano subordinado al servicio del patrono, cuando el mismo Estado como sujeto de derecho incurre en los presupuestos fácticos del trabajo subordinado, por justicia debe quedar regido por el Derecho que regula esa relación. Ello

debe ser así, no sólo cuando el Estado actúa como sujeto privado, sino también cuando emplea el trabajo humano aun en cumplimiento de sus fines esenciales.¹⁹ Citando a Martins Catharino, señala: “No actuar el Estado como exigen que actúen los particulares es inmoral y jurídicamente subversivo”.²⁰

De esta forma, Sarthou admite la posibilidad de la regulación de la relación de empleo público por el Derecho del Trabajo, insistiendo siempre sobre la identidad objetiva de caracteres entre la relación de empleo público y el contrato de trabajo. La consecuencia será que, liberado el análisis de todo prejuicio histórico sobre la presencia de la persona “excepcional” del Estado, allí donde estén presentes los presupuestos fácticos propios del contrato de trabajo, deberá desencadenarse en forma automática y necesaria la aplicación del Derecho Laboral.

No obstante, el autor debe reconocer ciertos límites a la aplicabilidad del Derecho del Trabajo a la relación de trabajo subordinado con el Estado. Al respecto distingue tres tipos de límites: los normativos, los subjetivos y los objetivos.

Entre los límites normativos se encuentran aspectos esenciales del Derecho Individual del Trabajo, especialmente los relativos a la irrenunciabilidad y al principio protector, los cuales provocarían, con su aplicación a la relación de empleo público, alteraciones radicales y polémicas en esa relación, hoy dominada por el principio de autoridad, jerarquía e imposición unilateral del Estado.

Respecto a los límites subjetivos, éstos comportan la exclusión de los trabajadores públicos que no estén ligados al Estado por un vínculo de subordinación. A título de ejemplo puede señalarse a quienes desempeñan cargos políticos electivos como los legisladores y concejales, a título de ejemplo.

En fin, en lo atinente a los límites objetivos, el autor termina reconociendo que corresponden al *Derecho Administrativo* los aspectos de la relación ligados a las *particularidades* del trabajo público, por darse en

¹⁹ Helios A. Sarthou, *Fundamentos de la aplicabilidad del Derecho Laboral a la relación de trabajo con el Estado*. Conferencia pronunciada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en Caracas del 6 al 10 de diciembre de 1977, mimeografiado.

²⁰ Martins Catharino, *Contrato de trabajo con personas jurídicas de derecho público*, cit. en el trabajo señalado en la nota anterior.

el marco de una actividad estatal que es ajena en sí misma a la prestación del trabajo subordinado, tales como los recursos administrativos respecto de actos del empleador, problemas formales relativos a la remuneración prevista en un presupuesto, etc.

Como se observa, los límites señalados por el propio Sarthou son de tal importancia que rechazan la tesis misma que pretende propugnarse. En particular, los límites objetivos alcanzan tal magnitud que la tesis no deja de constituir un importante esfuerzo meramente doctrinario.

1.2.1.2 *La tesis de Enrique Fernández Gianotti*

Expuesta en el mismo VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el autor sostiene que es necesario repensar la legitimidad de la concepción administrativista respecto a la relación de empleo público. Por ello se suma a las voces en favor del carácter laboral del empleo público (Pozzo, Birgin). Afirma, al respecto, que existe una sustancial unidad entre los elementos fundamentales de ambas situaciones jurídicas (La Logia, Barassi, Ardau y Pla Rodríguez) por lo que, desde el punto de vista de las estructuras jurídicas esenciales, no observa inconveniente alguno en ubicar al contrato de empleo público –traducido en sus múltiples relaciones– junto con los demás contratos regulados por estatutos especiales y que conforman subespecies de la especie mayor denominada contrato de trabajo.

No obstante, ello no implica una equiparación total normativa, que sólo sería posible tratándose de entes económicos. No ocurre lo mismo respecto a los entes no económicos, en los cuales las regulaciones existentes demuestran una acentuada especialidad de las relaciones con sus dependientes que es necesario mantener. En definitiva, acepta la tesis de la unidad orgánica del Derecho del Trabajo aunque –sostiene– deben quedar exceptuados determinados agentes en razón de la representatividad, jerarquía y confianza que supone el ejercicio de sus funciones.

Caben entonces las mismas críticas formuladas con anterioridad, la no “equiparación total normativa” justifica, precisamente, la no posibilidad de la aplicación del Derecho del Trabajo a la relación de empleo público.

1.2.1.3 *La tesis de la inconstitucionalidad de la relación estatutaria.*

Esta tesis es defendida por M. Mairal Jiménez en España. Al efecto sostiene que es manifiesta la inconstitucionalidad de la existencia de

una dualidad de regímenes de personal, concretamente un régimen jurídico público para los funcionarios con un contenido diferente al del resto de los trabajadores por cuenta ajena, tanto en el ámbito del sector público como en el privado.²¹

La existencia de estos regímenes jurídicos, uno estatutario y otro de naturaleza laboral, supone una clara infracción del principio de igualdad que informa, como valor superior, todo el ordenamiento jurídico y que constituye un derecho subjetivo de todos los españoles. Por ello, al sostener la Constitución que todos son titulares del derecho al trabajo y del deber de trabajar, debe entenderse como un único e idéntico pacto para todos los ciudadanos que presten sus servicios por cuenta y bajo dependencia ajena.

Además, el contenido de la relación del personal al servicio de los entes públicos o privados es esencialmente idéntico y, sin embargo, se encuentra sometido a regulaciones jurídicas diferentes. Así pues, a su entender, por aplicación del principio de igualdad, seguridad y economía jurídica, todo tipo de relación jurídica de empleo público debe tener una regulación idéntica y mínima que nos conduzca a la figura del “Estatuto de los Trabajadores”, consagrado en la previsión constitucional del artículo 35.

La posición de este autor ha sido cuestionada por T. Sala Franco al afirmar que la Constitución española es absolutamente clara en la determinación de los regímenes que deben configurar la relación de empleo con la Administración, trayendo a colación el artículo 103.3 de la misma que reserva a la ley estatal la regulación de las bases del estatuto de los funcionarios públicos.²²

Por lo demás, existen diversas relaciones de empleo, por lo que existen diferencias fácticas que justifican un trato diferenciado entre unas y otras. Por tanto, para que el principio de igualdad pueda ser vulnerado, debe existir un trato de forma desigual a los iguales.²³

²¹ M. Mairal Jiménez, *El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público (un estudio de los problemas derivados de la dualidad de regímenes normativos aplicables al personal al servicio de las Administraciones Públicas)*, Málaga, 1990, pp. 92 a 122.

²² V. T. Sala Franco, *Incidencia de la Legislación Laboral en el Marco de la Función Pública*, INAP, Madrid, 1989, pp. 16 y ss. cit. por Jorge Fondevila Antolín, *Constitución y Empleo Público*, Granada, 2000, pp. 39 y ss.

²³ V. *op. cit.* en la nota anterior, p 42.

En fin, ¿Cómo puede hablarse de inconstitucionalidad de la dualidad de regímenes si es la propia Constitución la que los ha consagrado?

1.2.1.4 La tesis de Miguel Sánchez Morón.

Indica Sánchez Morón que la concepción dualista es deudora de un esquema clásico en el que la distinción funcionarios-trabajadores responde a la no menos neta separación entre Estado y sociedad y a la consiguiente dicotomía derecho público-derecho privado, como esferas rígidamente separadas y excluyentes. A partir de estas bases, el Derecho de la Función Pública y el Derecho del Trabajo se desarrollan como ordenamientos diferentes y autointegrados.

Pero este esquema ya entró en crisis. La consecuencia de este proceso ha sido la aplicación del Derecho del Trabajo a colectivos cada vez más extensos del personal al servicio de la Administración y la introducción en el Derecho de la Función Pública de instituciones características del régimen de las relaciones laborales, en particular la negociación colectiva.

Señala, sin embargo, que la aplicación pura y simple del Derecho del Trabajo a los empleados públicos plantea una serie de problemas jurídicos, pues ni la Administración tiene el estatuto de la empresa privada ni puede ordenar su política de personal con la misma libertad del empresario privado. Por otra parte, cualquiera que sea el régimen jurídico de la relación de empleo, los presupuestos públicos imponen límites ciertos a la negociación colectiva, sin que las limitaciones presupuestarias puedan ser sustituidas por convenios colectivos.

Desde otro punto de vista, las peculiaridades que subsisten para el ejercicio de algunos derechos por parte de los funcionarios, y que la Constitución reconoce, se conciben hoy como excepciones justificadas por razones funcionales u objetivas y no como definidoras de un *status* específico.

La solución, para Sánchez Morón, radica en una lectura diferente del artículo 103.3 de la Constitución española. Cuando ese precepto se refiere a un estatuto, no lo está contraponiendo al estatuto de los trabajadores sino que está prescribiendo determinadas *modulaciones* en la relación de empleo, por razón del carácter público de las funciones a desempeñar y de la integración del trabajador en una organización pública. De hecho, la Constitución considera al funcionario como un trabajador, sólo que sometido a *peculiaridades* en virtud de los intereses a los cuales sirve. Así se deduce, por ejemplo, del artículo 28 de la

Constitución que reconoce el derecho de sindicación a todos los trabajadores, pero admite que se regulen las “peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos”. La misma lectura puede hacerse del artículo 103.3 en el sentido de que el estatuto funcional no significa un ordenamiento cerrado e impermeable al Derecho del Trabajo, sino el conjunto de las peculiaridades que es necesario establecer en la relación de empleo de los trabajadores públicos por razones de servicio.²⁴

La tesis de Sánchez Morón, obviamente, reviste un especial interés, pues concibe al Derecho de la Función Pública como integrado dentro del Derecho del Trabajo, constitutivo sólo de modulaciones de ese derecho que derivan de las especiales circunstancias a las cuales quedan sometidos los funcionarios públicos por mandato constitucional. Como él mismo lo sostiene, el Derecho de la Función Pública no se contrapone al Derecho del Trabajo. Simplemente es el derecho que sirve para modular la relación de empleo público en razón de sus peculiaridades.²⁵

Pero cabría siempre la pregunta acerca de si esas modulaciones son tan reducidas para justificar que el Derecho de la Función Pública pueda considerarse como parte integrante del Derecho del Trabajo y definirse simplemente como el Derecho de simples *modulaciones* respecto al régimen del trabajador privado. A nuestro juicio, y a pesar del importante análisis del autor, esas modulaciones van mucho más allá de esa simple naturaleza en virtud de los elementos que conforman al Derecho de la Función Pública como una rama autónoma. La organización en cuadros, clases y cuerpos de empleos dentro de una organización jerárquica donde necesariamente debe ingresarse por concurso y ascender mediante mecanismos previamente determinados, además de otros elementos ya señalados con anterioridad como la carrera del funcionario, la fórmula de retiro y el régimen contencioso administrativo al cual se encuentra sometido, no constituyen simples *modulaciones* respecto a la legislación laboral.

²⁴ V. Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2001, pp. 63 y ss.

²⁵ En contra, Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde quienes señalan: “Extrayendo las consecuencias pertinentes de Const., art. 35.2 (la ley regulará un estatuto de los trabajadores) y art. 103.3 (“la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos”), que evidentemente refieren a dos normas distintas y que así recogen “la distinción entre el personal funcional y el personal laboral... básica en la legislación vigente...”. V. *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1998, pp. 82 y 83.

1.2.2 *La vigencia de la relación estatutaria*

La relación estatutaria mantiene entonces toda su vigencia, no sólo porque los mismos creadores de las tesis que han pretendido sustituirla terminan reconociéndola, sino porque la misma se encuentra consagrada no sólo en la Constitución, como antes se ha señalado, sino también en las leyes.

1.2.2.1 *La doctrina*

Ya hemos formulado algunas críticas al comentar las posiciones teóricas antes señaladas. En efecto, Helios A. Sarthou reconoce la necesaria regulación de las particularidades del *trabajo público* por parte del Derecho Administrativo; Fernández Gianotti claudica ante la no posibilidad de una equiparación normativa entre ambos regímenes; la tesis de la inconstitucionalidad de la relación estatutaria debe ceder ante la no posibilidad de igualar dos regímenes constitucionalmente distintos y, en fin, los postulados de Sánchez Morón, al querer reducir el Derecho de la Función Pública a simples *peculiaridades* respecto al régimen laboral, quedan relegados ante la magnitud de las mismas peculiaridades.

Debemos insistir entonces en que los postulados teóricos de algunos juristas no constituyen otra cosa que posiciones de *lege ferenda*. Sería necesario un cambio radical en las disposiciones que regulan la relación de empleo público en la Constitución de cada país para arribar a la conjunción de ambos sistemas, el funcionarial y el laboral, o a la prevalencia de este último.

Dejando aparte países como Italia, donde la unificación se ha logrado gracias a lo lacónico que resulta la Constitución respecto a la regulación del empleo público,²⁶ en la gran mayoría de países de derecho administrativo, entre ellos el nuestro, la Constitución es bastante precisa respecto a las materias estatutarias que pertenecen al campo de la reserva legal.

²⁶ En este país se ha logrado la llamada contractualización del régimen del funcionariado público en virtud de lo lacónico que resulta el artículo 97 de la Constitución respecto al régimen estatutario. Sin embargo, se mantienen excepciones referidas a la naturaleza jerárquica de los cargos y a determinadas materias como los concursos. Sin ellos no puede accederse a la función pública aunque ella quede sometida, en general, al Derecho del Trabajo. V. entre otros, Franco Carinci, *La CD provatizzazione del pubblico impiego* en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* N° 1, 1993, p. 15 y Mario Rusciano, *Rapporto di lavoro “pubblico” e “privato”: verso regole comuni?* en *Lavoro e Diritto* N° 3, 1989, p. 376.

En fin, y viendo las cosas desde el ángulo de su realidad objetiva, el desarrollo en Venezuela de un régimen estatutario ha constituido una garantía para el funcionario ante las injerencias políticas. En consecuencia, un sistema que abandone el régimen estatutario, de ser ello posible, no puede concebirse sino ajeno a factores políticos coyunturales.

Si dejamos de lado entonces casos como el italiano, el cual –se insiste– resulta excepcional, lo que sí no puede negarse es el fenómeno de acercamiento que se ha producido entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Función Pública, fenómeno ya advertido en países seriamente defensores de la tesis estatutaria como Francia.

En efecto, en Francia ese acercamiento se ha llevado a cabo esencialmente desde 1946. Atenuando la subordinación jerárquica de los funcionarios, el nuevo Derecho de la Función Pública los ha llevado a ser, en cierta medida, “partenaires” y no simplemente sujetos del Poder Público. Desde este punto de vista, la creación de comisiones mixtas, en el seno de las cuales se organiza una representación paritaria de la jerarquía y del personal subalterno, ha traído consigo un nuevo clima en las relaciones entre superiores y subordinados, lo que ha facilitado mecanismos de colaboración. Sobretodo, el reconocimiento a los funcionarios del derecho sindical les ha dado medios de acción y de presiones colectivas de las cuales disponían desde 1884 los asalariados privados, al mismo tiempo que el espíritu de lucha y de reivindicación que es inherente a la acción sindical.

Por otra parte, el derecho de huelga se encuentra indistintamente reconocido a los funcionarios y a los asalariados privados. Los agentes de la función pública disponen así, desde 1946, de las mismas posibilidades de discusión, presión y de acciones de fuerza de los trabajadores privados. De este modo, aun manteniéndose dentro de la relación estatutaria, los funcionarios públicos se benefician de los derechos y ventajas de los trabajadores del sector privado, tanto en lo relativo al ejercicio de las libertades públicas, como en lo atinente a los niveles de remuneración.²⁷

No obstante, ese acercamiento entre Derecho del Trabajo y Derecho de la Función Pública no puede dar lugar a trasposiciones libres de instituciones de una a otra rama del Derecho. Nuestro sistema jurídico

²⁷ V. René Chapus, *Droit Administratif Général*, Tomo 2, París, 2000, p. 10.

funcionarial es lo suficientemente claro a los fines de, luego de una cabal interpretación, determinar objetivamente cuándo una institución laboral es trasladable al Derecho de la Función Pública.

1.2.2.2 *La legislación*

Paradójicamente, en Venezuela ha sido la legislación laboral la que ha confirmado el vínculo estatutario del funcionario público. En efecto, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, promulgada en 1990, ratificó las materias objeto de la relación estatutaria: Los funcionarios públicos quedan sujetos a sus propias normas estatutarias en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional.

De esta forma, el primer párrafo del artículo 8, lejos de seguir el lineamiento de “laboralización” de la función pública, lo que hizo fue confirmar la relación estatutaria en materias donde ya lo había hecho la Constitución.²⁸ Sin embargo, un mecanismo de acercamiento tiene lugar, pero sólo en cuanto a los beneficios previstos en la legislación laboral: Los funcionarios gozarán de los beneficios acordados en esa legislación en todo lo previsto en el régimen funcional. Ahora bien, esa remisión debe ser cabalmente interpretada de conformidad con el señalamiento anterior que precisa las materias objeto de la relación estatutaria. En otras palabras, el léxico “beneficios” no puede implicar instituciones o mecanismos propios del Derecho del Trabajo que encuentran su equivalente en el estatuto y que, por lo demás, se vinculan con el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro (entre otras materias) de los funcionarios públicos. En consecuencia, los beneficios de carácter laboral aplicables a tales funcionarios no pueden ser otros que los no previstos en el estatuto general, o en el correspondiente estatuto particular, distintos de los vinculados al ámbito material objetivamente señalado, tanto por la Constitución, como por el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Debemos entonces insistir en que la supletoriedad de la Ley Orgánica del Trabajo atañe sólo a los beneficios acordados por ella en la medida

²⁸ Esto es precisamente lo que critica Humberto Villasmil Prieto en *Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El galimatías del artículo 8*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, UCV, N° 85, Caracas, 1992, p. 261.

en que no se halle prevista una determinada regulación, sobre ese beneficio, en el estatuto general o en el estatuto que rija para una determinada categoría de funcionarios públicos. La Constitución no ha variado este estado de cosas.

Ahora bien, esta disposición reviste interés, pues el Derecho del Trabajo, y dejando a salvo las materias expresamente reservadas al estatuto, pasa a ser en cierto modo el derecho común en materia de beneficios a los funcionarios públicos. Además, tal enunciado –se insiste– representa un acercamiento entre lo que se consideraban dos regímenes diferentes, pues ante un beneficio no previsto en el estatuto ha de recurrirse a la Ley Orgánica del Trabajo.

Sin embargo, y utilizando palabras de un autor francés a raíz de una situación algo similar, las afirmaciones anteriores constituyen una visión de las cosas que, sin ser propiamente inexactas, son en algún modo engañosas.²⁹ En efecto, tales afirmaciones son, estudiando el asunto desde el punto de vista pragmático, y refiriéndonos en especial a la Ley del Estatuto de la Función Pública, en gran medida inexactas y engañosas, pues la mayoría de los beneficios de los funcionarios públicos se encuentran regulados en dicha Ley.

En efecto, todo funcionario ostenta el derecho a la remuneración;³⁰ a vacaciones de acuerdo con la antigüedad y al pago de una bonificación anual o bono vacacional;³¹ a la bonificación de fin de año;³² a permisos y licencias;³³ a la jubilación;³⁴ a la prestación de antigüedad y condiciones para su percepción en las mismas condiciones previstas en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, pero, en este último caso³⁵ no por la aplicación supletoria de esta última, sino por haberlo consagrado así expresamente el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, y, en fin, la funcionaria embarazada tiene derecho a la protec-

²⁹ V. Guy Carcassonne, *La Constitution*, París, 2000, p. 176.

³⁰ V. artículo 23 de Ley del Estatuto de la Función Pública.

³¹ V. artículo 24 de la misma Ley.

³² V. artículo 25 de la misma Ley.

³³ V. artículo 26 de la misma Ley.

³⁴ V. la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios del 28 de abril de 2006 en *Gaceta Oficial* N° 38.426 de la misma fecha.

³⁵ Al igual que en los anteriores.

ción integral de la maternidad en las mismas condiciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo, con la misma connotación de no operar por supletoriedad de esta última Ley, sino por la consagración directa en el Estatuto General en su artículo 29.

Igualmente tienen los funcionarios públicos derecho a la provisión, total o parcial, de una comida balanceada durante la jornada de trabajo cuando el empleador del sector público tenga a su cargo más de veinte trabajadores y éstos devenguen hasta tres salarios mínimos urbanos decretados por el Ejecutivo Nacional. También en este caso la norma no es aplicable por supletoriedad de la legislación laboral, sino por mandato expreso del artículo 2 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores del 27 de diciembre de 2004.³⁶

De acuerdo con lo expuesto, resultan muy escasos los beneficios que pudieran ser aplicados al funcionario público con motivo de la supletoriedad de la Ley Orgánica del Trabajo, sobre todo si nos atenemos al Estatuto Principal, es decir, el Estatuto de la Función Pública.

2. CONSECUENCIAS DE LA RELACIÓN ESTATUTARIA

Bajo todas las premisas antes señaladas, cuya exposición era necesaria a los fines de determinar el alcance exacto de la palabra “trabajador” en la Constitución, podemos entonces constatar que tal noción, en principio, es extensiva a los funcionarios públicos, pero en cada caso las normas particulares deben ser objeto de cabal interpretación, para así poder verificar si las mismas resultan compatibles con todos los principios, universalmente reconocidos, que fundamentan la vinculación estatutaria.

2.1 EL CONCEPTO DE TRABAJADOR COMO REFERIDO SÓLO A LOS OBREROS

Una primera interpretación (que debe entonces descartarse) es aquella conforme a la cual, al referirse a los trabajadores, la Constitución estaba aludiendo sólo a los obreros que prestan sus servicios en la Administración Pública, ya que al no hacerse mención alguna respecto a los funcionarios públicos, quienes quedan sometidos a sus propios estatutos, la referencia no podía ser otra que a los obreros, pues son éstos los

³⁶ V. Gaceta Oficial N° 38.094 del 27 de diciembre 2004.

que quedan sometidos, *in totum*, a la legislación laboral, tal como lo ordena el último párrafo del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, sin los condicionamientos anteriores que provenían del artículo 6 de la reforma de la Ley del Trabajo del 5 de mayo de 1945, vinculados a la compatibilidad³⁷ de la aplicación de la ley con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración.

Decimos entonces que tal interpretación debe descartarse, puesto que si los funcionarios públicos –al menos quienes desempeñasen cargos de carrera– tenían ya consagrados desde 1990³⁸ el derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, de conformidad con la legislación laboral, hubiese constituido un contrasentido el que ahora los mismos derechos quedaran suprimidos y, por tanto, sólo aplicables a los obreros al interpretar así los artículos 95, 96 y 97 de la Constitución, menos aún, en un Texto Fundamental que ha querido ampliar el ejercicio de tales derechos, no sólo en su ámbito objetivo, sino sobre todo, y ello es allí más notorio, en su ámbito subjetivo de aplicación. Otras razones serán señaladas más adelante.

2.2 EL CONCEPTO DE TRABAJADOR INCLUYE EN PRINCIPIO A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Esta formulación ya ha sido enunciada; dos convenios internacionales de los cuales es parte la República obran a su favor. Además, así lo confirman los debates de la Constituyente de 1999.

2.2.1 Los convenios internacionales

En primer lugar, la Ley Aprobatoria del Convenio N° 87 relativo la “Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación”, promulgada en fecha 1º de septiembre de 1982,³⁹ dispone en su artículo 2 que *los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción* y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas con la sola condición de observar sus estatutos. Además, pueden *elegir libremente* a

³⁷ La ley utilizó el término “aplicable” y el proyecto hablaba de “compatible”. La sustitución de la palabra no puede atribuirse sino a un error de copia, señala Rafael Caldera en *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Buenos Aires, 1960, p. 249.

³⁸ Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo.

³⁹ V. *Gaceta Oficial* N° 3.011 Extraordinario del 3 de septiembre de 1982.

sus representantes y organizar su administración y sus actividades, y formular su programa de acción.⁴⁰ En fin, las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio.

Ahora bien, dicho instrumento es aplicable a los funcionarios públicos por la vía interpretativa de su artículo 9. En efecto, si dicho artículo dispone que “La legislación nacional deberá determinar *hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente convenio*”⁴¹ es porque dicho convenio es aplicable sin restricciones a todo el resto del funcionariado público. No otra puede ser la interpretación del referido artículo 9. Entonces, sólo respecto a las fuerzas armadas y a los cuerpos policiales pueden establecerse regulaciones normativas que los exceptúen de las disposiciones contenidas en el convenio, o que dispongan respecto de ellos determinadas limitaciones, tal como lo prevé, en una forma bastante similar, el artículo 28 de la Constitución española.⁴²

Pero, además, se ha considerado que el derecho a la sindicación constituye un derecho fundamental, inherente a la persona humana, comprendido en la reserva genérica del artículo 50 de la Constitución de 1961 y que, por tanto, no podía ser menoscabiado por ausencia de una ley reglamentaria. La ley podrá regularlo y, en atención al interés general, limitarlo, pero en ningún caso suprimirlo.⁴³

Un fenómeno más o menos similar se presenta con el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en su trigésima segunda reunión en 1949.⁴⁴ En dicho convenio se previó que los estados signatarios debían adoptar, cuando ello fuere necesario, medidas adecuadas

⁴⁰ V. artículo 3.

⁴¹ Cursivas nuestras.

⁴² Esta Constitución, luego de consagrar el derecho a la sindicación para todos los trabajadores, a renglón seguido permite *exceptuar o limitar* el ejercicio del derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar, con lo cual considera que los funcionarios públicos constituyen un sector de trabajadores.

⁴³ V. sobre el particular Oswaldo Mantero, *El derecho a la sindicalización en la función pública*, en *Jornadas sobre el Derecho Colectivo del Trabajo*, Caracas, 1987, p. 27.

⁴⁴ Comúnmente denominado convenio 98, aprobado por Ley del 6 de agosto de 1968. V. *Gaceta Oficial* N° 28709 del 22 de agosto de 1968 y *Los Derechos de los Trabajadores en la Era de la Mundialización*, Convenios Internacionales del Trabajo, Caracas, 1999, pp. 170 y ss.

para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de *trabajadores* el pleno desarrollo de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de regular, mediante contratos colectivos, las condiciones de empleo.⁴⁵

Ahora bien, el artículo 5 precisó que la legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el referido convenio por lo que respecta *a su aplicación a las fuerzas armadas y a los cuerpos de policía*. En consecuencia, cada derecho nacional quedó en la posibilidad de restringir o limitar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y a la celebración de contratos colectivos respecto a estas categorías de funcionarios públicos. De ello se deduce, obviamente, que respecto al resto de los funcionarios públicos el derecho podía consagrarse sin mayores limitaciones. Por lo expuesto, el concepto de trabajador, en ambos convenios, es extensible a los funcionarios públicos.

2.2.2 Los votos salvados en la Constituyente

Al discutirse el artículo 95 de la Constitución, el cual consagra el derecho de todos los *trabajadores*, sin distinción alguna, a constituir libremente organizaciones sindicales, los constituyentes Jorge Olavarriá y Allan R. Brewer-Carías salvaron su voto al no preverse excepciones o limitaciones para los miembros de los cuerpos armados de la defensa, seguridad y orden público.⁴⁶ Se trata, evidentemente, de funcionarios públicos. En consecuencia, al no haberse acogido tales proposiciones, el órgano constitucional estaba consciente de que bajo el concepto genérico de trabajadores se estaban incluyendo a los funcionarios públicos. Es decir, si no fue su decisión excluir a determinadas categorías de funcionarios públicos, la intención del proyectista no fue otra que la de incluir a los funcionarios bajo el concepto genérico de “trabajadores sin distinción alguna”.

2.3 EL RÉGIMEN PREVISTO EN LA NORMA CONSTITUCIONAL RESPECTO AL TRABAJADOR ES APLICABLE A LOS FUNCIONARIOS SÓLO SI A ELLO NO SE OPONE LA VINCULACIÓN ESTATUTARIA.

La premisa anterior requiere un análisis de cada disposición constitucional a los fines de determinar si ella es aplicable a los funcionarios

⁴⁵ V. artículo 4.

⁴⁶ V. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente*, octubre-noviembre 1999, Caracas, 1999, pp. 34 a 36.

públicos, al no ser incompatible con las nociones claves que regulan la vinculación estatutaria. Veamos algunas de dichas disposiciones.

2.3.1 *El artículo 89 de la Constitución*

El artículo 89 de la Constitución consagra para los trabajadores los principios de intangibilidad y progresividad de los derechos laborales y el de la aplicación de la norma más favorable, entre otros. Tales postulados son evidentemente contrarios al principio de la vinculación estatutaria establecida para los funcionarios públicos en el artículo 144, incluso para los juslaboralistas que pregonan la aplicación del Derecho del Trabajo al ámbito de la Función Pública.⁴⁷

2.3.2 *El artículo 91 de la Constitución*

El artículo 91 de la Constitución consagra, entre otros, la participación que deberá corresponder al trabajador en los beneficios de la empresa. Tampoco esta disposición es aplicable a los funcionarios públicos, ya que resulta obvio que el Estado no es una empresa.

2.3.3 *El artículo 92 de la Constitución*

En cambio, el artículo 92, relativo a las prestaciones sociales, resulta en un todo aplicable al funcionariado público. En efecto, desde el año de 1997 se encuentra consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo⁴⁸ el derecho al pago de la prestación de antigüedad para todos los funcionarios públicos en las mismas condiciones previstas para el trabajador por cuenta ajena, situación que ha quedado confirmada en el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública al precisar que los funcionarios gozarán de los mismos beneficios contemplados en la Ley Orgánica del Trabajo en lo atinente a la prestación de antigüedad y condiciones para su percepción, es decir, en las mismas condiciones previstas en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Ahora bien, no se trata, para arribar a esta afirmación, de interpretar el texto constitucional conforme a las normas legales, sino tomar en cuen-

⁴⁷ Recordemos que entre los límites normativos que Helios A. Sarthou, por ejemplo, imponía a la aplicación del Derecho Individual del Trabajo se encontraban el postulado de irrenunciabilidad y el principio protector, los cuales provocarían, con su aplicación a la relación de empleo público, alteraciones radicales y polémicas en esa relación.

⁴⁸ V. artículo 108, parágrafo sexto.

ta las situaciones fácticas que han sido objeto de un proceso evolutivo en el ordenamiento jurídico⁴⁹ y, fundamentalmente, porque la disposición en nada altera ni contradice la vinculación funcional a que se refiere el artículo 144 de la Constitución.

Además, tal como lo dispone el artículo 92 de la Constitución, “El salario (sueldo) y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata y toda mora en su pago genera intereses...”, disposición que es igualmente aplicable a los funcionarios públicos.

2.3.4 *El artículo 93 de la Constitución*

Esta disposición establece que la ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado, disposición que resulta inaplicable a los funcionarios públicos en virtud de que en el ámbito de la función pública la figura del despido es inexistente. Además, el retiro, que sería la institución que más se aproximaría al despido, forma parte de la relación estatutaria, tal como lo consagra el artículo 144 de la Constitución. En fin, el retiro se encuentra limitado por la estabilidad absoluta de la cual gozan los funcionarios públicos y la cual deriva de su ingreso por concurso público, tal como lo prevé el artículo 146 de la misma Carta y se encuentra ampliamente desarrollado en los estatutos, fundamentalmente, en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

2.3.5 *Los derechos colectivos*

Los derechos colectivos son, fundamentalmente, el de sindicación, el de negociar colectivamente y el de huelga.⁵⁰ Ahora bien, al consagrarse tales derechos la Constitución los hizo extensivos, el de sindicación a todos los trabajadores “sin distinción alguna”; y el de negociación colectiva y el de huelga, a todos los trabajadores “del sector público y del sector privado”.

⁴⁹ La consagración del derecho a las prestaciones sociales para todos los funcionarios públicos ha sido, precisamente, el resultado de un lento proceso de evolución legislativa.

⁵⁰ Aun cuando, como señala Fernando Parra Aranguren, el derecho de huelga no puede ser considerado como un derecho principal sino como un mecanismo de violencia permitido por el Derecho para obtener un fin. V. *La constitucionalización del Derecho del Trabajo en Venezuela en Libro Homenaje al P. José del Rey Fajardo, s.j.* Tomo II, Caracas, 2005, p. 1.254.

Tales menciones ameritan algunos comentarios.

1. Como hemos señalado antes, los derechos colectivos fueron previstos para los funcionarios públicos que desempeñaban cargos de carrera en la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, por lo que resultaría ilógico pensar que bajo tales expresiones –trabajadores sin distinción alguna y pertenecientes al sector público o al privado– no se considerasen incluidos a los funcionarios públicos, pues ello hubiera implicado un evidente retroceso en la evolución legislativa del Derecho de la Función Pública.
2. Los sistemas jurídicos en los cuales se han inspirado nuestras instituciones administrativas tienen consagrado tales derechos para los funcionarios públicos. En especial, en España, Francia e Italia.
3. Los votos salvados en la Asamblea Nacional Constituyente, al momento de discutirse alguna de las disposiciones que consagraron tales derechos colectivos, propugnaban un régimen especial para el sector público, punto de vista que no fue acogido.
4. El ejercicio de tales derechos no es incompatible con la situación estatutaria en que se encuentra el funcionario público, como veremos a continuación.

2.3.5.1 *El derecho a la sindicación*

A pesar de que el derecho a la libertad sindical se encontraba consagrado en el artículo 91 de la Constitución de 1961, sin embargo se consideraba que el mismo era aplicable sólo a los trabajadores por cuenta ajena, mas no a los funcionarios públicos.⁵¹ Por ello, cuando por primera vez se consagra en forma expresa en Ley de Carrera Administrativa del 3

⁵¹ Este era el mismo criterio que se sostenía antes de dictarse la Constitución de 1961. Así en la sentencia dictada por la Sala Federal de la Corte Federal y de Casación el 2 de agosto de 1946 se sostuvo que si bien la Ley de Trabajo reconocía efectivamente el derecho de asociación en sindicatos, sin embargo, debía tomarse en cuenta "... que la institución del Seguro Social Obligatorio es un servicio público, de índole exclusivamente social y extraño a toda especulación o tráfico, por lo cual no admite el calificativo de empresa en el sentido económico, es decir, labor encaminada a la explotación de la riqueza como ocurre con las empresas comerciales industriales y agrícolas, que invariablemente emplean sus actividades en explotar diversos establecimientos lucrativos y por eso están regidas por la legislación del Trabajo, pues no otra conclusión procede del artículo 2 de la Ley de la materia que al definir el patrono

de septiembre de 1970 que los funcionarios públicos sujetos a dicha ley podían *organizarse sindicalmente para la defensa y protección de los derechos que le ley le confiere*,⁵² se consideró que se trataba de un derecho *sui generis*.

Así, se sostenía que era un derecho con ciertas singularidades y peculiaridades que lo apartaban del derecho a la sindicación consagrado en el Derecho Laboral. Luego, si el derecho a la sindicación había dejado de ser una figura propia del Derecho del Trabajo, para ser incorporada al Derecho Funcionarial, su singularidad implicaba que la legislación laboral era totalmente inaplicable a la institución.⁵³

Ahora bien, de haberse interpretado la Constitución de 1961 en una forma diferente se hubiese llegado a una conclusión igualmente distinta a la tradicional y generalmente aceptada. En efecto, por tomar un solo ejemplo, si el artículo 92 consagraba el derecho de huelga de los *trabajadores*, con excepciones impuestas a los funcionarios públicos,⁵⁴ al no haber hecho diferenciación alguna el artículo 91 respecto al derecho de sindicación de los funcionarios públicos, la norma debió haber sido interpretada como aplicable igualmente a tales funcionarios. En otras palabras, si el Constituyente, en una disposición concreta, distinguió a una determinada categoría de trabajadores: los funcionarios públicos, y en

establece que es la persona natural o jurídica que por cuenta propia o ajena tiene a su cargo la explotación de una empresa o faena de cualquier naturaleza o importancia en donde trabajen obreros o empleados, sea cual fuere su número...” . En definitiva, había que atenerse a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley del Trabajo que excluye de sus disposiciones a los miembros de los cuerpos armados y a los funcionarios o empleados públicos. Por tanto, los funcionarios del Seguro Social Obligatorio se encontraban fuera de las previsiones de la Ley del Trabajo en lo que concierne a la asociación en sindicatos. V. la sentencia en *Gaceta Oficial* N° 22.130 del 7 de octubre de 1946.

⁵² V. artículo 23.

⁵³ V. Allan R. Brewer-Carías, *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa*, Caracas, 1971, pp. 42 y ss.; el dictamen de la Consultoría Jurídica de la Oficina Central de Personal del 2 de Febrero de 1971 en *Doctrina Administrativa de la Consultoría Jurídica, Oficina Central de Personal*, Caracas, 1974, pp. 28 y ss.; Antonio De Pedro Fernández, *El Funcionario Público Venezolano*, Caracas, 1973, pp. 81 y ss.; Jesús Caballero Ortiz, “el funcionario público y la legislación laboral” en *Libro Homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, 1981, p. 80 y el dictamen de la Procuraduría General de la República del 3 de agosto de 1981 en *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Tomo II, Caracas, 1984, pp. 139 y ss.

⁵⁴ La Constitución hablaba de “servicios públicos”, pero la doctrina no hacía distinción respecto a los servicios públicos prestados por el Estado o por particulares.

otra no estableció distinción alguna respecto a estos últimos, su intención era entonces dejarlos comprendidos dentro de los sujetos activos del derecho que consagraba. Bajo tales consideraciones, obviamente, la disposición regulatoria del derecho en la Ley de Carrera Administrativa no hubiese quedado sujeta a las restricciones que le impuso la doctrina.

Con la apuntación anterior sólo hemos querido poner de manifiesto que la Constitución vigente no pudo haber tenido un carácter restrictivo con respecto a la interpretación que permitía la de 1961.

De acuerdo con lo expuesto, la disposición constitucional actualmente en vigor tiene, sin duda alguna, un alcance más general al incluir a los trabajadores del sector privado y a los del sector público en un régimen común, superándose de esta forma la disposición legal⁵⁵ que reservaba el ejercicio del derecho, en relación a los funcionarios públicos, sólo para aquellos que desempeñasen cargos de carrera, y, por supuesto, superándose igualmente las tesis doctrinales conforme a las cuales tal derecho tenía un alcance restringido y un carácter *sui generis*, en virtud de la inaplicabilidad de la legislación laboral.

2.3.5.2 El derecho a la negociación colectiva

En la medida en que se determine cabalmente el ámbito material de la convención colectiva, ésta no resulta en modo alguno incompatible con el principio de la vinculación estatutaria que rige para el funcionariado público. Al efecto, pueden ser objeto de la convención colectiva y, por tanto, dejadas a la libre voluntad de las partes contratantes, todas las materias vinculadas con la relación funcional, salvo aquellas que la Constitución expresamente ha señalado que deben ser reguladas por ley. Así quedarían excluidas las siguientes materias:

1. En primer lugar, el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y el retiro de los funcionarios públicos, materias reservadas a la ley por el artículo 144 de la Constitución.
2. La incorporación a la seguridad social y el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios, materias también

⁵⁵ Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo.

reservadas a la ley por los artículos 144 y 147, último aparte, de la Constitución.

3. Las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos para ejercer sus cargos, de conformidad con lo dispuesto en el único aparte del artículo 144 de la Constitución.

4. La determinación de otros cargos exceptuados de la carrera, además de los previstos en el artículo 146 de la Carta Fundamental, es decir, los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y los obreros.⁵⁶

5. Las escalas de sueldos, las cuales deben determinarse reglamentariamente conforme a la ley, tal como lo prevé el parágrafo primero del artículo 147 de la Constitución.

6. La determinación de los cargos públicos remunerados que pueden ser desempeñados simultáneamente por un mismo funcionario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148 de la Constitución.

7. Todo lo relativo a los procedimientos administrativos y contencioso-administrativos, a tenor de lo previsto en el artículo 156, numeral 32 de la Constitución, en concordancia con el artículo 187, numeral 1º de la misma.

8. La determinación de los supuestos que dan lugar a las sanciones de amonestación escrita y destitución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución.

De conformidad con lo expuesto, ninguna relevancia tiene que materias distintas a las mencionadas hayan sido normadas por la ley, pues en tales supuestos las mismas pueden ser reguladas de una manera diferente, u otorgando beneficios superiores a los previstos en la ley, si tal fuere el caso, por la vía de la convención colectiva. El respeto a la norma constitucional queda a salvo en la medida en que la convención no intervenga en las materias objeto de la reserva legal, pues la volun-

⁵⁶ Nótese la ausencia de técnica legislativa en la redacción de esta norma, pues ni los contratados ni los obreros desempeñan “cargos” en la Administración Pública.

tad del Constituyente fue establecer un campo obligatorio reglamentado por ley: el expresamente señalado en la Constitución.⁵⁷

A nuestro juicio, por tanto, no es necesario que la materia no se encuentre regulada por el estatuto funcionarial, ni que la misma ley permita su modificación por la vía contractual, sino que –insistimos– basta con que se trate de una materia no reservada a la ley por el Constituyente. En efecto, las materias reservadas a la ley por la Constitución lo fueron porque ésta las consideró de mayor relevancia y, por tanto, no podían ser objeto de una convención, es decir, dejadas a la libre voluntad de los organismos que celebran la convención colectiva o, en palabras de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, “...la figura de la reserva legal viene dada por la *consagración a nivel constitucional* de determinadas materias que debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley”⁵⁸.

De allí entonces que, antes y después de la Constitución de 1999, deba continuarse calificando de estatutaria la relación que vincula al funcionario público con el ente donde presta sus servicios. En efecto, las materias reservadas deben encontrarse contenidas en el estatuto del funcionario público dictado en forma unilateral por el Estado, sin que las mismas puedan ser objeto –insistimos– de la contratación colectiva. En consecuencia, desconocer la vinculación estatutaria del funcionario público con la Administración supondría ignorar normas expresas de la Constitución.

Por otra parte, y por la misma razón, debe interpretarse debidamente en materia funcionarial el dispositivo contenido en el artículo 508 de la Ley Orgánica del Trabajo conforme al cual las estipulaciones de la convención colectiva se convierten en cláusulas obligatorias y en parte integrante de los contratos de trabajo celebrados o que se celebren durante su vigencia en el ámbito de la convención, aun para aquellos trabajado-

⁵⁷ Opinión distinta parece sostener Marianela Millán en *Convenciones colectivas en el sector público* en *El Régimen Jurídico de la Función Pública*, Homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó, Tomo III, Caracas, 2004, pp. 50 y 52 al señalar: “...es claro que cualquier otro aspecto no regulado por el estatuto funcionarial y no regulado de manera específica por las normas sobre la función pública, y que la misma ley permita su modificación contractual, puede ser contemplado por las convenciones colectivas del sector público”.

⁵⁸ V. la sentencia en *Gaceta Oficial* N° 37.344 del 12 de diciembre de 2001, cursivas nuestras.

res que no sean miembros del sindicato que la haya suscrito.⁵⁹ En efecto, las estipulaciones de la convención colectiva se convierten en cláusulas obligatorias que integran la relación funcionarial y que regulan, al igual que el Estatuto, dicha relación, pero que en ningún modo la transforma en relación contractual, por lo que no puede hablarse de contrato de trabajo para identificar así esa vinculación. La relación continúa siendo estatutaria, pero matizando dicha calificación con las regulaciones provenientes de la convención colectiva.⁶⁰

De acuerdo con lo expuesto, queda así definido el ámbito de aplicación que corresponde a la convención colectiva. A título meramente ejemplificativo podemos señalar el número de días que comprende la vacación anual y el monto en bolívares correspondiente al bono vacacional, el *quantum* de la bonificación de fin de año,⁶¹ el régimen de los permisos y licencias, el de las prestaciones sociales o, en la actualidad, el de la prestación de antigüedad, las jornadas de servicio, bonos por trabajo nocturno, transporte, primas por hogar, hijos, residencia y estudio, los gastos funerarios, las becas para capacitación, guarderías infantiles, cursos de mejoramiento y especialización, condiciones de los centros de trabajo, planes de vivienda, cajas de ahorro y asistencia médica.

Por lo que respecta a los aumentos de sueldo, como el sistema de remuneraciones es materia de reserva legal, y las escalas generales de sueldos competencia del reglamento, la Administración Pública, al negociar en estas áreas, deberá sólo comprometerse a la modificación de tales escalas generales, sin que las mismas puedan quedar comprendidas dentro del convenio.

En conclusión, en el régimen actual no pueden quedar contrapuestos los conceptos de ley y convención colectiva. Lo que se deduce de la

⁵⁹ V. sobre el particular Alberto Arria Salas, *El efecto automático del contrato colectivo en Estudios Laborales, Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Disciplinas Afines en Homenaje al profesor Rafael Alfonzo Guzmán*, Tomo I, Caracas, 1986, pp. 143 y ss.

⁶⁰ Carlos Sainz Muñoz indica así que nos encontramos frente a un régimen mixto que mantiene un equilibrio entre el Estatuto y los derechos derivados de la Ley Orgánica del Trabajo. V. *Derechos y Garantías de la nueva Ley del Trabajo* en *El Universal* del 4 de diciembre de 1990, p. 2-2.

⁶¹ Aun cuando en este caso el mismo artículo 25 de la Ley del Estatuto de la Función Pública precisa que el monto allí previsto puede aumentarse a través de la convención colectiva, consideramos, por todo lo antes expuesto, que ello era innecesario en virtud de que no se trata de una materia reservada a la ley por la Constitución.

aplicación del artículo 96 de la Constitución a todos los funcionarios públicos es una repartición de materias; unas, que por mandato de la Constitución no pueden quedar reguladas sino mediante ley formal y, obviamente, a través de sus normas de desarrollo, es decir, los reglamentos, y otras que son objeto de la convención colectiva. La relación entre ley y convenio es una relación de concurrencia de fuentes. Existe así un reparto de materias entre las cuales no existen interferencias, pues a partir de la determinación de aquellas que son objeto de la reserva legal, quedan delimitadas –como antes se ha expuesto– las que son objeto de la convención.

2.3.5.3 *La huelga*

También en este caso el Constituyente hizo extensivo el derecho a todos los trabajadores del sector público y del sector privado, tal como lo establece el artículo 97 de la Constitución. Tal dispositivo no resulta incompatible con el vínculo funcional pues el ejercicio del derecho a la huelga quedó supeditado a las condiciones que establezca la ley. Es decir, además de los condicionamientos impuestos en Ley Orgánica del Trabajo, el legislador puede establecer otros para los funcionarios públicos.

En todo caso, aun en ausencia de una legislación destinada concretamente a limitar la huelga respecto a los funcionarios públicos, la contenida en la Ley Orgánica del Trabajo es lo suficientemente importante como para permitir el derecho en el sector público. Así, la huelga no puede ejercerse en los servicios públicos cuando su paralización cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones,⁶² lo cual se logra, tal como lo consideró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su fallo del 16 de febrero de 2004, garantizando que del conjunto de los funcionarios declarados en conflicto, continúen trabajando aquellos cuyos servicios sean indispensables para la salud de la población, es decir, tal como lo permite el artículo 498 de la Ley Orgánica del Trabajo.⁶³

⁶² Artículo 496 de la Ley Orgánica del Trabajo.

⁶³ En esa oportunidad la Sala Constitucional conoció de una acción de amparo constitucional ejercida por la Fundación Trujillana de la Salud contra el Colegio de Médicos del estado Trujillo.

CONCLUSIÓN

En síntesis, el mecanismo de la vinculación estatutaria reviste tal importancia que es el que permite que bajo la delimitación conceptual de trabajadores “sin distinción alguna”, o de trabajadores “del sector público y del sector privado” en la normativa constitucional, puedan quedar comprendidos los funcionarios públicos.

Ética en las relaciones laborales: Una nueva visión en tiempos de globalización

Armando J. CAMEJO R.*

La única cura contra el daño causado por el progreso, es el progreso ético de uno mismo.

Albert Einstein

SUMARIO:

Introducción

- 1. Algunas consideraciones generales.**
- 2. Globalización, un fenómeno actual pero de vieja data.**
- 3. La reestructuración capitalista y el proceso de globalización.**
- 4. La ética: una mirada desde el contexto capitalista.**

* Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez, San Carlos, Cojedes, Económista Agrícola, Profesor-Investigador Categoría Asistente. Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez, Especialización en Gerencia de los Recursos Humanos. Universidad de Carabobo, Doctorado en Ciencias Sociales Mención Estudios del Trabajo.

- 5. Amenazas al derecho laboral en la era global.**
- 6. La visión ética de Humberto Maturana sobre el mundo globalizado.**
- 7. La visión ética de Niklas Luhmann.**
- 8. La posibilidad de una dimensión ética en el sistema neoliberal desde las posturas de Maturana y Luhmann en el campo de las relaciones laborales y del derecho al trabajo.**

Reflexiones finales

INTRODUCCIÓN

Profusos autores subrayan que estamos hoy bajo la apertura de un nuevo proyecto humano circundado en medio de las nuevas contingencias, complejidades e incertidumbres. Todo ello implica reconocer que en esta década futura enfrentaremos profundas contradicciones y paradojas desconcertantes que lleva inmersa la postmodernidad. En un intento por sistematizar estas transformaciones se intentará ampliar desde este ensayo las concepciones teóricas que fundamentan la perspectiva analítica sobre ética en las relaciones laborales, como una nueva visión del derecho laboral en tiempos de globalización.

Si consideramos más detenidamente el proyecto, denotamos que los tiempos actuales atesoran grandes cambios. Estos escenarios encaminan a la humanidad a reflexionar dentro de sus espacios de actuación el nuevo paradigma que no es más que el resultado del desarrollo tecnológico y comunicacional de la época. Sumado a ello, florecen elementos sociales tales como crisis de valores, represión, exclusión e imposición, las cuales provocan siempre reacciones (riesgos) que perturban la vida de todos y mantienen una agitación constante en las sociedades

Frente a ello, las nuevas formas de pensar e imaginar las innovaciones adheridas por el fenómeno globalizador, las cuales remueven dispositivos conceptuales que espolean el momento en que actuamos como naciones en torno a las formas sociales, políticas y económicas (procesos productivos para el desarrollo) que vinculados con los sistemas humanos (trabajadores) logren la refundación de un nuevo espacio ético desde la globalización, emparentado con la integración y no con la disociación

Los procesos productivos para el desarrollo a los que nos referimos están conexos a una amplia confusión de agentes indóciles que carecen de respuestas, de cara al discurso triunfante que les encierra, en un

nuevo mundo caracterizado por el individualismo que empuja a ampliar aún más las grandes brechas entre los sectores económico-sociales (trabajadores) que conforman la vida de una nación, constituyéndose a partir de ello en un nuevo tipo de capitalismo, un nuevo tipo de economía, un nuevo tipo de orden global, un nuevo tipo de sociedad, un nuevo tipo de relaciones entre los actores laborales y un nuevo tipo de vida personal, todos los cuales difieren de fases anteriores del desarrollo. Fundamentalmente se dice que detrás de todos estos cambios globalizadores se implora una nueva valoración de la concepción ética-societal (redefinida por esos cambios a nivel mundial), trayendo como consecuencias implicaciones en el contexto del sistema como eje central de la humanidad. En este sentido, se intentará dar respuestas a las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los espacios para profundizar una ética en las relaciones laborales desde el actual proceso de globalización? ¿Cuáles son sus efectos sobre las relaciones laborales? Y por último ¿Qué aportes teóricos brindan los pensamientos de Niklas Luhmann y Humberto Maturana en torno a la ética en las relaciones laborales desde el actual proceso de globalización?

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

Estos procesos globalizadores irrefrenables traen consigo grandes cambios que se configuran *en mostrar los alcances de una perspectiva ética, que –mediada por la nueva revolución tecnológica– privilegia la productividad y la competitividad como valores sustantivos de toda actividad económica (...).*

Esos nuevos valores y esa nueva ética en las relaciones de trabajo, están a su vez fundamentados en una nueva forma de acumulación marcada por el consumo en el sistema capitalista emergente, *que consiste en la aplicación del conocimiento al conocimiento mismo.*

No se trata ya de un modelo basado en la *fuerza-músculo* de los trabajadores, sino en el *conocimiento* como correaje del plus-valor en la actividad productiva.¹ Ese proceso se refuerza con las innovaciones tecnológicas aplicadas al proceso económico y la reingeniería de procesos, basada en las altas exigencias de competitividad en el mercado.

¹ Drucker, P., 1998. *La sociedad postcapitalista*. Bogotá: Editorial Norma, 6^a reimpresión, p. 244.

Desde esta perspectiva “No sólo desaparece el empleado de [...]cuello azul...], sino también el peso de las organizaciones sindicales que sirven de resguardo a las garantías laborales”.² Este tipo de capitalismo tiene efectos importantes en el empleo, en los ambientes de trabajo y en las relaciones laborales, subrayan algunos diligentes autores sobre el tema, aunque para otros es precariedad y exclusión.

Por otra parte, cabe señalar que la reingeniería de procesos, aplicada con la finalidad de reducir los altos costos operativos empresariales, produce altos índices de desocupación laboral. Desde este escenario se tiene que la automatización “conduce vertiginosamente a la economía global a un futuro industrial sin trabajadores”.³

En el caso específico de América Latina, los efectos de la innovación tecnológica y las exigencias en los patrones de competitividad en el mercado, han puesto en jaque los perfiles tradicionales de la demanda de mano de obra. Cada vez más se establecen necesidades ligadas al manejo de las tecnologías en red (*software*) como parte sustancial de la formación de recursos humanos en la *era microelectrónica*.

El abordaje sobre la ética en las relaciones laborales, en ese proceso de redefinición del capitalismo, parte del argumento-hipótesis según el cual se trata de una visión del mundo y de los acontecimientos humanos que rescata la *misión profesionalizante* como valor supremo del proyecto de vida.

2. GLOBALIZACIÓN, UN FENÓMENO ACTUAL PERO DE VIEJA DATA

La globalización es un fenómeno que no es reciente; durante la época de Adam Smith, la construcción del capitalismo sustentó su base en la expresión del mercantilismo bajo el argumento de un intenso intercambio de bienes, la complementariedad de las naciones, la identificación de las ventajas competitivas y la intensificación del comercio internacional. Aquí encontramos un proceso de cambio y desarrollo sustentado

² Parra, G. (2002). *Educación, Reforma y Sociedad del Conocimiento*. Una visión de la reforma educativa desde el paradigma político-estratégico. Trabajo de Mérito presentado ante la Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez para optar a la categoría de Profesor Titular. Decanato de Postgrado. Caracas.

³ Rifkin, J., 1996. *El fin del trabajo (nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era)*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. Barcelona España.

en la generación de nuevos vínculos en entornos sociales sometidos a las exigencias de un capitalismo creciente que configuraba las comunidades de nuevas formas, exigiendo a las personas la adaptación y la adecuación a nuevos medios de transporte, comunicación, consumo y nuevas condiciones de vida y gestión política.

Ingresado en el siglo XX el proceso de globalización o como algunos autores denominan la segunda globalización, responde a la época de posguerra que siguió a la primera conflagración mundial, que trajo como resultado entre otras cosas además de la intensificación del comercio y las relaciones entre las naciones, el uso intensivo de las nuevas tecnologías como el automóvil, el teléfono, maquinaria sofisticada, el motor de combustión interna, etc. Este proceso se intensifica luego de la Segunda Guerra Mundial cuando encontramos que los niveles de industrialización superan todas las expectativas, y de la mano de los procesos de reconstrucción de vencidos y vencedores, se generaron las nuevas civilizaciones que se constituyeron en los paradigmas políticos, económicos y sociales de la modernidad exacerbada, basada en un policentrismo distribuido entre Estados Unidos, Japón y Europa en proceso de consolidación por aquel entonces.

Hacia finales del siglo XX, con la caída del muro de Berlín en 1989, el movimiento globalizador consolidó la tercera etapa, cuyo espíritu incluye varias nociones que devienen entre categorías tales como postmodernidad, postcapitalismo o era postindustrial, más que cualquier categoría que se asuma al respecto. Este movimiento representa una nueva situación en la cual el post se usa porque en realidad no conocemos cuáles son las variables que la conformarán en los próximos años.

Esta nueva etapa nace signada por una revolución en distintos campos, donde las tecnologías duras ya no son relevantes, dentro de entornos en los cuales los conocimientos conforman el nuevo capital, donde los recursos financieros circulan con mayor rapidez que los bienes, donde las comunicaciones son totales, donde la red ha democratizado todos los accesos, donde el Sur ya conoce cómo vive Norte, donde los pobres ya saben cómo viven los ricos, donde las diferencias que siempre han existido ahora están expuestas en todas sus dimensiones, ya no hablamos del *apartheid* racial, ahora usamos esa palabra que implica segregación en el campo de las tecnologías.

Los indicadores del proceso de globalización han estado signados por una serie de dispositivos que se concretan en: a) Intensificación del

intercambio; b) Incremento de la interdependencia de las naciones; c) Aparición y dispersión inequitativa de nuevas tecnologías; d) Consolidación de nuevos centros de poder mundial; e) Cambios en los paradigmas económicos; f) Cambios culturales y sociales; g) Nuevos medios de comunicación.

En este mismo orden, cabe destacar que si bien todas estas etapas globalizadoras tienen aspectos en común, nos encontramos con que esta tercera etapa se desarrolla en un entorno nunca antes visto por lo cual los desafíos para todos los actores se encuentran más allá de lo que nunca antes se vio, donde los riesgos del fracaso son enormes.

3. LA REESTRUCTURACIÓN CAPITALISTA Y EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN

La globalización constituye uno de los grandes fenómenos del mundo económico-social, cuyo contexto se desdibuja en la integración geopolítica bajo el imperativo de un sistema socio-cultural dominante, un mercado único y un centro de poder multipolar hegemónico. Puede afirmarse que dicho proceso tiene varias etapas. La primera de ellas, cuyo origen se remonta a la época colonial, cuando la imposición de una cultura –entendida como superior– aniquiló las estructuras culturales y políticas del mundo conocido. Esa fuerza cultural se fundamentó en el catolicismo emancipador, el mercantilismo y el feudalismo, como plataforma ideológica y política.

Una segunda etapa de globalización mundial ocurre con el surgimiento de la revolución industrial. La cultura hispánica se vio obligada a decidir en este período –dada la desventaja tecnológica de España en el contexto mundial de entonces– que las compañías de las indias orientales se encargarán de difundir los valores proteccionistas del imperio, a fin de preservar el control político y comercial de sus colonias iberoamericanas.

El proceso globalizador de los mercados fue más extenso que el anterior. Sus herramientas principales estuvieron marcadas por la era de la ciencia, el capitalismo y la idea de progreso. Durante esta época se vivió un fuerte enfrentamiento entre varias corrientes de pensamiento económico y social: la discusión entre centro y periferia, por un lado; las tesis comunistas, impulsoras de la economía de planificación centralizada donde el Estado funge como protector y garante del desarrollo económico social; y el ideario político-social del capitalismo libre anglosajón,

cuyo origen realza el principal postulado de Adam Smith: la mano invisible del mercado.

Una tercera etapa globalizadora se extiende y se expande hoy. Dispone de grandes innovaciones tecnológicas ahora como la robótica, informática, telecomunicaciones, ingeniería genética, televisión por cable, Internet y otros avances tecnológicos impresionantes más radicales que las que impulsaron la revolución industrial en su momento. Esta nueva globalización, llamada infocapitalismo, no tiene, sin embargo, la capacidad para reemplazar linealmente las culturas autóctonas, sin que se produzcan fuertes resistencias a nivel de sus redes de expresión locales.

Las principales armas de esta nueva expansión globalizante y civilizatoria son: la microelectrónica, la aplicación del conocimiento al conocimiento mismo y la cybergacultura. La onda cyber despliega un lenguaje mundial expresado en códigos culturales que responden a los principios éticos de Occidente. Esta insurgencia político-económica y cultural tiene la particularidad de superponer, a través de sus redes mediáticas, los valores de uso sobre los valores de cambio. Destaca al respecto: "las innovaciones científicas llevarían necesariamente a nuevos modelos de producción y de transformación social como resultado de una definición de oportunidades tecnológicas dictada por los nuevos paradigmas".⁴

Los actuales cambios tecnológicos presentan un rostro distinto. Su influencia no sólo consiste en incidir en las formas de producir los bienes de consumo masivo y redefinir los modelos organizacionales empresariales para la competitividad en el mercado, sino en trastocar el comportamiento de los individuos, sus relaciones de trabajo y el mundo laboral en su conjunto. El nuevo modelo globalizador impacta de manera directa la generación del conocimiento, el proceso educativo, los procesos productivos de mercancía, el comercio, los servicios y las relaciones económicas internacionales. Es decir, ha ampliado el armazón de la frontera de producción y ha creado nuevas formas de relaciones intersubjetivas a nivel mundial. Esta incursión económico-cultural se le define en los siguientes términos: A este nuevo modo del desarrollo del capitalismo denominado *informacional*, en el cual la tecnología de la información ocupa el elemento central para agregar áreas de producción y redefinir

⁴ Jettin, B. 1996. *Paradigma e trayectoria tecnológica*, OPS, Volumen 1, Nº 1, pp. 5-17. Salvador.

las otras, generándose así una avalancha de innovaciones tecnológicas que impulsan la productividad y al mismo tiempo reordenan y potencian al nuevo modo de producción capitalista.⁵

Estos cambios en la esfera económica se deben, sin embargo, a un cambio de paradigma según el cual el patrón microelectrónico sustituye al modelo petrolero. En ese escenario, el conocimiento adquiere valor económico y no sólo tiene una significación en el orden cultural. El impacto de las redes culturales es avasallante, pero el valor del conocimiento como factor de acumulación adquiere un sentido determinante en el proceso productivo.⁶

La información y el conocimiento se han convertido en medios de producción y han desplazado progresivamente al trabajo manual. El intercambio de producción y conocimiento es la propia esencia del nuevo sistema financiero mundial, en el que el dinero consiste exclusivamente en cifras que aparecen en ordenadores. Los mercados financieros trabajan, en general, a una velocidad increíble. No existe ninguna oportunidad de obtener beneficios a largo o mediano plazo, es decir, algunas estrategias utilizadas por los operadores se vuelven obsoletas casi en el mismo momento de ser creadas, debido a la rapidez con la que otros reaccionan o las sustituyen. Se trata de una economía del conocimiento que ya es realidad y no supone una mera proyección del futuro.

Hay, sin embargo, algunos riesgos importantes en esa nueva onda tecnológico-cultural. En este sentido se advierte: “El resultado de este proceso de globalización financiera es quizás que hemos creado un “autómata”, que está en el corazón de nuestras economías y condiciona nuestras vidas de forma decisiva”.⁷ Esto quiere decir que la pesadilla de la humanidad no sólo radica en que la robótica pueda eliminar los puestos de trabajos ni que los ordenadores del gobierno vigilen nuestras

⁵ Castells, M. 1998. *La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura. Volumen I. La sociedad red*. Madrid: Editorial la Alianza. p. 39.

⁶ Pérez, C. 1998. *Las nuevas tecnologías: una visión de conjunto en La tercera revolución industrial. Impactos internacionales del nuevo viraje tecnológico*. Buenos Aires: Grupo Editorial Latinoamericano.

Pérez, C. 1998. *La empresa ante el cambio tecnológico*. Valencia: Conferencia ante el Congreso Nacional de Estrategias Gerenciales, Asociación de Ejecutivos del estado Carabobo. [En línea: <http://www.fgma.gov.ve/Fondo Editorial/Jornadas/Tecnología.htm>]

⁷ Castells, M. 2001. *La galaxia Internet (reflexiones sobre Internet empresa y sociedad)*. Plaza & Janes Editores, S.A. Barcelona - España, p. 87.

vidas, sino en el carácter incontrolable de los sistemas electrónicos que favorecen las transacciones financieras intangibles.

(...) en las condiciones de modernidad reciente, los dos polos de la dialéctica de lo local y lo individual están constituidos por las transformaciones, en la identidad del yo y la mundialización. Las relaciones inter subjetivas y la contextualidad de todo orden en la sociedad del conocimiento, estarían marcadas así por vínculos socioculturales de alcance muy amplio, más allá de los microespacios íntimos, directos y personales, de modo que el yo y la sociedad estarían interrelacionados, por primera vez en la historia, en un medio mundial.⁸

En esta línea del pensamiento se introduce un nuevo espacio de discusión que supone el surgimiento de nuevos esquemas de subjetividad en la relación del yo individual y la sociedad informacional.

4. LA ÉTICA: UNA MIRADA DESDE EL CONTEXTO CAPITALISTA

En la sociedad Occidental, la “ética” (del griego *ethika*, de *ethos*; “comportamiento”, “costumbre”), se refiere a los principios o pautas relacionadas con la conducta humana. Es conocida también como moral (del latín *mores*; “costumbre”), razón por la cual el estudio de esos principios y normas es llamado “filosofía moral”. Se ha de aclarar que cada cultura ha desarrollado un modelo social moral-ético propio, y códigos que se relacionan con el tipo de ambiente que envuelve a la comunidad, su historia, su psicología, su grado de desarrollo tecnológico, así como muchos otros factores que influyen en la mentalidad y en la convivencia de los seres humanos.

En líneas generales, los filósofos procuraron determinar la bondad de la conducta humana, teniendo en cuenta dos grandes principios fundamentales. El primero, la conducta es buena en sí misma, lo que implica un valor final, deseable en sí mismo y no sólo como medio para alcanzar un fin. El segundo, la conducta es buena, porque se adapta a un modelo moral concreto. Si estudiamos el desarrollo moral-ético a través de la

⁸ Giddens, A. y Hutton, W., eds. 2001. *En el límite (la vida en el capitalismo global)*. Tusquets Editores, S.A.- Cesare Cantú. Barcelona-España, p. 48.

historia, encontramos también tres modelos de conducta principales. Cada cultura o comunidad concreta los ha considerado como el bien más elevado.

Éstos son: la felicidad o placer; el deber, la virtud o la obligación y la perfección, el más completo desarrollo de las potencialidades humanas. Podemos indicar, además, algunas otras líneas que sintetizan el desarrollo moral y que han predominado en algún momento histórico concreto o determinaron el comportamiento humano en algún contexto particular. Así mismo hay que señalar que la ética es el sistema moral por naturaleza, el cual juzga los actos del hombre y emite un juicio.⁹ La ética se basa en los actos en los cuales los hombres actúan haciendo uso de su libertad, es decir, la libertad se vuelve la base de la ética. Sin libertad, no hay ética.

En el discurso de disertación inaugural del Encuentro Internacional sobre Ética y Desarrollo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se planteó que la dimensión ética del desarrollo se expresa en la vigencia en la vida social de valores morales como el respeto a la verdad, la honradez, el sentido del deber y la justicia, la consideración al prójimo, la solidaridad, el espíritu de servicio y el anhelo de perfección. En tal sentido, expresó: si miramos la realidad de América Latina y del mundo en desarrollo, a la luz de estos criterios, surgen con claridad los grandes desafíos éticos a que ellos nos aboca.¹⁰ Desafíos que, en mi opinión, no sólo se plantean a estos países, sino también a las naciones del mundo rico y desarrollado.

En atención al contexto que implica el despliegue del fenómeno globalizador, los aspectos de orden ético se asoman en medio de grandes discusiones que no parecieran dirimirse fácilmente. En este sentido la obra *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo* señala que el protestantismo fue quien concedió un sello claramente religioso al aspecto ético, en contraste con la tradición católica y su relación con

⁹ De La Torre, A. 1994. *Ética y libertad*. Consulta en línea del 27 mayo, 2003 en www.Huachache/acta/1994nov/adltorr3.htm

¹⁰ Iglesias, E. 2000. *La realidad económica y social de América Latina y de los países en desarrollo y los desafíos éticos que plantea el mundo. Disertación inaugural en el "Encuentro internacional sobre ética y desarrollo*, Washington. Consulta en línea del 27 mayo, 2003 en www.lasociedadcivil.org. p.4.

el trabajo. En tal sentido, todo implica una exigencia moral, es decir, “el cumplimiento en el mundo de los deberes que a cada cual impone la posición que ocupa en la vida, y que por lo mismo, se convierte para él en el trabajo”.¹¹

Igualmente se puntualiza en el texto, que no se trata de la ética protestante ni el capitalismo en sí mismos, sino de la ética protestante y el espíritu del capitalismo. Para Weber, el espíritu del capitalismo se resume en el lucro del dinero como valor más importante de la vida, el ejercicio del trabajo como fin, la racionalidad y la austeridad.

En fin, al plantear la discusión sobre ética en las relaciones de trabajo y derecho al trabajo en tiempos de globalización resulta clave comprender los signos de la nueva sociedad infocapitalista y sus efectos en el conjunto de valores que rigen los marcos de subjetividad en Occidente. Además, verlos desde el contexto del pensamiento de Luhmann y Maturana constituye un esfuerzo epistemológico que implica repensar la realidad de una sociedad en los momentos actuales donde el triunfo de los esquemas globales es inevitable en los sistemas sociales existentes.

5. AMENAZAS AL DERECHO LABORAL EN LA ERA GLOBAL

El derecho laboral está amenazado por el pensamiento único. Se pretende destruir las bases históricas del conjunto de principios y normas tutelares que disciplinan las relaciones entre empresarios y trabajadores, o entre las entidades sindicales que las representan y otros hechos jurídicos resultantes del trabajo.

Desde este planteamiento discurre que la alta tecnología aplicada al trabajo y el influjo dominante de la globalización de la economía, sentencian el final del derecho laboral como regulador de las relaciones de trabajo y protector de los trabajadores. Dejarán de ser el trabajo humano, los trabajadores (y con ellos la estabilidad laboral, negociación colectiva, etc.) los que decidan la existencia de esta disciplina jurídica.

La argumentación anterior gira en torno a la aplicación del modelo de flexibilización que es el fruto de nuestros pensadores neoliberales, para

¹¹ Weber, M. 1998. *Ética protestante y el espíritu del capitalismo*. México, Fondo Cultura Económica, 10^a edic. p. 90. Weber, M. 1998. *Economía y sociedad*. México, Fondo Cultura Económica, 12^a edic.

quienes la manera como se define el derecho laboral es ir en contra de su estructura. El modelo, en términos generales, ha consistido en reducir y eliminar derechos laborales, tratar con rigor a los trabajadores, proclamar la libertad e igualdad de las partes de la relación laboral y limitar la intervención del Estado a la aplicación del modelo.

Finalmente la postmodernidad, en el campo del derecho laboral, va a significar básicamente una intervención estatal en las relaciones de trabajo –con diligencia en la regulación de los derechos laborales–, potenciar la participación de los trabajadores en la empresa y una disposición de los empleadores por el bienestar de sus trabajadores que en última instancia conllevará una mayor producción y productividad.

6. LA VISIÓN ÉTICA DE HUMBERTO MATORANA SOBRE EL MUNDO GLOBALIZADO

Tal como se expresó en acepciones anteriores, el mundo de hoy está rodeado por avances tecnológicos y comunicacionales, los cuales tienden a estimular la exclusión y precariedad.¹² Sobre este aspecto la actividad humana, el trabajo y la regulación de la conducta de la gente se desordena. Cambiando además los principios de dicha conducta de unos respecto de otros. No puede ser de otra manera, porque los seres humanos derivan sus ideas y valores morales y éticos en última instancia de las condiciones prácticas en que se basa su situación concreta.

Hoy día, estas condiciones están basadas en la reestructuración del capitalista y de las relaciones sociales derivadas del modelo neoliberal que se ha instalado en el sistema social actual, y cuya acción se denota en la precarización del trabajo y marginalización del hombre bajo la de sus expresiones de grandes mayorías cada vez más empobrecidas.

La crisis de la ética actual se fundamenta en que ya no existe un estado social que le reconozca sus derechos laborales a cada uno y la satisfacción de sus necesidades sin atropellar las de los demás. El Estado, lejos de contribuir con ello, se limita a ser funcional a la nueva ideología neoliberal y las minorías sociales que la sustentan, siendo cómplice de la

¹² Weber, M. 1998. *Ética protestante y el espíritu del capitalismo*. México, Fondo Cultura Económica, 10^a edic. p. 90. Weber, M. 1998. *Economía y sociedad*. México, Fondo Cultura Económica, 12^a edic.

ruptura del mundo ético. Es un Estado que excluye los problemas sociales de sus afanes y sólo se centra en disminuir permanentemente las regulaciones a la economía, favoreciendo al capitalismo salvaje.

Se trata entonces, de que los seres humanos no consientan la preocupación por el otro, es decir, no coexiste la presencia del otro para los demás. Ello se manifiesta en el constante irrespeto de los derechos sociales (humanos) de los hombres. Esta alarmante situación es producto del desarrollo contradictorio entre el enorme avance tecnológico y la incapacidad de la sociedad para orientarlo al servicio de todos los integrantes de ella a través del trabajo.

Hoy día predomina en el sistema social el individualismo, aislamiento, soledad, angustia, incertidumbre, desintegración cultural, engaño, cesantía o el trabajo precario y prácticamente vano para los grandes habitantes de las sociedades. Todo ello sobre la base de una ética racionalizada desde la perspectiva neoliberal, desencantada y sin bases morales sólidas.

En este sentido, la ciencia –como instrumento liberador del hombre– abandona su camino para convertirse sólo en fuente de productividad y mayor consumo-mercado (racionalidad mercantil). La ética entonces, se relativiza al extremo que sólo importa lo que es más cómodo y rentable: el costo/beneficio es el nuevo patrón por el cual se miden los valores. La calidad de vida se confunde con cuánto tienes y cuánto vales.

Pero la superación de estas profundas contradicciones, que está lanzando al abismo de la marginalización a millones de personas, no es sólo un problema de conocer esta situación. Pasa necesariamente por fundar una nueva base moral que coloque lo humano en el centro de toda política económica y social. Se trata, en el contexto de interesarnos en las consecuencias de lo que hacen grupos humanos sobre otros seres humanos, es decir, los efectos que producen en las grandes mayorías las acciones de pequeños grupos humanos egoístas privilegiados.¹³ Sostiene además que los seres humanos somos animales éticos que hemos surgido en una historia biológica de amor e intereses mutuos, que comparte comida, cooperación y sensualidad.¹⁴

¹³ Weber, M. 1998. *Ética protestante y el espíritu del capitalismo*. México, Fondo Cultura Económica, 10^a edic. p. 90. Weber, M. 1998. *Economía y sociedad*. México, Fondo Cultura Económica, 12^a edic.

¹⁴ Maturana, H. 1995. *La realidad: ¿Objetiva y Construida?* Anthropos. Barcelona.

Siguiendo el planteamiento de este mismo autor, la ética surge en los humanos en su emoción como un interés por el otro o los otros y no negando la responsabilidad de las consecuencias de nuestras acciones sobre estos otros seres humanos, mientras se aceptan racionalmente sus efectos negativos. El interés por la suerte del otro en una comunidad social es constitutivo a nuestra coexistencia social, es el sustento fundamental para construir dominios cognitivos que expliquen nuestras praxis de vivir, superen las coexistencias no-sociales que no asumen el destino del otro y que demanden la reformulación de la praxis del vivir ético propio de la coexistencia social de sociedades normales. Asevera categóricamente que permaneceremos humanos sólo mientras nuestra acción en el amor y la ética sean las bases operacionales de nuestra coexistencia como humanos.¹⁵

Para ello es necesario reconstruir la ética como esencia socializadora del hombre. Su reconstrucción pasa no sólo por ofrecer una nueva moral a la familia, la vida privada, a la política nacional, empresarial y a las relaciones de trabajo, sino que es necesaria una macroética capaz de asumir las consecuencias planetarias del desarrollo tecnológico, la globalización y del nuevo tipo de sociedad que está surgiendo en estas nuevas condiciones. Debe ser redefinida sometiendo nuevamente la tecnología a la ciencia y la globalización a los intereses de las diversas naciones y etnias que pueblan el planeta.

La macroética debe ser redefinida. Ello se debe hacer sobre la base de reconocer en todos los miembros de la sociedad interlocutores válidos con derechos a la libertad, al desarrollo personal, a la satisfacción de todas sus necesidades –tanto materiales, intelectuales como espirituales–, que le permitan un crecimiento pleno e integral como seres humanos. Es una ética recontextualizada para las necesidades humanas normales actuales, cuyo fin será superar la amenaza que significa hoy día para las distintas sociedades el desarrollo tecnológico sin equidad y manejado exclusivamente en función de los intereses de minoritarios sectores financieros transnacionales.

En fin, una ética fortalecida sobre principios morales sólidos que ponga al desarrollo científico-tecnológico en la perspectiva de crear nuevas

¹⁵ Maturana, H. 1991. *El sentido de lo humano* Hachette Comunicaciones, Santiago de Chile.

formas de organizar el trabajo que asegure a la persona humana su desarrollo normal, sin exclusiones y brutales marginalizaciones. Urge reivindicar entonces en el mundo una visión política, ecológica, económica, ética y espiritual del desarrollo social para construir una nueva sociedad que esté basada en la dignidad, los derechos humanos, la igualdad, el acceso a la tecnología, el trabajo moderno y flexible de buena calidad para todos, el respeto al entorno, la paz, la democracia, la responsabilidad mutua, el amor, la coexistencia social, la comprensión, el conocimiento, la sabiduría, la cooperación y el pleno respeto de los diversos valores y orígenes culturales de toda la gente.

7. LA VISIÓN ÉTICA DE NIKLAS LUHMANN

Existe dentro de los apuntes diferentes sistemas sociales; el primero de ellos está referido a la sociedad, la cual se relaciona con el concepto mundo en toda su amplitud. Es decir, un sistema autopoético de comunicaciones es una red de producción y transformación de componentes tal que los componentes son determinantes de los procesos que generan la autopoiesis, trae consigo de la mano una nueva epistemología y una teoría sobre el origen del lenguaje.¹⁶

El otro sistema está referido a la interacción, la cual se crea con la presencia de los interlocutores que se perciben mutuamente y pueden generar comunicación directa (este sistema autopoético cesa con la última comunicación); y por último, los sistemas de la organización, cuyo contexto se resume en el criterio de selección en la capacidad de poner condiciones a la persistencia de los miembros a ese sistema.

En este sentido, cada uno de los sistemas descritos no tienen un criterio común, cada cual tiene su propia expresión, en distintos grados, de la complejidad a la que ha llegado en la sociedad.

Plantea que en los regímenes o sociedades anteriores sí existe un punto central, a partir del cual gira lo demás, llámese estado o política. Sin embargo, dentro del sistema funcional la sociedad es un todo compuesto por distintos subsistemas, entre los cuales podemos incluir el de la política. Estos subsistema tienen que interrelacionarse con otros tan im-

¹⁶ Luhmann, N. 1991. *Cambio de paradigma en la teoría de sistemas, en ID, sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Alianza Editorial, México

portantes como: religión, economía, educación, ética. Entre todos ellos tiene lugar una relación mutua con su entorno, formado por los subsistemas que le pueden afectar.¹⁷

De esta manera se explica por qué un mismo problema puede tener distintos enfoques que deben ser resueltos por distintos subsistemas.

Por otra parte, y en contraposición al sistema clásico, es decir, evitando cualquier clase de centralismo termina refiriendo, integra al hombre en todos los subsistemas, pero sin terminar de incorporarse a ninguno de ellos en profundidad.¹⁸ El hombre, desde su lugar de entorno para cualesquiera de los sistemas, puede comunicarse con ellos, pero no pertenece exclusivamente a ninguno.

Fundamentándose en estos dos presupuestos, destaca el análisis del desarrollo social de la sociedad moderna. En este tipo de sociedad se ha ampliado desmesuradamente la capacidad de prestaciones comunicativas entre las distintas personas y sistemas. Esto lo convierte directamente en unas comunicaciones altamente especializadas y funcionales. Se ha llegado hasta estos niveles de comunicación principalmente por dos factores: diferenciación de una determinada clase superior y diferenciación de distintos centros de gravedad funcionales de la sociedad.

Por consiguiente, nos enfrentamos a la capacidad autorreguladora y autopoética de un sistema que, teniendo en la estabilización de un patrón dominante de interacción su horizonte final, responde a un principio organizador constituido por ese atractor, por ese punto dinámico de convergencia hacia el que tiene lugar la confluencia normalizadora de las distintas variables del mismo. El Poder, convertido, así, en un medio de comunicación global simbólicamente generalizado de transmisión de complejidad reducida, hace de esa complejidad la principal fuente de retroalimentación del sistema.¹⁹ Cuanto mayor es el grado de complejidad, es decir, cuanto mayor es el margen de respuesta de las diferencias, mayor es el potencial reductor del Gran Disciplinamiento Informacional.

¹⁷ Luhmann, N. 1991. *Cambio de paradigma en la teoría de sistemas, en ID, sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Alianza Editorial, México

¹⁸ Luhmann, N. 1991. *Cambio de paradigma en la teoría de sistemas, en ID, sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Alianza Editorial, México

¹⁹ Luhmann, N. 1997. *Observaciones de la modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós América.

Al relacionar esto con los cambios actuales del mundo globalizado, Luhmann genera el estudio de la ética y la moral desde el contexto de la sociología. En su análisis toma en consideración las reacciones del sistema social ante la ampliación de las diferenciaciones. De esta condición la moral que debe facilitar la inclusión moral ha de hacerlo en base a la generalización. La ética prescribe a la moral una simultaneidad entre la generalización y la individuación.²⁰

La moral remite a la comunicación humana que conlleva aprecio o desprecio, referidos a la persona como un todo en su pertenencia a la sociedad. En la medida que alguien participa en la comunicación, lo hace también la sociedad. Así mismo el autor considera que la moral es el conjunto de condiciones de aprecio y desprecio, objeto de comunicación cuya validez es independiente de su concreción o abstracción, así como de que alcancen en cada caso un consenso fáctico o no.

De igual manera la ética, por el contrario, es la teoría de la moral como reflexión fundamental sobre afirmaciones, reglas, principios acerca de lo que se puede esperar en materia de juicios morales.

La ética debe incluir todas las posibilidades morales, interpretar los inconvenientes de autorreferencia del código moral de otros códigos, debe insistir en que el código moral tenga relevancia universal y que pueda ser aplicado a cada conducta sin excepción, procurando que esto no suceda por aplicación de otros códigos regidos por perspectivas opuestas. La ética debe centrarse en una descripción de la sociedad policontextual, en juicios de competencia universal, mientras que la moral ha de verificar esa misma competencia universal. La ética ha de recurrir a una lógica polivalente sobre la aceptación o el rechazo de determinadas distinciones, debe poder determinar cuándo es pertinente hacer uso de las distinciones de la moral. Las identidades buscan la respuesta a estos inconvenientes desde la producción de un modelo ético-cultural que replantea la relación entre naturaleza y cultura.

En conclusión, la moral comunicacional está ligada al aprecio o desprecio referidos a la persona en sociedad. De esta forma la moral no da lugar a la inclusión o exclusión, sino que remite a valores de lo bueno y lo no bueno. La moral remite a lo fáctico, está privatizada, y la ética a la

²⁰ Luhmann, N. 1992. *Sociología del riesgo*. Universidad Iberoamericana, México.

teoría de la moral en cuanto reflexión. La moral plantea la inclusión no facilita en ningún caso la exclusión.

8. LA POSIBILIDAD DE UNA DIMENSIÓN ÉTICA EN EL SISTEMA NEOLIBERAL DESDE LAS POSTURAS DE MATORANA Y LUHMANN EN EL CAMPO DE LAS RELACIONES LABORALES Y DEL DERECHO AL TRABAJO

Durante las ultimas décadas se ha venido afianzando un nuevo sistema económico, cuya emergencia no estaba prevista ni por los teóricos, ni por los dirigentes. Ese modelo llamado neoliberal, pero también conocido por muchos como flexible, transporta hasta el extremo una tendencia espontánea del sistema capitalista sobre el trabajo y otros espacios: la disociación entre la eficacia y la justicia social.

En este sentido, se destaca que el sistema capitalista conduce a la necesidad de discernir valores morales, que inspiran las cambiantes situaciones históricas, ello compromete a líderes empresariales, sindicales y del estado a esforzarse por aplicar la ética al mundo de las relaciones de trabajo, derecho del trabajo y de la organización del trabajo, donde se sitúa la lucha por el progreso económico y el bienestar social .Este singular compromiso abre paso a los imperativos éticos que debe incorporar la sociedad en su búsqueda, del desarrollo económico.

Los argumentos de Maturana y Luhmann sobre el espacio ético conducen a pensar inexorablemente en la reconstrucción de la conciliación entre democracia, equidad y crecimiento, y esta conciliación no se puede lograr únicamente mediante fórmulas tecnocráticas. Por el contrario, se necesitan nuevos valores que tengan directa relación con el componente ético-humanista (amor, comunicación) para atender al menos las siguientes necesidades: a) Ampliar y consolidar las bases de las demandas políticas en estas sociedades; b) Instrumentar una auténtica reforma social integral, que parte de la profunda desarticulación que subsiste en la sociedad latinoamericana y de las distancias económicas que separan a sus grupos sociales; c) Abordar un enfoque integral del desarrollo económico, bajo las reglas de una nueva cultura de la solidaridad. Estos tres elementos constituyen el marco de acción que debe tener presente el nuevo sistema imperante del capitalismo global y competitivo en el mundo de hoy.

REFLEXIONES FINALES

Para concluir, el contenido de la visión ética planteada por Luhmann y Maturana sobre los cambios que propicia el mundo globalizado constituye una realidad presente de las sociedades en los tiempos de hoy. En este sentido, esta nueva forma del sistema económico existente en la actualidad debe construir la necesidad de nuevos valores por cuanto que los seres humanos somos animales éticos que hemos surgido en una historia biológica de amor e intereses mutuos, que comparte comida, cooperación y sensualidad. Para evitar los distanciamientos individualistas hacia los cuales nos conduce el sistema económico neoliberal.

Por otra parte, Luhmann desarrolla claramente la importancia de la comunicación en el sentir ético de una sociedad que deseé como propósito la inclusión frente a los grandes fenómenos de exclusión. En este sentido la solidaridad entre humanos debe ser parte del sistema, conduciendo a los mecanismos de globalización a la no desaparición de los valores morales y sociales, que con prudencia y responsabilidad deben regularse para potenciar las posibilidades de las personas y de los pueblos sin destruirlos.

De igual manera, si no cambiamos nuestra conducta frente a estos procesos, la ética corre el riesgo de convertirse cada vez más en un discurso de justificación *ex post factum*, con la consecuencia evidente del decrecimiento de su significación social. En este aspecto Luhmann dice que a partir de encontrar que el amor es un medio de comunicación simbólicamente generalizado, cuya referencia sistémica se encuentra en el sistema social y no en el sistema psíquico, por ello al no lograrse concretar por esta vía surge la incomunicación.

Finalmente si en los sistemas sociales tienen predominio categorías tales como: individualismo, aislamiento, soledad, angustia, incertidumbre, desintegración cultural, engaño, cesantía, etc. Estaríamos dando paso a una ética racionalizada desde la perspectiva neoliberal, desencantada y sin bases morales sólidas. Por ello debemos superponer a estos esquemas la humanización del ser humano, haciendo ver nuestra visión ética de mutua convivencia por encima de todo. El camino para ello es la concertación social y el diálogo social entre los actores estado, mercado y sociedad civil, encarnada en la figura tradicional de un sindicato que debe tener desde ya un visión global.

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la nación, en materia de inmunidad de los estados extranjeros ante los tribunales argentinos en cuestiones de índole laboral

Sara L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS*
Luciana B. SCOTTI**

* **Universidad de Buenos Aires** (UBA), Doctora/ Área Derecho Internacional Privado, Doctoranda. *Facultad de Derecho*, Catedrática de Derecho Internacional Privado, *Departamento de Posgrado*, *Programa de Actualización en Derecho de los Negocios Internacionales y Comercial Contemporáneo*, Directora. *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”*, Miembro Permanente, *Consejo Asesor*, Miembro. Autora de diversas obras nacionales e internacionales en libros, capítulos de libros, artículos, etcétera.

** **Universidad de Buenos Aires**, Abogada. Magíster en Relaciones Internacionales. *Facultad de Derecho*, Docente de Derecho Internacional Privado. *Programa de Actualización en Derecho de los Negocios Internacionales y Comercial Contemporáneo*, Coordinadora. CONICET, Becaria de Investigación. *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”*, Miembro adscrito. Autora y coautora de diversos artículos y capítulos de libro en temas de su especialidad.

SUMARIO:**Introducción**

1. Inmunidad de los estados extranjeros y de sus bienes. Actos de imperio y actos de gestión.
2. Inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución.
3. Legislación argentina en materia de inmunidad de los estados extranjeros ante los tribunales argentinos.
4. Inmunidad de los estados extranjeros ante los tribunales argentinos en cuestiones de índole laboral.
5. La doctrina de la corte suprema de justicia de la nación.
6. Reflexiones finales.

Bibliografía**INTRODUCCIÓN**

El vocablo inmunidad –y la noción que le sirve de sustento– se encuentra íntimamente vinculado con el poder de los soberanos en la concepción de la monarquía absoluta propia del siglo dieciocho. Precisamente, la teoría del absolutismo real se compadece con la noción irrestricta de la soberanía estadal. Así pues, según esta concepción, el Estado como soberano no se encuentra sometido a reclamación por parte de los súbditos, y menos aún puede estar sujeto a la jurisdicción o a la ley de otro Estado. Esta idea ha quedado plasmada en dos máximas, la inglesa *The king can do no wrong* y la de Bártholo de Sassoferato *Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par in parem non habet imperium*.¹

Sin embargo, los propios Estados admiten la realización de múltiples actividades por parte de Estados extranjeros y de sus representantes. Y es con motivo de tales actos que pueden surgir controversias que normalmente, en razón de la materia, serían juzgadas por los tribunales nacionales.

Ahora bien, entre las actividades que realizan en el país las representaciones de los Estados extranjeros, se encuentra la de contratar personal, constituyendo una relación laboral, con todas las notas típicas del

¹ *Tractatus Represaliarum, quaestio 1/3*, par. 10: “Un Estado no puede establecer una ley sobre otro porque entre pares no hay imperio”. Ver A. Verdross, *Derecho Internacional Público*. Madrid, 1961.

trabajo: personal e infungible, remunerado (no gratuito), por cuenta ajena y en relación de dependencia.

Varios son los interrogantes que se nos plantean en el caso de que se produzca un litigio: ¿quién será el juez competente?, ¿qué ley aplicará?, ¿el Estado extranjero podrá oponer la excepción de inmunidad de jurisdicción?, ¿qué alternativa tendría, entonces, el trabajador para defender sus derechos? Y en caso de obtener en el país una sentencia favorable, ¿un juez nacional podrá ejecutar la sentencia contra un Estado extranjero?, ¿sobre qué bienes?, ¿la renuncia a la inmunidad de jurisdicción implica correlativamente la renuncia a la inmunidad de ejecución?, ¿o son dos instituciones diferenciadas?

En esta oportunidad, intentaremos dar respuesta a algunas de estas preguntas a la luz del derecho argentino y especialmente de la jurisprudencia del máximo tribunal judicial de la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

Para ello, describiremos brevemente algunas nociones generales e indispensables para el desarrollo de nuestro trabajo.

1. INMUNIDAD DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS Y DE SUS BIENES. ACTOS DE IMPERIO Y ACTOS DE GESTIÓN

La inmunidad absoluta de jurisdicción es la teoría clásica que imposibilita la sumisión del Estado y sus entidades a los tribunales de otro Estado, salvo que exista consentimiento para ello.

Los fundamentos básicos de esta teoría son el principio de la igualdad soberana de los Estados y el de no intervención en los asuntos internos de otros Estados. También, se esgrimió la necesidad de mantener las relaciones pacíficas entre los Estados. En esta inteligencia, Werner Goldschmidt sostenía: “si se tiene en cuenta que la finalidad de la inmunidad jurisdiccional de los países extranjeros consiste en el deseo de no perturbar las relaciones pacíficas entre los Estados, es fácil comprender que sólo la doctrina clásica constituye un medio idóneo para alcanzar el fin deseado (...) La paz y las buenas relaciones internacionales del país están por encima de los intereses particulares por muy respetables que resulten”.²

² Goldschmidt, Werner, *La Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual composición y el derecho internacional público*, en ED 68-236.

Esta tendencia que imperó en la esfera internacional, comenzó a modificarse, a atenuarse paulatinamente. Así en un primer momento, empezó a admitirse que el Estado extranjero pudiera presentarse ante los tribunales del Estado como parte actora.

Fue la propia actuación del Estado la que ha permitido la aparición de la concepción del desdoblamiento entre los que se denominaron actos de imperio (o *iure imperii*) y actos de gestión (o *iure gestionis*). En efecto, se distingue el actuar del Estado cuando obra como poder público y cuando actúa como persona de derecho privado, sean dichos actos civiles o comerciales. De este modo, se abre la posibilidad para que los Estados extranjeros puedan someterse a la jurisdicción de otros Estados.

Esta distinción entre los distintos tipos de actos que realiza un Estado fue invocada ya hacia 1887 por los tribunales italianos.³ A su turno, la Corte de Casación francesa sostuvo en 1946: “la función del Estado consiste en gobernar, ejercer la autoridad legislativa, judicial y administrativa; pierde esa dignidad e igualdad de un soberano si desciende al plano comercial”.⁴

Así, la consagración de la tesis restringida o relativa de la inmunidad de los Estados fue ganando terreno en las legislaciones de Estados Unidos (1976), Reino Unido (1978), Singapur (1979), Sudáfrica (1981), Pakistán (1981), Australia (1985), Canadá (1982), Argentina (1995), entre otros.

Asimismo, la Convención Europea en materia de jurisdicción de los Estados de 1972 adopta el criterio restringido.

A su turno, la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, no en vigor,⁵ adoptada por consenso por la Asamblea General, el 2 de diciembre de 2004, adhiere a

³ Barboza, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Editorial Zavalía. 1999, p. 328.

⁴ Cour de Cassation, 5/2/1946, *Procureur Général pres de la Cour de Cassation vs. Vestwig et autres*. Rec. Sirey 1947, I, p. 139. Citado por Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 292.

⁵ A julio de 2006, la Convención fue firmada por Austria, Bélgica, China, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Islandia, el Líbano, Madagascar, Marruecos, Noruega, Paraguay, Portugal, Reino Unido, Rumanía, Senegal, Suecia, Timor - Leste. Y cuenta con una sola ratificación, la del Noruega, del 27 de marzo de 2006. Para su entrada en vigor requiere de treinta ratificaciones o adhesiones (art. 30).

la tesis restringida de la inmunidad.⁶ En efecto, el art. 5 sienta el principio general por el cual se reconoce la inmunidad jurisdiccional del Estado y sus bienes, limitado por las excepciones contenidas en la tercera parte. Ellas son taxativas: consentimiento del Estado, reconveniones, transacciones mercantiles, contratos de trabajo, lesiones a las personas y daños a los bienes; propiedad, posesión y uso de bienes; propiedad intelectual e industrial, participación en sociedades u otras colectividades, buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado; convenio arbitral.⁷

2. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN E INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

La aceptación de la inmunidad restringida y su consecuencia directa que consiste en traer ante los estrados judiciales, o someter a arbitraje a un Estado extranjero abre la posibilidad de distinguir entre inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución.⁸

Como se desprende de lo expuesto, la inmunidad de jurisdicción impide que un Estado sea llevado ante los tribunales de otro Estado igualmente soberano. En cambio, la inmunidad de ejecución obsta a que los órganos estatales ejecuten una sentencia que eventualmente se hubiere dictado contra un Estado extranjero.

Dicho de otro modo, corresponde que nos interroguemos acerca de si:

– ¿Existe la posibilidad que los tribunales de un Estado dicten sentencia, o los árbitros, un laudo, contra un Estado extranjero? Sin lugar a dudas, la respuesta es afirmativa cuando los actos caen bajo los denominados actos de gestión, o *iure gestionis*. Es más, si el Estado cumple espontáneamente la sentencia o el laudo, no queda afectada la inmunidad.

⁶ Esta Convención ha sido el resultado de más de veinte años de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional a la que se le encomendó el desarrollo progresivo y la codificación de esta materia en la Resolución 32/151 de 19 de diciembre de 1977.

⁷ Puede verse el desarrollo de cada una de las excepciones en Herz, Mariana, *La nueva Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidad de Jurisdiccional de los Estados y sus bienes. Compatibilidad con el Régimen Argentino*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 10, 2005. Disponible en www.reei.org.

⁸ Sobre este tema ver el desarrollo en la obra Feldstein de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbon, Hebe, *Cómo y cuándo demandar al Estado Extranjero*, Abeledo-Perrot, 1996.

– ¿Es jurídicamente viable ejecutar de manera forzada la sentencia o laudo arbitral en contra del Estado extranjero vencido, recalcitrante?

A su turno, por razones prácticas, también puede resultar de vital importancia el tratar de discernir el carácter de los bienes del Estado extranjero susceptibles de ejecución. Vale decir, cabe reflexionar en torno de estos interrogantes:

– ¿Pueden embargarse y por ende ejecutarse la cuenta bancaria de una embajada?

– ¿Qué ocurre si los bienes a embargo tienen un empleo mixto? ¿Cuáles tienen ese particular carácter? ¿Qué criterios deben seguirse para distinguirlos? ¿Cuál es el más apropiado?

Alguna doctrina entiende que si bien la ejecución forzada es posible no es conveniente, invocando el principio de igualdad de los Estados, la cortesía internacional.

En este aspecto, tal como lo dijimos en trabajos anteriores precedentemente mencionados, “...la teoría general del derecho enseña que lo que distingue a éste de otros sistemas normativos es la posibilidad de sanción y la ejecución forzada. Los derechos estatales prevén órganos encargados de ejecutar la coacción. De manera que parece reñido con la teoría general del derecho, hablar de “sentencia” o de “laudo” sin posibilidad de ejecución efectiva (...).”⁹

Pero veamos ahora cuáles son las tendencias normativas y jurisprudenciales sobre esta delicada cuestión.

En primer lugar, en materia de inmunidad de ejecución, no pueden soslayarse las normas de las célebres Convenciones de Viena de 1961 y 1963.¹⁰

Así, el artículo 22.3 de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 1961) establece: “Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la

⁹ Feldstein de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbon, Hebe, *Op. Cit.*

¹⁰ Téngase presente que la Ley 24.488, que más adelante desarrollaremos, en su artículo 6, dispone: “Las previsiones de esta ley no afectarán ninguna inmunidad o privilegio conferido por las Convenciones de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, o de 1963 sobre Relaciones Consulares”.

misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisita, embargo o medida de ejecución”.

Y el artículo 32.4 establece: “...la renuncia de la inmunidad de jurisdicción respecto de las acciones civiles o administrativas no ha de entenderse que entraña renuncia a la inmunidad en cuanto a la ejecución del fallo, para lo cual será necesaria una nueva renuncia”.

Por otra parte, la Parte IV de la Convención de Naciones Unidas sobre “Inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso ante un tribunal” distingue según se trate de medidas precautorias (medidas coercitivas anteriores al fallo) o de medidas de ejecución de sentencia (medidas coercitivas posteriores al fallo). En ambos casos el principio general es la inmunidad de ejecución y sólo bajo excepción se admiten medidas coercitivas sobre bienes del Estado extranjero.

Las medidas precautorias sólo podrán adoptarse: a) si media consentimiento expreso del Estado, el que puede manifestarse antes de que se suscite el litigio mediante acuerdo internacional, acuerdo de arbitraje, o en un contrato escrito o, cuando ya ha surgido la controversia mediante declaración o comunicación escrita ante el tribunal; y b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso (art. 18). Por su parte, las medidas de ejecución de sentencia podrán adoptarse en los mismos supuestos, y también cuando en el Estado en el que se pretende la ejecución se encuentren bienes que se utilizan o destinan para fines distintos de los “fines oficiales no comerciales” y siempre que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso (art. 19).

El art. 21 establece una lista de bienes que no son susceptibles de ejecución bajo ninguna circunstancia: bienes usados o afectados al funcionamiento de las misiones diplomáticas o consulares incluidos los fondos depositados en cuentas bancarias; los bienes vinculados con funciones militares, los bienes del banco central o autoridades monetarias del Estado, bienes que forman parte del patrimonio cultural o de los archivos del Estado, bienes que integran exposiciones de interés científico, cultural o histórico y que no estén destinados a ser puestos a la venta ni se hayan puesto a la venta.

En relación con la inmunidad de ejecución, existe jurisprudencia no siempre concordante. Tomemos ahora algunos casos emblemáticos. De una

parte, la Corte del Distrito de Columbia, en una cuestión vinculada con el embargo de las cuentas bancarias de la República de Liberia, manifestó en este aspecto que “el concepto de actividad comercial” debe ser definido de modo restrictivo, ya que la “inmunidad deviene como principio y no como excepción” y “...que la jurisdicción debe ser prudente cuando se pronuncia en las demandas que tocan las cuestiones de gobiernos extranjeros...”. Sostuvo el tribunal el criterio conforme con el cual las cuentas bancarias de la Embajada de Liberia, están protegidas contra todo embargo, porque se benefician de la inmunidad diplomática por aplicación de la Convención de Viena y por cuanto ninguna excepción conduce a privar sus cuentas del beneficio de la inmunidad de ejecución.¹¹

Por su parte, la Corte de Casación Francesa, en su sentencia Englander del 11 de febrero de 1969, se expidió en un sentido contrario revocando la decisión de la anterior instancia que había estimado que “...La discriminación entre los fondos públicos y los fondos privados era imposible de lograrse, un embargo entraña el riesgo de privar al Estado extranjero de recursos destinados a mantener la buena marcha de servicios y el cumplimiento de obligaciones asumidas en virtud de atribuciones del poder público”. En este aspecto la Corte sentenció: “...Que fundar así la inmunidad de ejecución beneficia al Estado extranjero sobre la simple eventualidad de un aparente riesgo, que tiene su origen en la imposibilidad de discriminación entre los fondos, de los cuales sólo una parte son destinados a gastos del Estado...”. De esta manera, sencilla, clara, la Corte de Casación fundó la revocación de la decisión de la anterior instancia.

Por otro lado, la jurisprudencia española relativa a las inmunidades del Estado extranjero inicia una nueva etapa con las sentencias del Tribunal Supremo del 10 de febrero y 1º de diciembre de 1986,¹² en las cuales, revisando su doctrina anterior, decide acoger la tesis restrictiva de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero y proceder a la ejecución forzosa de una sentencia condenatoria contra dicho Estado. No obstante, cabe señalar que no definen claramente los alcances hasta el punto de que se ha dicho que los tribunales de ese país “nadan en un mar de confusiones” procediendo a ejecutar bienes de funcionarios con-

¹¹ Liberian Eastern Timber Corporation c/Gobierno de la República de Liberia, 15 de marzo de 1986.

¹² E.B.M. c/Embajada de Guinea Ecuatorial y D.A. c/Embajada de Sudáfrica en Madrid. Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia, 1986.

sulares, aceptando embargos contra cuentas de Misiones diplomáticas, entre otras.

Por último, debemos advertir que aun cuando se reconozca la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, ello no significa que aquéllos estén exentos de cumplir la legislación local del país en el que actúan. En igual sentido, el reconocimiento de la inmunidad de ejecución no implica que los Estados no estén obligados a cumplir una sentencia dictada en su contra y que de hecho puedan cumplirla voluntariamente.

3. LEGISLACIÓN ARGENTINA EN MATERIA DE INMUNIDAD DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS ANTE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS

3.1 ANTECEDENTES

El Decreto-Ley 1285/58, reglamentario de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, que organiza la justicia nacional, era la única norma aplicable. Disponía en su art. 24, inc. 1º, párr. 2º, “no se dará curso a la demanda contra un Estado extranjero sin requerir previamente de su representación diplomática, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, conformidad de aquel país para ser sometido a juicio”.

Con fundamento en esta normativa la Corte Suprema mantuvo constante la tesis de la absoluta inmunidad de los Estados extranjeros, salvo consentimiento, aun en asuntos en que estuviera comprometido el orden público, como en aquellas cuestiones de índole laboral.

Más tarde, el Decreto-Ley 9015/63 introdujo como segundo párrafo del art. 24 del Decreto-Ley 1258/58 la condición de reciprocidad para conceder inmunidad de jurisdicción a un Estado extranjero, en los siguientes términos: “...el Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un país determinado la falta de reciprocidad, a los efectos consignados en esta disposición, por decreto debidamente fundado. En este caso el Estado extranjero, con respecto del cual se ha hecho tal declaración, queda sometido a la jurisdicción argentina...”¹³ Sin embargo, la jurisprudencia

¹³ Esta reforma tuvo como antecedente material el incidente suscitado en Italia debido a la sumisión de que fuera objeto la República Argentina a los tribunales italianos en el caso “Franco Gronda”.

argentina no registró casos de inmunidad no reconocida por ausencia de reciprocidad.

3.2 LA LEY 24.488 SOBRE INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS ANTE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS

En el derecho argentino, el disparador para la consagración de la tesis restringida que se plasmara en la Ley 24.488 del 31 de mayo de 1995, promulgada parcialmente el 22 de junio del mismo año, fue el célebre caso “Manauta” de la CSJN del 22 de diciembre de 1994, del que seguidamente nos ocuparemos.

Esta ley regula la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos. Ello implica, como adelantamos, el alienamiento de la República Argentina a la teoría de la inmunidad relativa, restringida. Sin embargo, omite toda referencia a la inmunidad de ejecución, dejando un vacío normativo en la materia.

Consta de ocho artículos y precisamente, el núcleo central se encuentra en los dos primeros, ya que en el artículo 1º establece la regla general de inmunidad del Estado extranjero y en el segundo que veremos a continuación, dispone las excepciones a la regla. Por ende, el artículo 2º enuncia las hipótesis en que la inmunidad de jurisdicción no puede ser invocada:

- a) Cuando consentan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos;
- b) Cuando fuere objeto de una reconvención directamente ligada a la demanda principal que el Estado extranjero hubiere iniciado;
- c) Cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocado o del derecho internacional;
- d) Cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de con-

- tratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional;
- e) Cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio;
 - f) Cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional;
 - g) Cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentren en el territorio nacional;
 - h) Cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral, del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario.

A su turno, el artículo 4 dispone: “La presentación de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos para invocar la inmunidad de jurisdicción no debe interpretarse como aceptación de competencia...”.

Asimismo, cabe destacar lo establecido en el art. 6º: “Las previsiones de esta ley no afectarán ninguna inmunidad o privilegio conferido por las Convenciones de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, o de 1963 sobre Relaciones Consulares”. Aun cuando la ley 24.488 nada dice acerca de la inmunidad de ejecución, a través de esta disposición, deja a salvo expresamente las normas convencionales al respecto, a las que hemos aludido anteriormente.

4. INMUNIDAD DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS ANTE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS EN CUESTIONES DE ÍNDOLE LABORAL

El derecho del trabajo se funda en una serie de principios rectores, todos con fines protectorios para el trabajador, considerado la parte débil de la relación laboral, y que, en definitiva, derivan del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. A su vez, las disposiciones en que se plasman aquellos principios son en su mayoría de orden público.

En consecuencia, el cumplimiento de estas normas es de carácter obligatorio para las Embajadas y Misiones Diplomáticas, a fin de preservar los derechos del trabajador. En este sentido, cabe recordar que el art. 3º de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo prescribe: “Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, en cuanto se execute en su territorio”. Ello, sin perjuicio de la facultad de las partes de hacer uso de la autonomía de la voluntad con un límite particular propio del orden público del trabajo: la ley elegida no debe ser menos favorable al trabajador con respecto a la que sería aplicable en ausencia de elección.¹⁴

Por otra parte, en materia previsional, la actual Ley 24.241 de Pensiones y Jubilaciones reitera en su art. 2 inc. c las disposiciones que contenía la ley 18.037. De acuerdo con esta norma, las personas al servicio de las representaciones y agentes diplomáticos o consulares acreditados en el país, como también el dependiente de organismos internacionales que preste servicios en la República, si de conformidad con las convenciones y tratados vigentes resultan aplicables a dicho personal las leyes de jubilaciones y pensiones argentinas y no están comprendidas en las excepciones del art. 4, quedan sometidas a las disposiciones de la ley nacional.

Por ende, tanto las embajadas como las misiones diplomáticas deben cumplir con la registración y realización de aportes de todo su personal.

Cabe señalar que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963 en su artículo 48.3 establece que: “Los miembros de la oficina consular que empleen a personas a quienes no se aplique la exención prevista en el párrafo 2 de este artículo (los que no sean nacionales o residentes permanentes del Estado receptor y estén protegidos por las normas de seguridad social en vigor en el Estado que envía o en un tercer Estado) habrán de cumplir las obligaciones que las disposiciones de seguridad social del Estado receptor impongan a los empleadores”.

No existe una norma análoga en materia de derechos laborales. Sin embargo, bien podría realizarse una interpretación amplia de la disposición mencionada.

¹⁴ Puede ampliarse en Feldstein de Cárdenas, Sara L. *La prueba del derecho extranjero: una pesada rémora en materia de contratos internacionales laborales*, en *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, 2004, pp. 311/324.

Sin embargo, ante el principio tradicional de inmunidad absoluta de jurisdicción y al de la inmunidad de ejecución de los bienes de los Estados extranjeros, el interrogante es si los conquistados principios esenciales del derecho del trabajo deben ceder.

Según el art. 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes para que el Estado pueda ser demandado con motivos de contratos de trabajo se requiere que: 1) los Estados no hayan pactado algo diferente, 2) el juez del foro sea competente según sus normas de jurisdicción internacional y 3) el Estado y el trabajador no hayan convenido por escrito en contrario, salvo que el foro tenga jurisdicción exclusiva sobre el tema por razones de la materia objeto del proceso. Expresamente están excluidos de la excepción los contratos que involucran personal diplomático o consular o en general cualquier persona que goce de inmunidad diplomática, aquellos celebrados para el ejercicio de funciones especiales en el ejercicio del poder público; los procesos que se basan en reclamos por contratación, renovación o reposición al cargo; si el proceso vulnera los intereses de seguridad del Estado empleador según el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores o si el empleado fuera nacional del Estado empleador salvo que la residencia permanente se ubique en el foro.

Por su parte, la ley argentina, en consonancia con la mayoría de las normas de derecho comparado, en su inc. d) establece como una excepción a la inmunidad de jurisdicción, a las cuestiones laborales siempre que a) los demandantes sean nacionales argentinos o residentes en el país; b) que las controversias se deriven de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior; y c) que tales contratos causen efectos en el territorio nacional.

Veamos ahora la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina en materia de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de Estados extranjeros en cuestiones laborales.

5. LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

5.1 INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS

En materia de inmunidad de jurisdicción, tal como hemos podido advertir, en la doctrina de la CSJN pueden distinguirse varias etapas:

- a) Una primera etapa que comprende un extenso período entre la propia constitución de la Corte y el 22 de diciembre de 1994, fecha del pronunciamiento en “Manauta”.
- b) Una segunda etapa, breve, que se extiende entre dicho precedente y la sanción de la Ley 24.488, el 31 de mayo de 1995 (Promulgación del 22/06/1995 y publicación en el Boletín Oficial, el 28/06/1995), período en el que el máximo tribunal cambia su doctrina tradicional, con carácter previo a la reforma legislativa, haciendo una distinta interpretación del derecho hasta ese entonces vigente.
- c) Una tercera etapa, que comprende desde la sanción de la Ley 24.488 hasta nuestros días. En este período, se han despejado en gran medida las dudas acerca de la inmunidad de jurisdicción ante la existencia de una norma expresa y, en cambio, los planteos más importantes se relacionan con la inmunidad de ejecución.

A continuación, veremos algunos fallos emblemáticos de cada una de las etapas, en cuestiones de índole laboral.

a) *Primera etapa: Aplicación rigurosa de la tesis absoluta*

La CSJN mantuvo con severidad y sin excepciones la tesis absoluta, aun en cuestiones laborales, hasta el ya mencionado caso “Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios”.

– Ya en 1869, a pocos años de constituirse, nuestro máximo tribunal, sostuvo que el hecho de que un Estado soberano no pueda ser sometido a la jurisdicción de los tribunales de otro, constituye un “principio elemental de las naciones”.¹⁵

En el célebre caso *Mac Lean, Carlos c/ Estados Unidos de América*, de 1975, la Corte Suprema desestimó la pretensión de inconstitucionalidad del art. 24 del Decreto-Ley 1285/58, sosteniendo que “la norma consagrada encuentra su fundamento en el plano del derecho internacional y comporta la positivación (...) del principio vigente en dicho derecho, con arreglo al cual un Estado soberano no puede ser sometido contra su voluntad a la potestad jurisdiccional de los tribunales de otro...”.¹⁶

¹⁵ Fallos 6:58.

¹⁶ Fallos: 292:461.

– En el leading case *Gómez, Samuel c. Embajada Británica*, el 24 de junio de 1976, la CSJN sostuvo que “frente a la necesidad de respetar estrictamente las inmunidades de los Estados extranjeros y los recaudos conducentes para el ejercicio de esta clase de privilegios... el art. 24 inc. 1º...no autoriza la distinción efectuada por el *a quo* respecto de la naturaleza de la cuestión...”. Y agregaba: “...se impone dar adecuada solución al problema planteado, según principios del derecho de gentes, de modo que no resulten violadas las bases del orden público internacional que, por encima de las formas que se encauzan el proceso, son de aplicación prioritaria en el caso. Por lo tanto, frente a los términos de la nota enviada por la Cancillería, y habida cuenta de la importancia institucional del asunto, el Tribunal considera que debe arbitrar lo conducente para el debido respeto de las inmunidades diplomáticas...”.¹⁷ Es dable señalar que el juez de primera instancia había considerado que el art. 24 inc. 1º del Decreto-Ley 1285/58 no resultaba aplicable al caso por tratarse de una cuestión común, que no hacía a la soberanía del Estado, siendo de aplicación lo resuelto en el precedente “Roldán”, a fin de no tornar irrisorias las conquistas del Derecho del Trabajo.¹⁸

– El 16 de diciembre de 1993, la CSJN falló en el caso *Mirta Susana Amarfil Albornoz y otra c/ Consulado de Chile y otro*, reconociendo una vez más la inmunidad de jurisdicción invocada por la Embajada de Chile en las actuaciones, remitiéndose a la jurisprudencia tradicional en la materia, en particular el caso *Gómez, Samuel c/ Embajada Británica* y al dictamen del Procurador General. El caso versaba sobre una demanda por cobro de pesos iniciada por las actoras con fundamento en la existencia de una relación laboral con el Consulado Honorario de la República de Chile en la Provincia de San Juan, interrumpida por el cierre de aquella representación honoraria por disposición del entonces cónsul de ese país en Mendoza.¹⁹

Como podemos observar a través de estos precedentes el criterio clásico de la CSJN se mantuvo incólume hasta 1994. Sin embargo, esa ya no era la doctrina imperante ni en el Derecho Internacional ni en el Dere-

¹⁷ Fallos 295:176.

¹⁸ En 1974, la Sala IV de la Cámara Nacional del Trabajo en el caso *Roldán, Segundo B. C/ Embajada de Vietnam del Sur* (sentencia del 24 de octubre de 1974) calificó *ex legi fieri* que la celebración de un contrato de trabajo era un acto *iure gestionis* del Estado extranjero y que en consecuencia no correspondía declarar la inmunidad de jurisdicción. En LL 1975-B, 527.

¹⁹ Fallos 316:3111.

cho Comparado. De ello da cuenta, en su voto concurrente, el ministro Fayt en el caso “*Compañía Arenera del Río Luján S.A. c/ Francisco de Castro y otros*” fallado el 1º de septiembre de 1992, en el cual advertía: “en la actualidad es difícil sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados pueda ser considerada como un principio generalmente aceptado por las naciones civilizadas”. No obstante, teniendo en cuenta la legislación entonces vigente y la jurisprudencia anterior, la República Argentina: “se adheriría a la teoría clásica o absoluta en materia de inmunidad de jurisdicción, desconociendo la distinción propuesta por la tesis restrictiva o condicional”.²⁰

b) *Segunda etapa: el caso Manauta*²¹

En el caso *Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios*, del 22 de diciembre de 1994, la CSJN cambió radicalmente la doctrina que venía sentando desde sus inicios en materia de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, abandonando por primera vez la tesis absoluta, para adoptar a partir de ese momento, la teoría restringida o relativa, imperante ya en el derecho comparado cuando fue dictada esta sentencia. Así se constituyó en el antecedente que generó, impulsó la reforma legislativa y la adopción de la Ley 24.488, que ya hemos desarrollado.

En esta causa, los actores promovieron demanda contra la Embajada de la Federación Rusa en la República Argentina, en la que reclamaron los daños y perjuicios que les habría irrogado el incumplimiento de las obligaciones en materia de aportes previsionales, sindicales y asignaciones familiares, a cargo de la demandada. Fundaron su pretensión en la relación de dependencia que dos de los demandantes y el esposo de la tercera habrían tenido con la Oficina de Prensa de la Embajada y durante el lapso que se desempeñaron en la revista Novedades de la Unión Soviética.

El Juez Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal libró varios oficios al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio In-

²⁰ Fallos 215:1179. Téngase presente que en este caso, se hallaban en juego actos de soberanía. Se trataba de una demanda por daños y perjuicios producidos por un buque de guerra de pabellón uruguayo, al cual la Corte le reconoció inmunidad de jurisdicción, por estar afectado a un servicio público ajeno al comercio.

²¹ Puede verse el capítulo dedicado a comentar este fallo por Rodríguez, Mónica S., *Inmunidad del Estado extranjero: el famoso caso Manauta*, en *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, 2004, pp. 496/512

ternacional y Culto, a fin de requerir un pronunciamiento expreso por parte de la Embajada de la Federación Rusa, del que surgiera la aceptación de la competencia de este juzgado para entender en la contienda suscitada, sin resultados positivos. Por lo tanto, el Juzgado decidió que no se encontraba en condiciones de dar curso a las peticiones formuladas.

La sentencia fue apelada por los actores y la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal decidió confirmarla, con fundamento en que los Estados extranjeros sólo podían ser sometidos a los órganos jurisdiccionales del Estado en el supuesto de que mediara la conformidad, la que en el caso no existía, pues el silencio ante el requerimiento sólo podía ser interpretado como negativa.

Los actores interpusieron recurso extraordinario y la Corte Suprema de Justicia con múltiples fundamentos decidió dejar sin efecto la sentencia apelada y declarar competente al juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2.

Entre los argumentos más importantes esgrimidos por la Corte cabe mencionar:

1. “Que ya en el curso del siglo XIX los Estados se embarcaron en empresas comerciales... Como espejo de esta nueva realidad internacional surgió en la doctrina y después en una jurisprudencia expansiva la llamada teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción, que distingue entre los actos *iure imperii* –los actos de gobierno realizados por el Estado extranjero en su calidad de soberano– y los actos *iure gestionis* –actos de índole comercial–. Respecto de la primera clase de actos, la jurisprudencia mantuvo el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. En cambio, la más moderna tendencia jurisprudencial adoptó la doctrina restringida o relativa para los segundos, distinción que a la poste fue recogida por las legislaciones recientes”.

2. “Que... a la vista de la práctica actual divergente de los Estados, ya no es posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituya una norma de Derecho Internacional general, porque no se practica de modo uniforme ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad. Prueba de ello son los textos legislativos modernos que se enrolan claramente en la teoría restrictiva, tales como la Convención Europea sobre In-

munidad de los Estados (1972), la Foreign Sovereign Immunities Act de los Estados Unidos (1976), la State Immunity Act de Gran Bretaña (1978), entre muchos otros. Asimismo, el proyecto sobre inmunidad de jurisdicción elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sigue la teoría restrictiva”.

3. “Que, por lo demás, no siempre se aplica a la Argentina en los foros extranjeros la tesis absoluta. Se administraron demandas en su contra, aun en casos en los que el carácter de gestión del hecho impugnado era sumamente controvertible...”.

4. “Que una interpretación opuesta de la norma aplicable conduciría en el caso, al injusto resultado de obligar al trabajador a una casi químérica ocurrencia ante la jurisdicción del Estado extranjero o a requerir el auxilio diplomático argentino por vías letradas generalmente onerosas y extrajudiciales. Todo ello conduciría a un grave peligro de su derecho humano a la jurisdicción, peligro que el Derecho Internacional actual tiende a prevenir y no precisamente a inducir”.²²

c) *Tercera etapa: situación actual*

A partir del caso *Manauta* y con la sanción de la ley 24.488 que no hace sino reproducir en un texto normativo la teoría restringida ya adoptada por vía pretoriana, los pronunciamientos posteriores en materia de inmunidad de jurisdicción en casos laborales son prácticamente una reproducción de los fundamentos esgrimidos en aquel leading case, con el encuadre legal correspondiente. Veamos algunos ejemplos.

En la causa “*Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Saravia, Gregorio c/ Agencia de Cooperación Internacional del Japón –asociación civil sin fines de lucro–*”, el actor, Gregorio Saravia, argentino, domiciliado en la Provincia de Buenos Aires, promovió demanda en la que reclamó haberes adeudados y rubros emergentes del despido incausado a la Agencia de Cooperación Internacional del Japón. El actor realizó sus tareas en relación de dependencia en la sede del centro tecnológico de flori-fruti-horticultura de dicha institución sita en la

²² Fallos: 317:1880.

Capital Federal. Al contestar la demanda aquélla opuso las defensas de inmunidad de jurisdicción e incompetencia pues entendió que, por ser un organismo oficial del Estado japonés, reconocido por el Convenio sobre Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Japón aprobado por ley 22.479 y en virtud del art. 24 del Decreto-Ley 1285/58, gozaba del privilegio de inmunidad. Tanto en primera como en segunda instancia, la justicia del trabajo rechazó la excepción de inmunidad. La Agencia de Cooperación del Japón reclamó, en consecuencia, la apertura del recurso extraordinario, ya que entendía que por haber sido interpuesta la demanda antes del caso “Manauta”, y de la sanción de la ley 24.488, no eran aplicables al caso.

La CSJN dictó sentencia el 1º de septiembre de 1998 y aplicó la doctrina sentada en “Manauta”, en los siguientes términos: “se entendió que la práctica de la inmunidad absoluta de jurisdicción no constituye una norma absoluta de derecho internacional general porque no se practica de modo uniforme ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad. Por ello esta Corte abandonó el criterio anterior y adhirió al principio de inmunidad relativa o restringida...”. Asimismo consideró que “en julio de 1995 entró en vigencia la ley 24.488 que recogió la tesis restringida. Esta norma es de aplicación al caso, aun cuando haya sido sancionada con posterioridad a la interposición de la demanda, por tratarse de una norma sobre habilitación de la instancia, que reviste carácter jurisdiccional y es, por ende, de aplicación inmediata (*confr.* Fallos: 226:651; 234:233; 246:162; 249:343; 256: 440; 257:83; 258:237 entre otros)”. En el caso, la CSJN entendió que era de plena aplicación el art. 2 inc. d) de dicha ley ya que “Concurren en autos todos los requisitos necesarios para que el caso encuadre dentro de las previsiones del art. 2 inc. d) de la ley de inmunidad. El trabajador es argentino, reside y trabajó en el país”. En consecuencia, el supremo tribunal decidió confirmar la sentencia impugnada debiendo continuar la tramitación de la causa por ante el Juez Nacional del Trabajo N° 65.²³

A su turno, en el caso *Vallarino, Edelmiro Osvaldo c/ Embajada del Japón s/ despido* del 4 de mayo de 2000, la CSJN reiteró su actual doctrina en la materia. En esta oportunidad, el actor, domiciliado en Capital Federal, promovió demanda en la que reclamó haberes adeuda-

²³ Fallos 321-2434.

dos, rubros emergentes del despido incausado y el pago de horas extraordinarias a la Embajada del Japón en la República Argentina. Vallarino se desempeñaba en el área de seguridad interna de dicha sede. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.488 y las defensas de nulidad, incompetencia e inmunidad de jurisdicción y ejecución, con fundamento en precedentes de la Corte. La demandada interpuso recurso extraordinario. El Alto Tribunal resolvió confirmar la sentencia apelada, con idénticos fundamentos a los esgrimidos en “Saravia”.²⁴

5.2 INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS

Como decíamos, en los últimos años la Corte en varias oportunidades ha tenido que decidir acerca de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros en cuestiones laborales; tarea nada sencilla si tenemos en cuenta que la República Argentina no cuenta con normas de fuente interna ni convencional sobre el tema, y no existe costumbre uniforme en el plano internacional. A continuación, podemos ver algunos de estos casos.

En la causa *Blasson, Beatriz Lucrecia Graciela c/ Embajada de la República Eslovaca*, del 6 de octubre de 1999, la CSJN se expide precisamente, sobre el levantamiento del embargo preventivo decretado sobre la cuenta corriente de la Embajada, dado que tanto en Primera Instancia como la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, lo rechazaron. La Cámara juzgó haber actos *iure gestionis* originados en la relación laboral que unía a las partes y que tales actos quedaban exentos de la inmunidad de la demandada.

En este sentido, en su pronunciamiento la CSJN sostuvo que las “medidas ejecutorias contra bienes de un Estado extranjero que implican el empleo de la fuerza pública del Estado del foro, afectan gravemente la soberanía e independencia del Estado extranjero, por lo que no cabe, sin más, extender las soluciones sobre inmunidad de jurisdicción a los casos de inmunidad de ejecución (Caso *Manauta*. Fallos 317:1880)...”.

²⁴ Fallos 323-959.

“...La distinción entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución se ha hecho en distintos ordenamientos jurídicos, habiéndose establecido que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implica la renuncia a la inmunidad de ejecución (art. 32.4 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; art. 23 de la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados; sección 13.3 de la State Immunity Act de 1978 del Reino Unido, Foreign Sovereign Immunities Act de los Estados Unidos de 1976, p. 1609-11, artículo 18.2 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 1991...”.

El Alto Tribunal refiriéndose al fallo invocado por la actora dice que “....En el caso Perú Gobierno de la República del v. S.I.F.A.R. Soc. Ind. Financ. Argentina SA s/Incumplimiento de contrato, el Estado actor demandó ante esta Corte y fue reconvenido. Contestó la reconvenCIÓN con tácita sumisión a la jurisdicción del tribunal”. Empero, agrega el tribunal, que “no medió específica y separada renuncia a la inmunidad de ejecución, todo lo cual dio lugar al requerimiento sin que pueda desprendérse de aquellas actuaciones el sometimiento del Estado actor a la ejecución forzosa sin su consentimiento especial”.

Continúa diciendo en su considerando: “...Que en las circunstancias del caso, no se ha acreditado que la cuenta bancaria objeto del embargo tenga un destino diferente del que afirma la República Eslovaca, esto es, el de solventar los gastos ordinarios de su embajada en el país. No se ha acreditado que esa cuenta haya sido abierta con específico destino a pagar obligaciones originadas en actividades *iuris gestionis* ni que lo fuera para el pago de obligaciones como las que han dado lugar al litigio, ni que hubiera sido destinada al depósito y extracción de fondos para pagar créditos documentarios o cualquier otro modo de financiamiento de actividades *iure gestionis*”.

Expresa la CSJN que “...en el embarazoso conflicto entre el derecho del trabajador a cobrar su salario de una embajada sobre la cuenta destinada normalmente a pagarlo y el derecho de un Estado extranjero a la inmunidad de ejecuciones sobre esa misma cuenta, ha de darse preferencia a tal inmunidad, pese a que no haya sobre el caso inmunidad de jurisdicción, pues aquella prerrogativa se funda en el derecho internacional necesario para garantizar las buenas relaciones con los Estados extranjeros y las organizaciones internacionales (art. 27 de la CN)”. Por lo que se declara admisible el recurso extraordinario, se revoca la

sentencia y se ordena el levantamiento del embargo preventivo dispuesto sobre la cuenta de la República Eslovaca en el Deutsche Bank.

En su voto concurrente, los ministros Nazareno, Petracchi, López y Bossert advirtieron “Que si bien es cierto que el Estado Nacional debe garantizar las buenas relaciones con los estados extranjeros (art. 27 de la Constitución Nacional) no lo es menos que atenderse en el caso a la peculiar naturaleza (laboral) del crédito cuya ejecución se pretende. Es por ello que, en la línea de lo resuelto en un caso similar por el Tribunal Constitucional de España (sentencia 18/1997 del 10 de febrero de 1997, B.O.E. Nº 63 del 14/3/97), debe instarse al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de nuestro país a que adopte todas las medidas que el derecho internacional le ofrece en el ámbito de las relaciones diplomáticas, frente a la embajada demandada y al Estado al que representa, para posibilitar el cumplimiento de la sentencia dictada en esta causa por el *a quo*”.²⁵

En *Bonacik - Kresic Esteban c/ Embajada de la República Federal de Yugoslavia s/ despido*, la CSJN del 4 de mayo de 2000 confirmó la sentencia que hacía lugar al reclamo por cobro de remuneraciones e indemnizaciones y rechazaba la petición de embargo preventivo, más tarde, definitivo, remitiéndose a lo resuelto en el caso “Blasson” por tratarse de cuestiones que guardaban sustancialanalogía.

En autos *Torres, Norma c/ Embajada del Reino de Arabia Saudita*, en un caso también laboral, el juez de primera instancia impuso astreintes, considerando que el principio de inmunidad de ejecución no obsta a la imposición de sanciones de tenor conminatorio, en tanto no traduzcan el uso de la fuerza o medidas análogas sobre bienes alcanzados por la inmunidad invocada. La sentencia fue confirmada en segunda instancia.

El 14 de junio de 2005, la Corte falló que la cuestión planteada es ajena a esta instancia extraordinaria, con arreglo a reiterada y conocida doctrina del Tribunal, toda vez que remite a la interpretación y aplicación de normas de índole no federal, realizada por los jueces de la causa con fundamentos razonables y suficientes de igual carácter, circunstancia que excluye la configuración del excepcional supuesto de arbitrariedad de sentencia.

²⁵ Fallos 322-2399.

Sin embargo, en disidencia, el juez Boggiano entendió que aun cuando el recurso ante la Corte presentaba serias deficiencias formales, dada la existencia de aspectos de gravedad institucional debía declarárselo procedente, ya que “se impone dar adecuada solución al problema planteado, según principios del derecho de gentes; de modo que no resulten violadas las bases del orden público internacional que, por encima de las formas en que se encauza el proceso, son de aplicación prioritaria en el caso”. Sobre el caso concreto, con cita del fallo “Blas-son”, el Ministro sostuvo que “la mera imposición de una sanción conminatoria afecta la inmunidad de ejecución del Estado extranjero pues la consecuencia natural e inmediata de la adopción de esta clase de medidas acarrea ineludiblemente la ejecución. En efecto, aun cuando la mera imposición de astreintes no tiene en sí misma fuerza ejecutoria constituye un acto coercitivo tendiente a vencer la renuencia del demandado en el cumplimiento de la sentencia. En este sentido, se impone concluir que si la inmunidad se extiende a la ejecución de toda sentencia incluye, obviamente, las medidas tendientes a obtenerla”. Y finalmente señaló que “el mantenimiento de los cordiales vínculos diplomáticos entre los estados que se busca afianzar mediante el dictado de resoluciones del tenor de la presente, habrá de preservarse a condición de que el Estado extranjero haga honor a las relaciones de justicia con quienes sufran sus inmunidades (art. 515 del Código Civil –obligaciones naturales–), pues, como ya lo ha expresado el Tribunal, la justicia misma ha de premiar a ambas partes”.

5.3 INMUNIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

En diversas ocasiones, la Corte Suprema ha tenido que fallar en casos en que ante demandas laborales se planteó la inmunidad de organismos internacionales, en tanto sujetos reconocidos de derecho internacional. Tal como podremos observar, la Corte sostiene criterios específicos, distintos a los aplicados respecto de los Estados extranjeros. Veamos.

El 15 de julio del 2003, en los autos *Galingher Alberto y otro c/ Estado Nacional y otro*, en el recurso de queja deducido por la actora, la CSJN comparte el Dictamen del Procurador General de la Nación cuando advierte que a la luz de la jurisprudencia, conspira contra el cuestionamiento constitucional, amén de lo antes expuesto y de la grave insuficiencia de su formulación, “...que los actores se sometieron voluntariamente a la jurisdicción del órgano arbitral. En otros términos, se sujetaron sin reserva expresa a un régimen y a una jurisdicción que

implica el reconocimiento de la inmunidad, extremo que comporta un acatamiento inequívoco que obsta su impugnación ulterior con basamento constitucional”.

“Los actores –sostiene en su considerando 4º la CSJN– no han demostrado que el sistema alternativo con que cuenta la Comisión Técnica de Salto Grande sea ineficaz para satisfacer aquel principio, pues se limitaron a sostener que no es legítimo que el Estado pueda formar una entidad internacional sin conceder a sus ciudadanos la posibilidad de acudir a su propia jurisdicción para obtener reparación en el derecho interno. Por lo demás, los apelantes se sometieron sin reservas al órgano arbitral, lo cual obsta a la ulterior objeción del procedimiento que consideran lesivo de sus derechos”.²⁶

El Procurador trae a colación un precedente por su contenido similar, si bien a propósito de otra organización internacional, ocasión en la que la CSJN “hizo hincapié, además, en que no procede extender a estos organismos la solución contemplada en la ley N° 24.448 para los Estados extranjeros –punto que, vale decirlo, es motivo de agravio– atendiendo a los distintos fundamentos que sustentan el otorgamiento de la excepción y a las distintas vías de protección de los derechos del justiciable en uno y otro caso”.

En efecto, en el caso *Duhalde, Mario c/ Organización Panamericana de la Salud - Organización Mundial de la Salud - Oficina Sanitaria Panamericana s/ accidente ley 9688*, del 31 de agosto de 1999, la CSJN sostuvo que “La capacidad de una entidad internacional para tener derechos y obligaciones frente a otros sujetos depende de la voluntad común de los estados que la han creado y, por lo tanto, gozan o no de la inmunidad de jurisdicción, según lo que establezcan los respec-

²⁶ Debemos recordar que en el precedente *Cabrera, Washington Julio Efraín vs Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, (Fallos: 305:2150), la CSJN declaró la invalidez constitucional del artículo 4º de la ley N° 21.756 por entender que vulneraba el derecho a la jurisdicción amparado por nuestra Constitución Nacional en razón de que, al momento de los hechos, el ente internacional no contaba con procedimientos apropiados para dirimir los conflictos. No obstante, más tarde, en *Fibraca Constructora S.A. vs Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*. (Fallos: 316:1669), la CSJN estimó que dicha exigencia encontraba una adecuada satisfacción en el Tribunal Arbitral creado para tales fines; no pudiendo, en consecuencia, alegarse válidamente privación de justicia toda vez que existía una jurisdicción internacional aceptada por nuestro país, a la que las partes se sometieron de manera voluntaria.

tivos tratados constitutivos, y en su caso, los acuerdos de sede. A diferencia de los estados soberanos, la limitación al juzgamiento compulsivo de las organizaciones internacionales, no tiene por fundamento el derecho de gentes, sino la voluntad común de los estados parte del tratado constitutivo y por ello la entidad goza de dicho privilegio con el alcance definido en el instrumento internacional de creación o, con relación al estado receptor, en el respectivo acuerdo de sede”.

REFLEXIONES FINALES

A través del recorrido realizado podemos advertir que la República Argentina tanto en su legislación como en su jurisprudencia ha abandonado la tesis absoluta de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales nacionales, adecuándose a una tendencia generalizada en el derecho comparado y en las convenciones internacionales sobre la materia que responde en gran medida al nuevo rol que asumen los Estados en el escenario de las Relaciones Internacionales del Siglo XXI. Aquellos principios que sustentaban la inmunidad en términos absolutos: la soberanía de los Estados nacionales, la igualdad soberana, la no intervención en los asuntos internos, ya sea en la teoría o en la práctica, se encuentran en crisis. No es extraño, entonces, que también deba transformarse la noción clásica de inmunidad de los Estados.

Sin embargo, aún sigue muy arraigada la inmunidad de ejecución, tornando muchas veces ilusorio el cabal cumplimiento de una sentencia pronunciada contra un Estado extranjero.

Cabe señalar que en cuestiones laborales, el conflicto de valores y principios parecería ser más evidente. De un lado, la preservación de la inmunidad soberana, del otro, los derechos y garantías consagrados a favor de los trabajadores. Resulta incongruente que si los Estados contratan con y a los particulares, si se relacionan contractualmente con trabajadores individuales, puedan resultar insusceptibles de ser agredidos en su patrimonio de forma absoluta. Porque obviamente no es posible, no es razonable colocar bajo el mismo manto, equiparar a una mega empresa que ha podido negociar acuerdos y renuncias anticipadas de inmunidad, que a un trabajador sometido por su posición de debilidad al arbitrio del Estado extranjero.

Desde nuestra mirada la consagración de las inmunidades jurídicas suelen producir rechazo; y dada su naturaleza de privilegios la tendencia

debería evolucionar hacia su interpretación restrictiva, sobre todo en materia de inmunidad de ejecución.

Ello no quiere decir prescindencia, sino, simplemente, que resulta injusto darle preferencia siempre a quien ostenta una posición dominante en la relación laboral entre el Estado extranjero y el trabajador.

O es que como ya tantas veces lo hemos hecho notar, no solamente obligaremos a los jardineros de las embajadas a ir a litigar ante los tribunales de los Estados extranjeros, sino lo que es más grave les impediremos cobrar sus acreencias, que indudablemente tienen carácter alimentario, y que comparados con los bienes que manejan los Estados devienen insignificantes.

Porque estamos convencidas que si bien resulta imposible soslayar que el principio de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros constituye un pilar básico del derecho internacional, no lo es menos que toda sentencia debe encerrar, debe incluir las medidas encaminadas a su efectivo cumplimiento. Y por otro lado, no podemos olvidar que el trabajador cuenta con una serie de derechos humanos específicos dada su condición, consagrados tanto en el ámbito nacional, como internacional.

Ahora bien, entre tales derechos, debemos considerar especialmente el derecho humano a la jurisdicción, a la justicia, reconocido por declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en nuestro país (art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En consecuencia, y así como lo ha reconocido la CSJN, no se debería incurrir en un caso de negación de justicia so pretexto de defender la inmunidad de jurisdicción de un Estado, máxime cuando se estaría comprometiendo la responsabilidad internacional de la República.

Es dable reflexionar, entonces, si la imposibilidad de ejecutar una sentencia no vulnera en su esencia al derecho a la jurisdicción. Y hasta qué punto un Estado que ha ratificado algunos de estos tratados y se ha obligado internacionalmente a respetar y garantizar el derecho a la justicia pueden invocar sin más su inmunidad de jurisdicción y de ejecución para evitar ser juzgado y conminado a cumplir una sentencia pronuncia-

da en su contra. De ser ello así, no solamente se estaría vulnerando el Derecho Internacional sino que se estaría autorizando a los Estados, que suelen declamar sobre los derechos humanos, a ignorarlos cuando se trata de sus propios trabajadores.²⁷

BIBLIOGRAFÍA

- BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Editorial Zavalía. 1999.
- Bidart Campos, Germán, *Un notable avance en la jurisprudencia de la Corte sobre inmunidad de los estados extranjeros*, en *El Derecho*, 162-83.
- _____ : *Inmunidad total de jurisdicción de entes internacionales y la privación en sede interna e internacional –Derecho constitucional y jus cogens–*, en *La Ley* 91, 194.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Comparecencia de un Estado extranjero ante los tribunales argentinos (Una oportunidad aprovechada)*, en *La Ley* 1995-D, 208.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Leonardi de Herbón, Hebe, *Cómo y cuándo demandar al Estado Extranjero*, Abeledo-Perrot. 1996.
- _____ : *La prueba del derecho extranjero: una pesada rémora en materia de contratos internacionales laborales*, en *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, 2004, pp. 311/324.
- _____ : *Arbitraje internacional e inmunidad del Estado extranjero: una nueva mirada desde el Derecho internacional privado argentino*, en *Libro homenaje a Moura Ramos*, España, noviembre del 2004. Y en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 28 de mayo de 2004. Sector Doctrina, Editorial Albremática. Disponible en www.eldial.com
- FERNÁNDEZ VILA, María F., *La inmunidad de jurisdicción de los estados y la evolución de la comunidad internacional*, en *La Ley* 2000-D, 356.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 5^a Edición, Ed. Depalma, 1985.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *La Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual composición y el derecho internacional público*, en *El Derecho* 68-236.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Sometimiento y sumisión de Estados a extraña jurisdicción*, en *La Ley* 156-1327.

²⁷ Storme, M. *Informe general Introductorio. Aproximation of Judiciary Law in the European Union*, London, Martin Nijhoff, 1993, p. 546.

- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Inmunidad de Estado*, en *Derecho Comparado*, 1987. 6, p. 123.
- HERZ, Mariana, *La nueva Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidad de Jurisdiccional de los Estados y sus bienes. Compatibilidad con el Régimen Argentino*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 10, 2005. Disponible en www.reei.org.
- LAFUENTE, Roberto, *La jurisdicción de los tribunales del trabajo y los organismos internacionales*, en *La Ley* 1980-B, 188.
- LALIVE, Jean-Flavien, *L'inmunité de juridiction de l'état et des organisations internationales*, en *Récueil des cours*. La Haya, Académie de Droit International, 1953.
- MAZZEI, María del Rosario, ¿*Se encuentra vigente la doble personalidad del Estado a la luz de la inmunidad de jurisdicción de los estados?* en *La Ley* 1999-B, 487.
- PODESTA COSTA, Luis y SATANOWSKY, Isidro, ¿*Puede un Estado extranjero ser demandado ante los tribunales argentinos?* en *Jurisprudencia Argentina* 1948-II.1461.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. *Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina*. Disponible en: www.cedi.org.br/Eventos/inmunidad/palestrapdf/renato.pdf.
- RAMAYO, Raúl A. *Los Estados extranjeros en el proceso de ejecución y sus problemas*, en *El Derecho* 187-218.
- REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional*. Madrid. McGraw Hill, 1997.
- RODRÍGUEZ, Mónica S. *Inmunidad del Estado extranjero: el famoso caso Manauta*, en *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, 2004, pp. 496/512.
- VIEIRA, M. *La inmunidad de jurisdicción en el Uruguay, jurisprudencia y doctrina. El Derecho Internacional en un mundo en transformación*, *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Tomo II, Montevideo, Fundación Universitaria, 1994.
- VINUESA, Raúl Emilio, *La inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales*, en *La Ley* 3/5/82.
- ZUPPI, Alberto Luis, *La inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos conforme a la ley 24.488*, en *El Derecho*, 14/2/1996.

Las relaciones laborales y las relaciones societarias: El relato de una dicotomía que no es

Omar GARCÍA VALENTINER*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Supuestos fácticos.**
- 2. Compatibilidad de las relaciones laborales y las de otra naturaleza.**
- 3. El soporte jurídico.**
- 4. La solución sugerida.**

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

La organización de los factores de producción, a saber: capital, trabajo y materia prima, involucran distintas disciplinas jurídicas que con buena frecuencia se entremezclan sin que al final se pueda saber cuál regula qué.

* **Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Conjuez.**

Así, con miras a disminuir el riesgo ínsito en toda aventura comercial, los negocios se organizan de una forma en la que se crea una persona jurídica ficticia, con deberes y derechos diferentes de sus fundadores y con patrimonio autónomo. Las relaciones jurídicas que surgen de ese fenómeno no son reguladas por las normas que los propios fundadores han aprobado, amén de las normas de orden público consagradas en todo el ordenamiento jurídico. Normalmente esas relaciones son categorizadas como relaciones de naturaleza societaria y se encuentran presentes en las interacciones entre los fundadores y la persona ficticia, entre los fundadores entre sí, entre los fundadores y los nuevos socios, entre los socios y los administradores y entre la sociedad y los terceros.

Como quiera que las sociedades pueden ser de naturaleza civil o mercantil, es el Derecho societario civil o mercantil el que regularmente rige las relaciones de aquellos tipos. Pero la organización de los factores de producción también supone la organización del trabajo. Por esa razón y porque a los efectos del negocio, ambos –la creación y funcionamiento de la persona jurídica ficticia y la organización del trabajo– parecen no ser más que diferentes caras de un mismo hecho, es frecuente notar un esfuerzo malicioso por considerar a las relaciones societarias y a las laborales como dicotómicas y excluyentes.

Así, en Venezuela en tiempos recientes se ha venido incrementando la práctica según la cual algunas empresas incurren en prácticas tendentes a simular las relaciones laborales como relaciones societarias, con miras a burlar la aplicabilidad de la legislación laboral en desmedro de los intereses de los trabajadores. En algunos casos, ante la falta de una normativa que explícitamente regule el tema, el argumento de los patronos referente a la inexistencia de una relación laboral sirve para dilatar los procedimientos contenciosos laborales. En otros casos se arguye que la persona es trabajador o socio, pero no las dos cosas a la vez. En ocasiones el ordenamiento jurídico es insuficiente para que el sentenciador pueda estar provisto del supuesto normativo que permita desechar el argumento baladí según el cual el trabajador no puede también ser socio.

El propósito de este ensayo consiste, por un lado, en identificar los posibles supuestos fácticos en que se pueden presentar interacciones entre las relaciones societarias y laborales. Luego se pretende exponer los supuestos fácticos en que ambas relaciones son compatibles, a la par que se presentan los argumentos jurídicos a favor de la cohabitación de

las dos relaciones. Por último, se presentan propuestas a ser incluidas en una futura reforma legal.

1. SUPUESTOS FÁCTICOS

A continuación presentamos las posibles combinaciones de hechos a partir de las cuales se produce una aparente interacción entre la condición de trabajador proveedor de servicios personales y la de capitalista, dueño del capital destinado a la realización de una actividad productiva:

1.1 EL TRABAJADOR ES ACCIONISTA DE LA EMPRESA PATRONAL

El trabajador es propietario de un número de acciones de la sociedad mercantil para la cual presta servicios personales. Las acciones pueden haber sido adquiridas por el trabajador directamente con sus propios recursos, de forma privada o pública, en mercado de capitales; pueden haber sido parte de su compensación; pueden haber sido adquiridas por el trabajador en condiciones privilegiadas, tales como a un precio fijo; pueden haber sido donadas por el patrono o por un tercero; o pueden haber sido parte de un programa de reparto de acciones a los trabajadores o de creación de un fondo de pensión, de ahorro o de jubilación.

El trabajador puede tener más o menos acciones. En tanto ese accionista puede tener derecho a participar en la toma de decisiones de la empresa patronal.

1.2 EL TRABAJADOR ES SOCIO DE LA EMPRESA PATRONAL

El trabajador es socio de la sociedad civil a la cual presta servicios personales. La condición de socio deriva de haber adquirido cuotas de participación de la sociedad civil. La adquisición puede ser producto de una compra, normalmente privada, o donación o permuta o incluso como parte de la compensación del trabajador.

Una modalidad de esto la constituye el socio industrial, que es aquel que adquiere las acciones no a cambio de una contraprestación monetaria, sino del aporte de sus conocimientos y habilidades. Sin embargo, ese mismo socio industrial puede a la par que recibe cuotas de participación en la sociedad civil, también continuar prestando servicios personales a esa persona jurídica, por lo cual otro tipo de relaciones jurídicas se generan.

Aunque no siempre, en algunos casos algunos patronos son quienes compelen a los trabajadores a ser accionistas o socios de las personas jurídicas para las cuales prestan servicios personales, con la intención de terminar la relación laboral y crear una relación societaria entre el trabajador y el patrono. De esta manera se pretende obviar la aplicación de la normativa laboral.

1.3 EL TRABAJADOR TIENE OPCIÓN DE SER ACCIONISTA DE LA EMPRESA PATRONAL

El trabajador presta servicios personales a una persona jurídica de manera exclusiva, bajo condiciones de dependencia y mediante el pago de un salario. Como parte de su compensación el trabajador ha recibido una oferta para comprar acciones de la empresa patronal bajo ciertas condiciones de privilegio, tales como precio fijo e invariable, por un lapso temporal. Con frecuencia esto ocurre en aquellos casos en los que la empresa patronal cotiza sus acciones en mercados de capitales. Como el precio de esas acciones fluctúa según las condiciones del mercado, el hecho que las acciones hayan sido ofrecidas al trabajador a un precio fijo por cierto período de tiempo, puede significar una inmensa ganancia. Por ejemplo, si a un trabajador se le ofrecen unas acciones a un precio de \$ 1 por unidad por un período de dos años y el día que el trabajador acepta la oferta el precio de las acciones está a razón de \$ 10 por unidad, es obvio que en el momento que el trabajador acepta la oferta a comprar las acciones, podría venderlas en el mercado público y realizar una ganancia de \$ 9 por acción.

Sin embargo, mientras el trabajador no ha aceptado la oferta de comprar acciones de la empresa patronal, su única relación con la patrona es de naturaleza laboral.

1.4 EL TRABAJADOR QUE EN APARIENCIA ES SÓLO ACCIONISTA DE LA EMPRESA PATRONAL

En apariencia la persona sólo es accionista de la empresa patronal, la cual es una sociedad mercantil, pero presta servicios personales a ésta en condiciones de exclusividad, bajo dependencia y por la recepción de una compensación. Formalmente a la persona de este supuesto hipotético no se le califica como trabajador; sin embargo en el fondo la persona en cuestión puede estar sujeta a una relación laboral y a otra societaria.

1.5 EL TRABAJADOR QUE EN APARIENCIA ES SÓLO SOCIO DE LA EMPRESA PATRONAL

La hipótesis es igual que la anterior, sólo que en lugar de una sociedad mercantil, se trata de una sociedad civil. Así, la persona es propietaria de unas cuotas de participación de una sociedad civil. Formalmente no existe ningún documento del cual dimane la existencia de una relación laboral entre esa sociedad civil y la persona del supuesto hipotético. Sin embargo, además de socio en esa sociedad civil, la persona presta servicios personales a esa persona jurídica en condiciones de exclusividad, bajo dependencia y mediante el pago de una compensación.

En este supuesto también se puede pensar en la circunstancia en la cual el socio de una empresa patronal pase a ser trabajador de la empresa patronal, sea porque reúne todas las condiciones de la relación laboral, o sea porque entre el patrono y el trabajador se ha suscrito un contrato de trabajo.

1.6 EL TRABAJADOR QUE EN APARIENCIA ES ACCIONISTA DE LA EMPRESA, CUAL ES CONTRATISTA DEL PATRONO

Esta práctica funciona así: luego de haber existido una relación laboral entre el trabajador y el patrono, este último le exige al trabajador que registre una sociedad de comercio donde el trabajador es el accionista mayoritario (y el único accionista después de registrar la sociedad de comercio) y administrador. El patrono suscribe un contrato de prestación de servicios exclusivos con la sociedad de comercio recién creada por el trabajador. La sociedad de comercio del trabajador sólo cuenta con él como empleado. La sociedad de comercio del trabajador sólo presta servicios a la patrona. Cuando el trabajador pretende exigir el cumplimiento de la ley del trabajo o el pago de derechos debidos bajo el imperio de la ley, el patrono alega que la relación posterior al registro de la sociedad de comercio, no es de naturaleza laboral sino de naturaleza comercial.

Ante la inexistencia de una disposición legal expresa, contraria al respecto y presionados por el tiempo y costo que le tomaría a los trabajadores obtener una respuesta favorable en los tribunales, éstos aceptan el pago de sus prestaciones sociales sólo por la porción de tiempo anterior al inicio de la relación societaria.

2. COMPATIBILIDAD DE LAS RELACIONES LABORALES Y LAS DE OTRA NATURALEZA

La fuerte evidencia fáctica muestra diferentes supuestos en los cuales ha habido compatibilidad entre las relaciones laborales y otras relaciones jurídicas que puedan existir entre los trabajadores y los patronos, sólo que en esas otras relaciones las mismas personas asumen roles y condiciones por los cuales se les califica y denominan de manera diferente.

Así, por ejemplo, si el patrono es una persona natural y contrae nupcias con el trabajador, ambos pasan a ostentar otra condición diferente a la de patrono y trabajador, y por tanto sujeta a reglas y tratamientos diferentes. La relación laboral no perece porque el trabajador y la patrona contraigan nupcias.

Igual referencia se puede hacer al supuesto en el que el trabajador y el patrono entren en una relación de arrendador y arrendatario, donde uno de ellos alquila al otro una propiedad mediante el pago de una suma de dinero. En ese supuesto ambas relaciones cohabitán en las personas del trabajador y del patrono y son tratadas por normas diferentes que no imponen la terminación de la relación laboral por el surgimiento de una relación de naturaleza inquilinaria.

Lo mismo puede decirse cuando el patrono o el trabajador sirve de fiador al otro para la obtención de un crédito. No termina la relación laboral por el surgimiento de una nueva relación jurídica de otro tinte entre ellos. En los mismos términos, si el trabajador se convierte en vendedor de un bien mueble o inmueble y el patrono en comprador o viceversa, ya sea mediante una compra al contado o a plazos, entre ambas personas ha surgido otra relación jurídica que se regirá por reglas diferentes, pero que no por ello generan la extinción de la relación laboral. Ambas relaciones conviven entre las mismas personas en perfecta armonía.

Otro tanto puede decirse de las personas que son trabajadores del Estado. Esas personas no sólo tienen una relación laboral con el Estado sino que en tanto y cuanto ostentan la condición de ciudadanos son titulares de derechos políticos que han de ser satisfechos por el Estado. La relación jurídica del ciudadano con el Estado no ha de terminar porque el ciudadano pase a ser trabajador de aquél.

En materia societaria la situación no es diferente a todo lo narrado anteriormente. Trabajador y patrono pueden ser socios en actividades co-

merciales o profesionales en sociedades de comercio o en sociedades civiles. Más aún, el trabajador puede ser accionista o socio en el patrono, sin que por ello pierda su condición. Así, se ha indicado que la participación accionaria del trabajador en la persona jurídica del patrono puede ser considerada parte del salario. Siendo así es obvio que la relación societaria no extingue la laboral, sino que además de cohabitar entre las mismas personas, por haberse originada como consecuencia de la organización de los factores de producción se entremezclan y pueden eventualmente generar consecuencias de un lado hacia el otro.

3. EL SOPORTE JURÍDICO

Los argumentos para sostener la tesis contraria a la dicotomía entre las relaciones laborales y las societarias son múltiples y contundentes.

3.1 Los trabajadores no pierden sus beneficios laborales porque coexisten varios tipos de relaciones jurídicas entre el trabajador y el patrono

En todo el ordenamiento jurídico venezolano no existe disposición alguna que señale que la relación laboral se convierte en societaria por el hecho que el trabajador pase a ser socio o accionista de una sociedad comercial o civil. Por el contrario, la interpretación de la ley en este sentido ha sido favorable a estas modalidades de doble condición. Lo mismo cabe decir de los supuestos en los que el socio o accionista de una empresa también se convierta en trabajador de la misma. Ambas relaciones jurídicas conviven sin que el nacimiento de una termine la otra.

En consecuencia, si el legislador no consagra la conversión de una relación laboral en una societaria por la coexistencia de ambas, si no la prohíbe, si no sanciona al trabajador que se convierta en socio haciéndolo perder sus derechos laborales, mucho menos puede el intérprete hacer tal distinción.

La extinta Corte Suprema de Justicia ha indicado que el contrato de trabajo no se modifica porque para cumplirlo se utilicen distintas modalidades:

Para rechazar la anterior denuncia bastaría sólo con afirmar que la sociedad mercantil constituye un sujeto de derecho distinto de la persona de los socios que están interesados en la misma; tiene una existencia jurídica autónoma y es la verdadera titular de los derechos y obligaciones que se suscitan con ocasión del cumplimiento de sus actividades; posee responsa-

bilidad jurídica y económica propias; y al decir de Vivante, es una persona jurídica no sólo con relación a los terceros, sino también respecto a los socios.

Por otra parte, *ninguna influencia ejerce sobre el contrato de trabajo la condición personal de quien realiza la prestación de servicio; y no puede desplazarse un proceso de la jurisdicción del Trabajo por el solo hecho de que el reclamante sea doctor, abogado de la República, odontólogo o socio de una empresa*; pues, según los hechos narrados por la recurrida, al engancharse al socio mayoritario en el trabajo que afirma haber realizado, asumió el carácter de trabajador asalariado. *El contrato de trabajo no se modifica porque para cumplirlo se utilicen distintas modalidades; y mucho menos se desnaturaliza por la diferente condición personal de quien realice la prestación del servicio correspondiente*” (énfasis nuestro).¹

3.2 Los mecanismos de terminación de la relación laboral están establecidos por el legislador, ninguno de los cuales está referido a la terminación de la relación laboral porque coexiste con una relación societaria entre las mismas partes

La existencia del contrato de trabajo prueba el nacimiento de una relación laboral. Su terminación solamente ocurre por las causas taxativamente establecidas en el Capítulo VI de la Ley Orgánica de Trabajo, a saber: por despido, retiro, voluntad común de las partes o causa ajena a la voluntad de ambas. No señala el legislador que la relación laboral cese porque el trabajador entre en una relación de otra índole con el patrono. El hecho que las partes voluntariamente inicien otro tipo de relación jurídica no está contemplado en el capítulo de la Ley Orgánica del Trabajo, y por ende no es causal de terminación de la relación laboral. Admitir que el nacimiento de otra relación jurídica entre el trabajador y el patrono es causal de terminación del contrato de trabajo implicaría aceptar que celebrar un contrato de compraventa, de alquiler o incluso de matrimonio, entre esas partes, son causales de disolución de la relación laboral.²

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de febrero de 1987 – Osmán Ríos Villalobos y otra contra Servicios Odontológicos Santa Rita S.R.L.– con ponencia del Magistrado Dr. Adán Febres Cordero.

² Ley del Trabajo, Artículo 98. La relación de trabajo puede terminar por despido, retiro, voluntad común de las partes o causa ajena a la voluntad de ambas.

3.3 Los contratos en general y los laborales en particular no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento, tal y como lo indica el artículo 1.159 del Código Civil.³

3.4 El legislador no prohíbe, ni sanciona que entre trabajador y patrono coincidan otros tipos de relaciones jurídicas tales como de arrendador, de arrendatario, conyugales y societarias, así como tampoco consagra que tal coyuntura haga que una relación perezca para convertirse en la otra.

3.5 Los principios fundamentales del Derecho del Trabajo plasmados en el artículo 8 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, literal d) establecen la “Conservación de la relación laboral”, y el numeral III) indica la “admisión de novaciones subjetivas y objetivas del contrato de trabajo”, que no es otra cosa que considerar que la relación laboral permanece en un *continuum*, sea que ocurra un cambio en los sujetos (sustitución de patrono) o en el objeto.⁴

³ Código Civil, Artículo 1.159.- Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley.

⁴ Reglamento de Ley del Trabajo, Artículo 8 Enunciación: Los principios aludidos en el literal e) del artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo serán, entre otros y sin perjuicio de su previsión expresa en la legislación laboral, los siguientes: a) Protectorio o de tutela de los trabajadores; i) Regla de la norma más favorable o principio de favor, por virtud del cual si se plantearen dudas razonables en la aplicación de dos o más normas, será aplicada aquella que más favorezca al trabajador. En este caso, la norma seleccionada será aplicada en su integridad; ii) Principio *in dubio pro operario*, en atención al cual en caso de plantearse dudas razonables en la interpretación de una norma, deberá adoptarse aquella que más favorezca al trabajador; y iii) Principio de conservación de la condición laboral más favorable, por virtud del cual deberán ser respetados los derechos que se encuentran irrevocable y definitivamente incorporados al patrimonio del trabajador; b) Irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, cualquiera fuere su fuente; c) Primacía de la realidad o de los hechos, frente a la forma o apariencia de los actos derivados de la relación jurídico-laboral; d) Conservación de la relación laboral: i) Presunción de continuidad de la relación de trabajo, por virtud de la cual en caso de duda sobre la extinción o no de ésta, deberá resolverse a favor de su subsistencia; ii) Preferencia de los contratos de trabajo a tiempo indeterminado, en atención a lo cual deberá atribuirse carácter excepcional a los supuestos de autorización de contratos a término previstos en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Trabajo; iii) Admisión de novaciones subjetivas y objetivas del contrato de trabajo; iv) Indemnizaciones en caso de extinción de la relación de trabajo por causa imputable al patrono; y v) Interrupciones de la relación de trabajo estimadas irrelevantes como causas de extinción, en los términos de los artículos 93 y 94 de la Ley Orgánica del Trabajo; e) Principio de no discriminación arbitraria en el empleo, por razones de género o preferencia sexual, condición social, raza, religión, ideología política, actividad sindical, o cualquiera otra fundada en criterios de relevancia incompatibles con el ordenamiento jurídico. Este principio comprenderá las discriminaciones que pudieren suscitarse con antelación al nacimiento de la relación de trabajo, tales como, entre otros supuestos, imponer como condición de admisión a la empresa el abstenerse del ejercicio de actividades sindicales o el someterse a exámenes de embarazo; f) Gratuidad en los procedimientos administrativos y judiciales en materia del trabajo.

3.6 La personalidad jurídica del patrono como agente de derechos y deberes frente al trabajador sigue incólume cuando el trabajador pasa a ser socio o accionista de aquél. Tanto vale decir de la personalidad jurídica del trabajador. En consecuencia, ambas esferas de derechos y deberes (las del trabajador y la del patrono) perviven y se mantienen separadas, cuando el trabajador mantiene otro tipo de relación jurídica con el patrono.

La relación laboral está basada en el derecho al trabajo; la relación societaria está basada en el derecho a propiedad y a la libre empresa. La primera es bilateral; la segunda es plurilateral. La primera termina por despido, renuncia, consentimiento mutuo o causas ajena a la voluntad; la segunda termina, fundamentalmente, por la enajenación del derecho de propiedad sobre las acciones o cuotas sociales. La primera supone un patrono, persona natural o jurídica; la segunda supone la existencia de una persona jurídica sobre cuyo capital se tienen acciones o cuotas sociales.

Por otro lado, la relación societaria se puede generar por el hecho laboral. Así, por ejemplo, los “socios industriales”, referidos *ut supra*, usualmente inician las relaciones mediante la prestación de servicios personales para luego pasar a ser socios o accionistas, pero esa nueva condición no liquida la laboral y los tribunales laborales reiteradamente los han considerado trabajadores.

3.7 El artículo 10 de la Ley del Trabajo, en concordancia con el ordinal 2 del artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra la irrenunciabilidad de los derechos del trabajo de manera explícita y con más razón de manera implícita. Es contrario a toda la hermenéutica jurídica presumir que un trabajador renuncia a sus derechos laborales porque en él concurra otra relación jurídica con su patrono.⁵

⁵ Ley del Trabajo: Artículo 10. Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación territorial; rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquellos que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador que modifiquen la norma general respetando su finalidad.

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

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, ha sostenido que no basta la existencia de un contrato mercantil entre el patrono y el trabajador para sostener que la relación laboral ha terminado:

(...) de las pruebas examinadas por el juez de Alzada se evidencia que no fueron destruidos los elementos característicos de la relación de trabajo: prestación personal del servicio, labor por cuenta ajena, subordinación y salario, *pues no basta la existencia de un contrato mercantil entre el patrono y el trabajador, por aplicación de los principios de irrenunciableidad de los derechos del trabajo y de primacía de la realidad, antes referidos, para desvirtuar la presunción laboral* (énfasis agregado).⁶

3.8 Las relaciones laborales y societarias no son excluyentes. El trabajador tiene derecho al trabajo, pero también tiene derecho a ser propietario. En uso del segundo, el trabajador puede adquirir propiedades directa o indirectamente a través, por ejemplo, de fondos de pensiones (cuando y donde existan), o de fondos mutuales, y en virtud de ese ejercicio el trabajador puede convertirse en propietario de bienes de terceros o de la empresa o en la empresa.

Pensar que el trabajador no puede ser socio o accionista de una empresa porque al serlo perdería su condición de trabajador, supondría restringirle, cuando no negarle, al trabajador el derecho a ser propietario de determinados bienes. En otras palabras, el derecho a ser propietario de acciones en la patrona estaría condicionado a que el trabajador deje

cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios: 1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias. 2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley. 3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad. 4. Toda medida o acto del patrono contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno. 5. Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición. 6. Se prohíbe el trabajo de adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral. El Estado los protegerá contra cualquier explotación económica y social.

⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Enrique Rondón et al V. Distribuidora Polar S.A. (DIPOSA), 31-05-01, Magistrado Ponente: Omar Mora Díaz. Sent N° 103, p. 17.

de ostentar tal condición con relación a la patrona. Esa limitación no sólo sería inconstitucional, sino que no encuentra sustento en toda nuestra hermenéutica jurídica.

3.9 El constituyente, en el artículo 118 de la Carta Magna, consagra la figura de los trabajadores asociados; esto es, aquellos que a la par de ser trabajadores sean parte de entes de naturaleza asociativa.⁷

3.10 Es hecho notorio que en muchas empresas los trabajadores son accionistas de las mismas, sin que por ello pierdan su condición de sujetos del Derecho Laboral, *v.gr.*, CANTV, La Electricidad de Caracas (EDC) o Sidor.

3.11 Es igualmente notorio que cada vez más los patronos con características de empresas, vinculan una parte importante del salario al desempeño del trabajador a través de bonos, acciones u opciones para comprar las mismas. Esto, al tener una connotación económica es considerado parte del salario.

En casos en que los trabajadores reciban acciones o participaciones en el capital del ente de negocios, la jurisprudencia ha sido más exquisita y ha considerado que no sólo son compatibles las dos condiciones, de trabajador y accionista, sino que las acciones recibidas han sido consideradas parte del salario.

Así, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que las acciones que una compañía transfiera a sus empleados son parte integral del salario, considerando que el salario de un trabajador no incluye solamente el salario diario, sino todas las ventajas económicamente ponderables, tales como transferencia de acciones a sus empleados.⁸

Siendo esa la posición del sentenciador en este campo, se desprende que si las acciones que entrega un patrono a su trabajador son parte del salario, con más razón se confirma que el trabajador no pierde su condición de trabajador, sino que también adquiere la de accionista. Ello es

⁷ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Artículo 118: El Estado promoverá y protegerá las asociaciones solidarias, corporaciones y cooperativas, en todas sus formas, incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, microempresas, empresas comunitarias y demás formas asociativas destinadas a mejorar la economía popular.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Eduardo Estévez Tejada v. Papelería Zapico, C.A., 24/10/91.

así porque lo que motiva la aplicación del Derecho Laboral es la existencia de una relación laboral, esto es una donde se encuentren presentes todos los requisitos de prestación de servicio, dependencia y salario.

Ese criterio se ha plasmado en recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia.⁹ Incluso muchas de las empresas extranjeras que operan en Venezuela han implementado programas de adquisición de acciones por parte de sus accionistas. Tal es el caso de la compañía petrolera estadounidense CHEVRON, la cual ha implementado el “programa de unidades de desempeño” que permite a los trabajadores también ser accionistas de la compañía.

Son las nuevas realidades de la economía y de la gerencia las que llevan a las empresas a implementar programas de remuneración de sus trabajadores a través de participación en el capital de la empresa. La racionalidad es hacer que el trabajador se sienta más comprometido e involucrado con la compañía. La aplicación práctica de esta idea se ha visto reflejada en todo el mundo en los llamados “planes accionarios” o “*stock option plans*”, como los conoce el mundo anglosajón, de donde provienen. Sin embargo, ni en el extranjero ni en Venezuela la condición de trabajador es dicotómica con la de accionista.

El artículo 89 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el principio según el cual prevalece la realidad sobre la forma en materia laboral.¹⁰ Y si la realidad de una relación jurídica indica que ésta es laboral, se impondrá el régimen jurídico de rigor.

3.12 La doctrina y la jurisprudencia han sido conspicuas en aceptar que el trabajador no pierde su condición de tal por entrar en otro tipo de relación jurídica con el patrono, y han ido más allá al considerar algunas de esas situaciones como fraude a la ley a través de simulaciones.

Más aún, el legislador y el sentenciador han sido muy celosos en que las relaciones laborales fuesen simuladas a través de relaciones societarias. Cuando ello ha ocurrido el sentenciador ha favorecido al trabaja-

⁹ V.gr. Félix Ramón Ramírez et al v. Distribuidora Polar, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Casación Social, 02/03/00.

¹⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Artículo 89 (1). Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.

dor y ha reconocido la existencia de una relación laboral y no la de la relación societaria. Adicionalmente, en casos en que los trabajadores reciban acciones o participaciones en el capital del ente de negocios, la jurisprudencia, como se indicó antes, ha sido más exquisita y ha considerado que no sólo son compatibles las dos condiciones, de trabajador y accionista, sino que las acciones recibidas han sido consideradas parte del salario. Algo similar se podría decir sobre los “socios industriales”, quienes reiteradamente han sido considerados trabajadores por los tribunales laborales.

En este sentido, Oscar Hernández Álvarez expresa:

En algunos países del mundo, es frecuente que en ciertos sectores de la producción, especialmente en la venta de ciertos productos alimenticios de distribución masiva, los trabajadores sean colocados, mediante mecanismos de artificio, en un estatus diferente al que legalmente le corresponde, logrando de esta forma evadir la aplicación de las normas laborales. Se trata de trabajadores cuya relación de trabajo es ocultada mediante la apariencia de una relación jurídica de otro tipo, civil o mercantil, que excluye la aplicación de las normas laborales y de seguridad social y deja a dichos trabajadores fuera del alcance del amparo jurídico que estas normas presentan.... En efecto, cuando un patrono, a fin de burlar la legislación laboral, impone a un trabajador dependiente la firma de un contrato mediante el cual se declara la existencia de una relación autónoma civil o mercantil, no puede decirse que existe una voluntariedad para la realización de un acto simulado –el civil o mercantil– ocultando un acto secreto –el laboral– que corresponde a la verdadera pero confidencial voluntad de las partes. Por el contrario, en este caso se trata de la imposición de la voluntad de una de las partes, el patrono, que prevaleido de su situación de superioridad frente a la hiposuficiencia económica de la otra, el trabajador, hace que éste acepte dar a la relación laboral que vincula a ambos, una calificación distinta que permite eludir las limitaciones y costos que para el patrono supone la legislación laboral. Es por ello que parece más adecuado calificar tales situaciones como casos de fraude a la ley, entendiendo por tal al conjunto de “maniobras” o procedimientos tendientes a eludir, en forma indirecta, la aplicación de una ley imperativa.

Diversas han sido las formas utilizadas por algunos patronos para enmascarar sus relaciones de trabajo bajo las apariencias jurídicas, a fin de sustraerlas de la aplicación de la normativa laboral (...). Otro sistema utilizado es el que califica al trabajador dependiente como “socio industrial”, que aporta su trabajo a cambio de unas “utilidades”, participando así en una aparente “sociedad” con un “socio capitalista”, que a su vez aporta el capital y quien, en la práctica, es el propietario de los medios de producción y se beneficia de los servicios del supuesto “socio industrial” (...). El Derecho del Trabajo, tanto por la vía legislativa, como por la jurisprudencia y la doctrina, ha hecho un notable esfuerzo para que su aplicación no sea impedida por estas maniobras fraudulentas. En su anteriormente citado trabajo, González Rincón, resume con gran claridad lo que, de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina reiteradas en diversos países han sido considerados como mecanismos defensivos de la normativa laboral frente al fraude: a) El principio de irrenunciabilidad de las normas laborales; b) La presunción de la relación laboral; y, c) El principio de la primacía de la realidad.

a) *La irrenunciabilidad de las normas laborales “...establece que las normas protectoras de los trabajadores son irrenunciables aún por ellos mismos, de manera que carecen de validez las estipulaciones mediante las cuales un trabajador consciente condiciones menos favorables a las que le concede la ley o incluso el contrato colectivo”.*

b) La presunción laboral: (...) el presunto trabajador no está obligado a demostrar la existencia del contrato de trabajo, sino que le basta demostrar la prestación personal del servicio para que su relación sea protegida por el derecho laboral, lo cual sólo puede ser evitado por el pretendido patrono, probando que se trataba de un trabajo autónomo no susceptible de configurar un contrato de trabajo. Esta prueba deberá en todo caso fundamentarse en hechos concretos que apreciados por el Juez, lleven a éste a determinar la naturaleza no laboral de la relación, pero no podrá consistir en meras declaraciones formales de voluntad, ni siquiera cuando hayan sido suscritas espontáneamente por las partes.

c) El principio de la primacía de la realidad. De allí que la realidad de los hechos, tal como ocurren en la práctica cotidiana, tenga primacía frente a las apariencias formales que puedan adoptar las partes mediante declaraciones de voluntad, independientemente de que las mismas sean espontáneas o producto de la presión ejercida sobre una de ellas o de que sean emitidas en ausencia de dolo o de que envuelvan una intención fraudulenta.

Mediante el uso de los mecanismos de defensa anteriormente referidos el Derecho Laboral ha logrado ser aplicado en muchos casos en los cuales las partes, fundamentalmente el patrono, pretendieron evadir su normativa a través de situaciones de fraude o de simulación.

La simple prestación de servicios por parte de los “distribuidores” o “concesionarios” hace presumir que entre ellos y las empresas existe una relación de trabajo. Correspondría a las empresas destruir esta presunción y probar que se trata de una relación jurídica de otra naturaleza. Para efectuar esta prueba no basta la existencia de un contrato supuestamente civil o mercantil, ya que de acuerdo con el principio de irrenunciabilidad de las normas laborales y de primacía de la realidad, la presunción laboral no puede ser desvirtuada por declaraciones de voluntad, sino por hechos que determinen que la prestación de servicios se presta en condiciones de independencia y autonomía tales que constituyen una relación jurídica de naturaleza diferente (énfasis agregados).¹¹

En resumen, no termina la relación laboral porque el trabajador mantenga otro tipo de relación jurídica con el patrono, sea ésta mercantil, societaria o de cualquier otra naturaleza.

4. LA SOLUCIÓN SUGERIDA

Futuras reformas de la legislación laboral deben abordar estos temas de manera expresamente sistemática. Por ejemplo, algunos artículos se

¹¹ Hernández Álvarez, O. *La Prestación de Trabajo en Condiciones de Fraude o Simulación. Consideraciones Generales y Propuesta para una Reforma de la Legislación Laboral Venezolana*, en *Estudios Laborales, Homenaje a Rafael Alfonzo Guzmán*, Tomo I, UCV Ediciones, Primera Edición, Caracas, 1986, pp. 397-406.

pudiesen añadir, a fin de dejar claramente plasmado que las relaciones laborales y societarias no son contradictorias, que el trabajador no pierde sus derechos por también ser socio o accionista en el patrono y que el trabajador no perderá sus derechos porque la relación laboral se simule como una societaria.

Así, una propuesta que sometemos a consideración sería la siguiente:

Artículo (...): Cuando una persona preste servicios en condición de exclusividad, bajo dependencia y mediante el pago de un salario se le considerará trabajador aunque la relación jurídica con el patrono tenga la forma de una relación contractual o societaria. A estos efectos, se considerará a esa relación como una simulación de la laboral. El trabajador que haya sido sujeto de simulación parcial o total de la relación laboral, gozará de todos los beneficios atinentes a la condición de trabajador, sean éstos establecidos por ley o por contrato.

Artículo (...): La relación laboral no terminará sino por las causas expresamente establecidas en la ley. La coexistencia de otras relaciones jurídicas entre el trabajador y el patrono no será causa de terminación de la relación laboral. El trabajador quien además de la relación laboral inicie o mantenga una relación societaria o contractual con el patrono, sea ésta de naturaleza mercantil o civil, gozará de todos los derechos que le otorga ésta ley. La misma consecuencia aplica a quien siendo socio o accionista en una persona jurídica, se convierta luego en trabajador de la misma.

Cuando el trabajador sea accionista o socio en el patrono, el monto de las acciones o cuotas de participación que aquél posea en el patrono o en cualesquiera de las personas jurídicas controladas por el patrono, será considerado como parte del salario, siempre y cuando reúna estén presentes las condiciones establecidas por la ley a ese respecto.

CONCLUSIONES

Organizar capital, materia prima y trabajo y destinarlo a la realización de una actividad económica es un hecho que indefectiblemente ha de generar consecuencias jurídicas. Pero si para quien organiza el hecho productivo la organización de todos esos factores va a ser una herramienta para la creación de riqueza, para quien presta su tiempo y destreza, la contraprestación que recibe como consecuencia de la prestación

de servicios va a ser un mecanismo de subsistencia, con frecuencia el único mecanismo de subsistencia económica, sea ésta mayor o menor.

Por ello, la organización de los factores de producción va a estar sujeta a distintas regulaciones jurídicas. Por un lado, la relativa al derecho de propiedad, en sus aspectos generales, pero también en sus aspectos particulares relativos a la propiedad societaria tanto de los que invierten en la persona jurídica corporativa, como los relativos a la propiedad del ente corporativo como tal. Pero la organización de los factores de producción también va a generar la aplicación fundamental de una normativa de orden público. Dentro de esta gama destacan, entre otras, las pertinentes a la protección al consumidor, al medio ambiente, a la salud, a la economía, al comercio y sobre todo la relativa a la protección de los trabajadores.

Porque aunque económicamente la mano de obra sea sólo un factor de producción, jurídica y socialmente no puede ser tratada de manera equivalente a la organización del capital. La organización de la mano de obra involucra la prestación de servicios por parte de personas, que en condiciones de debilidad frente a quienes organizan y controlan la producción, han de ser acreedores de protección.

Es por ello entonces que al hecho organizativo de la producción se le imponen unas reglas diferentes en tanto y cuanto respecta a la mano de obra. Sin embargo, los trabajadores no son seres aislados, económica ni jurídicamente hablando, por lo cual en un entorno de libertades pueden entrar en relaciones jurídicas de distinta naturaleza que eventualmente se entrecruzan. Es justamente en ese contexto que el derecho sustitutivo debe proveer soluciones, a fin de evitar que la protección social otorgada por el Derecho del Trabajo se vuelva fútil.

Así, la integración de las economías y la sofisticación de los mercados financieros hacen cada vez más factible que los trabajadores sean también dueños de capital, representado en las formas de acciones o títulos comerciales de diversa naturaleza. Cuando la propiedad de ese instrumento se concreta en la persona jurídica para la cual el trabajador presta sus servicios personales, éste tiene una doble condición con su patrono; una respecto a la cual se aplican dos regímenes jurídicos diferentes y perfectamente compatibles.

En otras palabras, el trabajador y el patrono pueden asumir otros roles jurídicos, sin que por ello cese la relación laboral. Así, trabajador y patrono no pueden ser asumir condición de socios entre sí o el trabajador puede

ser socio en la sociedad para la cual presta servicios, o accionista o el trabajador y el patrono pueden también ser arrendador y arrendatario, sin que la relación laboral se vea afectada. Por el contrario, en el trabajador perviven un cúmulo de relaciones jurídicas propias de la condición de ciudadano que interactúa en diferentes planos sociales, económicos y políticas, cosa que lo fortalece y lo aleja de cierta condición histórica de sumisión. Más aún, muchas empresas en reconocimiento de su compromiso social y en sintonía con los nuevos tiempos económicos pagan parte de la compensación de los trabajadores bajo la forma de acciones u otorgan la opción de adquirirlas en condiciones preferenciales.

En todos esos casos estamos en presencia de esa nueva especie de trabajador, el trabajador capitalista, respecto al cual es necesario dejar vigente con todo su peso y rigor la protección del Derecho del Trabajo, pero también respecto al cual se hace necesario dejar incólume la protección debida al derecho de propiedad y garantizar que una y otra protección no sean excluyentes.

Pero hay casos en los que la protección del Derecho del Trabajo se pretende esquivar disfrazando la prestación de servicios personales como una prestación de servicios corporativos. En esos casos es crucial que el intérprete se ciña al espíritu normativo, y considerando tal eventualidad como una simulación, aplique la normativa laboral.

En otras ocasiones la mano de obra es contribuida como capital en la producción del negocio, tal como sucede con los llamados socios industriales. Pero cuando eso ocurre, el legislador hace prevalecer el Derecho del Trabajo sobre el Derecho Mercantil y la relación es considerada como una laboral con todas las consecuencias respectivas.

Futuras reformas legislativas de la normativa aplicable al hecho social del trabajo han de considerar la nueva dinámica económica y plasmar claramente que las relaciones laborales y societarias no son dicotómicas. Sólo así podrá el trabajador emprender la fascinante faena de convertir la prestación de servicios personales de un mero mecanismo de subsistencia económica a un mecanismo de acumulación de capital.

Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo

Juan GARCÍA VARA*

SUMARIO:

A priori

1. **Objeto.**
2. **Ámbito de aplicación.**
3. **Consulta y participación.**
4. **Innovaciones.**
5. **Impacto económico:** **5.1 Cotizaciones.** **5.2 Adecuación.** **5.3 Indemnizaciones:** **5.3.1 Discapacidad temporal.** **5.3.2 Discapa-**

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, *Magíster Scientiarum* en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Doctorado en Derecho, Profesor en Pre y Postgrado. **Juzgado Superior Quinto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas**, Juez Titular por Concurso de Oposición, **Juzgado Superior Tercero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda**, Juez Accidental y Suplente. **Instituto Venezolano de Derecho Social**, Miembro de Número. **Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo**, Miembro Titular. **Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo**, Miembro de Número. **Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**, Miembro de Número. Autor de varias publicaciones y ensayos.

cidad parcial permanente. **5.3.3** Discapacidad total permanente para el trabajo habitual. **5.3.4** Discapacidad absoluta permanente para cualquier tipo de actividad laboral. **5.3.5** Gran discapacidad. **5.3.6** Muerte. **5.3.7** Violación de la normativa legal sobre seguridad y salud en el trabajo. **5.3.8** Secuela o deformaciones permanentes. **5.4 Multas.**

- 6. Accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales:** **6.1 Definiciones.** **6.1.1** Accidentes de trabajo. **6.1.2** Enfermedad ocupacional. **6.1.3** Secuelas o deformidades Permanentes. **6.1.4** Discapacidades en los casos de accidentes de trabajo o de enfermedades ocupacionales. **6.2 Accidente in itinere.** **6.3 Declaración del accidente y la enfermedad.** **6.4 Calificación del origen profesional.** **6.5 Revisión de la calificación.**

Conclusiones

A PRIORI

Con el fin de precisar el alcance de los criterios expuestos en este trabajo, resulta apropiado resaltar que el mismo está referido a la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.236, de fecha 26 de julio de 2005.

Igualmente, aplicando la aclaración de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo,¹ al referirnos en este trabajo a personas naturales –trabajador– y jurídicas –empleadores– en masculino, debe comprenderse en sentido genérico y, por tanto referido también en sentido femenino –trabajadoras y empleadoras–.

Donde se lee “Ley” y LOPCYMAT y en las notas al pie que sólo indican el número de un artículo, y no se haya hecho la apropiada observación en el texto de este trabajo, están referidas, en todos los casos, a la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, vigente.

Se hace necesario señalar que al momento de redactarse este trabajo no se ha(n) decretado el(los) Reglamento(s) a que alude la LOPCYMAT.

¹ Parágrafo Primero del artículo 1.

1. OBJETO

El objeto de la LOPCYMAT viene establecido en la misma,² señalándolo claramente. En tal sentido, presenta cuatro grupos de objetivos a conseguir con dicho texto laboral.

En este orden de ideas, precisa como objetivos el establecimiento de instituciones, normas, lineamientos y órganos que garanticen a los trabajadores sus derechos sobre condiciones de trabajo, los relativos a seguridad y salud, así como los programas necesarios para garantizar la recreación en el tiempo libre, esto es, fuera de la jornada.

Adicionalmente dicha Ley persigue como objetivo velar por el bienestar del ambiente de trabajo, que contempla la realización de las labores dentro de las condiciones que permitan ejercer con seguridad las facultades físicas y mentales del trabajador, que incluye todo un programa para prevenir –evitar– los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales y, para el caso de que ocurran éstos, su reparación.

Además, en el contenido de la Ley se consideran –a los fines de evitar que ocurran los accidentes de trabajo o las enfermedades ocupacionales y se logre el aprovechamiento del tiempo libre o fuera de las jornadas de trabajo– toda una regulación de los derechos y deberes de trabajadores y empleadores, que incluyen el desarrollo de los derechos comprendidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, estableciendo las sanciones, responsabilidades y consecuencias jurídicas, tanto para trabajadores como para los dadores de trabajo, en caso de incumplimiento de la normativa contenida en la LOPCYMAT.

La Ley trata, además, lo relativo a la responsabilidad material y objetiva del empleador en los casos en que ocurran accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales, regulando también la carga de esa responsabilidad en los representantes legales del patrono.

Como puede advertirse, el legislador en esta materia abarcó como objetivos –principalmente– la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales, y, adicionalmente, el desarrollo de los principios constitucionales y legales sobre esta materia y los programas de

² Artículo 1.

recreación, la responsabilidad de las empleadoras y de sus representantes legales y los organismos y entes encargados de garantizar los derechos de los laborantes en el ámbito de la prevención, condiciones y medio ambiente de trabajo.

Pero suplementariamente, el texto normativo contempla un pronunciamiento determinante e indubitable, en el sentido de establecer que las disposiciones de la LOPCYMAT son de orden público,³ no pudiendo ser modificadas por las partes –trabajadores y empleadores– salvo que acuerden mayores beneficios y que éstos no modifiquen el “Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo”.⁴

En resumen, en nuestro criterio, de todos los objetivos señalados en precedencia, el que da vida y justificación a la Ley, sin desmeritar los otros, es la promoción del trabajo seguro, con la prevención de accidentes y enfermedades ocupacionales, pudiéndose afirmar, sin lugar a dudas, que es el patrono quien debe crear un medio ambiente de trabajo seguro, que evite los accidentes de trabajo e impida las enfermedades ocupacionales.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El legislador estableció un amplio ámbito de aplicación en el sector público y privado,⁵ casi total, con algunas excepciones, entre las que se cuenta a los miembros de la Fuerza Armada Nacional,⁶ por tener éstos un régimen de seguridad social integral propio a establecerse en su ley orgánica y, además, porque no puede establecerse un régimen de accidentes de trabajo o enfermedad ocupacional en una actividad destinada a defender, entre otros, la integridad nacional, que puede involucrar, en ocasiones, estados de guerras.

En tal sentido incluyó en la aplicación de la LOPCYMAT a todos los trabajadores que prestan labores en relación de dependencia con un patrono, cualquiera sea la naturaleza de la prestación y el lugar donde se lleva a cabo la misma en el espacio territorial, sin discriminar el interés o fin del empleador, esto es, si persigue o no con la labor del trabajador un lucro o provecho económico, tanto para las empresas constituidas para el momento de la vigencia de esta Ley, como para aquellas que surgieran posteriormente.

³ Artículo 2.

⁴ Artículo 3.

⁵ Artículo 4.

⁶ Artículo 328, parte *in fine*, CRBV.

También contempla el legislador que esta Ley es de aplicación obligatoria en aquellas tareas cuyo patrono revista la condición de actividad pública –nacional, regional, municipal–, en cuyo caso, estos organismos están obligados por esta Ley a cumplir las condiciones en ella establecidas y asumen la responsabilidad de acuerdo con lo establecido en esta normativa. No existe en materia de prevención, condiciones y medio ambiente de trabajo discriminaciones o desigualdades entre un trabajador del sector privado y otro del sector público, salvo las excepciones puntuales establecidas en la Ley.

Se incluye entre los sectores que deben aplicar la Ley, los relativos a los trabajadores a domicilio, los domésticos y los de conserjería, sólo que en estos casos, por prestarse la labor en el sitio que prácticamente sirve de hogar al laborante, resulta para el patrono difícil la supervisión, control y prevención durante 24 horas de cada día, para poder precisar si el accidente es de trabajo o de otra naturaleza, si ocurrió dentro de las horas de la jornada o fuera de ella, si hubo o no culpa de la víctima, si se observaban o no las normas de prevención y condiciones de trabajo.

Abraza de igual forma la LOPCYMAT la actividad llevada a cabo por trabajadores no dependientes a que alude la LOT, siempre y cuando “sea compatible con la naturaleza de sus labores”, porque, como hemos reseñado *supra*, se presenta compleja la supervisión para precisar si se cumplen o no las normas de prevención y condiciones de trabajo; resulta, para el que recibe el producto de la labor, difícil la supervisión y la imposición de normas que impidan ocurrir los accidentes de trabajo o las enfermedades ocupacionales.

Por último, se incluyen como sujetos de esta Ley, quienes presten servicios en cooperativas u otras formas asociativas, comunitarias, de carácter productivo o de servicio.

3. CONSULTA Y PARTICIPACIÓN

La ley se refiere a dos derechos-deberes: el de consulta y el de participación;⁷ para ser desarrollados en los organismos públicos y privados en los que se aplican las disposiciones de la LOPCYMAT.

⁷ Artículo 5.

Ésta establece como uno de sus principios básicos el derecho-deber de los destinatarios de la misma –trabajadores, empleadores y organizaciones que agrupan a éstos– en los lugares que se desempeñan –organismos públicos y privados con atribuciones en la Ley– a ser consultados sobre la aplicación de la normativa que integra la Ley, pero también establece como un derecho-deber de ser consultados y participar –trabajadores, empleadores y organizaciones que agrupan a éstos– en la “formulación, puesta en práctica y evaluación” de la política sobre seguridad y salud en el trabajo, a nivel nacional, estadal, municipal y por rama de actividad, según se trate, y en la vigilancia de los organismos públicos que están encargados del cumplimiento de los objetivos de esta Ley.

También constituye un derecho-deber de los trabajadores, empleadores y organizaciones que los agrupan, ser consultados y participar en la planificación, ejecución y evaluación de los programas para la preventión y promoción de las empresas donde prestan el servicio.

Ahora bien, estos principios de consulta y participación deben desarrollarse en el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo⁸ y en el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, en los términos que se establezcan en el Reglamento de esta Ley.

La participación de los trabajadores se lleva a cabo mediante “delegados de prevención”, que serán los representantes de aquéllos en el Comité de Seguridad y Salud Laboral, designados mediante los mecanismos democráticos de elección establecidos en la presente Ley. Estos delegados tendrán las atribuciones y facultades que estableció el legislador y gozarán de protección y garantías, que incluyen la inamovilidad;⁹ además tendrán obligaciones adicionales a las indicadas en precedencia, como las contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo, cuya trasgresión pudiera acarrear el despido justificado. El número de delegados de prevención en cada empresa, explotación o establecimiento será establecido por el reglamentista, tomando en cuenta para ello varios factores, que representen una conformación integrada por trabajadores de todas las áreas, localidades, peligrosidad de las labores y turnos de trabajo. A los fines de la determinación en el Reglamento de la Ley, el legislador estableció límites mínimos y máximos de los delegados a ser electos en

⁸ Artículos 36, 37 y 38.

⁹ Artículo 44, en concordancia con el artículo 449 de la LOT.

cada centro de trabajo. La participación de los empleadores en este Comité de Seguridad y Salud Laboral se materializa mediante la designación por éstos de sus representantes, en un número igual a los delegados de prevención que representan a los trabajadores.

También podrán acudir a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud Laboral –con voz, sin voto– delegados sindicales, personal adscrito al Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, trabajadores cuya presencia sea necesaria para un determinado asunto, y, asesores, cuando, en este último caso, lo solicite alguna de las representaciones, la de los trabajadores o bien la de los empleadores.

4. INNOVACIONES

Por lo que se refiere a las innovaciones, comparando la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de fecha 18 de julio de 1986 –hoy derogada– con la LOPCYMAT de fecha 26 de julio de 2005, encontramos que en la vigente se adicionan varias materias que la complementan, entre los cuales podemos anotar:

Se incluye en su contenido lo relativo a la recreación de los laborantes, tanto en su tiempo libre dentro de la jornada, como en su tiempo fuera de la jornada, incluyendo el turismo social, lo que justificaría, en nuestro criterio, la derogatoria de la Ley del Instituto de Capacitación y Recreación de los Trabajadores (INCRET).

Se crean organismos y normativas especiales, que sustituyen al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y a la Ley del Seguro Social Obligatorio.

Se establece un mandato para incorporar en la política nacional de seguridad y salud, entre otros, aspectos relativos a normas sobre el tiempo libre, descanso y turismo social a nivel nacional, regional, municipal y local; la formación, educación y comunicación en relación con la seguridad y salud en el trabajo; promoción de organizaciones de trabajadores, empleadores y trabajadores con discapacidad laboral; amparo de los trabajadores que actúen en defensa de sus derechos laborales; igualdad de oportunidad para las trabajadoras, impidiendo las discriminaciones; protección de los niños, adolescentes y aprendices, garantizando el desarrollo de sus capacidades; adopción de medidas en las pequeñas y medianas empresas, cooperativas y asociaciones comunitarias, para

mejorar las condiciones y medio ambiente de trabajo; adopción de métodos para el control y vigilancia epidemiológicos.

Se establece una conformación del régimen prestacional de seguridad y salud en el trabajo, integrado por organismos públicos, encargados de la supervisión e inspección de los sitios donde se presta la labor.

Se contempla un régimen de cotizaciones a cargo exclusivamente del patrono, quedando liberado el laborante de cotizar para su seguridad social.

Acuerda esta Ley del 26 de julio de 2005, un lapso de prescripción de cinco años para reclamar las prestaciones –ante la Tesorería de Seguridad Social– e indemnizaciones –ante el empleador– por accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales. El hecho contradictorio surge porque en el proyecto de la Ley Orgánica del Trabajo, aprobado en primera discusión en la Asamblea Nacional y la presentación para la segunda discusión a llevarse a cabo en el curso del año 2006, se contempla una prescripción para los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales de diez años.

Otra de las innovaciones consiste en cambiar en las enfermedades el término profesional por ocupacional, lo cual, en nuestro criterio, resulta más apropiado, se ajusta más a la realidad, por varias razones, entre las que se destacan: las enfermedades no surgen por el ejercicio de una profesión, sino por desarrollar una ocupación, aunque ésta incluya a aquélla; pareciera que se califican a las enfermedades como profesionales, cuando no existen enfermedades inexpertas, ineptas o incompetentes; quizá la más importante de las razones es que el término profesional surge de la elaboración de una lista o rol que clasificaba las enfermedades profesionales, de acuerdo con los agentes determinantes –físicos, químicos y biológicos–, pero cualquiera que fuera la razón adoptada, siempre se concluye que la enfermedad se origina por el desempeño de una ocupación con ocasión del trabajo.

En el aspecto jurisdiccional, luego de haberse logrado por doctrina de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰ excluir de la competencia

¹⁰ “(...) debe concluir esta Sala Plena que, ante la inexistencia de una norma legal expresa que atribuya a los Tribunales Laborales la competencia para conocer de las providencias emanadas de las Inspectorías del Trabajo, dicha competencia corresponde a los órganos contencioso administrativos competentes”. Sentencia 09, de fecha 02 de marzo de 2005, expediente 2003-034.

por la materia de los Juzgados del Trabajo las nulidades de los actos administrativos, se atribuye a los Juzgados Superiores del Trabajo la competencia por la materia, actuando como primera instancia, aunque temporalmente, mientras se crea la Jurisdicción Especial del Sistema de Seguridad Social, para decidir los recursos contenciosos administrativos contemplados en la presente Ley, como se refirió *supra*.

Otra innovación es que la Ley le da el carácter de “documento público” al informe que emana del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, que califica el origen del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional, con lo cual se abandona el criterio de que los informes sobre los motivos, causas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional eran simples “documentos administrativos con carácter público”.

5. IMPACTO ECONÓMICO

Representa un aspecto importante dentro de la puesta en vigencia de la Ley, el impacto económico de la misma en la parte patronal o empresarial.

Las cargas económicas establecidas en la Ley están representadas por las cotizaciones, la adecuación de las instalaciones, las indemnizaciones y las multas.

5.1 COTIZACIONES

El artículo 7 de la LOPCYMAT establece de manera clara y determinante, que la cotización para el régimen prestacional es exclusivamente por cuenta del empleador. No contempla la Ley una forma de cotización compartida entre laborante y dador de trabajo, ni siquiera bajo distinta proporción.

La cotización sólo es por cuenta de la persona –natural o jurídica– que recibe el resultado del servicio, bien se trate de un empleador que mantiene una actividad con o sin fines de lucro, una cooperativa u “otras formas asociativas comunitarias de carácter productivo o de servicio”.

El monto de la cotización que deberán enterar las personas indicadas en precedencia está representado por un porcentaje del ingreso del trabajador, el cual no podrá ser inferior al 0,75% del mismo, hasta el 10%. Cuando se trata de cooperativas u otras formas asociativas comunitarias de carácter productivo o de servicios, el porcentaje se aplicará a la renta que obtenga el socio.

También puede constituir un impacto económico para el empleador, cooperativa o asociación comunitaria de carácter productivo o de servicios, los programas dirigidos a la utilización del tiempo libre, descanso y turismo social, aunque en este caso concreto éstos, en la contratación colectiva, podrán acordar formas de financiamiento, conjuntamente con los trabajadores.

El incumplimiento en el pago de las cotizaciones acarrea para el infractor la imposición de una multa, como se determina *infra*.

5.2 ADECUACIÓN DE INSTALACIONES

La persona natural o jurídica que recibe el producto de la labor del trabajador, está obligada a mantener las condiciones necesarias para que la labor se preste en óptimas circunstancias, con el menor riesgo posible, de manera que el escenario, entorno, medio de trabajo y ambientes de trabajo sean de la aprobación del órgano respectivo.

Para la consecución de tales fines, debe el empleador adecuar y acondicionar los sistemas de trabajo, la maquinaria y herramientas a las características de las condiciones intrínsecas de los trabajadores y de los cargos o funciones a desarrollar en donde se presta la labor, mediante los estudios técnicos que sean necesarios, para adecuar y actualizar los existentes y programar las nuevas actividades de trabajo.

Todo ello conlleva al diseño de nuevos programas que garanticen la seguridad y salud de los prestadores de servicio, avalados por el Ministerio con competencia en la materia, que permitan la identificación de las condiciones de trabajo, la evaluación de la inseguridad y el control de las condiciones.

Ahora bien, la adecuación de las instalaciones requiere de una inversión por parte del empleador, cooperativa u otras formas asociativas comunitarias de carácter productivo o de servicios, comprometiéndose el Ejecutivo Nacional –en la Ley, disposiciones finales– a establecer una política de créditos para el financiamiento de estos gastos.

Por último resulta imperativo hacer alusión a la circunstancia de que en la adecuación, el empleador está obligado a seguir las normas aprobadas por el organismo público con competencia en la materia de seguridad y salud en el trabajo.

5.3 INDEMNIZACIONES

Las indemnizaciones que correspondan al trabajador que haya sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, se conceden independientemente del número de cotizaciones que se hayan enterado a nombre del laborante. El monto de la pensión no se mermará por la inflación, pues deberá adecuarse a la tasa de inflación, de manera que el trabajador suspendido no pierda la capacidad adquisitiva para la satisfacción de sus necesidades básicas.

Las indemnizaciones de que trata la Ley se pagan en moneda nacional y en el territorio de la República.

Las indemnizaciones han sido clasificadas por el legislador en varias categorías, dependiendo del daño sufrido por el trabajador “afiliado”, debido a un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional.

En tal sentido las ha catalogado así: Discapacidad temporal, discapacidad parcial permanente, discapacidad total permanente para el trabajo habitual, discapacidad absoluta permanente para cualquier tipo de actividad, gran discapacidad y, por último, la muerte.

No nos ocuparemos en esta parte del trabajo de opinar sobre las características de cada daño, sino sobre la indemnización que en cada caso corresponde por un determinado daño, concebidas por el legislador.

5.3.1 Discapacidad temporal

Cuando el trabajador, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, sufra un daño que le produzca una discapacidad temporal, la relación de trabajo queda suspendida, como se contempla en la Ley Orgánica del Trabajo, por el tiempo que dure la incapacidad. El legislador no distinguió entre parcial y total, por lo que debemos entender que comprende ambas.

En estos casos, le corresponde al trabajador incapacitado una prestación en dinero, equivalente al cien por ciento (100%) del salario referido en la cotización que hace el patrono; más un cincuenta por ciento adicional, en el caso previsto por el artículo 79. Este salario será pagado durante los primeros tres días por el empleador, incluyen todos los beneficios socioeconómicos que le hubiesen correspondido de estar prestando la labor; a partir del cuarto día inclusive, la indemnización corre por

cuenta de la Tesorería de la Seguridad Social, con cargo a los fondos del Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si por la incapacidad el trabajador deba recibir atención constante de otra persona, la indemnización se incrementará hasta un cincuenta por ciento.

El tiempo durante el cual se deba pagar la indemnización dependerá de la rehabilitación, readaptación, curación, discapacidad permanente o muerte; pero, salvo por la muerte, el período de suspensión será hasta de un año, pudiendo extenderse por otro lapso igual.

Cuando el patrono adelante a los trabajadores el pago de prestaciones diarias por discapacidad temporal, tiene derecho a recibir del laborante los reembolsos de los pagos que después le hagan a éste, con ocasión del pago de la indemnización por el accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional.

5.3.2 *Discapacidad parcial permanente*

La discapacidad parcial permanente es aquella que incapacita al trabajador, como consecuencia del accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional, física o intelectualmente para el trabajo que venía desempeñando, en un porcentaje menor al sesenta y siete por ciento (67%).

En estos casos de discapacidad parcial permanente, si ésta no supera el veinticinco por ciento (25%) de la capacidad física o intelectual, la indemnización está representada por un pago único, al cual tiene derecho el trabajador desde el momento que se inicia la relación de trabajo.

Para obtener el monto en dinero del pago único, se multiplica el porcentaje de incapacidad por el valor de cinco anualidades del último salario referido en la cotización que hace el patrono.

Si supera el veinticinco por ciento (25%), pero no excede del sesenta y siete por ciento (67%), la indemnización está representada por catorce (14) mensualidades anuales, de manera vitalicia, a determinarse multiplicando el porcentaje de incapacidad por el último salario referido en la cotización que hace el patrono; pero no desde la fecha de inicio del vínculo de trabajo –como se expresó en el caso precedente–, sino a partir que termine la discapacidad temporal y se convierte en permanente.

5.3.3 Discapacidad total permanente para el trabajo habitual

En los casos de discapacidad total permanente para el trabajo habitual, el trabajador, por causa de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, pierde la capacidad física, intelectual o ambas, en un porcentaje superior o igual al sesenta y siete por ciento (67%), para desempeñar la ocupación u oficio habitual, pero manteniendo la capacidad para ocuparse de otras tareas de carácter laboral.

En estos casos el patrono deberá reinsertar al trabajador en otro cargo en la misma empresa donde sufrió el accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional.

Mientras ello no ocurre, el trabajador recibirá como indemnización el cien por ciento (100%) de su salario referido en la cotización que hace el patrono. Al producirse la reinserción laboral, el monto recibido por indemnización –100%– se reducirá al porcentaje real de la discapacidad y se procederá conforme está establecido en la Ley.

5.3.4 Discapacidad absoluta permanente para cualquier tipo de actividad laboral

Si estamos frente a una discapacidad absoluta permanente para cualquier tipo de actividad laboral, es porque el trabajador ha disminuido total y permanente su capacidad física o intelectual, o ambas, con ocasión de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, en un porcentaje igual o superior al sesenta y siete por ciento (67%).

En este caso la indemnización para el trabajador está representada por un monto equivalente al cien por ciento (100%) del salario referido en la cotización que hace el patrono, pagadera en catorce (14) mensualidades por año.

5.3.5 Gran discapacidad

Cuando el trabajador, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional, se ve obligado a auxiliarse de otras personas “para realizar los actos elementales de la vida diaria” –comer, asearse, trasladarse– estamos frente a una gran discapacidad. En estos casos el trabajador tiene derecho a recibir las indemnizaciones contempladas en los artículos 79 y 82 de la Ley y, además, una suma adicional de hasta el cincuenta por ciento (50%) de la prestación que representan las disposiciones mencionadas *supra*.

Si por la calificación de gran discapacidad al trabajador se la otorga una pensión, los montos recibidos como pago adicional –50%–, no se computan al de la pensión.

5.3.6 Muerte

En caso de muerte del trabajador, si ello ocurre como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, los sobrevivientes calificados obtendrán un pago único, distribuido entre ellos de manera equitativa, equivalente al monto de veinte (20) salarios mínimos urbanos vigentes para la fecha de la defunción.

Además, la persona –natural o jurídica– que demuestre haber pagado los gastos de entierro del trabajador fallecido por causa de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, tendrá derecho a recibir como compensación el equivalente a un pago único por el monto de diez (10) salarios mínimos urbanos vigentes al momento “de la contingencia”.

5.3.7 Violación de la normativa legal sobre seguridad y salud en el trabajo

También contempla la Ley el caso donde ocurre un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, al haber violado el empleador una normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo, deberá pagar al trabajador o a sus derechohabientes, según se trate, una indemnización de acuerdo con la gravedad de la falta y el daño ocurrido al laborante, para lo cual el pago referido a salarios es el integral devengado en el mes inmediato anterior al accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional.

En tal sentido, si fallece el trabajador, la indemnización será equivalente a no menos del salario de cinco años, ni más de ocho años, contados por días continuos.

Si el daño ocurre por la violación, por el patrono, de una normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo y, por ello, el trabajador resulta con una discapacidad absoluta permanente, el empleador deberá pagar una indemnización equivalente a no menos del salario de cuatro años, ni más de siete años, contados por días continuos.

Si con ocasión del accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, el trabajador resulta con una discapacidad total permanente para el trabajo habitual, deberá pagar una indemnización equivalente a no menos del salario de tres años, ni más de seis años.

Si se trata de una discapacidad parcial permanente, mayor del veinticinco por ciento (25%) de su capacidad física o intelectual para la profesión u oficio habitual, la indemnización será equivalente a no menos del salario de dos años, ni más de cinco años.

Si se trata de discapacidad parcial permanente de hasta el veinticinco por ciento (25%) de su capacidad física o intelectual para la profesión u oficio habitual, la indemnización será equivalente a no menos del salario de un año, ni más de cuatro años.

Si la discapacidad es temporal, el patrono deberá pagar el doble del salario correspondiente a los días de reposo.

Si estamos frente a una gran discapacidad, asociada a la discapacidad absoluta permanente, la indemnización será la misma acordada para el caso de muerte del trabajador. Si la gran discapacidad está asociada a una discapacidad temporal, la indemnización será equivalente al triple del salario por los días en que el trabajador estuvo incapacitado.

5.3.8 Secuela o deformaciones permanentes

Por último, en los casos de secuela o deformaciones permanentes, originadas por la violación de la normativa legal sobre seguridad y salud en el trabajo, con ocasión de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, que represente para el trabajador la pérdida de la capacidad de ganancias, la indemnización a pagar por el empleador es equivalente al salario de cinco años computados por días continuos.

5.4 MULTAS

Las infracciones a la presente Ley acarrean para el infractor sanciones, que se traducen –las sanciones– en la imposición de multas, conforme a un determinado número de unidades tributarias (U.T.).

Las infracciones a que alude la LOPCYMAT están previstas únicamente para aquellas que correspondan a acciones y omisiones imputables a los empleadores, en materia de seguridad y salud laborales, como consecuencia del incumplimiento de normas legales o reglamentarias, y también, pudiéramos agregar, convencionales o contractuales en esta materia, siempre, en todos los casos, que se trate de infracciones administrativas, e independientemente de las responsabilidades civiles, penales, administrativas o disciplinarias, si fuere el caso.

Ha establecido el legislador un primer grupo de infracciones, integrado por lo que el propio texto legal concibe como: leves, graves, muy graves, de las empresas en el área de seguridad y salud en el trabajo, en materia de la normativa de seguridad y salud en el trabajo, en materia de cotizaciones y afiliación.

Las infracciones leves se sancionan con multa de hasta 25 U.T. por cada trabajador, cuando la conducta del empleador pueda subsumirse en uno cualquiera de los supuestos previstos por el legislador, con prescindencia de si con ello se produjo o no algún accidente de trabajo o enfermedad ocupacional. Por el solo hecho de no haber cumplido con la obligación, se hace acreedor a la sanción de multa.

Las infracciones graves se sancionan con multa de hasta 75 U.T. por cada trabajador, en los supuestos establecidos en la norma. También en estos casos, el empleador se hace merecedor a la sanción, independientemente de que el trabajador sufra algún daño, por estar su conducta –la del empleador– subsumida en los supuestos establecidos por el legislador.

En cuanto a las infracciones muy graves, el legislador ha previsto multas entre 76 y 100 U.T. por cada trabajador, en los casos en que la conducta del empleador pueda incluirse en alguno de los supuestos establecidos por el legislador.

Por lo que se refiere a las infracciones de las empresas del área de seguridad y salud en el trabajo, no están referidas a la condición de empleador de éstas, sino por el hecho de prestar servicios en el área específica de la seguridad y salud en el trabajo.

Estas empresas deben cumplir ciertos requisitos para realizar su objeto comercial o mercantil, como serían estar autorizadas por el INPSASEL, no realizar tareas o actividades distintas a las autorizadas por INPSASEL, suministrar a éste o al Ministerio correspondiente, información falsa o errada sobre datos o medios de prueba o impedir u obstaculizar la actuación de inspección y supervisión llevadas a cabo por INPSASEL.

Estas empresas –las del área de seguridad y salud en el trabajo– también están sometidas al cumplimiento de sus obligaciones como empleadoras frente a sus trabajadores, pudiendo estar incursas, de no cumplir, en infracciones leves, graves y muy graves.

Para la aplicación de una multa, la gradación de ésta depende de varios supuestos establecidos por el legislador, pudiendo incrementarse en caso de reincidencia, siempre que la falta ocurra dentro de los 12 meses siguientes a la primera infracción.

Si la falta ocurriere transcurrido el lapso señalado *supra*, el legislador considera que se trata de otra falta y no de una reincidencia, por lo que no habría lugar a incrementar, aumentar la sanción, duplicando su monto.

6.1 DEFINICIONES

6.1.1 Accidentes de trabajo

La LOPCYMAT¹¹ se refiere, en las definiciones, en primer lugar a la relativa a los accidentes de trabajo, entendiendo por éstas aquellas que producen en el trabajador una lesión funcional o corporal –que puede ser permanente o temporal, total o parcial, de presencia inmediata o de aparición posterior– o que puede ser la causa del fallecimiento del trabajador.

Así tenemos que el texto normativo considera como un accidente de trabajo las lesiones internas “por un esfuerzo violento o producto de la exposición a agentes físicos, mecánicos, químicos, biológicos, psicosociales, condiciones metereológicas (sic)” que sufra un trabajador, determinada o sobrevenida en el curso del trabajo o con ocasión de éste; sólo que en estos casos, pareciera que se está refiriendo más a enfermedades ocupacionales que a accidentes de trabajo.

Pero, además de los accidentes que se originan por la prestación del servicio o labor, el legislador incluyó aquellos accidentes que pudieran ocurrir con ocasión del trabajo, los cuales vincula directamente como si se tratara de los accidentes que ocurren por la prestación del servicio. En tal sentido, la LOPCYMAT contempla en su articulado los casos en los cuales también se consideran accidentes de trabajo aquellos que ocurren en momentos en los cuales no se está prestando exclusivamente la labor para la cual fue contratado el laborante.

También incluye como un accidente de trabajo las lesiones que se originen –o posteriormente aparezcan– como consecuencia de labores “de salvamento o en otros de naturaleza análoga cuando tengan relación

¹¹ Artículo 69, ordinales 1, 2, 3 y 4.

con el trabajo”, tal como ocurriría, por caso, si un trabajador interviene en labores de extinción de un incendio en la empresa donde presta servicios, no siendo integrante del cuerpo de bomberos de la misma, y es víctima de un accidente –quemaduras, asfixia.

Contempla el legislador el accidente ocurrido en el trayecto del trabajador a su sitio de trabajo o de regreso –el accidente *in itinere*–, tema que trataremos *infra*.¹²

Por último, se hace alusión en la Ley a otros hechos que cataloga de accidentes de trabajo, referidos también a aquellos sufridos por el trabajador que desempeña un cargo de elección, pero ocurridos “al ir o volver del lugar donde se ejecuten funciones propias de dichos cargos”; se refiere a las funciones sindicales, siempre que dicho accidente se pueda ubicar con la concordancia cronológica y topográfica habitual en el recorrido desde y hacia el sitio donde estaba desempeñando las funciones sindicales acostumbradas, frecuentes, reiteradas. En este supuesto el trabajador no estaba en sus labores habituales como laborante de un patrono, sino en funciones propias de su actividad gremial “con ocasión del desempeño de cargos electivos en organizaciones sindicales”.

En efecto, si se trata de una actividad desarrollada por el trabajador, en función de un cargo dentro del sindicato, el cual ha asumido en virtud de unas elecciones, sin distinguir el legislador si el ejercicio del cargo sindical es a tiempo completo o compartido con sus labores de trabajador de un determinado empleador, y aquel fuera víctima de un suceso que le ocasiona una “lesión funcional o corporal, permanente o temporal, inmediata o posterior, o la muerte”, el legislador ha incluido tal supuesto en los accidentes de trabajo. Valga para estos casos las mismas reservas anotadas *infra*,¹³ con las similares aspiraciones anotadas.

6.1.2 *Enfermedad ocupacional*

El legislador trata este punto en la LOPCYMAT¹⁴ estableciendo una especie de inventario de enfermedades ocupacionales –llamadas en la Ley abrogada: enfermedades profesionales– previendo la incorporación de otras enfermedades que en el futuro pudieran calificarse de ocupacionales.

¹² Ver 7.2 de este trabajo.

¹³ Ver 7.2 de este trabajo.

¹⁴ Artículo 70.

En un primer intento la norma se refiere a “los estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador o la trabajadora se encuentra obligado a trabajar, tales como los imputables a la acción de agentes físicos y mecánicos, condiciones disergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, biológicos, factores psicosociales y emocionales, que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes”.

Del texto copiado en precedencia surge una primera conclusión que el legislador previó, cual es que puede tratarse de una enfermedad ocupacional, no solamente la contraída con ocasión del desempeño de la labor para la cual fue contratado el trabajador, sino la “agravada” por el trabajo.

Surge aquí la consideración obligada de entender entonces que el patróno que vaya a incluir en su nómina a una persona como trabajador, debe –previamente– someterlo a exámenes médicos y psicológicos que permitan descartar cualquier enfermedad ocupacional, de modo tal que no se haga responsable por una enfermedad ocupacional contraída en otra relación de trabajo y que se agrave con ocasión de la nueva relación.

También consideró el legislador la posibilidad que surgieran nuevas enfermedades, no previstas en la relación o lista enumerada en la disposición en comento y en las normas técnicas, encargando a organismos públicos la revisión periódica para ajustar, adaptar y actualizar el inventario de las enfermedades ocupacionales.

6.1.3 Secuelas o deformidades permanentes

La LOPCYMAT¹⁵ también se ocupa de aquellas consecuencias o resultados permanentes en el trabajador, como consecuencia de una enfermedad ocupacional o un accidente de trabajo, cuando más allá de la pérdida de la capacidad para generar ingresos, dicha condición –la lesión– traiga como resultado una alteración de la “integridad emocional y psíquica” del prestador de servicios.

En estos casos, la Ley considera dicha situación como una “discapacidad permanente”, que acarrea la responsabilidad subjetiva del emplea-

¹⁵ Artículo 71.

dor “en el grado que señale el Reglamento de la presente Ley”. Habrá que esperar dicho Reglamento para poder cuantificar la responsabilidad del patrono y precisar quién es el encargado de hacer tal ponderación.

6.1.4 Discapacidades en los casos de accidentes de trabajo o de enfermedades ocupacionales

Ahora bien, los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales, pueden producir discapacidades que van, a los efectos de las prestaciones dinerarias, (prestaciones dinerarias sólo exigibles a partir de la puesta en funcionamiento de la Tesorería de Seguridad Social)¹⁶ desde la simple temporal –imposibilita al trabajador amparado para trabajar por un tiempo determinado que no excederá de 12 meses continuos–,¹⁷ pasando por la parcial permanente –produce en el trabajador una disminución parcial y definitiva menor del 67% de su capacidad física o intelectual para el trabajo–,¹⁸ siguiendo con la total permanente, –produce en el trabajador una disminución parcial y definitiva mayor o igual al 67% de su capacidad física o intelectual para el trabajo habitual–,¹⁹ la absoluta permanente –causa al trabajador una disminución total y definitiva mayor al 67% de su capacidad física o mental–,²⁰ la gran discapacidad –obliga al trabajador amparado a auxiliarse de otras personas para realizar los actos elementales de la vida diaria–,²¹ y, por último, la muerte –genera el derecho a los sobrevivientes del trabajador fallecido a recibir una indemnización.²²

6.2 EL ACCIDENTE IN ITINERE (EN EL TRAYECTO)

Considera el legislador como un accidente de trabajo aquel ocurrido sin estar prestando el trabajador la labor para la cual fue contratado, pero con ocasión de aquélla, al tratarse de un accidente acontecido en el trayecto del trabajador a su sitio de trabajo o en su regreso. En estos casos limita tal consideración a ciertos requisitos, como serían que el hecho causante del accidente ocurriere en el trayecto habitual hacia o desde el sitio donde presta servicios, o si ha habido algún cambio de

¹⁶ Disposiciones Finales Segunda.

¹⁷ Artículo 79.

¹⁸ Artículo 80.

¹⁹ Artículo 81.

²⁰ Artículo 82.

²¹ Artículo 83.

²² Artículo 85.

trayecto, que éste –el cambio– “haya sido necesario” por causas no imputables al trabajador “y exista concordancia cronológica y topográfica en el recorrido”.

Este supuesto no deja de preocupar, ante el volumen de casos que pudieramos figurarnos, pero de fácil materialización, que traerían como consecuencia la responsabilidad del patrono, al considerarse como un accidente de trabajo el ocurrido “en el trayecto habitual hacia o desde el sitio donde presta servicios”.

Imaginemos que un trabajador aborda un transporte diariamente para presentarse a su trabajo –metro, autobús– o toma un ascensor para llegar al piso donde se encuentra instalada la empresa para la cual labora y, sin culpa, intromisión, importunación ni participación del empleador, ocurre un accidente –choque de vehículos, descarrilamiento del vagón del tren o desprendimiento del ascensor– que trae como consecuencia en contra del trabajador de una “lesión funcional o corporal, permanente o temporal, inmediata o posterior”, nos preguntamos ¿tendría el patrono responsabilidad en un accidente ocurrido a su trabajador cuando no le estaba prestando un servicio, y, adicionalmente, calificado como accidente de trabajo?

La afirmación a la pregunta resulta fácilmente comprensible cuando se trata de una empresa que tiene como obligación –legal o convencional– transportar a los trabajadores al centro de labores y su regreso, pero se presenta dubitativa la afirmación cuando no está en manos del patrono el control del vehículo o medio que utiliza el prestador de servicios para llegar a su trabajo o retornar del mismo.

Tuvimos conocimiento de un caso en el cual un trabajador que vive a cuatro cuadras del sitio de trabajo, cuando iba a pie del trabajo a su casa –trayecto habitual y concordancia cronológica y topográfica en el recorrido– fue mordido por un perro que salió de una casa ubicada entre la empresa y la habitación del laborante: fue declarado como accidente de trabajo.

Aspiramos que la jurisprudencia y la doctrina vayan aclarando los diferentes supuestos que se puedan dar, el tratamiento legal en cada caso y la responsabilidad, si así fuera, del empleador, a la luz de la nueva LOPCYMAT. Ya la Sala de Casación Social, por sentencia N° 396, de fecha 13 de mayo de 2004 –bajo la vigencia de la LOPCYMAT abrogada–, expediente 2004-181 (C. A. Cervecería Regional), se ha pronunciado

sobre el tema, sentando que la trabajadora había alterado voluntariamente el camino habitual del trabajo a su residencia, ocurriendo un accidente que “no puede considerarse como un accidente *in itinere*, no puede considerarse como un accidente con ocasión del trabajo, no puede considerarse como un accidente de trabajo”.

6.3 DECLARACIÓN DEL ACCIDENTE Y LA ENFERMEDAD

La ley establece²³ en sus disposiciones lo relativo a la declaración de los accidentes de trabajo, imponiéndole tal obligación a la parte empresarial;²⁴ dicha declaración debe ser exacta con los hechos sucedidos, pues de lo contrario el patrono es merecedor de una sanción pecuniaria, sin perjuicio de la responsabilidad civil, administrativa y penal que le corresponda por los daños y perjuicios que pudiere haber causado a sus trabajadores.²⁵

Es el patrono el obligado primario de notificar a los organismos correspondientes la ocurrencia de un accidente de trabajo y también –aunque no se lee en el encabezamiento de la disposición legal, pero se deduce del primer aparte de la misma– de una enfermedad ocupacional.

De acuerdo con el texto de la disposición legal, podemos entender como organismos a los cuales hay que informar del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, al Comité de Seguridad y Salud Laboral y, de existir, al sindicato.

Señala la Ley como oportunidad para hacer la “declaración formal” del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional dentro de las veinticuatro horas siguientes a que ocurra el accidente o del diagnóstico de la enfermedad.²⁶

Consideramos que las veinticuatro horas deben computarse continuas, pero dentro de los días laborales, esto es, que si el accidente ocurre en una hora determinada, el lapso para informar vence a la misma hora del día hábil siguiente. Recordemos que el informe se presenta a organi-

²³ Título VI, Capítulo II.

²⁴ Artículo 73.

²⁵ Artículo 128.

²⁶ Artículo 73.

mos que pueden no estar funcionando en días no hábiles y por ello debe diferirse hasta el día hábil siguiente.

En cuanto al lapso para informar de la enfermedad ocupacional, el legislador señaló que se computarían las veinticuatro horas a partir “del diagnóstico”, pero debe entenderse, por razones obvias, como comienzo del lapso, el momento en el cual el patrono se entera o es puesto en conocimiento del diagnóstico.

Ahora bien, el propio legislador consideró prudente extender a otras personas –naturales o jurídicas– la posibilidad, no como obligación –que es del empleador– sino como potestad, de poner en conocimiento de los organismos competentes, la ocurrencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional. En este sentido incluyó al propio trabajador, víctima del accidente o de la enfermedad, los familiares de éste, al Comité de Seguridad y Salud Laboral, a otros trabajadores o al sindicato²⁷ y, agregaríamos, cualquier persona que tenga conocimiento del hecho, aunque no sea trabajador de la empresa en la cual labora o laboraba el trabajador a quien le ocurrió el hecho.

También consideró el legislador la posibilidad de que el Instituto, al tener conocimiento del accidente o de la enfermedad iniciara, de oficio, la investigación.²⁸

Por último, se estableció la obligación para los cuerpos policiales u otros organismos que hayan intervenido en un accidente de trabajo²⁹ –CIPC, Tránsito, DISIP, Policía Metropolitana, Policías Regionales y Municipales, Medicatura Forense, Cuerpo de Bomberos, entre otros– de informar al Instituto, de tales hechos.

6.4 CALIFICACIÓN DEL ORIGEN PROFESIONAL

La Ley asigna al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales la función, con exclusividad, de calificar el origen del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional. No es una atribución que puede compartir con el Comité de Seguridad y Salud Laboral o con el sindicato, ni con algún otro organismo.

²⁷ Artículo 74.

²⁸ Artículo 74, *in fine*.

²⁹ Artículo 75.

El informe que contenga la calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional tiene el carácter *–ope lege–* de documento público, en cuyo caso, para su invalidación no podrá ocurrirse mediante un recurso contencioso administrativo, como si se tratara de un simple acto administrativo, sino que deberá procederse en la forma anotada en el ordenamiento jurídico para la invalidación de los documentos públicos.

Para la calificación del origen de un accidente de trabajo, el Instituto se valdrá de los informes suministrados por el patrono, así como los de otros organismos que hubiesen intervenido y de los informes que voluntariamente se hayan presentado. Cuando se trata de una enfermedad ocupacional, diagnosticada al trabajador, éste está en la obligación de acudir al Instituto para que se le hagan “las evaluaciones necesarias”, a los fines de la ratificación o convalidación del diagnóstico presentado, para poder calificar y certificar el origen de la enfermedad ocupacional.³⁰

6.5 REVISIÓN DE LA CALIFICACIÓN

En cuanto a la revisión de la calificación declarada por el Instituto, sobre el origen del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional, la Ley sólo hace referencia a los sujetos titulares de ese derecho a solicitar la revisión.³¹

De esta manera incluye en los mismos al trabajador víctima del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional, al empleador del trabajador afectado, los hijos solteros menores de dieciocho (18) años o de veinticinco (25) años si cursan estudios universitarios o técnicos superiores, debidamente acreditados, o de cualquier edad si tienen discapacidad total permanente que dependan económicamente del causante; así como el hijo nacido con posterioridad, de acuerdo con los lapsos que establece el Código Civil, el viudo o viuda en unión estable de hecho, los ascendientes, los hermanos solteros menores de dieciocho (18) años o de veinticinco (25) años si cursan estudios universitarios o técnicos superiores, debidamente acreditados, o de cualquier edad si tienen discapacidad total permanente y otros familiares o personas dependientes del causante que fallece, previamente registrados ante la Tesorería de Seguridad Social.³²

³⁰ Artículo 76, Único Aparte.

³¹ Artículo 77.

³² Artículo 86.

También faculta la Ley a la Tesorería de Seguridad Social para solicitar la revisión de la calificación.

Ahora bien, la cuestión estriba cuando se examinan conjuntamente los textos de los encabezamientos de los artículos 76 y 77 de la Ley.

Se lee en dichas disposiciones:

Artículo 76. El Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, previa investigación, mediante informe, calificará el origen del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional. Dicho informe tendrá el carácter de documento público (...).

Artículo 77. Podrán ejercer los recursos administrativos y judiciales contra las decisiones del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales: (...).

De acuerdo con la letra de la Ley, en primer lugar se señala, de manera indubitable, que el informe que califica el origen del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional tendrá “el carácter de documento público” y luego establece que se podrán ejercer los “recursos administrativos y judiciales” contra las decisiones del Instituto.

Se lee en la Ley que el artículo 77 trae como título “Interesados para solicitar revisión de la calificación”, con lo cual pareciera se trata de los recursos contra la calificación del origen del accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional, pero luego indica que se podrán ejercer los recursos administrativos y judiciales contra las decisiones del Instituto.

Una primera interpretación presenta la posibilidad de entender que contra el informe que califica el accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional pudiera intentarse un recurso administrativo, pero el artículo 76 de la Ley establece que el informe tendrá el carácter de documento público, y nos preguntamos ¿puede intentarse un recurso administrativo –revisión, reconsideración, jerárquico– o el propio organismo acordar la revocación de oficio o el judicial –nulidad– contra un acto que la ley califica de documento público?

Una segunda interpretación consistiría en sostener que cuando en el artículo 77 la Ley se habla de los recursos administrativos, se refiere a las otras decisiones del Instituto, distintas a la calificación del origen del

accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional, pero entonces ¿por qué se titula este artículo “Interesados para solicitar revisión de la calificación”, si debemos entender que se trata de los pronunciamientos del Instituto diferentes a las calificaciones?

También pudiera entenderse que cuando se refiere a “revisión” es porque se trata de un recurso administrativo donde el organismo puede reexaminar, repasar, considerar nuevamente, revisar sus propios pronunciamientos y modificarlos o anularlos.

Pensamos que el entendimiento de ambas disposiciones debe centrarse en que el informe que se produce para la calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional es, como establece la norma, un documento público, que no puede accionarse en nulidad mediante un recurso administrativo; mientras que contra las otras decisiones emanadas del Instituto, se podrán intentar recursos administrativos o judiciales, según se trate.

CONCLUSIÓN

Con la LOPCYMAT ahora se dispone de una normativa, no sólo para las condiciones y ambiente de trabajo, salud y seguridad, sino también para los programas que garanticen a los trabajadores el entretenimiento, esparcimiento y recreación en sus tiempos libres –descanso diario, semanal y anual–.

Se encuentran en dicho cuerpo legal todo lo concerniente a los deberes y derechos de trabajadores y empleadores, estableciendo las consecuencias y sanciones en caso de incumplimientos.

Regula la LOPCYMAT lo relativo a los accidentes *in itinere* –durante el trayecto–, sus consecuencias y la responsabilidad por el patrono; aunque pensamos, deberá la doctrina de casación, de manera precisa, fijar los alcances, requisitos y limitaciones, por lo casuístico de los hechos en que pueden ocurrir esos accidentes de ida y vuelta al trabajo.

Se establece el carácter de orden público de las disposiciones de esta Ley y del documento que emana del Instituto sobre la calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional.

La aplicación de las normas a todos los trabajadores, tanto del sector público como del privado, salvo, por disposición constitucional, el sector

de la Fuerza Armada, sin importar el interés o fin del empleador, ni la ubicación dentro del territorio nacional; incluye los trabajadores no dependientes, a domicilio, domésticos y de conserjería, “siempre que sea compatible con la naturaleza de sus labores”.

Los trabajadores, como delegados de prevención, participan y son consultados en la regulación y formación de las normas que se aplican sobre prevención, condiciones y medio ambiente de trabajo.

La negociación colectiva a escala mundial

Ana Cecilia GERSON ANZOLA*

SUMARIO:

- 1. Principios fundamentales.**
- 2. Convenios marco mundiales.**

1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Desde la segunda mitad del siglo pasado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) recibió solicitudes para que adoptara medidas que contribuyeran a sacar el mejor provecho de las múltiples relaciones que se pueden establecer entre las empresas multinacionales y la política social, tanto de los países de origen como de los de acogida. La organización estableció, entonces, una agenda para establecer una serie de principios que sirvieran para orientar tanto a los gobiernos, como a las organizaciones de trabajadores y de empleadores, y a las multinacionales en esta materia.

* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogado. Profesora de Derecho del Trabajo y de Sociología Jurídica.

El resultado de esa iniciativa se materializó en la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204^a reunión (Ginebra, noviembre de 1977), en la forma enmendada en su 279^a reunión (Ginebra, noviembre de 2000), que junto a las Directivas para las empresas multinacionales, adoptadas en 1976 y enmendadas en junio de 2000, constituyen las principales referencias para este tema.

Los principios establecidos en la Declaración Tripartita sobre las empresas multinacionales y la política social son de observancia voluntaria y tienen por fin fomentar la contribución positiva de las multinacionales a la situación socioeconómica de los países, y minimizar o resolver las dificultades que puedan surgir de sus operaciones (Declaración Tripartita, numerales 2 y 7).

En la Declaración referida, se señalan ventajas y desventajas que pueden derivar de la operación de las empresas multinacionales, con respecto a la política social de los países. Entre las ventajas se señala el potencial de las multinacionales para contribuir con un uso más eficaz del capital, la tecnología y el trabajo, la elevación del bienestar socioeconómico y del nivel de vida, la satisfacción de necesidades básicas, la creación de empleos directos e indirectos, y la promoción de los derechos humanos fundamentales, con especial referencia a la libertad sindical. Como aspectos problemáticos, se reseña la concentración abusiva del poder económico, los conflictos con los objetivos de la política nacional, los conflictos con los intereses de los trabajadores, y la preocupación que puede surgir tanto en el país de origen como en el de acogida, ante la complejidad de la organización de estas empresas, y la dificultad de percibir con claridad su estructura, funcionamiento y planes (Declaración Tripartita, numeral 1).

La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social no contiene una definición jurídica del concepto “empresa multinacional”, pero sí una descripción de ese término a los solos efectos de la comprensión de sus proposiciones. Expresa con esa intención, que entre las empresas multinacionales se cuentan las empresas de dominio público, mixto o privado, que son propietarias o controlan la producción, la distribución, los servicios u otras facilidades fuera del país en que tienen su sede. Esta noción advierte que las entidades que componen cada empresa multinacional, pueden mostrar grados muy

diversos de autonomía con relación a las demás, atendiendo a la diversidad de factores que también varían de una empresa multinacional a otra, como la forma de propiedad, tamaño, carácter y localización de sus operaciones (Declaración Tripartita, numeral 6).

La Declaración sobre multinacionales y política social, promueve el respeto a normas nacionales e internacionales, y específicamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y a la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento adoptada en 1998, así como la materialización efectiva de los principios contenidos en esos instrumentos, haciendo referencia particular a la libertad de expresión y de asociación (Declaración Tripartita, numeral 8).

La Declaración de la Organización Internacional del Trabajo, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, fomenta por su parte el respeto y realización de cuatro conceptos específicos: la libertad de asociación, la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso, la eliminación del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. En armonía con esa selección de principios y derechos fundamentales en el trabajo, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social promueve de manera especial, los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo que los desarrollan (Declaración Tripartita, numeral 9).¹

La Declaración Tripartita sobre multinacionales y política social desarrolla también una serie de principios mediante propuestas específicas, sobre la promoción, la estabilidad y la igualdad de oportunidades y de

¹ Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122); Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973 (núm. 138); Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 1999 (núm. 182); Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119); Recomendación sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122); Recomendación sobre la edad mínima, 1973 (núm. 146), y Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 190).

trato en el empleo, la seguridad social, los salarios, prestaciones y condiciones de trabajo, la edad mínima de admisión al empleo, seguridad e higiene, libertad sindical y derecho de sindicación, negociación colectiva, establecimiento de organismos paritarios de conciliación voluntaria, arbitraje voluntario, prevención y solución de conflictos de trabajo (Declaración Tripartita, numerales 13 y siguientes).

Entre los principios desarrollados por la Declaración Tripartita, destacan algunos especialmente vinculados con la naturaleza particular de las empresas multinacionales. Así, con respecto a la libertad sindical, se establece la previsión de que los incentivos que ofrezcan los países de acogida, para atraer la inversión extranjera, no deben incluir restricciones a la libertad sindical, al derecho de sindicación y al derecho de negociación colectiva (Declaración Tripartita, numeral 46). En materia de negociación colectiva se establece que las empresas multinacionales no deben usar su poder de trasladar secciones de la empresa de un país a otro, como amenaza para influir ilícitamente en las negociaciones o dificultar el ejercicio del derecho de sindicación ni deben trasladar a los trabajadores desde las filiales en países extranjeros para obstaculizar las negociaciones con los representantes de los trabajadores o el ejercicio por parte de éstos de su derecho a organizarse (Declaración Tripartita, numeral 53).

Se contempla, asimismo, el deber de las empresas multinacionales, siempre que sea conforme con la legislación y la práctica locales, de proporcionar a los representantes de los trabajadores informaciones necesarias para celebrar negociaciones eficaces, sobre la unidad en la que trabajan o sobre la empresa en su conjunto (Declaración Tripartita, numeral 55); el deber de los gobiernos de suministrar a los representantes de los trabajadores información sobre la industria a la cual pertenece la multinacional, para ayudar a establecer criterios objetivos en la negociación colectiva; y a estos efectos, el deber de las empresas multinacionales de contribuir con los gobiernos, cuando éstos les soliciten información pertinente sobre sus operaciones (Declaración Tripartita, numeral 56).

La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social adoptada por el Consejo de Administración en 1977 y enmendada en noviembre de 2000; y las Directivas para las empresas multinacionales, adoptadas en 1976 y enmendadas en junio de 2000, han sido consideradas por la propia Organización Internacional del Trabajo, como referencias importantes para las in-

versiones internacionales, pero con un valor más político y moral que jurídico, al igual que los códigos de prácticas empresariales de los últimos diez años que constituyen declaraciones voluntarias de intención de determinadas empresas.²

2. CONVENIOS MARCO MUNDIALES

Desde finales del siglo pasado, sin embargo, se ha comenzado a desarrollar un nuevo nivel de negociación colectiva, con potencial para contribuir en un nivel más concreto, a realizar los principios establecidos en aquellos instrumentos internacionales, estableciendo un marco de referencia para la negociación colectiva nacional. Se trata de la negociación y suscripción de convenios marco mundiales, por parte de las corporaciones multinacionales y las grandes organizaciones internacionales de trabajadores. El primer convenio de este tipo se firmó en 1988, y el número de acuerdos mundiales ha aumentado con el paso de los años, al punto que casi la mitad de todos ellos se han celebrado en los últimos cinco años. Para el año 2002 se calculaba que unos dos millones de trabajadores estaban cubiertos por convenios colectivos mundiales.³

El objetivo central de estas convenciones es establecer el compromiso concreto de respetar normas de trabajo mínimas alrededor del mundo. Ese compromiso suele traducirse en la obligación de ajustar las condiciones de trabajo, por lo menos, a las normas legales mínimas vigentes en cada país, o para el sector económico de que se trate; respetar principios fundamentales como la igualdad de oportunidades, la libertad sindical, la prohibición del trabajo infantil y forzoso; y establecer condiciones adecuadas de salud y seguridad.

El Preámbulo de los convenios entre la multinacional francesa Grupo Danone y la Unión Internacional de Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines (UITA), señala: "Los convenios establecen normas mínimas para todos los centros del Grupo

² Informe del Director General de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización: Por una globalización justa- El papel de la OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 92^a reunión, 2004, p. 29. (www.ilo.org/public/spanish/standards/realm/ilc92/pdf/adhoc.pdf).

³ Graham, I. y Bibby, A., 2002: *Convenios colectivos mundiales: un marco de derechos. Trabajo (Revista de la OIT)*. Oficina Internacional del Trabajo. Número: 45. (www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/45/rights.htm).

DANONE y son un elemento central de cómo el Grupo DANONE concibe la gestión de los recursos humanos. Estos convenios representan la posibilidad para la UITA de comprometerse a alcanzar unas normas sociales mínimas con una importante empresa transnacional en el sector de la alimentación y las bebidas. Los convenios han sido elaborados para complementar algunas disposiciones ya existentes en las actividades del Grupo DANONE y tendrán efecto sobre las mismas en el caso que éstas sean inferiores a las que se incluyen en los convenios Grupo DANONE/UITA".⁴

Otros convenios marco globales han sido suscritos por Accor con UITA;⁵ Ballast Nedam con la Federación Internacional de Trabajadores de la Construcción y la Madera (FITCM); Volkswagen (VW) suscribió la Declaración de derechos sociales y relaciones laborales con la Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas (FITEM) y el Comité de Empresa Mundial de Volkswagen;⁶ DaimlerChrysler adoptó los Principios de Responsabilidad Social, en el marco de un convenio con su Comité de Empresa Mundial, suscrito también con la FITEM;⁷ IKEA y Faber-Castell firmaron con la Federación Internacional de Trabajadores de la Construcción y la Madera (FITCM); la Unión Network International (UNI) ha suscrito acuerdos con Carrefour y Telefónica,⁸ e informa que en total ha firmado once convenios colectivos globales con diversas multinacionales;⁹ la representación de los trabajadores de la energía y la minería han celebrado convenios con Statoil, Endesa y AngloGold.¹⁰

⁴ Marcos-Sánchez, J., 2000: *Negociación colectiva y código de conducta*. Oficina Internacional del Trabajo. P. 295.

⁵ Unión Network International (UNI) (www.union-network.org/UNIsite/In_Depth/Multinationals/GFAs-es.html).

⁶ Declaración sobre los Derechos Sociales y las Relaciones Laborales en Volkswagen (www.imfmetal.org/main/files/Sozialcharta_spa.pdf).

⁷ Principios de Responsabilidad Social DaimlerChrysler (www.imfmetal.org/main/index.cfm?id=47&lid=2&cid=7525).

⁸ *Acuerdo laboral histórico*. Trabajo. (Revista de la OIT). Oficina Internacional del Trabajo. Número 39. 2001. p. 22. (www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/download/magazine/pdf/mag39.pdf)

⁹ Unión Network International (UNI) (www.union-network.org/UNIsite/In_Depth/Multinationals/GFAs-es.html).

¹⁰ Graham, I. y Bibby, A., 2002: *Convenios colectivos mundiales: un marco de derechos. Trabajo (Revista de la OIT)*. Oficina internacional del Trabajo. Número: 45. (<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/45/rights.htm>).

Como se puede observar estos acuerdos mundiales han alcanzado los sectores de la manufactura, el comercio y los servicios, en las áreas automotriz, de alimentos, hoteles, minería y energía, madera y telecomunicaciones. Los convenios marco globales, en general, suelen abarcar aspectos como salarios mínimos, igualdad de oportunidades, negociación colectiva, libertad sindical, derechos de información y consulta, salud y seguridad, prohibición del trabajo infantil y forzoso. Existe por tanto, un paralelismo importante entre el contenido de los acuerdos marco mundiales, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la política social adoptada por el Consejo de Administración en 1977 y enmendada en noviembre de 2000. De hecho, diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo son citados en los acuerdos mundiales como referencias a seguir.

La Declaración sobre los Derechos Sociales y las Relaciones Laborales en Volkswagen establece el reconocimiento al derecho de asociación y la colaboración abierta de las partes para resolver posibles conflictos de manera constructiva. Rechaza la discriminación, sujetando la contratación y promoción de empleados a la cualificación y capacidad de los candidatos. Contempla la libre elección del trabajo, excluyendo el empleo consciente por parte de la empresa de trabajos forzados u obligatorios de todo tipo.

La Declaración de Volkswagen rechaza el trabajo infantil, ratificando la obligación de respetar la edad mínima de admisión al trabajo establecida en cada país. Asegura la remuneración y prestaciones ajustadas por lo menos, a los mínimos establecidos en el país o sector correspondiente y una jornada laboral que no excederá la fijada por el marco legal en el país o para el sector correspondiente. Expresa la obligación de la empresa de cumplir con los estándares nacionales mínimos de seguridad e higiene laboral y adoptar medidas adecuadas para garantizar condiciones apropiadas de salubridad y seguridad en los puestos de trabajo.

Esta Declaración sobre los Derechos Sociales y las Relaciones Laborales en Volkswagen prevé, respecto a su aplicación, la divulgación de sus principios en los centros de trabajo, su promoción entre los socios comerciales de la empresa y la posibilidad de deliberar sobre su contenido

y aplicación, en la reunión del Comité Mundial del Grupo, y de acordar las medidas que sean necesarias.¹¹

En el Preámbulo de los Principios de Responsabilidad Social de Daimler-Chrysler, se destaca la importancia de la responsabilidad social y la influencia de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo en la orientación de ese documento. En su texto se incluye el reconocimiento de los derechos humanos, el rechazo al trabajo forzoso u obligatorio y el apoyo a la abolición del trabajo infantil, haciendo referencia a la protección del desarrollo, la salud, la seguridad de los niños y el respeto a su dignidad. Se contempla la igualdad de oportunidades en el empleo y el rechazo a la discriminación.

En los Principios de DaimlerChrysler se incorpora el reconocimiento a la regla de igual salario para igual trabajo. Se establecen varias directrices para la relación de la empresa con los trabajadores y sus representantes, que básicamente apuntan a la cooperación constructiva. Se rechaza la explotación en el trabajo. Se asegura la salud y la seguridad en los lugares de trabajo, en condiciones no inferiores a las establecidas en cada país. Respecto a la remuneración, se prevé el respeto a las normas mínimas nacionales y sobre la jornada laboral, el cumplimiento del límite máximo legal en el respectivo país. También se contemplan normas sobre la implementación de estos principios.¹²

El convenio colectivo global ha servido asimismo para uniformar ciertas condiciones mínimas en áreas de difícil definición, como sucede con las nuevas formas de trabajo. En el sector de las telecomunicaciones, se destaca un acuerdo marco sobre teletrabajo celebrado por tres órganos europeos de representación de empleadores y por la Confederación Europea de Sindicatos, cuyo ámbito de aplicación abarca la Unión Europea. Está dirigido al trabajo en el que se utilizan las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y que se realiza regularmente fuera de las instalaciones del empleador. Comprende disposiciones como el derecho del trabajador a regresar al trabajo convencional, salvo que hubiese ingresado inicialmente a un puesto definido específicamente como teletrabajo,

¹¹ Declaración sobre los Derechos Sociales y las Relaciones Laborales en Volkswagen. (http://www.imfmetal.org/main/files/Sozialcharta_spd.pdf)

¹² Principios de Responsabilidad Social de DaimlerChrysler. (www.imfmetal.org/main/index.cfm?id=47&lid=2&cid=7525).

su derecho a disfrutar de los mismos derechos y condiciones de trabajo que los trabajadores de puestos convencionales, el derecho a la intimidad, la obligación del empleador de suministrarle los equipos y la responsabilidad de éste en materia de higiene y seguridad.¹³

El beneficio de estos acuerdos para las transnacionales tiene que ver con la ética corporativa y la buena imagen pública que a estas empresas les interesa mantener, y también con la competencia. En la medida en que otras corporaciones internacionales suscriban convenios similares, se propende a la unificación de reglas en materia laboral, de higiene y seguridad, y se reduce el riesgo de enfrentarse a una competencia basada en costos laborales reducidos, obtenidos mediante el establecimiento de condiciones inferiores para los trabajadores.

El beneficio para los trabajadores está en que con estos convenios se les abre la posibilidad de hacer seguimiento a su ejecución por la empresa. Por otra parte, permite a la representación de los trabajadores acceder a canales de comunicación para el control, prevención y solución de conflictos, que van desde el establecimiento de reuniones periódicas, hasta el derecho a plantear los presuntos casos de violación de los acuerdos suscritos, ante la dirección de la sede principal de la corporación, lo que supone el acceso a su órgano central de toma de decisiones. En algunos casos, se establecen canales de comunicación particularmente rápidos para situaciones urgentes.¹⁴

Los convenios colectivos mundiales implican otra ventaja para los trabajadores que no ofrecen los códigos de conducta adoptados unilateralmente.¹⁵ Cuando los códigos de conducta constituyen una declaración unilateral de la empresa, reflejan principalmente las necesidades o preocupaciones de ésta. En cambio los convenios marco mundiales son el resultado de la interacción de los sujetos que intervienen en su elaboración y naturalmente son el reflejo los intereses de las partes.

¹³ *Convenio sobre teletrabajo*. Trabajo (*Revista de la OIT*). Oficina Internacional del Trabajo. Número 44. 2002. pp. 32-33. (www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/download/magazine/pdf/mag44.pdf).

¹⁴ Graham, I. y Bibby, A., 2002: *Convenios colectivos mundiales: un marco de derechos*. Trabajo (*Revista de la OIT*). Oficina Internacional del Trabajo. Número: 45. (<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/45/rights.htm>).

¹⁵ Marcos-Sánchez, J., 2000: *Negociación colectiva y código de conducta*. Oficina Internacional del Trabajo. pp. 169 y ss.

El informe del Director General de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, correspondiente a la Conferencia Internacional del Trabajo, 92^a reunión-2004, se pronunció sobre la importancia de los convenios colectivos mundiales, en los términos siguientes: “Los sistemas de producción global brindan nuevas oportunidades para la organización y representación, así como para el diálogo social. Está aumentando constantemente el número de acuerdos marco entre las federaciones sindicales internacionales y las empresas multinacionales. El ámbito y la especificidad de estos acuerdos voluntarios varían enormemente, aunque en su mayor parte abarcan las normas fundamentales del trabajo. En general, proporcionan directrices para la cooperación entre los trabajadores y la dirección y, dado su alcance global, representan una importante innovación en las relaciones laborales. Pueden desempeñar un papel constructivo a la hora de promover las normas del trabajo en todo el mundo y fomentar la responsabilidad social de las empresas. La OIT debería seguir de cerca esta evolución y prestar a las partes interesadas asesoramiento y asistencia cuando lo requieran”.¹⁶

¹⁶ Informe del Director General de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la omisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización: Por una globalización justa - El papel de la OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 92^a reunión, 2004, p. 32. (www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/adhoc.pdf).

Consideraciones jurídicas sobre el psicoterro, acoso moral, estrés laboral (*mobbing*)

Mervy Enrique GONZÁLEZ FUENMAYOR*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Antecedentes.**
- 2. Definición.**
- 3. Tipos: 3.1 Diferencias con otras problemáticas laborales.**
- 4. El psicoterro, acoso moral, estrés laboral (*Mobbing*): Caso venezolano: 4.1 Aspecto Constitucional. 4.2 Aspecto normativo laboral.**

* **La Universidad del Zulia**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogado. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho del Trabajo. Autor de diversos estudios en libros y revistas especializadas.

Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación No Financiado “Psicoterro, Acoso Moral, Estrés Laboral (*The Mobbing*). Un Estudio Prospectivo” (2005-2006). Aprobado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CONDES) de La Universidad del Zulia. Con la colaboración de la Licenciada Serafina del Carmen González de González, y los bachilleres Alejandro René Morales Loaiza y Williams Rafael González González.

INTRODUCCIÓN

El Trabajo de Investigación que resumido en este artículo examina el Psicoterror, Acoso Moral y Estrés Laboral (*Mobbing*), trata de cumplir como objetivos el estudio y análisis de aquellas situaciones, definiendo con precisión cada una de ellas y diferenciándolas de otras problemáticas laborales que aunque caracterizadas por un grueso número de coincidencias, difieren tanto en su planteamiento como en su materialización y consecuencias. El estudio transita por los antecedentes y clases de estos hechos y conductas, los clasifica al tiempo que, escudriñando la realidad jurídica venezolana, encuentra suficientes herramientas para corregir y sancionar este tipo de conductas lesivas a los derechos del trabajador. Por ello la importancia de la investigación efectuada y las soluciones que se aportan para neutralizarla, modificarla o extinguirla.

1. ANTECEDENTES

La mayoría de quienes se han ocupado de investigar con cierta complejidad el *Mobbing* parten de un mínimo común denominador, y es el de considerar por lo menos en el campo del Derecho del Trabajo al *Mobbing* como un problema de naturaleza laboral que enrarece las relaciones jurídicas laborales, por lo cual ha de buscarse una solución en la inmediatez del tiempo. En países como Alemania, España y Francia ya se cuenta con algunas regulaciones e instituciones jurídicas que abordan el problema y ofrecen soluciones tanto en materia preventiva como en materia sancionatoria. En Latinoamérica, específicamente en Colombia, se dictó la Ley 1010, aprobada el 23 de enero de 2006 por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. En Venezuela, como se verá en párrafos posteriores, no se cuenta con una legislación u ordenamiento sistemático, coherente y claro respecto del tratamiento jurídico del Psicoterror, Acoso Moral o Institucional, Estrés Laboral o simplemente *Mobbing*. No obstante pueden extraerse algunas disposiciones jurídicas del texto constitucional de 1999 de la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, del Código Penal y de la Ley Sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, ley última que aunque no subsume la integralidad del *Mobbing* sí subsume aspectos tales como el acoso sexual, violencia física, violencia psicológica, entre otros.

El término inglés “*Mobbing*” no había sido utilizado previamente en este contexto. Está tomado de la etología; el último

Konrad Lorenz lo utilizó por primera vez para referirse al ataque de un grupo de animales pequeños gregarios acosando a un animal solitario mayor (Lorenz, 1991). Más tarde, un médico sueco interesado en el comportamiento social infantil fuera del aula, tomó prestado de Lorenz el término para identificar un comportamiento altamente destructivo de pequeñas pandillas de niños, dirigido (en la mayoría de los casos) contra un único niño (Heinemann, 1972). La actual investigación de este tipo de comportamiento infantil ha ido desarrollándose en los últimos 20 años, siendo uno de los investigadores más prominentes el noruego Dan Olweus (e.g. 1993).¹

Siguiendo esta tradición, Heinz Leymann adoptó el término *Mobbing* al principio de los 80, cuando en sus estudios descubrió un tipo similar de conducta en el mundo laboral.

El autor no utilizó el término inglés “bullying”, usado por los investigadores ingleses y australianos (en los EE.UU. también se usa el término “*Mobbing*”), como él mismo describe en su obra, ya que la mayoría de las veces esta destructiva [in]comunicación no tiene claramente las características de violencia física del “bullying”; sino que muy frecuentemente se realiza de un modo muy sofisticado, cuidadoso (de no dejar pruebas tangibles); lo que no disminuye, al contrario, multiplica su efecto estigmatizador. De hecho, el “bullying” escolar está fuertemente caracterizado por actos físicamente agresivos.

Por el contrario, la violencia física raramente aparece en el síndrome laboral adulto, más bien el *Mobbing* adulto se caracteriza por conductas mucho más sofisticadas, cínicas, como por ejemplo el aislamiento social de la víctima. El autor propone mantener el término “bullying” para las agresiones sociales entre niños y adolescentes en la escuela, y reservar el término “*Mobbing*” para la conducta adulta. Otras expresiones que se pueden encontrar en la literatura son “*Harassment*” (Hostigamiento), o “Psicoterror”.

¹ Leymann, Heinz. *Contenido y Desarrollo del Acoso Grupal/Moral (Mobbing) en el Trabajo*. Universidad de Umea, Suecia, en *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, 5 (2), pp. 165-184, Profesor de la Universidad de Jaume I de Castellón. <http://www.acosomoral.org/leymann2.htm>.

En el mismo orden de ideas, Leyman destaca que una publicación de 1976, relacionada con el *Mobbing* en el mundo laboral, hacía referencia al “trabajador hostigado” (Brodsky, 1976). En este libro, por primera vez, se estudiaron casos de *Mobbing*. Sin embargo, Brodsky no estaba directamente interesado en analizar estos casos, ya que fueron presentados conjuntamente con accidentes laborales, estrés psicológico y agotamiento físico, producidos por horarios excesivos, tareas monótonas, etc. Este libro se centró en la dureza de la vida del trabajador de base y su situación, problemas que hoy se abordan desde la investigación sobre estrés.

Debido a su compromiso socio-médico y a una insuficiente distinción entre situaciones laborales estresantes, el libro, escrito bajo la influencia del clima socio-político de finales de los 60 y principios de los 70, apenas tuvo ninguna influencia. La investigación sueca de principios de los 80 se produjo sin conocimiento de la obra de Brodsky. La razón fue, por el contrario, la promulgación en 1976 de una nueva ley de condiciones de trabajo en Suecia, y un fondo nacional de investigación que permitió grandes posibilidades de abordar nuevas áreas de investigación relativas a la Psicología del Trabajo.

Como se verá en los antecedentes citados por Leyman, este fenómeno laboral ha estado presente en el mundo desde que el trabajo es trabajo, pero no es sino hasta finales de los 70 y principios de los 80, cuando se realizan estudios serios para definir, delimitar y diferenciar lo que es *Mobbing*.

Es impresionante que aunque hayan pasado más de 20 años desde que comenzaron estos estudios no se tenga perfectamente definido en la práctica lo que es el *Mobbing*; y aún más preocupante resulta que un problema tan importante no esté identificado y tipificado claramente en las legislaciones de la mayoría de los países del mundo, pero muy especialmente en los países latinoamericanos.

Siguiendo el orden lógico que esta investigación se ha trazado, la pertinencia obliga a abordar desde el punto de vista del rigor científico las definiciones que algunos especialistas han ofrecido acerca de esta realidad.

2. DEFINICIÓN

Definir el *Mobbing* no ha sido fácil, puesto que la mayoría de quienes lo han estudiado hasta el presente han llegado a un conjunto de conclusio-

nes que circunscriben esta situación de acoso únicamente al plano psicológico, puesto que si consideraran que sólo se tratase de acciones físicas que potencialmente puedan ser ejercidas por parte del patrono en contra del trabajador, se estaría hablando de otra cosa, tal como lo sería una conducta subsumible en la tipología criminal; en otras palabras, no se relacionaría con el *Mobbing* la conducta de este patrono o empleador sino más bien como una conducta criminal sancionable por esta esfera del Derecho. *Sin embargo, la presente investigación aunque comparta algunas cosas sobre el criterio que se sostiene anteriormente, no puede olvidarse que en el Derecho Sustantivo Laboral están reguladas conductas que, sin caer en el campo Penal, están formadas o integradas por actos que tienen una materialización en hechos sin que éstos, asumidos por el patrono o empleador, se consideren criminales o mejor dicho no requieran de las sanciones previstas en esa parcela del Derecho para aquella tipología (Penal). En el caso venezolano el artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo plantea las causas justificadas del despido; en el artículo que le sucede, o sea, el 103, se señalan las causas justificadas de retiro y entre ellas podemos observar las llamadas: "vías de hecho" que no son otra cosa que conductas objetivas materializadas por el patrono que dan lugar a que el trabajador pueda retirarse de manera justificada. Verbigracia, la situación en la cual el patrono amenace con un instrumento contundente sin causarle el daño físico no sería una conducta criminal, pero sí una vía de hecho.*

Debe aseverarse que esta situación relacionada con el Acoso Moral, Psicoterror o el Estrés Laboral necesita ser estudiada con mayor densidad y precisión, permitiendo que sean equipos multidisciplinarios quienes auxilien a la Ciencia del Derecho para poder incorporar esos conocimientos y afinar, delimitar y definir el *Mobbing* como causa justificada de retiro en materia laboral.

Pero a medida que el trabajo se desarrolla se podrá observar lo que la doctrina y algunos estudiosos nos han aportado, debiendo aclarar que para el autor de esta investigación, que además de sus clases magistrales que dicta en el Programa de Postgrado en Derecho Laboral y Administración del Trabajo Nivel Maestría, de la División de Estudios para Graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de La Universidad del Zulia (Maracaibo-Venezuela), lo mismo que en el Programa de Posgrado en Derecho Procesal Civil de la misma División y Universidad, en los cuales administra las cátedras de Derecho Procesal

del Trabajo en su tercer semestre; de Derecho Laboral y Administración del Trabajo, en la cual dicta las Cátedras Teoría General de Derecho del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo, Derecho Individual del Trabajo, Perspectiva y Realidad Social del Estado de Derecho en Venezuela y de las Cátedras de Seminario de Jurisprudencia; este tema del *Mobbing* se ha explicado hasta la saciedad, incorporando la novedosa información que va apareciendo, analizándola y recreándola, por lo cual, lo que se explica en párrafos posteriores representa parte de lo que se ha venido tratando en el Posgrado acerca del *Mobbing*, por lo que quizás algunos trabajos de investigación realizados por algunos maestran tes pudieran resultar familiares o coincidentes con lo que aquí va a exponerse de seguidas, debido a que los alumnos del posgrado les es permitida la utilización de la información manejada y procesada por el autor para que puedan emplearla en sus proyectos de investigación. Por ello, se deja claramente establecido que, para impedir que la maledicencia y la murmuración puedan empañar la creatividad, sistematización y coherencia de esta investigación; que sin duda debe constituir punto de partida para otros estudios en cuanto al Estrés Laboral, Acoso Moral, Psicoterror o simplemente *Mobbing*.

Aclarado ya el punto, el profesor Heinz Leymann fue el precursor de estudio del *Mobbing* y lo define como:

El fenómeno mediante el cual una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente –al menos una vez por semana– y durante un tiempo prolongado –más de seis meses– sobre otra persona en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo.²

Desglosando un poco esta definición pueden inferirse las características del *Mobbing*:

Es considerado un fenómeno, ya que es una situación excepcional, que ocurre raramente, es decir, no en todas las empresas se presenta este problema, ni todos los trabajadores han sufrido este tipo de situaciones.

² Leymann, Heinz. *Contenido y Desarrollo del Acoso Grupal/Moral (Mobbing) en el Trabajo. Op. Cit.*

Una persona o grupo de personas ejerce violencia psicológica extrema: Para que se presente el *Mobbing* la persona o grupo de personas deben, obligatoriamente, ejercer *violencia psicológica* sobre la víctima, ya que de no ser así, de ejercer cualquier otro tipo de violencia, como por ejemplo la física o sexual, estaríamos en presencia de otro tipo de acoso diferente al *Mobbing*.

De forma sistemática y recurrente: de las investigaciones realizadas encontramos que esta es una de las principales características del *Mobbing*, ya que para ser considerado Acoso Moral o Psicoterror, la víctima debe ser acosada por lo menos una vez a la semana por un período no menor a seis meses, el *Mobbing* se basa en la frecuencia y duración con la que se ataca a la víctima.

Con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores: En el Acoso Moral o *Mobbing*, el victimario trata de lograr a toda costa aislar a su víctima, y para lograr esto utiliza todos los elementos puestos a su alcance como destruir su reputación, menospreciar su trabajo y otros que fueron estudiados por Leyman y que estudiaremos más adelante.

Lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo: el fin principal de la persona que ejerce el *Mobbing*, es lograr que la víctima abandone su puesto de trabajo, para esto realiza toda una serie de actos y crea una serie de situaciones para debilitar a su víctima y lograr que ésta renuncie o abandone su puesto de trabajo; posteriormente veremos cuáles son las situaciones más comunes creadas por los victimarios para lograr este fin.

Posteriormente encontramos otras definiciones de *Mobbing*, Miguel Barón Duque establece que:

El acoso moral o psicológico en el trabajo encaja perfectamente entre los términos en los que podemos definir el conflicto si indicamos que entendido con precisión “dos personas o una persona y un grupo están en conflicto cuando al menos una de las partes experimenta frustración ante la obstrucción o irritación causada por la otra parte” (Van de Vliert, 1984, 1993).³

³ Barón Duque, Miguel. *Afrontamiento individual del acoso moral en el trabajo a través de los recursos de negociación. Aspectos socio-económico-laborales*. Ensayo publicado en *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*. Universidad del País Vasco, ISSN 1575-7048, Nº 7, 2002, pp. 135-154.

Esta definición implica que el conflicto es una experiencia subjetiva independientemente de que tenga una base objetiva o no y que al mismo tiempo es un evento intrapersonal y social, ya que se encuentran mezcladas en él, tanto las percepciones y vivencias de los afectados, como las interacciones sociales que las producen, tal es el caso del *Mobbing*.

Con referencia a lo anterior, observamos cómo Miguel Barón Duque considera al *Mobbing* como un conflicto que se presenta entre dos personas o entre una persona y un grupo de personas, y que afecta las interacciones sociales entre estos individuos. El *Mobbing* es un conflicto en sí mismo, ya que uno de los involucrados se va a ver afectado negativamente por las actuaciones de la otra parte, y siempre va a haber un problema dentro de las relaciones laborales de la empresa.

Kepa González García en su informe “*Acción Sindical y Preventiva contra los riesgos psicosociales. El Mobbing*”, nos indica la definición de la Unión Europea:

Comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/a es objeto de acoso y ataques sistemáticos durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas con el objetivo y/o efecto de hacerle el vacío.⁴

El mismo autor indica las características del *Mobbing*:

- a) *Se encuadra dentro de los riesgos psicosociales*: es una forma característica de estrés laboral. Diferenciar: no nos referimos a violación de derechos laborales (distinta naturaleza y finalidad, ni continuada ni perdurable), aunque puede haber concurrencia.
- b) *Tiene un origen determinado*: Las actuaciones de los superiores tienen una serie de repercusiones porque pueden aumentar la escala del conflicto: bien si, 1) existe negación del problema, o bien si 2) tienen una participación activa negativa en el mismo.

⁴ González García, Kepa. *Acción sindical y preventiva contra los riesgos psicosociales: El mobbing*. Ensayo publicado en *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*. Universidad del País Vasco, ISSN 1575-7048, N° 7, 2002, pp. 183-194.

c) *También influyen las características personales*: todos podemos estar afectados aunque influye el afrontamiento: activo o evitativo, inhibitorio, etc., de cada uno de nosotros/as, en las relaciones interpersonales, pero ligado a la *organización del trabajo y la gestión de los conflictos por parte de los superiores*. Muestra fallos en la organización del trabajo y, al mismo tiempo, demuestra fallos en la implantación de la prevención (integración de la prevención).

d) *Es un conflicto asimétrico*: puede ser el empleador (*bossing*) o trabajadores con más nivel, estatus o poder que el agredido, aunque no siempre.

Por último, consideramos importante incluir la definición de *Mobbing* realizada por Marie-France Hirigoyen en su primer libro y citada por María Reyes Núñez en su ensayo “Los servicios de prevención ante el acoso moral en el trabajo: Diagnóstico y prevención. Aspectos médico-psicológicos”, gracias al éxito mediático, difunde el concepto de Acoso Moral y lo define como:

Toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta por su repetición o su sistematización a la dignidad o a la integridad psíquica o física de un trabajador, poniendo en peligro su empleo o degradando el clima de trabajo.⁵

Esta definición resulta un poco más clínica, esto es debido a que el *Mobbing* no es sólo un problema legal o social, también tiene connotaciones médicas y psicológicas, y sus consecuencias son estudiadas tanto por juristas como por médicos y psiquiatras en todo el mundo. Pero básicamente esta definición tiene las mismas características de las otras que se han estudiado, es una conducta abusiva por parte de una persona o grupo de personas hacia otra de forma sistemática y repetida, con la finalidad de lograr que la víctima abandone su puesto de trabajo en la organización.

⁵ Hirigoyen, Marie-France, citada por Reyes Núñez, María, en *Los servicios de prevención ante el acoso moral en el trabajo: Diagnóstico y prevención. Aspectos médico-psicológicos*. Ensayo publicado en *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*. Universidad del País Vasco, ISSN 1575-7048, Nº 7, 2002, pp. 219-230.

En el orden preestablecido, la pertinencia obliga a que se citen las opiniones de algunos estudiosos y especialistas del tema, extraídas de conferencias, seminarios, talleres y artículos.

José Luis González de Rivera y Revuelta, en su artículo “El síndrome del acoso institucional” manifiesta que:

el concepto de acoso grupal o *Mobbing*, fue introducido en las ciencias sociales por el etólogo Konrad Lorenz como extrapolación de observaciones en diversas especies animales en libertad. En su significado original más simple se llama *Mobbing*, al ataque de un coalición de miembros débiles de una misma especie, contra un individuo más fuerte.⁶

Luis José Rivas Sánchez indica:

El *Mobbing*, o acoso psicológico en el trabajo, se presenta como una nueva epidemia social de nuestro siglo. Tan devastador como sigiloso, puede provocar el aniquilamiento físico y psíquico, y hasta el suicidio de la persona trabajadora. Y en muchos casos sin percibirlo, pues el 81% de las víctimas desconoce que padece ese trastorno, atribuyendo su situación y sufrimientos a otras causas. Para evitarlo nada mejor que la información y la previsión.⁷

Lydia Guevara Ramírez, Secretaria de la Sociedad Cubana de Derecho Laboral y Seguridad Social, Unión Nacional de Juristas de Cuba, expresa que:

La última década del siglo XX y los inicios del siglo XXI se caracterizan por la notable influencia de la violencia psicológica y los estragos causados en la salud emocional y el disfrute de un ambiente sano y saludable en la sociedad, la comunidad y en los lugares de estudio y trabajo.⁸

⁶ González de Rivera y Revuelta, José Luis. *El síndrome del acoso institucional*. Ensayo digital para la Asociación Andaluza Contra el Acoso Moral en el Trabajo. http://es.geocities.com/docu_asacamt/sindr_acoso_jlgr/

⁷ Rivas Sánchez, Luis José. *Mobbing: Terrorismo psicológico en el trabajo*. Entrelíneas Editores. Madrid, julio de 2003. 1^a Edición rústica p. 128.

⁸ Guevara Ramírez, Lydia. *Reflexiones al vuelo sobre la plaga del siglo XXI en las relaciones laborales*. Ensayo digital para el portal “El Refugio de Esjo. Violencia psicológica en el trabajo y en la vida cotidiana” <http://www.el-refugioesjo.net/mobbing/reflexiones.htm>

María José Blanco Barea, integrante de la Comunidad Virtual de Trabajo para el Estudio Multidisciplinar de la Violencia Psicológica expresa

(...) Es imprescindible un estudio multidisciplinar y coparticipado sobre la violencia, en el que se implique el Estado y la sociedad.- Porque cuanto más sepamos cómo funciona la voluntad violenta de destruir, mejor sabremos defender nuestra voluntad creativa de vivir (...).⁹

Iñaki Piñuel y Zabala, en su artículo “El management tóxico, 20 propuestas para erradicar directivos psicosocialmente tóxicos”, describe modalidades de un tipo de management tóxico a nivel psicosocial, y se revisan las defensas y las racionalizaciones que las organizaciones generan frente a estos problemas que evitan que se les dé respuesta mediante acciones preventivas.

También expresa Iñaki Piñuel que “El acoso psicológico va en aumento en un ambiente de precariedad laboral” y relaciona el Salmo 109 de David con el *Mobbing*:

(...) pues los malvados y los mentirosos hablan contra mí, me dirigen palabras engañosas, me acosan con odio, me atacan sin razón. En pago de mi amor me acusan, pero yo ruego por ellos, me devuelven mal por bien y odio por amor. Me voy desvaneciendo como sombra que declina (...).¹⁰

Y en su segundo libro sobre *Mobbing*, el mismo autor refiere:

(...) dada la desesperación e indefensión con que las víctimas del *Mobbing* viven la persecución en el medio laboral, el primer paso que propone el autor para superarla es saber en qué consiste para ser capaces de reconocerla y hacerle frente (...).¹¹

⁹ Blanco Barea, María José. *¿Una legislación anti acoso psicológico?* Ensayo publicado en *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*. Universidad del País Vasco, ISSN 1575-7048, Nº 7, 2002, pp. 97-120.

¹⁰ Aunque para el lector avezado no sean coincidentes los términos y expresiones de la cita bíblica con lo que realmente se lee en dicho salmo, se ha querido plasmar de manera prística y en salvaguarda de los postulados y principios en los que descansa nuestra Santa Madre Iglesia Católica, el resumen que al efecto del *Mobbing* trae a colación Iñaki Piñuel.

¹¹ Piñuel y Zabala, Iñaki. *Mobbing. Manual de autoayuda. Claves para reconocer y superar el acoso psicológico en el trabajo*. Aguilar de S.A. Ediciones. SPI.

3. TIPOS

Nadie está a salvo del *Mobbing*, que puede afectar indistintamente a cualesquiera de los niveles jerárquicos de la empresa, tanto hombres como mujeres. La mayor parte de los autores coincide en la existencia de tres tipos de acoso:

3.1 ASCENDENTE

En el que una persona que ostenta un rango jerárquico superior en la organización se ve agredida por uno o varios subordinados.

Generalmente se produce cuando se incorpora a la empresa una persona del exterior con un rango jerárquico superior y sus métodos no son aceptados por los trabajadores que se encuentran bajo su dirección, o porque ese puesto es ansiado por alguno de ellos.

Otra modalidad sería aquella en que un trabajador es ascendido a un puesto de responsabilidad en virtud del cual se le otorga la capacidad de organizar y dirigir a sus antiguos compañeros. La situación se complica si no se ha consultado previamente el ascenso al resto de trabajadores y éstos no se muestran de acuerdo con la elección, o si el nuevo responsable no marca unos objetivos claros dentro del departamento, generando intromisiones en las funciones de alguno o algunos de sus componentes.

En menor proporción puede desencadenarse el *Mobbing* hacia aquellos jefes que se muestran arrogantes en el trato y muestran comportamientos autoritarios.

3.2 HORIZONTAL

El comportamiento de los grupos no es el resultado de los comportamientos individuales de los individuos que lo componen sino que el grupo se aparece con una nueva identidad que tiene su propio comportamiento.

En este supuesto, un trabajador se ve acosado por un compañero con el mismo nivel jerárquico, aunque es posible que si bien no oficialmente, tenga una posición *de facto* superior. El ataque puede producirse por problemas puramente personales, o bien porque alguno de los miembros del grupo sencillamente no acepta las pautas de funcionamiento tácita o expresamente aceptadas por el resto. Otra circunstancia que da lugar a

este comportamiento es la existencia de personas físicas o síquicamente débiles o distintas, y estas diferencias son *explotadas* por los demás, simplemente para pasar el rato o mitigar el aburrimiento.

3.3 DESCENDENTE

Esta modalidad es conocida como *Bossing* (proveniente del inglés “boss” [jefe]), siendo la situación más habitual. En este caso el acoso no se desarrolla entre iguales, sino que la víctima tiene una situación de inferioridad, ya sea jerárquica o de hecho, respecto del agresor. Se trata de un comportamiento en el que la persona que ostenta el poder a través de desprecios, falsas acusaciones e incluso insultos, pretende minar el ámbito psicológico del trabajador para destacar frente a sus subordinados, para mantener su posición jerárquica o simplemente se trata de una estrategia empresarial cuyo objetivo es deshacerse forzando el abandono *voluntario* de una persona determinada sin proceder a su despido legal, ya que éste, sin motivo, acarrearía un coste económico para la empresa.

Contrariamente a lo que resulta posible pensar –ya que la cultura indica a pensar que las personas que están en los puestos superiores son los que pueden ejercer presiones y acoso sobre los de menor rango– el *Mobbing* puede ser ejercido hasta por el miembro que ocupa el escalafón más bajo dentro de la organización.

En este mismo orden de ideas, es factible determinar que el *Mobbing* no sólo es ejercido por las personas que ostentan cargos jerárquicamente superiores, sino que puede ser ejercido por los compañeros de trabajo y más importante aún puede ser ejercido *contra* la persona que ostenta un rango jerárquico superior.

Por esto se debe considerar tan peligroso este fenómeno, porque afecta a todos por igual; nadie está exento de ser víctima del *Mobbing*, y aunque se pudiera pensar que una posición de jerarquía dentro de la organización protegería de este problema, la doctrina estipula que tanto trabajadores como jefes pueden ser objeto de esta situación y que no es necesario que haya una relación de subordinación para que se presente este conflicto.

En cuanto a las fases del *Mobbing*, el perfil de la víctima y del agresor, como no forman parte de la investigación realizada, es prudente remitir al lector a las fuentes bibliográficas citadas.

Este estudio no hallaría la rigurosidad a que la Ciencia obliga, si no se dejaren establecidas las diferencias del *Mobbing*, con otras conductas en las que puede suceder el empleador, y que a veces suele confundirse o malinterpretarse con aquél. Se ha creído adecuado señalarlas mediante el auxilio de un cuadro explicativo.

DIFERENCIAS CON OTRAS PROBLEMÁTICAS LABORALES¹²

PROBLEMATICA ESTRES LABORAL	<p>1. Aumento de las demandas o presión en el trabajo, con poco control o recursos para satisfacer esas demandas, que se modulan con el apoyo social tanto de los compañeros en forma de solidaridad, como de los superiores con recompensas, gratificaciones, promoción...</p> <p>2. Es una mala política de aumentar la productividad y</p> <p>3. En el caso del estrés, el descanso suele ser reparador</p>	<p>1. Un ambiente estresante es un caldo de cultivo para que florezcan conductas de acoso; pero falta la intencionalidad de destruir a alguien y lo que se pretende sucede es un aumento de la productividad propiciado por la empresa.</p> <p>2. No es una política de la empresa.</p> <p>3. En el acoso moral la humillación, la vergüenza, la injusticia no permiten olvidar los hechos y el descanso no es la solución, por lo menos no la principal.</p>
<i>Maltrato empresarial</i>	<p>1. Son comportamientos tiránicos de ciertos dirigentes contra <u>todos</u> los trabajadores.</p>	<p>1. Se ejerce solo contra un trabajador en forma aislada.</p>
<i>Burnout</i>	<p>1. Es un síndrome de agotamiento emocional que puede ocurrir entre individuos que trabajan con personas, que incluso llegan a ver a estas personas como sus enemigos.</p> <p>2. Los sujetos afectados se caracterizan por una perdida de interés por su trabajo.</p> <p>3. Falta de apoyo e incluso de recursos técnicos para realizar su trabajo.</p>	<p>1. Los agresores forman parte de la empresa.</p> <p>2. Los sujetos afectados sufren Trastornos médicos y psicológicos como consecuencia de los acosos.</p> <p>3. No hay falta de apoyo y recursos técnicos sino un ataque psicológico hacia su persona.</p>

¹² Tomado de Leymann, Heinz, *Contenido y Desarrollo del Acoso Grupal/Moral (Mobbing) en el Trabajo*. Op. Cit, pp. 165-184.

<i>Acoso sexual</i>	<p>1. Es toda conducta verbal o física de naturaleza sexual desarrollada en el ámbito de la organización de una empresa, por parte de un sujeto que sabe o debe saber que es ofensiva o no deseada por la víctima.</p> <p>2. La Dra. Marie-France Hirigoyen hace una distinción entre el acoso moral y el acoso sexual, aunque pone de manifiesto que el paso de uno a otro es frecuente. En ambos casos se busca humillar al otro y de considerarlo un objeto a su disposición.</p>	<p>1. En este caso el acoso ocurre para provocar el vacío del trabajador, es decir, provocar la humillación y posterior alejamiento del lugar de trabajo.</p> <p>2. En ambos casos se busca humillar a la víctima.</p>
---------------------	--	--

4. EL PSICOTERROR, ACOSO MORAL, ESTRÉS LABORAL (MOBBING): CASO VENEZOLANO

En esta investigación se ha definido el *Mobbing* como aquel efecto psicológico que ejerce una figura superior, dentro del ámbito laboral, en algún trabajador con el objetivo de conseguir que éste se sienta coaccionado ('entre la espada y la pared') para actuar o llevar a cabo una acción determinada que a éste le satisfaga. A continuación se hará un análisis de los aspectos constitucionales, normativo-laboral...

4.1 ASPECTO CONSTITUCIONAL

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial* número 36.860 en Caracas el jueves 30 de diciembre de 1999, establece en varios artículos aspectos relacionados a la libertad que tienen los trabajadores de ejercer su derecho como ciudadanos y empleados y de actuar según sus principios y criterios.

El artículo 3 regula lo referente a los fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad. Tal es la importancia de la dignidad, que la Constitución de Venezuela de 1999 permite que hablemos del *Mobbing* Privado y del *Mobbing* Público dependiendo si el sujeto activo empleador que causa o está incursa en el psicoterror pertenece a la esfera pública o a la esfera privada, es decir, si el empleador es el Estado o una de sus representaciones o si se tratase de un patrono particular o del orden privado, respectivamente. Ante esa situación es obligatorio que se profundice el estudio que venimos haciendo, pues parecería que el tratamiento en cuanto a las sanciones o consecuencias jurídicas, penales, civiles, laborales, patrimoniales o cualquier otra índole fuesen distintas dependiendo como ya se dijo de si el patrono fuere público o privado.

Dada la vinculación estrecha del Psicoterror, Acoso Moral, Estrés Laboral o *Mobbing* con el respeto a los Derechos Humanos, a la dignidad, a la no Discriminación, etc.; tal vinculación hace posible que se pueda para ilustrar al lector, abordar el contenido de algunos artículos de nuestro texto constitucional. El artículo 19 consagra la garantía efectiva de los Derechos Humanos, el respeto obligatorio de ellos por parte de los funcionarios del Estado, adicionándole lo que muchos doctrinarios han dado en llamar el respeto y la aplicación en el orden interno de las normas supraconstitucionales que en principio tienen su génesis en los tra-

tados, pactos o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República de Bolivariana de Venezuela.

El párrafo anterior traduce que las conductas agresivas y transgresoras de la dignidad del ser humano en tanto que trabajador están previstas –aunque no de manera sistemáticamente jurídica: pues se necesita un desarrollo de tipo legislativo– en la Carta Fundamental y ello podría también inducir a preguntar si es imperativo esperar el desarrollo de una legislación que consagre el *Mobbing* o Acoso Moral, o aplicar la norma constitucional que ya existe.

La respuesta a la interrogante anterior no tiene univocidad en virtud de que la misma se trata de un problema realmente complejo que atañe no solamente a “los tiempos” de aplicación de las normas sino a la hermenéutica jurídica. En términos simples *¿Las normas constitucionales se aplican desde su vigencia, independientemente de su categoría de Normas Operativas o Normas Programáticas?*¹³

La investigación reveló que el operador jurídico cuando interpreta una norma jurídica para aplicarla a un caso completo lo hace auxiliándose de diferentes y variadas técnicas argumentativas en las cuales manejará los aspectos teleológicos, psicológicos, sistemáticos, etc.

Los artículos 20 y 21 de la Constitución Nacional Venezolana de 1999 prevén el derecho a la libertad personal, el desenvolvimiento a la personalidad, dejando a salvo lo que el orden público y social y las legislaciones establezcan como limitación.

El artículo 31 permite que se presenten recursos de amparo ante los órganos internacionales creados para tales fines cuando se produzcan violaciones a los referidos derechos. La parte final del artículo obliga al Estado a dictar las medidas para cumplir las decisiones que dicten dichos órganos.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad es uno de los derechos difusos a que se refiere el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y ha de entenderse en un sentido muy amplio,

¹³ En este sentido se remite al lector a algunos párrafos contenidos en la publicación de González Fuenmayor, Mervy Enrique. *La irrenunciabilidad, la transacción y otros temas laborales*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, Venezuela, 2003.

no como un derecho a ejercerlo ante los tribunales sino como una reclamación cuando alguien es desprovisto de su derecho a desarrollar su personalidad, como sería el caso de obligarse al ejercicio de algún deporte, el impedirle seguir su vocación profesional, etc.

Al lector le resultaran útiles las siguientes reflexiones:

Resulta obvio que el Hostigamiento Laboral, el Psicoteror o *Mobbing* pudiera estar enmarcado en el contenido de los artículos constitucionales transcritos los ejemplos se multiplican hasta el infinito. ¿Si existen ciertos tipos de trabajos en los cuales se exige determinadas condiciones: aseo personal, cumplimiento de normas de urbanidad, el uso de determinadas prendas de vestir, el manejo adecuado del idioma, etc.; se podrá considerar como *Mobbing* cualquier actitud o conducta patronal destinadas al cumplimiento de tales condiciones? En países como el nuestro en el cual priva el principio de la autonomía de la voluntad y el de la propiedad privada ¿Podrá el empleador sin incurrir en *Mobbing* concretar conductas de reclamos o llamadas de atención ausentes de autoridad pero firmes y categóricas sin que se consideren acoso moral o psicoteror?

No son fáciles las respuestas a estas interrogantes sobre todo si partimos de la referencia constitucional contenida en el artículo 115 de nuestra Carta Magna. Este dispositivo garantiza el derecho a la propiedad, y como tal derecho al uso, goce, disfrute y disposición de bienes, y ello en algunos casos permite al empleador fijar condiciones que, por supuesto no pueden contradecir a la moral y las buenas costumbres.

En el Capítulo III de la Carta Fundamental Venezolana, referido a los Derechos Civiles y específicamente en el artículo 46 se encuentran algunas previsiones y regulaciones que pueden ofrecer algunas pistas sobre un conjunto de conductas que según lo expuesto anteriormente pudieran constituir lo que la doctrina y algunas legislaciones (como la Española) han denominado el *Mobbing*, el Acoso Moral o el Estrés Laboral ¿Y por qué no? también el llamado Psicoteror. Esta norma jurídica refiere al respeto a la integridad física y moral de las personas y la imposibilidad de someterlo a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La situación relacionada con el Acoso Moral, Psicoteror o el Estrés Laboral necesita ser estudiada con mayor profundidad y precisión permitiendo que sean equipos multidisciplinarios quienes auxilien a la Cien-

cia del Derecho para poder incorporar esos conocimientos y afinar, delimitar y definir el *Mobbing* como causa justificada de retiro por parte del trabajador en materia laboral.

El Artículo 59 de la Constitución vigente establece que el Estado debe garantizar la libertad de religión y de culto, y consagra el derecho de toda persona a profesar su fe religiosa y culto.

En los artículos señalados anteriormente se demuestra el derecho a la privacidad y libertad de pensamiento que tienen las personas, el cual se debe respetar sin llevar a la práctica el *Mobbing*, tratando de coaccionar esos derechos de los individuos. Por otro lado, es importante destacar que el aspecto político es utilizado como una forma de ejercer el *Mobbing*, ejerciendo presión a cambio de que los empleados subordinados actúen bajo una corriente política determinada. En éste resulta necesario indicar que el artículo 62 *eiusdem* consagra los derechos de los ciudadanos para participar libremente en asuntos públicos, y en el Capítulo V de aquélla se subsumen los llamados Derechos Sociales y de las Familias, los que apuntan concretamente a la consideración del trabajo como un hecho social, los principios protectores del mismo, su derecho a la sindicalización, la protección de las familias, etc.

La estabilidad laboral está garantizada en el artículo 93, y en el 96 se regula la garantía de los trabajadores del Sector Público en cuanto a la negociación colectiva, en tanto en el artículo 97 se consagra el Derecho huelga, derechos que si son conculcados por el empleador, bajo alguna forma de *Mobbing*, dará derecho al trabajador de que se retire justificadamente de su trabajo, en virtud de que el texto constitucional señala en su artículo 89, que toda pacto, acuerdo o conducta contrario a la Constitución es nulo. La investigación centra su atención en los artículos 273, 274, 280 y 281, incluidos en el Capítulo IV “Del Poder Ciudadano”, evidenció que en Venezuela existen órganos encargados de hacer cumplir, los derechos y obligaciones que dimanan de una relación de cualquier índole que ésta sea, pero que en materia laboral, como queda dicho, prohíben toda forma de Psicoterror, Acoso Moral o Estrés Laboral.

4.2 ASPECTO NORMATIVO LABORAL

Dadas las limitaciones de espacio, aunque la investigación realizada fue más compleja y extensa que lo que este artículo pudiese expresar, debe en este aspecto normativo señalarse que, en la Ley Orgánica del Traba-

jo se encuentran dispositivos de los cuales es posible colegir sanciones en contra del *Mobbing*, e incluso, y en ello se adelanta un tanto la conclusión, se consagran derechos para el trabajador que van desde el reclamo a su empleador, hasta el retiro justificado de su trabajo, entre otros y sólo a título ejemplificante se encuentran los artículos 1, 2 y 3 que protegen la dignidad del trabajador, califican de social el hecho trabajo y consagran la irrenunciabilidad de los derechos (con escasas excepciones); los artículos 26, 32, 114 y 115 se orientan a la consagración del trabajo como un hecho y un deber, a la no discriminación, y a la estabilidad laboral señalando una clasificación de los sujetos protegidos por la misma. El artículo 125 establece sanciones para cuando el empleador persiste en un despido injustificado; en cambio los artículos 131, 185, 186 y desde el 379 al 384 subsumen situaciones atinentes a disponibilidad libre del salario, las condiciones bajo las cuales debe prestarse el servicio, y la protección a la maternidad (mal llamada “fuero maternal”). Los artículos 396, 397, 400 y 443 son regulatorios de los conflictos colectivos, de los sindicatos y de la cesación en el trabajo (huelgas), situaciones que de igual manera pueden dar origen a la aplicación de *Mobbing*, lo mismo que el artículo 453 en relación con los trámites para garantizar la inamovilidad.

La investigación también reveló que, la Ley Orgánica del Trabajo, sin que de manera expresa utilice los términos de Psicoterror, Acoso Moral, Estrés Laboral o *Mobbing*, consagra de alguna forma esta tipología conductual. Al respecto es aleccionador el contenido del artículo 103 de la precitada ley que establece lo siguiente:

Serán causas justificadas de retiro, los siguientes hechos del patrono, sus representantes o familiares que vivan con él:

- a) Falta de probidad;
- b) Cualquier acto inmoral en ofensa al trabajador o a miembros de su familia que vivan con él;
- c) Vías de hecho;
- d) Injuria o falta grave al respeto y consideración debidos al trabajador o a miembros de su familia que vivan con él;
- e) Omisiones o imprudencias que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo;

f) Cualquier acto que constituya falta grave a las obligaciones que le impone la relación de trabajo; y

g) Cualquier acto constitutivo de un despido indirecto.

(*Omissis*)

El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo resulta conveniente citar algunos de sus artículos en los cuales, y según la investigación realizada, se materializa continuamente el *Mobbing*. El artículo 8 de ese reglamento establece principios protectores del trabajo, que al ser violados concretan el Psicoterror, Acoso Moral o Estrés Laboral. La actividad investigativa encontró que, existe en el ordenamiento normativo venezolano la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente en el Trabajo de reciente aprobación (*Gaceta Oficial* N° 38.236 de fecha 26 de julio del 2005), establece en su artículo 1 todo lo concerniente a las finalidades de la misma, y que se relacionan fundamentalmente con la protección del trabajador en su salud física, mental y emocional enmarcada en la relación laboral que lo une con su empleador, al tiempo que, y sólo a modo de ejemplo dada la limitación espacial, dispone el artículo 40 que:

Funciones. Los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo tendrán entre otras funciones, las siguientes:

1. Asegurar la protección de los trabajadores y trabajadoras contra toda condición que perjudique su salud producto de la actividad laboral y de las condiciones en que ésta se efectúa.
2. Promover y mantener el nivel más elevado posible de bienestar físico, mental y social de los trabajadores y trabajadoras”.

(*Omissis*)

CONCLUSIONES

A lo largo de la investigación, se pudo observar que el psicoterror, el acoso moral o el estrés laboral está vinculado no solamente con el área jurídica, sino con la sociología, la psicología, la economía, la medicina y con otras disciplinas que de una u otra manera hacen del ser humano su objeto de estudio. La investigación reveló que desde el punto de vista jurídico, que es el área que se seleccionó para estudiar esa temática,

que la ciencia del Derecho se ha visto forzosamente obligada a invadir los campos de las disciplinas antes mencionadas, puesto que la conducta del empleador que discrimina, lesiona, hostiliza o agrede al trabajador es censurable, y como el marco normativo laboral consagra la posibilidad de extinguir la relación que surge entre empleador y trabajador por causas previamente expresadas en la ley, en el caso de marras se pudo demostrar que, ese mismo marco jurídico, no obstante carecer de la causal específica relativa al Acoso Moral, Estrés Laboral o Psicoterror, es perfectamente útil para poder darle concreción a la misma, sobre todo si se practica una sana interpretación de las normas jurídicas pre-existentes al presente. La investigación de igual modo concluye evidenciando la necesidad de que en una futura reforma a la Ley Orgánica del Trabajo se incluyan estas situaciones como causales justificadas de retiro por parte del trabajador.

La nueva normativa laboral: limitación del trabajo extraordinario

Mónica GUERRERO ROCCA*

SUMARIO:

Introducción

- 1. ¿Qué son las horas extraordinarias?**
- 2. Distinción del trabajo en horas extraordinarias y el trabajo en días de descanso y feriados.**
- 3. Supuestos de procedencia del trabajo en horas extraordinarias y su carácter voluntario.** **3.1 Prolongación de la jornada ordinaria de trabajo conforme al artículo 199 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT).** **3.2 Prolongación de la jornada ordinaria de trabajo conforme al artículo 200 de la LOT.** **3.3 Prolongación de la jornada ordinaria de trabajo conforme al artículo 201 de la LOT.** **3.4 Prolongación de la jornada ordi-**

* **Universidad Católica Andrés Bello** (UCAB), Abogada, Especialista en Derecho del Trabajo, Profesora de Derecho del Trabajo. **Universidad Metropolitana**, Profesora de Derecho del Trabajo. **Despacho de Abogados Guerrero & Velásquez**, Valencia, Estado Carabobo, Socia Fundadora.

A Julio Andrés, mi hermoso hijo.

naria de trabajo conforme al artículo 202 de la LOT. 3.5 Prolongación de la jornada ordinaria de trabajo conforme al artículo 203 de la LOT. 3.6 Prolongación de la jornada ordinaria de trabajo conforme al artículo 206 de la LOT.

- 4. Regulación de los límites máximos del trabajo en horas extraordinarias y la autorización del Inspector del Trabajo para laborarlas.**
- 5. Obligación de llevar un registro de horas extraordinarias.**
- 6. Función de inspección de los funcionarios de las Unidades de Supervisión de las Inspectoría del Trabajo.**
- 7. Regulación en la LOPCYMAT del incumplimiento del límite máximo legal previsto para el trabajo de horas extraordinarias como falta muy grave.**
- 8. ¿Qué puede suceder si un trabajador sufre un accidente laborando horas extraordinarias por encima del límite máximo legal y queda discapacitado?**

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT), que regula el Régimen Prestacional de Seguridad y Salud Laboral, enmarcado dentro del nuevo sistema de seguridad social contemplado en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, la regulación establecida en la LOT sobre el trabajo en horas extraordinarias y su cumplimiento, adquieren gran importancia, sobre todo con vista a las consecuencias que la LOPCYMAT prevé para los empleadores en caso de incumplimiento.

Hasta la fecha de entrada en vigencia de la LOPCYMAT,¹ eran muy pocos los empleadores que daban cumplimiento a la regulación del trabajo en horas extraordinarias, al no exigirse por parte de las autoridades laborales. En efecto, en muchos casos el trabajo en horas extraordinarias adquirió carácter ordinario, generando a favor de los trabajadores un ingreso también ordinario por ese trabajo, con el cual venían contando para cubrir sus necesidades básicas.

¹ La LOPCYMAT entró en vigencia el 26 de julio de 2005 y fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.236 de esa misma fecha.

En ese sentido, a partir del ejercicio de las funciones de inspección por parte de las autoridades administrativas del trabajo, tanto de los supervisores de las Unidades de Supervisión de las Inspectorías del Trabajo, como de funcionarios del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), sobre el cumplimiento de las normas de la LOT destinadas a limitar el trabajo en horas extraordinarias, por virtud de la entrada en vigencia de la LOPCYMAT, los empleadores han tenido que ajustar el trabajo en horas extraordinarias a los límites legales, causando ello gran estupor entre los trabajadores, al ver disminuido su ingreso de manera considerable.

Lo anterior ha generado conflictos colectivos de trabajo en las empresas donde los trabajadores laboraban un número importante de horas extraordinarias, especialmente en aquellas donde los trabajadores están sindicalizados, y en esos casos inclusive ha traído como consecuencia la constitución de nuevas organizaciones sindicales, denominadas comúnmente sindicatos paralelos.

Por otra parte, a los efectos de dar cumplimiento a la LOT en materia de trabajo de horas extraordinarias, algunos empleadores han procedido a revisar sus horarios de trabajo y modificarlos, contratar nuevo personal, documentarse sobre qué son las horas extraordinarias y cuándo se configuran para imputarlas al número de horas permitidas laborar por la ley y, en algunos casos, a fin de evitar conflictos colectivos de trabajo, otorgar nuevos beneficios para reducir el impacto que sobre el ingreso de los trabajadores ha tenido la disminución considerable del trabajo en horas extraordinarias.

Con base en lo anterior, hemos querido escribir algunas ideas que faciliten la labor de distinguir cuándo se causan las horas extraordinarias, tanto conforme a la ley, como a los criterios que poseen las autoridades administrativas del trabajo en torno al tema, que son quienes cumplen la función de inspección en los centros de trabajo, y dar a conocer las principales consecuencias jurídicas que existen para los empleadores en caso de incumplimiento del límite máximo de horas extraordinarias que la LOT permite laborar a cada trabajador.

1 ¿QUÉ SON LAS HORAS EXTRAORDINARIAS?

En nuestra opinión, las horas extraordinarias son aquellas que se causan por la labor que se realiza a continuación de la jornada ordinaria de trabajo, esto es, como prolongación de esa jornada.

Sin embargo, debemos advertir que no toda prolongación de la jornada ordinaria de trabajo configura horas extraordinarias, tal y como explicaremos en los próximos acápite.

A los efectos de entender cuándo se causan horas extraordinarias, consideramos indispensable comentar sus características principales, que en nuestro criterio son las siguientes:

1. Son extraordinarias, esporádicas y temporales, pues comprenden la realización de labores que no poseen carácter permanente o habitual.
2. Son voluntarias conforme al artículo 90 de la Constitución. En efecto, el artículo 90 de la Constitución consagra expresamente que “...Ningún patrono podrá obligar a los trabajadores o trabajadoras a laborar horas extraordinarias”.
3. Deben ser autorizadas por el Inspector del Trabajo conforme a los artículos 207 y 208 de la LOT y al artículo 87 del Reglamento de la LOT reformado.
4. Se justifican para la realización de determinadas actividades, específicamente las indicadas en la ley. Estas actividades deben ser *previstas* por el empleador, lo que facilita la solicitud de autorización ante el Inspector del Trabajo para laborarlas.

En la realidad, sabemos que por diferentes razones las Inspectorías del Trabajo no son rápidas para dar respuesta a esta solicitud, por lo que el reglamentista de la LOT de 1999, suponemos que previendo tal situación, modificó el lapso previsto en el artículo 208 de la LOT, ampliéndolo a través del artículo 113 del Reglamento de la LOT, ahora artículo 87 del Reglamento de la LOT reformado el pasado 28 de abril² (“Reglamento de la LOT reformado”). En ese sentido, estableció que en caso de que el Inspector del Trabajo no respondiera dentro de los 5 días hábiles siguientes a la referida solicitud, tal silencio se considerará como autorización de la solicitud. Pero, luego agrega “sin perjuicio de su ulterior revocatoria por providencia administrativa debidamente motivada”, que de conformidad con el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedi-

² La reforma parcial del Reglamento de la LOT está contenida en el Decreto N° 4.447 de fecha 25 de abril de 2006, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.426 de fecha 28 de abril de 2006.

mientos Administrativos (“LOPA”) sólo podrá ser revocada si no ha generado derechos a favor de particulares.³

En nuestra opinión, en caso que se hayan generado derechos a favor de particulares no podrá ser revocada la referida autorización, siempre que las horas extraordinarias de que se traten no excedan el límite legal permitido a laborar.

5. Generan un pago especial, al prolongar la jornada ordinaria de trabajo.

6. Para no abusar de su uso en perjuicio de la salud de los trabajadores, deben estar sujetas a limitaciones, tanto en cuanto al número de horas permitidas laborar, como en cuanto al tipo de actividad que la justifican, tal y como antes se indicó.

7. Su uso debe ser supervisado por la autoridad, a fin de velar por la salud de los trabajadores, más que con el objeto de convertirse en una autoridad sancionadora. En este sentido, consideramos que en caso de incumplimiento del régimen legal del trabajo en horas extraordinarias, las sanciones pecuniarias impuestas a los empleadores no tienen que ser exageradas, pues ese tipo de sanción regulada de manera moderada, junto a otras de otro tipo, dirigidas a los empleadores y también a los trabajadores,⁴ pueden resultar lo suficientemente coercitivas para que tanto los empleadores como los trabajadores se abstengan de incumplir con la referida regulación.

En efecto, hemos observado que así como los empleadores incumplen con la referida regulación, los trabajadores también la incumplen. En ese sentido, los trabajadores siempre han estado motivados a laborar todas las horas extraordinarias que sean posibles, en virtud del ingreso

³ “Artículo 82. Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico”.

⁴ En dictamen N°3 de fecha 6 de marzo de 2006, la Consultoría Jurídica del MINTRA emitió su opinión sobre la forma de remunerar las horas extraordinarias laboradas por encima de los límites legales, indicando expresamente lo siguiente: “sólo tendrán carácter salarial las horas laboradas dentro de dichos límites (los legales), y las restantes han de ser pagadas a título indemnizatorio por afectar la salud de los trabajadores, toda vez que omitir dicho pago significaría un enriquecimiento sin causa (para el empleador)...” (citado de la página Web del MINTRA: www.mintra.gov.ve).

que ese trabajo representa para ellos, ya que el valor de las horas extraordinarias, como resulta lógico, es superior al de las horas ordinarias de trabajo, y más aún en las empresas que poseen una convención colectiva de trabajo en las que prevé un recargo superior al de la ley para remunerarlas; con lo cual, aquéllas sumadas a éstas incrementan considerablemente sus ingresos.

También hemos visto que en muchos casos, y por la razón antes expresa, los trabajadores buscan laborar horas extraordinarias que realmente podrían no ser necesarias, ante lo cual los empleadores han actuado con gran permisibilidad, sin ejercer sus potestades gerenciales, manteniendo permanentemente el trabajo en horas extraordinarias.

Ahora, cuando la LOPCYMAT establece como obligación imperante el respetar el límite legal del trabajo en horas extraordinarias, para cuyo incumplimiento prevé varios tipos de sanciones que recaen sobre el empleador, los trabajadores no aceptan su reducción, señalando que constituye un cambio arbitrario en sus condiciones de trabajo, que técnicamente no se configura, pues la violación de la ley no puede generar derechos adquiridos a los trabajadores. Sin embargo, en la práctica ese argumento legal no ha podido frenar o disipar los conflictos laborales que por esa razón se han generado.

Con vista a lo anterior, consideramos de gran importancia el criterio que la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social (MINTRA), ha asumido sobre la remuneración de las horas extraordinarias trabajadas por encima del límite máximo legal, al atribuirle a su pago *carácter indemnizatorio y no salarial*. Con ese criterio, el MINTRA desmotiva a los trabajadores a laborar esas horas extraordinarias en exceso del límite legal.⁵

Finalmente, en nuestra opinión, no serán horas extraordinarias aquellas que no posean todas y cada una de las anteriores características.

⁵ Por otra parte, el criterio del MINTRA representa un punto intermedio entre las posiciones doctrinarias* sostenidas en torno a la remuneración de las horas extraordinarias laboradas en exceso del límite legal. En efecto, conforme a ese criterio tales horas no dejan de pagarse al trabajador con el fin que no se configure un enriquecimiento sin causa por parte del empleador; pero, a su vez, a su pago no le reconoce carácter salarial, como castigo para el trabajador que las labora por encima del límite máximo establecido en la ley (*Jaime Martínez, Héctor Armando: *El Tiempo de Trabajo. Jornada de Trabajo y Descanso*, Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, 2004. Páginas 128-131).

2. DISTINCIÓN DEL TRABAJO EN HORAS EXTRAORDINARIAS Y EL TRABAJO EN DÍAS DE DESCANSO Y FERIADOS

En nuestra opinión, cuando los trabajadores laboran los días feriados y de descanso legal o convencional, aun cuando procede un pago adicional, el previsto en la ley o en la convención colectiva de trabajo, según el caso, “*el trabajo en esos días no constituye trabajo en horas extraordinarias*”.

En efecto, cuando se laboran las horas extraordinarias que, como vimos, constituyen una prolongación de las horas ordinarias de trabajo, lo que procede es el pago del recargo previsto por el trabajo en horas extraordinarias; mientras que cuando se laboran los días de descanso (legales o convencionales) y feriados, se labora una nueva jornada de trabajo, lo que hace procedente el pago del recargo previsto en la ley por ese concepto, o en la convención colectiva de trabajo, según el caso, y no el recargo previsto por el trabajo en horas extraordinarias. En consecuencia, al no tratarse el trabajo en tales días de una prolongación de la jornada ordinaria, sino por el contrario de una nueva jornada de trabajo, el trabajo en días de descanso y feriados no se configura como trabajo en horas extraordinarias.

Basamos nuestra opinión en que la LOT establece en sus artículos 199 al 203 y en el artículo 206 los supuestos de prolongación de la jornada ordinaria de trabajo, los cuales se encuentran dentro del Capítulo II de la LOT denominado “De la Jornada de Trabajo”, mientras que el trabajo en los días de descanso y feriados se encuentra dentro del Capítulo IV de la LOT denominado “De los Días Hábiles para el Trabajo”. Como puede observarse, ambos temas se encuentran ubicados en capítulos distintos en la ley. Adicionalmente, existe el Capítulo III denominado “De las Horas Extraordinarias de Trabajo”, ubicado después del relativo a la jornada de trabajo y antes del de los días hábiles para el trabajo, que regula lo relativo a los límites del trabajo de horas extraordinarias, la autorización que debe solicitarse al Inspector del Trabajo para el trabajo en tales horas y el registro que sobre esas horas deben llevar los empleadores.

En ese sentido, si la intención del legislador laboral hubiese sido darle la misma naturaleza a las horas extraordinarias que al trabajo en días de descanso y feriados, no los habría colocado en capítulos distintos dentro de la ley, y mucho menos habría regulado el trabajo en días de descanso y feriados luego de la regulación del trabajo en horas extraordinarias, estableciendo además recargos distintos en uno y otro

caso en los artículos 154,⁶ 155⁷ y 217⁸ de la LOT. Para el caso específico del trabajo en día de descanso semanal obligatorio, además de resultar procedente el pago del recargo por el trabajo en ese día, el artículo 218 de la LOT prevé la obligación para el empleador de otorgar el descanso compensatorio en la semana inmediatamente siguiente.

Todo lo antes expuesto tiene especial importancia, pues si las Inspectorías del Trabajo llegaren a establecer que el trabajo en los días de descanso y feriados debe considerarse trabajo en horas extraordinarias, las horas trabajadas en esos días se imputarían al número de horas permitidas laborar por la ley, reduciéndose considerablemente las posibilidades de trabajar en horas extraordinarias.

Al respecto, en nuestra opinión, sólo podrán causarse horas extraordinarias por la labor ejecutada en día feriado y de descanso, cuando se prolongue el trabajo por encima del número de horas que conforma la jornada ordinaria de trabajo. En efecto, supongamos que un trabajador pactó con su empleador laborar de lunes a viernes una jornada diurna de 8 horas diarias, y trabaja 9 horas el día domingo de una determinada semana (su día de descanso semanal obligatorio). En ese caso, la hora adicional a las 8 horas laboradas, en nuestro criterio, constituye hora extraordinaria laborada en día de descanso obligatorio. En consecuencia, por el trabajo en ese día, el trabajador tendrá derecho a recibir el pago previsto en la ley, o en la convención colectiva de trabajo, según el caso, por el trabajo realizado en su día de descanso semanal obligatorio y, en adición, el pago correspondiente a una hora extraordinaria laborada en día de descanso obligatorio.

En la práctica, hemos observado cómo las Inspectorías del Trabajo no poseen un criterio uniforme en torno al tema, pues algunas no consideran el trabajo en días de descanso y feriados como horas extraordinarias y otras sí, no obstante, existir un dictamen reciente de la Consultoría Jurídica del MINTRA que diferencia el trabajo en días de descanso y feriados de las horas extraordinarias.

⁶ Recargo por trabajo en día feriado.

⁷ Recargo por trabajo en horas extraordinarias.

⁸ Recargo por trabajo en día de descanso.

En efecto, la Consultoría Jurídica del MINTRA, en dictamen N° 100 de fecha 10 de abril de 2006, señaló expresamente lo siguiente:

En este sentido, en lo que respecta a la prohibición de trabajar más de 10 horas extraordinarias por semana y más de 100 al año contenida en el literal b) del mismo artículo 207 *eiusdem*, en opinión de este Despacho, las horas extraordinarias son las que se producen fuera de la jornada ordinaria previamente establecida, es decir, aquellas que exceden de la jornada de 12 horas, afecten o no el promedio de 44 horas semanales en un período de 8 semanas, por tanto, *el trabajo realizado en día domingo u otro feriado, no constituye hora extraordinaria*, salvo que exceda el límite indicado (énfasis agregado).

Como puede observarse claramente, la Consultoría Jurídica del MINTRA distingue las dos figuras jurídicas. En consecuencia, de acuerdo con este criterio, el trabajo en días de descanso legal o convencional o feriados no debe ser imputado a las horas extraordinarias permitidas laborar por la ley.

3. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DEL TRABAJO EN HORAS EXTRAORDINARIAS Y SU CARÁCTER VOLUNTARIO

En nuestra opinión, no toda prolongación de la jornada ordinaria de trabajo configura trabajo en horas extraordinarias. Así, los trabajos indicados en el artículo 199 de la LOT generan el trabajo de horas extraordinarias, a diferencia de los trabajos señalados en los artículos 200, 201, 202, 203 y 206 de la LOT que permiten la prolongación de la jornada de trabajo, sin que tal prolongación constituya trabajo en horas extraordinarias. En consecuencia, como de conformidad con el artículo 90 de la Constitución el trabajo en horas extraordinarias es de carácter voluntario, podemos concluir que es obligatorio aquel que no configure trabajo en horas extraordinarias. Asimismo, el trabajo que no se configura como horas extraordinarias no requiere ser autorizado por el Inspector del Trabajo, posee como límite máximo las horas que establezca la ley y no tiene que ser reflejado en el registro de horas extraordinarias que debe llevar el empleador.

3.1 PROLONGACIÓN DE LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO CONFORME AL ARTÍCULO 199 DE LA LOT

El artículo 199 de la LOT enumera los trabajos que pueden justificar la prolongación de la jornada ordinaria de trabajo en horas extraordinarias,

al señalar expresamente que “En la medida de lo posible, estas prolongaciones se cumplirán mediante la autorización de horas extraordinarias de trabajo, conforme a lo previsto por el Capítulo III de este Título”.

Sobre la consagración antes indicada del artículo 199 de la LOT, algunos han señalado que pudiera *inducir a equívocos*,⁹ esto es, que: 1) no configuren horas extraordinarias; y, 2) con base en lo anterior, no necesariamente genera la obligación para el empleador de solicitar su autorización al Inspector del Trabajo.

Sin embargo, en nuestro criterio, los trabajos enumerados en esa norma, constituyen trabajos que no se realizan de manera habitual, por lo que al ser esporádicos y de excepción, justifican que sean realizados en horas extraordinarias.

Los trabajos a los que se refiere el artículo 199 de la LOT son los siguientes:

1. Trabajos preparatorios o complementarios que deban ejecutarse necesariamente fuera de los límites señalados al trabajo general de la empresa, explotación, establecimiento o faena.
2. Trabajos que por razones técnicas no pueden interrumpirse a voluntad, o tienen que llevarse a cabo para evitar el deterioro de las materias o de los productos o comprometer el resultado del trabajo.
3. Trabajos indispensables para coordinar la labor de dos (2) equipos que se relevan.
4. Trabajos exigidos por la elaboración de inventarios y balances, vencimientos, liquidaciones, finiquitos y cuentas.
5. Trabajos extraordinarios debido a circunstancias particulares, tales como la necesidad de ejecutar o terminar una obra urgente o de atender exigencias del mercado, comprendido el aumento de la demanda del público consumidor en ciertas épocas del año.

⁹ Bernardoni de Govea, María. “Título IV De las Condiciones de Trabajo”, en **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento**. Tercera edición. Tipografía y Litografía Horizonte, C.A. Barquisimeto, 2003, p. 257.

6. Trabajos especiales, como reparaciones, modificaciones o instalaciones de maquinarias nuevas, canalizaciones de agua o gas, líneas o conductores de energía eléctrica.

Como puede observarse, tal y como hemos expresado, la enumeración anterior de trabajos son previsibles por parte del empleador, lo que facilita que éste pueda solicitar la autorización al Inspector del Trabajo para llevarlos a cabo en horas extraordinarias.

3.2 PROLONGACIÓN DE LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO CONFORME AL ARTÍCULO 200 DE LA LOT

Por otra parte, el artículo 200 de la LOT consagra la posibilidad de que la jornada ordinaria de trabajo pueda prolongarse en el caso de las empresas, explotaciones, establecimientos o faenas cuya actividad esté sometida a *oscilaciones de temporada*.

El Reglamento de la LOT reformado modificó el artículo 111 del Reglamento de la LOT que regulaba este supuesto de prolongación de jornada de trabajo, cuyo contenido inducía a concluir que la prolongación de la jornada de trabajo en este caso no generaba horas extraordinarias, pues no le era aplicable el régimen legal para el trabajo en horas extraordinarias, ni debía pagarse como tal.

En el único caso en el que podía cuestionarse que se causaban horas extraordinarias era en el consagrado en el literal “d” del modificado artículo 111 del Reglamento de la LOT, al indicar que “En casos de fuerza mayor, podrá excederse los límites previstos en el presente artículo,¹⁰ siempre que fuere solicitada autorización al Inspector del Trabajo de la jurisdicción y le fuere reconocida a los trabajadores afectados una compensación pecuniaria que no podrá ser inferior a la prevista en el artículo 155 de la Ley Orgánica del Trabajo” (recargo por trabajo en horas extraordinarias).

Ahora, el artículo 83 del Reglamento de la LOT reformado prevé, para el supuesto de prolongación de la jornada ordinaria de trabajo contemplada en el artículo 200 de la LOT, que en todos los casos deberá: 1) solicitarse

¹⁰ El mencionado artículo preveía que el total de horas trabajadas en un lapso de 12 semanas no podía exceder los límites máximos vigentes sobre jornada de trabajo, ni de 12 horas diarias.

autorización al Inspector del Trabajo; y, 2) pagar compensaciones que no podrán ser inferiores a las previstas en el artículo 155 de la LOT.¹¹

Adicionalmente, el artículo 83 del Reglamento de la LOT reformado modificó: 1) los límites de la jornada de trabajo para llevarse a cabo en este supuesto. En efecto, redujo de 12 a 10 horas diarias la jornada de trabajo, con una hora de descanso, por lo que la jornada de trabajo efectiva quedó en 9 horas diarias; y, 2) el lapso en que se computa el límite máximo de la jornada de trabajo, reduciéndolo de 12 a 8 semanas.

Como puede observarse, el artículo 83 del Reglamento de la LOT reformado crea un nuevo régimen de jornada de trabajo, pues no establece que por el trabajo previsto en el artículo 200 de la LOT se genere horas extraordinarias; sin embargo, impone al empleador la obligación de solicitar su autorización al Inspector del Trabajo como si generara horas extraordinarias y, además, pagar una compensación que no sea inferior al recargo consagrado en el artículo 155 de la LOT para las horas extraordinarias.

3.3 PROLONGACIÓN DE LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO CONFORME AL ARTÍCULO 201 DE LA LOT

El artículo 201 de la LOT prevé la prolongación de jornada ordinaria de trabajo para el supuesto de los *trabajos que sean necesariamente continuos y se efectúen por turnos de trabajo*, siempre que el total de horas trabajadas por cada trabajador en un período de ocho (8) semanas, no exceda de los límites máximos diarios y semanales vigentes sobre jornada de trabajo.

Como puede observarse, se trata de un supuesto donde el trabajo siempre se efectuará de manera continua y por turnos porque no puede interrumpirse. Por tanto, pensamos que este supuesto de prolongación de la jornada ordinaria de trabajo implica ejecutar aquellos trabajos que no son susceptibles de paralización por las razones previstas en el artículo 213 de la LOT, esto es, por razones de interés público, técnicas y circunstancias eventuales, los cuales están indicados en los artículos 92, 93 y 94 del Reglamento de la LOT reformado, respectivamente. En

¹¹ El artículo 155 de la LOT señala expresamente que: “Las horas extraordinarias serán pagadas con un cincuenta por ciento (50%) de recargo, por lo menos, sobre el salario convenido para la jornada ordinaria.

consecuencia, este trabajo no posee naturaleza eventual o esporádica, sino por el contrario permanente, lo que en nuestra opinión hace improcedente que se configuren horas extraordinarias.

En ese sentido, el trabajo a que alude el artículo 201 de la LOT también era regulado por el modificado artículo 111 del Reglamento de la LOT, aplicando, de las reglas previstas para los casos de los empleadores que poseen actividades sometidas a oscilaciones de temporada, las siguientes: 1) el límite diario de la jornada de trabajo (hasta 12 horas); 2) las exigencias para laborar por encima de ese límite de 12 horas diarias en caso de fuerza mayor; y, 3) su previsión en la convención colectiva de trabajo, en el acuerdo colectivo, o en el contrato individual de trabajo, en las que se debía establecer las compensaciones por el trabajo en exceso de las 12 horas en los casos de fuerza mayor.

Respecto a estas reglas que se aplicaban al trabajo que necesariamente debe realizarse de manera continua y por turnos, reiteramos nuestros comentarios realizados para el caso de las actividades que se realizan por oscilaciones de temporada, en cuanto a que no generaban el trabajo de horas extraordinarias bajo la vigencia del modificado artículo 111 del Reglamento de la LOT.

Ahora, este supuesto de prolongación de la jornada ordinaria está regulado por un artículo específico en el Reglamento de la LOT reformado. En efecto, el artículo 84 del Reglamento de la LOT reformado regula este supuesto, modificando las reglas anteriores de la siguiente manera: 1) reduce el número de horas máximas a laborar diariamente de 12 a 11 horas efectivas de trabajo, al establecer como obligación una (1) de descanso;¹² 2) elimina los supuestos de trabajo en exceso de la jornada prevista para este caso por fuerza mayor; y, 3) elimina la exigencia de estar previsto en la convención colectiva de trabajo, en el acuerdo colectivo, o en el contrato individual de trabajo.

Como consecuencia de todo lo anterior, si bien el Reglamento de la LOT reformado modificó las reglas para laborar en este supuesto de prolongación de la jornada ordinaria de trabajo, mantuvo el propósito del

¹² En nuestra opinión, la hora de descanso obligatorio procede en caso que la jornada de trabajo exceda el límite diario previsto en el artículo 195 de la LOT para cada tipo de jornada de trabajo. De no exceder ese límite, debe corresponder el descanso previsto en el artículo 205 de la LÖT, esto es, por lo menos media hora.

reglamentista anterior de no configurar trabajo en horas extraordinarias. Como resulta lógico, configurará trabajo en horas extraordinarias cuando el total de horas laboradas en 8 semanas exceda los límites máximos diarios y semanales de la jornada de trabajo, en cuyo caso deberá respetarse el límite máximo legal previsto para el trabajo en horas extraordinarias.

3.4 PROLONGACIÓN DE LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO CONFORME AL ARTÍCULO 202 DE LA LOT

Por su parte, el artículo 202 de la LOT también prevé trabajos que justifican la prolongación de la jornada ordinaria sin que generen horas extraordinarias de trabajo, específicamente en caso de *accidente ocurrido o inminente o en caso de trabajos de urgencia que deban efectuarse en las máquinas o en las instalaciones, o en otros casos semejantes de fuerza mayor, en la medida necesaria para evitar que la marcha normal de la empresa sufra una perturbación grave*.

Al respecto, puede resultar como indicativo de que tales trabajos no generan horas extraordinarias el contenido del párrafo único del referido artículo, al expresar que “*El trabajo que excede de la jornada ordinaria se pagará como extraordinario*” (énfasis agregado). Por tanto, pareciera que quisiera haber dicho que el trabajo que excede de la jornada ordinaria se pagará como si fuese extraordinario, esto es, no se trata de horas extraordinarias pero se pagarán como tal.

En ese sentido, para entender si se trata o no de horas extraordinarias la prolongación de la jornada ordinaria en los casos de emergencias, podríamos pensar en *si ese trabajo es o no previsible*, aunque sea extraordinario. En efecto, conforme a la doctrina,¹³ uno de los elementos que definen a las horas extraordinarias es que sean previsibles por parte del empleador. Con base en ello, entonces deberíamos concluir que al no ser previsibles los trabajos en caso de emergencias no configuran trabajo en horas extraordinarias y su cumplimiento por parte de los trabajadores es de carácter obligatorio.

¹³ Villasmil Briceño, Fernando: *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, Volumen I, Primera edición. Editorial Roberto Borrero Q. Maracaibo, 1991, página 429.

En efecto, si estos trabajos de emergencia a los que alude el artículo 202 de la LOT no llegaren a ejecutarse, porque constituyeran trabajo en horas extraordinarias, que por ser de carácter voluntario los trabajadores podrían negarse a ejecutarlo, traería como consecuencia perturbaciones graves a la marcha normal de la empresa, poniéndola en riesgo e, inclusive, poniendo en riesgo la vida o salud de los propios trabajadores. Por tanto, no resulta lógico que si esa es la consecuencia de no realizar los trabajos en caso de emergencias, la prolongación de la jornada en ese caso se configure como trabajo en horas extraordinarias que posee carácter voluntario.

3.5 PROLONGACIÓN DE LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO CONFORME AL ARTÍCULO 203 DE LA LOT

El trabajo realizado de conformidad con el artículo 203 de la LOT no genera horas extraordinarias.

En efecto, el artículo 203 de la LOT regula como obligatorio *la recuperación de las horas de trabajo perdidas* que justifican la prolongación de la jornada ordinaria, *por interrupciones colectivas del trabajo* debidas a: 1) causas accidentales o de fuerza mayor; y, 2) condiciones atmosféricas.

Asimismo, el referido artículo establece como regla para ello que: 1) las recuperaciones se realicen hasta un máximo de 20 días cada año y ejecutadas dentro de un plazo razonable; y, 2) la prolongación de la jornada de trabajo no puede exceder de 1 hora diaria por cada trabajador.

Finalmente, el artículo 203 de la LOT prevé que por ese trabajo el trabajador recibirá su remuneración ordinaria, esto es, no recibe el pago del recargo previsto para el trabajo de horas extraordinarias.

Adicionalmente, el artículo 204 de la LOT establece como obligación para el patrono, participar al Inspector del Trabajo dentro de las 24 horas “contadas a partir del momento en que se establezca la prolongación, la naturaleza, causa y fecha de la interrupción colectiva, los trabajadores afectados, el número de horas de trabajo perdidas y las modificaciones del horario”.

Por su parte, el artículo 86 del Reglamento de la LOT reformado, que conserva el mismo contenido del artículo 112 del Reglamento de la LOT,

consagra lo que debe entenderse por interrupción colectiva del trabajo¹⁴ y, además, establece la obligación para el empleador de pagar el salario durante el período de interrupción colectiva de las labores.

Como puede observarse, el trabajo regulado en el artículo 203 de la LOT no puede generar horas extraordinarias puesto que: 1) es de carácter obligatorio, lo cual es contrario a la voluntariedad por parte de los trabajadores de laborar las horas extraordinarias conforme al artículo 90 de la Constitución; 2) no genera pago adicional, como el previsto en el artículo 155 de la LOT por el trabajo de horas extraordinarias; y, 3) no requiere ser autorizado por el Inspector del Trabajo.

3.6 PROLONGACIÓN DE LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO CONFORME AL ARTÍCULO 206 DE LA LOT

El artículo 206 de la LOT prevé la posibilidad de que *por acuerdo entre patronos y trabajadores* se excedan los límites legales de la jornada de trabajo, siempre que se establezcan previsiones compensatorias en caso de exceso, y a condición de que el total de horas trabajadas en un lapso de 8 semanas no exceda en promedio de 44 horas por semana.

Para este supuesto de prolongación de la jornada ordinaria de trabajo, el modificado artículo 111 del Reglamento de la LOT preveía las mismas reglas que para el supuesto contemplado en el artículo 201 de la LOT. Por tanto, sobre ese particular reiteramos lo expresado para el trabajo previsto en el artículo 201 de la LOT. Como consecuencia de ello, tal como lo hemos expuesto, de conformidad con el modificado artículo 111 del Reglamento de la LOT, la prolongación de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el artículo 206 de la LOT no generaba el trabajo de horas extraordinarias.

Al igual que el supuesto previsto en el artículo 201 de la LOT, este supuesto está regulado por un artículo específico en el Reglamento de la LOT reformado. En ese sentido, el artículo 85 del Reglamento de la LOT reformado lo regula y modifica las reglas previstas en el anterior artículo 111 del Reglamento de la LOT, de la siguiente manera: 1) reduce el número de horas máximas a laborar diariamente de 12 a 11 horas

¹⁴ “Artículo 86. ¹⁵ Reiteramos el comentario que sobre esta hora de descanso obligatorio realizamos para el supuesto del artículo 201 de la LOT, desarrollado por el artículo 84 del Reglamento de la LOT reformado.

efectivas de trabajo, al establecer como obligación una (1) de descanso;¹⁵ 2) elimina los supuestos de trabajo en exceso de la jornada prevista para este caso por fuerza mayor; y, 3) establece una nueva obligación que consiste en que el acuerdo suscrito entre el empleador y sus trabajadores deberá ser presentado ante el Inspector del Trabajo para su homologación.

Como consecuencia de todo lo anterior, si bien el Reglamento de la LOT reformado modificó las reglas para laborar en este supuesto de prolongación de la jornada ordinaria de trabajo, mantuvo el propósito del reglamentista anterior de no configurar trabajo en horas extraordinarias.

En nuestro criterio, conforme al artículo 85 del Reglamento de la LOT reformado, se configurará el trabajo en horas extraordinarias cuando el total de horas laboradas en 8 semanas exceda en promedio de 44 horas por semana, independientemente del tipo de jornada que laboren los trabajadores; pues para concluir algo distinto, el reglamentista tuvo que haber indicado, a efecto de aclarar la regla consagrada en el artículo 206 de la LOT, que debían aplicarse los límites máximos legales previstos para cada tipo de jornada de trabajo, esto es, si los trabajadores laboraban: 1) una jornada de trabajo diurna, el límite de 8 horas diarias y 44 horas semanales; 2) una jornada mixta, el límite de 7,5 horas diarias y 42 horas semanales; o, 3) una jornada nocturna, el límite de 7 horas diarias y 35 horas semanales.

En caso que se generen horas extraordinarias por excederse el límite de la jornada de trabajo establecido en el artículo 206 de la LOT, deberá respetarse el límite máximo previsto por el artículo 207 de la LOT para el trabajo de horas extraordinarias, el cual comentaremos a *infra*.

Finalmente, en adición a todos los argumentos antes expresados, consideramos que las horas extraordinarias sólo se causan por la prolongación de la jornada ordinaria de trabajo en los casos previstos en el artículo 199 de la LOT, mas no así en los supuestos de prolongación de la jornada ordinaria de trabajo previstos en los artículos 200, 201, 202, 203 y 206 de la LOT, por cuanto el artículo 87 del Reglamento de la LOT reformado, que mantiene intacto el artículo 113 del Reglamento

¹⁵ Reiteramos el comentario que sobre esta hora de descanso obligatorio realizamos para el supuesto del artículo 201 de la LOT, desarrollado por el artículo 84 del Reglamento de la LOT reformado.

de la LOT, al regular el permiso para trabajar horas extraordinarias, señala que: “*La prestación de servicios en horas extraordinarias deberá fundamentarse en las circunstancias previstas en el artículo 199 de la Ley Orgánica del Trabajo (...), énfasis agregado*”. En consecuencia, en los demás trabajos que la ley regula como supuestos de prolongación de la jornada ordinaria de trabajo, distintos a los consagrados en el artículo 199 de la LOT, no se generan horas extraordinarias, por lo que su cumplimiento es de carácter obligatorio para los trabajadores.

4. REGULACIÓN DE LOS LÍMITES MÁXIMOS DEL TRABAJO EN HORAS EXTRAORDINARIAS Y LA AUTORIZACIÓN DEL INSPECTOR DEL TRABAJO PARA LABORARLAS

El artículo 207 de la LOT prevé la posibilidad de que la jornada ordinaria de trabajo pueda prolongarse en horas extraordinarias, mediante el permiso del Inspector del Trabajo.

Asimismo, el referido artículo 207 de la LOT establece la duración máxima del trabajo en horas extraordinarias de la siguiente manera:

- a) La duración efectiva del trabajo, incluidas las horas extraordinarias, no podrá exceder de diez (10) horas diarias, salvo en los casos previstos por el Capítulo II de este Título; y
- b) Ningún trabajador podrá trabajar más de diez (10) horas extraordinarias por semana, ni más de cien (100) horas extraordinarias por año.

La salvedad que se realiza en el literal “a” anterior se refiere, en nuestra opinión, a los supuestos de prolongación de la jornada ordinaria de trabajo previstos en los artículos 200, 201, 202, 203 y 206 de la LOT y que antes comentamos.

Adicionalmente, es de considerar que la limitación de trabajar sólo hasta 100 horas extraordinarias al año señalada en el literal “b” del artículo 207 de la LOT antes citado, se computa por año calendario.

Por otra parte, el artículo 208 de la LOT establece que el Inspector del Trabajo, ante la solicitud de permiso realizada por el empleador para laborar horas extraordinarias, podrá realizar cualquier investigación para conceder o negar el referido permiso. De conformidad con este artícu-

lo, el Inspector del Trabajo comunicará su decisión dentro del término de 48 horas contados a partir de la recepción de la solicitud.

No obstante, el artículo 87 del Reglamento de la LOT reformado, que mantiene el mismo contenido del artículo 113 del Reglamento de la LOT, establece un lapso superior al Inspector del Trabajo para pronunciarse sobre la solicitud del empleador. En efecto, amplía ese lapso de 48 horas a 5 días hábiles y atribuye efecto positivo al silencio administrativo del Inspector del Trabajo, esto es, “será considerado como autorización de la solicitud”, y luego agrega “sin perjuicio de su ulterior revocatoria por providencia administrativa debidamente motivada”.

Entendemos que el MINTRA aplica el lapso previsto en el artículo 87 del Reglamento de la LOT reformado, aun cuando podría refutarse su validez, pues podría sostenerse que está viciado de nulidad por violar una norma de orden público como la contenida en el artículo 208 de la LOT, al modificar su contenido y, a su vez, la reserva legal prevista para las normas de procedimiento en el numeral 32 del artículo 156 de la Constitución.

Por otra parte, tal y como lo habíamos comentado, el permiso otorgado por el Inspector del Trabajo en virtud del efecto positivo atribuido a su silencio ante la solicitud presentada por el empleador para laborar horas extraordinarias, no podrá ser revocado si ha creado derechos a favor de particulares, de conformidad con el artículo 82 de la LOPA, salvo que se trate de horas extraordinarias laboradas en exceso del límite legal o referidas a supuestos no previstos en el artículo 199 de la LOT. En el presente caso, ese supuesto podría configurarse por los ingresos adicionales y su impacto en el cálculo de los demás beneficios laborales a que tendrían derecho los trabajadores por laborar las horas extraordinarias previamente autorizadas y luego revocadas por el Inspector del Trabajo.

En cuanto a los requisitos que debe cumplir la solicitud de permiso para laborar horas extraordinarias, el artículo 87 del Reglamento de la LOT reformado establece, tal y como observamos, que deberá fundamentarse en las circunstancias previstas en el artículo 199 de la LOT y contener la siguiente información:

1. Naturaleza del servicio que será prestado en horas extraordinarias.

2. Identificación y cargo o puesto ocupado por los trabajadores involucrados.
3. Número de horas de trabajo extraordinario consideradas necesarias.
4. Oportunidad para la prestación de los servicios en horas extraordinarias.
5. Circunstancias que conforme al artículo 199 de la LOT las justifican laborar.
6. Salario adicional que percibirán los trabajadores por ese trabajo, cuando excediere del recargo legal.

Finalmente, el artículo 210 de la LOT prevé la posibilidad de que en caso imprevisto y urgente debidamente comprobado se trabajen horas extraordinarias sin permiso del Inspector del Trabajo, a condición de que le notifique en el día hábil siguiente y se comprueben las causas que lo motivaron. De esta manera, la LOT flexibilizó el requisito del permiso otorgado por el Inspector del Trabajo para laborar las horas extraordinarias.

Las limitaciones al trabajo de horas extraordinarias hasta hace poco tiempo no eran cumplidas por la mayoría de los empleadores, tal y como hemos expresado. No obstante, hemos observado como esta situación ha venido cambiando a partir de la entrada en vigencia de la LOPCYMAT y, más recientemente, por la entrada en vigencia del Decreto dictado por el Ejecutivo Nacional que regula la figura de “la Solvencia Laboral”,¹⁶ en virtud de las sanciones previstas para el empleador en caso de incumplimiento por uno y otro instrumento normativo. A través de las ideas que por este medio expresamos, sólo abordaremos las sanciones previstas en la LOPCYMAT.

5. OBLIGACIÓN DE LLEVAR UN REGISTRO DE HORAS EXTRAORDINARIAS

El artículo 209 de la LOT, exige a los empleadores llevar un registro de horas extraordinarias laboradas por sus trabajadores.

¹⁶ Creada y regulada por el Decreto N° 4.248 de fecha 30 de enero de 2006, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.371 de fecha 2 de febrero de 2006.

En efecto, el artículo 209 de la LOT expresamente consagra lo siguiente:

Todo patrono llevará un registro donde anotará las horas extraordinarias utilizadas en su empresa, establecimiento, explotación o faena; los trabajos efectuados en esas horas; los trabajadores empleados en ellos; y la remuneración especial que haya pagado a cada trabajador.

Al respecto, hemos visto que algunas Inspectorías del Trabajo solicitan a los empleadores, a los efectos de cumplir con la obligación contenida en el artículo antes transscrito, “*un libro de horas extras*” sellado por la Inspectoría del Trabajo, y para ello exigen presentar junto al libro lo siguiente:

1. Escrito de la solicitud en original y copia dirigido al Inspector del Trabajo. Suponemos que se trata de la solicitud para el sellado del libro.
2. Permiso otorgado por el Inspector del Trabajo para laborar horas extraordinarias.
3. Copia de la constancia de poseer el Número de Identificación Laboral del MINTRA.
4. Copia del Registro de Comercio.
5. Copia del Registro de Información Fiscal.

Tal y como observamos en el artículo antes transscrito, la LOT establece la obligación de llevar un “*registro de horas extraordinarias*” y, sin embargo, algunas las Inspectorías del Trabajo en cumplimiento de esa obligación exigen llevar un “*libro de registro de horas extras sellado por la propia Inspectoría del Trabajo*”, tal como lo están exigiendo las Unidades de Supervisión adscritas a las Inspectorías del Trabajo al realizar las visitas de inspección a los empleadores.

Al respecto, en nuestro criterio, para dar cumplimiento a la LOT bastaría con que el empleador llevara un registro de horas extraordinarias bajo cualquier modalidad (sistematizada, impresa, entre otras), que contenga la información exigida por el artículo 209 de la LOT.

En ese sentido, hemos observado como un gran número de empleadores no posee un “libro de registro de horas extras”, sino el control o registro de los trabajadores que las laboran y el número de horas extraordinarias laboradas por cada uno de ellos. Esto, incorporándole el resto de la información detallada por el artículo 209 de la LOT, debería ser suficiente para ser presentado ante el MINTRA a fin de demostrar el cumplimiento de la obligación legal.

No obstante lo expuesto, y aunque la exigencia de algunas Inspectorías del Trabajo no posean fundamento legal, pareciera conveniente dirigirse a la Inspectoría del Trabajo de la jurisdicción para presentar y exponer la modalidad de registro que posee el empleador del trabajo de horas extraordinarias, con la finalidad de obtener de ese organismo su reconocimiento; por cuanto dejar de realizar esa gestión, expondría al empleador a que en caso que recibiera una visita de inspección de la Unidad de Supervisión adscrita a la Inspectoría del Trabajo, y esa visita versara sobre el cumplimiento de la obligación consagrada en el artículo 209 de la LOT, el acta relativa a esa visita levantada por el funcionario que la practicara, podría imponer como obligación llevar el referido “libro de registro de horas extras”.

6. FUNCIÓN DE INSPECCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE LAS UNIDADES DE SUPERVISIÓN DE LAS INSPECTORÍA DEL TRABAJO

Cuando un funcionario de la Unidad de Supervisión de la Inspectoría del Trabajo visite al empleador para inspeccionarlo y detecte algún incumplimiento de las obligaciones que sobre el límite del trabajo en horas extraordinarias establece la LOT, ese funcionario deberá establecer *un lapso prudencial* al empleador para su cumplimiento, antes de proponer al Inspector del Trabajo que le imponga el pago de la multa prevista como sanción en la ley, de conformidad con el artículo 233 del Reglamento de la LOT reformado, el cual mantuvo el contenido del antes artículo 258 del Reglamento de la LOT.

En efecto, el artículo 233 del Reglamento de la LOT reformado consagra expresamente lo siguiente:

Actos supervisорios

Los funcionarios o funcionarias del Ministerio del Trabajo deberán poner inmediatamente en conocimiento del empleador y de

los representantes de los trabajadores y trabajadoras, por escrito, los incumplimientos de la normativa legal que fueren detectados durante la supervisión y las medidas que deben adoptarse dentro *del lapso prudencial de cumplimiento que fijen.*

Los funcionarios o funcionarias deberán brindar información técnica y asesorar a los patronos o patronas y a los representantes de los trabajadores y trabajadoras sobre la manera más efectiva de dar cumplimiento a las disposiciones legales.

En caso de persistir el incumplimiento, transcurridos los lapsos fijados, se elaborará un informe proponiendo la imposición de la sanción correspondiente, sin que ello libere al infractor o infractora de la obligación de dar cumplimiento estricto a la normativa legal. (Énfasis añadidos).

Al respecto, la labor fundamental del funcionario a través de la inspección es detectar el incumplimiento del empleador de la norma objeto de inspección, informárselo y asesorarlo en cómo debe proceder para adecuarse al cumplimiento de la norma. Por tanto, sólo ante la persistencia del incumplimiento detectado, una vez vencido el lapso otorgado al empleador para que éste proceda a su cumplimiento, podrá el funcionario proponer al Inspector del Trabajo la imposición de la sanción al empleador.

La multa que sería procedente en caso de persistir el incumplimiento del empleador de las normas relativas a la duración máxima de la jornada de trabajo y al trabajo nocturno, dentro de las cuales incluimos las relativas al número máximo de horas extraordinarias que permite la LOT laborar, está prevista en el artículo 629 de la LOT, conforme al cual esta multa no podrá ser menor del equivalente a un cuarto (1/4) de salario mínimo, ni mayor del equivalente a un (1) salario mínimo.

No obstante, *la anterior multa se verá incrementada* por la nueva regulación que en materia de sanciones contiene el Reglamento de la LOT reformado. En efecto, en su artículo 236, el Reglamento de la LOT reformado establece que el Inspector del Trabajo podrá imponer la multa calculando su monto por el número de trabajadores afectados y, además, conforme al artículo 80 de la LOPA, podrá imponer multas

sucesivas, hasta tanto el empleador dé cumplimiento a la obligación respectiva.¹⁷

7. REGULACIÓN EN LA LOPCYMAT DEL INCUMPLIMIENTO DEL LÍMITE MÁXIMO LEGAL PREVISTO PARA EL TRABAJO DE HORAS EXTRAORDINARIAS COMO FALTA MUY GRAVE

El numeral 4 del artículo 120 de la LOPCYMAT establece como falta muy grave del empleador infringir “las normas relativas a la duración máxima de la jornada de trabajo y al trabajo nocturno, o a las disposiciones relativas a los días hábiles”.

Para el caso de ser detectada esa falta, calificada por la LOPCYMAT como muy grave, dentro de la cual en nuestro criterio se encuentra el cumplimiento de las normas que establecen el número máximo de horas extraordinarias que podrá ser laborado por cada trabajador, los funcionarios que la detecten (ya sean los funcionarios de la Unidad de Supervisión adscritas a las Inspectorías del Trabajo,¹⁸ o los del INPSASEL), deberán actuar conforme lo establece el numeral 6 del artículo 18 de la LOPCYMAT, el cual consagra lo siguiente:

El Instituto de Prevención, Salud y Seguridad Laborales tendrá las siguientes competencias: (...)

6. Ejercer las funciones de inspección de condiciones de seguridad y salud en el trabajo, estableciendo los ordenamientos y *plazos de cumplimiento* en caso de violación de la normativa vigente, sin perjuicio de las competencias generales de las

¹⁷ Nos parece que esta norma viola la reserva legal establecida para la regulación de las sanciones por el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución. En ese sentido, consideramos que la modificación del monto de la multa prevista como sanción en la LOT a través del Reglamento de la LOT reformado, viola la referida reserva legal, pues el monto de la multa forma parte de la sanción y, al modificarlo, está modificando igualmente la sanción. Asimismo, consideramos que el referido artículo del Reglamento de la LOT reformado es ilegal, por cuanto viola el contenido del artículo 10 de la LÓPA que establece que ningún acto administrativo podrá crear sanciones, *ni modificar las establecidas en la ley*. Como puede observarse una vez más, el artículo 236 del Reglamento de la LOT reformado modifica las sanciones previstas en la LOT, al incrementar sustancialmente el monto de la multa.

¹⁸ Los funcionarios de estas Unidades de Supervisión también inspeccionan el cumplimiento de obligaciones laborales en general, relativas a las condiciones de trabajo y de seguridad social, por lo que la materia objeto de inspección de los funcionarios de las Unidades de Supervisión son más amplias que las que poseen los funcionarios del INPSASEL.

Unidades de Supervisión, adscritas a las Inspectorías del Trabajo (énfasis añadido).

Sobre esta labor de inspección, adicionalmente, el artículo 123 de la LOPCYMAT establece lo siguiente:

El funcionario de inspección y supervisión competente en la materia, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no pongan en peligro la integridad física o la salud de los trabajadores y las trabajadoras, *podrá advertir y aconsejar al empleador o empleadora por una sola vez, en vez de iniciar un procedimiento sancionador*. En estos supuestos dará cuenta de sus actuaciones a la autoridad competente de dicho Instituto.

El funcionario fijará un plazo perentorio para el cumplimiento de las advertencias o recomendaciones, vencido éste se iniciará el proceso sancionatorio (énfasis añadidos).¹⁹

Una vez que transcurra el lapso otorgado por el funcionario al empleador para que de cumplimiento a la obligación, cuyo incumplimiento fue detectado a través de la visita de inspección, se iniciará el procedimiento sancionatorio.

En ese sentido, la sanción administrativa que prevé la LOPCYMAT conlleva al pago de multas que oscilan entre veinticinco (25) unidades tributarias (“U.T.”) y cien (100) U.T. por cada trabajador expuesto al referido incumplimiento, dependiendo de la gravedad del incumplimiento que la propia LOPCYMAT califica en infracciones leves, graves y muy graves, en sus artículos 118, 119 y 120, respectivamente.

Como el infringir normas relativas a la duración máxima de la jornada de trabajo fue calificado por la LOPCYMAT como falta muy grave, su artículo 120 prevé multas que van desde setenta y seis (76) U.T. hasta cien (100) U.T. Además, para este caso de falta muy grave podrá proceder inclusive *el cierre de la empresa, establecimiento, explotación*

¹⁹ Este último artículo, a diferencia del artículo 233 de la LOT y del 18 de la LOPCYMAT, otorga gran discrecionalidad a la actuación de los funcionarios en las visitas de inspección, al establecer que “*podrá advertir y aconsejar al empleador o empleadora por una sola vez, en vez de iniciar un procedimiento sancionador*”. Ante ello, esperamos que el Reglamento de la LOPCYMAT regule claramente la función de inspección de estos funcionarios, y así evitar en lo posible las actuaciones discretionales de su parte que podrían configurar actos arbitrarios.

o faena, hasta por 48 horas, y durante ese cierre el patrono deberá pagar todos los salarios, remuneraciones, beneficios sociales y demás obligaciones derivadas de la relación de trabajo, como si los trabajadores hubiesen cumplido efectivamente su jornada de trabajo.

8. ¿QUÉ PUEDE SUCEDER SI UN TRABAJADOR SUFRE UN ACCIDENTE LABORANDO HORAS EXTRAORDINARIAS POR ENCIMA DEL LÍMITE MÁXIMO LEGAL Y QUEDA DISCAPACITADO?

Conforme a la LOPCYMAT, además de la imposición de las sanciones administrativas indicadas en el acápite anterior, el empleador estará expuesto a otras en caso de que alguno de sus trabajadores sufra un accidente laborando horas extraordinarias por encima del límite máximo legal y quede discapacitado, como consecuencia del incumplimiento del régimen legal del trabajo en horas extraordinarias.

En efecto, si el accidente de trabajo llegare a ser consecuencia de la violación de la ley por parte del empleador, se configurará la culpa del empleador, lo que hará procedente la imposición de las siguientes sanciones:

1. *Pago de las indemnizaciones:* De conformidad con el artículo 130 de la LOPCYMAT, al configurarse la culpa del empleador, éste deberá pagar al trabajador, o a sus familiares en caso de muerte, las indemnizaciones allí indicadas, las cuales dependerán de la discapacidad que sufra el trabajador.

2. *Sanciones civiles:* De acuerdo al derecho común, procede el pago del daño moral y también de daños materiales. En este caso, a los efectos de determinar el monto del daño moral constituirá un agravante la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente, de conformidad con las sentencias reiteradas de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (SCS-TSJ). También resulta procedente el pago de daños materiales, como por ejemplo, el pago de la operación que podría requerir el trabajador, así como de los medicamentos que necesite, las terapias posteriores y los honorarios médicos.

3. *Sanciones penales:* Prisión como pena privativa de libertad, que va desde dos (2) meses hasta diez (10) años conforme al artículo 131 de la LOPCYMAT, dependiendo de la discapacidad que sufra el trabajador.

En la práctica, hemos observado como los empleadores requieren de sus trabajadores laborar lo que coloquialmente se ha denominado redoble de jornada, especialmente en las empresas de proceso continuo donde ese redoble resulta necesario para no parar las operaciones que no son susceptibles de interrupción, por la inasistencia del trabajador que debe laborar a continuación, en virtud de la rotación programada de los turnos de trabajo. Ante ello, debemos advertir que ese famoso redoble de jornada constituye una violación al límite legal para el trabajo en horas extraordinarias, pues, como vimos, la jornada efectiva de trabajo no puede exceder de 10 horas diarias, incluyendo en ese tiempo las horas extraordinarias, salvo en los casos permitidos por la ley.

Al respecto, la SCS-TSJ dictó, en fecha 28 de julio de 2005, la sentencia Nº 1032 basada en la aplicación de la derogada LOPCYMAT (caso: Gudelio José Gámez Zamora vs. Heckett Multiserv Intermetal INC),²⁰ mediante la cual declaró culpable al empleador por el accidente de trabajo sufrido por un Supervisor que se encontraba redoblando una jornada de trabajo, condenándolo al pago de las indemnizaciones establecidas en la derogada LOPCYMAT y del daño moral. Como la nueva LOPCYMAT prevé sanciones de mayor peso sobre el empleador en comparación con la derogada LOPCYMAT, esta sentencia sirve de referencia de las consecuencias a la que se exponen los empleadores en caso de incumplimiento de la normativa que regula el límite máximo del trabajo en horas extraordinarias.

Todo lo antes expuesto, ha llevado a los empleadores a revisar el apego de sus horarios de trabajo a los límites máximos legales y, con base en ello, revisar también las áreas de la empresa que siempre generan el trabajo de horas extraordinarias, a fin de evaluar la necesidad de modificar sus horarios de trabajo e incorporar nuevo personal para disminuir el trabajo de horas extraordinarias.

En la adecuación al cumplimiento de la ley, también hemos observado cómo los empleadores han distribuido el trabajo de horas extraordinarias en el mayor número de trabajadores que sea posible, a fin de evitar que cada uno de ellos exceda el límite máximo legal de horas extraordinarias que se pueden laborar.

²⁰ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Julio/1032-280705-05225.htm>

Anotaciones sobre el carácter vinculante de la doctrina de la Sala de Casación Social

Oscar HERNÁNDEZ ALVAREZ*

La separación de los poderes públicos es un elemento esencial para la conformación del Estado de Derecho. La independencia del Poder Judicial constituye la principal garantía del funcionamiento adecuado de este tipo de Estado. Cuando se habla de independencia del Poder Judicial hay que tomar en cuenta una doble perspectiva: la de la autonomía del Poder Judicial frente a los otros poderes públicos y demás sectores sociales y la de la autonomía, que al interno del Poder Judicial, debe tener el juez para el desempeño de la importante función que le está asignada. El juez debe aplicar la Ley al caso concreto que está bajo su jurisdicción conforme al dictado de su conciencia, al buen conocimiento del Derecho y a su obligación de impartir justicia para lograr un funcionamiento adecuado del orden social, todo lo cual supone en el magistra-

* Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Profesor de Derecho del Trabajo. Profesor Invitado en varias universidades nacionales y extranjeras. Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Miembro Correspondiente. Asociación Venezolana de Profesores Universitarios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Presidente. Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vicepresidente.

do sólidos fundamentos éticos y científicos. Claro está que la independencia del Juez no puede ser absoluta, ya que éste debe dictar su sentencia dentro de los límites establecidos por la ley. Por otra parte, el equilibrio del orden social aconseja que el fallo individual de un tribunal pueda ser objeto de recursos tendientes a que la parte disconforme con el mismo pida su revisión ante otras instancias. De allí que las normas procesales establezcan, con excepciones particulares, recursos ordinarios y extraordinarios contra las sentencias dictadas por los tribunales. Dentro de la variedad de recursos establecidos, existe uno, el de Casación, generalmente atribuido al más alto tribunal de cada país, que tiene por objeto procurar la uniformidad de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de la ley, anulando aquellos fallos en cuales se cometan los errores o vicios que la propia ley establece como causas de tal anulación. La casación es un instrumento útil para el logro del objetivo esencial de todo sistema judicial, cual es la eficaz administración de la justicia, pero no debería comportar sujetaciones jerárquicas que son extrañas al funcionamiento de un Poder Judicial basado en la independencia de los jueces. En este orden de ideas, Piero Calamandrei (*Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*, EJEA, Buenos Aires, 1969), afirma: “La independencia de los jueces, esto es, el principio institucional en virtud del cual, en el momento en que juzgan, deben sentirse libres de toda subordinación jerárquica, es un duro privilegio que impone a quien lo disfruta el valor de responder de sus actos sin esconderse tras la cómoda pantalla de la orden del superior”. Es por ello, que sin desconocer el valor de la casación ni el respeto que merecen los altos tribunales encargados de aplicarla, cabe realizar la crítica de aquellos sistemas en los cuales el alcance establecido para las consecuencias de la procedencia de tal recurso, puede llegar a constituir un obstáculo para el ejercicio independiente de la función judicial y para el desarrollo del poder creador de la jurisprudencia de instancia.

Para desarrollar el tema que planteamos, es preciso relevar que el papel de la jurisprudencia no es idéntico en los sistemas denominados de Derecho Civil o romanísticos que en los denominados de Derecho Consuetudinario o *Common Law*. En los países cuyo sistema jurídico se generó a partir de las instituciones elaboradas por el Derecho Romano, las normas de conducta que constituyen su ordenamiento jurídico están fundamentalmente contenidas en instrumentos escritos aprobados por poderes públicos competentes que las formulan y aprueban de acuerdo con un procedimiento previamente establecido: la legislación. En estos

países las normas del Derecho suelen estar sistematizadas en códigos, leyes orgánicas o generales, que conviven con manifestaciones legislativas más particulares, como leyes, reglamentos, decretos etc. En su labor de administrar justicia, el juez debe buscar en esos instrumentos legislativos cuál es la norma que subsume el caso concreto sujeto a su decisión y aplicar esa norma en su justo alcance. En los países de *Common Law*, especialmente en aquellos anglosajones en los cuales el aporte jurídico romano no prevaleció, sino que se mezcló con los aportes jurídicos provenientes de las poblaciones locales y de otras poblaciones conquistadoras, las fuentes principales de las normas jurídicas deben buscarse, más que en expresiones escritas emanadas de órganos del poder público, en las formas conductuales que de una forma inveterada esas sociedades han considerado como jurídicamente exigibles. La *inveterata consuetudo* y la *opinio necessitatis iuris*, dan lugar a exigencias normativas que no necesariamente constan en códigos o instrumentos escritos formales. Esta forma de producción del Derecho determina que la jurisprudencia juegue, en los países de *Common Law*, un papel de mayor fuerza que el que desempeña en los países de derecho romanístico. En estos últimos el Juez debe determinar cuáles son las consecuencias de la aplicación de la norma al caso concreto. En aquéllos, el Juez –a falta de ley escrita– debe buscar la norma en las entrañas mismas de la vida social y logrado este objetivo, la aplicará.

Para atender a las necesidades de seguridad jurídica, elemento esencial para el funcionamiento del Estado de Derecho, en los países de *Common Law* existe un sistema de precedentes judiciales que evita que, en cada decisión, el Juez tenga que llevar a cabo ese complejo proceso de determinación de la norma aplicable, ya que las sentencias dictadas con anterioridad y que reúnan determinadas características que las califiquen como precedentes aplicables, constituyen un cuerpo normativo que va a determinar que el Juez decida el caso sometido a su consideración, aplicando los criterios establecidos precedentemente por la jurisprudencia para resolver casos similares.¹ El sistema de precedentes, tal como existe de manera generalizada en los países de *Common Law*, supone que un tribunal debe decidir en conformidad con los criterios establecidos en sentencias previas que han resuelto casos idénticos al sometido a su consideración. Pero incluso en estos países el sistema de prece-

¹ Un análisis muy didáctico del sistema de precedentes puede verse en *El Precedente y la interpretación constitucional*, Ramón Escovar León, Editorial Sherwod, Caracas, 2005.

dentes está sometido a importantes limitaciones. Se requiere, en primer lugar, que exista una identidad del caso, lo cual requiere una precisión que no es siempre fácil de lograr. Señala Calamandrei, cuyo conocimiento del Derecho se basaba no sólo en su relevante actividad académica y científica sino en una vasta experiencia en la lucha tribunalicia, que “entre los casos que el juez debe considerar no hay uno solo que no presente alguna característica singular que lo distinga de todos los demás”. En segundo lugar, es necesario precisar que no toda la sentencia hace parte del precedente, sino sólo aquella parte de la misma que constituye su fundamentación, pues es en ella donde el juez determina cuál es la regla o principio que va a aplicar para decidir el caso concreto, regla o principio capaz de constituir un precedente judicial vinculante para el futuro. No forman parte del precedente aquellas motivaciones marginales o circunstanciales que se refieren muy particularmente al caso concreto. Es de advertir que el precedente, si bien orienta las decisiones de los tribunales, no tiene un valor intangible, ya que es posible, e importantes casos destacados por la doctrina así lo ilustran, que el Tribunal, en especiales circunstancias y con una motivación debidamente justificada, pueda apartarse del precedente y decidir en sentido diferente al establecido en el mismo.

En Venezuela no existía un sistema de precedentes judiciales. El más Alto Tribunal conocía, en sus diferentes salas, el recurso de casación, con el cual procuraba uniformar la jurisprudencia. Pero siempre “la cosa juzgada” surtía sus efectos para el caso concreto en que se producía, de manera que las sentencias dictadas en Casación, si bien conformaban una doctrina generalmente respetada por jueces y abogados, no constituyán una verdadera limitante para la función de aquéllos de decidir y de éstos de alegar. Un Juez prudente procuraba seguir la doctrina de Casación. Hacer lo contrario era dar pie a que todos sus fallos fuesen derogados, con perjuicio para los justiciables y en desmedro de una eficaz administración de justicia. Un abogado prudente no fundamentaba su estrategia para la defensa de los casos que le eran encomendados, en un desafío permanente a la doctrina de Casación. Pero ni el juez ni el abogado eran prisioneros del precedente judicial. Si la Casación había decidido un caso con un criterio que chocaba con su convicción científica y ética, unos y otros, en sus fallos y en sus alegatos, respectivamente, podían, sin mayores consecuencias, señalar la improcedencia de tal criterio y, en más de una ocasión, lograron que el mismo fuese revisado por el Alto Tribunal.

En la Constitución de 1999 se introduce una norma que, en cierto modo y en relación a unas sentencias muy particulares, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico un elemento emparentado con el sistema de precedentes judiciales. En efecto, el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece: “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República”. Con base en esta disposición, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha venido jugando un papel preponderante en el sistema judicial venezolano. En efecto, la Sala ha hecho valer el carácter vinculante de sus decisiones, aun para sentencias que no interpretan directamente el texto constitucional, sino que se refieren a normas de rango legal. Por otra parte, la Sala ha sostenido su competencia para revisar las sentencias de otras salas del Tribunal Supremo, cuando considere que éstas son contrarias a la Constitución. Esta posición de la Sala Constitucional ha generado conflictos con las otras Salas, que han visto “revisadas” algunas importantes decisiones suyas. Ha sido objeto, además, de comentarios críticos por parte de amplios sectores de la doctrina. Jesús M. Casal H. (*Los Actuales Desafíos de la Justicia Constitucional en Venezuela*, en *XXX Jornadas J. M. Domínguez Escobar*, Instituto de Estudios Jurídicos del estado Lara, Barquisimeto, 2005) afirma: “El artículo 355 de la Constitución, frecuentemente invocado para justificar tal potestad revisora, ciertamente prevé, dentro de determinados límites, el especial efecto vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, pero ello no autoriza a esa Sala a imponer su criterio constitucional en cualquier caso y por cualquier vía. Al contrario, sus interpretaciones vinculantes deben sentarse en uso de las atribuciones procesales efectivamente otorgadas por la Constitución, o por la ley conforme a la Constitución, la cual no la erige en órgano de revisión de los pronunciamientos de las demás”.

Apenas pocos años después de la vigencia de la nueva Constitución, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo estableció una disposición que también se aparta de la tradición judicial venezolana al introducir un elemento propio de un sistema de precedentes judiciales. El artículo 177 de dicha ley dispone que los jueces de instancia deberán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad

de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. Esta norma difiere sustancialmente de la establecida en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil que dice que “Los jueces de instancia *procurarán* acoger la doctrina de casación en casos análogos”. La nueva norma que establece el carácter vinculante de la Casación Social ha encontrado serias objeciones por parte de la doctrina y ha sido objeto de una interpretación restrictiva por parte de la Sala Constitucional. Así, Ricardo Henríquez La Roche (*Nuevo Proceso Laboral Venezolano*, Editorial Liber, Caracas, 2003) dice:

Las interpretaciones o los principios sentados por una sentencia, que no tiene el atributo de “derecho judicial consuetudinario” no debieran ser vinculantes en aras de la independencia de la función jurisdiccional de los jueces que preconiza el artículo 256 de la Constitución de la República. Esta norma constitucional presupone la imparcialidad e independencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual les prohíbe ciertas actividades, incluso la de agremiarse. Por su parte, la Exposición de Motivos de la ley señala que el artículo 1º de la Ley “recoge la corriente dominante en la doctrina nacional y extranjera, según la cual la verdadera jurisdicción laboral debe ser especializada, conservando desde luego los otros caracteres propios de la jurisdicción como son la independencia e imparcialidad en el ejercicio de tan importante misión... (p. 21) de allí que la convicción de que el criterio propio es el correcto según las particularidades propias que éste presenta –lo cual supone en cierta forma una desemejanza o falta de analogía– debiera ser suficiente para que el propio criterio del juez –independiente– sea preferido por él para la solución del caso y el precedente de la Sala de Casación sea preterido. Allí radica principalmente la independencia del órgano jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones, declarada por el ya mencionado artículo 256 de la Constitución de la República (...).

Por su parte René Molina Galicia afirma que

la norma establecida en el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, coloca al juez en la posición de un funcionario o burócrata subalterno, visto que los únicos que mantienen su condición de jueces independientes y autónomos, son los Magistrados de la Sala de Casación Social, el resto de los

funcionarios judiciales titulares del cargo de juez estarán a la espera de las decisiones de los Magistrados de Casación.

La Sala Constitucional da al referido artículo 177 un alcance diferente al que parece desprenderse de su literalidad, pues sigue considerando que sólo son vinculantes las sentencias suyas que interpretan normas y principios constitucionales. En efecto, en sentencia de fecha 19 de marzo de 2004 –posterior a la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo– decidió:

(...) es claro que en nuestro ordenamiento jurídico, *con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala* (cursivas mías), la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho. Sin embargo, la motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso *sub iúdice*, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de este Alto Tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, deben *procurar acoger* (cursivas mías) para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

En sentencia, de fecha 18 de junio de 2003 –también posterior a la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo– la Sala Constitucional hace una amplia consideración sobre los precedentes judiciales y distingue entre la fuerza obligatoria de los precedentes judiciales (las decisiones que dicta esa Sala sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales) y la que corresponde a los precedentes de hecho o de *ipso* (decisiones de las otras Salas) y concluye:

Desde el punto de vista externo, los precedentes judiciales forman parte de las fuentes del Derecho en los que se basa la Dogmática Jurídica para estudiar los articulados del derecho válido; y en este sentido, *la fuerza obligatoria del precedente de ipso es sólo directiva* (cursivas mías); significa ello que, en caso de ser inobservado el precedente, es altamente proba-

ble que sea revocado en una instancia judicial superior. *Tal es el efecto que prevé el artículo 178 de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo al otorgarle a la Sala de Casación Social el control de la legalidad de los fallos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo* (cursivas mías) que aun cuando ni fueran recurribles en Casación, violentan o amenazan violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación.

Es de relevar que no obstante los anteriores pronunciamientos de la Sala Constitucional, la Sala de Casación Social proclama el carácter vinculante de su doctrina reiterada y, en consecuencia, a través de los recursos de casación y de control de la legalidad deja sin efecto aquellos fallos que se aparten de la misma.

Como conclusión del presente trabajo me permito hacer tres observaciones fundamentales al carácter vinculante que la Sala de Casación Social ha venido atribuyendo a su doctrina reiterada. La primera es de orden constitucional. Hemos visto que el artículo 256 de nuestra Constitución proclama el principio de la independencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones y que tal independencia se manifiesta tanto en una perspectiva externa: autonomía del poder judicial frente a otros poderes públicos y demás entes y personas de la sociedad, como en una perspectiva interna: al dictar sus decisiones el juez debe ser autónomo, de manera que en ejercicio de esa trascendente función no puede estar sujeto a subordinación jerárquica alguna. En el título de Protección de la Constitución y como una manera de garantizar la supremacía y efectividad de las normas constitucionales y de velar por su uniforme interpretación y aplicación, se establece, y ello constituye una evidente excepción al principio de independencia judicial consagrado en el referido artículo 256, el carácter vinculante de las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales. No puede una norma de jerarquía legal, como la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, crear nuevas excepciones a un principio constitucional como el de la independencia de los jueces, el cual no sólo está expresamente establecido en nuestra Carta Magna sino que tiene tradición histórica en nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello explicable que, como se acaba de ver, la Sala Constitucional haya continuado sosteniendo, aun después de la promulgación de la referida ley, que las

únicas sentencias con carácter vinculante formal son las que dicha Sala pronuncie para interpretar las normas y principios constitucionales.

En segundo lugar, observo que el otorgamiento de fuerza obligatoria a las sentencias de Casación restringe el poder creador de la jurisprudencia de instancia. El juez de instancia es el que está más cerca de la realidad de los hechos y, por tanto, puede tener un conocimiento más profundo de los mismos. Difícilmente el juez de Casación, ni siquiera en aquellos sistemas en que, como el nuestro, contemplan una audiencia oral a ese alto nivel, puede captar en toda su intensidad el conflicto humano que subyace en cada proceso ni puede apreciar en todos sus alcances las consecuencias que su decisión supondrá para las partes inmersas en el mismo. Es por ello que, no sólo en nuestra época, en nuestra disciplina y en nuestro país, gran parte de los aportes innovadores de la jurisprudencia proceden de decisiones de instancia, posteriormente recogidas por tribunales de mayor jerarquía y en ocasiones incorporadas a la legislación. Permítaseme señalar algunos ejemplos –pocos por exigencias de la brevedad– extraídos de nuestra práctica forense.

En la reforma de la Ley del Trabajo aprobada en 1945 se estableció el sistema de participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa. Desde muy temprano se consideró que esta participación, comúnmente denominada “utilidades” no tenía naturaleza salarial, ya que tenía un carácter aleatorio, lo cual era contrario a la “fijeza” propia del salario. En este sentido se pronunció la Corte de Casación en sentencia del 8 de agosto de 1949. Este criterio fue varias veces reiterado por el Alto Tribunal, entre ellas en sentencia de la sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de fecha 12-12-67 y fue reiteradamente expresado por muchos tribunales de la República y por el Ministerio del Trabajo. Sin embargo, algunos tribunales de instancia llegaron a emitir fallos en contra. De estos fallos el que tuvo más relevancia fue el dictado en 1960 por el Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Trabajo del estado Lara, a cargo de José Rafael Mendoza Mendoza, juez de clara vocación innovadora, quien señaló que “el carácter de aleatoriedad en el monto de las remuneraciones podrá excluir la noción de sueldo fijo, pero no la noción de salario en el sentido amplio en que la entiende nuestro Derecho del Trabajo, como equivalente de remuneración del trabajador”. La tesis contraria, advertía Mendoza “puede dar lugar a la violación de la ley, respecto al pago total de las prestaciones sociales, pues para ello le bastaría al patrono convenir en un salario base bastante bajo, halagando al trabajador con una elevada participa-

ción en las utilidades líquidas de la empresa". Sobre esta sentencia el doctor Rafael Caldera expresó que "con ella se abrirá camino a la revisión de una injusta jurisprudencia, tanto más censurable cuanto más reiterada". Con fecha 1º de marzo de 1972, en sentencia número 7, la Corte Suprema de Justicia revisó su jurisprudencia y decidió que las utilidades convencionales formaban parte del salario y debían tomarse en cuenta para el cálculo de las utilidades. El Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 determinó el carácter salarial de las utilidades convencionales y la Ley Orgánica del Trabajo en 1990 estableció, de manera más amplia, que todo lo recibido por concepto de participación en los beneficios formaba parte del salario y debía tomarse en cuenta para el cálculo de la prestación de antigüedad y la indemnización por despido.

El artículo 74 de la Ley del Trabajo de 1936, decía:

En los días de descanso obligatorio y vacaciones a que se refieren los artículos 49, 53, primer aparte del artículo 54, 98 y 99, los trabajadores recibirán su sueldo o salario íntegro correspondiente a esos días, con excepción de los declarados festivos por el Gobierno Nacional. Cuando se trate de obreros que trabajen a destajo o por piezas, el salario correspondiente que deba pagarse durante los días de descanso o de vacaciones, será determinado sobre la base del salario medio que el obrero haya devengado durante el mes inmediato anterior al descanso, o durante los tres meses inmediatos anteriores al período de vacaciones.

El artículo 75 del Reglamento de la Ley del Trabajo promulgado en 1938 decía:

los obreros que trabajan a destajo o por piezas sólo tendrán derecho al salario en días de vacaciones, cuando ejecuten el trabajo para un mismo patrono, ya en el local que éste les señale, o bien en la habitación del propio trabajador, durante todo el año. Los obreros a que se contrae este artículo sólo tendrán derecho al salario correspondiente a los días primero de enero, jueves y viernes santos y los declarados festivos en la Ley de Fiestas Nacionales, cuando hayan trabajado para un solo patrono, en el local que éste les señale o en la propia habitación del trabajador, en el mes inmediatamente anterior al respectivo día.

Basándose en que el primer aparte del artículo 73 de la ley y el artículo 75 del reglamento hacían referencia a los obreros a destajo y no a los empleados, el Tribunal Primero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y estado Miranda, en sentencia de fecha 11-08-1944, decidió que a un vendedor ambulante que percibía un salario variable a base de comisiones, no gozaba del beneficio del salario de los días feriados. Este criterio inspiró no sólo las decisiones de los tribunales, sino también la práctica laboral generalizada en nuestro país durante décadas. El mismo fue ratificado por la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo en sentencia del 17 de julio de 1962, reiterada el 07-5-1965, en la cual decidió: "las disposiciones de los artículos 73, aparte primero y el 74 de la Ley del Trabajo no son aplicables al empleado a comisión". En sentencia de fecha 4 de mayo de 1962 el Tribunal Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y estado Miranda, expresó su criterio disidente de la Casación en estos términos:

El artículo 73 de la ley parece otorgar el beneficio de los días feriados solamente a "los obreros que trabajen por destajo o por piezas" descartando a los "empleados" que trabajan por igual sistema. En realidad no se concibe por qué estos trabajadores deben estar excluidos de dicho beneficio, cuando están amparados conforme al art. 74 con el pago del salario del día de descanso semanal (domingo), siendo éste también un día feriado. Por tanto, se concluye que la redacción del artículo 73 obedece a un desliz y que los empleados a destajo también están amparados por tal disposición.

Con fecha 27 de noviembre de 1973, al decidir un caso similar, la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo cambió de criterio. A partir de allí, los empleados a destajo y más específicamente, aquellos cuyo salario comprende comisiones, reclamaron a sus empleadores no sólo el pago correspondiente a los días de descanso y feriados, si no también la incidencia que este pago supone en la base de cálculo salarial empleada para la determinación de diversos beneficios laborales como antigüedad, vacaciones, utilidades, etc. Parte muy significativa de los juicios que, a partir de esa sentencia, han cursado en los tribunales del trabajo se originan en reclamaciones por este concepto.

Esta actuación de los jueces de instancia disintiendo de la Casación y originando cambios en la doctrina de la misma no ha sido exclusiva de

los jueces laborales. Puede mencionarse, en al ámbito del Derecho Constitucional, el caso del amparo. La Constitución Nacional de 1961 consagró la acción de amparo, la cual, anunciaba, debía ser objeto de una ley especial. Vigente la Constitución, varios ciudadanos ejercieron acciones de amparo ante los tribunales, los cuales las negaban alegando que la disposición que consagraba el amparo tenía carácter programático y no se podía hacer efectiva hasta tanto no se promulgare la respectiva ley especial que reglamentase su ejercicio. En este sentido se pronunció la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22-10-1969, que sirvió de fundamento para que años más tarde, el 24-10-1972, un acuerdo de la Sala Plena instruyese a los tribunales en el sentido de no admitir las acciones de amparo. No obstante ello, algunos tribunales de instancia le daban curso a los amparos. Así, en enero de 1973, los organizadores de un festival folclórico que se celebraba en Barquisimeto, con los auspicios del Gobierno regional, negaron al célebre cantante Alfredo Sadel el derecho a participar en el mismo. Sadel intentó una acción de amparo, la cual fue admitida y declarada con lugar por el antes mencionado juez Mendoza, quien sostuvo que la falta de aprobación de la ley especial no podía restringir el ejercicio de un derecho expresamente consagrado por la Constitución, como lo era el amparo. Ante el disgusto de los organizadores y el entusiasmo de un público delirante, que de alguna manera se sentía protagonista del suceso jurídico, muy publicitado por los medios locales, Sadel cantó en el festival, a cuya sede ingresó acompañado de una comitiva encabezada por el juez Mendoza y secundada por efectivos de la Guardia Nacional. En tanto, en Caracas, mientras la generalidad de los jueces declaraban inadmisibles las acciones de amparo, el juez Abreu Burelli, entonces Juez de Primera Instancia de Familia, hoy Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, daba curso constantemente y con similar fundamento a los amparos que introducían en su tribunal. En fecha 20 de octubre de 1983 la Sala Político Administrativa dictó una sentencia en la cual cambia de criterio y decide que, no obstante la falta de aprobación de una ley especial, los ciudadanos podían ejercer libremente su derecho al amparo. En 1988 fue promulgada la Ley Orgánica de Amparo de las Garantías y Derechos Constitucionales.

También en el ámbito mercantil se han planteado situaciones de este tipo. En sentencia del 13 de octubre de 1925 la Sala de Casación de la Corte Federal y de Casación negó la posibilidad de acción de nulidad

contra las decisiones de la asamblea de accionistas de una compañía anónima. En sentencia de 5 de diciembre de 1957 el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil del Distrito Federal y estado Miranda se pronunció favorablemente a la posibilidad de intentar por vía ordinaria este tipo de acciones de nulidad. Esta sentencia fue revocada por el Superior, acogiendo la doctrina de Casación. El 5 de diciembre de 1975 la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia estableció la validez de la acción de nulidad contra las decisiones de la asamblea, con lo cual, dice el fallo expresamente, abandona la doctrina de 1925. El 27 de noviembre de 2001 la Ley de Registro Público y del Notariado estableció un lapso de caducidad de un año para intentar esta acción de nulidad.

Podría señalar otros ejemplos en diversas áreas del Derecho, pero no es mi intención aburrir los lectores del presente trabajo y, además, creo que los ya citados son suficientes para demostrar la importancia que puede tener la jurisprudencia de instancia, a la cual no se le debería limitar con la camisa de fuerza del carácter absolutamente vinculante de la casación.

Una tercera observación tiene que ver con la dificultad de establecer cuál es la doctrina de Casación a la cual los jueces de instancia deben acatamiento obligatorio. Por una parte, no hay elementos que permitan precisar cuántos fallos en un mismo sentido se requieren ‘para que una doctrina de la Sala Social sea considerada como reiterada y, por ende, vinculante. Por simple imperativo de la gramática debería entenderse que un solo fallo no constituye reiteración. Pero, cabe preguntarse ¿bastarán dos? o ¿se requerirá una serie continuada de sentencias en el mismo sentido? Por otra parte, el hecho de que la Sala de Casación Social, al igual que lo hacen las otras Salas y lo hacía la antigua Corte Suprema de Justicia, suele cambiar de criterios y, en ocasiones lo hace de manera frecuente y poco sistemática. Así, cabría preguntarse ¿cuál es la doctrina reiterada de la Sala de Casación Civil en una materia tan importante como las relaciones laborales encubiertas y el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, la contenida en las sentencias sobre DIPOSA de fechas 16 de mayo de 2000 y 31 de mayo de 2001, en las cuales se declara que la relación que une a los demandantes, supuestos concesionarios mercantiles, distribuidores autónomos de cerveza, es de naturaleza laboral y ellos trabajadores de Diposa, o la de fecha 11 de noviembre de 2005 que, sin explicar los motivos, cambia de criterio y dice que los actores son comerciantes independientes? ¿Adónde en-

contrar la doctrina reiterada de la Sala, en la sentencia Bauxilum, del 3 de mayo de 2002, que flexibiliza el principio de irrenunciabilidad refiriéndolo a las disposiciones legales de orden público o en la sentencia Visa del 1º de junio de 2004 que considera que la posibilidad de desmejorar las cláusulas de una convención colectiva es excepcional, condicionada al cambio de un beneficio por otro y sujeta homologación? Por último y para no agotar al lector con enunciación de varios otros ejemplos, ¿la doctrina reiterada de la Sala está en la conocida sentencia Flexilón de 2000 que se aparta de la concepción tradicional de la responsabilidad civil, estableciendo la denominada “responsabilidad objetiva por daño moral” o en la sentencia Sergio Alberto Machado Ascensión vs Banesco, de fecha 1-12-2003, en la cual la Sala, ajustándose a la ortodoxia, estableció que

cuando el trabajador demanda la indemnización de daños materiales o morales de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.185 del Código Civil, esto es por responsabilidad subjetiva, éste es quien debe probar los extremos que conforman el hecho ilícito del patrono con fundamento a lo dispuesto en el artículo 1.354 del Código Civil, es decir, le corresponde al actor demostrar que el accidente se produjo por intención, negligencia o imprudencia de la empleadora.

Con mucha sabiduría, el legislador estableció que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo debía ser revisada en un lapso de cinco años. Con toda humildad, el presente trabajo pretende ser una colaboración para esta próxima tarea.

Los principios generales del derecho aplicables a la actividad probatoria del proceso laboral venezolano previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y otros temas conexos

Luis Alfredo HERNÁNDEZ MERLANTI*

SUMARIO:

- 1. Introducción a la temática: 1.1 Principio de uniformidad. 1.2 Principio de oralidad. 1.3 Principio de publicidad. 1.4 Principio de gratuidad. 1.5 Principio de brevedad o celeridad. 1.6 Principio de inmediatez. 1.7 Principio de concentración. 1.8 Principio de prioridad de la realidad de los hechos. 1.9 Principio de equidad.**

* Universidad Católica Andrés Bello, Abogado, Especialista en Derecho Procesal. Professor de la Cátedra Teoría General de la Prueba. Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, ex relator externo. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Políticoadministrativa, ex relator externo. Grau Hernández & Mónaco, Socio Fundador.

2. **Los principios generales del derecho aplicables a la actividad probatoria del proceso venezolano:** **2.1** *Principio de necesidad de la prueba.* **2.2** *Principio de la comunidad de prueba o adquisición procesal.* **2.3** *Principio de lealtad probatoria.* **2.4** *Principio de contradicción y control de la prueba:* **2.4.1** Contradicción a la prueba. Referencia a la contradicción probatoria en la LOPT. **2.4.2** El Control de la prueba. **2.5** *Principio de originalidad de la prueba.* **2.6** *Principio de concentración.* **2.7** *Principio de obtención coactiva de la prueba.* **2.8** *Principio de alteridad de la prueba.* **2.9** *Principio de valoración de la prueba.*

1. INTRODUCCIÓN A LA TEMÁTICA

El artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (en lo sucesivo y para mayor facilidad LOPT), establece de manera general los principios orientadores o que informan al proceso laboral venezolano. Muy concretamente establece que “el juez orientará su actuación en los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuitad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad”.¹ Estos principios así enunciados son desarrollados parcialmente por los artículos subsiguientes del Capítulo I, Título I de la LOPT.

Veamos seguidamente en qué consisten tales principios:

1.1 PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD

La LOPT establece un procedimiento único para las diversas pretensiones de índole laboral que se pueden presentar ante los órganos jurisdiccionales con competencia en dicha materia. Hasta el 13 de agosto de 2003, fecha de entrada en vigencia de la LOPT, coexistían varios procedimientos de tipo laboral. Así, por una parte, el artículo 116 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo previó el procedimiento de estabilidad

¹ LOPT (02): Art. 2. Demás está decir que estos principios orientadores responden precisamente a una instrucción u orden constitucional prevista en la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 4º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece: “Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará: ... (omissis) ... 4º Una Ley Orgánica Procesal del Trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuitad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del Juez o Jueza en el proceso”.

laboral relativa, que tenía por objeto el reenganche y pago de salarios caídos de los trabajadores despedidos de manera injustificada.

Por otro lado, coexistía paralelamente el procedimiento para el cobro de prestaciones sociales previsto en la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo. Tanto el procedimiento de estabilidad como el de diferencia de prestaciones sociales eran disímiles, previéndose lapsos distintos para la celebración de los distintos actos y actuaciones del proceso laboral.

De esta manera la LOPT unificó todos los procesos que se ventilan ante los tribunales con competencia laboral.

Sin embargo aún quedan incertidumbres sobre procesos que podrían tener su origen en el desarrollo de un proceso laboral, como es precisamente el caso de los procesos de intimación de honorarios profesionales de los abogados intervenientes en un proceso laboral cuando en éste exista condenatoria en costas del proceso o algún recurso y máxime cuando aún las decisiones de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia no han tratado el tema.

En otras palabras, surge la interrogante sobre si estos procesos deben tramitarse en la forma y términos previstos en la LOPT para los procesos laborales, esto es, mediante la presentación de demanda escrita ante los Juzgados de Sustanciación, Mediación y Ejecución y a partir de allí seguir íntegramente las correspondientes etapas de juicio, apelación y hasta casación, si la cuantía lo permitiere.

El análisis de la LOPT puede presentar diversas interpretaciones, por cuanto en un primer término, al revisar las competencias de los Tribunales del Trabajo clasificados en dicho texto, no pareciera permitir la tramitación de procesos distintos a los enumerados. De hecho, el artículo 29 de la LOPT establece de manera clara e indubitable que los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir los siguientes asuntos: i) Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje; ii) Las solicitudes de calificación de despido o de reenganche, formuladas con base en la estabilidad laboral consagrada en la Constitución y la legislación laboral; iii) Las solicitudes de amparo por violación o amenaza de violación de derechos y garantías constitucionales; iv) Los asuntos de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social; y, v) Los

asuntos contenciosos del trabajo relacionados con los intereses colectivos o difusos.

Del elenco de asuntos que son conocidos por los Tribunales del Trabajo no aparecen, según nuestro entender, aquellos derivados de asuntos relacionados con los efectos del proceso como es precisamente el caso del cobro de honorarios profesionales y costas en general.

No obstante, existen algunas razones que nos permitirían concluir que los Tribunales del Trabajo son también competentes para conocer de las intimaciones de honorarios profesionales a las cuales hacemos referencia.

En primer término, la Exposición de Motivos de la LOPT es sumamente clara al prever que las competencias establecidas en su artículo 29 no son taxativas sino meramente enunciativas. Así, expresa lo siguiente:

Se debe señalar, que de acuerdo con el artículo 13 de la Ley que nos ocupa, la jurisdicción laboral se ejerce por los Tribunales del Trabajo y la materia laboral comprende, no sólo los conflictos surgidos por aplicación de las leyes laborales y de seguridad social, sino todas las cuestiones de interés laboral y social que se encuentren en otras leyes, cuya competencia no haya sido expresamente excluida del conocimiento de los Tribunales Laborales, razón por la cual, la competencia es mucho más amplia. Por ello, el texto del artículo 29 es enunciativo y no taxativo y tales materias estarán atribuidas a los Tribunales del Trabajo, sin perjuicio del fuero atrayente que ejerce la jurisdicción laboral, por la competencia genérica que establece el artículo 13 antes indicado.

Efectivamente, como lo indica la Exposición de Motivos de la LOPT, la competencia de los Tribunales del Trabajo es mucho más amplia y no se encuentra limitada a los asuntos previstos en su artículo 29. La competencia de los Tribunales del Trabajo, aparte de abarcar también otras cuestiones de índole laboral o social previstas en otras leyes de la República, también debería abarcar todos aquellos asuntos conexos o derivados del proceso laboral venezolano como sería, conforme a estos últimos comentarios, los procesos de intimación de honorarios profesionales.

Adicionalmente a lo anterior y ante el silencio del artículo 29 de la LOPT, el artículo 63 *eiusdem* prevé de manera expresa, como un efecto del proceso laboral venezolano, las costas que debe pagar la parte vencida

por concepto de honorarios profesionales del apoderado u apoderados de la parte contraria, a tal punto de prever su fijación a través de retasa.²

De ahí que en nuestra opinión, los Tribunales del Trabajo sí tienen competencia para conocer de las intimaciones de honorarios profesionales derivadas del proceso laboral. No obstante, también continúa latente otra interrogante referida a la forma en que deberá iniciarse el proceso de intimación de honorarios, es decir, si a través de demanda que debe cumplir con los requisitos previstos en la LOPT para toda demanda que deba presentarse ante los tribunales con competencia del trabajo, si el derecho al cobro de honorarios profesionales –como sucede en sede civil, mercantil, etc.– puede ser cuestionado por la parte perdidosa o si, por el contrario, se entra directamente en la fase de retasa.³

En nuestro modo de ver, pensamos que las demandas de intimación de honorarios profesionales están sujetas en una primera fase a la etapa declarativa del derecho al cobro de honorarios profesionales, con el propósito de determinar si efectivamente corresponde al abogado intimante el cobro de los rubros que reclama y estima en su libelo de demanda. Sin embargo y en razón de la especialidad del proceso de intimación de honorarios profesionales del abogado, no vemos apropiado el que se utilice el proceso previsto en la LOPT como si se tratara de una demanda laboral.

En razón de la especialidad del proceso de intimación de honorarios profesionales somos partidarios que la demanda, presentada ante el Juzgado de Sustanciación, Mediación y Ejecución, sea admitida por éste y ordene la notificación del intimado para que de conformidad con las previsiones del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, al cual remite de ma-

² El artículo 63 de la LOPT, establece textualmente: “Las costas que debe pagar la parte vencida, por honorarios del apoderado de la parte contraria, estarán sujetos a retasa. En ningún caso estos honorarios excederán del treinta por ciento (30%) del valor de lo demandado”.

³ Simplemente y a modo de recordatorio, el proceso de intimación de honorarios profesionales consta de dos fases perfectamente diferenciadas y admitidas plenamente por nuestra Casación Civil y la doctrina más autorizada; a saber: i) la fase declarativa, mediante la cual el órgano jurisdiccional establece mediante sentencia definitivamente firme el derecho o no al cobro de los honorarios profesionales intimados, lo cual se lleva a cabo a través de la incidencia prevista en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil por remisión expresa de la Ley de Abogados, y que posibilita que la sentencia declarativa sea recurrida y finalmente revisada en casación; y, ii) la fase de retasa a través de la cual se determina, por vía de Jueces Retasadores designados conforme a la Ley de Abogados, el monto de los honorarios que corresponderán al abogado.

nera expresa la Ley de Abogados, dé contestación a la intimación y se produzca la audiencia de juicio ante el Tribunal de Juicio que corresponda; una vez determinado el derecho al cobro, el proceso entrará en la fase de retasa para determinar la cuantía de los honorarios profesionales, respetando el límite que impone el propio artículo 63 de la LOPT, equivalente al treinta por ciento (30%) del monto de lo litigado.

1.2 PRINCIPIO DE ORALIDAD

El proceso es esencialmente oral, lo que se manifiesta en la celebración de las audiencias preliminares, de juicio, de apelación y de casación. En ese sentido, el debate argumentativo y probatorio se realiza íntegramente de manera oral, a tal punto que los actos probatorios son desarrollados también en un solo acto, con la presencia del juez, las partes, auxiliares de justicias y terceros que deban rendir declaración en el proceso (testigos y expertos).

La escritura se mantiene, pero limitada a la demanda que da inicio al proceso, la contestación y la promoción de pruebas. También se mantiene la escritura en lo que concierne a la formalización del recurso de casación, el cual no puede de tres (3) folios útiles con sus vueltos, así como en lo que se refiere a la contestación o impugnación a la formalización, también limitado por ese número de folios.

1.3 PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

De conformidad con la LOPT, el proceso laboral venezolano es público, salvo que se trate de causas reservadas a decisión del Tribunal. De conformidad con las previsiones del artículo 4 de la LOPT, el Tribunal podrá reservar la publicidad del proceso por razones de seguridad, de moral o de protección de la personalidad de algunas de las partes.

No obstante, al analizar el correspondiente articulado de la audiencia preliminar que se despliega ante el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, podemos notar que ésta se realiza privadamente y a ella sólo están convocadas las partes, el juez y restantes miembros del órgano jurisdiccional.⁴ Esta privacidad excepcional de la

⁴ El artículo 129 de la LOPT dispone textualmente lo siguiente: “La audiencia preliminar será en forma oral, privada y presidida personalmente por el Juez de Sustanciación, mediación y Ejecución, con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderados. En la misma no se admitirá la oposición de cuestiones previas”.

audiencia preliminar tiene su razón de ser en el hecho de que es precisamente en ella donde el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución propende a que las partes del proceso logren poner fin a sus controversias mediante los medios de autocomposición procesal permitidos, esto es, el desistimiento, el convenimiento y la transacción.

1.4 PRINCIPIO DE GRATUIDAD

El proceso no genera gastos por concepto de aranceles, tasas o timbres fiscales. No obstante, existen disposiciones –como sucede en materia de la prueba de experticia– mediante las cuales se dispone expresamente que el costo del dictamen de los expertos correrá por cuenta del promovente de la prueba.⁵

1.5 PRINCIPIO DE BREVEDAD O CELERIDAD

El análisis de la estructura organizativa del nuevo proceso laboral venezolano evidencia el principio de celeridad en el cual se fundamenta. Basta simplemente revisar los plazos procesales impuestos por la LOPT, así como también el brevíssimo plazo del cual dispone el juez para dictar la decisión, para corroborar que el legislador de la LOPT inspiró esta nueva estructura procesal en el principio de la celeridad.

De hecho y adoptando aunque no exactamente el criterio impuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (sentencia N° 7 del 1º de febrero de 2000, caso *José Amado Mejía Betancourt y otros*) en materia de amparo sobre derechos y garantías constitucionales, según el cual debe el juez constitucional decidir la pretensión de amparo en la propia audiencia o diferir, cuando así lo ameritare la causa para un lapso de cuarenta y ocho horas, la LOPT estableció igualmente la obligación del Juez de Juicio, Juez Superior del Trabajo y la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de decidir las causas de

⁵ El artículo 94 de la LOPT es el dispositivo técnico que establece esta carga de asunción de costos de la pericia. No obstante, si las partes carecieren de medios económicos para sufragar la experticia, el Tribunal podrá ordenar que la experticia sea practicada por funcionarios públicos. Igual sucede cuando el arbitraje laboral es solicitado por el trabajador y careciere de medios económicos para afrontar los emolumentos de los árbitros, en cuyo caso el Tribunal dispondrá que los asuma el Estado.

manera oral e inmediata y publicando el fallo definitivo en un lapso no superior a cinco (5) días hábiles.⁶

1.6 PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

El juez debe presenciar todos los actos del proceso. Así, el juez no sólo participa en la celebración de las audiencias preliminar, de juicio y de casación, sino que igualmente presencia los actos de prueba. Una manifestación indubitable del principio de inmediatez o inmediación, se encuentra previsto en el artículo 6 de la LOPT conforme al cual “Los Jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar el debate y la evacuación de las pruebas, de las cuales obtienen su convencimiento”.

De esta manera el juez deberá presenciar los actos de declaración de testigos, así como también asistir a las reproducciones y demás reconocimientos judiciales, así como también llevar a cabo el interrogatorio o declaración de parte, pudiendo lograrse por esa vía la confesión de la parte interrogada.

Sin embargo, este principio de inmediatez o inmediación se rompe cuando se le permite al juez comisionar a otro Tribunal de la jurisdicción cuando no pueda asistir a la práctica de la inspección judicial, contrariándose de manera evidente el contenido del artículo 6 de la LOPT.

Esta prerrogativa del Juez de Juicio, prevista en el párrafo único del artículo 112 de la LOT, que, retiramos, permite la comisión a otro juez del mismo territorio competencial para la práctica de la inspección judicial “en caso de no poder asistir” no es del todo feliz.

Pensamos que el Juez de Juicio puede dar perfectamente comisión para la práctica de inspecciones judiciales, pero esta prerrogativa debería estar limitada a inspecciones judiciales que deban practicarse en otros territorios del país sobre los cuales el Juez de Juicio carezca de competencia territorial. Admitir, como se prevé en la LOPT, la posibilidad de comisionar “en caso de no poder asistir”, rompe prácticamente con la

⁶ No obstante ello, por la complejidad del asunto debatido, por causas ajenas a la voluntad de los jueces de juicio, superiores o magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, o incluso por razones de fuerza mayor, podrán diferirse los fallos por una sola vez, debiéndose producir los mismos en un lapso no superior de cinco (5) días hábiles.

intención legislativa de lograr que el juez esté presente en los actos de prueba y máxime cuando la inspección judicial debe ser practicada indudablemente, en nuestro parecer, en la etapa de la audiencia de juicio.

De ahí que nos resulte irracional que estando en la audiencia de juicio, en la cual se exige la presencia directa del juez a todos los efectos legales,⁷ se le permita comisionar al juez de juicio la práctica de la inspección judicial “en caso de no poder asistir”.

Para evitar precisamente romper con el principio de la inmediatez, sugerimos que las interpretaciones que haga la Sala de Casación Social a esta norma indiquen que la facultad de comisionar está reservada de manera exclusiva a aquellas inspecciones que deban realizarse fuera del territorio en el cual tiene competencia el Tribunal de Juicio.

1.7 PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

Se habla de concentración procesal cuando los actos que conforman el proceso no están separados por períodos distantes.

En la LOPT puede claramente observarse este principio de concentración procesal, toda vez que los actos procesales están reducidos a oportunidades no distantes entre sí. Prácticamente el juicio laboral se despliega en la audiencia preliminar (que podría tener una duración de 4 meses) y en la audiencia de juicio, dentro de la cual, además de producirse el debate argumentativo, se evacuarán los medios que las partes hubieren promovido y aquellos que el juez, en los casos permitidos en la LOPT, decida hacer evacuar.

Por su parte, los lapsos para el procedimiento de segunda instancia y casación se han reducido notablemente y se encuentran limitados al despliegue de la audiencia de apelación ante el Tribunal Superior y la presentación de dos escritos y la celebración de una audiencia para el caso de la casación.

⁷ Tómese en cuenta, de manera adicional, que la sentencia de primera instancia en materia laboral se produce finalizada la audiencia de juicio, caso en el cual, si se permitiera comisionar al juez de juicio “en caso de no poder asistir” la apreciación de dicha probanza se limitaría única y exclusivamente al acta levantada por el juez comisionado. Pero es que además, el artículo 6 de la LOPT prevé de manera expresa que “Los Jueces que han de pronunciar la sentencia, deben presenciar el debate y la evacuación de las pruebas, de las cuales obtienen su convencimiento” (destacado nuestro).

1.8 PRINCIPIO DE PRIORIDAD DE LA REALIDAD DE LOS HECHOS

Pensamos que si bien estamos en presencia de un principio, el mismo no atañe directamente al proceso laboral como tal sino que más bien atiende a una cuestión de orden sustantivo del Derecho del Trabajo, razón por la cual no ahondaremos en su tratamiento. En todo caso, se trata de un principio de rango constitucional, según el cual el Juez del Trabajo debe darle primacía a los hechos no obstante las formas o apariencias que las partes hubieren creado a fin de evitar la aplicación de la legislación laboral.

1.9 PRINCIPIO DE EQUIDAD

La LOPT incluye como uno de sus principios rectores el de equidad. De acuerdo a la Exposición de Motivos de la LOPT, "...se consagra la equidad como principio, dirigido al Juez para que en su interpretación esté orientado, siempre, por la justicia del caso concreto, consagrando así un criterio que es ya jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia".

Efectivamente, como lo afirma la Exposición de Motivos de la LOPT, la Sala de Casación Social ha venido indicando el vigor de este principio de equidad, orientado básicamente a que el Juez del Trabajo atienda al principio de irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores sobre normas de carácter procesal que eventualmente les perjudiquen. Así, por ejemplo, nos permitimos citar la decisión N° 0779 del 3 de mayo de 2006 (caso: *José Rafael Rodríguez contra Acerotracto, C.A.*), según la cual:

En virtud de este apego de la ley procesal del trabajo al principio fundamental expresado en la Constitución (artículo 257), y de la especial naturaleza irrenunciable de los derechos que se tutelan en el procedimiento laboral (artículo 89, numeral 2, constitucional y artículo 3 de la ley sustantiva del trabajo), el sistema procesal establecido en la nueva ley impone al juzgador orientar su actuación en un principio de equidad (artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), y a no perder de vista la irrenunciabilidad de los derechos y beneficios que la legislación social acuerda a los trabajadores (artículo 5 *eiusdem*), por lo que consagra algunas disposiciones que modifican el régimen ordinario que tienen ciertas instituciones procesales. Específicamente, puede observarse que en materia de peren-

ción, la regla consagrada en el Código Civil (artículo 1.972), y en el Código de Procedimiento Civil (artículos 267 y siguientes), traen como consecuencia que la extinción de la instancia impide los efectos de la citación del accionado para interrumpir la prescripción, y por tanto, si el demandante quisiera reclamar su derecho en un proceso futuro, el tiempo transcurrido bajo la pendencia del juicio extinguido, debe computarse al tiempo de prescripción.

Sin embargo, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en aras de preservar la irrenunciabilidad de los derechos laborales, ha consagrado un régimen distinto al de Derecho común, estableciendo en su artículo 203 que la perención no impide que se vuelva a proponer la demanda –al igual que ocurre en el proceso civil–, y que además, los lapsos de prescripción no corren durante la pendencia del proceso, excluyendo expresamente la consecuencia jurídica establecida en el artículo 1.972 del Código Civil.

2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO APLICABLES A LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL PROCESO LABORAL VENEZOLANO

Ya en una anterior entrega⁸ nos atrevíamos a afirmar que los principios generales del derecho son plenamente aplicables a la actividad probatoria y se convierten prácticamente en principios de esa ciencia del derecho, a tal punto que atendiendo a las previsiones del artículo 4 del Código Civil, los principios generales del derecho son siempre aplicables cuando no hubiere disposición precisa de la Ley.

Como es obvio, los principios generales de prueba no se encuentran previstos en una norma expresa, pero se derivan de la existencia de una serie de normas, así como de la interpretación jurisprudencial.

De esta realidad no se escapa la actividad probatoria del proceso laboral venezolano previsto en la LOPT, el cual se encuentra revestido de

⁸ Vid nuestro artículo titulado *Resquebrajamiento del Principio de Originalidad de la Prueba Documental en la Novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo* en Fernando Parra Aranguren, editor: *Nuevos Estudios de Derecho Procesal - Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Colección Libros Homenaje N° 8, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela, 2002, Vol. I, pp. 667-693.

una serie de principios probatorios que los Jueces del Trabajo deberán atender. Ya Devís Echandía nos indicaba que “(...) no obstante las diferencias que existen entre los procesos civil y penal y la distinta regulación que legislativamente suele darse a ambos, la institución de la prueba judicial conserva su unidad en lo referente a los delineamientos y principios generales”.⁹ Lo mismo sucede en el derecho probatorio del proceso laboral, el cual –se reitera– conserva los mismos principios del resto de los procesos judiciales.

Es pues de esta manera como corresponde seguidamente atender y determinar cuáles son los principios generales o de prueba más importantes que resultan ser aplicables al proceso laboral venezolano, aclarando desde ya que nuestra investigación no abarca el estudio de todos los principios aplicables.

2.1 PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PRUEBA

Es el principio básico dentro del derecho probatorio. Está unido al derecho de defensa, toda vez que resultaría ilógico y hasta injusto permitir que los procedimientos se limitaran a las simples afirmaciones de hecho que realicen las partes en los actos creados para ello. La prueba es necesaria simplemente porque tiene como fin verificar las afirmaciones de hechos presentadas por las partes.¹⁰

El principio de necesidad de la prueba se encuentra recogido íntegramente en el artículo 69 de la LOPT, según el cual “Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”.¹¹

⁹ Devís (93): *Teoría General de la Prueba Judicial*. I. 114.

¹⁰ Jesús Eduardo Cabrera ha realizado una amplia exposición en relación a este principio de necesidad de prueba de la siguiente forma: “La necesidad de la prueba responde a una concepción general del Derecho de Defensa, y por ello, no sólo no es posible pensar en un juicio donde se negare a las partes la prueba, sino que también es dado pensar en un proceso donde no existe la contraprueba. No sólo como una consecuencia de la igualdad de las partes (Art. 15 CPC), sino como un resultado lógico del derecho de defensa, si una parte puede demostrar sus afirmaciones, la otra podrá hacer la contraprueba de las mismas que responden también a sus alegatos; al fin y al cabo esta posición es un derivado de la dialéctica del proceso en cuanto a alegaciones y contra alegaciones”. (*Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*. Tomo I, p. 21. Editorial Jurídica Alva, 1989).

¹¹ LOPT (02): Art. 69.

En otras palabras, para que pueda producirse una sentencia motivada debe el juez contar con medios de prueba, aportados por las partes o por el juez, según el caso, que acrediten la existencia y veracidad de las afirmaciones realizadas por las partes en la demanda y en su contestación.

Se ha dicho y en eso estamos de acuerdo, que este principio de necesidad de la prueba se encuentra vinculado a la prohibición del juez de aplicar al caso concreto sus conocimientos privados, ya que deben ser las partes quienes aporten los medios de convicción necesarios para que el juez produzca el fallo, excepción hecha de la aplicación de las máximas de experiencia comunes al caso concreto, lo cual se encuentra plenamente permitido por el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual reputamos aplicable plenamente al proceso laboral venezolano y la exención de prueba de los hechos notorios.

Dicho de otra manera y no obstante la especialidad del derecho procesal laboral venezolano, la prueba es indispensable para la producción de una decisión por parte de los órganos jurisdiccionales laborales.

2.2 PRINCIPIO DE LA COMUNIDAD DE PRUEBA O ADQUISICIÓN PROCESAL

De acuerdo a este principio las pruebas no son de la exclusiva propiedad de las partes sino del proceso y, por ende, se convierten en comunes. Al convertirse la prueba en común, las partes deben aceptar tanto los efectos favorables como los desfavorables que se desprendan de ellas, independientemente de la parte que hubiera producido el medio probatorio.

Como consecuencia de este principio probatorio, es fácil advertir que una vez que la prueba ha sido evacuada y sus resultados son palpables en el proceso, la parte promovente no podrá desistir de ella.

Sin embargo, siempre ha existido –por lo menos desde nuestra óptica– incertidumbre sobre si las partes pueden renunciar o desistir de las pruebas promovidas y admitidas o de las pruebas promovidas y aún no admitidas.

En términos generales, se ha admitido que las partes puedan desistir sobre las pruebas que aún no han sido evacuadas en sede jurisdiccional. Sin embargo, bajo la concepción del proceso civil venezolano contemplado en el Código de Procedimiento Civil, nos luce que el principio de la comunidad de prueba o adquisición procesal no se limita de manera exclusiva a la prueba ya evacuada, caso en el cual, como indicamos, la

parte no puede desistir de ella, sino que también es extensible a la prueba promovida, mas no evacuada e incluso a la prueba no promovida. Para ello, bastaría simplemente revisar el contenido del artículo 401 del Código de Procedimiento Civil para percatarnos que incluso en el procedimiento civil ordinario, el juez tiene la facultad de ordenar la producción de algún documento de cuya existencia haya algún dato en el proceso o bien la comparecencia de un testigo que, sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier otro acto procesal.

Si bien es cierto que el articulado de la LOPT no tiene una norma análoga al artículo 401 del Código de Procedimiento Civil o al artículo 514 *eiusdem* (al menos en lo taxativo de las actividades probatorias indicadas en tales normas), nos luce apropiado sostener que el principio de comunidad de prueba o adquisición procesal es plenamente aplicable al proceso laboral venezolano y, además, que el mismo podría ser extensivo a las pruebas que las partes hubieren renunciado o también a pruebas no promovidas por las partes.

Efectivamente, existen dos preceptos de la LOPT que prevén la actividad oficiosa por parte del Juez del Trabajo (reputamos que el único puede ser el Juez de Juicio). Nos referimos a los artículos 71 y 156 de la LOPT que establecen:

Artículo 71.- Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes.

El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso alguno.

Artículo 156.- El Juez de Juicio podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad; también podrá dar por terminados los actos de examen de testigos, cuando lo considere inoficioso o impertinente.

Al tenor de las normas precedentemente transcritas, el Juez de Juicio del proceso laboral venezolano no es un mero espectador y por ende puede perfectamente hacer evacuar medios de prueba destinados a formar convicción. Sin embargo, el Juez de Juicio debe ser prudente, toda

vez que en nuestro parecer tal actividad probatoria no es libre e independiente, ya que más bien se limita a aquellas situaciones en las cuales la prueba aportada por las partes es insuficiente, es decir, el juez tiene dudas y necesita aclararlas luego de finalizado el debate probatorio propuesto por las partes. Nada mejor que ordenar la evacuación de medios de prueba adicionales siempre que el juez *no se sustituya la carga probatoria que corresponda a las partes*.¹²

Es de tal manera que en el supuesto de renuncia o desistimiento de pruebas promovidas más no evacuadas, el Juez de Juicio podría perfectamente, a la luz de los artículos 71 y 156 de la LOPT, ordenar la evacuación de esas pruebas, siempre que de la actividad probatoria desplegada por las partes en el proceso laboral, el juez tuviese dudas y requiriese aclararlas al mejor estilo del auto para mejor proveer del Código de Procedimiento Civil venezolano.

El principio de comunidad de prueba o adquisición procesal es pleno y no admite, según nuestro criterio, atenuaciones como las propuestas por la Casación Civil en materia de confesiones espontáneas.¹³ Independientemente de la fórmula como ingrese la confesión, judicial provocada, judicial espontánea o extrajudicial, el Juez está en la obligación de apreciar dicha declaración desfavorable así ocurra fuera de etapas distintas a la probatoria, por cuanto es de la naturaleza o esencia de la confesión, que ella pueda producirse en cualquier etapa del proceso.

De ahí que consideremos como una obligación del Juez del Trabajo analizar y valorar todas las declaraciones que realicen las partes en el proceso y que, aún no habiendo sido señaladas por las partes, tendrán dicha

¹² Sobre este tema ya se ha pronunciado nuestra Sala de Casación Social de la siguiente manera: “Sobre tal lineamiento, resulta preciso señalar, que en la búsqueda de la realidad de los hechos, el Juez puede hacer uso de la facultad contenida en la norma anteriormente transcrita, en la medida en que las pruebas aportadas por las partes sean insuficientes para generarle convicción respecto al asunto sometido a decisión, pero nunca para suplir las faltas, excepciones, defensas y/o cargas probatorias que tienen cada una de las partes del proceso...” (Sentencia N° 1037 del 7 de septiembre de 2004, caso: *Naif Mouhammad Rojas contra Ferretería Epa*).

¹³ Como bien es conocido en el foro, la Casación Civil ha venido sosteniendo reiteradamente a los fines de definir el vicio de silencio de pruebas, que el Juez no tiene la obligación de pronunciarse y valorar aquellas confesiones espontáneas ocurridas dentro del proceso pero fuera de las etapas probatorias, lo cual atenta, en nuestro parecer, con el principio de comunidad o adquisición procesal de la prueba.

obligación y declarar la existencia de la confesión con el otorgamiento del correspondiente efecto adverso a la parte que la realice.

Finalmente y continuando con lo relativo al principio de comunidad o adquisición procesal de la prueba, haremos referencia a la previsión normativa contenida en el artículo 112 de la LOPT, la cual regula la práctica de la inspección judicial. De conformidad con dicha norma, “Para llevar a cabo la inspección judicial, el juez concurrirá con el secretario o quien haga sus veces y uno o más prácticos de su elección, cuando sea necesario, previa fijación del día y la hora correspondiente. *Si la parte promovente no concurre a la evacuación de las pruebas, se tendrá por desistida la misma*” (énfasis agregado).

En nuestra opinión, si en el proceso venezolano funciona el principio de comunidad o adquisición procesal de la prueba, no entendemos la razón por la cual la LOPT dispone que la inasistencia del promovente a la práctica de la inspección judicial supone el desistimiento de la prueba. Por el contrario, promovida y admitida como ha sido la probanza, pensamos que el Juez de Juicio debe necesariamente hacerla practicar así la parte promovente no hubiere concurrido al acto o bien hacer uso de la facultad probatoria oficiosa a la que hicimos referencia precedentemente, en caso de considerar necesaria la práctica de la inspección judicial promovida por las partes.

2.3 PRINCIPIO DE LEALTAD PROBATORIA¹⁴

Si bien por un lado las partes tienen la posibilidad de utilizar libremente los medios de prueba (legales o libres), también deben sujetar su conducta probatoria con base a la lealtad y la probidad debida no sólo a sus contrarias, sino también al juez y al proceso.

En Venezuela el principio de lealtad probatoria estuvo consagrado en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, norma que servía de manera supletoria al proceso laboral regulado por la derogada Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo. El artículo 170 del Código adjetivo civil previó una serie de conductas reprochables en el

¹⁴ Para Devís este principio también puede llamarse principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba. (Vid. *Ob. Cit.*, p. 120).

proceso civil, incluyéndose de manera concreta este principio de lealtad probatoria de la siguiente forma:

Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. En tal virtud, deberán:

(...*omissis...*).

3º No promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar, actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan.

(...*omissis...*).

Conforme a la disposición recientemente transcrita, las partes deben abstenerse de promover pruebas inútiles o innecesarias para defender el derecho que sostengan. Tal conducta de no hacer no sólo está dirigida a las partes, sino también a sus representantes judiciales constituidos mediante poder y a sus abogados asistentes.

En razón de ello, las partes, sus apoderados y abogados asistentes no pueden entorpecer con pruebas maliciosas, inútiles o innecesarias el curso normal del proceso, quedando por ello en cabeza del juez la determinación sobre la reprobabilidad o no de esta conducta. Precisamente por ello el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil prevé que el juez, de oficio o a petición de parte, puede tomar todas las medidas necesarias para evitar y sancionar, si tal fuere el caso, las conductas de las partes reñidas con la lealtad y la probidad.¹⁵

En el texto de la LOPT aparecen refundidos en una sola norma los dispositivos previstos en los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, con algunas pocas variantes. Entre estas pocas variantes que encontramos en el artículo 48 de la LOPT se encuentra precisamente el no preverse una norma dedicada a la falta de lealtad o probidad en materia probatoria. La mencionada norma establece:

El Juez del Trabajo deberá tomar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, ten-

¹⁵ Esta norma del Código de Procedimiento Civil reza textualmente: “El Juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la Ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes”.

dentes a prevenir o sancionar la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesal o cualquier otro acto contrario a la majestad de la Justicia y al respeto que se deben los litigantes. A tal efecto, el Juez podrá extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes, de sus apoderados o de los terceros y deberá oficiar lo conducente a los organismos jurisdiccionales competentes, a fin de que se establezcan las responsabilidades legales a que haya lugar.

Parágrafo Primero.- Las partes, sus apoderados o los terceros, que actúen en el proceso con temeridad o mala fe, son responsables por los daños y perjuicios que causaren.

Se presumen, salvo prueba en contrario, que las partes, sus apoderados o los terceros, han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:

1. Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas;
2. Alteren u omitan hechos esenciales a la causa, maliciosamente;
3. Obstaculicen, de una manera ostensible y reiterada, el desenvolvimiento normal del proceso.

(...*omissis...*).

No obstante la falta de una norma expresa referida a la falta de probidad o lealtad en materia probatoria, pensamos que este principio rige plenamente al proceso laboral venezolano, ya que al menos constituye según la LOPT una conducta reprochable el hecho de obstaculizar de manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso, lo cual sucedería, por razones evidentes, con la utilización de medios de prueba inútiles e innecesarios que persigan un efecto contrario del proceso al deseado por el legislador y el constituyente.

2.4 PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y CONTROL DE LA PRUEBA

El principio de contradicción y control de la prueba es uno de aquellos íntimamente ligados al derecho a la defensa que se encuentra previsto en nuestra Ley Fundamental. De conformidad con el artículo 49.1 de la

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “...toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, *de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa*” (cursivas nuestras).¹⁶

Como puede observarse, el derecho constitucional a la defensa no sólo se restringe de manera exclusiva a la posibilidad de ser notificado o citado a los fines de hacer presencia en el proceso y contradecir los argumentos que son expuestos contra una determinada persona, sino que también se refiere a la actividad probatoria.

Las partes tienen el derecho de acceder a las pruebas, esto es, el derecho a conocer los medios sobre los cuales se sustenta una determinada pretensión procesal de cualquier estilo e índole, así como a disponer de las oportunidades procesales correspondientes para combatir los medios de pruebas que obren en su contra y a disponer también de oportunidades para fiscalizar la evacuación de tales medios.

La contradicción a la prueba tiene su esencia entonces en la posibilidad de combatir a los medios de prueba que la contraparte ofrece para demostrar sus afirmaciones, mientras que el control se refiere estrictamente a la posibilidad de fiscalizar, hacer presencia y observar el desarrollo y despliegue de los actos de prueba que se verifican en el proceso. La Ley es por lo tanto la encargada de desarrollar esta manifestación del derecho a la defensa en relación a la actividad probatoria.

Veamos entonces de manera separada este principio tanto en lo que atañe a la contradicción como al control de la prueba.

2.4.1 Contradicción a la prueba. Referencia a la contradicción probatoria en la LOPT

La contradicción a la prueba tiene dos manifestaciones clásicas, esto es, *la oposición* y *la impugnación*.

Por oposición ha de entenderse la oportunidad procesal que disponen las partes para impedir que los medios de prueba promovidos por su contraria ingresen al proceso, bien por razones de manifiesta ilegalidad o manifiesta impertinencia. En otras palabras, el medio ha sido promovi-

¹⁶ C.R.B.V. (99): Art. 49

do y la parte no promovente debe tener el derecho a impedir o, al menos hacer saber al órgano jurisdiccional, las causas de manifiesta ilegalidad o manifiesta impertinencia que hacen inadmisible al medio. Se pretende con ello que el órgano jurisdiccional acoja la tesis propuesta por el oponente en relación a los medios de prueba promovidos por la contraria.

Por el contrario, la impugnación es un medio repulsivo o reactivo que tiene por objeto expulsar a los medios de prueba que han ingresado ilegalmente al proceso. En esta situación, la parte ataca al medio que ha sido promovido y admitido por el órgano jurisdiccional y busca por ello que no sea apreciado en la sentencia definitiva.

La normativa prevista en la LOPT en materia probatoria contiene algunas pocas innovaciones o cambios que merecen nuestra atención y sobre todo en lo referido a la eliminación o, al menos falta de previsión, de una oportunidad procesal para ejercer oposición a la admisibilidad de los medios de prueba promovidos por la contraparte.

En efecto, la LOPT ha establecido un nuevo proceso mediante el cual se despliega la pretensión laboral, a tal punto que antes de dar contestación a la demanda y en la primera oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar, las partes deben presentar y promover los medios de prueba que ofrecen para demostrar sus afirmaciones de hecho. Así, el artículo 73 de la LOPT dispone de manera expresa que: “La oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar, no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad posterior, salvo las excepciones establecidas en esta Ley”.

Por su parte, el artículo 135 *eiusdem* prevé un lapso de cinco (5) días hábiles siguientes a la finalización de la audiencia preliminar para que la parte demandada dé contestación a la demanda, vale decir, luego de haberse presentado las pruebas promovidas por las partes.

Como se puede observar, la LOPT invirtió el sistema que impone la lógica para el ofrecimiento probatorio –al menos desde la perspectiva de la parte demandada– toda vez que como es bien conocido la prueba funciona y gira sobre las afirmaciones de hecho que realizan las partes. En dicho texto normativo, la parte demandada tiene primero que probar, presentando el escrito de promoción de pruebas en la audiencia preliminar y, finalizada como sea ésta, tendrá un plazo de cinco días hábiles para contestar su demanda. Posterior a ello y remitido el expediente al

Juzgado de Juicio que resulte competente, será éste quien admitirá o no admitirá las pruebas presentadas por las partes.

Ahora bien, no existe en el texto de la LOPT una oportunidad para que las partes puedan ejercer oposición a la admisibilidad de los medios de prueba promovidos por la contraria, lo cual sí sucede en el procedimiento ordinario civil y sucedía en el proceso laboral regido por la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo. En razón de esa circunstancia innumerables profesionales del derecho han venido sosteniendo que resulta imposible, en los términos de la LOPT, la formulación de oposición a la admisibilidad de los medios de prueba.

No obstante que la LOPT no establece oportunidad procesal alguna para que se ejerza la oposición a la cual hacemos referencia, somos de la opinión que resulta plenamente admisible el que las partes puedan hacerlo antes de que el Juez de Juicio se pronuncie sobre la admisibilidad de los medios. Nuestro criterio tiene su fundamento en la circunstancia de que tratándose la contradicción probatoria de una manifestación evidente del derecho a la defensa, conforme a las premisas del artículo 49.1 de la Constitución al cual hicimos alusión párrafos atrás, resulta evidente que las partes deben gozar de la prerrogativa de manifestar las razones de inadmisibilidad de los medios probatorios promovidos por la contraria.

De hecho, sería contrario a las pautas de la norma constitucional el permitir de manera exclusiva al juez dicha determinación, no obstante que el simple hecho de ejercer la oposición no vincula al juez a adoptar el criterio o la posición de la parte oponente, aunque creemos que el juez deberá en el auto correspondiente, acoger o desechar el criterio expuesto por la parte oponente.

En el sistema procesal venezolano, incluyendo por supuesto al proceso de la LOPT, la oposición no se limita de manera exclusiva al derecho que tienen las partes a indicar las razones de manifiesta ilegalidad o impertinencia de los medios promovidos por la contraria, sino que también se producen en otras etapas procesales y más concretamente durante la evacuación de ciertas pruebas.

En doctrina, este tipo de oposición se califica o reputa como una *oposición diferida*,¹⁷ que se manifiesta en aquellos medios en los cuales no

¹⁷ Vid. Cabrera Romero. *Ob. Cit.* pp. 43 y ss.

es necesario anunciar al momento de la promoción el objeto para la determinación de su pertinencia, el cual se sabrá exclusivamente al momento de la evacuación de los mismos. Nos referimos a dos medios probatorios en específico: las posiciones juradas y la prueba testimonial. En ambos casos, la parte debe limitarse a promover el medio, cumpliendo en todo caso con los requisitos de admisibilidad impuestos por el ordenamiento jurídico, y su objeto se conoce al momento de realizarse las preguntas correspondientes a dichas probanzas.

Sin embargo, habiendo sido abolidas las posiciones juradas en el proceso previsto en la LOPT, la oposición diferida únicamente funcionará en materia de la prueba testimonial, en cuyo caso y aun cuando la LOPT no disponga nada al respecto, nos parece que las partes podrán ejercer oposición por razones de impertinencia o ilegalidad de las preguntas formuladas durante la deposición que se lleva a cabo durante la audiencia de juicio.

La otra cara de la contradicción está constituida por la *impugnación* de los medios de prueba. Tal y como indicamos anteriormente, la impugnación no busca impedir el ingreso del medio, como sucede en la oposición, sino su expulsión del proceso.

Prácticamente la LOPT mantiene intactos, con algunas modificaciones, los sistemas impugnativos de los medios de prueba, a tal punto que regula de manera expresa el desconocimiento de la prueba documental, la impugnación de la copia fotostática, la tacha de falsedad instrumental, así como la tacha de testigos.

2.4.2 El control de la prueba

El derecho a la defensa en materia probatoria no se restringe a la contradicción de los medios (por oposición o impugnación), sino que también permite a las partes la fiscalización de ellos cuando los mismos son evacuados, así como a realizar todas las actividades o conductas que el ordenamiento jurídico les permite a las partes durante la evacuación, como sucede, por ejemplo, en materia de las repreguntas que puede realizar la parte no promovente del testigo.

Tal principio de control se manifiesta típicamente en la posibilidad de formular observaciones al acto procesal de la prueba como también a las actas que se levantan con ocasión de ella así como también para presentar reclamos. Por tales razones es factible –por ejemplo– que las

partes puedan indicar al juez lo que está sucediendo al momento de realizarse una inspección judicial, sin que ello implique la incorporación de hechos distintos a los ya anunciados al momento de la promoción.

De acuerdo a lo anterior y si bien es cierto que las partes tienen el derecho de estar presentes y observar lo que acontece en el acto probatorio, no por ello su inasistencia acarrea la nulidad del acto. En otras palabras, la parte tiene el derecho a hacerlo, pero consideramos que la inasistencia de la parte al acto *motu proprio* no conlleva la nulidad del mismo. Sin embargo, si la inasistencia de la parte al acto de prueba tiene su origen en la circunstancia de que el Tribunal practicó el acto en una oportunidad distinta a la fijada, dicho acto estaría viciado de nulidad al habersele impedido a la parte comparecer.

Refiriéndonos más concretamente a las previsiones de la LOPT y el principio que comentamos, resulta más que evidente que las partes conservan plenamente el derecho de estar presentes en los actos de prueba como también para realizar las observaciones correspondientes tanto al acto probatorio como al acta que eventualmente pudiera levantarse.

De hecho, pensamos que bajo la sistemática de la LOPT el control se ha convertido en una carga procesal o un imperativo del propio interés, por cuanto la actividad probatoria se realiza indispensablemente en la audiencia de juicio y de conformidad con las previsiones del artículo 151 de la LOPT, la inasistencia del demandante equivaldrá al desistimiento de la acción laboral, mientras que la inasistencia del demandado equivaldrá a una confesión sobre los hechos planteados por el demandante y que son objeto de la litis.¹⁸

¹⁸ En todo caso somos de la opinión que la inasistencia del demandado a la audiencia de juicio no debe producir necesariamente los efectos de la confesión ficta, toda vez que previamente ha ocurrido la promoción de pruebas y si éstas favorecen su posición en el proceso, deberán ser valoradas por el Juez de Juicio al momento de dictar la sentencia inmediata que se produce por tal inasistencia. De hecho, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1300 de fecha 15 de octubre de 2004, flexibilizó o atemperó la confesión ficta que produciría la inasistencia del demandado a un acto de prolongación de la audiencia preliminar, razón por la cual nos permitimos aseverar que esa misma flexibilización debe ocurrir cuando la inasistencia se produce en la audiencia de juicio. En dicha decisión, la Sala expresó lo siguiente: "...2º) Si la incomparecencia del demandado surge en una de las **prolongaciones** de la audiencia preliminar, la admisión de los hechos por efecto de dicha incomparecencia revestirá carácter relativo, por lo tanto desvirtuable por prueba en contrario (presunción *juris tantum*), caso en el cual, el sentenciador de sustanciación, mediación y

2.5 PRINCIPIO DE ORIGINALIDAD DE LA PRUEBA

El principio de originalidad es aquel que tiene por objeto asegurar que los medios probatorios que reciba el órgano jurisdiccional para la decisión correspondiente sean, además de prueba directa de las afirmaciones que las partes hacen tanto en la demanda como en la contestación, pruebas de primer plano, entendiendo por estas últimas aquellas que no requieren de otros medios para poder determinar su fehaciencia y autenticidad.

La originalidad de la prueba coadyuva, según nuestro criterio, en el logro de un mayor grado de convencimiento del juez al momento de dictar sentencia. Resulta obvio que el juez preferirá recibir la declaración de un testigo que presenció los hechos que son narrados en el proceso, que la declaración de otro testigo que conoce de los hechos por referencia de aquellos que efectivamente los presenciaron. Igual sucederá con la convicción que se logra por vía de la constatación de los hechos por vía de reconocimiento judicial, en el cual el juez percibe directamente el hecho a probar o bien en materia de confesión judicial, a través de la cual el juez conoce el hecho directamente de la parte que realiza la declaración y que además le es desfavorable.

Este principio de originalidad probatoria es ínsito a cualquier proceso y de él no escapa el proceso laboral previsto en la LOPT.

Sin embargo, como apuntamos en nuestro artículo de la nota 8, la LOPT trastoca y resquebraja el principio de originalidad al cual hacemos referencia, permitiendo, al menos en materia documental, el ingreso de documentos privados simples sobre los cuales no existe certeza alguna de autenticidad. De tal manera se permitiría que el juez logre un convencimiento o convicción judicial mediante probanzas que no recogen de manera directa el hecho a probar.

ejecución deberá incorporar al expediente las pruebas promovidas por las partes a los fines de su admisión y evacuación ante el juez de juicio (artículo 74 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), quien es el que verificará, una vez concluido el lapso probatorio, el cumplimiento de los requisitos para que la confesión ficta sea declarada y tenga eficacia legal, es decir, verificará si la petición del demandante no es contraria a derecho y que el demandado no haya probado nada que le favorezca...”. Basándonos en el fallo precedentemente transrito, nos luce que la inasistencia del demandado a la audiencia de juicio no obliga al juez a declarar *ipso facto* la confesión ficta, pues deberá analizar las pruebas promovidas en la audiencia preliminar y que han sido admitidas por el Juez de Juicio.

Con ello no pretendemos afirmar que el ordenamiento jurídico no tutele la posibilidad de ofrecer medios probatorios no originales, como sucedería, por ejemplo, en el caso de las copias fotostáticas de los documentos públicos o los privados reconocidos. Efectivamente nuestro ordenamiento jurídico, incluida la LOPT, ofrece la posibilidad al litigante de producir en copias fotostáticas los referidos instrumentos y ello no es criticable. La razón de ello radica en que sobre tales instrumentos se tiene una certeza de autoría y por ello, estando en presencia de documentos que la ley reputa como auténticos, es posible su producción en copia fotostática o certificada y, en caso de impugnación, la parte promovente tendrá la carga de traer al proceso el original para la determinación de posibles infidelidades.

No queremos causar tedio sobre la tesis que hemos propugnado sobre el resquebrajamiento del principio de originalidad de la prueba en la LOPT, pero nos resulta conveniente advertir que para futuras reformas, deberá atenderse a las circunstancias que hemos indicado para impedir que los jueces puedan lograr su convencimiento mediante pruebas no originales.

2.6 PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

El principio de concentración supone que la actividad probatoria desplegada por las partes se realice en una etapa especialmente designada para ello y no de forma dispersa.

Quizás uno de los procesos especiales que cumple a cabalidad con este principio de concentración es el previsto en la LOPT, a diferencia de otros procesos, en los cuales se permite, a veces de manera anárquica, la promoción de pruebas en diversas fases o etapas procesales.

En el sistema de la LOPT, la actividad probatoria tiene dos momentos esenciales, esto es, la promoción de pruebas, lo cual sólo puede realizarse al momento de dar inicio a la audiencia preliminar y la evacuación de pruebas, lo cual sucede al celebrarse la audiencia de juicio. No existe en el proceso laboral otra oportunidad para la promoción o evacuación de medios de prueba.

Sin embargo, la LOPT introduce una innovación, extraña a la vez, en relación a la posibilidad de promover medios de prueba en el trámite de la casación. Nos referimos a la previsión contenida en el artículo 173 de la LOPT, el cual dispone lo siguiente:

Transcurrido el lapso de veinte (20) días consecutivos establecidos en el artículo anterior, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia dictará un auto fijando el día y la hora para la realización de la audiencia, en donde las partes deberán formular sus alegatos y defensas oralmente, de manera pública y contradictoria. *Podrá promoverse prueba únicamente cuando el recurso se funde en un defecto de procedimiento sobre la forma cómo se realizó algún acto, en contraposición a lo señalado en el acta del debate o en la sentencia; la promoción se hará en los escritos de interposición o dé contestación del recurso, señalando de manera precisa lo que se pretende probar (...omissis..., destacado añadido).*

Como se puede observar y no obstante que la Casación siempre ha sido entendida por la doctrina del Derecho Procesal como un Tribunal de derecho, la LOPT permite que las partes ofrezcan medios de prueba al momento de la formalización del recurso de casación, así como al momento de contestarse a dicha formalización. La actividad probatoria de la casación, según el texto de la LOPT, no es anárquica y menos aun complementaria –según nuestra opinión– a la actividad de pruebas desplegada ante los Jueces de Sustanciación, Mediación y Ejecución (en lo que concierne a la promoción) o ante los Jueces de Juicio (en lo que concierne a la evacuación de los medios).

Por el contrario, sólo podrá promoverse pruebas, de acuerdo a la LOPT, cuando el recurso de casación se hubiere fundado en un defecto de procedimiento sobre la forma de realización del algún acto del proceso, en contraposición a lo señalado en el acta del debate o en la sentencia.

No obstante ello y no ofreciendo mayores luces este dispositivo de la LOPT, pensamos preliminarmente que la actividad probatoria que pudiera desplegarse en la Casación Laboral estaría restringida única y exclusivamente a la prueba audiovisual contentiva de las audiencias orales y públicas de juicio y de apelación. Por razones evidentes, la única forma que existe en nuestra concepción para demostrar el error de procedimiento en la realización de algún acto procesal, en contraposición a lo señalado en el acta de debate o la sentencia, sería la reproducción audiovisual de las audiencias de juicio y apelación.

De tal forma y aunque pensamos que ahondaremos sobre este tema en una próxima entrega especial, las partes podrían perfectamente promo-

ver, según nuestro criterio, para ser reproducido en la audiencia de casación el audiovisual contentivo de las audiencias de juicio y apelación, con el propósito de demostrar la eventual contradicción de la sentencia con el acto procesal desplegado en los tribunales de instancia.

2.7 PRINCIPIO DE OBTENCIÓN COACTIVA DE LA PRUEBA

No obstante la existencia de un principio de derecho procesal, según el cual nadie puede ser obligado a suministrar pruebas en su contra para beneficiar al adversario (conocido por el aforismo *nemo tenetur edere contra se*), la legislación ha venido aceptando la posibilidad de obtener coactivamente los medios de prueba. Muy contrariamente al aforismo antes indicado, cuando el ordenamiento jurídico ordena a la parte colaboración en materia probatoria, no pretende perjudicarla para beneficiar al contrario, sino más bien tiene por norte que la parte colabore con la justicia y con la búsqueda de la verdad, lo cual está a cargo del juez.¹⁹

Conforme lo indica la doctrina más autorizada, en virtud de este principio de obtención coactiva de la prueba “los documentos, las cosas y, en ocasiones, la persona física, cuando es objeto de prueba (para exámenes médicos, por ejemplo), deben ponerse a disposición del juez cuando se relacionan con los hechos del proceso”²⁰.

La falta de colaboración de la parte normalmente originará una sanción para ella, creando así la ley ficciones, como sucede cuando la parte no comparece al acto de posiciones juradas en el procedimiento civil ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil o teniendo por fide dignas las copias de documentos privados simples, como sucede en materia de la exhibición documental.

En la LOPT este principio de obtención coactiva de la prueba se manifiesta en determinadas normas. Así, el artículo 82 de la LOPT regula la exhibición documental, a cuyo efecto se prevé que “Si el instrumento no

¹⁹ Sobre este particular tema *Cfr.* Couture (79): *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, p. 137, quien expresa lo siguiente: “Se medita bien sobre el contenido de la argumentación de la relación preliminar del nuevo Código italiano, se observa en ella un criterio preferentemente procesal. No rige el precepto ‘nadie está obligado a ayudar en su contra’, porque el litigante no es requerido para ayudar a su adversario sino a la justicia; no se le obliga a suicidarse, desde el punto de vista de la estrategia del proceso, sino que se le reclama que ilustre y aclare la información del juez. Y esto no es un beneficio al adversario y un perjuicio a sí mismo, sino una ayuda indispensable a la misión impersonal y superior de la justicia”.

²⁰ Devís, *Ob. Cit.*, p. 135.

fuere exhibido en el lapso indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y, en defecto de éste, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento”.

También aplica el principio de obtención coactiva de la prueba en materia de desconocimiento de instrumentos privados simples cuando quien es imputado como autor del documento, se niega a escribir y firmar frente al juez a falta de los documentos indubitados.²¹

En materia de la declaración o interrogatorio de parte que se prevé en el artículo 103 y siguientes de la LOPT, la negativa o evasiva a contestar a las preguntas que realice el Juez de Juicio genera una ficción de tener por cierto el contenido de la pregunta, tal y como lo dispone de manera expresa el artículo 106 *eiusdem*.

Y finalmente el artículo 110 de la LOPT autoriza plenamente al juez para interpretar la negativa de la parte a colaborar en la realización de las inspecciones, reproducciones, reconstrucciones, experticias y pruebas científicas, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria.

Como se ha podido observar, un sinnúmero de normas en materia probatoria en la LOPT, como sucede en otras regulaciones procesales, establecen este principio de obtención coactiva de la prueba, dejando atrás un precepto de carácter procesal, según el cual nadie estaba obligado a presentar pruebas que obraren en su contra para beneficio del adversario.

2.8 PRINCIPIO DE ALTERIDAD DE LA PRUEBA

Paralelamente al principio de *necesidad de la prueba* que revisamos precedentemente, encontramos otro, de igual importancia, conocido como principio de *alteridad de la prueba*. Según este principio nadie puede crearse un título a su favor y de ahí que en la mayor parte de los casos la prueba de las afirmaciones de una de las partes contendientes provenga de la contraparte.

²¹ LOPT (02): Art. 90.- Se considerarán como indubitados para el cotejo: ...(*omissis*)... A falta de estos medios, pude el presentante del instrumento, cuya firma se ha desconocido, solicitar y el Tribunal lo acordará, que la parte contraria escriba y firme, en presencia del Juez, lo que éste dicte, si se negare a hacerlo, se tendrá por reconocido el instrumento, a menos que la parte se encuentre en la imposibilidad física de escribir”.

Nuestra jurisprudencia ha reconocido la vigencia de este principio de derecho probatorio de la siguiente forma:

El sentenciador considera que este documento contiene una declaración de parte dirigido a elaborar a favor de la misma parte, con lo cual se violenta el principio de alteridad de la prueba, según el cual “toda prueba debe emanar o provenir de la parte contraria o de otro sujeto distinto de quien la promueve, lo cual significa que la fuente de la prueba debe ser ajena a quien la invoca. Ha dicho Casación, que es principio de derecho probatorio que nadie puede fabricarse su propia prueba, mediante una actuación que emane de él solo, sin el debido control e intervención de la contraparte”. (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10/10/90, Sala de Casación Civil, ponente Magistrado Aníbal Rueda). Por las razones expuestas, a dicho documento marcado “J” no se le puede dar ningún valor probatorio. Así se decide.²²

Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales anteriormente anotados, sería ilógico que una de las partes en el proceso sustente las afirmaciones de su pretensión mediante pruebas construidas por ella misma. Este principio también suele ser tomado en consideración en relación a aquellas afirmaciones o declaraciones que la propia parte hace a su favor en el proceso, sin prueba alguna que la respalde. Para nosotros, el principio de alteridad de la prueba tiene plena vigencia en el proceso laboral diseñado por la LOPT.

Sin embargo, existen situaciones, legalmente previstas, en las cuales es admisible la prueba proveniente de la parte que produce el medio.²³ Muy

²² Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 1º de octubre de 1998, en el caso de Ángela Camila Matos de Vargas y otros contra Bertha de La Trinidad Michel de Pérez en el expediente N° 97-378. También puede consultarse el fallo de fecha 9 de mayo de 1984 de la Sala de Casación Civil en Pierre Tapia, 1984, Tomo 5, pp. 112-113.

²³ El Dr. Cabrera Romero, aunque al menos no identifica casos legales particulares, pareciera admitir la tesis de que es posible producir probanzas emanadas de la propia parte no obstante el principio de alteridad de la prueba. Así, en su artículo titulado “El derecho del demandado de preparar su contestación y su prueba (derecho a conocer)”, en *Revista de Derecho Probatorio* N° 6, p. 116, sostuvo: “La prueba debe provenir del contrario o de un tercero, pero no de medios (testigos) al cual una parte le presente como ciertos unos hechos, principio que por igual se aplica al documento unilateralmente creado por uno de los litigantes, salvo las excepciones legales, o que la intervención del tercero no se debió a la intención de la parte de crear la prueba, tal como sucede con los que tratan emergencias, etc.”.

especialmente la LOPT permitiría perfectamente y en nuestro parecer, que determinados medios de prueba puedan ser producidos en el proceso laboral no obstante que provengan de la parte que los promueve.

Nos referimos muy particularmente a aquellos documentos que por mandato legal debe llevar el empleador y sobre los cuales hace referencia el primer aparte del artículo 82 de la LOPT.²⁴ Si bien el dispositivo antes indicado se refiere exclusivamente a la exhibición documental, no por ello puede restringirse la posibilidad a que el patrono, poseedor de los documentos que debe llevar por mandato de ley, pueda producirlos en juicio no obstante que provengan de él, así hubieren sido formados sin el control del trabajador.

Cuando la LOPT permite la exhibición de “documentos que por mandato legal debe llevar el empleador”, permite de manera indirecta que el patrono pueda producir estos instrumentos directamente sin violentar el principio de alteridad de la prueba. De manera más específica, todo patrono de acuerdo a la Ley Orgánica del Trabajo, su Reglamento y otras legislaciones conexas, está en la obligación de llevar una serie de registros, como en el caso de las vacaciones, horas extraordinarias, etc., en los cuales deja constancia de circunstancias que atañen a la relación de trabajo y que, por razones obvias, interesan al proceso laboral. Muy generalmente estos libros de registro son fiscalizados y aprobados por la Inspectoría del Trabajo, razón por la cual nos parece, que aunque ellos sean formados por una de las eventuales partes del proceso laboral, podrían perfectamente ser producidos en juicio por dicha parte, obrando tanto en contra como a favor de sus intereses.

Lo mismo sucede en relación a los recibos de pago de los derechos, beneficios e indemnizaciones que corresponderían a los trabajadores, lo cual debe encontrarse reflejado en los libros de comercio del patrono, en cuyo

²⁴ LOPT (02): Art. 82.- La parte que deba servirse de un documento, que según su manifestación se halle en poder de su adversario, podrá pedir su exhibición. A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento o, en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del documento y, en ambos casos, un medio de prueba que constituya, por lo menos, presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario.

Cuando se trate de documentos que por mandato legal debe llevar el empleador, bastará que el trabajador solicite su exhibición, sin necesidad de presentar medio de prueba alguno, que constituya por lo menos, presunción grave de que el mismo se encuentra o ha estado en poder del empleador (...), destacado nuestro”.

caso no veríamos inconveniente para que sean producidos en el proceso no obstante que provengan de la parte que desee beneficiarse de ellos.

No obstante lo anteriormente indicado, ninguna de las partes del proceso laboral, salvo que se trate de alguna de las excepciones comentadas, se encuentra autorizada a producir medios de prueba provenientes o construidos por ella para que surta efectos en el proceso.

2.9 PRINCIPIO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Con la entrada en vigencia de la LOPT, el proceso laboral venezolano sufrió un importantísimo cambio en materia de la valoración o apreciación judicial de las pruebas que se ofrecen al juez para dirimir conflictos intersubjetivos en materia laboral.

Los jueces de Juicio, Apelación y la propia Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia deben apreciar las pruebas y valorarlas a través de un sistema único de valoración probatorio, esto es, el sistema de la sana crítica. Así, el artículo 10 de la LOPT dispone textualmente que:

Los Jueces del Trabajo apreciarán las pruebas según las reglas de la sana crítica; en caso de duda, preferirán la valoración más favorable al trabajador.

En contraposición al sistema que impone actualmente la LOPT, la derogada Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo no previó algún sistema específico para que los Jueces del Trabajo valoraran las pruebas que las partes aportaban para demostrar sus afirmaciones de hecho. Sin embargo, el artículo 31 de la derogada Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo previó la aplicación de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para la sustanciación y decisión de los procesos y recursos legales que conocieren, en tanto y en cuanto no fueran contrarias a las disposiciones que en ella se establecían.²⁵

²⁵ La LOPT (40) disponía textualmente así: “Artículo 31.- Los Tribunales del Trabajo seguirán, en cuanto sea aplicables y no colidan con lo dispuesto en la presente Ley, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, para sustanciar y decidir los procesos y recurso legales de que conozcan; aplicándose, en la sustanciación de los procesos, el procedimiento pautado en dicho Código para los juicios breves, con las modificaciones que se indican en esta Ley”.

Como consecuencia de dicha remisión, en el procedimiento laboral venezolano vigente hasta el día 12 de agosto de 2003, los jueces del trabajo debían aplicar un sistema mixto o dual para la valoración de las pruebas, el cual se mantiene en el proceso civil venezolano; a saber, el sistema de la tarifa legal y el sistema de la sana crítica. No en vano, el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil de 1986 indica:

A menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica.

Así las cosas, en el proceso laboral venezolano anterior a la vigencia de la LOPT, el Juez del Trabajo utilizaba un sistema valorativo de pruebas tasado por el legislador, lo que sucedía siempre en materia de valoración de la *confesión, juramento y los documentos públicos, así como en el caso de los privados reconocidos o legalmente tenidos por reconocidos*; por la otra parte y hasta paralelamente, el Juez del Trabajo podía utilizar el sistema de sana crítica para la valoración de aquellos medios de prueba no tasados por la Ley.

Por ello, con mucha frecuencia se afirmaba que en ciertas ocasiones el Juez se encontraba atado a la tasación que producía el Código Civil para diferentes medios de prueba, no obstante que también podía utilizar la lógica y sus máximas de experiencia para la valoración de otros medios, pero siempre con el inconveniente de tener que dar un valor superior o preferir a aquellos medios de prueba tasados.

Con la entrada en vigencia de la LOPT pareciera haber cesado la obligación del juez de ceñirse a la tasación legal impuesta para diversos medios y máxime con las posiciones juradas y el juramento decisorio que fueron expresamente derogados del proceso laboral. No obstante, en algunas ocasiones nos preguntamos qué sucede cuando las partes realizan en el proceso confesiones espontáneas, vale decir, aquellas que brotan por sí solas sin ninguna clase de constreñimiento de la otra parte e, incluso, cómo debe valorar el juez aquellas declaraciones que hacen las partes en los interrogatorios de parte a que hace referencia el artículo 103 de la LOPT, así como aquellos otros medios de prueba, como en el caso de los documentos públicos o los privados reconocidos que se encuentran tasados, con valor de plena prueba, de acuerdo al Código Civil. ¿Será o no será aplicable el sistema de la sana crítica en esas situaciones?

En nuestra opinión, el Juez del Trabajo deberá darle prevalencia a aquellos medios de prueba que, aunque analizados conforme a las reglas de la sana crítica, se encuentren tarificados por la legislación y máxime cuando ellos se encuentran provistos de seguridades legales que le dan preferencia a otros medios de pruebas.

De ahí que no obstante la existencia del sistema de la sana crítica, existirán situaciones en las cuales el juez del trabajo deberá dar preferencia a unos medios probatorios sobre otros, pero siempre, dentro de dicho sistema, fundamentando las razones por las cuales logra su convencimiento judicial.

¿Cogestión, autogestión o estatización? Comentarios al Anteproyecto de Ley de Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas presentado por la Unión Nacional de Trabajadores

Luis Alfonso HERRERA ORELLANA*

La Constitución de 1999 reconoce en su artículo 70 como medios de participación y protagonismo del pueblo en lo económico, “las instancias de participación ciudadana, la autogestión, la **cogestión**, las cooperativas en todas sus formas, incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”.

Con base en esta disposición constitucional, la Unión Nacional de Trabajadores (UNT), organización sindical simpatizante del Gobierno Na-

* **Universidad Central de Venezuela.** Abogado. **Universidad Católica Andrés Bello.** Profesor de Argumentación Jurídica. Dirección electrónica: luisherrera@blmclegal.com.ve

cional, presentó en el mes de mayo de 2005 ante el Presidente de la República un Anteproyecto de Ley de Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas (en lo sucesivo, Anteproyecto de la UNT), a fin de impulsar la discusión y aprobación por parte del órgano legislativo nacional de un texto legal que contemplara el régimen jurídico de la participación de los trabajadores en la administración (más que en la gestión diaria) tanto de las empresas del sector privado como de las empresas del sector público.

Y alude el Anteproyecto de la UNT a la “participación” porque, de acuerdo con las experiencias cogestionarias exitosas de países como Alemania y Suecia, la cogestión supone no otra cosa que la administración conjunta de la empresa entre patronos y trabajadores.¹ En efecto, la también llamada codeterminación supone la adopción a lo interno de las empresas de un conjunto de mecanismos de *participación* de los trabajadores en la toma de decisiones que afectan de manera determinante el buen funcionamiento de la empresa, y por consiguiente, la estabilidad de los empleos y el mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores.

En algunos casos, aunque ello no es esencial a esta forma de organización de la empresa, la cogestión comprende la participación de los trabajadores en el capital de la compañía, mediante la tenencia por los trabajadores de una parte de las acciones en que está expresado ese capital, que usualmente es menor a la mantenida por los propietarios originarios de la empresa.

¹ “Después de la Segunda Guerra Mundial durante el gobierno de Konrad Adenauer, en Alemania, y luego de la eliminación de las restricciones que los aliados habían fijado al comercio, la producción, los precios, y la distribución de productos alemanes, el Gobierno y los empresarios, en medio de la implementación del Plan Marshall, decidieron incrementar la productividad de las empresas. Fue así como se diseñó un sistema de gestión que fomentaba la motivación de los empleados y el compromiso con sus organizaciones, por medio de la participación de éstos en la toma de decisiones. Esta idea pretendía lograr la descentralización del poder en las empresas, y fomentar la igualdad de derechos entre el capital y el trabajo, para minimizar los conflictos entre trabajadores y patronos y, en consecuencia, incrementar la productividad. El nombre original que en 1951 se le dio en Alemania a este modelo de gestión empresarial fue “mitbestimmung”, en español, “codeterminación”, un modelo que permite la participación de los trabajadores en los órganos de gobierno de las empresas. La “cogestión”, término al que luego evolucionó “codeterminación”, ha sido muy exitosa en Alemania; donde todas las empresas (privadas o no) con más de quinientos empleados son cogestionadas. Su implantación se hizo a través de una ley que se aplicó al principio al sector siderúrgico y minero, y luego al resto de los sectores industriales. Existen otras experiencias exitosas de cogestión en países como Estados Unidos, Canadá, Malasia, Islas Fiji y Nicaragua, entre otros”. Ernesto Blanco, *Cogestión. ¿Es viable?*, en *El Universal*, 08-11-05.

Partiendo de estas premisas, conforme a las cuales la cogestión equivale a participación de los trabajadores en la toma de decisiones (administración) de las empresas y, eventualmente, en su capital, de acuerdo con la intensidad con que trabajadores y patronos acuerden aplicar a lo interno de la empresa este modelo de gestión de actividades económicas de producción de bienes y prestación de servicios, formularemos en el presente trabajo algunas puntuales observaciones a determinados artículos del Anteproyecto de la UNT, así como algunas sugerencias dirigidas a mejorar el sentido de esta iniciativa legislativa, con el ánimo de contribuir a la adopción de un texto legislativo que desarrolle el principio de la participación en lo económico, sin menoscabo de derechos constitucionales como la libertad económica y la propiedad privada.

En tal sentido, luego de una revisión general de los 23 artículos en que se articula el Anteproyecto de la UNT, decidimos centrar nuestra atención en las disposiciones contenidas en los artículos 1, 2, 9, 10, 14, 15, 18 y 21 de dicho Anteproyecto, debido a la confusión de ideas y fines que se aprecia en ellas, y a las evidentes o eventuales inconstitucionalidades presentes en varios de los mencionados artículos.

Artículo 1.- *Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.* Esta ley tiene por objeto establecer las bases y método para la participación y protagonismo de los trabajadores y trabajadoras en la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, las empresas comunitarias y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad, en ejercicio de su soberanía económica.

Esta ley se aplica en las empresas, explotaciones, establecimientos, institutos o fundaciones donde el Estado venezolano posee parcial o totalmente derechos de propiedad y en aquellas de propiedad privada, que se circunscriban a las condiciones establecidas en ella.

El principio de participación y protagonismo implica la democratización en la toma de decisiones, la participación en la gestión a todos los niveles jerárquicos y organizacionales y el acceso a toda la documentación, operativa, jurídica y financiera, que garantice el correcto y eficiente desempeño de las mismas, en las empresas, explotaciones, establecimientos, institutos

y fundaciones, incluidos en el ámbito de esta ley. Sus principios administrativos serán: rentabilidad social, conservación del ambiente, eficacia, ética, respeto a los derechos laborales y comunitarios, honestidad, transparencia en la gestión, información plena, rendición periódica y oportuna de cuentas.

Los derechos convencionales y legales de los trabajadores y trabajadoras serán garantizados, respetando la progresividad e intangibilidad de los mismos. Las representaciones sindicales, de higiene y seguridad, así como las laborales, se mantendrán y respetarán, en las condiciones definidas por las leyes y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Parece innecesaria la inclusión en el Anteproyecto del término “autogestión”, pues este modelo difiere sustancialmente del modelo de la “cogestión”. En efecto, a diferencia de ésta, la autogestión implica necesariamente que la propiedad de los activos y medios de producción de la empresa estén en manos de los trabajadores, quienes al mismo tiempo se encargan de la administración, gerencia y planificación financiera de la actividad de dicha organización económica. En realidad, la autogestión es el modelo de producción al que, de una u otra manera, atiende la figura jurídica de las cooperativas (véase los artículos 2 y 18 del Decreto con Fuerza de Ley de Asociaciones Cooperativas).

Dado que las empresas privadas se rigen por los derechos a la libertad económica y a la propiedad, a éstas sólo puede aplicarse la figura de la cogestión, la cual no implica necesariamente el paso a los trabajadores ni de la totalidad ni de parte de la propiedad sobre la empresa privada, sino tan sólo la participación de éstos, con carácter vinculante, en las decisiones relacionadas con la administración de la empresa.² Por ello,

² En efecto, la “**Cogestión**”, abarca diversas formas de participación obligatoria de los trabajadores en la toma de decisiones empresariales, regulada por las legislaciones nacionales. Esta expresión ‘cogestión’, se acepta a pesar de su impropiedad. Lo que se puede compartir, en efecto, no es la gestión sino la administración. La gestión, por su esencia diaria y táctica, perdería eficacia haciéndola deliberativa. La Administración, en cambio, que es de nivel superior a la gestión, que sí puede ser de naturaleza colectiva, pues es estratégica y como tal discute y formula las políticas, escoge entre alternativas y vigila la ejecución. Por esto, más precisa que ‘cogestión’ es la expresión ‘codeterminación’ que se usa en Alemania desde hace más de un siglo” (Enrique Tejera París, *Cogestión, Autogestión, etc. La Participación Obligatoria de los Trabajadores en la Administración de las Empresas*, en *Revista de Derecho* N° 1, TSJ, Caracas, 2000, p. 235).

la regulación en esta materia debe contemplar como un asunto opcional y no obligatorio la participación de los trabajadores en el capital de las empresas privadas, de modo que sean patronos y trabajadores los que, concertadamente, decidan si a lo interno de las compañías se contemplará la adquisición por los trabajadores de parte del capital social.

Por otro lado, en el penúltimo aparte del artículo 1º del Anteproyecto de la UNT se da a entender que la cogestión se aplicaría tanto a los niveles gerenciales de las empresas (impresión que confirma el artículo 8) como a los restantes niveles ejecutivos.

Al respecto ha de apuntarse que en los países donde se ha aplicado con éxito la cogestión, ésta sólo se dirige en el nivel de la administración de la empresa, mas no en el nivel de la gerencia de la misma, pues para las responsabilidades operativas y pragmáticas propias de este nivel medio están sujetas a cambiantes condiciones que exigen respuestas rápidas y efectivas, cuya eficacia depende de cierta destreza y capacitación técnica que no necesariamente tienen ni los accionistas ni los trabajadores de la empresa.

En definitiva, luce inapropiado convertir a la gerencia en un ámbito deliberativo, pues ello podría atentar contra los intereses comunes en el buen funcionamiento de las compañías. Lo prudente es reservar la participación y la discusión al nivel de administración de las empresas.

Artículo 2.- Órganos colectivos de decisión y gestión: En las empresas, explotaciones, establecimientos, institutos o fundaciones con participación protagónica de los trabajadores y trabajadoras en la gestión, los órganos colectivos de decisión son los siguientes:

1. Las Asambleas de trabajadores y trabajadoras, tanto generales como de las distintas unidades administrativas y organizacionales.
2. La Asamblea de Accionistas, constituida por los tenedores de las acciones de la empresa.
3. La Junta Directiva, la cual tendrá carácter paritario, con un mínimo de 50% de representación de los trabajadores y trabajadoras, y el otro 50% lo conformará la representación de la Asamblea de Accionistas. Cada Director Principal tendrá un Director Suplente.

4. Los Comités de Gestión, los cuales están conformados por las autoridades de las áreas organizacionales de la empresa, y una representación de trabajadores y trabajadoras.

Parágrafo único: todas las empresas, explotaciones, establecimientos, institutos o fundaciones donde se aplica esta ley, deberán modificar obligatoriamente sus estatutos sociales para incluir las bases, principios, órganos colectivos de gestión y estructuras establecidos en esta Ley.

Frente a esta disposición, nos surgen varias interrogantes: ¿por qué si se crean Asambleas de Trabajadores y Trabajadoras (artículo 2, numeral 1), como máxima instancia de representación de los trabajadores, con la facultad, por ejemplo, de conocer, proponer y validar el presupuesto de la empresa y sus políticas estratégicas, así como de recibir y aprobar la rendición de cuentas y el informe de gestión anual de la Junta Directiva, se establece la paridad 50% de accionistas y 50% de trabajadores en la Junta Directiva?

Por otro lado, ¿no tienen derecho a estar en la Junta Directiva únicamente quienes son accionistas o propietarios de la empresa?, ¿esta previsión derogará al Código de Comercio en todas aquellas empresas a la que se aplique la Ley?, ¿cuál es la legitimidad de los trabajadores para ocupar cargos en la Junta Directiva de empresas de propiedad privada, cuando ellos no sean propietarios o dueños de las acciones en que se expresa el capital social de la empresa?, ¿no es excesiva la presencia de representantes de los trabajadores tanto en las Asambleas de Trabajadores como en la Junta Directiva, al punto de hacer nugatoria la capacidad de negociación y toma de decisiones de los accionistas?

Estimamos que las respuestas a dichas preguntas han de considerar que en los países donde se aplica el modelo de cogestión, como Suecia y Alemania, la regla general no es que los trabajadores integren en un cincuenta por ciento (50%) la Junta Directiva de las empresas sujetas a este régimen, dado que la participación en la administración y toma de decisiones fundamentales para el funcionamiento, estabilidad y mejora de la empresa se logra, de manera principal, a través de los sindicatos o de comités de trabajadores (que en el Anteproyecto de la UNT se denominan asambleas de trabajadores), o a través de otros órganos, distintos de las juntas directivas integradas por los accionistas. En esos modelos, sólo de forma excepcional se contempla la participación directa de los

trabajadores en la integración de las juntas directivas, a saber, cuando éstos son a la vez propietarios de parte del capital social.

Lo que sí es común a las legislaciones de los países mencionados, es hacer depender la validez y eficacia de un número determinado de decisiones adoptadas por los órganos sociales tradicionales integrados por los accionistas y sus representantes (Asamblea de Socios, Junta Directiva, etc.), de la intervención y aprobación en la elaboración de tales decisiones de los Sindicatos o de los Comités de Trabajadores, según el caso, conforme a lo establecido en la ley y en las normas que se han dado los propios protagonistas de la cogestión, ello en el entendido que la representación directa de los trabajadores que pueda existir en los referidos órganos sociales tradicionales, no atiende tanto a la materialización de la coadministración de la empresa, sino a mejorar o facilitar la comunicación, el diálogo, entre empresarios y trabajadores.

En todo caso, es fundamental insistir en que la cogestión no equivale a autogestión, o dicho de otro modo, que participación no supone apropiación o desconocimiento de los atributos del derecho de propiedad. Por ello, juzgamos que carece por completo de justificación la integración paritaria de las juntas directivas de las empresas sometidas a la cogestión propuesta en el Anteproyecto de la UNT, en particular de las empresas privadas que voluntariamente queden sujetas a ella, puesto que la participación obligatoria no puede desarrollarse desconociendo los derechos de una de las partes de la administración compartida, como son los accionistas o propietarios de las empresas cogestionadas. En todo caso, debe corresponder a los propios patronos y trabajadores, cuando exista participación de los trabajadores en el capital social, el determinar el modo en que éstos intervendrán con legítimo derecho en la Junta Directiva.

Artículo 9.- *Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de las Empresas Públicas y Privadas.* La Comisión Presidencial para la Cogestión Laboral, se denominará a partir de la promulgación de esta Ley como Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas. Será el ente rector para la aplicación práctica de esta Ley. Estará conformada por cinco miembros del Gabinete Ejecutivo y cinco directivos nacionales, designados por la

Central Sindical Mayoritaria, de su propio seno o de otras centrales sindicales nacionales.

La Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de las Empresas Públicas y Privadas será coordinada por el ministro o ministra designado por el Presidente de la República, quien convocará. La Comisión elaborará el plan nacional de implantación y de formación para la aplicación de esta Ley. Las decisiones en la Comisión serán tomadas por consenso entre las partes. Se define a los representantes ministeriales como una parte y los representantes sindicales como la otra parte.

Si el objetivo del Anteproyecto de la UNT es garantizar la participación de los trabajadores en la toma de decisiones que afecten la administración de las empresas que constituyen su fuente de empleo, de su sustento, todo ello a fin de democratizar las relaciones entre patronos y trabajadores, y de disminuir la conflictividad propia de este ámbito de la sociedad, resulta innecesario el que propicie de alguna manera el centralizar la planificación económica, en desmedro del derecho constitucional a la libertad económica, que en buena medida comienzan a ejercer los trabajadores al participar en la administración de las empresas en las que prestan sus servicios.

Como es sabido, el derecho a la libertad económica implica el derecho a escoger y dedicarse (ingresar) a una actividad económica específica, a competir y permanecer en la actividad bajo un régimen de libre competencia, y a dejar dicha actividad cuando se decida, sin perjuicio de los límites establecidos en la ley para ello y de los derivados de los derechos de terceros.³ Y la cogestión, en modo alguno colige o impide el ejercicio de ese derecho constitucional, de acuerdo con buena parte de los principios y objetivos enunciados en el artículo 1º del Anteproyecto de la UNT.

³ No debe olvidarse que, en definitiva que “el fundamento de la libertad económica –partiendo de las teorías desarrolladas por Hayek y Von Mises– no es otra que la capacidad de decidir, sin coacciones ilegítimas o arbitrarias, los mecanismos, instrumentos y fines que informan el ejercicio de las actividades económicas. Libertad de empresa o libertad económica [están] referidas, por tanto, al principio de libertad individual...” José Ignacio Hernández G., *La Libertad de Empresa y sus Garantías Jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNEDA e IESA, Caracas, 2004, p. 167. Entre corchetes nuestros.

Pues bien, parece oponerse a la libertad económica y a los propios principios y objetivos del Anteproyecto el contenido del artículo 9, por el que se crea la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de las Empresas Públicas y Privadas, órgano de la Administración Central Nacional, que estaría coordinada por el ministro que designe el Presidente de la República, y conformada por cinco (5) miembros del Gabinete Ejecutivo –es decir, del Poder Ejecutivo Nacional– y por cinco directivos nacionales, designados por la Central Sindical Mayoritaria, de su propio seno o de otras centrales sindicales nacionales –que de seguro será la Central Sindical que gane la correspondiente elección organizada por el actual Consejo Nacional Electoral–.

Pensamos que la existencia de dicha Comisión podría afectar los objetivos y principios señalados en el artículo 1º del Anteproyecto de la UNT y el ejercicio de la libertad económica, dado que, por ejemplo, la mencionada Comisión tendría potestades que limitarían tremadamente la autonomía de los llamados “órganos colectivos de decisión y gestión” (mencionados en el artículo 2 del Anteproyecto), en los cuales debería recaer la mayor responsabilidad en cuanto a la puesta en marcha del modelo cogestionario, si de lo que se trata es de garantizar el protagonismo de los trabajadores en la administración de las empresas. Un ejemplo de ello es la potestad de dictar el “Estatuto de Gestión Participativa de las Empresas”, la cual comentaremos de seguidas, al glossar el artículo 10 del Anteproyecto.

Valga señalar además, sobre esta Comisión Nacional, que en dos de los sistemas jurídicos vigentes en los que se mantiene con éxito el modelo de la cogestión, en el de Suecia y Alemania, no existen órganos o entes administrativos centralizados con potestades idénticas o similares a las que se atribuirán a la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de las Empresas Públicas y Privadas.

En efecto, en el caso de Suecia, en la que rige la Ley de Cogestión Laboral de 1976, la cogestión se realiza directamente a través de los sindicatos, es decir, no existe una estructura de representación de los trabajadores distinta y paralela a la sindical, mientras que en Alemania, la cogestión de las empresas tampoco está sujeta a un órgano administrativo centralizado y planificador como la Comisión Nacional mencionada, sino que la misma se concretiza no mediante sindicatos sino de los llamados Comités de Empresa, regulados por la Ley de 23 de julio de

2001, de reforma de la Ley de Comités de Empresa de 1972, y las demás formas de participación de los trabajadores en la administración de las empresas previstas en la Ley de Cogestión de 1976.

Por último, conviene tener presente, de cara a la eventual creación de una Comisión como la propuesta por el Anteproyecto de la UNT, que el único sistema jurídico en el que la participación de los trabajadores en la administración de las empresas se planificó y desarrolló con sujeción a la autoridad normativa, administrativa y seudojudicial de un órgano estatal centralizado fue en la antigua Yugoslavia regida por Tito, en la que existió un Consejo Central de Planificación durante la vigencia de un régimen que, más que cogestionario, fue un régimen de autogestión, dado que el Estado asumió la propiedad de todas las empresas y medios de producción, “pero las empresas eran manejadas, al menos nominalmente, por los mismos trabajadores”⁴.

Artículo 10.- *Estatuto de Gestión Participativa de las Empresas.* La Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas elaborará el Estatuto de Gestión Participativa de las Empresas, con el objeto de establecer las condiciones mínimas para considerar que una empresa se ha adecuado a esta Ley. El Estatuto contendrá al menos los siguientes requerimientos:

1. Los elementos prioritarios para la formación y consolidación del sujeto social cogestionario.
2. Las condiciones generales para garantizar la viabilidad operativa de las empresas cogestionadas.
3. El criterio para establecer el carácter vinculante de las asambleas cogestionarias, su funcionamiento y las exigencias de las formalidades necesarias, para el registro de sus decisiones.
4. La normativa para la postulación y escogencia democrática y revocatoria de los directores representantes de los trabajadores y trabajadoras en la Junta Directiva y de los Responsables de Área.

⁴ Enrique Tejera París, *Op. Cit.*, p. 243.

5. Los mecanismos cogestionarios para el involucramiento y participación, en el control del proceso productivo, administrativo y financiero de la empresa cogestionada.
6. Los criterios de horizontalidad en las estructuras y la eliminación de las discriminaciones entre las distintas nóminas.
7. Los elementos concretos de estímulo para el desarrollo de la sana emulación.
8. Las políticas del Estado para apoyar y dar preferencias de todo tipo a las empresas sujetas a esta ley”.

En nuestro criterio, la amplitud de materias reguladas por este Estatuto daría a la Comisión propuesta en el Anteproyecto un poder de intervención en la administración de las empresas tal, que podría afectar negativa e inconstitucionalmente la autonomía de trabajadores y empresarios en la aplicación eficiente y eficaz del modelo de cogestión. Por ello pasamos a plantear diversas interrogantes, respecto de cada una de las materias que toca el estatuto propuesto por este artículo 10, empezando por los elementos prioritarios para la formación y consolidación del sujeto social cogestionario: ¿Quién es el sujeto social cogestionario, la empresa, los empresarios, los trabajadores?, ¿sólo será válido el modelo de la cogestión que establezca el Poder Ejecutivo Nacional de manera centralizada?, ¿no sería aconsejable preservar una mayor autonomía a los protagonistas de la cogestión para que, concertadamente, adopten medidas para optimizar dicho régimen de participación de los trabajadores?

Definiría el estatuto las condiciones generales para garantizar la viabilidad operativa de las empresas cogestionadas. Frente a ello, surgen las siguientes dudas: ¿La cogestión se realizaría entre empresarios y trabajadores, o entre empresarios, trabajadores y la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de las Empresas Públicas y Privadas?, ¿por qué la Comisión fijaría en forma unilateral y rígida las condiciones para garantizar la viabilidad operativa de las empresas?, ¿no es esta última una materia que tendrían que co-gestionar, en cada caso concreto, trabajadores y patronos?, ¿no conduciría, a la postre, esta previsión a una estatización de la administración de las empresas sometidas al régimen de la cogestión?

Se fijaría en este estatuto el criterio para establecer el carácter vinculante de las asambleas cogestionarias, su funcionamiento y las exigen-

cias de las formalidades necesarias, para el registro de sus decisiones. Cabe preguntar: ¿Ese criterio y estas formalidades no deberían fijarse en la modificación estatutaria que deben realizar los accionistas por mandato del artículo 18 del mismo Anteproyecto?, ¿no sería correcto, de acuerdo con los fines del propio Anteproyecto, que estos asuntos – salvo lo referido al Registro, que debería definirlo la propia ley– sean concertados entre empresarios y trabajadores, una vez constituidas las asambleas de trabajadores?

Contendría también el estatuto propuesto la normativa para la postulación y escogencia democrática y revocatoria de los directores representantes de los trabajadores y trabajadoras en la Junta Directiva y de los responsables de área. Sin embargo: ¿Por qué, a diferencia de lo que ocurre en países como Suecia y Alemania, donde se han desarrollado y se mantienen experiencias exitosas en esta materia, en esta propuesta se centraliza de un modo absoluto en un órgano ajeno a la empresa y sus trabajadores, la potestad de normar la escogencia de los representantes de los trabajadores ante la Junta Directiva de las empresas y los responsables de área?, ¿es compatible con el interés general en la estabilidad, operatividad y buen funcionamiento de las empresas, incluir la figura de la revocatoria del mandato de estos representantes?, ¿qué organismo sería el encargado de organizar y controlar estas elecciones, o serían los propios trabajadores?

Fijaría el estatuto los mecanismos cogestionarios para el involucramiento y participación en el control del proceso productivo, administrativo y financiero de la empresa cogestionada. De nuevo, la afectación de la autonomía de los trabajadores y patronos nos hace preguntar: ¿Es compatible con la autonomía que merecen los trabajadores en ejercicio de su derecho a participar en la administración de la empresa que un órgano externo a ellos fije en forma taxativa los mecanismos cogestionarios?, ¿por qué algunos de estos mecanismos no sólo enunciados en la ley, dejando a salvo la libertad de trabajadores y empresarios de adoptar esos mecanismos o de concertar otros que estimen más adecuados a su situación empresarial?, ¿qué se entiende por cogestión financiera?⁵

⁵ Esta última interrogante responde al tema de la propiedad de las empresas. Debido a lo controvertido del asunto, en Suecia la cogestión financiera sólo existió temporalmente (entre 1976 y 1992), a través de unos fondos de inversión de los asalariados controlados por los sindicatos (cuyos recursos salían de la utilidad de la empresa) y que se emplearon para comprar acciones de las mismas empresas. Por diversos problemas, fueron abolidos en 1992. ¿Será a este tipo de Fondo que alude el artículo 12 del Anteproyecto de la UNT?

Se plantea también que el Estatuto establezca los criterios de horizontalidad en las estructuras y la eliminación de las discriminaciones entre las distintas nóminas. Varias dudas nos genera esta previsión del Anteproyecto, que limitamos a las siguientes: ¿Cuál es el sentido y alcance de esa “horizontalidad de las estructuras” que se propone?, ¿atiende a la disminución de la burocracia innecesaria que pueda existir en las empresas para optimizar su eficiencia y garantizar la estabilidad de los empleos necesarios, o apunta hacia un igualitarismo contrario al principio de división del trabajo?, ¿el pago desigual a cada empleado o trabajador, en función del puesto que ocupa, la complejidad de sus tareas y la responsabilidad que tiene asignada, supone una discriminación para el Anteproyecto? Por otro lado, ¿no están reservadas a la ley varias de estas materias?

Se incluirían los elementos concretos de estímulo para el desarrollo de la sana emulación, para lo cual sería importante definir cómo se interpretará el término “emulación” en el contexto de la ley, como rivalidad, antagonismo y contención, o como superación propia, o sustituir el término por uno más exacto en cuanto a su sentido. Igualmente, el estatuto establecería las políticas del Estado para apoyar y dar preferencias de todo tipo a las empresas sujetas a esta ley.

Respecto de esta previsión, cabe preguntar: ¿funcionaría la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de las Empresas Públicas y Privadas como una instancia de intermediación entre el Poder Ejecutivo Nacional y las empresas cogestionadas para dispensar a éstas un trato preferente respecto del que se brindaría a aquellas empresas privadas no sometidas a este régimen?, ¿no terminaría excluyendo del ámbito económico a aquellas empresas privadas que no queden sujetas a la Ley de Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas, la dispensa de ese trato preferente, en perjuicio de la libertad económica y los derechos laborales de patronos y trabajadores de las empresas no regidas por la cogestión?

Artículo 14.- Aplicación de la Ley en el Sector Privado.

En las empresas, establecimientos, explotaciones, institutos o fundaciones donde el Estado posea un capital accionario minoritario o sean totalmente privadas, la ley se aplicará bajo las siguientes condiciones:

1. Cuando sean declaradas de utilidad pública o de interés social.

2. Cuando así lo decida la Asamblea de Accionistas. En este caso deberán participarlo inmediatamente a la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas.
3. Cuando se declare que poseen activos no operativos que puedan ser recuperados para la generación de empleo. En este caso la integridad de la empresa se mantendrá y percibirá un canon de arrendamiento por el uso de sus instalaciones en las condiciones que defina la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas.
4. Cuando se declaren en quiebra, o mientras se desarrolle el proceso judicial correspondiente.
5. Cuando cierren sus operaciones en forma ilegal o sin justificación, a criterio de la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas.
6. Cuando estén o hayan estado sujetos a planes de incentivos, políticas crediticias preferenciales o beneficios fiscales o parafiscales por parte del Estado, a criterio de la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas.

Para la aplicación de esta la ley en estas empresas, se realizará un referéndum decisivo con participación de sus trabajadores y trabajadoras en las mismas condiciones y principios establecidos en el artículo anterior, dentro de los sesenta días siguientes a la decisión, declaración o petición indicadas anteriormente.

Esta larga disposición es quizás la que mayores dudas nos genera en cuanto a su respeto a la seguridad jurídica y a los derechos constitucionales como principios inherentes a la cláusula del Estado de Derecho contenida en el artículo 2 de la Carta Magna, debido a los supuestos que contempla de aplicación del Anteproyecto de la UNT a las empresas, establecimientos, explotaciones, institutos o fundaciones en que el Estado posea un capital accionario minoritario (menos del 50%) o sean totalmente privadas.

El primer supuesto de aplicación del Anteproyecto a las empresas privadas es cuando la empresa se declare como de utilidad pública o de interés social. Debido a lo general de esta previsión, cabe preguntar si esta declaratoria corresponde a la declaratoria de utilidad pública o interés social que lleva a la expropiación, prevista en el 13 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, publicada en G.O. Nº 37.475, de fecha 01-07-02, o si, por el contrario, la misma alude a una nueva vía, distinta a la legislativa (¿judicial, administrativa?) por medio de la cual el Estado afectará la propiedad privada a la consecución de fines de utilidad pública o social.

De contemplarse un supuesto como el analizado, consideramos que lo correcto es que la declaratoria siga el procedimiento que contempla la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, conforme al cual, en primer lugar, el órgano legislativo nacional debe dictar un acto con rango de ley (por implicar la abolición del derecho de propiedad, tiene que ser una ley formal, según fallo de la Corte Primera de 15.08.88, caso: *Maria T. Ramos*) en el que se declara la utilidad pública o el interés social que existe sobre la actividad realizada por las empresas a las que se pretende aplicar el régimen de cogestión (artículos 13 y 14); en segundo lugar, el Presidente de la República debe dictar un Decreto de Expropiación (artículo 5); y, en tercer lugar, se debe iniciar el procedimiento administrativo y judicial para llevar a cabo la expropiación de la empresa o grupo de ellas (artículos 22 y siguientes), con el correspondiente pago de la justa indemnización.⁶

⁶ Vale acotar que este procedimiento no fue del todo seguido en los casos de Venepal C.A. y de Constructora Nacional de Válvulas C.A., pues la utilidad pública se declaró en Acuerdo de la Asamblea Nacional y no en una Ley en sentido formal y material, emanada de dicho Órgano Legislativo. Téngase presente que esta exigencia en modo alguno es baladí, dado que, entre los límites constitucionales de la declaratoria de utilidad pública o interés social, quizá el más importante de todos sean las formalidades que debe cumplir el acto por medio del cual se ha de efectuar dicha declaratoria. Aun cuando el artículo 13 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social no lo indica en forma expresa, la declaratoria debe estar contenida en una ley formal, pues si las restricciones, obligaciones, limitaciones y demás contribuciones impuestas al derecho de propiedad deben estar previstas en una ley formal según los artículos 115 de la Constitución y 21.2 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con mayor razón debe estar aquella medida que elimina o se extingue este derecho. Tal es el caso de España, cuya Ley de Expropiación Forzosa de 1954 establece en sus artículos 11 y 12 la garantía de reserva legal en esta materia.

Al margen de lo anterior, cabría preguntar igualmente, si la aplicación del modelo de la cogestión de empresas constituye, por sí mismo, fundamento suficiente para declarar como de utilidad pública o interés social una determinada actividad empresarial realizada por particulares y pasar, sin más a su expropiación, con independencia de que se pague un justo precio a los propietarios de la misma. ¿Es que la participación de los trabajadores en la administración de las empresas sólo no puede lograrse mediante el estímulo a patronos y trabajadores, sino únicamente de manera forzosa, a través de una declaratoria con fines expropiatorios?; ¿Acaso el derecho a participar en la administración de las empresas vale más o está por encima del derecho a la libertad económica y del derecho a la propiedad?

Las interrogantes previas, apuntan a lo fundamental que resulta, en términos constitucionales, el que la declaratoria de utilidad pública esté debidamente justificada. Esto quiere decir, que ha debe quedar suficientemente demostrado y explicado en el procedimiento de formación de la ley que declare esa utilidad, que sólo con dicha medida –eliminación de la propiedad privada y adquisición del bien por el Estado– es posible garantizar la utilidad social derivada de la producción de un determinado bien o de la prestación de un servicio determinado. En otros términos, debe evitarse a toda costa el uso de esta vía tan gravosa para una finalidad ajena a la institución expropiatoria, pues ello haría nula la declaratoria de utilidad pública por desviación de poder.⁷

El segundo supuesto de aplicación a empresas privadas del Anteproyecto, es cuando así lo decida la Asamblea de Accionistas de la empresa, caso en el cual deberá participarlo a la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empre-

⁷ Sobre el punto, véase sentencia de la Corte en Pleno, de 28 de mayo de 1995, caso: *Ley de Creación del Territorio Federal Vargas*, y sentencia de la Sala Constitucional, Nº 1718, de 20 de agosto de 2004, caso: *Reglamento Interior y de Debates*. Precisamente, para evitar usos abusivos de este supuesto de aplicación de la cogestión, la competencia para declarar la utilidad pública, al menos cuando la declaratoria sea a los fines de aplicar la cogestión, debe ser privativa de la Asamblea Nacional, es decir, no debe atribuirse a Consejos Legislativos ni a los Concejos de los Municipios (para evitar excesos como los ocurridos con los Decretos de Gobernadores en el caso de las tierras agrarias). Además, debe tenerse presente que junto con la declaratoria de utilidad pública o interés social y el decreto de expropiación del Presidente de la República, es menester la decisión favorable de los trabajadores, expresada, por ejemplo, mediante un referéndum decisivo como el propuesto en el único aparte del artículo 14 del Anteproyecto, para aplicar el régimen cogestionario.

sas Públicas y Privadas. De entrada, este supuesto es el que menos dificultades interpretativas ocasionaría, de aprobarse tal y como está previsto en el Anteproyecto por nosotros conocido.

En efecto, se requiere una decisión expresa y positiva de la Asamblea de Accionistas de una sociedad civil o mercantil, dictada con arreglo a lo previsto en la legislación civil y mercantil, respectivamente, y los correspondientes estatutos sociales, en la cual sus integrantes hayan manifestado su voluntad soberana de solicitar la aplicación a su sociedad privada de la Ley de Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas, para que se inicie la aplicación de la cogestión en la empresa respectiva. La formalidad adicional con que habría que cumplir, es la participación de esa decisión, sin demora, a la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de las Empresas Públicas y Privadas.

Quizá la inclusión de esta previsión en el texto del Anteproyecto tenga como trasfondo las políticas de financiamiento, de incentivos fiscales, etc., que el Gobierno Nacional adoptaría eventualmente para “invitar” a las empresas privadas a solicitar voluntariamente que se les aplique la Ley de Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas. O, igualmente, las dificultades económicas que algunas empresas del sector privado puedan estar enfrentando en la actualidad para mantenerse operativas, cuyos propietarios podrían considerar la aplicación del régimen jurídico de participación de los trabajadores en la administración de la empresa como una forma de superar la coyuntura. En todo caso, las limitaciones a la libertad económica, a la propiedad y a la seguridad jurídica previstas en el Anteproyecto, podrían volver inoperativo este supuesto de aplicación voluntaria de la cogestión.

El tercer supuesto alude a cuando se declare que la empresa posee activos no operativos susceptibles de ser recuperados para la generación de empleo, caso en el cual la integridad de la empresa se mantendrá y sus propietarios percibirían un canon de arrendamiento por el uso de sus instalaciones en las condiciones que defina la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas. De nuevo, varias amenazas a la seguridad jurídica y a los derechos protegidos por los artículos 112 y 115 de la Constitución se desprenden de esta previsión del Anteproyecto de la UNT, ninguna de las cuales redunda en beneficios para los derechos

sociales de los trabajadores, en cuyo primerísimo lugar está el contar con un puesto de trabajo estable, seguro, que le brinde posibilidad de progreso y bienestar.

La primera amenaza surge de la posibilidad de declarar que una empresa determinada posee “*activos no operativos que puedan ser recuperados para la generación de empleo*”. Preguntamos: ¿Qué entender por activo no operativo?, ¿entrarían en ese supuesto aquellas maquinarias o muebles que no son usados durante algún período del año en razón, por ejemplo, de oscilaciones en la demanda del producto, o de la temporada climática, o por lo costoso que sobrevenidamente resulta emplearlos para producir un determinado producto o servicio?, ¿no forma parte del derecho fundamental a la libertad económica decidir cómo permanecer en el mercado, y del derecho también fundamental a la propiedad, decidir cómo usar o explotar la propiedad?, ¿perderían las empresas y sus propietarios el derecho a definir qué actividad económica realizarán para, entre otras cosas, generar a través de ella más empleos y más fuentes de contribuciones fiscales?

Otros dos elementos de cuidado que se incluyen en la previsión, son el pago de un canon de arrendamiento a la empresa propietaria por el uso de los activos no operativos, luego de que se los declaren como tales, y la determinación de toda esta situación jurídica por parte de un órgano administrativo nacional, como es la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de las Empresas Públicas y Privadas. Preguntamos, una vez más ¿Es que el pago de un canon de arrendamiento, fijado sin el concurso del propietario del bien dado “en arrendamiento”, puede sustituir un atributo inherente al derecho a la libertad económica como es el de escoger en forma autónoma el destino que dará a los medios de producción de su propiedad?, ¿en atención a qué criterios fijaría ese canon de arrendamiento la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de las Empresas Públicas y Privadas, en tanto órgano administrativo central nacional, seguramente adscrito a la Presidencia de la República o al Ministerio del Trabajo?

Más allá de la consagración de este supuesto como causa de aplicación del Anteproyecto de la UNT –que casi podría considerarse como una suerte de sanción para aquellas empresas no productivas o no generadoras de empleo, más que un instrumento para fomentar la participación de los trabajadores en la administración–, es evidente que lo ambiguo

e indeterminado de la expresión “*activos no operativos que puedan ser recuperados para la generación de empleo*”, al menos en el caso de empresas que no están en atraso o quiebra, comportará gran inseguridad jurídica para éstas y limitará tremadamente el ámbito de acción de las empresas privadas al momento de activar, disminuir, acelerar o combinar las actividades comerciales que realice en diferentes procesos productivos o de prestación de servicios.

Asimismo, la ilimitada e injustificada discrecionalidad dada a la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de las Empresas Públicas y Privadas para determinar la ocurrencia de esa situación, y para adoptar medidas dirigidas a poner en funcionamiento esos activos a cambio del pago de un canon de arrendamiento –no se sabe quién lo pagará, si los trabajadores que se beneficien de la cogestión o la Comisión referida–, constituye un potencial menoscabo de los derechos a la libertad económica y de propiedad privada, pues a diferencia de lo que plantea el siguiente supuesto, en éste ni siquiera media la decisión de un tribunal, sino que un órgano administrativo, en el que no está representado el patrono y que no está obligado a oír a los dueños de la empresa, decide cuándo es aplicable la ley y qué medidas reparadoras hay que adoptar en cada caso.

Pensamos que nada se perdería y mucho se ganaría suprimiendo por completo esta causal de aplicación del Anteproyecto, y conservar solamente el siguiente supuesto, relacionado con la quiebra de empresas privadas susceptibles de aplicársele una Ley como la de Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas. En efecto, como veremos de seguida, en ese caso existe mayor certeza y seguridad en cuanto a la situación jurídica en que se encuentra la empresa al momento de ser sometida a la referida ley.

El cuarto supuesto de aplicación del Anteproyecto sería cuando la empresa sea declarada en quiebra, o mientras se desarrolla el proceso judicial tendiente a dicha declaratoria. La correcta aplicación de un supuesto como éste, es necesario atender a lo previsto en el artículo 928 del vigente Código de Comercio: “La declaración formal del estado de quiebra, cuando el pasivo excediere de diez mil bolívares, se hará por el Juez de Comercio, si ha lugar, en virtud de la manifestación del fallido, a solicitud de algunos de sus acreedores o de oficio. Si no excediere de diez mil bolívares, la hará el Juez de Distrito competente, conforme al artículo 907”.

De acuerdo con la citada disposición legal, que es norma especial en materia de quiebra, es menester, para que los trabajadores de una empresa determinada solicitaran a la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas que aplicara la eventual Ley de Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas a dicha empresa, o que para que la Comisión decidiera de oficio aplicar la mencionada Ley, que un Juzgado de Primera Instancia en lo Mercantil haya previamente dictado una sentencia declaratoria de la quiebra comercial de la respectiva compañía, que cumpla con todos los requisitos del artículo 937 del Código de Comercio, pues tal declaratoria sería condición *sine qua non* para dar inicio al proceso de aplicación progresiva del régimen cogestionario, dirigido a fomentar y regular la participación de los trabajadores en la administración de la empresa.

Precisamente por ello, estimamos que el añadido “*o mientras se desarrolla el proceso judicial correspondiente*”, de acogerse definitivamente, debería interpretarse respecto de los actos procesales que siguen a la declaratoria judicial de quiebra de la empresa, y que son dirigidos por el Juez Mercantil, y nunca a los actos que se realicen con anterioridad a dicha declaratoria. Dicho de otro modo, no podría solicitarse o aplicarse directamente la ley que establezca el régimen de la cogestión por el solo hecho de que, por ejemplo, algún accionista de la empresa haya presentado una solicitud de declaratoria de quiebra ante un Juez Mercantil de Primera Instancia, de acuerdo con el artículo 925 del Código de Comercio. Tampoco sería aplicable la causal en los casos de atraso, pues la norma no incluye esta situación jurídica.

Valga acotar que, a diferencia de lo percibido en otros supuestos –salvo el del numeral 1–, en este supuesto no se percibe un ánimo sancionatorio; por el contrario, pareciera que a la empresa negligente y a sus socios se les brinda la oportunidad de continuar con su actividad comercial, suerte de segunda oportunidad, pero pasando de un régimen de estricto Derecho Mercantil a uno sometido a normas de “Derecho Social”, en el que los trabajadores asumirán junto con ellos la responsabilidad de administrar y producir con eficiencia y competitividad.

Para finalizar con este supuesto, juzgamos razonable el someter a referéndum decisorio de los trabajadores la aplicación efectiva del régimen de cogestión a la empresa declarada en quiebra, puesto que éstos deben tener derecho a decidir si se arriesgan o no a involucrarse en la coadmini-

nistración de empresas que, en la generalidad de los casos, requerirán de una importante y cuantiosa inversión de recursos para reactivarse.

El quinto supuesto de aplicación del Anteproyecto sería cuando las empresas cierren sus operaciones en forma ilegal o sin justificación, a criterio de la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas. Al igual que lo indicamos al glosar el segundo supuesto de aplicación, en este caso también se señalan como hechos causantes de la aplicación del régimen legal de la cogestión circunstancias de difícil precisión o anticipación por parte de los potenciales destinatarios de la norma.

Esa situación, sin duda, atenta contra la seguridad jurídica, pues no se define en modo alguno qué debe entenderse por cierre de operaciones en forma ilegal o sin justificación. Nos preguntamos: ¿Se estará refiriendo la norma a la “huelga de patronos”, “cierre patronal” o “lock out”? O, por el contrario, ¿alude la norma a cualquier paralización que, más allá de las explicaciones que den los representantes de la compañía, sea juzgada por la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas como “injustificada”?

En el mismo sentido: ¿Será la cogestión un medio de participación de los trabajadores en la administración de las empresas o será una sanción por conductas contrarias a la libre competencia, a la eficiencia mercantil, al derecho al trabajo, etc.?, ¿por qué pareciera querer aplicarse como medida para sancionar a quienes han paralizado, temporal o definitivamente, su actividad mercantil?, ¿cómo distinguir las salidas ilegales o sin justificación del mercado, del derecho a salir de éste, en tanto atributo del derecho constitucional a la libertad económica, cuando se cumplen con las exigencias establecidas en la ley?

Nuevamente, de quedar redactado el enunciado en la forma actual, se estaría atribuyendo a la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas una potestad, más que discrecional, arbitraria, pues aquélla, en definitiva, será la que definirá, en lugar de un Juez Mercantil o del Trabajo, si el cierre de la compañía, temporal o definitivo, fue legal o ilegal, injustificado o justificado, determinación que, visto el silencio del Anteproyecto en este sentido, se realizaría sobre la base de criterios esotéricos, que en modo alguno podrán ser conocidos con antelación a fin de

evitar la declaratoria de cierre ilegal o injustificado, o de controlar la actividad administrativa del mencionado órgano de la Administración Central Nacional.

Tomando en cuenta las críticas hechas a la idea de crear un órgano centralizado y planificador, que siendo externo a las empresas las subordina a sus decisiones, surgen nuevas preguntas: ¿Qué finalidad se persigue atribuyendo a la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas semejante poder de control sobre la actuación de los patrones?, ¿por qué no atribuir, de conservarse este supuesto de aplicación de la cogestión, esa potestad a un Tribunal Mercantil o Laboral, para al menos garantizar mayor imparcialidad en la toma de decisiones, y establecer algunos criterios normativos para distinguir entre la salida ilegal o injustificada, y la que se enmarca en el derecho constitucional a la libertad económica?

Para evitar arbitrariedades y eventuales inconstitucionalidades, esta causal debería ser suprimida, pues actualmente, el control de la legalidad o no del cese de las actividades mercantiles de las empresas lo ejercen otros órganos administrativos, cuando existe un interés público vinculado con dichas actividades (casos de telecomunicaciones, de bancos, de seguros, de centros de servicios de salud, etc.). Mas ese control está sujeto a criterios jurídicos establecidos en las leyes y demás normativas aplicables, en la medida que resulta contrario a la seguridad jurídica y a derechos constitucionales (libertad económica y propiedad privada), que un órgano administrativo con competencia nacional, sin atender a parámetros previstos en forma expresa y previa en la ley, califique negativamente una determinada medida económica de una empresa, y decida sólo con el visto bueno de los trabajadores cambiar el régimen jurídico aplicable a la actividad mercantil realizada por la compañía.

El sexto y último supuesto de aplicación sería cuando las empresas privadas estén o hayan estado sujetas a planes de incentivos, políticas crediticias preferenciales o beneficios fiscales o parafiscales por parte del Estado, a criterio de la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas. En verdad, inquieta la amplitud con que puede ser interpretada esta norma, pues, en la práctica, permitiría una aplicación poco más que discrecional de la llamada por la UNT Ley de Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas

a aquellas empresas que estén en cualquiera de los supuestos contenidos en esta ilimitada previsión del Anteproyecto.

En efecto, la disposición señala que son susceptibles de aplicación del régimen de cogestión no sólo aquellas empresas que en la actualidad estén sujetas a planes de incentivos, políticas crediticias preferenciales o beneficios fiscales o parafiscales por parte del Estado, sino también aquellas que en el pasado hayan estado en alguno de esos casos. Nos preguntamos: ¿Hasta dónde se extiende esta norma, hasta la constitución definitiva del Estado venezolano en 1830, o se tomaría una fecha más reciente? Debe tenerse en cuenta, que por las particulares condiciones de la economía nacional (esencialmente rentista, con el Estado como principal productor de riqueza gracias a la venta del petróleo) es probable que la gran mayoría de las empresas privadas hayan mantenido con el Estado algún tipo de relación jurídica como las aludidas por este sexto supuesto de aplicación del Anteproyecto, de modo que sería necesario limitar la aplicación retroactiva de esta disposición, y examinar su conformidad con el artículo 24 de la vigente Constitución.

Por otro lado: ¿Qué debe interpretarse en el contexto del Anteproyecto por planes de incentivos, por políticas crediticias preferenciales o por beneficios fiscales o parafiscales por parte del Estado?, ¿debe tomarse en consideración lo previsto en estas materias en leyes tributarias, de fomento o de gestión económica vigentes, o sólo importará lo que establezca unilateralmente la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas, en ejercicio de la potestad interpretativa que le confiere la propia disposición comentada?

Estas interrogantes surgen, en la medida que, por ejemplo, por planes de incentivos podrían entenderse todas aquellas políticas económicas (subsidios, préstamos, rebajas fiscales, beneficios ante el sistema nacional bancario, etc.) que el Ejecutivo Nacional adopte a través de diferentes vías (decretos, resoluciones, planes de desarrollo u ordenación, etc.) para impulsar, promocionar, fortalecer y contribuir al desarrollo de una o varias actividades económicas, vinculadas o no entre sí (turismo, producción de bienes de primera necesidad, prestación de servicios de primera necesidad o de servicios públicos, etc.) de ser el caso, la redacción actual del supuesto daría un margen excesivamente amplio a la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas para incluir en este lote de

beneficiarios a cualquier empresa privada que sea beneficiaria, directa o indirecta, de alguno de esos planes o medidas estatales.

Por políticas crediticias preferenciales podrían entenderse todos aquellos convenios, pactos, contratos y demás mecanismos adoptados por el Estado venezolano para otorgar, en forma directa y bajo condiciones preferenciales (en cuanto a pago de intereses, plazo de pago de la deuda, etc.), préstamos para el desarrollo de actividades económicas en las que existe un interés público o general en cuanto a la producción de los bienes o la prestación de servicios derivados de dicha actividad (ver, por ejemplo, artículo 41, numeral 4, de la Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria). Aquí también es posible advertir el amplio margen de aplicación que podría tener esta previsión, pues todas aquellas empresas, grandes, pequeñas o medianas, que reciban algún tipo de crédito o incentivo preferencial para producir bienes o prestar servicios en el marco de la actividad económica que desarrolle, serían elegibles para la aplicación forzosa y no voluntaria, del régimen de cogestión.

Finalmente, por beneficios fiscales por parte del Estado podrían entenderse todas aquellas exenciones (artículo 17 de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado) o exoneraciones (artículos 64 de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, y 197 de la Ley del Impuesto sobre la Renta) previstas en la ley o en actos administrativos, por medio de las cuales se excluyen determinadas actividades como causantes del hecho imponible o se libra a contribuyentes en particular de la obligación de pagar un tributo en especial. Así, si toda exención o exoneración es un beneficio fiscal, toda empresa destinataria de esos beneficios sería candidata a que se le aplique la Ley de Participación de los Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas, por decisión unilateral de la Comisión contemplada en el Anteproyecto.

Por otro lado, en la categoría de beneficios parafiscales por parte del Estado estarían incluidas todas las ventajas, aportes o mejoras en materia, verbigracia, de capacitación o adiestramiento del personal que reciben las empresas obligadas por leyes especiales a pagar contribuciones parafiscales (como se denomina a tributos especiales como el seguro social, el paro forzoso, la contribución para el Ince, etc.), como retribución o compensación al aporte dado en cada caso para contri-

buir con la educación, la salud o la protección en caso de desempleo de los trabajadores.

Si ello es correcto, entonces todas las empresas que estén obligadas a pagar estas contribuciones y que reciban algún beneficio derivado del cumplimiento de las mismas, serían elegibles para la aplicación no voluntaria sino forzosa del régimen cogestionario si así lo determina la Comisión Nacional para la Participación de Trabajadores y Trabajadoras en la Gestión de Empresas Públicas y Privadas. En nuestro criterio, debe limitarse en mucho la extensión de este último supuesto de aplicación del Anteproyecto a las empresas privadas, o acoger un supuesto diferente, que disminuya los casos de aplicación forzosa, unilateral, de la cogestión a empresas no pertenecientes al Estado.

Artículo 15.- *Inamovilidad Laboral.* Todos los trabajadores y trabajadoras en las empresas, explotaciones, establecimientos, institutos o fundaciones sujetas a esta Ley gozarán de inamovilidad laboral en los mismos términos establecidos para los dirigentes sindicales en la Ley Orgánica del Trabajo, desde el momento en que se cumpla la condición de aplicación prevista en los artículos anteriores hasta treinta días después de la celebración del referéndum decisorio, y de ser aprobatorio el resultado del mismo, esta inamovilidad será permanente para todos los trabajadores y trabajadoras activos que no laboren en cargos de dirección.

Con esta disposición, se establecerían dos tipos de inamovilidad: una de carácter transitorio y la otra de carácter permanente, dirigidas a todos los trabajadores de la empresa que no ostenten puestos de dirección.

La primera se trataría de una inamovilidad de carácter electoral, de la que encontramos un antecedente en el artículo 452 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual confiere inamovilidad a los trabajadores de la empresa entre el momento de la convocatoria y hasta el día de la elección de las autoridades sindicales, sin que éste lapso pueda exceder de dos meses. Por cierto, que el alcance o disposición había sido restringido por el artículo 247 del derogado Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, según el cual la inamovilidad se extiende sólo a los trabajadores que sean candidatos a ocupar cargos de dirección y a quienes fueren miembros de la organización sindical en proceso de elecciones.

Mientras tanto, la segunda de las inamovilidades sería de carácter permanente con lo que, a nuestro entender, se desnaturaliza la figura de la inamovilidad pensada en función de proteger de manera transitoria a los trabajadores que se encuentren en una situación específica de vulnerabilidad, como es el caso de la mujer embarazada, o de los demás trabajadores cuya relación laboral se haya bajo suspeso, o de aquellos trabajadores que están constituyendo un sindicato o dirigiendo el mismo, o participando en un proceso de elecciones. La concesión de una inamovilidad permanente a todos los trabajadores de la empresa bajo situación de cogestión limitará sin duda las potestades del patrono de dirección y disciplina, así como las que también ejercerán en estas materias los representantes de los trabajadores que coadministren la empresa, lo cual puede traducirse en un descenso de la productividad laboral.

Artículo 18.- *Cumplimiento de cláusulas en materia de gestión de las convenciones colectivas.* Las empresas que en sus convenciones colectivas o normativas internas, contengan estipulaciones de carácter participativo de los trabajadores y trabajadoras en la gestión, están obligadas a la inmediata aplicación de dichas cláusulas y de la presente ley, en todo aquello que sea más favorable a los trabajadores y trabajadoras. Los miembros de las juntas directivas de dichas empresas que incumplan con estas disposiciones convencionales colectivas, o que usurpen o intenten usurpar funciones sindicales, o pretendan disolver el sindicato existente o crear otro paralelo, serán considerados incursos en prácticas antisindicales, y sancionados por ello.

Queda expresamente ratificado, que los acuerdos de condiciones cogestionarias, establecidos en convenios colectivos, serán administrados por los sindicatos signatarios, las mismas son de obligatorio cumplimiento y no serán relajadas por la implementación de esta ley. Las decisiones relativas a aspectos sindicales, serán resueltas por los mecanismos establecidos en las leyes respectivas.

Una vez más, nos topamos con una disposición bastante ambigua. Según una interpretación, esta norma podría servir para permitir la aplicación del Anteproyecto en aquellas empresas que, a pesar de no encuadrar en ninguno de los supuestos de aplicación al sector privado antes comentados, tengan en sus convenciones colectivas disposiciones de “participación

de los trabajadores en la gestión”. De ser este el caso, y como seguramente las disposiciones en materia de cogestión contempladas en las convenciones colectivas serán tímidas frente a las contenidas en el anteproyecto, habrá que aplicar también estas últimas “en todo aquello que resulte más favorable”, con lo cual una empresa en principio excluida del ámbito de aplicación podría quedar cubierta por la ley.

Desde otra interpretación, esta disposición resulta redundante e innecesaria, pues se limitaría a afirmar mandatos que ya están en la Ley Orgánica del Trabajo y, en especial, en el nuevo reglamento de dicha ley, así como en otras leyes laborales especiales.

Artículo 21.- *Obligaciones del Consejo Nacional Electoral para la aplicación de esta Ley.* El Consejo Nacional Electoral deberá dictar la normativa referida a referéndum decisorio, previsto en esta Ley y las elecciones de directores representantes de los trabajadores y trabajadoras, en la gestión de las empresas, dentro de los treinta días continuos siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley. Asimismo establecerá dentro de su presupuesto las partidas de gastos correspondientes a referéndum decisorio y elecciones de directores representantes de los trabajadores.

Aunque podría hallarse en la Constitución alguna justificación a la intervención del Consejo Nacional Electoral en la regulación, organización y realización del referéndum decisorio que debe producirse antes de dar inicio a la aplicación del régimen jurídico de la cogestión a cualquier empresa, según los artículos 13 y 14, único aparte, del Anteproyecto de la UNT, no hallamos ninguna justificación en los principios y fines que el mismo anteproyecto fija en su artículo 1º, que habilite a este órgano del Poder Público Nacional a regular, organizar y realizar las elecciones de directores de representantes de los trabajadores en la administración de las empresas, pues, precisamente, un componente básico, elemental, de la participación de los trabajadores en la empresa lo constituye el derecho de éstos a organizar la elección de sus representantes en los órganos sociales de toma de decisiones.

Se corre el riesgo, con esta disposición, de cercenar la autonomía que en otras legislaciones cogestionarias como en la sueca y la alemana, se reconoce a los trabajadores, al momento de elegir a sus representantes en el ámbito de la cogestión, al tiempo que se pone en riesgo la oportuna

celebración de las elecciones respectivas, debido a las competencias nacionales, estadales, municipales y hasta en el ámbito privado que tiene dicho Consejo. Por ello, luce prudente y beneficioso para los trabajadores suprimir la competencia del CNE en la regulación, organización y realización de estas elecciones, y regularlas directamente en la Ley de Cogestión a dictar, y atribuir estas facultades a los propios trabajadores.

Ojalá, las observaciones, preocupaciones y sugerencias precedentes, puedan contribuir de alguna manera, a evitar imprecisiones y supuestos de inconstitucionalidad en una eventual Ley de Cogestión, que bien puede servir para impulsar la productividad de las empresas privadas nacionales, mediante la mejora de las relaciones entre empresarios y trabajadores a través de la coadministración, como ocurrió en Alemania, o, por el contrario, para debilitar y arruinar definitivamente la libre iniciativa privada, así como la estabilidad y progresividad de los derechos laborales, a favor de un proceso de estatización y centralización de la economía y de los medios de producción, cuyo único beneficiario sería el Estado, y más concretamente, la clase gobernante de turno.

Deberes de los trabajadores en la reforma de la LOPCYMAT

Francisco ITURRASPE*

(...) la legislación por sí misma no puede lograr gran cosa si no está acompañada de una presión fuerte, continua y bien informada de los trabajadores y en su plena articipación

Jeanne M. Stellman y Susan M. Daum¹

* Universidad Central de Venezuela, Magister Scientiarum en Derecho del Trabajo y Doctor en Ciencias, Mención Derecho, graduado con Mención Honorífica. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Jefe. Centro de Estudios de Postgrado, Especialización en Derecho del Trabajo, Coordinador. Programa de Promoción al Investigador del FONACIT, Nivel 3, Investigador del Área Laboral y de Seguridad Social. Ha publicado varios libros y artículos científicos sobre la materia.

LOPCYMAT: Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 25 de julio de 2005, Gaceta Oficial N° 38.236 del día siguiente, que derogó la de 10 de julio de 1986, Gaceta Oficial N° 3.850 Extraordinario de 28 del mismo mes y año.

¹ El trabajo es peligroso para la salud, Siglo XXI, México, 1986, p. 11.

SUMARIO:

1. Deber de prevención del trabajador.
2. ¿Cuáles son los trabajadores obligados? 2.1 Trabajadores del sector público y privado. 2.2 Trabajadores independientes. 2.3 Trabajadores de cooperativas y empresas similares. 2.4 Exclusión de los miembros de la Fuerza Armada Nacional.
3. Papel y responsabilidad de los trabajadores: deber de prevención.
4. Carácter jurídicamente diferenciado de los deberes de los empleadores y trabajadores y carácter complementario de estos últimos.
5. Deber de participar, colaborar y controlar.
6. Deber de informar y denunciar condiciones peligrosas o insalubres.
7. Deber de usar los implementos de seguridad personal.
8. Deber de hacer buen uso de las instalaciones, herramientas e instrumentos de trabajo.
9. Deberes relacionados con el funcionamiento del régimen prestacional.
10. Otras obligaciones y deberes de orden práctico del trabajador.
11. Incumplimiento de los deberes de los trabajadores. Régimen sancionatorio en la LOT y LOPCYMAT.

1. DEBER DE PREVENCIÓN DEL TRABAJADOR

El deber de prevención del trabajador forma parte del cuadro de las obligaciones que la ley y el contrato de trabajo le imponen al prestador del servicio personal subordinado. Se trata de un cuadro de prestaciones de dar, de hacer y de no hacer íntimamente ligadas a la obligación del trabajador de poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador,² y que modelan las características de la prestación del servicio.

² Hemos precisado la prestación del trabajador dentro de la definición de contrato de trabajo como “un negocio jurídico bilateral, de carácter predominantemente patrimonial, que consiste en un acuerdo de voluntades por el cual una persona física llamada *trabajador* se obliga a poner su fuerza de trabajo a disposición y bajo la esfera de organización de la otra parte, denominada *patrón*, (...)" en F. Iturraspe: *El contrato de trabajo a la luz de la teoría del negocio jurídico*, en Libro Homenaje a José Mélich Orsini, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1983, Vol. II, p. 589.

Pero dado el carácter de orden público de la normativa de la LOPCY-MAT³ muchas de estas prestaciones son impuestas como *deberes*, no solamente frente a la contraparte en el contrato de trabajo, sino en relación con la salud y la seguridad de sus compañeros y de la comunidad.

En otro trabajo⁴ hemos analizado los deberes de prevención y seguridad del empleador. En el presente nos proponemos estudiar los del trabajador y la relación disímil entre los deberes y las obligaciones de ambas partes del contrato en el esquema de la Ley.

2. ¿CUÁLES SON LOS TRABAJADORES OBLIGADOS?

2.1 TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO

El campo de aplicación de la normativa abarca a los sectores público y privado, por lo cual *el deber de prevención comprende tanto a trabajadores como a funcionarios o empleados públicos regidos por la Ley Orgánica del Trabajo y el Estatuto de la Función Pública y normas complementarias*. La reforma de la LOPCYMAT precisa el campo de aplicación e incluye expresamente algunas categorías de trabajadores a los cuales la aplicación podría parecer dudosa por la naturaleza de sus funciones, como los trabajadores a domicilio y los domésticos.

Las disposiciones de esta Ley son aplicables a los trabajos efectuados bajo relación de dependencia por cuenta de un empleador o empleadora, cualesquiera sea su naturaleza, el lugar donde se ejecute, persiga o no fines de lucro, sean públicos o privados existentes o que se establezcan en el territorio de la República y, en general, toda prestación de servicios personales donde haya patronos o patronas y trabajadores o trabajadoras, sea cual fuere la forma que adopte, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley. Quedan expresamente incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley el trabajo a domicilio, doméstico y de conserjería.

³ Art. 3. Las disposiciones de la presente Ley son de orden público, en concordancia con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social.

⁴ F. Iturraspe: *Los deberes de prevención y seguridad en el cuadro de la estructura jurídica del contrato de trabajo* en F. Parra Aranguren (ed.), *Ensayos Laborales*, Colección de Estudios Jurídicos N° 12 Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela, 2005, p. 439.

La doctrina nacional ha elaborado –y debatido en forma muy minuciosa– el concepto de *trabajador*, y la LOT⁵ lo define en su Artículo 39. Cualquiera sea la calificación legal del trabajador, sea este empleado u obrero, trabajador de dirección o de confianza, debe asumir los deberes establecidos en esta Ley.

2.2 TRABAJADORES INDEPENDIENTES

La misma LOT describe en el siguiente artículo al *trabajador no dependiente*,⁶ categoría que ha pasado de la LOT a la Constitución de 1999.⁷

La LOPCYMAT derogada (como la mayoría de las normas de la LOT) implicaban el *contrato de trabajo* y por ende los trabajadores obligados y amparados eran, fundamentalmente, la tradicional categoría de *la persona natural que realiza una labor de cualquier clase por cuenta ajena* (ajenidad) y **bajo la dependencia de otra** (subordinación).

El Artículo 1 de la LOPCYMAT original hablaba de *los trabajadores permanentes y ocasionales*, y el Artículo 7 se refería a los *trabajos efectuados por cuenta de un empleador*, excluyendo pues, al *trabajador no dependiente, la persona que vive habitualmente de su trabajo sin estar en situación de dependencia respecto a uno o varios patronos*.

Dada la importancia que ha tomado entre nosotros el trabajo “no dependiente”, también llamado “por cuenta propia”, que se ha desarrollado sobre todo en el denominado “sector informal de la economía” o “sector

⁵ Ley Orgánica del Trabajo, sancionada en 1990 y reformada en 1997, *Gaceta Oficial N° 5.152* de fecha 19 de junio de 1997.

⁶ Artículo 40. Se entiende por trabajador no dependiente la persona que vive habitualmente de su trabajo sin estar en situación de dependencia respecto de uno o varios patronos. Los trabajadores no dependientes podrán organizarse en sindicatos de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de esta Ley y celebrar acuerdos similares a las convenciones colectivas de trabajo según las disposiciones del Capítulo III del mismo Título, en cuanto sean aplicables; serán incorporados progresivamente al sistema de la Seguridad Social y a las demás normas de protección de los trabajadores, en cuanto fuere posible.

⁷ Art. 87 (...) La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes (...)

no estructurado” en su momento sostuvimos⁸ que sería importante, *a lege ferenda*, establecer normas de higiene y seguridad para estos trabajadores, que ya tienen una serie de normas, ordinariamente de fuente municipal, que les son aplicables, relativas, por ejemplo, a casos de manipulación de alimentos, venta de fuegos artificiales, deposición de residuos, etc. La reforma –siguiendo el mandato constitucional– adoptó ese criterio en el artículo 4 *eiusdem*:

A los efectos de las materias de promoción de la seguridad y la salud en el trabajo y de la prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades ocupacionales y otras materias compatibles, así como el estímulo e incentivos de programas para la recreación, utilización del tiempo libre, descanso y turismo social, las disposiciones de la presente Ley también son aplicables a las actividades desarrolladas por los trabajadores y trabajadoras no dependientes. A estos mismos efectos, cuando la ley, los reglamentos o normas técnicas se refieran a trabajadores y trabajadoras, comprenden también a trabajadores y trabajadoras no dependientes cuando sea compatible con la naturaleza de sus labores.

Como en el caso de la Ley Orgánica del Trabajo, el amparo de los trabajadores independientes es un tema sumamente dificultoso en la práctica. Se trata de una tarea reguladora indispensable pero altamente conflictiva: por una parte, la idea misma de informalidad parecería contradictoria con la de regulación y por otra parte, la competitividad de los sectores informales (normalmente de baja productividad) suele basarse en el incumplimiento de la normativa fiscal, previsional, laboral etc. (de allí la idea misma de precariedad del sector que prevalece en la doctrina). El largo arraigo del esquema de informalidad entre nosotros (no solamente en la producción de bienes y servicios sino también en el campo de la vivienda y el urbanismo, el transporte, etc.) ha generado una “cultura” de evasión de la normativa que pone en grave riesgo

⁸ F. Iturraspe. *Derecho, Ambiente y Trabajo en Venezuela*, tomo I, p. 143 Creemos conveniente que en la reforma de la LOPCYMAT se incluya a los trabajadores no dependientes dentro de la protección legal, estableciéndose una norma que establezca entre los objetivos de la Ley o en su ámbito de aplicación “Amparar a los trabajadores no dependientes en las materias de promoción de la salud y la seguridad en el trabajo, de la prevención de las enfermedades y los accidentes ocupacionales y otras compatibles con su modalidad de trabajo, así como los aspectos relativos a la recreación y el turismo social”.

los intentos de amparo de estos trabajadores que constituyen la mitad de la población económicamente activa del país.

2.3 TRABAJADORES DE COOPERATIVAS Y EMPRESAS SIMILARES

Frente a normas y prácticas que pretenden sustraer a los trabajadores de las cooperativas de producción y empresas de la economía solidaria del amparo de la normativa laboral (a nuestro entender inconstitucionales por violar la letra expresa del artículo 89º y el espíritu de la Carta Fundamental) el reformador de la LOPCYMAT insistió firmemente en la protección de los trabajadores de este sector, cuyo número e importancia ha crecido en el país. De tal suerte, el mencionado artículo 4 establece que *quienes desempeñen sus labores en cooperativas u otras formas asociativas, comunitarias, de carácter productivo o de servicio estarán amparados por las disposiciones de la presente Ley*. Se trata de contribuir a poner coto a una preocupante tendencia –tanto en el sector público como del privado– a la utilización abusiva y distorsionadora de estas formas avanzadas de organización social para la precarización del trabajo.

2.4 EXCLUSIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA ARMADA NACIONAL

Se exceptúan del ámbito de aplicación de esta Ley, los miembros de la Fuerza Armada Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Sin embargo, dado que los diferentes cuerpos que conforman el ámbito militar desarrollan tareas en áreas de construcción, servicios sociales, etc., es obvio que se requiere la adopción de normas de promoción y prevención para quienes las llevan a cabo.

3. PAPEL Y RESPONSABILIDAD DE LOS TRABAJADORES: EL DEBER DE PREVENCIÓN

La salud y seguridad de los trabajadores tiene como uno de sus pilares fundamentales la *conciencia prevencionista de ellos mismos*. Ninguna protección será suficiente si el propio trabajador no asume responsa-

⁹ *El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado.* Es obvio que el trabajo desarrollado en las cooperativas forma parte del **hecho social trabajo** y no puede ser excluido de la protección del Estado.

blemente, *individual y colectivamente, la defensa de su vida y de su salud, la de sus compañeros y compañeras, y la del ambiente en el cual desarrollan su vida y las de sus familias.*

Actualmente, el desarrollo del trabajo en la industria, en la construcción, en la agricultura o en la prestación de servicios, implica en muchas ocasiones la utilización de *tecnologías agresivas para el ser humano y para el ambiente* a las cuales los trabajadores y trabajadoras se han ido adaptando, *internalizando normas de seguridad*.

De esta manera los trabajadores y trabajadoras han ido adquiriendo, de generación en generación, un “*saber obrero*” que les permite *sobrevivir en el “ambiente tecnológico”*: la “*tecnoesfera*” en la que desarrollamos nuestras vidas. Junto a estos conocimientos, las trabajadoras y trabajadores han logrado *mayores o menores adaptaciones fisiológicas y psicológicas* a las condiciones artificiales de esa “*tecnoesfera*”. En los países de industrialización relativamente tardía (como Venezuela comparada con los países del Norte e incluso algunos de la propia América Latina) ese proceso debió realizarse en muchas ocasiones rápidamente, y, por ende, en forma difícil, incompleta e insuficiente. Los trabajadores sometidos a graves riesgos de las grandes empresas metalúrgicas de Guayana o los de las petroquímicas, por ejemplo, son en muchas ocasiones obreros y obreras de primera generación, hijos e hijas de campesinos o artesanos urbanos, que han debido afrontar el ambiente tecnológico sin el proceso histórico de adaptación de sus colegas de los países industrializados y en condiciones de mayor peligro dado al alto grado de incumplimiento de la normativa detectada.

Sin embargo, en países de larga trayectoria industrial como los Estados Unidos, se ha señalado que la mayoría de las enfermedades contraídas en los lugares de trabajo ni siquiera son reconocidas como relacionadas con éste, y sus víctimas están desprotegidas, son incontables y carecen de indemnización alguna. *El cambio más importante de esta situación vendrá sólo cuando las personas que padecen las consecuencias de tal abandono sean plenamente capaces de reconocer los riesgos de salud que confrontan en sus puestos de trabajo y hagan esfuerzos concertados para inspeccionar y controlar la contaminación en su medio laboral cotidiano.*¹⁰

¹⁰ Stellman y Daum, *Op. Cit.* p. 11.

Esta responsabilidad de los trabajadores los convierte no solamente en objeto de protección de la normativa, sino, sobre todo, en sujetos protagónicos de la misma. Y este carácter se trasunta jurídicamente en un cuerpo de deberes desarrollados a lo largo de toda Ley y en especial en el Título IV relativo a los deberes y derechos.

La LOPCYMAT original establecía (Art. 20) como la primera de las obligaciones del trabajador *“ejercer las funciones específicas derivadas de su contrato de trabajo en relación a los riesgos vinculados con el mismo, no sólo en defensa de su propia salud y seguridad, sino también con respecto a los demás trabajadores”* (inc. 1).

Más allá de los problemas de redacción de la norma, el artículo vinculaba la obligación del trabajador con el cumplimiento del contrato de trabajo, aunque el mismo texto del artículo –al referirse a la defensa de la salud y seguridad de los demás trabajadores– parecería configurar un mandato más amplio que el emergente de la fuente obligacional. Al circunscribirlo al ámbito contractual, como hemos señalado, podría interpretarse que dejaba de lado al trabajador no dependiente que, por definición, es *“la persona que vive habitualmente de su trabajo sin estar en situación de dependencia respecto a uno o varios patronos”*.

El deber fundamental del trabajador (que propusimos en el Anteproyecto) es el de *“Ejercer las labores con sujeción a las normas de prevención de accidentes y enfermedades no sólo en defensa de su propia salud y seguridad sino también las de los demás trabajadores y en resguardo de las instalaciones donde labora y del medio ambiente”*.¹¹ De esta manera se eliminaba la mención al contrato de trabajo para facilitar la inclusión de los trabajadores independientes que –como hemos señalado *ut supra*– se asimilan como trabajadores por el artículo 4 vigente que establece que *“cuando la ley, los reglamentos o normas técnicas se refieran a trabajadores y trabajadoras, comprenden también a trabajadores y trabajadoras no dependientes cuando sea compatible con la naturaleza de sus labores”*.

La reforma adopta en el artículo 54 la categoría jurídica de *deber* y establece como el primero de esos deberes de los trabajadores y trabajadoras: *Ejercer las labores derivadas de su contrato de trabajo*

¹¹ F. Iturraspe, *Op. Cit.* Tomo I, p. 205.

con sujeción a las normas de seguridad y salud en el trabajo no sólo en defensa de su propia seguridad y salud sino también con respecto a los demás trabajadores y trabajadoras y en resguardo de las instalaciones donde labora.

La esencia del deber de seguridad del trabajador consiste en el conocimiento y acatamiento de las normas de higiene y seguridad y normas ambientales. El RCHYST (Art. 1) establece que sus normas sobre condiciones de higiene y seguridad industriales son de cumplimiento obligatorio para patronos y trabajadores.

Esta obligación genérica o deber de seguridad y prevención del trabajador es la contrapartida del deber patronal que hemos analizado en un trabajo anterior, y como en ese caso, asume el carácter de *deber jurídico* por sus fuentes y sus implicaciones para los terceros y la comunidad.

4. CARÁCTER JURÍDICAMENTE DIFERENCIADO DE LOS DEBERES DE LOS EMPLEADORES Y TRABAJADORES, Y CARÁCTER COMPLEMENTARIO DE ESTOS ÚLTIMOS

Sin embargo, *ambos deberes jurídicos no son de la misma entidad*, toda vez que el empleador es responsable de la organización del trabajo, es bajo su esfera organizativa que éste se presta, en virtud de facultades jurídicas que le son concedidas en la regulación jurídica del contrato; es el patrono quien asume el riesgo de la empresa y obtiene por tal razón las ventajas económicas. Por todo ello, *los patronos son los principales deudores de seguridad*, la relación jurídica surgida del contrato de trabajo, a tenor del Artículo 2 de la LOPCYMAT original y del artículo 56 de la reformada.

Osvaldo Mantero, afirma en ese sentido, que “esa obligación no es igual para quien tenga la facultad de dirigir, que para quien se encuentra en situación de subordinación y es dirigido”.¹²

En la legislación británica¹³ este deber de seguridad del trabajador o trabajadora se denomina *Duty to take reasonable care*, literalmente

¹² Estudios sobre la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 1988, p. 59.

¹³ Sección 7(a) de la vigente Ley de 1977.

tomar razonable cuidado o precaución de la salud y la seguridad de sí mismos y de otras personas que puedan ser afectadas por sus actos u omisiones en el trabajo.

La legislación española establece que las obligaciones de los trabajadores son “complementarias” de los deberes de los patronos, que tienen, pues, carácter de deberes principales y que estas obligaciones de los trabajadores no eximen al empleador del cumplimiento de sus deberes.¹⁴ Las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta Ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán *las acciones del empresario*, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona.¹⁵

Siguiendo esa corriente, el reformador venezolano consagró la complementariedad en el artículo 54 *in fine* al establecer que: *Los deberes que esta Ley establece a los trabajadores y trabajadoras, y la atribución de funciones en materia de seguridad y salud laborales, complementarán las acciones del empleador o de la empleadora, sin que por ello eximan a éste del cumplimiento de su deber de prevención y seguridad.*

Del deber de seguridad y prevención del trabajador surge una serie de deberes conexos que lo complementan y desarrollan, y que en algunas ocasiones son también derechos o facultades correlativas de los propios trabajadores.

5. DEBER DE PARTICIPAR, COLABORAR Y CONTROLAR

En este caso, junto con el derecho o facultad de participar, en la LOP-CYMAT original y el Reglamento de las Condiciones de Higiene y Seguridad en el Trabajo (RCHYST) encontramos la *participación y la colaboración* como *deber jurídico* en diversas normas, entre otras:

¹⁴ Art. 14.4. de la Ley española Entre nosotros existe una marcada tendencia en la investigación de los accidentes y enfermedades a establecer, mediante análisis superficiales y sesgados, que los mismos se deben a “actos inseguros” que terminan culpando a las víctimas de los graves problemas ambientales, de organización del trabajo, etc., que causan estos actos.

¹⁵ Ley 31/1995, del 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales. B.O.E. N° 269, de 10 de noviembre.

- a) *Participar activamente en forma directa, o a través de la elección de representantes, en los Comités de Higiene y Seguridad, otros Comités de promoción de servicios sociales y demás organismos paritarios y tripartitos que se crean con los mismos fines.* (LOPCYMAT, Art. 20, inc. 8).
- b) *Colaborar con el patrono para adoptar las precauciones necesarias para su seguridad y la de las demás personas que se encuentren en el lugar de trabajo.* (RCHYST, Art. 2, b).

Se trata de una responsabilidad de gran trascendencia y, a la vez, de un mecanismo cogestivo relevante para el logro de los objetivos de los programas de prevención en el ámbito de las empresas y una de las claves de la política nacional en materia de prevención, condiciones y medio ambiente de trabajo.

El deber de participar, la colaboración de los trabajadores y trabajadoras es la clave en la moderna política prevencionista: la *seguridad participativa*.

D. Keith Denton,¹⁶ un libro clásico en nuestra materia señala que: “La administración participativa ha sido un tema muy difundido entre los autores norteamericanos” (...) Sin embargo, se ha adoptado sin mayor convicción, con escasa reflexión sistemática y poco compromiso por su éxito”.

El autor estadounidense advierte –en un análisis que es plenamente aplicable a nuestra realidad laboral en Venezuela– que:

En gran parte esto se debe a la falta de comprensión, que ha contribuido a que aparezcan enfoques pseudoparticipativos, elaborados apresurada y superficialmente. Como resultado, el personal de los niveles jerárquicos inferiores ha demostrado poco interés en contribuir con un dispositivo que consideran meramente especulativo, puesto que obtener la colaboración de los empleados y supervisores es parte fundamental del éxito de cualquier programa de seguridad (1988, p. 297).

La base de la participación y la colaboración es la *responsabilidad* de los trabajadores, y lamentablemente, en muchos de nuestros esquemas

¹⁶ *Seguridad Industrial*. Mc Graw-Hill. México, 1988, p. 297.

empresariales los trabajadores son poco considerados desde el punto de vista personal y aún profesional: son simplemente considerados un “recurso” de la empresa.¹⁷

Igualmente ciertos esquemas tayloristas o post-tayloristas mal aplicados producen el mismo efecto: la marginación psicológica y social del trabajador. Más aún, la participación es cada vez más difícil *por la estructura del mercado de trabajo* (con desempleo, bajos salarios, informalidad y precariedad) y *por nuestro sistema jurídico laboral* que permite una *alta rotación* (en desmedro del principio constitucional de estabilidad) y al *legitimar un agudo desequilibrio en la correlación de fuerzas en la empresa, sin adecuados contrapesos*.

La idea de *ciudadanía productiva* introducida en la Reforma, basada en la asunción de responsabilidad de los trabajadores como sujetos individuales y como colectivo organizado, con su plena participación en la gestión productiva de la empresa y de la sociedad, requiere también de la participación equitativa en los beneficios que trae aparejado el aumento de la productividad colectivamente logrado. Más allá de estos importantes aspectos económicos, la ciudadanía productiva implica un *cambio cualitativo en las condiciones de trabajo* y, dentro de éstas, en los aspectos de salud y seguridad. La calidad de los procesos y de los productos, elemento fundamental de la competitividad, es inseparable de la calidad de vida de los productores.¹⁸

El trabajador deviene en este nuevo esquema en *ciudadano de la empresa, comprometido con la productividad, con la óptima utilización de todos los factores*. El mejoramiento productivo permanente, la calidad, el cuidado de los factores ambientales permiten una nueva participación en los órganos sindicales, en los Comités de Higiene y Seguridad, etc.¹⁹

Las tecnologías productivas generadas por el esquema taylorista propugnaban un trabajo segmentado, un trabajador sumamente especiali-

¹⁷ M. E. Ackerman. *Si son humanos no son recursos*. Hammurabi. Buenos Aires, 1996, p. 297.

¹⁸ Iturraspe, 1998, *Ciudadanía Productiva, responsabilidad empresarial, ambiente y condiciones de trabajo*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, N° 109, Caracas, p. 410.

¹⁹ Iturraspe, *ibidem*.

zado en tareas rutinarias y, a la vez, sin una visión global del proceso de trabajo en su conjunto. Este modelo produce un envilecimiento y embrutecimiento del trabajador por las tareas repetitivas, los ritmos de trabajo y los esquemas supervisорios rígidos y represivos e implica un enorme desperdicio de la creatividad de los trabajadores. En la realidad venezolana –y de gran parte de América Latina– los esquemas de “organización científica del trabajo” se aplicaron dentro de una realidad de profundo autoritarismo producto de la pervivencia de modelos autoritarios, amiguismo y el clientelismo por sobre la competencia y la creatividad de los trabajadores y se niegan la libertad de expresión y los derechos humanos fundamentales de los trabajadores que parecerían detenerse en la puerta de la empresa.

Por ello la reforma desarrolla y profundiza este aspecto de la LOPCY-MAT original y adopta en varios artículos el esquema participativo y de control social siguiendo el mandato constitucional²⁰ y de la propia ley marco, la LOSSS.²¹

Así, el artículo 5 establece el derecho a ser consultado y el *Deber de Participar*:

La participación es un principio básico para la aplicación de la normativa de la presente Ley y debe ser desarrollado en todos y cada uno de los organismos públicos y privados con atribuciones en la misma. Los trabajadores y trabajadoras, los empleadores y empleadoras, y sus organizaciones, tienen el derecho a ser consultados y el deber de participar en la formulación, puesta en práctica y evaluación de la política nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo a nivel nacional, estadal, municipal y local y por rama de actividad y a vigilar la acción de los organi-

²⁰ Art. 6 y concordantes.

²¹ *Gaceta Oficial* N° 37.600 de fecha 30 de diciembre de 2002. En su Art. 14 establece: El Sistema de Seguridad Social garantizará, en todos sus niveles, la participación protagónica de los ciudadanos, en particular de los afiliados, trabajadores, empleadores, pensionados, jubilados y organizaciones de la sociedad civil, en la formulación de la gestión, de las políticas, planes y programas de los distintos regímenes prestacionales del Sistema de Seguridad Social, así como en el seguimiento, evaluación y control de sus beneficios y promoverá activamente el desarrollo de una cultura de la seguridad social fundamentada en una conducta previsiva, y en los principios de solidaridad, justicia social y equidad. Las leyes de los regímenes prestacionales del Sistema de Seguridad Social y sus reglamentos, fijarán las modalidades en las que participarán los ciudadanos amparados por esta Ley.

mos públicos a cargo de esta materia, así como en la planificación, ejecución y evaluación de los programas de prevención y promoción en las empresas, establecimientos y explotaciones en los lugares de trabajo donde se desempeñen.

Dentro de ese marco, el artículo 54 de la Ley reformada precisa en sus numerales 10 y 11 los deberes de *participar activamente en forma directa o a través de la elección de representantes, en los Comités de Seguridad y Salud Laboral y demás organismos que se crearen con los mismos fines* (numeral 10) y *de participar activamente en los programas de recreación, uso del tiempo libre, descanso y turismo social* (numeral 11). Sin embargo, a lo largo de toda la Ley encontramos deberes relacionados con la participación y el control social y toda una estructura institucional para ponerlos en ejecución.

6. DEBER DE INFORMAR Y DENUNCIAR CONDICIONES PELIGROSAS O INSALUBRES

La facultad o derecho de denunciar condiciones peligrosas o insalubres tiene como contrapartida la responsabilidad del trabajador de hacerlo ante diversos órganos. Así lo establecían varias normas de la Ley original que se mantienen en la reforma:

- a) Dar cuenta inmediata a su superior jerárquico o uno de los miembros del Comité de Higiene y Seguridad, de cualquier situación que constituya una situación insegura que amenazare la integridad física o la salud de los trabajadores (LOPCYMAT original, Art. 20, inc. 2).
- b) Informar al Comité de Higiene y Seguridad Industrial, cuando, con fundadas razones, los implementos de higiene y seguridad no correspondiesen a los riesgos que se pretende evitar (LOPCYMAT original, Art. 20, inc. 3).

En forma similar, la nueva regulación establece que el trabajador o la trabajadora deberá informar al Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo de la empresa o al Comité de Seguridad y Salud Laboral cuando, de acuerdo con sus conocimientos y experiencia, considere que los sistemas de control (...) no correspondiesen a las condiciones inseguras que se pretende controlar (art. 54 inc.2 *in fine*).

- c) Dar cuenta inmediata al responsable del suministro de los implementos de higiene y seguridad de la pérdida, deterioro o vencimiento de los mismos (LOPCYMAT, Art. 20, inc. 3).
- d) Denunciar ante las autoridades competentes, cualquier violación a las condiciones y medio ambiente de trabajo, cuando el hecho lo requiera o en todo caso en que el patrono no corrija oportunamente las deficiencias denunciadas (LOPCYMAT, Art. 20, inc. 11).

El trabajador tiene la facultad, por una parte, y por otra la responsabilidad personal de realizar estas denuncias y proveer estas informaciones, que también pueden ser realizadas y provistas por sus organizaciones representativas (sindicatos de trabajadores), a tenor del Artículo 408, incisos d y e de la LOT.

7. DEBER DE USAR LOS IMPLEMENTOS DE SEGURIDAD PERSONAL

La LOPCYMAT establece en el artículo 54 numeral 7 que el trabajador debe:

- a) Acatar las instrucciones, advertencias y enseñanzas que se le impartieren en materia de seguridad y salud en el trabajo.²²
- b) Respetar y hacer respetar los carteles, avisos y advertencias que se fijaren en diversos sitios, instalaciones y maquinarias de su centro de trabajo en materia de salud y seguridad. (Art. 20, inc. 6).
- c) Acatar las disposiciones del servicio médico y del órgano de Seguridad Laboral de la Empresa, en materia de prevención, tratamiento y rehabilitación de enfermedades profesionales o no, y de accidentes de trabajo. (Art. 20, inc. 7).

Este deber forma parte de las obligaciones propias de la subordinación que impone al trabajador el contrato de trabajo y está obviamente

²² Proviene del art. 20 inc. 5 de la Ley derogada que establecía la obligación de *acatar las instrucciones, advertencias y enseñanzas que se le impartieren en materia de higiene y seguridad industrial*.

limitado por la racionalidad de las instrucciones, enseñanzas, tratamientos, avisos, etc. No cualquier orden debe ser obedecida, dado que la misma ley establece los límites de este deber que están señalados en el derecho de rehusarse a trabajar en condiciones peligrosas e insalubres o de autotutela.

8. DEBER DE HACER BUEN USO DE LAS INSTALACIONES, HERRAMIENTAS E INSTRUMENTOS

Los trabajadores deben hacer uso adecuado de las instalaciones de higiene y seguridad y de saneamiento básico, que constituyen un elemento muy importante de la defensa de su salud. Así, se estableció en la Ley de 1986 el deber de:

- a) Hacer uso adecuado de las instalaciones de higiene y seguridad (...) (RCHYST, Art. 3, a).
- b) Hacer buen uso y cuidar las instalaciones de saneamiento básico, industrial y agropecuario, así como también las instalaciones y comodidades de descanso, esparcimiento, recreación, actividades culturales, deportivas, consumo de alimentos y, en general, todas las instalaciones de servicio social (LOPCYMAT de 1986, Art. 20, inc. 4.).

Asimismo, el Art. 4 del RCHYST establece que los trabajadores acudirán o se retirarán del lugar de trabajo, utilizando únicamente los medios de acceso y salida que se hayan dispuesto para tal fin.

Esta disposición reglamentaria parecería estar encaminada, primordialmente, al *control de los trabajadores* en cuanto a la seguridad patrimonial de la empresa.

Dentro de este concepto debería incluirse el buen uso de las herramientas e instrumentos de trabajo como responsabilidad de los trabajadores y trabajadoras. Así lo hace la legislación española que establece en el Artículo 29 b.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales la obligación de “usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad”.

Siguiendo esos lineamientos, la reforma establece en el artículo 54 numeral 4, el deber de hacer buen uso y cuidar las instalaciones de saneamiento básico, así como también las instalaciones y comodidades para la recreación, utilización del tiempo libre, descanso, turismo social, consumo de alimentos, actividades culturales, deportivas y, en general, de todas las instalaciones de servicio social.

9. DEBERES RELACIONADOS CON EL FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL

El artículo 54 numeral 14 establece el deber general de los trabajadores de abstenerse de realizar actos o incurrir en conductas que puedan perjudicar el buen funcionamiento del Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Se trata de un conjunto deberes que el trabajador debe observar frente al sistema de seguridad social y específicamente frente al régimen prestacional que descansa en la buena fe de los participantes. Es evidente que el nuevo régimen de cotizaciones, basado en el *experience rating* con cotizaciones variables requiere evitar el subregistro de las enfermedades y de los accidentes, y que los trabajadores tienen el deber de evitar todo tipo de fraude y conductas que puedan llevar a colusiones que permitan el subregistro.

10. OTRAS OBLIGACIONES Y DEBERES DE ORDEN PRÁCTICO DEL TRABAJADOR

Los contratos de trabajo, las prácticas laborales y las normas técnicas imponen algunas obligaciones de orden práctico que es necesario mencionar y que en algunos casos son recogidas por algunas normas extranjeras que tienen una redacción más concreta y establecen mandatos precisos que, por diversos instrumentos, también suelen existir entre nosotros y que señalaremos muy genéricamente:

10.1 Así la *Ley Boliviana* resume los mandatos al trabajador y trabajadora en su Artículo 7. De esa norma tomamos algunos mandatos específicos que nos parecen de gran utilidad:

- (4) Comenzar su labor examinando los lugares de trabajo y el equipo a utilizar, con el fin de establecer el buen estado de funcionamiento y detectar posibles riesgos;

- (7) Evitar la manipulación de equipos, maquinarias, aparatos y otros que no sean de su habitual manejo y conocimiento;
- (9) Detener el funcionamiento de las máquinas para efectuar su limpieza o mantenimiento, a efectos de evitar riesgos;
- (10) Velar por el orden y la limpieza en sus lugares de trabajo;
- (14) Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas en su centro de trabajo, la ingestión de medicamentos o estupefacientes que hagan peligrar su salud y de sus compañeros de labor, así como fumar en los casos en que signifique riesgo.

10.2 En *Québec (Canadá) la Loi sur la Santé et la Sécurité du Travail* establece las obligaciones del trabajador en su Artículo 49:

- (1) Tomar conocimiento del programa de prevención que le sea aplicable;²³
- (4) Someterse a los exámenes de salud exigidos para la aplicación de la Ley y los Reglamentos;
- (5) Participar en la identificación y eliminación de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el lugar de trabajo.

10.3 La *Ley Federal del Trabajo mexicana* establece en algunos acápite del Artículo 134 obligaciones como:

VIII. Prestar auxilios en cualquier tiempo que se necesiten, cuando por siniestro o riesgo inminente peligren las personas o los intereses del patrón o de sus compañeros de trabajo;

X. Someterse a los reconocimientos médicos previstos en el reglamento interior y demás normas vigentes en la empresa o establecimiento para comprobar que no padecen alguna incapacidad o enfermedad de trabajo, contagiosa o incurable;

²³ Entre nosotros, los empleadores tienen la obligación de establecer programas de preventión que son de obligatorio acatamiento por los trabajadores y trabajadoras y para ello es necesario obviamente su conocimiento.

XI. Poner en conocimiento del patrón las enfermedades contagiosas que padeczan, tan pronto tengan conocimiento de las mismas.

Estas obligaciones deberían ser ejercidas teniendo en cuenta la privacidad y los derechos propios de los trabajadores.

11. INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE LOS TRABAJADORES. RÉGIMEN SANCIONATORIO EN LA LOT Y LOPCYMAT

El *incumplimiento grave* del deber de prevención por parte del empleado u obrero –debidamente probado y con previo ejercicio del derecho de defensa por parte del trabajador o trabajadora imputados de la falta– permite al empleador o empleadora poner fin al contrato de trabajo y, en el caso del sector público, a la relación funcional.

Así lo establece la LOT en forma similar a la normativa comparada.²⁴

El *incumplimiento leve*, en cambio, a tenor de la actual regulación, proveniente del Artículo 33, parágrafo noveno de la LOPCYMAT derogada, como el caso de no observar las disposiciones de higiene y seguridad al no usar las protecciones personales, pasó a ser una facultad del Comité de Higiene y Seguridad (ahora Comité de Salud y Seguridad Laboral) el cual tendrá la potestad de amonestar al trabajador. Como hemos visto, la reforma mantiene y amplía esta facultad del Comité incluyendo cualquier incumplimiento de los deberes del trabajador en la materia establecidos en el artículo 54.

En cambio, serán causas justificadas de despido, relacionadas con el incumplimiento de las normas de higiene y seguridad (LOT, Art. 102):

²⁴ La ley española citada establece que el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el Artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores o de falta, en su caso, conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones Públicas. Lo dispuesto en este apartado será igualmente aplicable a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en la prestación de su trabajo, con las precisiones que se establezcan en sus Reglamentos de Régimen Interno.

1. *Hecho intencional o negligencia grave que afecte la seguridad o higiene del trabajo* (Art. 102, d.);
2. *Omisiones o imprudencias que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo* (102, e.).

En el primer caso se trata de una falta dolosa o cometida con culpa grave del trabajador: una *acción u omisión voluntaria o intencional o un grave y consciente incumplimiento de las normas de seguridad o higiene*, que afecte a la seguridad o higiene del trabajo, no importa la magnitud del daño causado.

Por ejemplo, la normativa derogada establecía que trabajadores que rompan expresamente las protecciones personales que les suministre la empresa, remuevan o quiten protecciones a las distintas maquinarias, equipos y demás implementos protectores (LOPCYMAT de 1986, Art. 33, parágrafo noveno) o que, por ejemplo, por estar alcoholizados producen un incidente en el cual se pone en peligro la salud de sus compañeros o compañeras al derramar substancias químicas peligrosas, aun cuando el daño real ocasionado a los trabajadores por el derrame sea mínimo.

En el segundo caso, estamos en presencia de omisiones o imprudencias que no requieren la intencionalidad o grave negligencia de las anteriores (aunque debe igualmente haber un grado de culpabilidad del trabajador o trabajadora) *pero es menester que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo*.

Por ejemplo, un trabajador que por no cumplir inexcusablemente las instrucciones relativas al mantenimiento de una campana extractora provoca una intoxicación aguda de sus compañeros o compañeras de labores.

De todas maneras, en ambos casos deben existir los tres elementos básicos para que la falta tipificada²⁵ pueda originar un incumplimiento de tal magnitud que acarree el despido:

²⁵ Tratándose de una verdadera sanción es menester la aplicación de todos los principios y garantías del Derecho sancionatorio, en especial, del *derecho a la defensa*, asegurado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Convenio 158 de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, de 1982, ratificado en 1985 (Art. 7) y la CRBV y los principios del *nullum crimen nulla poena sine culpa, nullum crimen nulla poena sine previa lege* etc.

- a) *la transgresión comprobada a una norma de higiene y seguridad;*
- b) *el elemento subjetivo, doloso o culposo; y*
- c) *un daño a la seguridad e higiene del trabajo.*

Con relación al elemento subjetivo, su valoración varía de acuerdo con el estatus del trabajador, sobre todo *con relación a su experiencia y formación y al tipo de tareas que desarrolla de acuerdo con su contrato de trabajo y los usos y costumbres*: no se le puede exigir el mismo desempeño a un trabajador poco calificado que, por ejemplo, a un gerente. La doctrina extranjera ha señalado que además de la jerarquía en la empresa, la conducta del trabajador o trabajadora debe ser juzgada teniendo en cuenta el entrenamiento que ha recibido, la autoridad que detenta y los recursos con los que ha sido dotado (a) para el ejercicio de sus labores.²⁶

Dada la ya mencionada *diferente jerarquía jurídica del deber del patrono con relación al del trabajador*, siempre es necesario estudiar la situación en su conjunto con el objeto de juzgar equitativamente la situación fáctica a la cual se aplicarán las normas.²⁷

La investigación de los accidentes y enfermedades profesionales y de los denominados incidentes²⁸ constituye un elemento fundamental de una estrategia preventiva. Esas investigaciones entre nosotros suelen tener un carácter no participativo (raramente involucran a los Comités y mucho menos a los sindicatos), escasamente técnico, desconocen un conjunto de normas jurídicas y prácticas preventivas indispensables y, sobre todo, están sesgadas por el temor de los empleadores a ser demandados y de los técnicos de higiene y seguridad a ser reprendidos por su ineeficacia en la adopción de medidas preventivas.

De allí lo complicada de la solución jurídica adoptada por nuestro legislador que pone en cabeza del patrono (que a su vez es el principal

²⁶ B. Barret y Howells: *Health and Safety Law*, Pitman, Londres 1994, Pág. 106 (traducción del autor).

²⁷ "There has been a reluctance to invoke section 7 (of the 1974 Act) when the true responsibility lies with the employer" Barret y Howells, *idem*.

²⁸ Los incidentes constituyen alteraciones graves con pérdidas materiales pero que, a diferencia de los accidentes y enfermedades, no causan daño a la vida o la salud de los trabajadores.

deudor de seguridad) decidir en una primera instancia, el despido basado en esta causal.

Dada esta circunstancia, el patrono debe agotar exhaustivamente los mecanismos que garantizan el derecho de defensa del trabajador o trabajadora, *dándole la posibilidad de hacer un descargo lo más amplio y libre posible* y, en todo caso, *someter al control del trabajador todo tipo de pruebas* que hará valer más adelante en una posible instancia administrativa y judicial. Adicionalmente es necesario que se le informe al trabajador con toda claridad el hecho u omisión que se le imputa, las circunstancias de tiempo y lugar de esa acción u omisión, la norma o normas violadas, el daño causado con su conducta y el nexo causal entre la conducta y el daño producido, señalándole su facultad de realizar su descargo o de guardar silencio en ejercicio de sus prerrogativas.

Igualmente es menester, en caso de que ocurran accidentes o enfermedades, la oportuna denuncia de las mismas en los plazos y las modalidades establecidas, así como la información inmediata al Comité de Seguridad y Salud Laboral.

Por parte del trabajador, al realizar su descargo, parecería aconsejable el asesoramiento jurídico o sindical, así como la obtención de las pruebas pertinentes para ser presentadas en la instancia oportuna.

En efecto, el trabajador (a tenor del Artículo 8 del Convenio 158 de la OIT, ratificado por Venezuela en 1985) tiene derecho a recurrir a los jueces laborales que podrán declarar injustificado el despido de acuerdo con la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales

Héctor Armando JAIME MARTÍNEZ*

*El primer fundamento del valor del trabajo es el hombre mismo, su sujeto...
El trabajo está en “función del hombre” y no el hombre en “función del trabajo”
cada uno de ellos se mide sobre todo con el metro de la dignidad
del sujeto mismo del trabajo, o sea, de la persona del hombre que lo realiza.*

Laborem excersens

SUMARIO:

- 1. El bien tutelado: La persona del trabajador.**
- 2. Concepto de responsabilidad civil.**
- 3. Fundamento de la obligación de responder.**

* Universidad Católica del Táchira, Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de Carabobo y Universidad Fermín Toro, Profesor de Teoría General de Derecho del Trabajo. Profesor Invitado en varias universidades del país.

4. **Elementos de la responsabilidad civil:** 4.1 *El daño.* 4.2 *La culpa o conducta antijurídica del agente del daño.* 4.3 *La relación de causalidad.*
5. **Tipos de responsabilidad civil: responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.**
6. **Obligaciones de medio y obligaciones de resultado.**
7. **El problema de las fuentes de la responsabilidad en el derecho del trabajo:** 7.1 *Fuentes de jerarquía constitucional.* 7.2 *Fuentes de rango legal:* 7.2.1 Leyes especiales en materia de trabajo. 7.2.2 El derecho común. 7.2.3 La jurisprudencia. 7.2.4 La equidad.
8. **El régimen de las responsabilidades en la LOPCYMAT.**
9. **Las nociones de accidente de trabajo y de enfermedad ocupacional en la LOPCYMAT.**
10. **El daño que se deriva de un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional.**
11. **Titulares de la acción.**
12. **Cúmulo de indemnizaciones.**
13. **Los criterios jurisprudenciales:** 13.1 *El daño extrapatrimonial fundamentado en la idea del riesgo: El caso Flexilón.* 13.2 *El accidente de trayecto como accidente de trabajo.* 13.3 *La obligación de reparar el daño material y moral fundamentadas en la culpa del empleador.* 13.4 *La noción de culpa.* 13.5 *La estimación del daño moral.*

Conclusión

La entrada en vigencia de la reforma de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, publicada en la *Gaceta Oficial* del 26 de julio de 2005, ha permitido replantear interesantes cuestiones acerca de las responsabilidades que para el empleador surgen de los accidentes de trabajo o de las enfermedades ocupacionales que puedan afectar al trabajador con ocasión del servicio prestado.

El trabajador, en la ejecución de la actividad que constituye el objeto de la obligación por él asumida en el contrato de trabajo, involucra su propia persona con todas sus dimensiones, pues el hombre no es sólo cuerpo, sino que además de la dimensión biológica, posee una dimensión psíquica, espiritual de la que se deriva su vida de relación, tanto en lo social como en lo cultural; de allí que se haga necesaria la intervención de la Ley para garantizar la seguridad integral de esa persona.

El tema de la seguridad en el trabajo es de importancia capital para el Derecho del Trabajo, dado que el desarrollo de la actividad productiva se encuentra fatalmente unido a los accidentes. Desde que existe el trabajo han existido los accidentes y las enfermedades profesionales. Así la OIT ha reportado que anualmente se producen más de doscientos setenta millones de accidentes de trabajo y más de ciento sesenta millones de casos de enfermedades profesionales. En lo que a Venezuela corresponde, el Director del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales hacía saber a la prensa en el mes de octubre del pasado año, que el promedio anual de los accidentes de trabajo que se producen en el país es de 270.000.

Si bien los accidentes de trabajo se comenzaron a multiplicar, de manera alarmante, con el maquinismo, la reglamentación de la seguridad en el trabajo es de reciente data. En este campo cabe destacar la obra de la Organización Internacional del Trabajo, la cual, desde su constitución en 1919, no ha cesado en su lucha por difundir los presupuestos de un trabajo más humano, un trabajo decente, tema utilizado en los últimos tiempos, lo que conlleva, la ejecución del mismo en condiciones más seguras.

A mi manera de ver, la actual Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) regula en forma más clara, a como lo hacía la anterior, las distintas responsabilidades que pueden derivarse de tan infortunados sucesos.

Sin pretender realizar un análisis valorativo acerca de la ley, quiero adelantar que en la actual LOPCYMAT se nota, sin embargo, una tendencia a confundir la noción de pena con la de reparación al aumentar ésta en función de la intensidad de la culpa del empleador en la producción del accidente de trabajo o en la génesis de la enfermedad. Una apreciación de carácter general de la Ley comentada nos lleva a considerar que la finalidad de la ley es más bien la de castigar las fallas de seguridad que la de crear una cultura de la seguridad en las empresas que nos lleve a abandonar el fatalismo en los accidentes de trabajo para adoptar la convicción de que todos los riesgos se pueden prevenir mediante la acción eficiente y conjunta, tanto de los responsables de la dirección de la empresa, como de los propios trabajadores.

He creído conveniente, antes de entrar a analizar la normativa legal que regula las consecuencias de los accidentes de trabajo y de las enfermedades ocupacionales, que debemos situarnos dentro del marco de la

responsabilidad que surge por causa del daño que afecta a la persona misma del trabajador, a su integridad psicofísica, a su vida de relación, lo que igualmente requiere precisar cuál es el bien jurídicamente protegido por la Ley.

De igual manera, considero necesario ubicar las acciones con las que la ley dota al trabajador para reclamar las indemnizaciones correspondientes dentro del marco contractual de la obligación de garantizar la seguridad del trabajador a cargo del patrono, y su concurrencia con las indemnizaciones que se derivarían de la violación de la obligación general de no causar daño a otro, reguladas por el derecho civil.

Ello conlleva a delimitar la extensión de cada una de esas acciones, y los supuestos de procedencia.

1. EL BIEN TUTELADO: LA PERSONA DEL TRABAJADOR

Resulta conveniente que antes de entrar a considerar la protección legislativa en materia de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, se precise cuál es el bien tutelado en el contrato de trabajo.

Desde una óptica tradicional, el objeto de las obligaciones que asume el trabajador, con ocasión del contrato de trabajo, no puede ser la persona misma del trabajador, por cuanto ésta no es una *res intra commercium*, de donde se deriva que no pueda ser objeto de un contrato; por ello, bajo el influjo de las doctrinas liberales y con base en la autonomía de la voluntad, se acudió al subterfugio de considerar que lo que constituye el objeto del contrato de trabajo, o mejor dicho, de las obligaciones que de éste se derivan, es la disponibilidad por parte del patrono de la fuerza de trabajo que posee el trabajador.

Es esta la razón por la cual la reglamentación del contrato de trabajo en el Código Civil de 1804 se hace bajo la sombra del contrato de arrendamiento, y es así como el artículo 1.779 del Código francés se refiere al “arrendamiento de gentes de trabajo que se comprometen al servicio de alguien”.¹ Nótese que el texto legal no dice que se trata del arrendamiento de gentes para o por el trabajo, sino de gentes de trabajo, por ello Baudry-Lacantinery al comentar este artículo señala:

¹ Código Civil francés, Art. 1.779: *Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie: 1º Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un, (...).*

El trabajador confía al patrono durante un tiempo su actividad, *su persona*, mediante una remuneración. Él continúa siendo señor, propietario, de alguna manera, de su persona, la cual recupera intacta al término de sus obligaciones. Son éstos, entonces, los caracteres del arrendamiento y la sola diferencia de naturaleza entre el arrendamiento de cosas y el arrendamiento de servicios, es que el arrendamiento recae, en el primer caso sobre un objeto y, en el segundo, *sobre la persona misma del arrendador*.²

El liberalismo, al considerar el trabajo como una mercancía, pretendió regularlo, *in abstracto*, desmembrándolo de la persona que lo ejecutaba, para de esta manera situarlo como una cosa que podía ser objeto de un contrato. Ahora bien, esta construcción artificial no puede obviar el hecho de que esa fuerza de trabajo resulta inseparable de la persona que la posee. Luigi Mengoni afirma que el trabajo no existe, lo que existen son hombres que trabajan, porque en el contrato de trabajo el trabajador no compromete otra cosa distinta que su persona.³ De allí, que la persona misma del trabajador se ve involucrada dentro del objeto mismo del contrato o de la obligación asumida por el sujeto trabajador, de manera que, como bien afirma Ripert-Boulanger: “Es la persona humana la que es el objeto del contrato, al mismo tiempo que ella es el sujeto”.⁴

Supiot, al analizar profundamente la construcción original del contrato de trabajo, destaca la antinomia entre la patrimonialidad del trabajo y la suprapatrimonialidad del cuerpo humano del trabajador y así señala:

Al aprehender el análisis contractual, el trabajo como un “bien”, la función del derecho del trabajo consiste en devolver ese “bien” dentro de su piel, a reinserir la dimensión corporal del trabajo, y por tanto extrapatrimonial, en el juego de las categorías del derecho de las obligaciones y a partir de ello, a rein-

² Baudry-Lacantinerie, G: *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Sirey et Journal du Palais, París 1907, T. XXI, p. 14.

³ Mengoni, Luigi: *Le contrat du travail en droit italien*, CECA. Eurolibri. Milán. 1966. p. 421.

⁴ Ripert; George y Boulanger, Jean: *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencia, París 1947, Nº 2.948.

sertar, por círculos concéntricos, todos los otros aspectos de la persona del trabajador.⁵

El hecho de devolver al lugar que corresponde dentro del contrato de trabajo la persona misma del trabajador, así como, la necesidad de protegerlo, en tanto persona, justifican la aparición del derecho del trabajo como rama autónoma. El derecho civil se mostraba insuficiente para brindar esa protección indispensable para quien, ve involucrada su persona, su cuerpo, en la ejecución de las obligaciones que ha asumido por medio de un contrato y se ha comprometido a someter su voluntad a la de su empleador. La necesidad de protección a la persona del trabajador se hace aun más patente cuando se pretende regular la garantía de la seguridad de éste en la ejecución del trabajo encomendado o contratado.

Resumiendo, es la persona como sujeto del ordenamiento jurídico, con todos sus intereses y exigencias, aun las de naturaleza material, la que constituye un centro de atribución de valores que debe ser objeto de tutela por parte de la sociedad organizada a la que pertenece (el Estado), de manera que la lesión a algunos de esos valores, materiales y espirituales que se integran en la persona, deba ser reparada o resarcida, cuando tal daño es injusto.

Al referirse a la garantía de la seguridad del trabajador en el contrato de trabajo Supiot dice:

En la relación de trabajo, el trabajador, a diferencia del empleador, no arriesga su patrimonio, arriesga su piel. Y es sobre todo para salvar esta última por lo que el derecho del trabajo se ha constituido. Es decir, para afirmar un imperativo de seguridad en el trabajo... Los conceptos de derecho civil se mostraron incapaces de asegurar esta seguridad en la empresa porque el derecho de las obligaciones no puede tomar en cuenta una situación en la que los individuos no tienen el dominio sobre su cuerpo, en tanto que éste viene a ser una fuente de energía que se inserta en una organización material concebida por otro. El derecho del trabajo tiene por primer objeto suplir la deficiencia del derecho civil de los contratos y, por tanto, debe "civilizar"

⁵ Supiot, Alain: *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, Quadrige, París 2002, p. 67.

las relaciones de trabajo al extender, al interior de las empresas, el principio de seguridad de las personas.⁶

Como se dijo antes, desde el mismo momento de su fundación, la seguridad de la persona del trabajador, ha constituido una preocupación fundamental para la Organización Internacional del Trabajo que se pone de manifiesto en la mayoría de los convenios aprobados en la Conferencia, a punto de constituir un verdadero derecho fundamental para el trabajador: el derecho a su integridad física.⁷

Por su parte, la Directiva Europea Nº 93.391 del 12 de junio de 1989 dispone en su artículo 5, parágrafo primero: “El empleador está obligado a asegurar la integridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo”.

En el derecho italiano, la seguridad del trabajador en el trabajo, encuentra su fundamento en el derecho a la salud contemplado en el artículo 32 de la Constitución a partir del cual la jurisprudencia ha elaborado la obligación de tutelar la personalidad del trabajador y como lo ha establecido la Casación en sentencia del 5 de febrero del 2000, “ello debido a que la persona del trabajador está implicada en la ejecución del contrato y corre el riesgo de verse perjudicada por el hecho ilícito de la otra parte”.⁸

En conclusión, el derecho del trabajo tutela el trabajador por su condición de persona y su implicación dentro de la ejecución de la prestación de servicios bajo las órdenes del empleador. El trabajador es titular de un valor fundamental que es su dignidad de hombre. Cuando, en virtud del contrato de trabajo, el trabajador se somete voluntariamente a la voluntad de otro hombre (el empleador), esa dignidad puede ser objeto de lesión por parte de aquél con quien comprometió sus servicios, de manera que el derecho debe intervenir para proteger la persona misma del que trabaja y así garantizar su integridad tanto física como moral.

2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Ante una lesión a la integridad de la persona, el derecho ha previsto, como consecuencia, el surgimiento de la obligación de responder, con el

⁶ *Ibidem*, p. 68.

⁷ *Ibidem*, p. 69.

⁸ Piccinini, Iolanda: *Sulla valutazione equitativa del danno biologico nel rapporto di lavoro en Il Sistema delle Fonti nel Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano 2002, p. 415.

fin de que la víctima del daño (sería el trabajador, en nuestro caso) no sea quien deba soportar las consecuencias dañosas.

El término “responsabilidad” deriva del verbo responder (del latín *respondere*). Uno de los significados que le atribuye el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, cuando se aplica a una persona, implica la idea de “estar obligado u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida”. El mismo diccionario define la responsabilidad como “Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”.

De las definiciones antes anotadas, no cabe duda que la responsabilidad constituye una obligación para un sujeto de derecho –al cual se atribuye la autoría de un daño– de resarcir a la víctima de éste, por la disminución patrimonial experimentada por ella.

La responsabilidad, obligación de responder, tal como es entendida, generalmente, puede traer como consecuencia, o una reparación o resarcimiento, o una pena. Cuando se afecta un interés público, la colectividad reacciona imponiendo al contraventor una sanción o una pena, mientras que, si los intereses afectados se encuentran dentro de la esfera privada, la obligación para quien resulte responsable se resuelve en la obligación de reparar el daño causado por él. El daño, sin embargo, puede afectar simultáneamente tanto intereses públicos como privados, de donde el autor del mismo podrá ser sancionado y, al mismo tiempo, obligado a reparar las consecuencias dañosas que se derivan de sus actos.

Al estudiar la evolución del instituto de la responsabilidad civil, encontramos que en una primera etapa se confundieron las ideas de pena y reparación. Conforme al criterio de Mélich Orsini es en el derecho intermedio (Derecho Romano) cuando con la distinción entre acciones penales y reipersecutorias se comienza a distinguir entre pena y reparación.⁹ Esta distinción continúa afinándose, de manera que con la llegada del Código de Napoleón ya el proceso de distinción ha concluido completamente, fundándose la obligación de reparar en la culpa del agente. Así las cosas, la responsabilidad, en el ámbito de los intereses privados,

⁹ Mélich Orsini José. *Estudios de Derecho Civil*, Fabretón, Caracas, 1975, p. 25.

no tiene carácter sancionatorio, tan sólo busca colocar a la víctima en el mismo estado en que se encontraba antes de sufrir el daño. Es así, como se da una clara diferencia entre pena y reparación.

Así, cuando se trata de reparar una lesión, en tanto ésta afecte intereses de la esfera privada, para la determinación del *quantum* o monto de la reparación, no se tomará en cuenta la mayor o menor intensidad de la culpa con la que ha actuado el autor del daño, sino que la medida de la reparación es la cuantía del daño experimentado por la víctima; esto es, el *quantum de la indemnización* debe encontrarse en estrecha relación con el *quantum del daño*; por el contrario, la pena que se impone a quien comete una acción delictual, se agravará o disminuirá en función de la gravedad de la falta cometida. Vázquez Vialard al comentar a Karl Larenz, afirma: “Existe una diferencia entre la pena y la indemnización. La primera, sitúa en primer plano, la conducta del agente contraria al ordenamiento jurídico y su culpa individual; en la segunda (indemnización) se pone el acento en el daño que alguno ha sufrido en su bien jurídico”.¹⁰

Esta distinción entre pena y reparación, resulta indispensable para poder entender los alcances de la obligación de reparar cuando se ha violentado un interés privado, pero que, como ocurre en el campo del Derecho del Trabajo, la lesión trasciende la esfera de un mero interés patrimonial, para afectar la persona misma de la víctima del daño (trabajador).

Savatier, citado por Mélich Orsini define la responsabilidad civil como “la obligación que incumbe a una persona de reparar el daño causado a otra por su hecho o por el hecho de las personas o de las cosas que dependen de ella”.¹¹

Adriano De Cupis, señala:

La definición más exacta de responsabilidad civil es la que ve en ella la posición de desventaja del sujeto al que el ordenamiento jurídico transfiere la carga del daño privado mediante la imposición de su reparación; tal sujeto (responsable) sufre

¹⁰ Vázquez Vialard, Antonio: *La Responsabilidad en el Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1988. p. 3.

¹¹ Mélich Orsini José: *Ob. Cit. (Estudios...)*, p. 16.

la reacción jurídica encaminada a colocar el daño a su cargo imponiéndole su reparación.¹²

Kumerow define la Responsabilidad Civil como aquel “Instituto jurídico cuyo contenido se resuelve en la obligación para un sujeto de derecho de indemnizar el perjuicio experimentado por otro sujeto de derecho”.¹³

Las dos últimas definiciones dejan de lado el problema del fundamento de la responsabilidad, al señalar que la obligación de reparar surge independientemente de la intervención de la voluntad del agente del daño y de su actuación culposa.

Vázquez Vialard, por su parte la define como “la obligación de dar cuenta por parte del autor de un acto o de una omisión de lo debido, que ha causado un daño a otro, por lo cual se le exige que dé una explicación; en su caso, determina una sanción reparatoria del daño causado”.¹⁴

3. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RESPONDER

El Código Civil Francés de 1804, o Código de Napoleón, fundamenta la obligación de reparar en la presencia de un hecho atribuible a una persona que pueda ser calificado de culpa –error en la conducta la llama Mazeaud¹⁵ por lo que, quien pretenda la reparación del daño experimentado en su patrimonio deberá demostrar, no sólo el daño sufrido, sino que tal daño se debe a la acción del agente del daño y que tal accionar puede ser calificado de culpa.¹⁶

Con posterioridad a la aparición del Código francés, el fundamento de la responsabilidad en la culpa se mostró insuficiente, ante el desarrollo del maquinismo cuando resultaba en extremo difícil demostrar la culpa del

¹² De Cupis, Adriano: *El Daño*, Bosch, Barcelona. 1975, p. 579.

¹³ Kumerow, Gert. *Dictamen privado* La definición en cuestión fue tomada de un dictamen privado que el fallecido profesor tuvo a bien facilitar al autor.

¹⁴ Vázquez Vialard, Antonio: *La Responsabilidad en el Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 3.

¹⁵ Mazeaud, Henri, Léon et Jean: *Leçons de Droit Civil*, Editions Montchrestien, Paris 1978, Tome II, Premier volume, p. 431.

¹⁶ La necesidad de la existencia de una culpa se encuentra consagrada en los artículos 1.382 y 1.383 del Código Civil francés de 1804: 1832 *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autre un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* 1833. *Chacun est responsable du dommage que l'on cause par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*

dueño o guardián de la máquina; así famosos casos como el “*Affaire Saint-Gilles*” o el “*Affaire Jand’heure*” permitieron que la doctrina y la jurisprudencia elaborase lo que se llamó el “*descubrimiento del artículo 1.384*” (responsabilidad por el hecho de las cosas), y ver, en la norma contenida en dicho artículo, una presunción de culpa que exime a la víctima de la necesidad de demostrar la culpa del guardián de la cosa, ello con el fin de beneficiar a las cada vez más numerosas víctimas de accidentes (de tránsito como en el “*affaire jand’heure*”, o de trabajo, como el “*affaire Saint-Gilles*”) en cuya producción no había intervenido directamente la mano del hombre sino una máquina.¹⁷

Tal situación llevó poco a poco a buscar, un fundamento diferente de la culpa. Es así como surgen las llamadas teorías de la responsabilidad objetiva que pretenden fundamentar la obligación de reparar en la idea del riesgo: quien asume una actividad que le proporciona una utilidad, debe soportar los riesgos que dicha actividad conlleva. El problema, o mejor dicho, la debilidad de la idea del riesgo, reside en el hecho que esta teoría no puede explicar aquellas situaciones en las cuales, aun existiendo el riesgo, no surge la responsabilidad, como cuando el guardián de la cosa logra demostrar que el daño se produjo por una causa extraña no imputable a él, o cuando se exonera de responsabilidad al privado de discernimiento. Si se fundamentara la responsabilidad en la idea del riesgo, su sola presencia debería bastar para que quien realice la actividad riesgosa resulte siempre responsable, aun cuando el daño haya sido producto de un evento en el cual el presunto responsable no tuvo ninguna participación.

La inconsistencia de la teoría del riesgo ha provocado una tendencia moderna que ha preferido “descubrir” una serie de presunciones de culpa para ampliar el ámbito de la responsabilidad civil, dejando de lado la idea del riesgo como fundamento de la obligación de responder.

Con la aparición de la seguridad social asistimos a lo que se ha dado en llamar un desplazamiento de la responsabilidad hacia la colectividad. Al respecto Savatier, en 1951 decía: “Así la responsabilidad civil, al término de esta evolución se disuelve en una institución nueva: la Seguridad Social. Una legislación, ya bosquejada por lo que concierne a los daños

¹⁷ Artículo 1384 del Código Francés: *on est responsable non -seulement du dommage que l'on cause par son propre fait mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.*

que recaen sobre la persona humana, amortizará directamente el conjunto de esos daños sobre la colectividad nacional.¹⁸

4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Para que surja la obligación de responder, es decir, de reparar el daño causado a la víctima, es necesario que se conjuguen tres supuestos: 1º el daño o lesión experimentada por la víctima en su patrimonio o en su persona; 2º la culpa o conducta antijurídica que hace que la obligación de responder le pueda ser imputada a una persona a la que se atribuye el hecho causante del daño; y 3º una relación de causa a efecto entre el hecho culposo y el daño de cuya reparación se trata. Tales supuestos se pueden encontrar tanto en los dos tipos de responsabilidad civil que serán analizados más adelante.

4.1 EL DAÑO

La palabra daño, trae consigo la idea de un cambio que modifica una situación previa desmejorándola, provocando una disminución. Si bien el daño es un fenómeno de orden físico (o moral), su presencia puede provocar un cambio en una situación jurídica preexistente que trasciende al campo jurídico al causar efectos jurídicos, que, como señala De Cupis, “el efecto jurídico consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr la *represión* del daño”.¹⁹

No obstante, no todos los daños son susceptibles de producir efectos jurídicos, se requiere, además, que el daño sea “injusto” como lo califica el artículo 2.043 del Código Civil Italiano,²⁰ pues cuando el daño ha sido causado dentro del marco de una conducta jurídica, es decir, realizada conforme a la norma jurídica, el daño no es injusto y por lo tanto, no resulta reparable. Así, por ejemplo, cuando se realiza un embargo, se está causando un daño a quien es objeto de la medida cautelar, pero tal daño se encuentra justificado por el ordenamiento jurídico por lo que el causante de tal daño no está obligado a repararlo. Concretamente, en materia de trabajo, la huelga causa un daño al empleador, daño que no da derecho a

¹⁸ Citado por Mélich Orsini José: *Ob. Cit. (Estudios...)*, p. 33.

¹⁹ De Cupis, Adriano, *Ob. Cit. (El...)*, p. 82.

²⁰ Art. 2.043 del Código Civil Italiano: *Qualunque fatto doloso o colposo che cogiona al altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*

exigir una reparación, por cuanto la huelga, desarrollada dentro de los parámetros legales, constituye un derecho de los trabajadores.

De igual manera cuando existe una causa de justificación, como es el caso de la legítima defensa, el daño que ha sido causado, no hace surgir la obligación de reparar para el agente que ha obrado motivado por tal causa.

En cuanto al objeto del daño en sí, De Cupis considera que “el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y consiguientemente, es siempre un interés humano”.²¹ La tutela legal garantiza la legitimidad del interés, pues para que el daño sea reparable, es necesario que la lesión recaiga sobre un interés legítimo.

Este interés puede tener una naturaleza patrimonial o no patrimonial, de manera que el daño será calificado como patrimonial o no patrimonial según afecte a un interés privado patrimonial o no patrimonial. El interés patrimonial se refiere al beneficio o utilidad patrimonial que un sujeto puede obtener de un bien, en tanto que el no patrimonial es referido a un bien de naturaleza no patrimonial.

Los bienes de naturaleza no patrimonial generalmente se relacionan con los sentimientos, sufrimientos físicos y morales de una persona.

La doctrina italiana ha desarrollado, a partir de una decisión de la Corte Constitucional de 1991, el concepto de “daño biológico”, el cual se define como una lesión a la integridad psicofísica de la persona y determinada médica mente. Este tipo de daño se encuentra en el medio de la vía entre el daño patrimonial (disminución de la capacidad productiva) y el no patrimonial (dolor experimentado por la pérdida de una parte del cuerpo o de una función orgánica).

El daño no sólo debe lesionar un interés legítimo, sino además debe cumplir con los requisitos de ser personal a quien lo reclama, determinable y de no haber sido reparado.

Por lo que respecta a este último requisito del daño, el de no haber sido reparado, se hace necesario hacer algunas precisiones.

²¹ De Cupis, Adriano: *Ob. Cit. (El...)*, p. 107.

La medida de la reparación no es otra que la del daño experimentado. No se puede pretender lograr una reparación superior al monto del daño sufrido, por cuanto el daño no puede ser fuente de lucro. De allí que lograda la reparación del daño, la acción se extingue. Igualmente debe tenerse presente que la reparación no necesariamente debe ser llevada a cabo por el agente del daño. En efecto, el empleador puede, por ejemplo, haber contratado, con una compañía de seguros, una póliza para cubrirse del riesgo de accidentes de trabajo o de enfermedades ocupacionales, en cuyo caso, de ocurrir el riesgo la compañía de seguros cargará con la indemnización, en cuyo caso, el pago hecho por la compañía de seguros, tendrá como finalidad reparar el daño, extinguendo, de esta manera, la acción de la víctima para reclamar el pago. No obstante lo anterior, si el monto pagado por la compañía aseguradora no alcanza a cubrir la totalidad del daño, conservará el trabajador la acción para reclamar a su empleador, la diferencia necesaria para cubrir la totalidad del daño sufrido, pues el trabajador (la víctima del daño) tiene derecho a que se le indemnice la totalidad del daño sufrido.

En materia de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales se presenta una particularidad. Generalmente la reparación del daño que el trabajador experimenta con ocasión de la ejecución del servicio que se comprometió a prestar, corresponde al sistema de seguridad social, el cual garantiza, en principio la asistencia médica y hospitalaria, el pago de un sustitutivo del salario dejado de percibir durante el tiempo de recuperación, así como el pago de una pensión para el caso de que, como secuela del riesgo profesional, el trabajador quede incapacitado. Sin embargo, la propia Ley contempla la posibilidad de que el trabajador víctima del accidente acceda a otras indemnizaciones, siempre que se demuestre que el daño se produjo por culpa del empleador. A este cúmulo de indemnizaciones haremos referencia más adelante.

Independientemente del cúmulo de indemnizaciones que la LOPCYMAT ha previsto, debe tenerse siempre presente que las indemnizaciones acordadas no pueden generar un lucro para la víctima, por lo que si se demuestra que con las indemnizaciones a cargo del sistema de seguridad social, se ha cubierto el daño en su totalidad, no será procedente acordar una indemnización adicional, pues la finalidad de la responsabilidad civil no es sancionar sino reparar el daño efectivamente sufrido.

Otros aspectos que serán desarrollados en su oportunidad, es el relativo a la liquidación legal del daño, previsto en el artículo 129 de la LOCY-

MAT, así como el relacionado con la exigencia de que el daño sea personal a quien lo reclama, aspecto este que adquiere importancia cuando se trata de la posibilidad del reclamo de una indemnización por el daño moral que pudiera derivarse de un accidente de trabajo.

4.2 LA CULPA O CONDUCTA ANTIJURÍDICA DEL AGENTE DEL DAÑO

El concepto de culpa es de ese tipo de categorías jurídicas en las que resulta más fácil, apreciarla en el terreno de la realidad fáctica que lograr construir una noción abstracta, de allí que un sector de la doctrina diga de ella que más que un término de precisión, constituya más bien una referencia.

De Cupis considera “que se trata de un *quid* subjetivo, más exactamente de un modo de ser psicológico”. Por ello más adelante agrega: “La culpa constituye un estado anímico que, con relación a un daño concreto, puede apelarse de *reprobable*”.²²

Ahora bien, la doctrina ha considerado que la calificación de “*reprobable*” que se le atribuye a la acción dañosa debe tener un carácter jurídico, de allí que se exige que la conducta del agente del daño presente un carácter antijurídico.

No es el caso detenerse en un análisis exhaustivo de la noción de culpa, de modo que, antes de citar dos definiciones de culpa, es bueno señalar en primer término que Demogue²³ considera que en la culpa se advierten dos elementos: el primero de ellos objetivo, representado por el atentado contra el derecho, en tanto que el segundo es subjetivo y consiste en el hecho de haber advertido o podido advertir que se atentaba contra el derecho.

En cuanto a las definiciones de culpa me referiré a las dos que considero más completas y actuales.

²² *Ibidem*, p. 185.

²³ Demogue, René: *Traité des Obligations en Général*, Librería Arthur Rousseau, París 1925, T. III, N° 225.

Para Mazeaud: “La culpa es un error tal de conducta que no habría sido cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias “externas” que el demandado”.²⁴

De Cupis la describe, más que define en la siguiente forma: “Se puede afirmar que hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aun habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia conducta volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo, habría sido necesaria”.²⁵

En materia de daños producidos con ocasión del trabajo, hay que tener presente que la LOPCYMAT prevé un cúmulo de responsabilidades, como se analizará oportunamente, de modo que en el caso de las indemnizaciones que la Ley ha colocado a cargo del Sistema de Seguridad Social, no se requiere de la presencia de la culpa del empleador, ésta, tan sólo es necesaria, cuando se pretende exigir indemnizaciones superiores a las anteriores y que deben ser pagadas por el empleador.

4.3 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Por último se requiere que la producción del daño pueda ser atribuido –relación de causa a efecto– a la conducta culposa del agente del daño. Es éste el sentido del artículo 1.185 del Código Civil cuando establece: “El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo”.

Como quiera que a la producción de un daño pueden concurrir varios hechos, la doctrina dominante toma como relevante para la producción del daño, aquel hecho que sea ordinariamente el requisito idóneo para generar el hecho dañoso, (causalidad adecuada) en el sentido que se pueda concluir que el daño no se habría verificado sin la presencia de aquel acto considerado como su premisa necesaria (causalidad necesaria).

Mélich, al referirse a los criterios de la casación francesa, ve la relación de causalidad más como aquel acontecimiento que juega un papel preponderante en la producción del daño (causa eficiente).

²⁴ Mazeaud, Henri, Léon et Jean: *ob. t. y vol. cit. (Leçons...)*, p. 441.

²⁵ De Cupis, Adriano: *Ob. Cit. (El...)*, p. 185.

La exigencia de la relación de causalidad lleva a desechar la responsabilidad en aquellos casos en los que la producción del daño es atribuible a otros hechos, pese a la presencia de la culpa del supuesto agente del daño. Así, en materia de accidentes producidos con ocasión del trabajo, no surge responsabilidad para el empleador que no dotó a un motorizado a su servicio del casco de seguridad y éste sufre fractura del peroné en un accidente vial, cuando la moto conducida por el trabajador fue colisionada por un conductor ebrio. La causa eficiente, necesaria o adecuada de la lesión sufrida no guarda relación con la conducta imprudente o negligente del empleador en no dotar a su trabajador de tan necesario implemento de seguridad.

5. TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL

Cuando se produce una lesión a los intereses de los particulares y que da origen a una reparación, el daño causado a la víctima puede provenir, o bien del quebrantamiento de una obligación derivada de un contrato existente entre las partes, en cuyo caso el daño consistiría en el incumplimiento de las obligaciones surgidas por causa del vínculo contractual, o bien, la lesión puede producirse en ausencia de un contrato que ligue a ambas partes, en cuyo caso la responsabilidad surge por la inobservancia de una obligación genérica que prohíbe a cualquier miembro de una comunidad causar un daño a otro (*nemimen laedere*). En el primer caso estaremos en presencia de la responsabilidad contractual, en tanto que en el segundo de la responsabilidad extracontractual, conocida igualmente como responsabilidad aquilina, como referencia a la *Lex Aquilia* (S. V a.c.), la cual vino a sistematizar, en parte, las acciones que surgían cuando el daño no afectaba personas (*iniuria*) sino a los bienes, y sin que ello implicara un beneficio para su autor, situaciones que fueron conocidas en Roma bajo el nombre genérico de *damnnun iniuria datum*.

Si bien podríamos hablar de una teoría general de la Responsabilidad Civil que abarque ambas categorías, pues los elementos son esencialmente los mismos, no obstante, existen algunas diferencias en cuanto a la distribución de la carga de la prueba de la culpa del agente del daño, la extensión de la reparación, los límites de la reparación, etc., que justifican se las siga tratando separadamente.

La responsabilidad civil contractual descansa sobre el principio de la autonomía de la voluntad, lo que le permite a las partes reglamentar o limitar convencionalmente el alcance de la responsabilidad. Además la propia ley (Art. 1.274 del C. Civil) limita la obligación de reparar a los daños previstos o previsibles al tiempo de la celebración del contrato.

En la responsabilidad civil contractual el daño experimentado por la víctima (acreedor) no sería otro que el hecho de verse privado de la ventaja patrimonial que el cumplimiento de la obligación, por parte del deudor, le hubiera proporcionado. Ahora bien, para que surja, para el deudor, la obligación de responder, se requiere que el incumplimiento, es decir, la inejecución de la obligación se deba a una culpa del deudor.

La responsabilidad civil contractual se encuentra regida por los artículos 1.270 y 1.271 del Código Civil.

Art. 1.270: “La diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambos, será siempre la de un buen padre de familia, salvo en el caso de depósito”.

Art. 1.271: “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retraso en la ejecución si no prueba que la inejecución o el retraso provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”.

Entre los dos textos citados encontramos una aparente contradicción: de acuerdo con el primero de los artículos, el 1.270, el deudor no está obligado, en el cumplimiento de su obligación, sino a observar la diligencia de un buen padre de familia, de manera tal que si no se alcanza el cumplimiento de la obligación, pese a la diligencia del deudor, el acreedor deberá demostrar que la inejecución o el incumplimiento obedeció a un error en la conducta de aquél, pues no se comportó como un buen padre de familia, es decir, incurrió en culpa.

Por el contrario, del texto del artículo 1.271 parece inferirse que, independientemente del comportamiento del deudor, el solo hecho del incumplimiento de la obligación, hará surgir la obligación de responder para el deudor, sin que el acreedor deba demostrar la falta de diligencia de aquél. El deudor, por su parte, sólo puede eximirse de la obligación

de responder si logra demostrar que el incumplimiento, o el retardo, en su caso, se debieron a una causa extraña que no le es imputable.

En el primero de los casos, la carga de la prueba del incumplimiento, de la falta de diligencia del deudor, le correspondería al acreedor, en tanto que, de acuerdo al Art. 1.271, la carga de demostrar que el incumplimiento no se debió a la culpa del deudor sino a una causa extraña no imputable a él, recae sobre la persona del deudor.

6. OBLIGACIONES DE MEDIO Y OBLIGACIONES DE RESULTADO

En el derecho francés se presenta la misma situación, ya que el artículo 1.147 del Código francés equivale al 1.271 de nuestro Código Civil, en tanto que el artículo 1.137 viene a ocupar el lugar de nuestro artículo 1.270.

La solución que, en un principio, se propuso para resolver tal contradicción fue la de considerar que el artículo 1.271 constituía la regla, en tanto que el 1.270 vendría a ser la excepción. Pronto tal solución se mostró ineficaz, pues subsistía el problema ante la dificultad para determinar cuándo se estaba en presencia de la regla y cuándo de la excepción.

La doctrina moderna ha logrado resolver esta aparente contradicción entre estos dos artículos, a través de la clasificación de las obligaciones contractuales en obligaciones de medio y obligaciones de resultado desarrollada por Demogue;²⁶ así la carga de la prueba de la culpa contractual va a depender de que, de acuerdo con el objeto de la obligación, ésta sea calificada como una obligación de medios o una obligación de resultados.

Para Alex Weill

la idea fundamental consiste en examinar lo que el deudor ha prometido y lo que el acreedor puede razonablemente esperar. En unos casos el deudor se obliga a un resultado preciso: así en un negocio de provisiones, el aprovisionador se obliga a entregar una mercancía determinada en tal fecha y el comprador se obliga a pagar el precio; en el contrato de transporte el transportista se compromete a hacer llegar la cosa transportada –o el viaje–

²⁶ Demogue, René: *Ob. Cit. (Traité...)*, T. V, N° 1.237.

ro— a su destino. En otros, por el contrario, el deudor se compromete solamente a emplear los medios apropiados en una tarea a cumplir, que permitirán al acreedor obtener, quizás, el resultado que él desea. Pero ese resultado no ha sido garantizado por el deudor. Por ejemplo, el médico no promete al enfermo curarlo, él se compromete a proporcionarle los cuidados concienzudos, atentos, conformes, de acuerdo al momento en el que lo atiende y a las informaciones científicas adquiridas.²⁷

Conforme con esta posición de la doctrina, generalmente aceptada, las obligaciones de medios estarían contempladas en el artículo 1.270, de manera que cuando el acreedor no obtiene lo que él pretendía lograr del compromiso adquirido por el deudor, deberá demostrar que la conducta de éste no se adaptó a la que debería haber desplegado una persona normalmente prudente y diligente, colocada en las mismas circunstancias externas del deudor, es decir, le corresponderá la carga de demostrar que el deudor obró con culpa. Por lo que respecta a las obligaciones de resultado, éstas estarían regidas por la norma contenida en el artículo 1.271, de donde resulta que por el solo hecho de no alcanzar el resultado prometido, se presume que ello se debe a la culpa del deudor —presunción de culpa— quien sólo podrá verse exonerado de responsabilidad si logra demostrar que el resultado no se alcanzó por la intervención de una causa extraña no imputable a su conducta, es decir, si logra desvirtuar la relación de causalidad entre su hecho personal y el daño (en este caso el daño consistiría en la inejecución de la obligación que no permite que el acreedor vea satisfecha la expectativa que la obligación le proporcionaba).

Los partidarios de la teoría del riesgo ven en el artículo 1.271 una consagración de la responsabilidad sin culpa, lo cual no es cierto, como lo señala Weill:

En realidad, la idea de culpa no se encuentra ausente, aun en el cuadro de la responsabilidad contractual que se deriva del artículo 1.147 (1.271 de nuestro Código Civil): la culpa del deudor consiste siempre en el hecho de no haber ejecutado aquélllo a lo que él se comprometió cuando él no fue impedido para ello por la fuerza mayor.²⁸

²⁷ Weill, Alex y Terré, François: *Droit Civil. Les Obligations*, Dalloz, París 1975, p. 428.

²⁸ *Ibidem*, p. 429.

Al fundamentar en el riesgo la obligación de responder que corresponde al deudor por la inejecución de la obligación, no podría explicarse la posibilidad que tiene éste de ver exonerada su responsabilidad cuando logra demostrar que la inejecución obedeció a una causa extraña no imputable. Si el riesgo fuera el fundamento de la obligación de responder, ésta se produciría independientemente de que el incumplimiento obedeciera o no a una causa extraña.

En las obligaciones de resultado, existe la presunción que la inejecución de la obligación obedece a la culpa del deudor, sin embargo, esta presunción no tiene carácter absoluto, ya que se le permite al deudor desvirtuar la misma mediante la prueba de que el incumplimiento se debió a una causa extraña a él.

En las obligaciones de medios, por el contrario, al acreedor no se le promete un resultado concreto, por lo que éste no sólo tiene la carga de probar que la obligación no ha sido ejecutada, sino, además que la inejecución obedece a un error en la conducta del deudor quien no se comportó como ese modelo abstracto que la ley califica como un “buen padre de familia”.

Las obligaciones de dar y de no hacer, son generalmente consideradas como obligaciones de resultado, el problema se presenta precisamente con las obligaciones de hacer, para lo cual habrá que analizar el objeto del contrato y la forma como se ha celebrado, es decir, la intención de las partes al momento de manifestar su compromiso.

La moderna doctrina francesa, basándose en decisiones jurisprudenciales en materia de interpretación de los contratos, ha elaborado una subespecie de obligaciones de resultado: las obligaciones de seguridad. En algunos contratos, las obligaciones de resultado, ante el silencio de las partes, conllevan una obligación accesoria de seguridad, así por ejemplo, en el contrato de transporte de personas, la obligación del transportista no es tan sólo la de llevar al viajero a su destino, sino que además debe llevarlo sano y salvo.

No resulta fácil precisar cuándo se está en presencia de una obligación de seguridad y, al parecer, no existe un criterio general para determinar su existencia. Se la ha admitido, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento en favor del arrendatario, en el contrato de hotelería en favor del cliente, o en el caso de un niño al que se ha colocado

en un internado. El otro problema consiste en determinar la extensión de la obligación de seguridad.

La Jurisprudencia francesa ha precisado un criterio orientador, en este sentido: si el cliente conserva la iniciativa estaríamos en presencia de una obligación de medios, en cambio cuando el cliente se ha entregado entre las manos del prestador del servicio y debe utilizar los elementos que éste emplea para la prestación del servicio, sin que tenga alguna iniciativa en ello, estaremos en presencia de una obligación de seguridad. Así por ejemplo, en el contrato de transporte de personas por avión, por ejemplo, se considera que existe una obligación de seguridad, puesto que el cliente no tiene ninguna iniciativa, ningún margen para escoger el tipo de avión, los horarios, ni puede en modo alguno alterar las reglas de la compañía aérea.²⁹

Para el estudio de nuestro tema principal, la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo, la noción de obligaciones de seguridad o de garantía, como algunos las llaman, también presenta una singular importancia, ya que durante mucho tiempo se ha venido negando que la obligación del empleador de mantener indemne de daños a la persona física del trabajador deba ser considerada como una obligación de seguridad.

En el caso de Venezuela, dentro del campo del Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (creado y regulado por la actual LOPCYMAT), la obligación a cargo del patrono en materia de seguridad y salud, derivada del contrato de trabajo, debe ser considerada como una obligación de garantía a tenor de lo establecido en el artículo 56 de la LOPCYMAT en concordancia con el artículo 54 *in fine* el cual dispone: “Los deberes que esta Ley establece a los trabajadores y trabajadoras y la atribución de funciones en materia de seguridad y salud laborales, complementarán las acciones del empleador o de la empleadora, sin que por ello eximan a éste del cumplimiento de su deber de prevención y seguridad”.

Con base en lo anterior, al ocurrir un accidente o una enfermedad ocupacional, se debe presumir que el patrono es responsable por el daño sufrido por el trabajador, pero tal responsabilidad, que surge por el incumplimiento de una obligación de garantía fundamentada en la rela-

²⁹ *Ibidem*, pp. 434 a 438.

ción contractual, se encuentra sometida a las limitaciones contempladas por la Ley para este tipo de situaciones, es decir, las indemnizaciones y prestaciones serán aquellas previstas en la LOPCYMAT y su monto, él estipulado por dicha Ley.

Adicionalmente a esta responsabilidad, tal como está previsto en los artículos 116 y 129 *eiusdem*, surgirán dos tipos de responsabilidad fundamentada en el hecho ilícito que, por supuesto, requerirá de la demostración de la culpa del empleador. Para la responsabilidad especial por el hecho ilícito del empleador, contemplada en la ley comentada, han sido previstas tarifas legales, por lo que no resulta necesaria la demostración de la cuantía del daño, pero además, la ley remite a la responsabilidad civil ordinaria regida por el Código Civil, cuando la víctima del daño (el trabajador) considera que las indemnizaciones pagadas por la seguridad social y las tarifadas por la responsabilidad especial, no han sido suficientes para reparar el daño efectivamente sufrido o para reparar el daño extrapatrimonial (moral) no contemplada en la responsabilidad especial.

7. EL PROBLEMA DE LAS FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO

La determinación de la responsabilidad que se deriva de los accidentes sufridos por el trabajador con ocasión del servicio que presta, o de las enfermedades adquiridas con ocasión del trabajo, es el resultado de un complejo e imbricado conjunto de fuentes normativas de diferente nivel, compuesto tanto por disposiciones constitucionales de carácter general, como por las normas especiales que regulan la responsabilidad del empleador en el marco del contrato de trabajo, las disposiciones del derecho común que regulan la responsabilidad civil y, por último por las decisiones jurisprudenciales que con frecuencia recurren a los criterios equitativos a los fines de determinar la cuantía del resarcimiento.

En el contrato de trabajo, la estrecha vinculación de la persona misma trabajador al cumplimiento de la obligación asumida por éste (la prestación del servicio), permite destacar, al estudiar las consecuencias del daño experimentado por el trabajador en su persona, tanto aspectos patrimoniales como no patrimoniales, tanto responsabilidades de carácter contractual como extracontractual, lo cual hace en extremo dificultoso el análisis acerca de cuáles fuentes pueden concurrir a la

reglamentación del daño derivado de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales.

Durante un tiempo la doctrina y la jurisprudencia consideraron como excluyentes las responsabilidades contractuales y las extracontractuales. Si las partes se encontraban ligadas por un contrato y el daño experimentado por el deudor consistía en la violación de una obligación contenida en el contrato (la obligación de seguridad asumida por el patrono tiene un origen contractual) la víctima del daño debería acudir a la vía judicial para exigir el resarcimiento, valiéndose de las ventajas que este tipo de responsabilidad conlleva (presunción de culpa del acreedor, agente del daño) pero asumiendo, al mismo tiempo los inconvenientes que ella imponía (limitación convencional o legal del daño o indemnización tarifada).

A este respecto cabe señalar que, si bien, la obligación de garantizar la seguridad del trabajador tiene su fuente en el contrato de trabajo, la obligación de reparación del daño moral, por ejemplo, deriva del hecho ilícito, por lo que cae en el campo de la responsabilidad civil extracontractual o delictual.

No obstante, la doctrina actual ha venido aceptando el llamado “cúmulo de responsabilidades”, es decir, que ante la producción de un daño debido al incumplimiento de una obligación entre partes ligadas por una convención, se pueda reclamar, al mismo tiempo, la indemnización limitada prevista en el contrato o en la norma que lo rige, e indemnizaciones que se fundamenten en el hecho ilícito cometido por el deudor con ocasión del incumplimiento contractual, lo que daría calidad al trabajador para intentar una acción de responsabilidad civil para exigir la reparación de un daño derivado del hecho ilícito.

Entre otros, aceptan el cúmulo de responsabilidades, autores como: Mazeaud, De Page, Martine, Messineo, De Cupis, Pachioni, Mélich Orsini, etc. De Cupis prefiere referirse a un concurso de normas aplicables, ya que considera que la acción es única, pues se basa en una única causa petendi (el daño).³⁰

En el campo de la Jurisprudencia, los tribunales de Bélgica fueron los primeros en aceptar el cúmulo de responsabilidades.

³⁰ De Cupis, Adriano: *Ob. Cit. (El...)*, p. 164. José Mélich Orsini: *Ob. Cit. (Estudios...)*, 276 y ss.

En 1991 la Corte Constitucional italiana dicta una sentencia que introduce el concepto de daño biológico y declara inconstitucional la limitación de la reparación a las solas indemnizaciones pagadas por la seguridad social, sobre la base del artículo 32 de la Constitución italiana que garantiza el derecho a la salud, de manera que a partir de ese momento se acepta plenamente el cúmulo.

Carlo Cester explica de manera clara que la confusión de los tipos de responsabilidad como consecuencia de un daño a la integridad física del trabajador, ocurre:

Sea por la tradicional implicación de la persona en la relación (de trabajo) y porque inevitablemente ello conlleva aspectos no patrimoniales, sea porque en dicha relación la dimensión extracontractual de la responsabilidad (típico ámbito de referencia en el que se produce el daño biológico) se conjuga de varias maneras con la dimensión de las obligaciones contractuales (según el criterio de algunos a punto tal que comprende la primera), sea, en fin, por la conexión –hago alusión sobre todo a aquellas que se han producido recientemente con relación al tema de los infortunios de trabajo y enfermedades profesionales– con los perfiles de tutela pública de la salud vista desde el plano de la prevención.³¹

En Venezuela, en un principio, siguiendo la tendencia francesa, se rechazó la posibilidad de reclamar el daño moral (responsabilidad civil extracontractual) cuando entre la víctima y el culpable mediaba la existencia de un contrato de trabajo (Sentencia de Casación del 13 de agosto de 1956). A partir del 12 de agosto de 1970, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha venido admitiendo la reparación del daño moral, aun cuando las partes se encuentren ligadas por una relación contractual. Así, a propósito de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el no pago por parte de un banco de un cheque, pese a que el girador poseía fondos suficientes, la decisión de la casación consideró posible la reparación del daño moral.

³¹ Cester, Carlo: *Danno Biológico en Il Sistema delle Fonti nel Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano 2002, p. 369.

En materia de trabajo, la misma Sala, con anterioridad, el 10 de agosto de 1960, había dejado sentado lo siguiente:

No hay duda que si la causa justificada del retiro del trabajador constituye un hecho ilícito enmarcado en el artículo 1.185 del CC, el patrono tendrá, además de las obligaciones que le impone la Ley del Trabajo por efecto del contrato celebrado, la de reparar todo el daño material y moral causado por el hecho ilícito. Lo mismo ocurre en caso de que los hechos cumplidos por el patrono para poner fin unilateralmente a la relación laboral configuren un hecho ilícito al tenor de lo previsto en la disposición que acaba de ser citada. Ahora bien, sólo el acto de despedir a un trabajador inmotivadamente, antes de la terminación del plazo convenido, origina una responsabilidad contractual, dimanante de la violación de la violación del contrato, pero no responsabilidad por hecho ilícito.

Cester al analizar la situación presentada en el derecho italiano, concluye que ante un daño a la integridad de la persona con ocasión de un infortunio de trabajo (daño biológico), desde el punto de vista de las fuentes, se produce una imbricación que él resume de la siguiente manera: en primer término hay una marcada insatisfacción por la forma de liquidar el daño patrimonial fundado en la disminución de la capacidad productiva del trabajador, de allí que se busca una solución más justa al fundamentar la reparación en la garantía constitucional del derecho a la salud (Art. 32 de la Constitución Italiana) que permite una tutela completa de la persona como valor en sí, independientemente de su capacidad productiva; para ello habrá que situar el derecho a la reparación dentro del sistema de la responsabilidad civil, habida cuenta de que si bien tiene aspectos patrimoniales, al mismo tiempo el hecho de recaer sobre una persona le da un carácter suprapatrimonial, lo que haría surgir un tercer género o categoría autónoma de daño situado entre el daño patrimonial (pérdida de ingreso) y el daño moral (*pretium doloris*).³² Lamentablemente en Venezuela no tenemos una elaboración tan precisa y fina como la que desarrolla la doctrina italiana.

A la luz de lo anterior, es necesario concluir que la reparación del daño a la integridad del trabajador, occasionado por un infortunio de trabajo

³² *Ibidem*, p. 370.

(accidente de trabajo o enfermedad profesional) y la consecuente responsabilidad que de él se genera, se encuentra regido por un confuso sistema de fuentes jurídicas cuya ubicación, dentro del orden de aplicación, requiere de un análisis profundo para determinar, en un caso concreto, cuáles serían las normas llamadas a ser aplicadas, su orden, extensión y limitaciones a la hora de determinar no sólo la procedencia sino el monto de la indemnización. Analicemos, pues, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, el sistema de fuentes que regirían la responsabilidad derivada del daño experimentado por un trabajador en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

7.1 FUENTES DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

Podríamos decir que en el momento en que se produce un daño a la integridad de una persona, cuando tal daño resulta injusto, es decir, no debe ser soportado por la víctima, por cuanto la ocurrencia del mismo obedece a la acción u omisión de otro al que la Ley señala como responsable, tal lesión se encuentra directamente relacionada con una protección de rango constitucional que tutela la integridad del individuo. Así, en primer término, encontramos las disposiciones contenidas en la Constitución; entre ellas, el enunciado del artículo 46, el cual dispone: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (...).” Por su parte, el artículo 83 consagra el derecho a la salud en la siguiente forma: “La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado que lo garantizará como parte del derecho a la vida (...).” Específicamente en materia de trabajo, el aparte único del artículo 87 ordena: “Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados”.

De igual manera, por expresa disposición contenida en el artículo 23 de la Constitución Nacional, “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional (...).”

Dentro de este orden, podríamos incluir, en este rango los siguientes convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por Venezuela, los cuales contienen normas de carácter general en materia de seguridad: el Convenio N° 155 sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores del año 1981; el Convenio N° 120 sobre la Higiene (Comercio y Oficinas) de 1964. Además, existen otros convenios que contienen nor-

mas más concretas en materia de ciertos riesgos específicos (pintura, peso máximo, cáncer profesional).

De igual manera, podríamos incluir los convenios en materia de Seguridad Social, tales como el Convenio 102 sobre la norma mínima en materia de Seguridad Social; el Convenio 121 sobre prestaciones en caso de accidentes profesionales y enfermedades profesionales; y, el Convenio 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, entre otros.

7.2 FUENTES DE RANGO LEGAL

En este campo encontramos dos tipos de normas legales: Las especiales en materia de trabajo que regulan el deber de seguridad que tienen tanto los empleadores como los trabajadores, así como las consecuencias que se derivan de la violación de dicho deber, las contenidas en la Ley de Seguridad Social que reglamentan la cobertura por parte de ésta de los riesgos laborales y por otra parte las normas contenidas en el Código Civil que viene a constituir el derecho común en materia de responsabilidad civil delictual.

7.2.1 Leyes especiales en materia de trabajo

En primer lugar encontramos el Título VIII de la Ley Orgánica del Trabajo, cuyo artículo 560 establece una presunción de responsabilidad por los infortunios sufridos por los trabajadores, limitando la reparación del daño a las indemnizaciones previstas en dicho Título. Debemos señalar que las disposiciones contenidas en este título sólo se mantienen vigentes hasta tanto no sea creada la Tesorería de la Seguridad Social y el Órgano Rector de la Seguridad Social no proponga la derogatoria de dicho título, una vez que se encuentre en pleno funcionamiento la tesorería, tal como está contemplado en la disposición transitoria sexta de la LOPCYMAT.

Luego, tenemos la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo y, en especial, las normas contempladas en los artículos del 53 al 56 inclusive, los cuales consagran los deberes y derechos para trabajadores y empleadores en materia de seguridad; las disposiciones contenidas en el Título V que señalan las condiciones y ambiente en el que debe desarrollarse el trabajo; las del Título VI que regulan los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales; las del Capítulo I del Título VII que determinan las indemnizaciones tarifa-

das a cargo de la seguridad social y demás prestaciones; y, por último, el Capítulo I y el Capítulo IV del Título VIII que establece las responsabilidades de los patronos.

Una primera lectura a este texto legal, de reciente reforma, nos permite ver cómo en él se mezclan materias correspondientes al derecho del trabajo y al de la seguridad social, en contra de la tendencia actual de separar ambas materias, por cuanto el sujeto protegido es o debe ser diferente: mientras las leyes de trabajo se orientan a la protección del trabajador en condiciones de dependencia, las de seguridad social poseen un campo más amplio, pues el sujeto protegido vendría a ser el ciudadano social, o el habitante.

En tercer término, concurre la Ley del Seguro Social Obligatorio, a la cual remite el artículo 585 de la LOT, para deslizar o repartir en la colectividad, la obligación de reparación contenida en el aludido Título VIII de la LOT, para aquellos casos en los que el trabajador se encuentre cubierto por la Seguridad Social; sin embargo, dichas disposiciones, al igual que el Título VIII de la LOT, tienen igualmente sus días contados, puesto que una vez entre en funcionamiento todo el sistema previsto en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y, en especial la Tesorería que dicha ley prevé, todo lo relativo a las responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, se regirá por la LOPCYMAT.

7.2.2 *El derecho común*

El artículo 116 de la LOPCYMAT remite expresamente al derecho común cuando dispone:

El incumplimiento de los empleadores y empleadoras en materia de seguridad y salud en el trabajo dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y civiles derivadas de dicho incumplimiento.

La responsabilidad civil que puede derivarse de un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional, se encuentra regulada de manera más específica en el artículo 129 *eiusdem*, cuando el legislador dispone:

Con independencia de las prestaciones a cargo de la Seguridad Social, en caso de 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 por parte del empleador o de la empleadora, éste deberá pagar al trabajador o trabajadora, o a sus derechohabientes una indemnización en los términos establecidos en esta Ley, y por daño material y daño moral de conformidad con lo establecido en el Código Civil...

7.2.3 *La Jurisprudencia*

La teoría de la responsabilidad civil, en general, ha sido producto de una abundante corriente de decisiones jurisprudenciales, que se encuentra en constante evolución. Específicamente, en materia de la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, la reciente jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, así como la de los tribunales de instancia, mantiene actualizado el tema.

7.2.4 *La Equidad*

Finalmente la equidad viene a ser una fuente que interviene en la regulación de las responsabilidades derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, especialmente, en lo que se refiere a la estimación de la indemnización que corresponde por el daño moral causado.

8. EL RÉGIMEN DE LAS RESPONSABILIDADES EN LA LOPCYMAT

La norma del artículo 129 constituye una evidente mejora en relación con la contenida en la ley que reemplaza, en cuanto a la determinación de las fuentes que concurren en el surgimiento de las responsabilidades y, por ende, de las diferentes indemnizaciones que pueden igualmente generarse en caso de una lesión a la integridad del trabajador. De su lectura resulta claro que se admite el llamado “cúmulo de responsabilidades” al que hicimos alusión antes; pues, conforme a la norma comentada, ante un accidente o enfermedad profesional surgen dos tipos de responsabilidades:

- a) la responsabilidad contractual por el incumplimiento del deber de seguridad que la ley le impone al patrono en el artículo 56 y cuya reparación corre a cargo de la seguridad social y, hasta la entrada en vigencia plena del Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, para aquellas situaciones en las que el trabajador no se encuentre cubierto por la seguri-

dad social, se aplicarán las normas contenidas en el Título VIII de la LOT, el cual prevé indemnizaciones tarifadas y limitadas ante la presencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, sin que el trabajador (la víctima) deba demostrar la culpa del patrono. El deber de seguridad es una obligación de resultado, o mejor de garantía;

b) La responsabilidad especial, contemplada en el artículo 129 de la LOPCYMAT que requiere la existencia de una violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud (culpa del patrono), la cual debe ser demostrada y cuyas indemnizaciones, independientes de las prestaciones pagadas por la seguridad social, se encuentran tarifadas por la Ley. La forma como ha sido establecida esta responsabilidad, así como la manera de determinar el monto de las indemnizaciones hacen pensar más en una sanción que en una reparación; y,

c) La responsabilidad civil ordinaria derivada del hecho ilícito del empleador como una expresión de la garantía a la integridad de la persona del trabajador de acuerdo a las previsiones contenidas en los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil. A este respecto cabe señalar que, si bien, la obligación de garantizar la seguridad del trabajador tiene su fuente en el contrato de trabajo, en lo que respecta a esta responsabilidad que implica la obligación de reparación del daño moral derivado del hecho ilícito debe considerarse incluida en el campo de la responsabilidad civil extracontractual o delictual.

Al admitirse el cúmulo de responsabilidades, considero que es de suma importancia tener presente que el solo incumplimiento de la obligación contractual –en el caso que nos ocupa, la obligación de garantizar la integridad psicofísica del trabajador– no implica necesariamente que tal incumplimiento constituya, en todo caso, un hecho ilícito del cual se derive la responsabilidad civil extracontractual, sino que se hace necesario que el daño a la integridad del trabajador haya sido causado por culpa del patrono, al violar la normativa legal en materia de seguridad, violación que implica la comisión de un hecho ilícito que hace surgir, para el agente del daño, es decir, el empleador, la obligación de reparar.

En igual forma, al aplicar el intrincado sistema de fuentes que rigen la responsabilidad civil derivada del daño causado por accidentes de tra-

bajo o enfermedades ocupacionales, es necesario tener presente la disposición contenida en el artículo 59 *in fine* de la LOT, para el caso de que concurran varias normas para la solución de un caso determinado: la norma adoptada deberá aplicarse en su integridad. De allí deducimos que si se pretende una indemnización por el daño moral, como la acción para lograr su reparación debe intentarse conforme las reglas del Código Civil, no podemos aplicar la presunción de culpa que se estipula para las obligaciones de resultado (o de garantía de la seguridad en el contrato de trabajo), sino que deben seguirse las reglas que rigen la responsabilidad por hecho ilícito.

Como quiera que en la primera de las responsabilidades, la de naturaleza contractual, de acuerdo con la Ley, las indemnizaciones son asumidas o van a ser asumidas por la seguridad social, para que procedan las indemnizaciones no se va a requerir otra cosa sino la presencia del hecho dañoso, sin que sea necesario entrar a analizar si éste se produjo o no, debido a la conducta del patrono, del trabajador o por una causa extraña.

El análisis de las otras dos responsabilidades exige que, en primer término se estudie la noción de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, el tipo de daño de que se trata, quiénes serían los titulares de la acción para reclamar las indemnizaciones y, por último, el problema que plantea la concurrencia de las indemnizaciones, lo que se conoce en doctrina con el nombre de cúmulo de indemnizaciones.

9. LAS NOCIONES DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y DE ENFERMEDAD OCUPACIONAL EN LA LOPCYMAT

El artículo 69 nos da la siguiente definición de accidente de trabajo:

Se entiende por accidente de trabajo, todo suceso que produzca en el trabajador o la trabajadora una lesión funcional o corporal, permanente o temporal, inmediata o posterior, o la muerte, resultante de una acción que pueda ser determinada o sobrevenida en el curso del trabajo, por el hecho o con ocasión del trabajo.

La definición anterior contrasta con la contenida en el artículo 561 de la LOT, pues éste, por una parte considera que el accidente de trabajo consiste en la lesión, en tanto que la LOPCYMAT califica como accidente de trabajo el suceso, lo cual, en nuestro criterio es más preciso y por otra parte se exigía la presencia de una fuerza exterior, lo que no exige la definición de la nueva norma que comentamos.

La LOPCYMAT acoge la tesis de considerar como accidente de trabajo al llamado accidente de trayecto o *in itinere* cuando dispone:

Los accidentes que sufra el trabajador o la trabajadora en el trayecto hacia y desde su centro de trabajo, siempre que ocurra durante el recorrido habitual, salvo que haya sido necesario realizar otro recorrido por motivos que no le sean imputables al trabajador o la trabajadora y exista concordancia cronológica y topográfica en el recorrido.

Ya la Sala Social, antes de la entrada en vigencia de la LOPCYMAT reformada, había asimilado el accidente de trayecto a los accidentes de trabajo. La jurisprudencia francesa considera igualmente accidente de trayecto aquel que se produce en el camino comprendido entre “la casa de campo del trabajador” (*maison secondaire*) y el centro de trabajo.

Por su parte el artículo 70 define la enfermedad ocupacional (antes profesional) como:

Los estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador o la trabajadora se encuentra obligado a trabajar, tales como los imputables a la acción de agentes físicos y mecánicos, condiciones disergonómicas, meterológicas, agentes químicos, biológicos, factores psicosociales y emocionales que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes.

La norma en cuestión establece una presunción para atribuirle carácter ocupacional a ciertas enfermedades incluidas en una lista que elaborará el Ministerio con competencia en materia de seguridad y salud en el trabajo.

La actual definición difiere notablemente de la contenida en el artículo 562 de la LOT, e incluye los trastornos funcionales y el desequilibrio mental, elementos estos que ya se encontraban presentes en el texto de la definición del artículo 28 de la LOPCYMAT anterior a la reforma.

Pero quizá la más importante discrepancia la encontramos en la eliminación en la LOPCYMAT de los supuestos de excepción contenidos en el artículo 563 de la LOT, de manera que aun cuando el accidente hubiese sido provocado.

intencionalmente por el propio trabajador, o fuese causado por una fuerza mayor extraña al trabajo, o en el caso de los trabajadores ocasionales o a domicilio, o cuando afecte a los miembros de la familia del propietario de la empresa que trabajen por cuenta de él y que habiten bajo el mismo techo, ello no impide que el suceso sea considerado como un accidente de trabajo a la luz de la LOPCYMAT.

La reparación de los daños causados por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, dentro del Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo no requiere de la presencia de la culpa del patrono y correrá a cargo de la seguridad social (o del patrono cuando sus trabajadores no se encuentren cubiertos por ella) hasta tanto no sea creada la Tesorería de Seguridad Social. Es de hacer notar que dentro del Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo las cotizaciones corresponde pagarlas íntegramente a los empleadores.

Esto es algo que debe tenerse presente en todo caso, pues existe la tendencia a considerar que todo accidente de trabajo genera la obligación de reparación por el empleador, independientemente de que éste haya incurrido en culpa o no en la producción del accidente. La reparación de los accidentes de trabajo, en principio, corre a cargo del sistema de Seguridad Social o del Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuando se creen los organismos que la LOPCYMAT ha previsto. Sólo cuando se demuestre que en la producción del daño ha intervenido la culpa del empleador, puede surgir el cúmulo de responsabilidades y corresponderá al empleador la reparación de aquellos daños que el sistema de seguridad social no ha cubierto.

10. EL DAÑO QUE SE DERIVA DE UN ACCIDENTE DE TRABAJO O DE UNA ENFERMEDAD OCUPACIONAL

Cómo dijéramos antes, (N° 6 *ut supra*) en la ejecución del contrato de trabajo se involucra la persona misma del trabajador, la cual se ve expuesta a sufrir daños en su integridad, tanto física como moral, de allí que el derecho del trabajo se haya interesado, desde sus inicios, por brindar una protección integral a la persona misma del trabajador.

Como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional, el trabajador puede experimentar varias clases de daños: disminución de su capacidad productiva, daño a su salud, a su vida de relación, daño psicológico, el dolor experimentado por la lesión y el do-

lor moral por la pérdida de la salud o de un miembro del cuerpo, o el daño estético, etc. En fin, cualquier lesión que afecte la integridad moral o física del trabajador.

La doctrina civil era renuente a considerar la tutela de los valores individuales de la persona *per se*, sino más bien como un reflejo de la ofensa al orden jurídico, frente a la cual la reacción del derecho se manifestaba solamente como una sanción de carácter preventivo. Sin embargo, ya en el derecho romano, en su último estado, se concedieron acciones para la reparación de derechos que tenían que ver con valores inmatrimoniales conforme lo señala Ihering “la jurisprudencia romana llegó en esto a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que al contrario, además del dinero existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que los proteja el derecho”.³³

La consideración de la necesidad de tutelar otros valores diferentes de los económicos llevó a aceptar la posibilidad de un daño “no patrimonial”, es decir, aquél no susceptible directamente de ser valorado económicamente, como una garantía de la dignidad personal del hombre. Así, Franzoni concluye que “el daño patrimonial ha terminado por representar solamente un componente del daño reparable y ha cesado de ser su sinónimo”.³⁴

Las indemnizaciones previstas en la LOPCYMAT dentro del Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, están destinadas fundamentalmente a reparar el daño experimentado por el trabajador como disminución de su capacidad productiva. Sin embargo, ya hemos visto que la propia Ley contempla la posibilidad de que concurran otras acciones para exigirle al empleador responda por el daño a la integridad física y psíquica del trabajador, así como por el daño moral que el accidente o la enfermedad han podido causar.

11. TITULARES DE LA ACCIÓN

El artículo 129 considera que la acción por causa del hecho ilícito en el que ha incurrido el empleador al violar la normativa legal en materia de

³³ Ihering citado por Fueyo Lanieri, Fernando: *De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcibilidad*, Universidad de Los Andes, Mérida 1972, p. 20.

³⁴ Franzoni, Massino: art. cit. (*Il danno...*), p. 400.

seguridad y salud en el trabajo, tanto para obtener las indemnizaciones tarifadas previstas en la Ley, como las que surjan igualmente del hecho ilícito conforme las previsiones de los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, corresponden tanto al trabajador como a sus causahabientes.

Las acciones derivadas del daño material o patrimonial no presentan problema alguno en cuanto a su transmisibilidad a los causahabientes del trabajador difunto, aun cuando éste no hubiese intentado en vida la acción para reclamar las indemnizaciones correspondientes. El problema se presenta con el daño moral. ¿A qué tipo de daño moral transmisible se refiere el artículo 129? ¿al experimentado por la víctima del accidente o enfermedad mortal, o al experimentado por los parientes del difunto trabajador ante la pérdida de un ser querido?

Dentro de las condiciones que el daño debe llenar para ser resarcible, la doctrina establece que éste debe ser personal a quien lo reclama, de manera que la legitimación del causahabiente del trabajador para exigir el resarcimiento, tiene carácter autónomo, es decir, debe referirse al daño personalmente sufrido o experimentado por el causahabiente, por lo que el causahabiente obraría *iure proprio*. A este respecto De Cupis señala: “En el riguroso plano del derecho positivo no hay indicio alguno que permita entender que junto al interés no patrimonial del titular del bien esté tutelado el interés no patrimonial del tercero”.³⁵

El artículo 1.196 que regula el daño moral contempla, en su aparte final, la posibilidad de que el Juez acuerde una indemnización a los parientes, afines o cónyuges de la víctima como reparación por el dolor ocasionado por la muerte de ésta. Conforme la hipótesis prevista en la norma comentada, los causahabientes de la víctima (parientes, afines, cónyuges, concubinarios) ejercerían la acción *iure proprio*, para obtener una indemnización por el dolor que la muerte de la víctima les ha ocasionado; no proceden los causahabientes, *iure hereditatis*, para exigir reparación por el daño moral que la víctima experimentó (el dolor de la víctima), sino para pedir la reparación por el dolor que ellos experimentaron con la muerte de su causante.

³⁵ De Cupis, Adriano: *Ob. Cit. (El...)*, p. 656.

12. CÚMULO DE INDEMNIZACIONES

Se ha afirmado que con ocasión de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional es posible que surjan dos tipos de acciones para que el trabajador reclame el daño sufrido: la una, de naturaleza contractual, fundamentada en la violación del deber de seguridad colocado a cargo del empleador, cuyas indemnizaciones se encuentran tarifadas en la LOPCYMAT y colocadas a cargo del Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y las cuales tienen por objeto indemnizar al trabajador por la pérdida sufrida en su capacidad productiva, por lo que su monto variará en función de la mayor o menor discapacidad que afecte al trabajador como secuela del evento dañoso. Como se dijo antes, para que el trabajador tenga derecho al pago de las indemnizaciones tarifadas sólo se requiere la presencia del daño derivado del accidente o de la enfermedad ocupacional.

Además de lo anterior, surgen para la víctima del daño (trabajador) dos acciones derivadas del hecho ilícito en que incurre el patrono al violar la normativa legal en materia de seguridad y salud (responsabilidad extracontractual derivada de la culpa del patrono), la una contemplada específicamente en la propia LOPCYMAT, y cuya indemnización se encuentra igualmente tarifada (artículo 130), en tanto que la otra acción, le dará derecho a una indemnización en los términos establecidos en el Código Civil para lograr la reparación de los daños experimentados por el trabajador en su integridad psicofísica, bien sea de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial (artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil).

De lo anterior se deriva que se produce lo que en doctrina se conoce como “cúmulo de indemnizaciones”, lo cual se explica en parte por cuanto la propia ley concede a la víctima dos tipos de acciones y, en parte, por cuanto la medida de la indemnización no es otra que el daño efectivamente sufrido por la víctima, por lo que puede suceder que la determinación legal del daño no satisfaga plenamente el daño efectivamente experimentado, de allí que la víctima (el trabajador en nuestro caso) tendrá derecho a exigir una indemnización por un monto mayor. Esta insatisfacción fue la que llevó a la Corte Constitucional Italiana, en la célebre sentencia de 1991, a anular los artículos de la normativa de seguridad social que limitaba la indemnización a las tarifas establecidas en ella.

En materia de responsabilidad contractual, la reparación se encuentra limitada legalmente, tanto por las normas contenidas en los artículos

1.272 a 1.275 del Código Civil, como, específicamente en materia de trabajo, por la tarifa establecida en la LOPCYMAT (prevista en el Título VII de la misma); pero, como la propia ley concede a la víctima del daño acciones por responsabilidad extracontractual, por ende el trabajador (victima del daño) pueda pretender que se le indemnice por encima del monto establecido en la tarifa establecida para reparar el daño contractual siempre que logre demostrar la culpa del patrono (violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud).

Por lo que se refiere al *quantum* de la reparación tenemos dos situaciones: en primer término la acción especial prevista en el artículo 129 de la LOPCYMAT para exigir la responsabilidad del patrono por su hecho ilícito tiene tarifadas en el artículo 130 las indemnizaciones para reparar el daño, razón por la cual el trabajador sólo debe demostrar, el daño, la culpa del patrono, y la relación de causalidad entre ésta y el daño sufrido por él, sin que sea necesario demostrar la cuantía del daño. En el supuesto de la acción que se le concede para solicitar la reparación del daño material y moral, conforme a lo previsto en el Código Civil, el trabajador estaría obligado además a demostrar la cuantía del daño y que las indemnizaciones tarifadas no son suficientes para reparar el daño material sufrido. Esto por lo que se refiere tan sólo al daño material consistente en la disminución de la capacidad productiva de la víctima con ocasión del evento dañoso, ya que la cuantía del daño moral no es objeto de demostración, sino que su estimación se debe hacer por el juez de acuerdo con la equidad.

Como se desprende del propio artículo 129, tantas veces citado, para que surjan las acciones en él contempladas y que permiten obtener las indemnizaciones antes aludidas, se requiere la presencia de la culpa del empleador que la propia norma legal define como “una violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo”. Esto constituye una novedad, puesto que el artículo 33 de la Ley que se reforma requería la presencia de una culpa que pudiera ser calificada como grave o culpa lata, ya que el texto del artículo exigía que el empleador obrase “a sabiendas que los trabajadores corren peligro en el desempeño de sus funciones”, en tanto que la nueva norma no exige la presencia de tal extremo.

13. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Considero importante analizar los criterios sentados en sentencias emanadas de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia al resolver

controversias planteadas por reclamaciones de indemnizaciones derivadas de daños experimentados con ocasión de accidentes de trabajo o de enfermedades ocupacionales. Si bien, la totalidad de las acciones fueron intentadas con fundamento en las normas anteriores a la reforma de la LOPCYMAT, no obstante ello, resulta interesante su análisis, sobre todo, por el hecho que algunos de esos criterios aún se mantienen, pese a que algunas de las decisiones se han producido con posterioridad a la entrada en vigencia de la reforma.

Los criterios que se analizan se refieren en primer lugar a la fundamentación de la obligación de reparar el daño moral; al accidente de trayecto, a la responsabilidad del empleador fundamentada en la culpa, a la noción de culpa del empleador y, por último a la determinación de la indemnización del daño extrapatrimonial.

13.1 *EL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL FUNDAMENTADO EN LA IDEA DEL RIESGO: EL CASO FLEXILÓN*

El 17 de mayo de 2000, en el juicio intentado por José Francisco Tesorero contra Hilados Flexilón C.A. se produce una sentencia de gran importancia en materia de la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo, antes de que se hubiese producido la reforma de la LOPCYMAT. Sostuvo la Sala en dicha oportunidad:

Ahora bien, con relación a la indemnización por daño moral proveniente de un infortunio laboral, la Sala de Casación Civil mantuvo el criterio de que esta indemnización le correspondería al trabajador siempre que probara que el accidente o enfermedad profesional fue ocasionado por el hecho ilícito del patrón (responsabilidad subjetiva), por cuanto dicha acción por daño moral no está prevista en la Ley Orgánica del Trabajo, la cual prevé sólo una responsabilidad objetiva producto del riesgo profesional, para indemnizar los daños materiales, expresamente tarifados en dicha Ley.

Penetrada esta Sala de serias dudas, sobre el alcance que la jurisprudencia de este Alto Tribunal le ha dado a la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo profesional, en cuanto a la procedencia de la indemnización por daño moral, pasa a realizar las siguientes consideraciones: (*omissis*).

De las precedentes transcripciones se evidencia, que en materia de infortunios de trabajo (accidentes o enfermedades profesionales) se aplica la teoría de la “responsabilidad objetiva”, también llamada del riesgo profesional, la cual hace proceder a favor del trabajador accidentado el pago de indemnizaciones por daños, independientemente de la culpa o negligencia del patrono.

Ahora bien, el legislador previó expresamente en virtud del riesgo profesional que asume el patrono, una responsabilidad objetiva por daños provenientes de accidente o enfermedad profesional del trabajador, estipulada en la Ley Orgánica del Trabajo, por lo que corresponde a esta Sala establecer el alcance de dicha responsabilidad objetiva sobre la indemnización, tanto de los daños materiales como de los daños morales, sufridos por un trabajador accidentado (énfasis añadido).

(...) De lo anteriormente expuesto, se evidencia que la teoría de la responsabilidad objetiva nace del supuesto de que el daño causado por un objeto debe ser reparado por su propietario, no porque el dueño haya incurrido en culpa, sino porque su cosa, su maquinaria ha creado un riesgo sobre el cual debe responder, indemnizando al trabajador tanto por el daño material como por daño moral.

Lo expuesto en el párrafo anterior, es conocido en nuestra doctrina como la responsabilidad objetiva por guarda de cosas, estipulada en el artículo 1.193 del vigente Código Civil, el cual dispone:

Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor.

Sobre la mencionada responsabilidad objetiva por guarda de cosas, la doctrina patria especializada en la materia, señala:

El Código Napoleón en su artículo 1.384, primer inciso, disponía que una persona era responsable por hecho propio,

por el hecho de las personas de que debe responder y por las cosas que estén bajo su guarda.

Con la invención de la máquina de vapor, el auge del maquinismo y los primeros atisbos de la revolución industrial, comienzan a suceder con bastante frecuencia accidentes productores de numerosas víctimas.

(...) A fin de eliminar estos inconvenientes se ensayaron varios intentos de soluciones a saber: (...) c) Se pretendió crear una especie de obligación de seguridad a cargo del patrono, en virtud de la cual, y fundamentándose en cláusulas tácitas del contrato de trabajo, se entendía que si un obrero sufría un daño con alguna de las máquinas integrantes de la instalación industrial, el patrono debía indemnizarlo porque estaba obligado a garantizar su seguridad.

(...) La redacción del Código Civil (Art. 1.193), no deja lugar a dudas que el responsable es la persona que tiene una cosa bajo su guarda.

(...) La doctrina ha reconocido al igual que la jurisprudencia la existencia de una presunción de culpa ***juris et de jure, absoluta e irrefragable***. Esta presunción cae sobre una culpa in vigilando, la cual se supone absolutamente en la persona del guardián de una cosa cuando ésta causa un daño. (...) Es decir, no se le permitirá al guardián demostrar la ausencia de culpa, no se le aceptará demostrar que ejerció correctamente sus poderes de vigilancia y de control sobre la cosa o que fue diligente en el cumplimiento de sus deberes. Para exonerarse, el guardián sólo puede demostrar que el daño se debió a una causa extraña no imputable (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima).

El guardián responde porque él introduce un riesgo en el seno de la sociedad al usar la cosa y como obtiene un provecho o beneficio de esa cosa, como contrapartida debe soportar el riesgo que esa cosa produzca, de modo que repara el daño causado por la cosa sin que sea necesario que incurra en culpa alguna. (Máduro Luyando, Eloy: *Curso de Obligaciones*, Décima Edi-

ción, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997, pp. 662 a la 703, destacado en el original).

Y más adelante concluye:

Nuestra ley especial en la materia, como se señaló *supra*, acogió esta teoría del riesgo profesional aplicable en materia de accidentes o enfermedades profesionales, la cual encontramos en la vigente Ley Orgánica del Trabajo, Título VIII, en el capítulo “De los Infortunios Laborales”, artículos 560 y siguientes, con la particularidad de tarifar la indemnización pagadera al trabajador por daño material en la medida de la incapacidad producida por el accidente o enfermedad profesional.

Mientras que el daño moral, por cuanto no puede ser realmente cuantificable, ni mucho menos tarifado por la Ley, queda a la libre estimación del Juez sentenciador. Así se declara.³⁶

La sentencia en cuestión, rompiendo con el criterio sostenido pacíficamente por la casación, fundamentó la obligación de reparar el daño moral experimentado por la víctima de un accidente de trabajo en la llamada responsabilidad civil objetiva, pero al mismo tiempo sostuvo que “*el legislador previó expresamente en virtud del riesgo profesional que asume el patrono, una responsabilidad objetiva por daños provenientes de accidente o enfermedad profesional del trabajador, establecida en la Ley Orgánica del Trabajo*” (repetimos el texto de la sentencia que destacáramos en cursiva, ya que este postulado resulta sumamente importante).

Acoge la sentencia el criterio de que la obligación de reparar el daño sufrido por el trabajador, no requiere de la demostración de la existencia de la culpa del patrono y que tal criterio se encuentra consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo.

Cómo lo hicéramos notar antes (Nº 6 *ut supra*) son diversas las fuentes legales que regulan la responsabilidad que se deriva de los accidentes de trabajo. La sentencia en cuestión incurre en el error de aplicar las reglas de la responsabilidad contractual, reguladas en la LOT, a la

³⁶ El texto íntegro de la sentencia puede verse en la página web del Tribunal Supremo de Justicia: www.tsj.gov.ve

responsabilidad derivada del hecho ilícito, previstas en el artículo 1.196 del Código Civil. Es decir, combina dos fuentes contrariando el principio de la inescindibilidad de la norma laboral consagrado en el artículo 59 de la LOT y en el 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En la sentencia comentada se pretende aplicar a la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito que es la que da derecho a la reparación del daño moral y que es regulada por el derecho civil, las reglas de la responsabilidad civil contractual previstas en la LOT cuando señala: “el legislador previó expresamente en virtud del riesgo profesional que asume el patrono, una responsabilidad objetiva por daños provenientes de accidente o enfermedad profesional del trabajador, estipulada en la Ley Orgánica del Trabajo”.

Efectivamente el legislador tomó esta previsión de que asumiera el empleador los riesgos y estableció la presunción de responsabilidad del patrono, más que de culpa, por los daños que sufriera el trabajador derivados de un accidente de trabajo, pero limitó sus efectos al tarifar la indemnización, mientras que en el caso de la responsabilidad civil extracontractual que concurre con la anterior y que se deriva del incumplimiento de la obligación general de no hacer daño a otro y no de la obligación contractual de garantizar la seguridad del trabajador, el legislador (el Código Civil) no contempló esa presunción de culpa, sino que la acción derivada del hecho ilícito hace recaer sobre la víctima (el trabajador) la carga de probar la existencia de los elementos de la responsabilidad civil a cambio de la ventaja de no ver limitada la indemnización. Con base en lo anterior se debe concluir que mal puede aplicarse la presunción de responsabilidad del empleador que contempla la LOT en caso de incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad del trabajador a la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito que se encuentra regulada por el Código Civil.

En la propia sentencia se puede observar una flagrante contradicción cuando señala:

Por otro lado, si el trabajador también demanda la indemnización de daños materiales por hecho ilícito del patrón causante del accidente o enfermedad profesional, el sentenciador para decidir la procedencia de dichas pretensiones, deberá aplicar la normativa del derecho común.

Es decir, el trabajador que demande la indemnización de daños materiales superiores a los establecidos en las leyes especiales, deberá probar de conformidad con el artículo 1.354 del Código Civil, los extremos que conforman el hecho ilícito que le imputa al patrón, criterio éste, mantenido por la Sala de Casación Civil, ratificado hoy por esta Sala de Casación Social, (... , destacado en el original).

De la cita anterior se desprende que la Sala, acoge el criterio de que el trabajador que pretende obtener una indemnización superior a las contempladas en la LOT y la LOPCYMAT (responsabilidades contractuales) y solicita la indemnización fundamentada en el hecho ilícito del empleador (Responsabilidad extracontractual) deberá, conforme a la normativa del derecho común que la Sala estima aplicable, demostrar los extremos del hecho ilícito (culpa, daño y relación de causalidad). No obstante, en la misma sentencia, se pretende aplicar la presunción de responsabilidad que previó la LOT, para que se genere la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación contractual de garantizar la seguridad del trabajador que recae sobre el empleador, para otorgar la indemnización por daño moral, con fundamento en el hecho ilícito del empleador, fundamento de la obligación de reparar el daño material.

De lo antes señalado se deduce que la sentencia no resulta congruente cuando exige la demostración de los extremos de la responsabilidad extracontractual, derivada del hecho ilícito para el daño material, y luego aplica la presunción prevista en el artículo 560 de la LOT prevista para la responsabilidad contractual, para otorgar la indemnización por daño moral. Teniendo el daño moral la misma fuente que el daño material extracontractual, mal puede aplicarse a la obligación de reparar tales daños, reglas diferentes, como lo hace la sentencia comentada:

En resumen, el trabajador que sufra un accidente de trabajo o enfermedad profesional, deberá demandar las indemnizaciones que le correspondan por ante los Tribunales de trabajo, ya sea tanto por la responsabilidad objetiva prevista en la Ley Orgánica del Trabajo por **daños materiales tarificados** y **daño moral**, como por la indemnización establecida en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, así como también, si logra probar los extremos que conforman el hecho ilícito, la indemnización material que

superá las indemnizaciones antes mencionadas (subrayado en el original).

En este último párrafo citado (texto destacado en cursivas y negrillas), se observa una afirmación que, en mi criterio, podría constituir un falso supuesto, pues se afirma que el daño moral ha sido previsto en la LOT.

Igualmente resulta claro que para obtener la reparación de los daños materiales que se derivan del hecho ilícito, el trabajador debe probar los extremos que conforman el hecho ilícito, en tanto que está eximido de ello para el daño moral.³⁷

Otros dos aspectos se deben resaltar en la sentencia: la alusión a la responsabilidad derivada de la guarda de la cosa, y la repetitiva fundamentación de la responsabilidad del empleador en la asunción del riesgo y no en su culpa, lo que dio pie a la formulación de la teoría de la responsabilidad civil objetiva. Al respecto cabe señalar, que la doctrina moderna ha venido objetando la teoría del riesgo con base en el siguiente razonamiento: el deudor se puede exonerar de responsabilidad demostrando que el daño se debió a una causa extraña no imputable, ahora bien, si la responsabilidad se derivara de la sola asunción del riesgo, ello implicaría que no se podría, en ningún caso, eximir de responsabilidad, ya que por el solo hecho de realizar una actividad riesgosa se estará sometido a las consecuencias que ello conlleva (que un daño se produzca con la actividad), de allí que siempre surgirá la obligación de reparar. Para el momento en que se produce la sentencia, la propia LOT en el artículo 563, había previsto situaciones que exoneran de responsabilidad al empleador de las consecuencias de un accidente de trabajo. Por ello la doctrina moderna prefiere volver a fundamentar la responsabilidad del guardián, y, la del patrono, en una presunción absoluta de culpa o, como prefiere señalar Mélich Orsini, en una presunción de responsabilidad.

Es de hacer notar que con anterioridad, en la sentencia 116 del 17 de mayo de 2000, la propia Sala Social había requerido de la culpa del empleador

³⁷ Vale la pena recordar el texto del artículo 1.196 del Código Civil que consagra la posibilidad de reparación del daño moral causado por un hecho ilícito: “la Obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito”. De ello se infiere que para la reparación del daño moral no pueden regir unas reglas diferentes que para la reparación del daño material.

para que procediera la indemnización por daño material fundada en el artículo 1.185 del Código Civil. Así se pronunció la Sala en esa ocasión:

Es decir, **el trabajador que demande la indemnización de daños materiales superiores a los establecidos en las leyes especiales, deberá probar de conformidad con el artículo 1.354 del Código Civil, los extremos que conforman el hecho ilícito que le imputa al patrón**, criterio éste, mantenido por la Sala de Casación Social, el cual a continuación se transcribe:

Es criterio de esta Sala que de acuerdo a la acción intentada por el Trabajador con base en los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, el Tribunal Superior ajustó su decisión a los extremos que exige el Código Civil en materia de hecho ilícito demandado conforme a esas normas, por lo que correspondía a la parte actora demostrar en la secuela del juicio si el accidente se produjo por intención, negligencia o imprudencia de la empleadora, extremos que configuran el hecho ilícito que da lugar a la acción por daños y perjuicios morales o materiales, a tenor de los citados artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, considera esta Corte que el Juzgado Superior sí le dio correcta aplicación. (Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 3 de junio de 1987, en el caso: *Isidro Arias Suárez contra Manufacturas Orgam, C.A.*). (Destacado de la Sala).

El criterio anterior ha sido acogido en otras sentencias de la propia Sala Social que se han producido, aun con posterioridad a la reforma de la LOPCYMAT; así tenemos, por ejemplo, las siguientes: la sentencia del 1º de marzo de 2006 (Ligia Margarita Gutiérrez Flores, contra la sociedad mercantil Arrendadora de Servicios Refrigerados, C.A.); la del 4 de mayo de 2006 (Jhoan Francisco Parra Palacios, contra Industria Azucarera Santa Clara, C.A.); y por último, la del 14 de marzo de 2003, (Edhyel Ramón Montañés Piña contra Farmacia Larense S. A.), en la cual la Sala Social sostuvo:

A los fines de determinar la procedencia o no de los montos reclamados, la Sala ha establecido como doctrina que el trabajador que sufra un accidente o enfermedad profesional, deberá demandar las indemnizaciones que le correspondan ante los

tribunales del trabajo, bien por la responsabilidad objetiva prevista en la Ley Orgánica del Trabajo, **por daños materiales tarificados y daño moral**, como por la indemnización establecida en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, así como también, si logra probar los extremos que conforman el hecho ilícito, la indemnización material que supera las indemnizaciones antes mencionadas.

Nótese que en el texto de la sentencia se recoge el criterio de la sentencia Flexilón para acordar la reparación por daño moral, en tanto que, por lo que respecta a la reclamación por el daño material derivado del hecho ilícito del empleador (lucro cesante), la misma sentencia exige la demostración de la culpa de éste cuando sostiene:

En cuanto al reclamo por lucro cesante, la Sala ratifica su doctrina en el sentido de que es improcedente cuando, quien pretenda ser indemnizado, no ha demostrado que el daño ha sido producto o consecuencia de la conducta imprudente, negligente, inobservante o imperita (hecho ilícito) del patrono; lo cual, como se ha indicado, ocurre en el caso de autos.

13.2 EL ACCIDENTE DE TRAYECTO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

El 6 de mayo de 2004, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 396, publicada en fecha 13 de mayo de 2004, en el juicio incoado por Maribel Ricaurte Zuleta contra C.A. Cervecería Regional, adelantándose a lo establecido en el numeral 3 del artículo 69 de la LOPCYMAT, amplió sensiblemente la noción de accidente de trabajo al acoger la tesis de que el accidente sufrido por un trabajador en el trayecto que lo lleva de su residencia al centro de trabajo, es igualmente un accidente de trabajo. La Sala, para asumir tal criterio, argumentó de la siguiente manera:

(...) Es pertinente entonces determinar si el accidente sufrido por la trabajadora lo fue “con ocasión del trabajo”, y al respecto debe considerarse que el accidente de trabajo no se produce únicamente mientras se efectúan las labores propias del trabajo, sino también cuando el trabajo es la concausa, es decir, cuando sin la ocurrencia de la prestación de servicio el accidente no se hubiere producido.

En este sentido es pertinente señalar que se puede considerar como accidente de trabajo aquel que se produce en el trayecto de la residencia del trabajador a su sitio de labores y en el trayecto de regreso, antes y después de que haya comenzado la jornada de trabajo e independientemente de que se encontrara a disposición del patrono. Ello es lo que la doctrina ha denominado el accidente *in itinere*, accidente en el trayecto (...).

Como quiera que este tipo de accidentes se produce sin que el trabajador se encuentre bajo el control directo del empleador, la Sala exigió que:

- (...) a) Que el recorrido habitual no haya sido interrumpido, es decir, haya concordancia cronológica; y
- b) Que el recorrido habitual no haya sido alterado por motivos particulares, o sea, que exista “concordancia topográfica” (...).

Estos requisitos los encontramos en la norma contenida en el numeral 3 del artículo 69, antes citado, con lo cual la Sala se adelantó a la entrada en vigencia de la Ley.

El accidente de trayecto requiere de un comentario adicional. Existe preocupación general en el sentido de que, al considerar al accidente de trayecto como un accidente de trabajo, ello pueda dar lugar a una reclamación en contra del patrono, para lograr una indemnización adicional para reparar el daño moral, y otros daños materiales experimentados por la víctima con ocasión del accidente de trayecto. Al respecto, cabe tener siempre presente, que el hecho de que se produzca un accidente de trabajo, cuya reparación está a cargo del Sistema de Seguridad Social, y en el futuro, del Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, no implica necesariamente, que surja la responsabilidad personal del patrono o empleador, a no ser que se demuestre la existencia de la culpa del patrono. Ello no sería posible cuando el patrono no tiene ningún tipo de control sobre el medio de transporte utilizado por el trabajador para ir de su habitación hasta el trabajo. Sólo cuando el patrono suministra el transporte puede ver comprometida su propia responsabilidad si el accidente de trayecto se produce por su negligencia o imprudencia. Esto nos hace pensar en que sería contrario a la equidad, atribuirle al empleador la obligación de reparar el daño moral sufrido por la víctima de un accidente de trayecto, cuando el patrono no intervino en la elección y contratación del medio de transporte, aplicando la tesis sostenida en las decisiones jurisprudenciales comentadas en el punto ante-

rior, en el sentido de que la obligación de reparar el daño moral no requiere de la presencia de la culpa del patrono.

13.3 *LA OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO MATERIAL Y MORAL FUNDAMENTADAS EN LA CULPA DEL EMPLEADOR*

Son varias las sentencias que a partir del año 2004 ha pronunciado la Sala, de manera reiterada, de las cuales se desprende que se vuelve al criterio de que para que surja la obligación de indemnizar al trabajador por los daños y perjuicios ocasionados por una enfermedad profesional, con fundamento en las acciones establecidas por el Código Civil, se requiere la demostración de que la enfermedad se causó por un hecho del patrono que constituye culpa.

En primer lugar, tenemos la sentencia del 4 de mayo de 2004 que decide el recurso de casación en el juicio intentado por José Vicente Bastidas Lizcano, contra Molinos Nacionales, C.A. (MONACA). La Sala declaró sin lugar la demanda por cuanto consideró que no se logró demostrar que la enfermedad sufrida por el demandante pudiese ser considerada como una enfermedad profesional, no obstante, al analizar el defecto de inmotivación de la recurrida, la Sala hace la siguiente consideración:

En cuanto al lucro cesante, resulta necesario señalar, que para que el mismo sea procedente deben cubrirse los extremos del hecho ilícito, es decir, para que la indemnización por lucro cesante sea estimada, deben necesariamente cubrirse los extremos del hecho ilícito invocado, o sea, el daño, la relación de causalidad y la culpabilidad del supuesto causante del hecho, así lo ha señalado la doctrina de la Sala, tal como lo expresa la sentencia anteriormente citada, cuando textualmente señala que “...Respecto a la procedencia de la indemnización por daño moral y lucro cesante, corresponde a la actora probar el hecho ilícito, la existencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño causado”.

A su entender, quien pretenda ser indemnizado por concepto de lucro cesante, debe: demostrar que la existencia de una enfermedad o accidente (el daño) sea consecuencia de la conducta imprudente, negligente, inobservante, imperita del patrono (hecho ilícito), es decir, que además de demostrar el daño sufrido y el hecho ilícito generador, debe comprobar que la primera es producto de un efecto consecuencial de la otra.

En este orden de ideas, no puede el Juez de manera objetiva, como sí lo puede efectuar de manera equitativa en cuanto al daño moral, estimar la indemnización por lucro cesante.

El 15 de octubre de 2004 la Sala Social dicta sentencia en el juicio intentado por Ricardo Alí Pinto Gil, contra la sociedad mercantil Coca-Cola Femsa de Venezuela, S.A., con el fin de obtener una indemnización por causa de la enfermedad profesional (ocupacional de acuerdo con la nueva LOPCYMAT). La enfermedad que aquejaba al demandante consistía en hernias discales, cuya existencia había sido probada. La sentencia resulta igualmente interesante desde el punto de vista procesal, por cuanto resuelve el punto del alcance relativo de la confesión ficta, ante la inasistencia del demandado a una de las prolongaciones de la audiencia preliminar.

El demandante solicita que se le indemnice, tanto por los daños materiales como morales que se derivan de la existencia de dicha enfermedad y fundamenta su petición tanto en el numeral primero del parágrafo segundo del artículo 33 de la LOPCYMAT (antes de la reforma) como en los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil.

La Sala, al declarar con lugar el recurso y sin lugar la demanda, fundamenta su decisión en la siguiente forma:

Pues bien, adminiculadas las pruebas anteriormente mencionadas y recayendo en el demandado la carga de desvirtuar (por efecto de la presunción de admisión de los hechos alegados en la demanda originada por su incomparecencia a la séptima prolongación de la audiencia preliminar) que el padecimiento que dice sufrir el trabajador es producto del trabajo por él desempeñado, esta Sala constata que el demandado no logró desvirtuar la existencia del estado patológico que dijo sufrir el trabajador “hernia discal”, pues como consta en autos la existencia de la discopatía fue reconocida por la empresa accionada, en virtud de que cubrió los gastos quirúrgicos para su tratamiento. Empero, la empresa demandada sí logró desvirtuar, que la aparición (posterior a la operación), de una “afección inflamatoria levemente degenerativa radicular del segmento L5 del lado derecho” (hernia discal), se debió a un hecho ilícito patronal como generador de la enfermedad (responsabilidad subjetiva), pues consta en autos que el patrono le permitió al trabajador laborar ,después de la intervención qui-

rúrgica, en condiciones adecuadas y seguras, advirtiéndole los posibles riesgos o daños que podría originarse, en fin, el patrono fue diligente y observante en sus funciones, no cumpliéndose entonces los presupuestos del hecho ilícito patronal.

Por consiguiente, esta Sala concluye que aun y cuando quedó demostrado en autos la existencia del estado patológico, es decir, la existencia de la “hernia discal”, sin embargo, el demandado **logró desvirtuar que la enfermedad se debió al hecho ilícito patronal, por lo que en consecuencia es imperioso declarar sin lugar la demanda de indemnización por enfermedad profesional y daño moral.**

Como se desprende del texto de las dos sentencias señaladas, la Sala exige para la procedencia de la indemnización por daños materiales y morales fundamentada en el hecho ilícito del patrono, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.185 del Código Civil (el que con intención, o por negligencia, o por imprudencia...) se demuestre la presencia de la culpa en el autor del daño para que sea procedente la obligación de indemnizar el daño material y el moral (Art. 1.196).

Las sentencias en cuestión, de acuerdo con nuestro criterio, se ajustan a lo establecido en el actual artículo 69 de la LOPCYMAT.

En igual sentido se pronuncia la Sala el 22 de febrero de 2005, al resolver el recurso de casación en el juicio intentado por Onésimo García Gamboa, contra la empresa mercantil Gtme de Venezuela, S.A., cuando habiendo aludido al criterio sostenido en sentencia del 17 de mayo de 2000 se pronuncia de la siguiente manera:

De manera que, verificado como ha sido por la Sala, que en efecto, tal como lo estableció la Superioridad, el actor no logró demostrar que la enfermedad que padece es consecuencia del servicio que prestó en la empresa, ni menos aun logró probar algunos de los supuestos de culpabilidad de la demandada, forzoso es para la Sala, confirmar la decisión recurrida por considerar que la misma está ajustada a derecho.

13.4 LA NOCIÓN DE CULPA

La Sala Social en reciente sentencia del 8 de junio de 2006, (Nelida Infante Tovar viuda de Aranguren y otros contra Refinadora de Maíz Venezo-

lana, C.A. (Remavencia) y Ratio, C.A.), analiza la culpa del empleador en la producción de un accidente de trabajo en la siguiente forma:

Es decir, que la empresa RATIO, C.A. no tomó en consideración el carácter tuitivo que informa la legislación sobre seguridad e higiene en el medio ambiente de trabajo, donde el empleador tiene el deber de vigilancia y control sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad industrial, independientemente de los deberes de colaboración y observancia que tiene el trabajador respecto de tales previsiones. Esto permite establecer que el patrono, conociendo los riesgos a que estaba expuesto el trabajador por la naturaleza de sus funciones, no supervisó adecuadamente el cumplimiento de las medidas de seguridad ni del uso por parte de los trabajadores de los implementos de seguridad, violando negligentemente las disposiciones de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, haciendo procedentes las indemnizaciones tarifadas en el artículo 33, Parágrafo Primero, de dicha Ley, ya que la muerte del trabajador se produce en un accidente de trabajo derivado de la inobservancia de la normativa legal señalada, y así se declara.

Con base en lo anterior podemos concluir que la culpa del empleador puede consistir, normalmente en estos casos, en la inobservancia por parte de éste de las normas de higiene y seguridad en el trabajo.,

No obstante lo anterior, hay que tener presente que además de la existencia de la culpa y del daño, se requiere la existencia de una relación de causa a efecto entre el daño y la culpa del patrono, pues aún existiendo culpa no surgirá para el empleador la obligación de indemnizar el daño si éste logra demostrar que el daño ha sido producto no de su conducta culposa, sino de una causa extraña no imputable a él, como por ejemplo, a la culpa de la propia víctima, o a la de un tercero.

13.5 LA ESTIMACIÓN DEL DAÑO MORAL

Sólo los daños que afectan el patrimonio de las personas y su capacidad de producción, son susceptibles de ser reparados, es decir, de tasados en dinero, aquellos que lesionan la parte afectiva y, en general, los valores extrapatrimoniales no pueden ser evaluables en dinero. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado por la posibilidad

de otorgar a la víctima una indemnización pecuniaria como compensación por los sufrimientos que el hecho lesivo le ha producido.

Ante la imposibilidad de demostrar la cuantía del perjuicio, la doctrina y la jurisprudencia han considerado inevitable recurrir a la equidad para la valoración del mismo. “La equidad del juez aparece como la única alternativa y la vía de salida posible a la posibilidad de medir un bien que por sí mismo no es susceptible de valoración patrimonial. En realidad no existen *in rerum natura* criterios a los cuales puedan referirse los valores económicos de los derechos de la persona”.³⁸

Es este el criterio que ha seguido la casación venezolana y el que ha venido siguiendo la Sala Social; así, en Sentencia del 16-02-02 sostuvo:

Pertenece a la discreción y prudencia del Juez la calificación, extensión y cuantía de los daños morales. Igualmente se ha asentado que el Juez para fijar la cuantía de los daños morales debe tomar en cuenta el grado de educación y cultura del reclamante, su posición social y económica, así como la participación de la víctima en el accidente o acto ilícito que causó el daño.

Los criterios orientadores para la fijación del monto de la indemnización por el daño no patrimonial los desarrolla de manera más explícita en la sentencia pronunciada con Ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz, en el juicio intentado por Germina Sánchez de Uzcanga, Angus Uzcanga y Yenny Uzcanga, contra S.H. Fundiciones, C.A., hoy denominada C.A. Danaven, el 3 de noviembre de 2004:

el sentenciador que conoce de una acción por “daño moral” debe hacer un examen del caso en concreto, analizando los siguientes aspectos: a) la entidad (importancia) del daño, tanto físico como psíquico (la llamada escala de los sufrimientos morales); b) el grado de culpabilidad del accionado o su participación en el accidente o acto ilícito que causó el daño (según sea responsabilidad objetiva o subjetiva); c) la conducta de la víctima; d) grado de educación y cultura del reclamante; e) posición social y económica del reclamante; f) capacidad económica de la parte accionada; g) los posibles atenuantes a fa-

³⁸ Montuschi, Luigi. Citado por Piccini, Iolanda: art. cit. (*Sulla...*), p. 416.

vor del responsable; h) el tipo de retribución satisfactoria que necesitaría la víctima para ocupar una situación similar a la anterior al accidente o enfermedad; y, por último, i) referencias pecuniarias estimadas por el Juez para tasar la indemnización que considera equitativa y justa para el caso concreto.

En sentencia del 8 de junio de 2006, (Nélida Infante Tovar viuda de Aranguren y otros contra Refinadora de Maíz Venezolana, C.A. Remavenca y Ratio, C.A.), a la cual me referí al analizar la culpa del empleador, la Sala Social desarrolla los anteriores criterios de manera detallada y concreta, así:

- a) La entidad (importancia) del daño; es un hecho admitido en el juicio que la consecuencia del accidente de trabajo padecido por el ciudadano Aureliano Aranguren Nieves es la más grave que el infortunio pudo acarrear, la muerte del trabajador; hecho éste que acarreó un gran sentimiento de tristeza y frustración en su viuda, quién debió asumir un fallecimiento de su cónyuge además de intempestivo, accidental y temprano.
- b) El grado de culpabilidad del accionado o su participación en el accidente o acto ilícito que causó el daño (según sea responsabilidad objetiva o subjetiva). En cuanto a este parámetro, debe observarse que la empresa se comportó negligentemente en cuanto al mantenimiento de las condiciones de seguridad adecuadas para proteger la integridad física y la vida del trabajador.
- c) La conducta de la víctima. La víctima pudo haber actuado con más prudencia, utilizando los cinturones y arneses de seguridad.
- d) Grado de educación y cultura del reclamante. Se observa, que el trabajador fallecido se desempeñaba como un maestro de obras y con una experiencia de veinte años de trabajo en la empresa Ratio, C.A.
- e) Posición social y económica del reclamante. Se observa que el ciudadano Aureliano Aranguren Nieves era de condición económica modesta, siendo un indicio de ello que él, su esposa y cinco hijos mayores de edad habitaban en la misma vivienda, tal como se evidencia de la constancia de residencia que cursa en el expediente.

f) Capacidad económica de la parte accionada. Se observa, que la empresa demandada Ratio, C.A., aumentó en el año 1990 su capital a la cantidad de veinte millones de bolívares (Bs. 20.000.000,00), tal como se desprende de acta de asamblea debidamente registrada, que cursa en el expediente, sin embargo, eso ocurrió hace diecisésis años, lo que hace presumir que éste ha aumentado, aunado a que dicha empresa tiene como objeto social todo lo relativo a construcciones en general, así como la entidad y precio de realización de las obras que ejecuta, según se verifica por la magnitud de las que se encontraba haciendo para el momento de la ocurrencia del accidente de trabajo en virtud del cual se inició el presente juicio, por lo que puede establecerse mediante máximas de experiencia, que una empresa con esas características, y con ese objeto social, dispone de los activos suficientes para cubrir las indemnizaciones reclamadas.

g) Los posibles atenuantes a favor del responsable. Se observa que la empresa prestó asistencia económica a la ciudadana Nélida Infante Tovar, viuda del trabajador fallecido, durante el año siguiente a la ocurrencia del accidente.

h) Referencias pecuniarias estimadas por el Juez para tasar la indemnización que considera equitativa y justa para el caso concreto. Se puede establecer, en concordancia con lo establecido en nuestra legislación social, que la vida útil para el trabajo, en el caso del varón, se extiende hasta los sesenta (60) años de edad. En el caso de autos, el trabajador fallecido contaba con cuarenta y nueve (49) años de edad en el momento de su muerte, por lo que podría considerarse que tenía una esperanza de vida útil para el trabajo de once (11) años, la cual resultó frustrada por el accidente.

Una última sentencia nos llama la atención, la proferida por la Sala Social el 12 de abril de 2005 (Miriam Josefina Perozo Quiñones, actuando en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Ivanny José, Ivis Naith, Liz Nohemí y Melvin Daniel Giménez Perozo, contra Transporte Rosalio Castillo, C.A. y Rosalio Castillo Reyes). Un primer aspecto a ser tomado en cuenta: la Sala, a pesar de admitir la ausencia de culpa de los demandados ("Es cierto que no hubo intención dolosa, ni culposa por parte del patrono en la producción del accidente, se reitera

que se trató de un lamentable accidente profesional...”) no obstante acuerda la indemnización por daño moral apartándose del criterio contenido en las sentencias que comentamos en el punto anterior.

En segundo lugar encontramos una confusión en cuanto al concepto mismo de daño moral y la forma de determinar su reparación.

La confusión se inicia con el propio recurrente –se trata de un recurso de control de legalidad– quien insiste

que el Tribunal *ad quem* debió acordar una cantidad, por indemnización, que asegure a sus menores hijos el porvenir, pues el monto estimado no cubre ni siquiera una pequeña parte de los gastos de su futuro, tomando en consideración “que han sufrido un daño moral, en el sentido que han perdido un valor que no tiene precio, como es el sostén de casa, el afecto paternal de los menores hijos y el sostén de por vida de esos menores”.

El recurrente solicita una indemnización que cubra la pérdida experimentada por los hijos del trabajador, víctima del accidente, (daño patrimonial por haber privado a los menores de la vida de quien tenía a su cargo el deber de alimentarlos) tomando en consideración de que han perdido el sostén de la casa (daño patrimonial) y el afecto del padre (daño moral). De lo anterior se desprende una confusión entre los conceptos de daño material y daño extrapatrimonial o moral, pues la pérdida del afecto del padre ni aumenta ni disminuye el daño que significa haber perdido a quien proveía de las necesidades a tales menores.

Al acordar la indemnización la Sala determina que la misma consistirá en el pago de un salario urbano mínimo mensual hasta que el menor de los hijos cumpla 18 años, la cual se empleará exclusivamente en la alimentación y educación de los menores. Este aspecto merece dos comentarios: el primero es que tasar el daño moral sobre la base de una cantidad que se destinará a la educación y alimentación de los hijos, implica que se ha tomado como parámetro para medir un daño que lesiona la parte afectiva (pérdida de un ser querido) de los hijos de la víctima del accidente la pérdida sufrida por éstos, consistente en el sustento que el padre les proveía (perjuicio material). De ello podría inferirse la existencia de una confusión del daño moral con el patrimonial. El segundo comentario tiene que ver con la extensión de la reparación, pues no parece equitativo que el menor de los hijos disfrute, en un determinado momento de una indemni-

zación superior a la de sus hermanos, siendo él, por su corta edad, quien suponemos haya sido menos afectado que su hermano mayor (ignoramos su edad, pero pensamos que para el momento de la muerte debería tener, al menos 4 años más) quien pudiera estar más consciente de la pérdida afectiva experimentada.

CONCLUSIÓN

La seguridad de la persona del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo debe constituir una tarea de primer orden no sólo para los órganos del Estado encargados de aplicar la ley especial (LOPCYMAT), sino también para los empleadores, los trabajadores y la propia sociedad civil. Se trata pues de crear una “cultura de la seguridad” que penetre todos los estratos de la sociedad con la convicción de la necesidad de prevenir los riesgos laborales en aras de minimizar las pérdidas de vidas, de salud y económicas que ellos conllevan.

No hay duda que la LOPCYMAT debe constituir un instrumento eficaz para el logro de una mayor seguridad en la ejecución del trabajo y en el propio ambiente en el que éste se desarrolla, sin embargo, destaca ella más por su carácter punitivo que por la intención de crear esa necesaria cultura de la seguridad en el trabajo.

En lo que corresponde al tema desarrollado, creemos que la LOPCYMAT constituye un avance en la determinación de las fuentes por las cuales se va a regir la reparación de los daños que se derivan de un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional, en beneficio de la unificación de los criterios jurisprudenciales en aras de garantizar una mayor seguridad jurídica.

La proliferación de demandas en las cuales se reclama una indemnización por el daño moral sufrido, constituye una muestra de lo que la doctrina ha llamado la “excesiva patrimonialización de los derechos de la persona”, en la cual algunos ven la extensión de la tutela al trabajador, otros la perciben como un reconocimiento de las limitaciones de la Ley a esa tutela debida y, en fin, hay quienes incluso ven en ella una manifestación del modelo consumista de satisfacción de las necesidades a través del mercado”.³⁹

³⁹ Piccini, Iolanda: art. cit. (*Sulla...*), p. 422.

De allí que los jueces deberán dar muestra de prudencia, de manera que las indemnizaciones que acuerden se adapten al principio de que el daño en ningún caso puede constituir una fuente de lucro.

En suma, todo esto tiene que ver con la personalización del trabajo, es decir, el reconocimiento del papel que juega en el contrato de trabajo la persona misma del trabajador, quien se involucra con su cuerpo y con su espíritu en la prestación de los servicios que le han sido contratados. El derecho del trabajo nace a partir del momento en el que se reconoce la existencia de valores no patrimoniales en el contrato de trabajo, más allá del simple intercambio de prestaciones y se deja de percibir al trabajador como a un contratante ordinario.

La constitucionalidad del pago de pasivos laborales a los trabajadores de la administración pública nacional a través de títulos valores emitidos por la República en Venezuela

Betty LAU AGÜERO*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Origen, evolución y régimen actual de las prestaciones sociales por antigüedad en Venezuela.**
- 2. Responsabilidad del Estado como patrono de realizar el pago de los pasivos laborales a los empleados de la administración pública nacional.**

*Universidad Católica Andrés Bello. Abogada. Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho del Trabajo. Ministerio del Trabajo. Dirección General Sectorial del Trabajo Asistente de Asuntos Legales II. Abogado II. BBVA Banco Provincial. Ha ejercido su profesión en diversos cargos dentro de la organización. A mis amadísimos padres y hermanos con profundo amor les dedico este logro.

- 3. Política monetaria del Estado venezolano para la emisión de títulos valores de renta fija.**
- 4. Orden público general vs orden público social.**
- 5. Consecuencias económicas y sociales derivadas del pago de pasivos laborales, a través de títulos valores públicos de renta fija.**

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende hacer un análisis de la normativa constitucional y legal, que regula el régimen de prestaciones sociales de antigüedad en Venezuela, dentro de un contexto económico y social en donde el Estado posee un papel preponderante, como garante de los derechos sociales de los trabajadores y, a su vez, como responsable de las políticas económicas de la Nación, y por otra parte en su condición de empleador dentro de la llamada Administración Pública Nacional.

Para el análisis del contexto, político económico y social se pretende realizar una breve síntesis de la evolución histórica del régimen de Prestaciones de Antigüedad para poder comprender las necesidades que llevo a los actores sociales de nuestro país a realizar el planteamiento de la Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo; reforma a partir de la cual se modificó el régimen establecido para el cálculo y medio de pago de la llamada “Indemnización de Antigüedad”, estableciéndose un lapso no mayor de cinco (5) años contados a partir de la entrada en vigencia de la reforma, para que el patrono realice el pago efectivo de las prestaciones sociales acumuladas bajo el anterior régimen, más lo intereses que ello pudiera generar, prestaciones que llamaron “Pasivos Laborales”.

Específicamente se estudiará la posición del Estado en su condición de patrono frente a tal obligación y, en especial, se analizarán los medios de pago determinados por éste para poder honrar tal obligación dentro del lapso establecido por el legislador.

Entender y poder precisar en qué medida se da cumplimiento a esta obligación patronal del Estado, habiendo escogido como medio de pago a instrumentos financieros como los Bonos de la Deuda Pública Nacional, es también un cometido del presente trabajo.

De esta forma, dentro del desarrollo de la presente investigación se estudiará más detalladamente la figura de los títulos valores de renta

fija y, en especial, los títulos públicos, analizando el contexto en el cual se emiten, la posición del Estado, representado principalmente por el Banco Central de Venezuela para garantizar un armonioso equilibrio fiscal y monetario, que permita realizar tales pagos sin afectar otros sectores de nuestra Nación.

Siendo imperioso para el presente análisis, detenerse en el estudio del orden público, en virtud de la colisión de normas constitucionales que obligan al Estado, por una parte, al resguardo del orden público general, y, a su vez, al resguardo del llamado orden público laboral o social. En este sentido, se tratará de comprender frente a esta situación, cuál es la mejor posición jurídica y fáctica que puede y debe asumir el Estado ante esta situación.

Finalmente, la avidez de criterios que confluyen cuando el análisis hace cuestionar la posición del Estado frente a dos o más preceptos constitucionales que debe garantizar, hace obligatoria la necesidad de estudiar las consecuencias que podrían acarrear para el país el no cumplimiento de una u otra obligación. Mientras que por parte del empleado público, se pretende analizar hasta qué punto estos instrumentos financieros dan cumplimiento a la obligación patronal resguardada a partir del texto constitucional como un derecho adquirido e irrenunciable para nuestros trabajadores.

Todos los objetivos propuestos en la presente investigación se desarrollarán a lo largo de cuatro capítulos que, de manera organizada y sistemática, intentan explicar dentro del marco constitucional el alcance y la medida de cumplimiento de la obligación del Estado de realizar el pago de los pasivos laborales a sus empleados públicos y la idoneidad de sus instrumentos utilizados como medio de pago.

1. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y RÉGIMEN ACTUAL DE LAS PRESTACIONES SOCIALES POR ANTIGÜEDAD EN VENEZUELA

Para poder abordar en qué medida es constitucional el pago de las prestaciones sociales por antigüedad realizado por el Estado, específicamente en el caso de los llamados “Pasivos Laborales” por medio de instrumentos financieros de renta fija, resulta imprescindible hacer una síntesis referente al origen e historia de las prestaciones sociales en Venezuela y la percepción dentro del contexto latinoamericano que en tal materia han tratado de regular los distintos marcos normativos laborales.

Desde hace ya varias décadas y hasta el presente, la institución de las llamadas prestaciones sociales por antigüedad en Venezuela, ha sido objeto de varias reformas establecidas en la Ley del Trabajo, reformas vinculadas principalmente con la definición del término, la delimitación de su naturaleza, es decir, si reviste carácter salarial o no y el régimen aplicable para realizar el cálculo de las mismas. En el ámbito latinoamericano, encontramos países que consideran la institución como un beneficio social del trabajador cuya procedencia es independiente de la causa de terminación de la relación de trabajo, como podemos mencionar a países como Venezuela, Colombia y Perú, existe otro grupo de países que revisten la institución en un sentido indemnizatorio, vinculado a las causas de terminación de la relación de trabajo cuando son imputables al patrono, tal es el caso de México, República Dominicana y Argentina; y existe un último grupo que destacan el carácter previsional como es el caso de Chile, Brasil y Panamá, quienes les dan denominaciones distintas según el caso.

En Venezuela, aparece primeramente en la Ley del Trabajo de 1936, la figura de Indemnización de Antigüedad, siendo sólo una expectativa de derecho que ocurriría en caso de terminación de la relación de trabajo, siempre que fuera por despido u otra causa ajena a la voluntad del trabajador. En las reformas a la Ley del Trabajo en los años 1945 y 1947 se incluyó la posibilidad de efectuarse el pago de la indemnización de Antigüedad en caso de retiro justificado del trabajador y a su vez en 1947 se establece una nueva figura jurídica llamada Auxilio de Cesantía.¹

Luego, en la reforma de Ley del Trabajo en el año 1974 se dio un cambio a la concepción de carácter indemnizatorio que se había otorgado a la Antigüedad y al llamado Auxilio de Cesantía, estableciéndose ambos como derechos adquiridos de los trabajadores.²

¹ Véase: Guzmán, Rafael Alfonso: *Nueva Didáctica de Derecho del Trabajo*. 8^a Ed. Caracas, 1995, pp. 307, “procedía exclusivamente en la hipótesis de extinción de contratos por tiempo indeterminado, cuando el trabajador era despedido injustificadamente, o se retiraba justificadamente (artículo 39, L.T. reformada). Tenía, por tanto, más marcado que la antigüedad, el carácter indemnizatorio, es decir, de reparación de un acto o de una omisión del patrono realizado con culpa en sentido nato”.

² Véase: Paytubi, Ricardo. *Reflexiones en torno a un nuevo régimen de prestaciones sociales en Venezuela*. Jornadas Internacionales “Diálogo Social y Desarrollo”. Ediciones Ministerio del Trabajo. Caracas, 1998, pp. 367-373, las indemnizaciones por concepto de Antigüedad y de Auxilio de Cesantía quedaron consagradas a favor de todos los trabajadores como “derechos adquiridos” y, con ello, a los patronos se les impuso la obligación de pagar a sus dependientes, al término de sus respectivas relaciones de trabajo, los montos correspondientes a tales prestaciones, independientemente de la contratación por tiempo determinado o indeterminado que hubiera existido y de los motivos que las partes pudieran haber tenido por esa terminación.

En 1990, se promulgó la Ley Orgánica del Trabajo, en la cual se estableció una fusión de los dos conceptos manejados en las leyes anteriores respecto a la Antigüedad y Cesantía, estableciéndolos como una única “Indemnización por Antigüedad” ratificada como un derecho adquirido por los trabajadores, indistintamente de la causa que cualquiera de las partes haya tenido para dar origen a la terminación, determinando como base de cálculo el salario normal devengado durante el mes inmediato anterior a la terminación de la relación de trabajo , fijándose un equivalente a un mes de salario por cada año ininterrumpido de servicio o fracción superior a seis meses.

Sobre el salario, tomado como base de cálculo de tal indemnización por antigüedad, surgieron varias posturas al respecto, ya que dicho régimen sancionaba un recálculo de tales prestaciones ocasionadas durante todo el período de la relación de trabajo, en base al último salario devengado, régimen que muchos autores denominaron “retroactividad”. En torno al tema comenta el autor Villasmil Pietro, H. (1998) lo siguiente:

Entre tanto, el Ejecutivo Nacional y sobre todo los empleadores denunciaban que el régimen de “retroactividad” de las prestaciones sociales impedía una política salarial de ajustes más regulares, dado que todo aumento en el salario repercutía en el crecimiento de pasivos laborales (prestaciones sociales acumuladas) hasta niveles incalculables y a la larga infinanciables, lo que al menos respecto del sector público resultaba incontrovertible.³

En efecto, tal régimen de indemnización por antigüedad bajo el sistema de recálculo generó un efecto de desalarización de las remuneraciones, observándose el incremento desmesurado durante tal período de bonificaciones de carácter no salarial que para muchos desvirtuaban el salario real de los trabajadores. En tal sentido, encontramos la posición del Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), representado por el autor Allheimer, H. (1996), quien al respecto señaló:

Tenemos, en suma, un régimen de logros comprobados y potencial excelente, que exhibe, no obstante en su aplicación actual, distorsiones que comprometen la misma función a la que ese régimen sirve, que no es otra que la de proporcionar al trabaja-

³ Véase: Villasmil, Humberto: *De la Prestación de Antigüedad*. Jornadas Internacionales Diálogo Social y Tripartismo, Ediciones del Ministerio del Trabajo, Caracas, 1998, p. 145

dor una equilibrada relación de salario y ahorro que permita atender sus necesidades presentes y futuras, al mismo tiempo que estimular la actividad y el desarrollo económico nacional.⁴

De igual forma otros autores como Villasmil Briceño, F. (1998) opinan que: “*El problema es, pues, que vivimos en una economía inflacionaria y que el salario real de los trabajadores se deteriora continua y aceleradamente; y por ello, las sociedades inflacionarias requieren de políticas dinámicas y flexibles en materia salarial...* ”.

En tal sentido, fueron varias las propuestas que se suscitaron en torno a la modalidad de recálculos de la llamada indemnización por antigüedad, para lo cual algunos autores suponían la necesidad de realizar ajustes o revisiones salariales periódicas, o bien a través de propuestas legislativas como el anteproyecto de Ley Orgánica de Actualización Salarial y Prestaciones Sociales del Instituto Latinoamericano de Investigaciones sociales (ILDIS), la propuesta de Reforma del Régimen de Prestaciones Sociales, presentada por los profesores Oscar Hernández Álvarez y Napoleón Goizueta, entre otros.

En otro orden de ideas, es importante mencionar que la redacción de la reforma de 1990 estableció un sentido por demás ambiguo al término de la institución *in commento*, ya que en el artículo 108 de la misma definía como indemnización de antigüedad al derecho adquirido por el trabajador , existiendo una evidente contradicción terminológica, ya que el término indemnización está asociado a la ocurrencia de un daño, y mal podría interpretarse la permanencia por un período de tiempo con ocasión del trabajo dentro de una relación de trabajo como un daño; por esta razón, en la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997,⁵ en primer lugar se sustituyó la anterior denominación por la de “Prestación de Antigüedad, y como punto más importante se cambió el régimen aplicable para el cálculo de la referida prestación social por una modalidad mensual, no susceptible de recálculo alguno.

⁴ Harald, Allheimer: *La prestación de Antigüedad y el Fondo de Pensiones como formas complementarias del Ahorro Nacional: El Caso Venezuela*. Ediciones ILDIS. Fundación Friedrich Ebert. Caracas, 1996, p. 79.

⁵ Ley Orgánica del Trabajo, publicada en Gaceta Oficial N° 37.522 Extr. de fecha 19 de junio de 1997.

A su vez, la reforma del año 1997 trajo consigo una obligación patronal clara de realizar el pago de las prestaciones sociales acumuladas bajo el régimen anterior, fijándose lapsos para poder honrar el pago correspondiente a los pasivos laborales acumulados hasta la fecha de entrada en vigencia de la reforma, por lo que se estableció un lapso no mayor de cinco años para cumplir tal obligación.

Ahora bien, luego de haber analizado a grandes rasgos la evolución de las prestaciones sociales en Venezuela, resulta necesario profundizar un poco sobre el marco normativo que la regula en la actualidad. En efecto, dentro el ordenamiento jurídico venezolano existe un marco normativo integral que regula todo lo referente al derecho a las prestaciones sociales por antigüedad y la forma establecida para realizar el pago de los llamados pasivos laborales, producto del cambio de régimen jurídico a aplicarse desde el año 1997.

En ese sentido la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999 establece en su artículo 92 lo siguiente:

Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que le recompensen la antigüedad en el servicio y los ampare en caso de cesantía. El salario y las prestaciones sociales son créditos de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal.⁶

Del anterior artículo se desprenden varias ideas principales fundamentales para nuestro análisis; la primera de ellas es la reiteración de las prestaciones sociales por antigüedad como un derecho adquirido que, por supuesto, es irrenunciable y de rango constitucional; la segunda idea está vinculada con la oportunidad del pago de las prestaciones sociales, ya que son consideradas como créditos laborales de exigibilidad inmediata y por tanto resulta ser un punto de gran importancia para la determinación del cumplimiento de la obligación patronal; sobre este tema se comentará más adelante. Y el tercer punto de interés está vinculado con las consecuencias derivadas de la mora en el pago de las mencionadas prestaciones y las consecuencias patrimoniales derivadas de la misma.

⁶ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453, Extr. de fecha 24 de marzo de 2000.

En el ámbito legal, la Ley Orgánica del Trabajo vigente, en su artículo 108, establece el nuevo régimen de cálculo a aplicarse para el pago de las prestaciones sociales por antigüedad, el cual suponía el pago de cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año de antigüedad y sesenta (60) días a partir del segundo año; siendo lo relevante de la reforma del 97 la modificación de su método de cálculo y cuantía, en el sentido de la sustitución del régimen de recálculo por el de mensualización de las prestaciones sociales, convirtiéndose así en una obligación patronal la acreditación o depósito de cinco días de salario; basado en el salario devengado en el mes a que corresponda lo acreditado o depositado, incluyendo la cuota parte de lo percibido en la participación de las utilidades de la empresa, a tenor de lo establecido en el parágrafo quinto del referido artículo. Por tanto, se elimina del texto legal la mención por ejemplo del cálculo de las prestaciones sociales en base al salario normal, y podría decirse que se consolida el llamado pago doble al ser reguladas las prestaciones sociales con márgenes de 60 días por año, cuando el régimen anterior estableció treinta (30) días máximo por año de servicio. A su vez, se incluye como parte del derecho del trabajador a las prestaciones sociales, el beneficio de dos (2) días adicionales por año, a partir del segundo año, acumulativos hasta por 30 días. También el legislador se pronuncia en relación a los funcionarios públicos, indicando expresamente en el parágrafo sexto del artículo 108, que el ámbito de aplicación del presente régimen también rige para los empleados o funcionarios públicos nacionales, estadales y municipales.

Ahora bien, para llevar a cabo el cambio de régimen de prestaciones sociales, el legislador estableció en sus disposiciones transitorias la obligación de hacer el llamado “corte de cuenta”, según el cual se generaba la obligación patronal, tanto para sector privado como público, de realizar el pago correspondiente de las prestaciones sociales acumuladas hasta la fecha de la reforma del 97, así como una compensación por transferencia calculada en base a unos topes mínimos salariales y de acuerdo con la antigüedad del trabajador, obligaciones que debían cancelarse en un lapso no mayor de cinco años contados a partir de la entrada en vigencia de la reforma de la presente ley, punto que desarrollaremos más adelante.

Cabe destacar dentro de todo el contexto analizado frente a la reforma, la gran importancia que tuvo el Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial (ATSSI), del 17 de marzo de 1997, en donde se consolidó la sinergias entre esos actores sociales,

estableciéndose mecanismos considerados necesarios para garantizar el pago efectivo de las prestaciones sociales, bajo esquema de pagos de intereses; la constitución de fideicomisos laborales como forma idónea para administrar dichos fondos (hasta tanto no fuesen creados los llamados fondos de Prestaciones Sociales); la disminución del costo social y la recomposición del salario, acuerdo que sirvió como punto de partida para la reforma finalmente del 17 de junio de 1997 y, a su vez, marcó un precedente histórico en el marco de la concertación social en nuestro país. Lo esencial, luego de explicar toda la evolución histórica de las reformas del régimen de prestaciones sociales en Venezuela y habiendo hecho una breve comparación con lo regulado en materias similares por los otros países latinoamericanos, es entender que ciertamente existía una imperiosa necesidad de ajustar la normativa legal laboral a las necesidades reales de los distintos actores sociales; pues se observaba, por una parte, la gran afectación a los trabajadores con un proceso progresivo de desalarización de las remuneraciones; por parte de los empleadores, era necesario superar el sistema de recálculo; y por parte del Estado, el mismo debía actuar como garante de los derechos adquiridos de los trabajadores y mantener el equilibrio económico necesario, frente a una inflación en ascenso y panoramas de apertura ante procesos de globalización económica que requerían de parte de nuestro aparato productivo, ser más competitivos frente a otros mercados extranjeros.

2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COMO PATRONO DE REALIZAR EL PAGO DE LOS PASIVOS LABORALES A LOS EMPLEADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

Luego de analizar en el capítulo anterior, la evolución histórica de las Prestaciones Sociales en Venezuela, así como la motivación que originó el actual régimen de prestaciones, corresponde precisar los mecanismos jurídicos establecidos en nuestra legislación para fijar la forma de pago de los llamados Pasivos Laborales a los funcionarios o empleados públicos de la Administración Pública Nacional, de tal forma de poder analizar el alcance de tal obligación patronal.

En líneas generales, históricamente se ha regulado con menor precisión todo lo relacionado con las relaciones de trabajo dentro de la Administración Pública Nacional; al respecto los autores Von Potobsky y otros

(1991), referente al Convenio N° 151 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre las relaciones de trabajo de la Administración Pública, señalan lo siguiente:

Existía una especie de vacío normativo en lo que se refiere a los funcionarios públicos (que luego se produciría también en el Caso del convenio N° 135) y paulatinamente se llegó al reconocimiento de la necesidad de llenar la brecha que los separaba de los demás trabajadores, aun teniendo en cuenta la índole especial de sus funciones, y en particular, la posibilidad de que sus condiciones de empleo se fijen por medio de la negociación colectiva o por métodos distintos.⁷

Es menester, entonces, detenerse a analizar las disposiciones transitorias de la reforma de la ley *in commento*, disposiciones a través de las cuales se estableció la forma y temporalidad del pago de los pasivos laborales acumulados y calculados bajo el régimen anterior, ello con la intención de entender el alcance de la obligación patronal derivada de esta reforma.

En tales disposiciones transitorias se indica la regulación del régimen a aplicarse para el pago de la antigüedad acumulada hasta la fecha de entrada en vigencia de la reforma de 1997, pago que analizaremos específicamente en el caso de los funcionarios o empleados públicos de la Administración Pública Nacional, regulación establecida en su artículo 666.

Para el cumplimiento de esta obligación patronal, el legislador estableció un plazo en su artículo 668 de la Ley Orgánica del Trabajo, que señala lo siguiente en su encabezado: “*El patrono deberá pagar lo adeudado por virtud del artículo 666 de esta Ley en un plazo no mayor de cinco años contados a partir de la entrada en vigencia de esta ley...*”

De igual forma en dicho artículo se establece en el literal b) la forma de pago para el sector público, en el cual se fijó hasta un tope de Bs. 150.000 en el primer año, cancelado en tres partes: los primeros cuarenta y cinco días se pagaría hasta Bs. 25.000, los cuarenta y cinco días siguientes se pagaría Bs. 25.000 y finalmente hasta Bs. 100.000 en títulos públicos garantizados y negociados **a corto plazo** (destacado nuestro). También, se indicó que en un plazo de cinco (5) años, las cantidades adeuda-

⁷ Véase sobre el tema: Von Potobsky, G y Bartolomei, H., 1990, *La Organización Internacional del Trabajo*, Buenos Aires: Astrea, pp. 357-377.

das serán pagadas de acuerdo con las condiciones fijadas por el Ejecutivo Nacional en el Reglamento de la Ley.⁸

Dichos capitales adeudados por concepto de prestaciones sociales devengarán intereses hasta su cancelación, así como intereses de mora en caso de atraso por parte del patrono. En este sentido, se observa lo establecido en los párrafos primero y segundo del artículo 668, donde se establece, por una parte, que la tasa de interés promedio a aplicar a las sumas adeudadas (pasivos laborales) será la resultante del promedio de las tasas activas y pasivas de los seis (6) principales bancos comerciales del país, la cual será determinada por el Banco Central de Venezuela y, en caso de operar la mora, la tasa de interés a aplicarse es la tasa activa determinada también por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis (6) principales bancos comerciales.

Por otra parte, el artículo 669 de la Ley Orgánica del Trabajo regula el supuesto según el cual la relación de trabajo termina antes de que el trabajador reciba el pago total de los pasivos laborales, se asumirá la deuda como de plazo vencido y, en consecuencia, de exigibilidad inmediata.

Se observa, entonces, de estas disposiciones transitorias, respecto a la obligación del Estado, en su condición de patrono, en primer lugar, la obligación clara de cancelar la indemnización de antigüedad acumulada hasta la fecha de entrada en vigencia de la reforma para los empleados públicos al servicio de la Administración Pública Nacional (Pasivos Laborales). En segundo lugar, el compromiso de realizar el pago de una compensación por transferencia, equivalente a 30 días de salario por cada año de servicio, fijándose topes salariales al respecto. En tercer lugar, el legislador fija un plazo de cinco (5) años como ya se mencionó para que el Estado cancele los respectivos pasivos laborales, determinándose durante dicho período una tasa de interés promedio que devengarán las cantidades adeudadas, determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis (6) principales bancos comerciales y universales del país. De igual forma, vencido el plazo de los cinco años sin que el Estado haya podido honrar su compromiso, el saldo deudor devengará una tasa de intereses de mora calculados sobre la base de una tasa activa determinada de igual forma por el Banco Cen-

⁸ Decreto N° 3.095 con fuerza y rango de Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo, publicado en G.O. N° 5.292 (Extr.) de fecha 25 de enero de 1999.

tral de Venezuela, orientándose con la referencia de los seis (6) principales bancos comerciales y universales del país.

Para poder aclarar la forma por medio de la cual se iba realizar el pago de los pasivos laborales a los empleados público de la Administración Pública Nacional, el Ejecutivo emitió primeramente el Decreto N° 3.095,⁹ en donde se dicta el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo sobre el pago de los pasivos laborales en el Sector Público; de tal decreto se destaca la definición de pasivos laborales que incluyen no sólo las prestaciones sociales por antigüedad acumuladas hasta la fecha de la nueva reforma sino también todos aquellos intereses derivados de tal obligación (de acuerdo con lo indicado en las disposiciones transitorias) que pudieran ocurrir y establece la posibilidad para el empleado público de ejercer un reclamo en caso de no conformidad con el monto calculado por la Oficina Central de Personal. Luego se dictó el Decreto N° 3.244,¹⁰ en el cual se dicta el Reglamento Parcial de la anterior Ley de Carrera Administrativa, con lo cual se reguló específicamente la contratación de fideicomisos para la administración de las prestaciones de antigüedad, correspondiente a los trabajadores del sector público nacional, estableciendo la forma de pago al egresar el empleado público, de conformidad con lo establecido en materia de egresos por la anterior Ley de Carrera Administrativa ahora llamada “Ley de Estatuto de la Función Pública”.¹¹

Seguidamente, el Ejecutivo Nacional emitió el Decreto N° 3245,¹² el cual regula la administración de los contratos de fideicomisos como ya se mencionó entre la Administración Pública Nacional y el ente fiduciario para depositar las prestaciones sociales por antigüedad mensualmente, así como acreditar los montos de los Pasivos Laborales, siendo

⁹ Decreto N° 3.095 con fuerza y rango de Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo sobre el pago de pasivos laborales en el Sector Público, publicada en G.O. N° 5.292 (Extr.) de fecha 25 de enero de 1999.

¹⁰ Decreto N° 3.244 con rango y fuerza de Reglamento Parcial de la Ley de Carrera Administrativa para el pago de la Prestación de Antigüedad, G.O. N° 36.628 de fecha 25 de enero de 1999.

¹¹ Ley de Estatuto de la Función Pública, publicada en la G.O. N° 37.522, (Extr.) de fecha 06 de septiembre de 2002.

¹² Decreto 3.245 con rango y fuerza de Reglamento que regula la contratación de los Fideicomisos Laborales por parte de la Administración Pública Nacional, G.O. N° 36.628, de fecha 25 de enero de 1999.

uno de los aspectos más importantes el contemplado en el artículo 4, el cual contempla dentro del contrato de fideicomiso la obligación de mantener dos cuentas separadas, a los fines de depositar los instrumentos financieros de la República, correspondientes a los pasivos laborales, a los fines de la custodia por parte del Banco Fiduciario y con la respectiva obligación de realizar el pago de los intereses que dichos instrumentos generen, punto que comentaremos ampliamente más adelante; en la otra cuenta se depositará mensualmente los montos de las prestaciones sociales por antigüedad generados bajo el nuevo régimen.

Es de hacer notar el contenido del artículo 7, el cual estipula que las cantidades adeudadas por concepto de pasivos laborales serán depositadas mediante instrumentos financieros emitidos por la República en los fideicomisos laborales, siendo importante manejar el supuesto de un egreso por parte de algún empleado público al cual se le adeuden pasivos laborales, ya que el artículo 10 señala que en ese caso, el órgano público notificará a la Oficina Nacional de Personal quienes autorizarán la liberación de las cantidades depositadas en la cuenta de la prestación de antigüedad y notificarán al Ministerio de Finanzas, para que procedan a rescatar los instrumentos financieros que acreden la cuenta del pasivo laboral. Cabe preguntarse en este supuesto, qué sucede cuando la emisión que se realiza para la cancelación de los pasivos laborales es algún instrumento público de renta fija como los Bonos de la Deuda Pública los cuales de acuerdo con las emisiones no pueden ser negociados individualmente por cada trabajador sin perder parte del valor nominal del mismo.

De todo el contexto normativo y reglamentario que rige el pago de los Pasivos Laborales queda claro que el medio establecido por el Estado para cumplir con tal obligación patronal son los instrumentos financieros públicos, de bajo riesgo como lo son los instrumentos de renta fija, los cuales a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo deben vencer a corto plazo, y deben tener capacidad de ser liquidados en caso de terminación de la relación de trabajo antes del vencimiento de dicho instrumento.

Es por ello que, luego de conocer cuáles son las obligaciones derivadas de la reforma de las prestaciones sociales ocasionadas para el Estado en su condición de patrono, se hace imprescindible profundizar en otros aspectos vinculados con la política económica de la Nación y otras responsabilidades de naturaleza constitucional que el Estado, investido de sus potestades públicas no puede ni podrá obviar por atender otras obli-

gaciones. Se hace necesario, en consecuencia, analizar la idoneidad de los instrumentos públicos que el Estado ha utilizado para realizar las cancelaciones y como refuerza o contraria lo establecido en la Constitución en cuanto a la oportunidad del pago de los pasivos laborales y en cuanto a las flexibilidad de su negociación a corto plazo como lo estableció la Ley Orgánica del Trabajo en sus disposiciones transitorias ya comentadas, estableciéndose una imperiosa comparación con los derechos económicos también custodiados por el Estado.

3. POLÍTICA MONETARIA DEL ESTADO VENEZOLANO PARA LA EMISIÓN DE TÍTULOS VALORES DE RENTA FIJA

Una vez que tenemos definido la evolución del régimen de las prestaciones sociales por antigüedad, así como las responsabilidades que el nuevo régimen generó para el Estado, es de gran importancia entender el contexto económico social venezolano para poder interpretar los mecanismos establecidos a partir de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo por el Estado para realizar el pago de los pasivos laborales a los trabajadores de la Administración Pública Nacional.

En efecto, el Estado –en el caso de aquellos trabajadores a los cuales les canceló los Pasivos Laborales por medio de Bonos de la Deuda Pública Nacional– veló, en su condición de patrono, por dar cumplimiento en el lapso establecido al referido pago; sin embargo, el mismo, actuando investido de potestades públicas, debe siempre adoptar las medidas que permitan a su vez mantener un equilibrio económico y social deseado, por lo que la emisión de los instrumentos financieros públicos para el pago referido debe hacerse dentro del marco constitucional y legal que permite mantener el equilibrio fiscal y monetario mencionado.

En este sentido, es importante analizar dentro del marco constitucional algunos preceptos que resguardan el referido equilibrio fiscal y monetario, como podemos mencionar el artículo 311, que señala los principios que rigen el equilibrio presupuestario, a saber: “*La gestión fiscal estará regida y será ejecutada con base en principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal. Ésta se equilibrará en el marco plurianual del presupuesto, de manera que los ingresos ordinarios deben ser suficientes para cubrir los gastos ordinarios...*”.

En tal precepto constitucional se evidencia el principio fundamental del equilibrio fiscal, compuesto por el régimen presupuestario que debe re-

gir al Estado venezolano, siendo de gran importancia, pues por medio de una disciplina presupuestaria que permita equilibrar la gestión fiscal y monetaria requerida, se puede orientar dichas políticas gubernamentales hacia el equilibrio económico deseado a Largo Plazo.

En el caso de Venezuela, el Estado delega, como antes mencionamos, la responsabilidad de la política monetaria en manos del Banco Central de Venezuela, como claramente lo establece el artículo 318 de nuestra Constitución: *“Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela; el objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria”*.

De igual manera, en Venezuela se estableció –como obligación del Estado– el principio de estabilidad económica al señalarse en el artículo 320 de la Constitución:

El Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social.

El ministerio responsable de las finanzas y el Banco Central de Venezuela contribuirán a la armonización de la política fiscal con la política monetaria, facilitando el logro de los objetivos macroeconómicos. En el ejercicio de sus funciones el Banco Central de Venezuela no estará subordinado a directivas del Poder Ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias.

Este precepto constitucional tiene mucha relevancia, pues define la autonomía que siempre debe mantener el Banco Central en aras del equilibrio macroeconómico, y a su vez expresa un consenso que siempre debe celebrarse entre el organismo representante del gobierno que maneje las finanzas públicas y el referido Banco Central con la intención de mantener el equilibrio fiscal y monetario que el país requiere para poder controlar los niveles de inflación bajo políticas monetarias y cambiarias que no afecten socialmente a los ciudadanos. De esta manera, hablar de obligaciones vinculadas con el Estado requiere un análisis más complejo, pues intervienen factores preponderantes y de orden público en donde debe actuarse muy cautelosamente para evitar desencadenar crisis macroeconómicas que puedan afectar todas las estructuras económicas y sociales de una Nación.

Ahora bien, para comprender la magnitud de la responsabilidad que tiene el Estado como garante del equilibrio macroeconómico es menester hacer un análisis general acerca de los principios generales de la llamada macroeconomía y sus principales variables que, a lo largo del tiempo, han permitido profundizar el estudio de la abrumadora complejidad que implica el ámbito económico de cada país.

Para autores como Stanley F. y otros (1990), la macroeconomía es: “*El estudio del funcionamiento de la economía en su conjunto*”.¹³

Internacionalmente, autores como Sachs, J. y Larraín B., F. (1994), señalan respecto a la macroeconomía lo siguiente:

Uno de los grandes temas que perduran en la macroeconomía desde sus albores es que las políticas de gobierno y, en particular, las políticas monetarias y fiscales afectan en forma sustancial las tendencias globales de la economía. La mayoría de los macroeconomistas piensan que los cambios en la política fiscal del gobierno y en la política monetaria del Banco Central ejercen efectos profundos y, en gran medida, predecibles sobre la tendencia global de la producción, los precios, el comercio internacional y el empleo.¹⁴

Muy a pesar de la influencia que puedan tener o no las políticas fiscales y monetarias, siempre se han de tener presente las grandes variables que determinan las tendencias de economías en crecimiento o en recesión, examinándose el efecto de las mismas en el tiempo, es decir, en el corto y en el largo plazo. En este sentido, se puede determinar frente a qué tipo de economía se está presente, analizando las principales variables:

- a) El Producto Interno Bruto, que cuantifica el valor de los bienes y servicios de acuerdo con sus precios dentro del mercado (PIB Nominal) y a su vez pretende cuantificar el volumen físico de la producción (PIB Real).
- b) El Producto Nacional Bruto (PNB), el cual agrupa el Producto Interno Bruto con el Ingreso neto, y a través del cual se

¹³ Véase sobre el tema: Stanley Fischer, Rüdiger Dornbusch, Richard Schmalensee. *Economía*. Segunda Edición. Editorial McGraw-Hill. 1990, pp. 523.

¹⁴ Sachs-Larraín: *Macroeconomía en la Economía Global*. Primera Edición en Español. Editorial Prentice Hall Hispanoamérica, S.A. 1994, p. 2.

mide el crecimiento económico de un país o se puede determinar un período de declinación del PNB, períodos llamados “Ciclos Económicos”.

c) El Desempleo, es una variable indispensable a evaluar, pues la tasa de desempleo está asociada con las caídas de la producción, caídas que se acentúan durante los ciclos económicos, anteriormente comentados.

d) La Tasa de Inflación, según la define Stanley, F. (1990): “Es la tasa porcentual de aumento general de precios a lo largo de un período de tiempo específico”.

Estas variables, en general, han sido los pilares para el estudio de la macroeconomía, estudio que persigue como fin último la búsqueda y obtención de políticas estabilizadoras por parte de los diversos gobiernos a quienes correspondan implementarlas. De allí surgen las llamadas políticas macroeconómicas, que según definen Stanley F. y otros, (1990): “consiste en las medidas gubernamentales destinadas a influir en la economía en su conjunto” (p. 524). El gran cuestionamiento que se han realizado los macroeconomistas es sin lugar a duda ¿en qué medida debe intervenir cada Estado a través de sus políticas económicas para equilibrar la economía de sus países? y ¿Qué tan efectivas son estas políticas económicas? Sobre el particular, han surgido diversas teorías como podemos mencionar la del holandés Timbergen (premio Nobel de Economía de 1969), el cual estableció ciertos pasos que conceptualizan las acciones que deben seguir las autoridades económicas y que parten del principio de la búsqueda del bienestar social como meta, fijándose estas acciones por medio de instrumentos de política llamados: política fiscal y política monetaria.

Consideramos que una de las principales variables a revisar es la inflación y su vinculación con políticas fiscales deficitarias, ya que muchos opinan que los déficit presupuestarios pueden desencadenar altos niveles de inflación cuando el Estado se ve forzado a nivelar a través de incrementos en la oferta monetaria, generando mayores niveles de endeudamiento público de carácter interno o externo (según el caso); en este sentido comentan los autores Sachs J. y Larraín F. (1994) lo siguiente:

El endeudamiento interno no puede usarse para posponer indefinidamente la inflación. Para un déficit primario dado, es decir, el déficit excluidos los pagos de intereses, el déficit glo-

bal crece debido a la carga creciente de los intereses de la deuda. Financiar el déficit mediante deuda en forma continua da hace que el coeficiente deuda/PIB aumente con el tiempo. Llega un punto en que la gente ya no está dispuesta a adquirir más deuda pública, porque duda que el gobierno sea capaz de servir más deuda adicional. El gobierno está forzado entonces a utilizar el financiamiento monetario.

En general la deuda pública aumenta en casos de presupuestos deficitarios, ya que los Estados deben pedir préstamos para pagar dichos gastos no cubiertos por la generación propia de recursos dentro de algún ejercicio fiscal, o bien puede tratar de hacer uso de las reservas internacionales o mediante la emisión de nuevos instrumentos financieros públicos, por lo cual se reafirma la teoría que vincula los déficit presupuestarios con la inflación subyacente. Muchas veces estas políticas económicas deficitarias, que han tratado de subsanarse con mayores emisiones de bonos, han desencadenado crudos ejemplos de hiperinflaciones (altísimas tasas de inflación que han llegado hasta el 1.000% o más al año), ejemplos que reiterativamente se han repetido en países de América Latina. Sobre el tema comentan también los autores Stanley F. y otros (1990):

Las hiperinflaciones son el síntoma más dramático de que una economía se ha metido en unos problemas o conflictos económicos que la sociedad es incapaz de solucionar en el marco del sistema político. Las hiperinflaciones amenazan a todo el que tenga algo que perder –un puesto de trabajo seguro, ahorros– y lleva a gobiernos de orden público a expensas de la libertad política y la democracia.

En este sentido, respecto a las crisis macroeconómicas que pueden afectar a los países dentro del entorno de las relaciones de trabajo, comenta el Dr. Ermida Uriarte (1992), lo siguiente: “*De hecho –no de derecho– la crisis refuerza la posición del empleador frente al trabajador. Podría así presumirse una intensificación fáctica del poder de dirección y de las facultades disciplinarias, con la consecuente acentuación del control sobre el trabajador y de la subordinación de éste al empleador*”.¹⁵

¹⁵ Véase: Ermida Uriarte, Oscar: *El Impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo*. Informe General al XIII Congreso Mundial del Trabajo y Seguridad Social. Atenas 1991. Separata de la revista laboral, Tomo XXXIV, N° 164, Montevideo.

Se puede afirmar entonces, que en Venezuela, existe una normativa de rango constitucional que establece principios generales que buscan mantener el equilibrio fiscal y monetario vinculado con un nivel de endeudamiento acorde con la capacidad de generación de ingresos que permitan cubrir la deuda pública, siendo crucial la participación del Banco Central como garante del equilibrio monetario.

Acerca del papel del Banco Central de Venezuela, se puede mencionar que tal autonomía es una tendencia mundial, implantada por los diversos Estados, en aras de preservar políticas monetarias coherentes que preserven el equilibrio macroeconómico a mediano y largo plazo, tal como señala el doctor Miguel Urrutia (1997): *"La razón por la cual se ha planteado la necesidad de separar la política monetaria del proceso político es la evidencia histórica e internacional de que a largo plazo la política monetaria que sacrifica precios no tiene efectos sobre la tasa de crecimiento de la economía y el empleo".¹⁶*

De esta manera, la tendencia general es a delegar en cabeza de los distintos bancos centrales funciones específicas que permitan diseñar políticas que busquen preservar el equilibrio monetario, evitándose así la implantación de políticas monetarias de naturaleza populistas que se vean influenciadas por gobiernos que busquen soluciones ficticias a corto plazo, que generalmente desembocan en crisis macroeconómicas a mediano y largo plazo. El estudio de la responsabilidad del Estado por preservar el equilibrio macroeconómico forma parte del interés general de la Nación que también es de rango constitucional y resulta imperioso su análisis comparativo con la adopción de la forma de pago de la gran deuda que representan los pasivos laborales para el Estado en su condición de patrono.

Partiendo de esa base, a continuación se estudiará el medio de pago establecido por el Estado para la cancelación de la obligación como es el caso de los títulos valores de renta fija.

De acuerdo con los lineamientos necesarios a seguir para dar a conocer las características y especificaciones de los instrumentos que sirven como medio de pago de los pasivos laborales para los trabajadores de la

¹⁶ Véase: Urrutia, Miguel: *Banco Central independiente y Democracia*, Foro Autonomía de la Banca Central, cuadernos de Economía. Universidad Nacional de Colombia, Volumen XVI, segundo semestre. 1997.

Administración Pública, se hará especial énfasis en la clasificación de los títulos valores, según el tipo de renta que producen.

Antes que nada se partirá de la definición de títulos públicos, sobre el particular la Real Academia Española¹⁷ define Título en una de sus acepciones como un “Documento financiero que presenta deuda pública o valor comercial”. Por su parte el autor Villegas C. (1989) da una noción de Títulos públicos indicando lo siguiente: “*Una de las formas de obtención de recursos por parte del Estado es la emisión de empréstitos públicos, sea recurriendo al ahorro interno o al ahorro externo*”.¹⁸

Los títulos de renta fija imponen obligaciones financieras definidas al emisor del instrumento, el cual acuerda pagar periódicamente al poseedor del instrumento (si así se establece en él) y repagar una cantidad fija o principal a la madurez del instrumento. En la presente investigación se consideran los aspectos que involucran la clasificación de estos instrumentos por su vencimiento y por el emisor, ya que los instrumentos financieros utilizados para la cancelación de los pasivos laborales han sido en primer lugar emitidos por el Estado en representación del Banco Central de Venezuela a través de Bonos de la Deuda Pública. Respecto a los Bonos, primeramente se observan definiciones como la expresada en el Diccionario Enciclopédico Economía Planeta que señalan como Bono: “*Título valor de renta fija que comporta la obligación a la devolución del nominal en un período fijado de tiempo, y en el que se especifica el importe del nominal, el plazo y los intereses que la institución emisora ha de pagar a su tenedor*”.¹⁹

Ahora bien, en virtud de que el instrumento utilizado en Venezuela para realizar el pago de los pasivos laborales han sido los Bonos de la Deuda Pública, se puede señalar que los mismos son obligaciones con características específicas de rendimiento y vencimiento, éstos se estructuran principalmente para el financiamiento a mediano y largo plazo, para reducir costos de estructuras de capital, y se caracterizan por tener un valor facial, un rendimiento a la madurez del instrumento o un descuento a la fecha de adquisición, un precio y la emisión de cupones para el

¹⁷ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. 2004.

¹⁸ Véase sobre el tema: Villegas, G: *Manual de Títulos Valores*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1989.

¹⁹ *Diccionario Economía Planeta*. Volumen I. 1980.

pago de los intereses causados (siempre que no sean bonos negociados con tasa de redescuento).

A manera de ilustración, resulta interesante mencionar algunos aspectos del decreto presidencial N° 1.764,²⁰ mediante el cual se procedió a la Quingentésima Trigésima Séptima emisión de Bono de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, destinados a CVG Proforca-Transferencias a empresas del Estado. Este decreto, en su artículo 1, señala expresamente que el destino de esta emisión será el pago de compromisos generados por la Ley Orgánica del Trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Fiscal 2002. Estos Bonos de la Deuda Pública, en su artículo 3°, indican que: “*(...) podrán ser dispuestos en el mercado financiero mediante operaciones de canje, la cual será realizada voluntariamente entre sus tenedores en los términos específicos en este artículo, emitiendo títulos llamados a este efecto objeto de canje*”.

De allí cabe preguntarnos en el supuesto de que alguno de los tenedores de estos títulos, llámese algún “empleado público de la Administración Pública Nacional”, desee negociar en el mercado estos instrumentos a los fines de obtener de forma inmediata el capital adeudado por concepto de pasivos laborales, ¿Esta operación acarrea algún costo en el mercado financiero? Lamentablemente la respuesta es afirmativa, pues estas emisiones al ser negociadas en el mercado secundario, generalmente acarrean un porcentaje de pérdida sobre el valor nominal, ello implica que al ser negociados en el mercado financiero el comprador de dichas emisiones (que en general ha sido el mismo emisor en procesos de recompra) lo adquiere con esquema de negociación de puntos porcentuales inferiores al valor nominal es decir, sobre el ciento por ciento (100%) del valor se negocia menos dos por ciento (-2%) y se pacta la recompra del instrumento financiero con un valor nominal del 98% sobre el valor nominal inicial. En este ejemplo el empleado público perdería aparentemente parte de lo que legítimamente le correspondía como derecho adquirido; sin embargo, muchos economistas reiteran que dentro del margen de negociación de este tipo de instrumentos financieros debe siempre

²⁰ Decreto N° 1.764 mediante el cual se procedió a la “Quingentésima Vigésima Segunda Emisión de bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivo de empréstitos internos destinados a CVG Proforca– transferencias a empresas del Estado”, publicado en GO. N° 37.506 (Extr.) de fecha 15 de agosto de 2002.

analizarse el costo de oportunidad de obtener dinero (considerado como saldos reales) que es de vital importancia en economías inflacionarias como la nuestra y que permiten cuestionar hasta qué punto sería una pérdida negociar tales bonos antes de su vencimiento dentro del mercado financiero. También, existen otros tipos de negociaciones (a tenor de lo establecido en el artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público),²¹ distintas al proceso general de recompra; sin embargo, siempre existirá un costo financiero que deberá asumir cualquier tenedor de títulos al momento de negociar los mismos.

Dado el ejemplo de las economías de los países en desarrollo como el nuestro, se reitera la conveniencia de este tipo de negociaciones anticipadas de los bonos dentro del mercado secundario, con lo cual comentan Sachs J. y Larraín F. (1994) respecto a las crisis presupuestarias de América Latina:

De este modo, los gobiernos se encontraban atrapados entre dos tenazas: por una parte, los costos del interés de su deuda externa se dispararon abrupta e inesperadamente; por otra parte, ya no podían tomar préstamos en el exterior para cubrir sus déficit presupuestarios. O bien tenían que cerrar el déficit presupuestario, o tenían que utilizar medios domésticos para financiar el déficit. Muchos gobiernos fueron empujados de este modo a apoyarse en el impuesto inflación para pagar las cuentas en los años 80 y América Latina experimentó la más alta tasa de inflación de su historia.

En el caso específico de la relación de trabajo entre el Estado y los funcionarios o empleados públicos, se puede entender que las emisiones de Bonos de la Deuda Pública han sido la única alternativa o herramienta posible del Estado para poder honrar la obligación del pago de los pasivos laborales sin menoscabar el no menos importante equilibrio macroeconómico del país.

Finalmente, para culminar el presente análisis sobre la constitucionalidad del pago de pasivos laborales por parte del Estado-patrono, a través de títulos valores emitidos por la República, se debe estudiar más detenidamente el papel que debe ejercer el Estado como garante del orden

²¹ Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, GO. N° 37.606, de fecha 09 de enero de 2003.

público general, así como garante del orden público social o laboral, y cuál de ambos órdenes debe prevalecer ante una colisión de normas de rango constitucional que los involucre.

4. ORDEN PÚBLICO GENERAL VS ORDEN PÚBLICO SOCIAL

Luego de haber analizado el medio utilizado por el Estado para realizar el pago a los trabajadores de la Administración Pública Nacional, conviene detenerse a estudiar desde la perspectiva del Estado (investido de potestades públicas) cuáles son su obligaciones como garante del Orden Público General y como garante del Orden Público Social o Laboral; ello con el objeto de establecer cuál de las nociones de orden público debe tener prelación en el prolegómeno planteado.

Definir el Orden Público ha sido una de las labores de mayor dificultad para los juristas de todo el mundo y en distintas épocas, comenzando dicho análisis en torno al Código de Napoleón, que lo mencionó por primera vez en su artículo sexto, razón por la cual fue tomado por muchos otros ordenamientos jurídicos que se inspiraron en dicho código. Estas dificultades derivaron de diversos enfoques a partir de los cuales se asocia el Orden Público, razón por la cual para muchos autores ha resultado toda una aventura tratar de enmarcar el mismo dentro de una definición.

En este sentido, a continuación se exponen algunas definiciones doctrinarias sobre la noción de orden público, las cuales se analizarán seguidamente:

El autor Smith J. (citado por Osorio, M., 1984),²² define el Orden Público como: “*Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente a la organización de ésta, no puede ser alterada por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras*”.

Otros autores como el español Diéguez G. (citado por Plá Rodríguez)²³ comentan que: “*El concepto jurídico de orden público evoca al de-*

²² Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1984, p. 518.

²³ Plá Rodríguez, Américo. *El Orden y el Derecho del Trabajo. Teoría y Práctica en Iberoamérica*. Revista de Derecho Laboral, Tomo XXIII, N° 119.

recho mismo en cuanto es indisponible por los particulares. Alude a la condición de ciertas normas que deben cumplirse incondicionalmente, tal cual están redactadas, sin que quepa ni el acuerdo ni la renuncia de las partes para suplirla o sustituirla”.

De igual forma, autores como el doctor Garmendia Arigón, M.,²⁴ aclaran que hasta ahora no existe un solo ordenamiento jurídico que haya definido de forma expresa la idea de orden público, y por el contrario no existe un solo ordenamiento jurídico en donde no esté presente la idea del orden público. De esta manera dicho autor señala que el orden público puede ser concebido como: “*Conjunto de valores de la vida que por la especial trascendencia que asumen en determinado estadio de la evolución social, pasan a integrar la conciencia jurídica colectiva y se constituyen en objetos de tutela privilegiada por parte del Derecho*”.

Para autores como Plá Rodríguez, A., ciertamente resulta difícil definir el Orden Público por lo que el mismo se enfoca en las principales características como pudiera mencionarse: en primer lugar, su naturaleza imprecisa (tanto en su definición como en su aplicación) al considerarlo como un concepto jurídico indeterminado, señalando al respecto el referido autor lo siguiente: “*En último término, la aplicación del orden público corresponde a la jurisprudencia, a través de la cual se obtienen los resultados buscados al declarar a una norma de orden público*”.²⁵

En segundo lugar, Plá menciona que el Orden Público es dinámico y variable, en el sentido que se adapta a la estructura y concepto del Estado, y a los criterios jurisprudenciales que de acuerdo con las necesidades de tiempo, lugares y sociedades se presentasen.

Y en tercer lugar, lo considera relativo, dado que su contenido va evolucionando en el tiempo o de un lugar a otro.

De estas definiciones, se desprenden características que van a reiterarse por algunos autores, tales como la situación de inalterabilidad del orden público por parte de los individuos que pertenecen a la comunidad jurídica general, hecho que se traduce en una suerte de limitación a la autonomía individual de los particulares; lo cual visto de otro modo, re-

²⁴ Garmendia Arigón, Mario. *El Orden Público y el Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria. 2001, p. 33.

²⁵ Plá Rodríguez, Américo, *Ob.*, p. 4.

presenta la irrenunciabilidad o el carácter de exigibilidad del orden público. Destacándose ciertas distinciones en la materia que orientan el orden público hacia el estudio del mismo en atención a la naturaleza del interés que tutela o protege, otras en atención a la organización jurídico social de la comunidad, distinguiéndose también el grupo que clasifican el orden público como un instrumento que permite resguardar algunas normas fuera del margen de autonomía de voluntad de los particulares.

Por su parte, indica el autor peruano José Portugal Ayestas (documento web), orden público simplemente quiere decir “*tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil*”. En dicha definición, citando a Molinari, comparte el parecer de que ese orden público como estado de paz y tranquilidad, es el resultado del hecho de que los individuos y las personas colectivas ajusten su actividad a las normas que rigen la convivencia social.

Observado lo anterior, se denota la característica de adecuación de las conductas individuales, según las exigencias de la colectividad en función de la convivencia social; de ahí que el efecto o consecuencia inmediata que asoman las definiciones anteriores, suponen la paz y la tranquilidad hacia donde se orientan los fines de cada Estado.

Portugal Ayestas (*Ob. Cit.*), hace un breve estudio de la evolución histórica del concepto de orden público y la cual se considera de suma importancia, en el entendido de asignar al orden público una noción eminentemente ligada a la concepción de Estado; la cual, dicho sea de paso, ha tenido variabilidad espacial y temporal. Por un lado, surge el concepto liberal de orden público de raigambre moderna, y el cual deviene de todo el aporte humanista explanado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789, en cuyo artículo 9 se establece: “*Nadie puede ser inquietado por sus opiniones, incluso las religiosas, siempre y cuando su manifestación no altere el orden público establecido por la ley*”. Lo cual, siendo interpretado sistemáticamente, como lo sugiere el mismo autor, debe ponerse en relación con el artículo 4 *eiusdem*, el cual indica que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no sea perjudicial al otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tienen otro límite que aquellos que aseguren a los otros miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos; estos límites sólo pueden estar determinados por la ley.

De lo cual puede extraerse que existen límites a las libertades individuales o derechos individuales, en cuanto a su ejercicio y mientras no exista

la alteración al orden público establecido por la Ley. Pero, a su vez, este diseño de orden público no necesariamente debe ser arbitrario, pues debe existir un órgano del Estado (Poder Legislativo) dotado de las potestades suficientes para la creación de esta noción de orden público; bien en un sentido explícito, como sería el caso en el cual la propia norma tenga una interpretación auténtica contextual definitoria de lo que significa el orden público. O bien, en sentido negativo, cuando el marco legal estructure o tipifique aquellas conductas lesivas a ese orden público diseñado por ese Estado según su texto constitucional.

Sobre el particular se presenta la interrogante acerca de ¿cuándo se está en presencia de una norma de orden público? Autores como Supervielle²⁶ se preguntan si el ser de orden público es una calidad intrínseca a la norma o se requiere una calificación especial. En este sentido, Lanfranchi señala que el carácter de orden público de las disposiciones normativas no lo da la declaración legal sino el bien protegido por dichas normas. Respecto a esta disyuntiva presentada en la doctrina, se puede afirmar, sin lugar a dudas, que el orden público es una noción amplísima que abarca todos los principales valores sobre los cuales se esgrimen las bases del Derecho; por ello, se considera que el mismo va más allá de una declaración taxativa en el marco legal, pues resultaría imposible resguardar todos los intereses superiores que ha de custodiar el Estado dentro del ordenamiento jurídico positivo, siendo pieza clave en consecuencia las diversas posturas que en materia jurisprudencial se van adoptando en aras del equilibrio que el Estado a través del orden público pretende resguardar.

Ahora bien, con la globalización, tal como sostiene Portugal Ayestas, este concepto de orden público, evolucionará hacia el de seguridad ciudadana mucho más amplio, y que incorpora los valores del Estado social y democrático de Derecho. Todo lo cual puede inferirse cuando dicho autor, señala:

En efecto, hoy por hoy en la Europa continental, la expresión orden público sigue utilizándose como garantía de la seguridad pública, lo que ha cambiado es el contenido del concepto que paulatinamente ha ido pasando desde el forzar a los ciudadanos a la obediencia de la norma, lo más primario, a la garantía de la calidad de vida de los mismos.

(…)

²⁶ Supervielle, B. *El Orden Público y las buenas costumbres*. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Tomo 54. Montevideo. 1956.

En todo caso, cuestión terminológica aparte, lo que es evidente es que el concepto de orden público ha de rellenarse en función de la realidad en la que ha de operar. Así, podríamos distinguir entre el concepto liberal de orden público del siglo XIX y el concepto social y democrático de orden público que se impone en las democracias occidentales a partir de la finalización de la segunda Guerra Mundial, al que también podemos denominar seguridad ciudadana.

De lo anterior se puede afirmar que para la ubicación del concepto de Orden Público a los fines del desarrollo de la presente investigación, es menester identificar el concepto según el diseño del Estado que ha sido adoptado por nuestro texto constitucional, y el cual ha sido asimilado a un Estado Social, Democrático y de Derecho y de Justicia, a tenor de lo preceptuado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de cuyo texto se desprende:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Indiscutiblemente se observa en la doctrina internacional y nacional varias nociones de orden público, algunas de las cuales parten de distinguir el orden público general enfocado en lo jurídico y el orden público general enfocado en lo político. En el presente capítulo se analizará únicamente el enfoque jurídico. Ahora bien, dado que en muchos casos se hace mención o bien al orden público general, o bien al orden público social o económico, o clasificaciones en atención al ámbito territorial, que aluden al orden público de una nación o el internacional; es menester aclarar que en la presente investigación se parte de la base de afirmar que el Orden Público es único, no existen distintos órdenes públicos sino sólo distintos enfoques que se adaptan a circunstancias específicas de tiempo y lugar; por lo tanto al hablarse de orden público económico o social por ejemplo, se hace mención a la búsqueda del Estado por mantener la armonía y el equilibrio que permitan resguardar los intereses de la colectividad, este equilibrio debe partir a su vez de armonizar las distintas normas que han de considerarse de orden público para poder obtener el equilibrio deseado en el Estado.

Ahora bien, partiendo de la base de la comprensión a nivel doctrinal acerca del Orden Público General, conviene adentrarse en la interpretación y noción del Orden Público Social. Sobre el mismo comentan autores como Rodríguez Manzini,²⁷ indicando que:

El carácter del orden público laboral no debe deducirse que el de dejar de ser un integrante del orden público general, cuyo objeto no puede ser por definición el interior de un sector, sino fundamentalmente el bienestar general, el bien común. De tal manera, la protección del sector económicamente más débil resulta ser un objetivo de la política social, por entenderse que el logro del bienestar general no puede estar separado de una política de igualdad o de atenuación de desigualdades.

En este sentido se refuerza la posición de la existencia de un solo orden público, el cual en determinadas circunstancias se analiza en atención a distintos bienes jurídicos que pueda tutelar. El matiz o aporte que trae consigo la noción de orden público social, parte de la idea de superar viejos esquemas liberales que se desarrollaron en torno al orden público (a partir de las ideas de la Revolución Francesa); pues se reconoce en el derecho del trabajo la necesidad de equilibrar las desigualdades reflejadas en tales relaciones de trabajo, en aras, por supuesto, de proteger a la parte económicamente más débil. A su vez, el orden público laboral evidencia la flexibilidad en la interpretación o aplicación de dicho orden, pues la llamada Indisponibilidad Absoluta, que se observa en algunas normas, las cuales son de carácter taxativo, se observa en el Derecho Laboral una indisponibilidad relativa, en el sentido que permite ampliar la capacidad negocial de las partes siempre que dichas reformas mejoren o favorezcan las condiciones preestablecidas en la relación de trabajo.

Ahora bien, no puede obviarse una tendencia marcada en Derecho del Trabajo, en cuanto a la búsqueda de proteger los intereses sociales a través de una excesiva regulación formal dentro de las normas de los respectivos ordenamientos jurídicos; regulación que se ha enfocado a partir del marco constitucional. Respecto a este punto, comenta el doctor Ermida²⁸ (1995):

²⁷ Rodríguez Mancini, Jorge. *El Orden Público y convenciones colectivas de trabajo*. Revista Argentina de Derecho del Trabajo. 1973.

²⁸ Ermida Uriarte, Oscar. *La Constitución y el Derecho del Trabajo*. Treinta y seis estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 1995, pp. 116 y ss.

Aquellos derechos laborales que son derechos fundamentales no parecerían poder ser objeto de desmejoras, renuncias o abatimientos. En este sentido, es posible constatar que, ante las demandas desreguladoras, algunos países reaccionaron aumentando el contenido laboral de sus constituciones. Esta “estrategia constitucionalizadora” consiste en incluir el mayor número posible de derechos del trabajo, en la ciudadela de la Constitución, por definición la norma más rígida y de más difícil modificación.

Esta tendencia de elevar al rango constitucional los intereses sociales protegidos por el Derecho del Trabajo, bajo un esquema de regulación formal y riguroso, no es garantía alguna de eficacia en la práctica, por lo cual, se observa un Derecho del Trabajo con orientaciones flexibilizadoras a los fines de una mejor eficacia jurídica.

Muchas veces estas conductas flexibilizadoras del Derecho del Trabajo, obedecen a necesidades de índole económica, hecho reconocido por muchos autores. Es menester, entonces, a los fines de esta investigación entender de igual forma el llamado Orden Público Económico, sobre el cual comenta el autor Plá Rodríguez:

La motivación del llamado Orden Público económico –en el sentido no del liberalismo sino dirigismo– consiste en la suposición (o la experiencia) de que la falta de dirección y la relativa libertad consiguiente sean capaces de provocar desordenes y trastornos en el desarrollo económico. Consecuentemente el Estado cree sobrevenido el momento de emplear su poder más intensamente en interés de la sociedad, ejerciendo más control sobre la economía y las relaciones socioeconómicas de lo interesados.

De esta manera, y partiendo sobre la base de que se habla de un único orden público en situaciones donde se afecte el equilibrio económico o la eficacia económica, la ley puede establecer el congelamiento de las condiciones de trabajo.

Venezuela, no escapa de esta tendencia reguladora en materia de orden público laboral, pudiéndose apreciar el carácter de orden público por ejemplo en los postulados que regulan la irrenunciabilidad de las condiciones más favorables a los trabajadores, tal cual lo regula el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que reza así: *“Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de*

estos derechos. Sólo es posible la transacción o convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley”.

A título ilustrativo históricamente, en Venezuela han quedado rastros de situaciones en donde imperiosamente el interés general se ha orientado hacia el resguardo del orden público económico prestando sobre derechos adquiridos de naturaleza social por los trabajadores (orden público social). Tal es el caso del Decreto N° 578,²⁹ emitido por el Presidente Rómulo Betancourt, de fecha 01 de julio de 1961, en donde se ordenó efectuar la reducción de todas las remuneraciones de los empleados y funcionarios que presten servicios en los Institutos Autónomos, empresas del Estado y compañías en que la Nación o los Institutos Autónomos posean la mitad o más del capital social. En tal sentido dicho decreto establece por ejemplo en su artículo 1:

Artículo 1.- Se ordena efectuar a partir de esta fecha la reducción de todas las remuneraciones de los empleados y funcionarios que presten servicio en los Institutos Autónomos, empresas del Estado y compañías en que la Nación o los Institutos Autónomos posean la mitad o más del capital social, hasta el límite fijado por la siguiente escala de sueldos:

CLASES	POR CIENTO
651-741 y más	Desde 1% hasta el 10%.

En este supuesto prevaleció el interés de la colectividad, ante un derecho adquirido por los trabajadores o empleados públicos, ya que la insuficiencia del presupuesto en aquel momento incapacitaba al Estado para poder honrar el gigantesco gasto público de la época, por lo que, el decidir disminuir los salarios le permitió equilibrar la economía del país.

En este sentido, cuando se habla de que el Estado velará por el interés general, se hace alusión a todo el cúmulo de derechos de contenido social, económico y político que permita mantener el equilibrio dentro

²⁹ Véase el Decreto N° 578, de fecha 01 de julio de 1961, emitido por el entonces Presidente de la República de Venezuela, Rómulo Betancourt en el cual se procedió a efectuar la reducción de todas las remuneraciones de los empleados y funcionarios que prestaban servicios en los Institutos Autónomos, empresas del Estado y compañías en que la Nación poseían más de la mitad del capital social.

de un Estado de Derecho. Por ello, no se puede satisfacer derechos sociales de los trabajadores, si con ello se afecta derechos económicos que a su vez van enlazados con las relaciones de trabajo que sostienen los sistemas de producción. Al respecto podemos encontrar el Laudo Arbitral, publicado en *Gaceta Oficial* N° 307.547,³⁰ de fecha 07 de enero de 1999, en donde la Junta de Arbitraje decide sobre el conflicto colectivo planteado entre la Federación Médica Venezolana y los Colegios Profesionales por una parte y por otra parte, el llamado anteriormente Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, el IPASME y la Gobernación del Distrito Federal (todos ello representantes del Gobierno). Allí se destaca lo siguiente:

En efecto, consta de documento elaborado por la Oficina Central de Coordinación y Planificación de la Presidencia de la República (Cordiplan), consignado en el expediente por el ciudadano Procurador General de la República, que las previsiones económicas del presupuesto de 1998, se adoptaron con base en ingresos petroleros por el orden de MM. Bs. 5.040.246 que corresponde al 9.8% del PIB, teniendo como precio de referencia para el barril de petróleo la cantidad de \$ 15.50. No obstante, en las condiciones actuales del mercado, se ha estimado en \$ 11.50, el valor promedio del barril para el año en curso. Por consiguiente, los ingresos derivados de ese producto, bajo los parámetros descritos, se estimaron en la cantidad de MM. Bs. 3.263.350, que es el 6,3% del PIB; registrándose una disminución en el presupuesto de 1998, por tal concepto de MM. Bs. 1.776.896, que es el 3,4% del PIB. Esta brusca caída de los ingresos petroleros obligó al Ejecutivo Nacional a efectuar recortes tanto en el Gobierno Central como en las empresas del Estado. En consecuencia, constituiría al menos una notoria falta de responsabilidad, que la Junta de Arbitraje, dado el carácter obligatorio del presente Laudo, ordenará al “Sector Público” asumir compromisos laborales que ensanchen aún más esa brecha fiscal.

El anterior laudo es un ejemplo claro de la necesidad de mantener un orden público que atienda al interés general, siendo importante destacar

³⁰ Laudo Arbitral, publicado en *Gaceta Oficial* N° 307.543, Extraordinario de fecha 07 de enero de 1999.

que lo comentado en cuanto a la inderogabilidad relativa de las normas de orden público laboral, pues se señala en la doctrina que dichas normas pueden ser alteradas o modificadas basado en el principio *in dubio pro operario*, no pudiendo ser modificadas en caso contrario; ahora bien, visto que en situaciones como las planteadas en dicho laudo, el Estado carecía de capacidad para asumir el incremento del gasto público, debido a la reducción de sus ingresos petroleros, por lo cual se dio prelación al orden público económico ante el orden público laboral.

Estudiado el punto referente al Orden Público General y lo que se entiende por el orden público laboral, punto de vital importancia para la comprensión del problema planteado, se pasará a analizar las consecuencias derivada del pago de los pasivos laborales a través de títulos valores por el Estado en Venezuela.

5. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES DERIVADAS DEL PAGO DE PASIVOS LABORALES, A TRAVÉS DE TÍTULOS VALORES PÚBLICOS DE RENTA FIJA

Resulta necesario estudiar las consecuencias económicas y sociales derivadas del pago de los pasivos laborales realizado a los trabajadores de la Administración Pública Nacional a quienes se les adjudicaron Bonos de la Deuda Pública, en este sentido se empezará inicialmente a analizar las consecuencias que se devienen para el Estado.

En el caso de las relaciones de trabajo en las cuales el Estado es parte como es el caso de la Administración Pública Nacional en sus relaciones con los funcionarios públicos que laboran al servicio de ésta, se presenta la disyuntiva en cuanto a la contraposición del Estado como sujeto obligado y el Estado como garante o custodio de la ejecución de lo establecido en la referida reforma, como bien lo señala el autor Rafael Alfonzo Guzmán (1995,132):

La intervención del Estado en la vida del contrato mediante normas de carácter obligatorio para el patrono y trabajador, no lo convierten en parte del contrato de trabajo. El Estado conserva el papel de custodio de la ejecución del contrato dentro del margen de orden público que el mismo ha trazado.

El anterior comentario refleja sutilmente la disyuntiva del doble papel que debe desempeñar el Estado cuando por una parte actúa investido

de las potestades públicas y por otra parte, actúa como parte en las relaciones de trabajo del sector público.

El estudio de la responsabilidad del Estado por preservar el equilibrio macroeconómico forma parte del orden público general, el cual vela como ya se mencionó por el bien común de la Nación, que al igual que el derecho adquirido de los trabajadores a la prestación de antigüedad también es de rango constitucional y resulta imperioso su análisis comparativo con la adopción de la forma de pago de la gran deuda que representan los pasivos laborales para el Estado en su condición de patrono.

Nuestra Constitución manifiesta en un sinfín de artículos la posición de un Estado Garantista que tiene la obligación o el mandato de velar por los derechos de los administrados, entre los cuales podemos mencionar: por la seguridad, por la familia, por los derechos humanos, por los derechos sociales, por el equilibrio económico; en tal sentido, resulta una postura rigurosamente exigente para el mismo y conlleva en consecuencia una gran responsabilidad. Al respecto comenta el autor Garay, J.:³¹

Si aceptáramos, como se ha dicho que la Constitución es estatista porque le ha dado al Estado muchas atribuciones, es más cierto que dicho “estatismo” implica una larga serie de obligaciones que si, dado un plazo más o menos prudencial, el Estado no las cumple, parece que está incumpliendo la Constitución. Y tal incumplimiento se personaliza no sólo en el ente abstracto que es el Estado, sino también en la persona de los funcionarios responsables de los ministerios, departamentos o institutos autónomos a quienes corresponda la gestión.

En este sentido, cuando se habla de que el Estado velará por el interés general se hace alusión a todo el cúmulo de derechos de contenido social, económico y político que permite mantener el equilibrio dentro de un Estado de Derecho. Por ello, no se puede satisfacer derechos sociales de los trabajadores, si con ello se afecta derechos económicos que a su vez van de enlazados con las relaciones de trabajo que sostienen los sistemas de producción. Como se observó en los ejemplos citados anteriormente respecto al Laudo Arbitral y al Decreto Presidencial de Rómulo Betancourt.

³¹ *Garay, Juan, Ob. Cit.*

Esta mención es de suma importancia, ya que el Estado como se ha mencionado antes tiene dos obligaciones de rango constitucional: por una parte la obligación de mantener el equilibrio macroeconómico del país, que implica un equilibrio, fiscal y monetario; y por otra parte tiene la obligación de cancelar las prestaciones sociales acumuladas (pasivos laborales) a los empleados públicos al servicio de la Administración Pública. Dado que la obligación laboral representa para el Estado una deuda de alto impacto por ser uno de los principales empleadores del país, el Estado se vio en la necesidad de utilizar como medio de pago los Bonos de la Deuda Pública a través de los cuales honró esta obligación, quedando la interrogante de en qué medida se da por satisfecha la misma.

Lo delicado del asunto es que no se puede alterar el equilibrio macroeconómico, pues se puede desencadenar profundas crisis que afectarían a un país en todos sus ámbitos. Sobre este tipo de crisis comenta el autor Ermida, O. (1992):³²

La crisis macroeconómica, en cambio, es la disfunción de todo un conjunto del sistema económico de todo un país o de varios de ellos. Esta crisis global, general o estructural, provoca dificultades a un número importante de empresas y casi inevitablemente afectará al mercado de trabajo en su conjunto. Por eso mismo, es más probable –aunque no inevitable como se verá–, que produzca efectos sobre el sistema jurídico laboral.

Queda claro que, en la presente investigación se enfocó específicamente las crisis de carácter macroeconómico, las cuales afectan el sistema económico de todo un país como se presenta en el ámbito venezolano.

Se observa así, en nuestra Constitución Nacional la protección que se establece en el mencionado artículo 320 para mantener una coordinación macroeconómica que permita llevar políticas monetarias y fiscales con la capacidad suficiente de asumir sus compromisos contractuales y extrancontractuales sin afectar el necesario equilibrio señalado.

De igual forma, se interrelaciona el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual enuncia los principios que deben ser atendidos por el Estado a los fines de determinar el régimen

³² Ermida Uriarte, Oscar, *Ob. Cit.*, p. 18.

socioeconómico de la República. Sobre este artículo comenta el autor Peña Solís, J. (2003),³³ lo siguiente:

En el caso que nos ocupa, se puede afirmar en términos generales, que tales ejes aparecen claramente determinados en el artículo 299, cuando por una parte, se le atribuye al Estado el deber de intervenir en la economía para lograr la justicia social, atribución que no es más que una expresión concreta de la cláusula del Estado social, contenida en el artículo 2 constitucional, y cuando, por otra parte, se erige la iniciativa privada en la economía como un factor fundamental, para el desarrollo armónico de la economía nacional, y la libre competencia que debe ser garantizada por la intervención del Estado (...).

Resulta entonces evidente las obligaciones constitucionales que tiene el Estado como garante del orden público general, en donde el régimen económico o política económica conforma los aspectos claves para el equilibrio de cualquier Gobierno. Resultando la intervención del Estado de tal magnitud que se observan nuevas modalidades dentro de la economía que le permiten participar activamente en la producción de bienes y servicios por medio de empresas públicas constituidas para tal fin. Sobre el particular opina también el autor Peña Solís, J. (2003):

Debemos reconocer que entra dentro de la discrecionalidad de la Administración, siempre respetando el principio que postula que toda empresa pública debe perseguir de manera directa o indirecta fines de interés general, seleccionar la personificación más adecuada para intervenir en la economía, con vista a las finalidades complementarias económicas, que pretenda perseguir en el momento.

Podría entonces entenderse desde la perspectiva patronal, que el Estado no haya podido cumplir con el pago de los pasivos laborales dentro del lapso establecido en la Ley Orgánica del Trabajo, y haya tenido que permitírselo extender la planificación del gasto en períodos plurianuales, resultando obvia su incapacidad de realizar el pago de los mismos en un corto plazo. Es así como el mismo terminó realizando varias grandes emisiones de Bonos de la Deuda Pública, con la finalidad de honrar estos compromisos. Sin embargo, cabe preguntarse ¿fueron estas emisiones su

³³ Peña Solís, J.: *Manual de Derecho Administrativo*. Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Volumen Tercero. 2003. p. 576.

mejor medio de pago elegido? La respuesta no es muy sencilla, pues, ya quedó claro que en aras de mantener el mencionado equilibrio macroeconómico, el medio más viable era la emisión de títulos públicos, siendo el aspecto más relevante a estudiar las cualidades de estos títulos, que pueden hacer o no la distinción entre una buena y una mala elección.

Al respecto, se puede decir que estas emisiones de Bonos de la Deuda Pública Nacional, en primer lugar, presentan vencimientos a mediano y largo plazo, por una parte, y también en su mayoría permiten ser objeto de canje, con lo cual los mismos pueden ser negociados en los llamados mercados secundarios; siendo menester acotar que al momento de negociar en un mercado secundario el trabajador se sometía a las condiciones que rigieran dicho mercado para tales negociaciones, pues en algunos casos se presentaron negociaciones con valores de reposición, que no son otra cosa que la compraventa de títulos a un valor facial inferior al valor inicial, o bien pudiera presentarse el caso de tener una negociación con bonos sobre primas, que implican la compraventa de bonos con un porcentaje superior al valor facial inicial del mismo. Estas condiciones muestran un alto margen de flexibilidad, pero a su vez, han representado una interrogante para los empleados públicos a quienes se les ha cancelado los pasivos laborales con tales instrumentos.

Ya se dijo que el Estado tiene la posibilidad de cumplir con sus compromisos a través de una planificación de su gasto público dentro del contexto de ejercicios anuales e inclusive plurianuales. El punto de partida entonces está en la forma cómo el Estado a través del Banco Central de Venezuela emite tales instrumentos, pues según las características del mismo se puede ver cuán flexibles o no sean al momento de ser negociados.

Cabe formular la siguiente pregunta ¿cuál es el interés real del trabajador luego de la adjudicación de los Bonos de la Deuda Pública Nacional? En el caso de los empleados públicos que aún están al servicio de la Administración Pública y la segunda de ella es la de los empleados públicos que dejaron de prestar servicios dentro del organismo respectivo de la Administración Pública Nacional. En ambos casos los empleados públicos tienen la posibilidad de esperar el vencimiento del instrumento público y percibir los intereses a través de los cupones trimestrales emitidos por el Banco Central de Venezuela. La disyuntiva se presenta en aquellos casos en los cuales el empleado público haya exigido la negociación de tales títulos, al momento de sus emisiones respectivas.

En el caso específico de los trabajadores que por cualquier circunstancia hayan terminado su relación de trabajo con la Administración Pública, no sólo la Constitución sino las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica del Trabajo, señalan tal deuda como de plazo vencido y en consecuencia ratifica su exigibilidad inmediata. Por esta razón, ante la imperiosa necesidad de negociar el instrumento público asignado, el empleado público pudo aceptar las condiciones de venta en el mercado secundario, pudiendo obtener un mejor costo de oportunidad en comparación con el resto de los trabajadores.

Respecto a la posición de los trabajadores, queda claro que ciertamente se permiten las transacciones (como se mencionó en el tema de la indisponibilidad relativa de la norma de orden público laboral) siempre y cuando no representen un menoscabo de derechos adquiridos por el mismo, derechos por demás de carácter irrenunciables. Al respecto, se observa una tendencia durante los últimos años en nuestra jurisprudencia que resguarda el principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores; ejemplo de ello se encuentra en la sentencia del 07 de noviembre de 2001 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, en el caso de Peregrina Rosalía Pace contra la Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela (CANTV):

Pero del análisis exhaustivo tanto del acta firmada en forma privada como la hoy demandada de fecha 29 de febrero de 1996 y de la firmada por ante la Inspectoría del Trabajo en fecha 18 de abril de 1996, no se evidencia transacción alguna sobre el derecho de “jubilación” reclamado en este juicio. Por consiguiente, no comparte esta juzgadora el criterio del *a quo* de considerar nugatorio lo reclamado por carecer de fundamento legal que lo refuerce, y considerar que la actora suscribió por ante la Inspectoría un acta según la cual conviene en dar por terminada la relación laboral, y según la *a quo* no consta en autos manifestación de voluntad de la trabajadora de querer acogerse al plan de jubilación.

En este caso la demandante reclamaba el derecho a la jubilación especial y la nulidad en consecuencia de la transacción suscrita entre la misma y la empresa. En tal fallo el sentenciador aclara con relación a la validez de las transacciones lo siguiente: “*Al respecto la doctrina y la jurisprudencia reiteradamente han señalado como requisito para la validez de la transacción, que ésta sea circunstanciada, es decir,*

que especifique de manera inequívoca los derechos, prestaciones e indemnizaciones sobre los cuales recae".

De la sentencia del 26 de julio de 2005, del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, en el caso de la Federación Nacional de Jubilados y Pensionados de Teléfonos de Venezuela contra la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), se destaca de nuevo la necesidad de entender la condición de irrenunciabilidad de los derechos adquiridos por los trabajadores dentro de la relación de trabajo:

En ese sentido la Sala considera que la pensión de jubilación, por definición, si bien debe ser calculada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma, no puede ser inferior al salario mínimo urbano y tal como lo ordena el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De allí que en el caso de autos, al no tomarse en cuenta ni considerar el cumplimiento de la disposición constitucional para el cálculo de las pensiones de jubilaciones, se vulneró ese derecho constitucional. De la misma manera, coinciden con lo expuesto precedentemente, se aprecia que la decisión sometida a revisión de la Sala vulneró el carácter irrenunciable del que gozan los derechos laborales, al excluir a quienes ostenten la cualidad de pensionados o jubilados del beneficio de los aumentos en las pensiones de jubilaciones proporcionales a los incrementos salariales que reciban los trabajadores activos de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela producto de las contrataciones colectivas.

Este breve panorama, destaca la protección de la cual se revisten los derechos y beneficios sociales, tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional para los trabajadores (públicos o privados) en nuestro país; quedando clara la importancia que reviste para todos los ciudadanos una economía en crecimiento y por tanto la imperiosa necesidad de ejercer políticas monetarias y económicas eficientes, por lo que se entiende la prelación que se dio a los derechos económicos que resguardan el orden público económico, legitimando la forma de pago utilizada por el Estado para cancelar las obligaciones laborales suscitadas con ocasión de la reforma de la Ley del Trabajo de 1997 en aras del bien común.

CONCLUSIONES

Como conclusiones de la investigación que precede encontramos que la tendencia de los distintos ordenamientos jurídicos de amparar bajo el velo constitucional a los derechos sociales, resulta poco efectiva en determinadas ocasiones, más aún, cuando se presenta una contraposición entre bienes jurídicos amparados bajo el velo del Orden Público y resguardados en el marco de los derechos y garantías constitucionales.

Ciertamente, se estudió la situación del empleado público que al servicio de la Administración Pública Nacional recibió por parte del Estado el pago de las prestaciones sociales acumuladas hasta la fecha de la reforma. Sin embargo, en un contexto de una aguda crisis económica en donde el mismo Estado debe resguardar a su vez el equilibrio macroeconómico, surgió como única alternativa para el mismo, como mecanismo de pago las emisiones de títulos valores públicos de renta fija que permitieron honrar no sólo obligaciones laborales, sino también, obligaciones sociales y económicas al servicio de la salud, vivienda, educación y en fin de todo el cúmulo de deberes que en su condición de Estado investigado de potestades públicas realizó.

Desde esa perspectiva podemos decir que, aun cuando el pago de las prestaciones sociales por Antigüedad son un derecho adquirido de exigibilidad inmediata e irrenunciable, tal como lo establece nuestra Constitución, no es menos cierto que con ocasión de la relación de trabajo entre los empleados públicos y la Administración Pública tal exigibilidad de forma inmediata pudiera desencadenar una agudización de la crisis económica que podría afectar con mayor gravedad tanto a los empleados públicos como al resto de la población venezolana, lo que se conocería como una afectación del interés general.

El alcance de lo antes dicho, refleja simplemente la posibilidad de un desequilibrio fiscal y monetario del Estado, que al no establecer correctamente las políticas económicas efectivas que permitan armonizar la relación del gasto público contra los ingresos nacionales durante un ejercicio específico, puede traer colateralmente una desestabilización monetaria y fiscal que se traduce en déficit presupuestario, que incide o repercute en mayor desempleo, mayor inflación y depresión en general del crecimiento económico, hecho que se traduce en el desmejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, afectándose en consecuencia el interés general, representando la deuda acumulada por concepto de

pasivos laborales una gran carga de años para la Administración Pública Nacional, de difícil cancelación durante el corto plazo.

Por ello, ciertamente el pago de los pasivos laborales, a través de bonos de la deuda pública no cumple a cabalidad lo preceptuado en la Constitución en cuanto a la oportunidad de cancelación y en cuanto a la exigibilidad de dicha deuda, por lo que podemos decir que tal como se han emitido dichos títulos públicos, los mismos no poseen las cualidades para resguardar los derechos de los empleados públicos; no obstante, no podría hablarse o tildarse de inconstitucionales las políticas implementadas por el Estado en su condición de patrono, de pagar los llamados “Pasivos Laborales” a través de Bonos de la Deuda Pública, si con ello se mantiene un equilibrio que le permite cumplir con su gran carga de obligaciones constitucionales de naturaleza económica y social, obligaciones que de manera intrínseca resguardan la tutela del interés general.

Ahora bien, si bien es cierto que la emisión de títulos públicos resultó ser la forma más viable para la Administración Pública de cumplir en un mediano plazo con la obligación derivada de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo reformada, ello no impide al empleado público negociar dichos Bonos de la Deuda Pública dentro del mercado secundario o primario (en caso de recompras) con lo cual el trabajador mantiene la posibilidad de resguardar el costo de oportunidad de sus pasivos laborales a la tasa de interés real en la fecha en que pretenda negociarlos, permitiendo tales condiciones de negociación de esos instrumentos, resguardar el valor nominal de los mismos. Sobre este punto no debe obviarse el supuesto establecido en las disposiciones de la Ley comentada ni de la Constitución, que señalan que en caso de terminación de la relación de trabajo se entenderá la deuda de plazo vencido y el organismo respectivo deberá girar instrucciones al ente emisor para el rescate del instrumento financiero con la finalidad de ser canceladas las referidas prestaciones.

En la práctica al darse este supuesto, el empleado público sólo ha tenido la posibilidad de canjear tales títulos públicos dentro del mercado financiero, mercado dentro del cual se han negociados estos instrumentos en muchos casos con un valor de reposición, es decir, con un valor inferior al valor nominal, esto podría hacer suponer, como consecuencia que el trabajador no recibe técnicamente todo el monto adeudado por concepto de pasivos laborales lo que pareciera un incumplimiento por parte del Estado-patrono; sin embargo, dentro del contexto de una economía ve-

nezolana con altas tasas de inflación y con un esquema de políticas presupuestarias deficitarias, se puede entender que al contrario de lo que pareciera una pérdida sobre el valor real de dicho bono, resulta sustancialmente un beneficio frente al valor real que pudiera proyectarse en el mediano plazo al vencimiento del título valor.

En tal sentido, lo trascendental se presenta en el hecho de que el Estado, investido de potestades públicas, tiene una alta carga de obligaciones constitucionales, y en ocasiones puede presentarse una diatriba que plantea dos obligaciones reconocidas por el Derecho positivo, reconocidas como obligaciones de orden público, tal es el caso planteado en la presente investigación, en donde se encontró una colisión entre derecho a las prestaciones sociales y su exigibilidad, reconocido por el Derecho del Trabajo como normas constitucionales de orden público; y por otra parte, se encuentra la obligación constitucional del Estado de velar por mantener el equilibrio económico y fomentar el desarrollo económico de la Nación, siendo esta obligación una norma de orden público general, dado el interés subyacente. En tales supuestos el Estado siempre tendrá el deber de inclinarse hacia el interés general frente a intereses particulares, fijando políticas estabilizadoras que permitan armonizar en cierta medida las principales variables que afecten la calidad de vida de sus ciudadanos y en consecuencia el crecimiento económico del país; por lo tanto, el medio que utilizó el Estado para pagar los pasivos laborales generados con ocasión de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, no se considera un medio inconstitucional, dado la preponderancia de atender el bien común de la colectividad.

La transferencia de tecnología y los derechos de los universitarios

Salvador LEAL WILHELM*

SUMARIO:

Introducción

- 1. La sociedad del conocimiento.**
- 2. La transferencia de tecnología: 2.1 Objecciones. 2.2 La propiedad intelectual y la divulgación del conocimiento.**
- 3. El financiamiento de la investigación.**
- 4. Las invenciones universitarias: 4.1 Las razones del sistema:
4.1.1 Distribución de riesgos. 4.1.2 El trabajo se hace en equipo.
4.2 El inventor. 4.3 El titular de la patente. 4.4 El tipo de invención. 4.5 Derechos del profesor.**
- 5. Derechos de autor y derechos afines.**

Conclusiones

* **La Universidad del Zulia**, Abogado, *Premio Simón Bolívar* (1993), por haber obtenido durante la carrera el promedio más alto de esa Casa de Estudios, Doctor en Derecho, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Profesor Asociado. Autor de varios libros y numerosos artículos y ponencias.

INTRODUCCIÓN

El Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela, ante lo que consideró una insuficiente asignación presupuestaria, acordó

buscar nuevos actores interesados en los proyectos universitarios, tales como gobiernos regionales o locales, organismos multilaterales, agencias de cooperación, instituciones del sector privado, como nuevas fuentes de financiamiento.¹

Esto ejemplifica una propuesta habitual en los últimos veinte años. Desde que se inició la restricción presupuestaria, la exigencia de los “presupuestos equilibrados”, las universidades venezolanas han manifestado su voluntad de disminuir su dependencia del Tesoro Nacional mediante su integración al sector privado, comercializando el resultado de sus investigaciones.

Para evaluar la factibilidad de esa relación con la empresa privada, se analizarán los argumentos a favor y en contra de esa integración. Para, finalmente, analizar el fragmentado y disperso conjunto normativo que regula los derechos de propiedad intelectual. Dado que si una invención u obra de ingenio pueden generar ingresos, los inventores o autores exigirían participación.

1. LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO

Internet, los SMS del teléfono celular, el *Ipod*, las *laptop*, son las expresiones visibles, los símbolos del comienzo de una nueva revolución de la economía. El producto cuya producción es la fuente de riqueza y desarrollo, es la información. Y las sociedades capaces de producirla y utilizarla son “sociedades del conocimiento”. Estas son aquellas sociedades capaces de producir nuevos conocimientos y difundirlos, de tal manera que permiten la acción social, en especial la producción, y capaces de emplearlas para el logro de los objetivos sociales y económicos.²

¹ Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela. *Comunicado*. En: *El Nacional*. Caracas. 1º de noviembre de 2005, p. A-19.

² Sther, Nicolo. *Knowledge Societies*. Londres. SAGE. 1994, p. 5.

Siendo la universidad:

Una comunidad de intereses espirituales que reúne a profesores y estudiantes en la tarea de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre (Artículo 1, Ley de Universidades).

En sus tareas de investigación, docencia y extensión contribuye a crear y difundir el conocimiento. Lo que se les exige ahora es que contribuyan a la explotación del conocimiento.

2. LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

Se necesita un proceso de transferencia de tecnología:

una formal transferencia de nuevos (sic) descubrimientos e innovaciones resultado de investigaciones científicas realizadas en las universidades al sector comercial.³

Las universidades en este proceso de vinculación con las empresas no sólo obtienen o pueden obtener beneficios, sino que deben ajustar sus patrones y cultura para hacer posible esa colaboración. Una colaboración que las empresas necesitan para aumentar su competitividad en una economía globalizada. Las empresas, especialmente las grandes transnacionales poseen e invierten ingentes recursos en investigación, recursos que exceden con mucho lo que cualquier universidad puede invertir. Sin embargo, esas inversiones sólo se traducen en mejoras incrementales o de productos existentes. Son las pequeñas empresas las que logran los grandes inventos.⁴ ¿Qué papel juegan o qué se espera de las universidades? Que realicen investigación básica que establezca las bases teóricas para las nuevas tecnologías. La investigación básica no genera beneficios por sí misma, pero funda la aplicada que sí los genera... Para las empresas esa inversión sería un desperdicio.⁵ En todo

³ Cornell Center for Technology, Enterprise and Commercialization. Bayh-Dole Act. En: <http://www.cctec.cornell.edu/bayh-dole.html>. 2005 (Acceso 10-11-2005). Salvo indicación en contrario, las traducciones son del autor.

⁴ Baumoll, William. *Education For Innovation: Entrepreneurial Breakthroughs Versus Corporate incremental Improvement*, en Jafe, Adam y Lerner, Josh (ed) *Innovation Policy And economy*. Vol. 5. Cambridge. MIT Press. 2005, p. 37.

⁵ *Idem*.

caso, no es fácil diferenciar que esa investigación básica y que aplicada, la primera, es la búsqueda de conocimientos fundamentales; la segunda, la búsqueda de utilidad. Una universidad debe ser capaz de combinar ambas actividades.⁶

2.1 OBJECIONES

Pero a esto se presentan objeciones como la formulada por el Ministro de Educación Superior de Venezuela: “otro problema con estas instituciones de educación superior es que siguen privilegiando la investigación y la extensión por encima del ingreso de matrícula”.⁷ Esta crítica no se hace sólo en Venezuela. En Estados Unidos se le reclama a las universidades el abandono de las clases de pregrado por parte de los grandes investigadores.⁸ Las críticas también provienen del sector privado que teme que se sacrifique la formación en aras de la comercialización de la investigación⁹ (Feller, 1999: 83). Éstas olvidan que la docencia es una forma en la que la investigación se transfiere a las industrias.¹⁰

La principal objeción que se avanza desde las propias universidades es la visión del sistema de propiedad intelectual como amenaza al libre flujo de la información, que niega a los investigadores el apoyo de la información generada por otros investigadores y funcionaría como una barrera a la labor propia de la universidad de difundir el conocimiento.¹¹ Esta crítica se basa en la visión idealizada de la ciencia que se ha querido describir con la célebre frase de Newton: “Yo sólo puedo ver lejos, porque estoy parado sobre los hombros de los gigantes que vivieron antes de mí”.¹² En el mundo de la ciencia habría un imperativo de comu-

⁶ Feller, Irwin. *The American University System As A Performer Of Basic And Applied Research*, en: Florida, Richard; Kodama, Fumio; Branscomb, Lewis. *Industrializing Knowledge. University-Industry Linkages in Japan and the United States*. Cambridge MIT Press. 1999, p. 85.

⁷ Moncada, Samuel. *Moncada reta a universidades del país a revisar cuentas*, en: ABN. *La Verdad*. Maracaibo. 22 de octubre de 2005, p. D4.

⁸ Cole, Jonathan. *The Research University In A Time Of Discontent*. Baltimore. John Hopkins University Press. 1994, p. 7.

⁹ Feller, Irwin. *The American University System As A Performer Of Basic And Applied Research*, en: Florida, Richard; Kodama, Fumio; Branscomb, Lewis. *Op. Cit.*, p. 83.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ Murray, Fiona. *Do Formal Intellectual Property Rights Hinder The Free Flow Of Scientific Knowledge?*. En <http://www.nber.org>. 2005. (Acceso 11-10-05).

¹² Merton, Robert. *The Sociology of Science*. Chicago. University of Chicago Press. 1979, p. 279.

nigar los resultados, so pena de ser aislado y rechazado por la comunidad científica.¹³

Sin embargo, la elección del modelo de ese sistema comunicativo o socialista de producción es bastante desafortunada. La biografía publicada por el ocupante actual de la cátedra de Newton en Cambridge presenta a alguien que ciertamente dista mucho del abnegado santo que encarnaría el ideal de Merton. Newton “compartía su trabajo con muy pocos de sus colegas”.¹⁴ No publicó su descubrimiento del cálculo infinitesimal y cuando más de diez años después, Leibnitz publicó una obra sobre el mismo tema, Newton se dedicó a perseguirlo y acusarlo de plagio.¹⁵ Pero ciertamente Newton consideraba necesario el libre acceso a la obra de los investigadores. Su obra *Principia Mathematica* fue posible gracias a los datos provistos por el astrónomo Flamsteed. Cuando éste se negó a proporcionarle más información, intentó obligarlo a publicar sus datos e incluso intentó confiscarlos, pero un tribunal lo impidió. El nombre de Flamsteed fue borrado de la siguiente edición de la obra de Newton.¹⁶ Eventualmente Hooke –otro físico– se ufanó de haber proporcionado ideas básicas para Newton, su nombre también fue eliminado de la obra.¹⁷ El sistema de Merton exigiría ángeles que actuarán movidos sólo por su deseo de contribuir al buen público, sin otra recompensa que el reconocimiento. La verdad, como ilustra la vida de Newton, es que los científicos son movidos por la vanidad que los lleva a buscar el reconocimiento. Eso explica que raramente un científico se ocupe de comprobar los resultados que otro científico presente. Se trabaja sobre ellos, dándolos por buenos, pues no hay prestigio en repetir lo que otro diga.¹⁸ Y todo esto a pesar de la advertencia de Richard Feynmann, Premio Nobel de Física del año 1965, en el sentido de que es un error característico de la ciencia de baja calidad el consejo habitual de los tutores de tesis sobre la necesidad de evitar proyectos que se refieran a problemas ya resueltos. Obviando que sólo se consideran válidos los resultados que han sido confirmados por científicos independientes al reproducir el experimento en las mismas condiciones. Las soluciones

¹³ *Ídem.*

¹⁴ Hawking, Stephen. *A Hombros de Gigantes*. Barcelona. Crítica. 2003, p. 645.

¹⁵ *Ídem.*

¹⁶ Hawking, Stephen. *A Brief History of Time*. EE.UU. Bantam. 1996, p. 197.

¹⁷ Hawking, Stephen. *A Hombros. Cit.*, p. 648.

¹⁸ Tullock, Gordon. *The Organization Of Inquiry*. Indiana. Liberty Fund. 2003, p. 127.

previas pueden ser erradas.¹⁹ O simplemente ser falsificaciones. Como demuestra el reciente caso de la supuesta clonación de células madres en Corea que resultó ser un fraude,²⁰ volver sobre problemas “ya resueltos” es necesario para asegurar el correcto funcionamiento de la ciencia, es el mecanismo de autocontrol de ésta. Sin embargo, dado que todo científico sabe esto, los casos de fraudes son pocos y las posibilidades de reconocimiento son pocas por descubrirlo.

El reconocimiento sólo se obtiene si la publicación se produce tempestivamente antes de que otro reclame el premio para sí. Y no se trata de recompensas sólo inmateriales, con el prestigio llegan los premios, y éstos son acompañados de un cheque, subvenciones, invitaciones a conferencias con gastos pagos. Incluso, un científico puede devenir en celebridad, y eso le permite obtener otros beneficios como reconoce James Watson, quien ganó el Premio Nobel por su teoría sobre la estructura de doble hélice del ADN. A él su fotografía en la revista de modas *Vogue* le agració, pues le permitió ser atractivo para las mujeres de Estados Unidos.²¹ En definitiva, el prestigio se basa en las publicaciones, y el prestigio es un capital que puede rendir pingües ganancias.

Otro motivo para rechazar el financiamiento de la investigación es la posibilidad de que sirva para censurar ideas peligrosas. Por ejemplo, una investigación financiada por una compañía puede resaltar el hecho de que los productos de la competencia son más baratos y más efectivos.²² Pero, en una universidad venezolana por motivos políticos, se intentó –a la larga sin éxito– impedir la participación de una profesora en un Congreso, en el cual divulgaría los resultados de una investigación sobre la situación del país.²³

¹⁹ Feynmann, Richard. *Cargo Cult Science*, en Feynmann, Richard. *Surely you're Joking, Mr. Feynmann!* New York. W.W. Norton, 1997. p. 344.

²⁰ Kolata, Gina. *Scandal for Cloning Embryos: "A Tragic Turn" for Science*. En *New York Times*. En: <http://www.nytimes.com/2005/12/16/science/16research.html?ex=1292389200&en=5702e1752d176e3&ei=5088&partner=rssnyt&emc=rss>. (Acceso 16-12-2005).

²¹ Watson, James. *Genes, Girls and Gamow. After the Double Helix*. EE.UU. Vintage. 2003, p. 74.

²² Florida, Richard; Cohén, Wesley. *Engine or Infrastructure? The University Role in Economics Development*. En Florida, Richard; Kodama, Fumio; Branscomb, Lewis. *Op. Cit*, p. 600.

²³ Arenas, Ender. *Una Mañana de Consejo. La Verdad*. Maracaibo.22 de octubre de 2005, p. A-4.

2.2 LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA DIVULGACIÓN DEL CONOCIMIENTO

Las críticas, en todo caso, ignoran las razones que justifican la existencia de las patentes y el funcionamiento del sistema. Las empresas, según un estudio de la ONU, prefieren el secreto comercial como protección de sus innovaciones.²⁴ Esta opción es en principio ineficiente. El conservar el secreto exige un gasto para protegerlo, así como otras empresas gastarán en descubrirlo.²⁵ Pero la Ley de Propiedad Intelectual, LPI, artículo 15 y la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, artículo 15, impiden proteger los métodos de producción. La primera, además, no permite patentar nuevos usos de productos ya conocidos, así como preparaciones químicas, inventos teóricos (Art. 15 LPI), lo que obliga a proteger esas innovaciones a través del secreto.

El sistema de patentes exige el secreto pero sólo hasta que la patente se solicite. El artículo 15 ord. 9 de la LPI, impide patentar inventos ya dados a conocer y la Decisión 486 exige que el invento no forme parte del estado de la técnica, lo cual ocurre si el invento ha sido previamente divulgado al público. Si bien permite la divulgación por el inventor en el año previo a la solicitud (Art. 17 Decisión 486). Excepción ésta inexistente con tanta amplitud en el derecho europeo, que sólo excluye los actos abusivos y su publicación en exposiciones oficiales.²⁶ Pero en cambio, la decisión 486 es similar a la norma de los Estados Unidos que no establece limitaciones a la publicación en el año previo a la solicitud.²⁷ En definitiva, no existe el conflicto entre el avance del conocimiento y la patente, dada esa amplísima excepción al requisito de novedad.

La patente por lo demás es un medio de garantizar la divulgación del conocimiento, pues es un requisito de la solicitud que se acompañe una descripción que:

²⁴ United Nations Conference on trade and development. *World Investment Report 2005. International Corporations And The Internationalization of R& D.* En <http://www.UNCTAD.org>. 2005 (Acceso 11-10-05).

²⁵ Landes, William; Posner, Richard. *The Economics Structure Of Intellectual Property Law*. Cambridge. Harvard University Press. 2003, p. 17.

²⁶ Otero, José. *Los requisitos de patentabilidad en la decisión 486*, en CORPIC. *Seminario sobre patentes de la Comunidad Andina*. Medellín. Dike 2001, p. 108.

²⁷ US Congres. *US Code. Title 35 - Patents*. En: <http://www4.law.cornell.edu/uscode/>. (Acceso 13- 11-2005).

Deberá divulgar la invención de manera suficientemente clara y completa para su comprensión y para que una persona capacitada en la materia pueda ejecutarla (Art. 28 Decisión 486).

En términos semejantes se expresa el artículo 59 ord. 2º de la LPI.

Y esa información puede ser legítimamente utilizada para crear inventos paralelos como los clones de computadora.²⁸ Asimismo esa información puede utilizarse con fines de experimentación, investigación científica o con fines de enseñanza. La patente entonces asegura la difusión del conocimiento. No impide sino el aprovechamiento comercial por terceros no autorizados por un tiempo determinado.

Por demás, las empresas pueden divulgar la información con fines comerciales, como una defensa que impida el desarrollo de productos sustitutos de los que la empresa produce. La patente asegura un monopolio temporal que permite dedicar recursos al desarrollo de un producto. Una empresa puede divulgar una invención recién realizada para evitar que una compañía rival pueda desarrollar un producto competidor. Es una divulgación defensiva, una “inversión que impide la propiedad”.²⁹ En el periódico puede leerse que IBM, SONY, PHILLIPS, fabricantes de computadoras y equipos electrónicos que usan *software*, van a compartir las patentes de LINUX.³⁰ LINUX es un programa de código abierto, *open source*, cualquiera puede modificarlo, y de distribución gratuita. Estas empresas invierten recursos para luego ofrecer el producto sin costo. Están regalando las hojillas, para que el consumidor compre las máquinas de afeitar. Eso, además, les permite evitar que el proveedor del *software*, del sistema operativo específicamente, pueda disminuir las ventas del *hardware*, u obligarlo a mantener precios bajos para compensar las inversiones que el usuario debe hacer en *software*.³¹ En definitiva, no hay ningún motivo filantrópico detrás del movimiento de “*software libre*”.

²⁸ Lander y Posner, *Op. Cit.*, p. 295.

²⁹ Merges, Robert. *A New Dynamism in the public Domain*. En: *University Of Chicago Law Review*. Vol. 71. N° 1. University of Chicago Press. Chicago. 2004, p. 186.

³⁰ Reuters. *Promotores de LINUX forman empresa para compartir patentes*. En: *El Nacional*. 12 de noviembre de 2005, p. A15.

³¹ Merges, Robert. *A New Dynamism* *Cit.*, p. 192.

3. EL FINANCIAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

Una vez que se ha realizado una innovación, es necesario determinar, evaluar si la tecnología es patentable, si se justifica la inversión en patentes. Y, finalmente, si puede ser desarrollada, llevarla al estado en que pueda ser comercializada, incluyendo la preparación del proceso de producción. Además de estudios de mercados y su exposición en el mercado.³² Lo cual exige recursos cuya inversión puede perderse si el mercado no acepta el producto. El riego es grande pero también lo sería en consecuencia la ganancia. De allí que se haga necesario un mecanismo para financiar esas inversiones. Son los fondos y sociedades de capital de riesgo, cuya ley fue dictada en el año 2001. El capital de riesgo es útil, pues los inventores no necesariamente están en capacidad de manejar un negocio, en un proceso de división del trabajo, se confía a expertos la explotación de la patente.³³ Pero en el caso de la investigación surgen problemas de asimetría de información, el inversionista no tiene la capacidad para evaluar las potencialidades de la innovación y pueden exigir o intereses demasiado altos o un control excesivo en la provisión de fondos. El segundo problema es cultural, la probabilidad de fracaso en el campo de la tecnología es alta, y con el fallo de varias inversiones se puede llevar a la insolvencia al fondo o sociedad. La reacción casi irracional ante la crisis bancaria de 1994 hace evidente que en Venezuela no se comparte la noción de que “la quiebra es un necesario e inevitable costo de la innovación, y (...) esa actitud incentiva la toma de riesgos. Y si no puede fallar no se empezará”.³⁴

La Ley Orgánica de Ciencia y Tecnología e Innovación, LOCTI, ante esa realidad establece un mecanismo compulsivo de financiamiento de la investigación, que se traduce en reforzar lo que hoy ocurre en la realidad, la investigación es financiada con recursos propios o bancarios.³⁵ Esta Ley, Arts. 36 al 38 establece porcentajes de ingresos brutos

³² Kano, Shinyo. *The Innovation Agents And Its Role*. En: En Florida, Richard; Kodama, Fumio; Branscomb, Lewis, *Op. Cit.*, p. 370.

³³ Lerner, Josh. *Venture Capital And The Commercialization Of Academics Technology. Symbiosis And Paradox*. En Florida, Richard; Kodama, Fumio; Branscomb, Lewis. *Op. cit.*, p. 385.

³⁴ Friedmann, Thomas. *The Lexus And The Olive Tree*. EE.UU. Anchor. 2000, p. 367.

³⁵ Ministerio de Ciencia y Tecnología. *Plan Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación 2005-2030*. En <http://www.mct.gov>, 2005 (Acceso 14-11-2005).

que las empresas deben destinar a financiar la investigación y desarrollo. Entre otros, a través, del financiamiento de proyectos de investigación con participación de las universidades (Art. 42 numeral 8 literal a. De otorgarse ese financiamiento y lograrse una patente, surgiría el problema de los derechos sobre las ganancias.

4. LAS INVENCIONES UNIVERSITARIAS

Los productos útiles, novedosos, no obvios y originales, como puede derivarse de los requisitos de la Decisión 486, arts. 15 al 21, puede ser objeto de una patente. La Decisión precitada en su artículo 22, lo mismo que la LPI en su artículo 58, sólo permiten que se considere inventor a una persona natural, tal como ocurre en el derecho comparado.³⁶ Sin embargo, a paso seguido la decisión 486 establece que el titular del derecho puede ser una persona jurídica, artículo 22. Luego, el artículo 23 remite a la legislación laboral para la regulación de las invenciones. La Ley Orgánica del Trabajo, LOT, establece que las invenciones pueden ser de servicio, cuando el trabajador ha sido contratado como investigador; de empresa, cuando se realice gracias a los medios de la empresa; y libre, cuando sean independientes de los medios de la empresa (Art. 80 al 83). La ley de Universidades silencia por completo la materia, luego la LOT es aplicable a los profesores universitarios.

4.1 LAS RAZONES DEL SISTEMA

La consideración como inventor a la persona natural parte de la concepción del invento como el resultado de la chispa del genio³⁷ que sólo el inventor podría tener. Pero Thomas Edison, el inventor, con una metáfora que se ha vuelto un lugar común describió con más precisión el proceso de invención en “el genio es 99% transpiración, 1% inspiración”. El invento no está ligado al inventor como la obra al autor. Si Cervantes no hubiera sido herido en Lepanto hoy no se podría leer el Quijote. En cambio, sin Alexander Graham Bell aun habría teléfono. En el año 2002, el Congreso de Estados Unidos reconoció al italiano Meucci como el verdadero inventor del teléfono en lugar del escocés Bell.³⁸

³⁶ Burk, Don. *Intellectual Property And The Firm*. En: *University Of Chicago Law Review*. Vol. 71. No.1. Chicago. University of Chicago Press. 2004, p. 15.

³⁷ *Ibidem*, p. 4 y Us Supreme Court, *Cuno Engineering Corp. V. Automatic Devices Corp.*, 314 U.S. 84 (1942). En: <http://laws.findlaw.com/us/314/84.html>. 2005. (Acceso 13-11-2005).

³⁸ Carroll, Rory. *Bell did not invent telephone, US rules*. En: <http://www.guardian.co.uk/international/story/0,3604,738675.00.html>. 17 de junio de 2002. (Acceso 10-11-2005).

Pero Tesla, Edison y Elisha Grey también propusieron aparatos telefónicos, pues los principios que lo fundamentan eran bien conocidos. La ley en definitiva, asigna el derecho moral al inventor que puede elegir ser reconocido o no (Art. 24 Decisión 486). Y los derechos patrimoniales al empleador. Y no puede ser de otra manera la investigación exige grandes inversiones, y se hace en equipo, lo cual puede llegar a hacer indiscernible al inventor.³⁹

Las razones que justifican el régimen son entonces:

4.1.1 *Distribución de riesgos*

El empleador invierte recursos en la investigación y desarrollo, cuyos retornos están sujetos a que efectivamente se descubra o invente un producto y que el mercado lo acepte y remunere. El investigador en cambio recibe un sueldo fijo sin importar si logra resultados. En el caso de las universidades su estabilidad les está garantizando aun sin jamás realizar una sola innovación o descubrimiento importante. Su obligación es de medio no de resultado. Obviamente si el invento tuviese éxito y se le atribuyesen los derechos al inventor, se traduciría en una injusta situación donde el profesor gana siempre y la universidad siempre pierde.⁴⁰

4.1.2 *El trabajo se hace en equipo*

El trabajo de investigación se hace en equipo, no es posible identificar las contribuciones individuales, y cuando es posible si cada uno de los miembros tomase los derechos bastaría que uno de ellos se negara a cederlos para impedir el proceso. Y podría exigir una mayor participación pues sin su parte el todo no funcionaría.⁴¹

4.2 *EL INVENTOR*

Para que la norma del artículo 81 LOT sea aplicable, el inventor debe ser miembro del personal de la universidad. Lo que significa, instructor, profesor ordinario, auxiliar de investigación, investigador o docente libre o finalmente profesor contratado (Ley de Universidades, Arts. 87 y

³⁹ Burk, Don. *Op. Cit.*, p. 4.

⁴⁰ Merges Robert. *The Law And Economics Of Employee Inventions*. En: *Harvard Journal of Law & Technology*. Vol. 13, Number 1 Fall. En: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/13HarvJLTech1.pdf>. 1999. (Acceso 14-11-2005).

⁴¹ *Idem*.

88) Pero en la investigación pueden participar estudiantes como preparadores de investigación, como pasantes, como desistas de PRE y postgrado. Los preparadores y pasantes están en una relación contractual y por lo tanto se rigen por la norma de la LOT, tal como un empleado. En el caso de los desistas, no resulta aplicable la LOT, por no ser empleado. Debe establecerse en la normativa interna la regulación de la materia. Caso contrario el tesista es titular de los derechos.⁴² Si bien debe tomarse en cuenta que la invención se realiza gracias a los medios de la universidad y bajo la supervisión de un tutor. La asignación de los derechos a la universidad también podría ser injusta si las instalaciones de la universidad no fueron lo fundamental y especialmente en caso de trabajar con tutores absentistas que podrían legalmente apropiarse del trabajo de otros.⁴³

4.3 EL TITULAR DE LA PATENTE

Si el empleador es el titular de la patente sería obvio que la universidad es el titular. Pero la razón de asegurarle al empleador la patente como ya se vio, es la provisión de los recursos materiales por el empleador. Pero esa situación varía cuando el financiamiento de la investigación es provisto por el Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología (Arts. 60 y 61 LOCTI) o cuando se trata de los programas a través de los cuales se canaliza el financiamiento obligatorio (Art. 42 *eiusdem*).

En el caso de que se trate de entes públicos la LOCTI, art. 27 da competencia al Ministerio de Ciencia y Tecnología para establecer las condiciones de titularidad de la propiedad intelectual. La Decisión 486 establece la obligación de que parte de los recursos que se obtengan en tal caso se reinvertan en investigaciones y se reconozca participación a los inventores (Art. 23) La normativa a dictar debería reconocer en todo caso que la universidad aporta su infraestructura y personal. En el derecho comparado, Alemania, Inglaterra y Francia, reconocen la titularidad a las universidades, reservándose el gobierno licencia para el uso de la patente.⁴⁴ El modelo de esas reglas es la Bayh-Dole Act de los

⁴² Blanca, Araceli. *Protección jurídica de las invenciones universitarias y laborales*. Pamplona. Aranzandi. 1999, p. 156.

⁴³ Patel, Sandip. *Graduate students ownership and attribution rights in intellectual property indiana law journal*. Spring. En: <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/joint/links/articles/patel.html>. 1996. (Acceso 02-09-05).

⁴⁴ Blanca, Araceli. *Op. Cit.*, p. 230.

Estados Unidos dictada en 1980 enmendada en 1992, que establece que las universidades, como instituciones sin fines de lucro y las pequeñas empresas, deben notificar de las invenciones realizadas al ente financista. Y siempre que lo hagan en un lapso razonable, para asegurar su explotación, pueden retener el derecho a solicitar la correspondiente patente. El gobierno se reserva a su vez una licencia no exclusiva no transferible sobre el invento. A su vez la universidad sólo podría comercializarla a través de licencias no exclusivas.⁴⁵

En el caso de los proyectos financiados por entes privados, cumpliendo con la obligación de la LOCTI, art. 36 y siguientes. En el entendido de que se trata de recursos de las empresas, no se trata de un impuesto o contribución, desde el momento que la empresa debe gastarlo previo contrato con el ente investigador (Art. 34 *eiusdem*). Este contrato se corresponde con el contrato de obras regulado por el Código Civil (Art. 1630), con una obligación de medios, no de resultados.⁴⁶ La LOCTI no establece a quién se asignan los derechos de propiedad intelectual, limitándose a mencionar la participación nacional en los derechos (Art. 42 numeral 4). La norma LOT obviamente no es aplicable, pues el contratante es la universidad ésta no es empleada sino contratista. En consecuencia, dado respecto al profesor la universidad es el empleador eso la hace titular del derecho de propiedad intelectual.⁴⁷ Por supuesto, la universidad estaría obligada a licenciar la tecnología a la empresa que la financió. En todo caso, el contrato podría regular de manera distinta la materia.

4.4 EL TIPO DE INVENCIÓN

Las invenciones hechas por aquellos contratados como investigadores, pero también aquellos en cuya obtención sean determinantes las instalaciones de la empresa, son de la titularidad del empleador, la universidad. Las primeras son de servicio, las segundas de empresa (Art. 81 y 82 LOT). Una norma mucho más amplia en favor del patrono que en el derecho comparado.⁴⁸

⁴⁵ U.S. House of Representatives. *United States Code*. En <http://uscode.house.gov/2005>. (Acceso 14-11-2005).

⁴⁶ Blanca, Araceli. *Op. Cit.*, p. 222.

⁴⁷ Roberts, John. *Work Made For Hire: The Fiction, The Reality And Impound Upon Software Development*. En: *Harvard Journal of Law & Technology*. Vol. 1. Number 1. Spring. En: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/01HarvJLTech097.pdf>. 1988. (Acceso 14-11-05).

⁴⁸ Blanca, Araceli. *Op. Cit.*, p. 158.

Las invenciones de servicio son el resultado de la labor de los profesores investigadores, aun de los docentes si lo hacen bajo la figura de los proyectos aprobados por el respectivo Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico. El profesor debe estar activo, si está jubilado no se consideraría una invención de servicio, salvo que esté aún prestando servicios a la universidad como contratado o como es habitual en Venezuela, continúe desempeñando labores en la universidad, y se realice esta invención con medios de la universidad. Si se trata de un profesor a tiempo completo o dedicación menor, y la invención se realiza en su otro trabajo, es al otro empleador a quien corresponden los derechos.

En Venezuela las invenciones realizadas con los medios de la empresa por trabajadores no contratados como investigadores, se consideran invenciones de empresa y el empleador es el titular. En el derecho comparado, sólo se asigna al empleador un derecho de opción. Y se otorga si se relaciona con las obligaciones del empleado, si está dentro de los intereses del empleador y si se realiza con medios y en el tiempo de trabajo.⁴⁹ La norma venezolana sólo abarcaría a los docentes que por su dedicación tengan obligaciones como investigadores. Esto no se traduce necesariamente en la pérdida de derechos del inventor, pues los empleadores pueden ignorar el valor del invento. Aunque sólo tenga valor anecdótico y no sea una prueba, el caso *Apple* es ilustrativo. Steve Woniak, quien ni siquiera se había graduado de ingeniero, uno de los inventores de la primera microcomputadora exitosa comercialmente, trabajaba en una empresa de computadoras. Él ofreció, como estaba obligado legalmente, la opción a la empresa. Y ésta les entregó por escrito una renuncia a todo derecho sobre el invento.⁵⁰

Finalmente, son libres aquéllas realizadas por un empleado no contratado como investigador y sin utilizar los medios de la empresa. La Ley otorga al empleador un derecho de opción sobre el invento (Art. 83 y 85 LOT).

4.5 DERECHOS DEL PROFESOR

Como regla general el profesor no tiene derecho sino a su sueldo. Sin embargo, cuando los beneficios sean desproporcionales respecto al sueldo, la universidad deberá atribuir una participación en los beneficios al

⁴⁹ Burk, Don. *Op. Cit.*, p. 16.

⁵⁰ Allan, Roy. *A History of the Personal Computer. The People and the Technology*. Canadá. Allan Publishing. 2001, p. 79.

profesor (Art. 84 LOT). En todo caso lo conveniente es establecer previamente por reglamento y contrato cuándo y cómo se distribuirán los beneficios. Por demás, para el cálculo de los beneficios debe descontarse el gasto de la universidad en la comercialización de la patente.⁵¹

Por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, “la medida concreta para la aplicación de los mismos en el caso particular no nos la resuelve con exactitud la propia ley que los ha creado y cuya aplicación se trata”.⁵²

Por lo que quedará en caso de conflicto a la decisión de los tribunales sobre los que representan una desproporción.

5. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES

Las principales obras de ingenio realizadas por universitarios están protegidas por la ley de derechos de autor. Artículos científicos, libro de textos para clases dictadas e injustificadamente el *software*. El régimen del Derecho de Autor es relevante para la transferencia de tecnología dado que el *software* está protegido por el derecho de autor y no por el régimen de patentes. (Art. 2 Ley Derechos de Autor y Art. 4 de la decisión 351 de la Comunidad Andina). Y este es un campo fértil para la colaboración de las empresas con las universidades. Internet nació como Arpanet, una red entre el departamento de Defensa de Estados Unidos y las universidades. El Internet Explorer está basado en NCSA Mosaic, un programa *open source* desarrollado en el National Center for Supercomputing Applications de la universidad de Illinois.

La ley venezolana reconoce la autoría a las personas naturales, Art. 8 Decisión 351 de la Comunidad Andina. Y se asegura que se deriva de los artículos 9º y 12 de la Ley de Derechos de Autor.⁵³ Pero la regla no es universal, en el derecho comparado se admite la autoría de personas jurídicas. Se ha observado que la noción del artista inspirado tiene menos influencia en el derecho de autor que la chispa del genio en el dere-

⁵¹ Blanca, Araceli. *Op. Cit.*, p. 243.

⁵² García De Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Revista de Administración Pública Nº 38. Madrid. Secretaría de Gobierno 1962, p. 171.

⁵³ Antequera, Ricardo. *El nuevo régimen del derecho de autor en Venezuela*. Caracas. Autoralex, 1994, p. 58.

cho de las patentes.⁵⁴ Pero la historia del arte y de la literatura apoya la posición anglosajona, grandes obras maestras, la Gioconda, el Moisés, el Juicio Final, fueron hechas por encargo. Por demás, la producción industrial de libros tampoco es una innovación reciente. Dumás fue condenado por plagio, debido a que firmaba obras escritas por otro. Como Rembrandt firmaba obras hechas por sus discípulos. Pero como también se ha observado los recursos materiales en general son innecesarios para las obras de ingenio.⁵⁵ En todo caso, la regla sobre obras por encargo en Venezuela es la misma del derecho anglosajón.

La titularidad de los derechos patrimoniales de las obras realizadas por encargo o bajo relación laboral pertenece al empleador (Art. 10 Decisión 35 y 59 Ley de Derechos de Autor). En el caso del *software* si el programa es realizado en equipo los derechos morales se presumen cedidos al productor, al que dirige la elaboración del programa (art. 17 L DA). Pero esta opción es negada en la Decisión 351 art. 23.

Otra forma de transmitir la tecnología a las empresas es a través de la publicación de las lecciones de los profesores. Esto puede hacerse reduciéndolos a escrito y publicándolos a la manera tradicional. También pueden publicarse en la *World Wide Web* siguiendo el modelo de los Opencourseswares del Instituto de Tecnología de Massachusetts.⁵⁶ Como también utilizando técnicas multimedia desde la hoy anticuada grabación en VHS o DVD hasta la transmisión vía *web cam*. Pero la ley, injustificadamente en principio, dado que es el objeto de la relación entre el profesor y la universidad, atribuye al profesor los derechos sobre las conferencias o lecciones impartidas en instituciones docentes. Art. 59 *eiusdem*. Esto se puede justificar sobre la base del poco valor comercial que en general tienen los apuntes, así como la naturaleza especial de las lecciones y finalmente la libertad académica. (Artículo 106 Ley de Universidades) impide igualar la relación del profesor con la de un empleado, dado que la universidad carece de poder de dirección.⁵⁷ La excepción en todo caso sólo abarca las lecciones y su reduc-

⁵⁴ Burk, Don. *Op. Cit.*, p. 16.

⁵⁵ *Ídem*.

⁵⁶ Massachusetts Institute of Technology. MITOpenCourseWare En <http://ocw.mit.edu/OcwWeb/index.htm>.2005 (Acceso 23 -11- 2005).

⁵⁷ Holmes, Georgia; Levin, David. *Who Owns Course Materials Prepared by a Teacher or Professor? The Application of Copyright Law to Teaching Materials in the Internet Age*. En: *Brigham Young University Education & Law Journal*. En: <http://web9.epnet.com.2000>. (Acceso 05-07-05).

ción a escrito, no así a los programas de la materia y trabajos de ascenso por ser obligaciones del profesor según la ley (Arts. 106 y 89).

CONCLUSIONES

1. Esta sociedad del conocimiento en la que la información es un bien fundamental de los procesos económicos, la universidad está llamada a jugar un rol decisivo.
2. La universidad debe generar y transmitir el conocimiento, pero también debe integrarse en el sistema de producción económica.
3. La transferencia de tecnología de las universidades a las empresas es una posible fuente de recursos económicos.
4. La investigación permite mantener la pertinencia de la docencia y mejorar la calidad de esta.
5. La protección por medio de patentes garantiza la difusión del conocimiento al exigirse para su otorgamiento que se incluya una descripción completa del invento. Además, en Venezuela, la ley permite la publicación hasta un año antes de solicitar la patente.
6. El inventor sólo puede ser una persona natural pero la universidad puede ser titular de la patente.
7. Las invenciones hechas por profesores pertenecen a la universidad.
8. En caso de beneficios desproporcionados, el inventor tiene derecho a participar en aquellos.
9. La utilización de un concepto jurídico indeterminado sólo potencia los conflictos.
10. En materia de derechos de autor las reglas son las mismas, excepto en el caso de las lecciones y sus reducciones a escrito, que pertenecen al profesor.
11. La ley impone a las empresas financiar la investigación. Los derechos en esos contratos pertenecen a la universidad

Ejecución de las providencias administrativas emanadas de la Inspectoría del Trabajo

Iván Alí MIRABAL RENDÓN*

SUMARIO:

Nota introductoria

- 1. Aplicabilidad de los procedimientos judiciales (Contencioso laboral y amparo constitucional).**
- 2. Elementos formales de admisibilidad de la pretensión de amparo: 2.1 De la competencia y tutela constitucional solicitada. 2.2 Identificación del hecho lesivo. 2.3 Del agotamiento de las vías recursivas o de impugnación disponibles. 2.4 Supuestos legales de admisibilidad de la pretensión de amparo constitucional. 2.5 De la legitimación.**
- 3. Derechos constitucionales violentados a causa del desacato. 3.1 Derecho al trabajo. 3.2 Derecho constitucional a la**

* Universidad Católica del Táchira, Abogado. Universidad Católica Andrés Bello, Especialización en Derecho del Trabajo. Universidad Fermín Toro, Profesor de Derecho del Trabajo. Revista *Derecho del Trabajo*, Director-Editor. Despacho de Abogados SVM & Asociados, Miembro principal. e-mail: imirabali@hotmail.com – imirabali@gmail.com

percepción salarial. 3.3 Violación a la obligación que impone la norma constitucional de cumplir con los actos emanados del Poder Público.

4. **Problemática de actualidad que presenta la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia al no mantener un criterio uniforme.**
5. **Soluciones a la incertidumbre jurídica que presenta nuestra doctrina jurisprudencial en esta materia.**

Conclusiones

NOTA INTRODUCTORIA

En estos tiempos donde se ha convertido en regla la inamovilidad laboral dictada por el ejecutivo nacional o en los casos de inamovilidad especial, bien sea por fuero sindical o inamovilidad por razones de maternidad –entre otros– el trabajador que es despedido sin justa causa puede acudir a la Inspectoría del Trabajo de su jurisdicción para solicitar el reenganche a su puesto de trabajo y el consecuente pago de salarios caídos; cuando se cumplen los requisitos para que la misma le ampare conforme al ordenamiento jurídico.

Habiéndose instaurado un procedimiento administrativo de reenganche y pagos de salarios caídos por un trabajador amparado con inamovilidad laboral que fue despedido sin justa causa y al ser declarado con lugar por el Inspector del Trabajo la solicitud administrativa, pero el empleador desacata la orden de reenganche y pago de salarios caídos del Inspector, surge la problemática de su ejecución. En base a este supuesto pretendemos plantear soluciones, siendo que la legislación no presenta normativa efectiva al respecto, en virtud de ello, intentaremos crear una posibilidad dual partiendo del análisis de las medidas que deben adoptarse para proteger la constitucionalidad de los derechos afectados, con el fin de buscar soluciones efectivas para el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

El presente estudio se enfoca en la búsqueda de mecanismos dirigidos a solventar la situación del trabajador despedido sin justa causa, cuando éste goza de inamovilidad laboral. Siendo que, el trabajo como hecho social que reconoce el Estado venezolano es un derecho de rango constitucional inherente a todos los ciudadanos –sin discriminación alguna– además de que el desempleo no sólo significa pérdidas para el que lo sufre, sino para la sociedad –que también se ve afectada– porque toda la estructura social comparte el costo del desempleo.

Para desarrollar este tema como primer punto trataremos de fundamentar la aplicabilidad de los procedimientos judiciales (Contencioso Laboral y Amparo Constitucional), para luego entrar a analizar algunas decisiones judiciales, que han tocado este punto controversial, que hemos compilado y estudiado, para ofrecer propuestas concretas.

1. APLICABILIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES (CONTENCIOSO LABORAL Y AMPARO CONSTITUCIONAL)

Para comenzar a dilucidar el presente tema se hace necesario definir lo siguiente:

Cuando un trabajador se encuentra investido de inamovilidad laboral y es despedido sin justa causa y el empleador no instauró el procedimiento administrativo que le otorga la Ley Orgánica del Trabajo,¹ en su artículo 453, para despedir cuando se ha materializado causa justa para el despido, el trabajador puede asistir a la Inspectoría del Trabajo de su jurisdicción para intentar un procedimiento administrativo de reenganche y pago de salarios caídos.

Al dictar la decisión el Inspector del Trabajo y declarar con lugar la solicitud del trabajador, un funcionario del trabajo debe practicar la debida notificación al patrono para que cumpla con la Providencia Administrativa; el problema surge cuando el empleador desacata dicha orden.

Al ser la Inspectoría del Trabajo un ente de la Administración Pública, sus decisiones son verdaderos actos administrativos, así lo ha expresado la pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial, al señalar:

En tal sentido la Sala ha señalado en reiterada jurisprudencia que los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo son actos administrativos, a pesar de que el control de la legalidad de los mismos esté sometido a la jurisdicción laboral (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Políticoadministrativa, Sentencia de fecha 20-11-2001, Exp. N° 2001-0753).

La Administración Pública Laboral cuenta con mecanismos expresamente previstos en la ley especial para hacer valer (en forma indirecta) sus decisiones, para los casos sobre el pago de los salarios caídos, los

¹ En lo sucesivo LOT.

cuales son una consecuencia inmediata de haberse acordado el reenganche; en tal sentido, la propia Ley Orgánica del Trabajo (LOT) prevé en su artículo 642, que toda desobediencia a citación u orden emanada del funcionario competente del trabajo, acarreará al infractor una multa no menor del equivalente a un octavo (1/8) de un salario mínimo, ni mayor al equivalente a un (1) salario mínimo.

También establece la citada ley en el artículo 639 que el desacato a una orden de reenganche definitivamente firme de un trabajador amparado con fuero sindical² emanada de un funcionario competente, se le impondrá una multa no menor del equivalente a un cuarto (1/4) de un salario mínimo, ni mayor del equivalente a dos (2) salarios mínimos.

Así mismo, la LOT señala en el artículo 645 la conversión de la multa en arresto, la cual indica que los infractores sufrirán la pena de arresto a razón de un día (1) por un cuarto (1/4) de salario mínimo, hasta un límite máximo de treinta (30) días.

Se hace importantísimo destacar, que para que una decisión quede definitivamente firme en sede administrativa, es indispensable que se haya agotado el lapso de los seis meses sin que el patrono haya ejercido el recurso de nulidad pertinente, o si ejercido éste sea declarado sin lugar por el Juzgado competente y su alzada, en ese momento es aplicable el procedimiento de sanción por parte de la Inspectoría del Trabajo, para cuyo efecto es mucho más ventajoso para el patrono pagar la multa de ley y liberarse de la obligación principal que es el reenganche y pago de salarios caídos.

En este orden de ideas, el artículo 647 *eiusdem* establece el procedimiento para los casos en que resulte necesario aplicar una sanción. Así, la mencionada norma señala que el mismo se inicia con un acta motivada y circunstanciada que levantará el funcionario de inspección, una vez verificada la infracción. Seguidamente, el presunto infractor contará con un lapso de ocho (8) días hábiles para formular los alegatos que juzgue pertinentes e igualmente, dispondrá de otros ocho (8) días hábiles para promover y evacuar las pruebas que estime convenientes. Finalmente, el funcionario respectivo dictará una resolución, que debe ser motivada, declarando al indiciado incurso o no en las infracciones de

² Por analogía se aplica la norma a la inamovilidad laboral.

que se trate, de ser positivo le impondrá la correspondiente sanción. Contra esta decisión podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 648 de la referida ley (recurso jerárquico) y declarado éste sin lugar pueden acceder al contencioso de nulidad.

Es decir, que contra la multa impuesta, el empleador puede ejercer los recursos administrativos de ley (derecho a recurrir del fallo),³ así como también puede ejercer recurso de nulidad contra ella, que como consecuencia indirecta produce el alargamiento de la situación debatida.

Ante tal situación y sendas dudas, la LOT no establece un sistema de ejecución efectiva de las providencias administrativas dictadas por la Inspectoría del Trabajo, por lo tanto los trabajadores que se encuentran en esta situación, están desamparados por la Ley especial que priva por la especialidad de la materia y al no tener una vía idónea el agraviado, es por lo que perfectamente es aplicable la Acción Contenciosa Laboral o la pretensión de Amparo Constitucional, pues ello supone la posibilidad de ejecución efectiva.

El *Contencioso Laboral* brinda la posibilidad de satisfacer las acreencias derivadas de la relación de trabajo, ello se desprende del artículo 29 numeral 1º de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁴ (en lo sucesivo LOPT) y al existir unos salarios dejados de percibir por el trabajador decretados por un organismo competente laboral, como lo es la Inspectoría del Trabajo y el empleador al no querer cumplir con el pago debido, ello se transforma en un asunto contencioso de trabajo, que puede ser sometido al conocimiento del Juez Laboral (como pasivo laboral no cancelado) en aras de la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, postulados previstos en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).

Ello representaría el cumplimiento parcial de la providencia administrativa, es decir, sólo en el ámbito pecuniario y no como obligación de hacer, siendo que el Juzgado laboral sólo podría condenar a cancelar por el mon-

³ Numeral 1º del Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Derecho de Defensa).

⁴ Artículo 29. Los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir:
1. Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje;
2. (...Omissis...).

to de los salarios dejados de percibir⁵ y al verificarse con las pruebas que el despido se hizo sin justa causa, puede el Juez también condenar las indemnizaciones pertinentes por despido injustificado, pues el Tribunal del Trabajo no puede condenar al reenganche en virtud de que tal competencia –cuando se trata de inamovilidad laboral– no está dada al Juzgado laboral, sólo se podría reclamar el monto de los salarios y las indemnizaciones como un concepto laboral adeudado y no cancelado.

En este sentido, la Sala de Casación Social con ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz, en sentencia de fecha 28-02-2002, Exp. N° AA60-S-2001-000611, dejó claro que cuando el trabajador no haya solicitado oportunamente la calificación del despido (dentro de los cinco días hábiles siguientes al despido), puede exigir ante los Tribunales competentes las indemnizaciones ajustadas al despido injustificado, de conformidad con la Ley Orgánica del Trabajo, en este sentido asentó:

En el caso *sub iudice*, la parte accionante perdió el derecho a los conceptos de reenganche y pago de salarios caídos, al no instar el procedimiento de calificación de despido, más no así los demás derechos legales como se evidenció *supra*, pues, *el trabajador podía demandar el pago de la diferencia de sus prestaciones sociales y otros conceptos laborales, por considerar que el despido fue injustificado*, tal como ocurrió en el presente caso, *a los fines de que el juez del procedimiento ordinario procediera a calificarlo, para determinar la procedencia de las indemnizaciones establecidas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo* (énfasis agregados).

La Sala de Casación Social en el caso María José Meneses Agostini de Matute, contra el Colegio Amanacer C.A., con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, en sentencia de fecha 17-02-2004, Exp. N° AA60-S-2003-000829, consintió la reclamación de los salarios dejados de percibir decretados por una providencia administrativa de la Inspectoría del Trabajo, por ante los tribunales laborales, al establecer:

En este caso, habiendo dado a luz la trabajadora en el mes de abril de 2000, gozaba de *inamovilidad laboral* para el momento del despido, de conformidad con el artículo parcialmen-

⁵ Siendo que no tiene la competencia asignada para ejecutar el reenganche decretado por una autoridad administrativa con competencia laboral (Inspectoría del Trabajo).

te trascrito, razón por la cual el despido fue injustificado, *tal como fue declarado por la providencia N° 103 emanada de la Inspectoría del Trabajo del Estado Lara, y el patrono deberá pagar los salarios dejados de percibir durante el procedimiento y las indemnizaciones adicionales contempladas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo.* Así se declara (énfasis añadidos).

En otra sentencia de la Sala de Casación Social en el caso Olga Alejandrina Brizuela Barrios, contra las empresas VENEPAL C.A. y ARPAMER C.A., con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero, en sentencia de fecha 29-10-2004, Exp. N° AA60-S-2004-000185, la Sala volvió a consentir el hecho de la reclamación de este tipo de conceptos al apuntar:

En el presente caso, habiendo quedado demostrado que la trabajadora gozaba de *inamovilidad laboral* para el momento del despido, el cual fue injustificado, *tal como lo declaró la Inspectoría del Trabajo* de los Municipios Puerto Cabello y Juan José Mora del Estado Carabobo, *el patrono, deberá pagar los salarios dejados de percibir durante el procedimiento administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo.* De igual forma, y de conformidad con lo establecido en el artículo 389 *eiusdem*, deberá computarse a los fines de determinarse la antigüedad, los períodos pre y postnatal. Así se declara (énfasis propios).

Así la Sala de Casación Social en el caso Carlos Guillén Parra, contra la empresa V.F.G.-SUDAMTEX, C.A., con ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz, en sentencia de fecha 11-10-2005, Exp. N° AA60-S-2005-00619, volvió a aceptar el hecho de la reclamación de este tipo de conceptos al sostener lo siguiente:

Manifiesta haber acudido a *la Inspectoría del Trabajo* en la ciudad de Barcelona, la cual *acordó con lugar su solicitud de reenganche y pago de salarios caídos*, pero hasta la fecha la empresa se ha negado a dar cumplimiento a lo ordenado (...).

Como consecuencia de ésta se produjo una Providencia Administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo del Estado Anzoátegui (folios 117 al 120) el día 2 de abril de 2002 (...).

Ahora bien, el actor reclama la aplicación de la Convención Colectiva suscrita entre V.F.G.-SUDAMTEX, C.A., y el sindicato de trabajadores; así en el artículo 2 de la misma se establece que quedan amparados por ésta todos los trabajadores que presten servicio a la empresa bajo sus dependencias y reciban remuneración, *con lo cual al haberse declarado la existencia de la relación de trabajo*, al demandante le deben ser reconocidos los beneficios allí previstos, con base en un salario diario de treinta y cinco mil cuatrocientos bolívares (Bs. 35.400,00) y una antigüedad de cinco (5) años, ocho (8) meses y veintiséis (26) días. En consecuencia, *se condena a la empresa al pago de los siguientes conceptos*:

1. (...omissis...)

8. Salarios caídos no cancelados, desde la fecha de admisión del procedimiento de solicitud de reenganche, es decir, desde el 9 de noviembre de 2001 hasta la fecha de la Providencia Administrativa, a saber, 2 de abril de 2002 (destacados propios).

Las tres últimas sentencias mencionadas antes señalan uniformemente sobre la posibilidad de reclamar los salarios dejados de percibir decretados por una providencia administrativa de una Inspectoría del Trabajo y tales criterios también son uniformes al señalar que tales salarios deben cancelarse sobre el tiempo del procedimiento, es decir, desde su admisión hasta su conclusión con la Providencia Administrativa. Por lo tanto observamos que es posible reclamar estos conceptos por ante los Tribunales Laborales.

En este mismo orden de ideas, otra sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, en el caso Virna Pierluissi Romero de Contreras, contra la sociedad mercantil I.B.M. de Venezuela, S.A., con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero, en sentencia de fecha 10-06-2003, Exp. N° AA60-S-2002-000577 desarrolló un poco más a fondo la figura aquí analizada, pues se trató de un juicio por el cual sólo se ejerció la acción para cobrar los salarios dejados de percibir decretados por una Providencia Administrativa de una Inspectoría del Trabajo, siendo que la parte actora fue reincorporada por la Inspectoría del Trabajo, pero su empleador no le canceló los salarios caídos, la sentencia apuntaló:

Como se desprende de los alegatos esgrimidos por ambas partes, se constata que el derecho a cobrar los salarios caídos com-

prendidos desde el día 07 de junio de 1995 hasta el día 18 de marzo de 1997, por la cantidad de un millón quinientos dieciséis mil seiscientos sesenta y cuatro bolívares con cincuenta céntimos (Bs. 1.516.664,50), se originó por mandato de providencia administrativa de fecha 17 de febrero de 1997, con ocasión de la solicitud de calificación de despido incoada ante dicha jurisdicción administrativa y en donde se determinó lo injustificado del despido, por cuanto la trabajadora gozaba de inamovilidad laboral de acuerdo a lo previsto en el artículo 384 de la Ley Orgánica del Trabajo. *Dicha providencia fue ejecutada a través del funcionario correspondiente, verificándose el reenganche de la trabajadora, pero no la cancelación de los salarios caídos dejados de percibir durante el procedimiento.*

Pues bien, en virtud de la negativa del patrono a pagar los salarios caídos, la trabajadora optó, como así la ampara el derecho, en introducir una demanda por cobro de tales conceptos, constituyéndose éste en un juicio ordinario diferente al juicio de calificación de despido, el cual tiene como objeto presupuestos diferentes a aquél. En efecto, en el juicio de calificación o de estabilidad laboral se persigue, como su nombre lo indica, el que se califique el despido para así determinar si se efectuó o no con justa causa y en caso de darse este último supuesto, debe acordarse el reenganche y el pago de los salarios caídos dejados de percibir durante el procedimiento; situación evidentemente diferente al juicio ordinario donde se demanda el pago de cantidades ciertas, líquidas y exigibles debidas al trabajador, con ocasión de la falta de pago oportuno por parte del patrono.

En este sentido, si los salarios caídos no fueron cancelados en el momento correspondiente, como consecuencia de la decisión que declaró como injustificado el despido, el trabajador puede acudir al procedimiento ordinario a fin de demandar la suma debida por este concepto y en el caso de proceder, el juez debe acordar, inclusive de oficio, la corrección monetaria, en razón que se estaría frente a la mora del demandado, al no cancelar oportunamente, como en el presente caso, los salarios caídos al momento de la ejecución de la providencia administrativa.

Pues bien, subsumiendo lo anterior al caso en comento, es evidente que no estamos en presencia de un juicio de estabilidad laboral o de calificación de despido, si no frente a un juicio ordinario por cobro de salarios caídos, específicamente por la cantidad de un millón quinientos dieciséis mil seiscientos sesenta y cuatro bolívares con cincuenta céntimos (Bs. 1.516.664,50), el cual constituye una suma cierta, líquida y exigible debida al trabajador con ocasión del derecho que tiene de recibir los salarios dejados de percibir durante el procedimiento de calificación, el cual declaró como injustificado el despido (destacados propios).

Siendo así, existe la posibilidad cierta de reclamar este tipo de conceptos laborales debidos por el empleador al trabajador, por cuanto constituye una suma cierta, líquida y exigible y al existir una negativa del patrono a pagar los salarios caídos, el trabajador puede introducir una demanda por cobro de tales conceptos –ante el juez laboral– por tratarse un asunto contencioso del trabajo, constituyéndose éste en un juicio ordinario diferente al juicio de calificación del despido, donde se pretende el cobro de los salarios dejados de percibir durante el procedimiento administrativo de reenganche y pago de salarios caídos.

Por otro lado está, la *Pretensión de Amparo Constitucional*, fundamentado en los artículos 26 y 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo adelante CRBV), en concordancia con los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales (en lo sucesivo LOA) contra la omisión, de cumplir con la providencia administrativa, emanada de la Inspectoría del Trabajo, la cual impone el deber de reenganche con el consecuente pago de salarios dejados de percibir

Para resolver la aplicabilidad de la pretensión de amparo se hace necesario estudiar algunos de los criterios de la doctrina judicial del Tribunal Supremo, que a lo largo del presente trabajo analizaremos.

2. ELEMENTOS FORMALES DE ADMISIBILIDAD DE LA PRETENSIÓN DE AMPARO

Para lograr en este estudio afirmar si el Amparo Constitucional es la vía idónea para poder ejecutar el cumplimiento de las providencias administrativas emanadas de la Inspectoría del Trabajo, se hace necesario analizar si esta situación cumple con los elementos formales de admisibilidad.

2.1 DE LA COMPETENCIA Y TUTELA CONSTITUCIONAL SOLICITADA

Conforme a lo establecido en los artículos 2 y 5 de la LOA, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 27 de la CRBV y 14 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (en lo sucesivo RLOT) y por el hecho de ser una omisión o desacato de una Providencia Administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo, el tribunal competente es el Juzgado Superior Contencioso Administrativo de la localidad para conocer de la presente pretensión.

En este sentido, la Sala Constitucional en decisión Nº 2862 del 20 de noviembre de 2002, estableció:

Por ello y como las Inspectorías del Trabajo son órganos administrativos dependientes –aunque descentrados– de la Administración Pública Nacional, debe reiterarse en esta oportunidad que es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo, sea que se trate, entre otras, de la pretensión de nulidad a través del recurso contencioso administrativo, sean las pretensiones relativas a la inejecución de dichos actos como consecuencia de la inactividad de la Administración autora o bien del sujeto obligado –el patrono o el trabajador– para su ejecución; o, por último, sea que se trate de pretensiones de amparo constitucional con fundamento en lesiones que sean causadas por el contenido o por la ausencia de ejecución de dichos actos administrativos. De allí que no sólo no existe norma legal expresa que otorgue esta competencia a los tribunales laborales, sino que, de verificarse ésta, sería inconstitucional por violación del artículo 259 del Texto Fundamental. Así se declara.

En este mismo orden de ideas, la competencia ha sido igualmente designada por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, en sentencia 02 de Marzo del 2005 y publicada en la página Web del TSJ el 05 de abril del 2005, en el caso: *Universidad Nacional Abierta, contra Inspectoría del Trabajo en los Municipios Valencia, Libertador, San Diego, Naguanagua, Los Guayos y Carlos Arvelo del Estado Carabobo*, expediente Nº AA10-L-2003-000034, quedó establecido lo siguiente:

Al no estar de forma explícita en una norma expresa en este sentido, no puede pretender aplicarse una excepción al principio general de la universalidad del control por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos administrativos que se establecen en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí, que al ser las providencias emanadas de las Inspectorías del trabajo, actos administrativos, una tesis que pretenda que el control judicial de tales actos corresponde a órganos que no forman parte de la jurisdicción contencioso-administrativa “ordinaria”, sino de tribunales de la jurisdicción laboral (que en esos procesos actuarían como contencioso-administrativos especiales), debe necesariamente apoyarse en una norma jurídica que expresamente establezca tal excepción al principio general, y en modo alguno cabe derivarse la misma de una norma que no existe en el presente caso.

Por tanto debe concluir esta Sala Plena que, ante la inexistencia de una norma legal expresa que atribuya a los Tribunales Laborales la competencia para conocer de las providencias emanadas de las Inspectorías del Trabajo, dicha competencia corresponde a los órganos contencioso administrativos competentes. Así se declara.

(...)

Conforme a la doctrina expuesta, en la que se considera el tribunal “...que a la accionante le resulta más accesible”, esto es, en garantía del derecho de acceso a la justicia de los particulares, esta Sala Plena declara que, tratándose de un asunto acaecido fuera de la Región Capital, específicamente la providencia administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo del Estado Carabobo, mediante la cual se declaró con lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos de un trabajador de la recurrente, su conocimiento corresponde a un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo Regional. Esta determinación de competencia se hace en aras al acceso a la justicia y a la celeridad de la misma, evitando así, que la persona afectada deba trasladarse a grandes distancias del sitio donde se concretó el asunto, a fin de obtener la tutela judicial efectiva.

tiva. Así las cosas, y en beneficio del justiciable, esta Sala Plena declara que el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo competente es el de la Región Centro Norte del Estado Carabobo. Así se decide (énfasis agregados).

En virtud de lo señalado y en perfecta armonía con los criterios jurisprudenciales transcritos anteriormente, podemos evidenciar que ante el desacato por parte del patrono de cumplir con la providencia administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo que ordena el reenganche con el pago de salarios caídos y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela artículos 2 y 5 de la LOA y 14 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y en ausencia de norma expresa que designe la competencia; debemos concluir que: Es competente el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de la región, para conocer este procedimiento de Amparo Constitucional, con la finalidad de hacer valer el control de la constitucionalidad de los derechos laborales consagrados en la Constitución Bolivariana.

2.2 IDENTIFICACIÓN DEL HECHO LESIVO

Para explicar con mayor claridad este punto ejemplificaremos con un caso de desacato patronal de Providencia Administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo que ordena reenganche y pago de salarios caídos, en este sentido identificamos el hecho lesivo:

En ejercicio de los derechos constitucionales, que se materializa a través de la vía extraordinaria de amparo, la cual se dirige contra la *Abstención u Omisión* por parte del agravante en cumplir con la decisión de la Inspectoría del Trabajo que ordena el reenganche y pago de salarios caídos (Providencia Administrativa), la cual señala:

En consecuencia demostrado los tres (3) elementos necesarios para la procedencia de la presente solicitud, a saber Relación de Trabajo. –Inamovilidad–. Despido, este órgano administrativo se pronuncia a favor de la presente solicitud, y así se decide.

Posteriormente según oficio, el cual se encuentra agregado en el folio ciento cinco (105) del expediente llevado por la Inspectoría del Trabajo, demuestra el desacato del patrono a no cumplir con la Providencia Administrativa, la cual señala:

Al llegar al sitio antes mencionado fui atendido por el ciudadano (...), quien manifestó ser el Presidente de la empresa, me identifiqué como funcionario del trabajo, le expliqué el motivo de mi visita, y procedió a recibir la notificación de la resolución, de la misma manera le pregunté sobre el reenganche y pago de salarios caídos de las trabajadoras (...), a lo cual me informó que no las reengancharía y que no les cancelaría los salarios caídos.

Tal narración demuestra el *hecho lesivo*, que afecta derechos Constitucionales, como son el derecho al trabajo, el derecho al salario y en general el derecho al cobro de prestaciones sociales y entiéndase como prestaciones sociales todas las acreencias derivadas del hecho social trabajo.

En virtud de ello, el principio general es que la pretensión de amparo procede no sólo contra cualquier hecho, acto u omisión proveniente de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal, *sino contra toda acción u omisión de individuo, grupos u organizaciones privadas* que violen o amenacen violar cualesquiera de las garantías o derechos consagrados en la Constitución (artículo 2 LOA).

Identificado el acto o hecho lesivo que consiste en la conducta persistente del patrono, en desacatar la providencia administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo, la misma violenta derechos constitucionales. Es por lo que es perfectamente admisible el procedimiento de amparo constitucional.

2.3 DEL AGOTAMIENTO DE LAS VÍAS RECURSIVAS O DE IMPUGNACIÓN DISPONIBLES

Contra la vía de hecho u omisión aludida no existe acto que impugnar, se agotó la vía administrativa en virtud de que las decisiones de la Inspectoría del Trabajo en materia de reenganche y cancelación de salarios caídos agotan la vía administrativa, por lo que es el Amparo Constitucional el único medio idóneo para tutelar los derechos constitucionales infringidos causados por la omisión del patrono, lo que genera imposibilidad de intentar otro medio distinto al de la Pretensión de Amparo para tutelar los derechos constitucionales infringidos.

El Tribunal Supremo de Justicia ha reforzado este criterio, al señalar:

En esta materia, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa, tanto la de la extinta Corte como del Tribunal Supremo

de Justicia, evidencia una absoluta oscilación entre los criterios utilizados para determinar a quién corresponde la jurisdicción para la ejecución de los actos administrativos dictados por la Inspectoría del Trabajo, que ofrece dudas acerca de la necesaria seguridad jurídica y la uniformidad en el tiempo que debe caracterizar a los órganos judiciales. *En efecto, en algunas oportunidades esa Sala ha reconocido de manera inequívoca la posibilidad de acudir al amparo como único mecanismo idóneo para proceder a la ejecución de este tipo de providencias dictadas por las Inspectorías del Trabajo* (sentencia de la Sala Constitucional de fecha 02 de Agosto del 2001, con ponencia del Magistrado Antonio García García, Sentencia N° 1.318, énfasis agregado).

Es de resaltar que la Inspectoría del Trabajo no cuenta con sustento legal para hacer posible el cumplimiento de sus decisiones –*de manera eficaz*– ya que lo que puede hacer, es abrir un procedimiento sancionatorio (artículo 647 LOT) e imponer una multa, lo cual no resuelve en nada, la situación jurídica del trabajador afectado.

En este sentido la Sala Constitucional se ha pronunciado al respecto estableciendo:

(...) existe un vacío legislativo, no existe regulación que imponga una determinada conducta a la Administración (distinta por supuesto a la imposición de la multa) para lograr la real y efectiva ejecución de su providencia, de allí que no se trate de una omisión injustificada de la Administración.

La legislación laboral, no ofrece una solución adecuada, de allí que en caso de verificarse un incumplimiento por parte del patrón obligado por el organismo administrativo a acatar una determinada orden, y ante el vacío legislativo existente al respecto, por no aparecer en la ley un procedimiento tendente a obtener la ejecución forzosa de la providencia administrativa, en casos como el de autos, debe buscarse una solución satisfactoria...

...La constante vacilación a que son expuestos los trabajadores, ante la negativa de los órganos jurisdiccionales en la ejecución de los actos con los cuales aquéllos resultan favorecidos, no sólo atenta contra los principios establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo, sino tam-

bién contra aquéllos insertos en los dispositivos constitucionales, como lo reconocen los artículos 3, 87, 89, 93, 94, 95, por una parte, y en los artículos 7, 26, 27, 51, 137, 257 y 334, por la otra; desatendiendo, asimismo, los principios que informan a la Exposición de Motivos de ese Texto, que al referirse al reconocimiento de los derechos individuales al trabajo y a su estabilidad, entre otros derechos⁶ (destacados propios).

Siendo que no existe a través de la Ley un medio idóneo para hacer posible el cumplimiento de las providencias administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, para restituir la situación infringida de los trabajadores y en aras de la tutela judicial efectiva, es por ello perfectamente válido el ejercicio del procedimiento de amparo constitucional.

Esta situación ha sido interpretada por la Sala Constitucional, en sentencia N° 939 de fecha 9 de agosto de 2000, caso: *Stefan Mar*, en la cual sostuvo que:

(...) la parte actora puede optar entre el ejercicio de la acción de amparo y la vía de impugnación ordinaria (...) no obstante, para ello debe poner en evidencia las razones por las cuales decidió hacer uso de esta vía –amparo– ya que de lo contrario se estarían atribuyendo a este medio procesal los mismos propósitos que el recurso de apelación, lo cual no ha sido en ningún momento la intención del legislador.

Siendo en consecuencia, este medio extraordinario, la única vía existente –efectiva– para que le sean restituidos los derechos constitucionales al trabajador afectado; es por lo que es perfectamente viable y admisible la pretensión de amparo constitucional.

No existiendo medios ordinarios, aun si existiere alguno sería insuficiente para reparar el perjuicio causado por el empleador en contra del trabajador afectado, por lo que resulta perfectamente procedente la pretensión de amparo constitucional, con la finalidad de que le sea restituida su situación jurídica infringida.

⁶ (Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 02 de agosto del 2001, con ponencia del Magistrado Antonio García García, Sentencia N° 1318).

2.4 SUPUESTOS LEGALES DE ADMISIBILIDAD DE LA PRETENSIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL

La pretensión de amparo debe estar siempre fuera del alcance de los supuestos legales de inadmisibilidad, contenidos en el artículo 6 de la LOA, al no existir alguna causal de este tipo, el Tribunal Constitucional debe proceder con su admisión; a continuación destacaremos los ocho ordinales de este artículo adecuados al caso bajo estudio:

1. Que la violación de los derechos constitucionales no debe haber cesado y debe persistir en el tiempo, es decir, que el despido se mantenga y no se hayan cancelados los salarios caídos.
2. La violación contra los derechos constitucionales, debe ser de manera inmediata, posible y realizada por el agravante, en este caso por el empleador al no querer reenganchar y cancelar lo que adeuda por concepto de pago de salarios caídos, en desacato de la providencia administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo.
3. Toda vez que la violación de los Derechos Constitucionales que se denuncian no constituyan una situación irreparable y que sea posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida (a través de la reincorporación al trabajo donde labraba el trabajador afectado con la respectiva cancelación de los salarios que dejó de percibir).
4. El desacato de la decisión de la Inspectoría del Trabajo no debe haber sido consentida en forma expresa o tácita; siendo que de ninguna forma debe haber aceptado la violación de sus derechos constitucionales. Ni debe haber transcurrido el lapso de (6) meses después de la violación o la amenaza al derecho protegido.
5. *Nunca* se debe haber optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias (Contencioso Laboral) o haber hecho uso de otro medio judicial preexistente, porque al existir un recurso paralelo al de amparo, éste deviene en inadmisible, siendo que por no existir ninguna otra vía, sino la presente pretensión contra la aludida omisión y desacato inconstitucional y al no existir tampoco una pretensión de amparo paralelo en otro tribunal, el amparo constitucional es perfectamente admisible.

6. La pretensión de amparo constitucional no debe dirigirse contra una decisión emanada del Tribunal Supremo de Justicia, porque si así fuere la misma sería inadmisible.

7. Tampoco debe existir suspensión de garantías constitucionales.

8. Y por último no debe existir una decisión pendiente de una acción de amparo constitucional sobre los mismos hechos.

Por lo tanto el desacato debe persistir, así como sus efectos, debe encontrarse en plena ejecución, produciendo como consecuencia daños graves, los cuales no deben haberse consentido, que podrían hacerse de difícil reparación, pero jamás irreparables.

2.5 DE LA LEGITIMACIÓN

La legitimación es la cualidad jurídica especial, necesaria para actuar como parte en un procedimiento; ya sea como actor o demandante, o como sujeto pasivo o demandado.

2.5.1 Legitimación activa

La ostenta dentro del procedimiento de amparo la persona que es lesionada o amenazada de lesión en sus derechos constitucionales, por acto, hecho u omisión de algún órgano del poder público o por los particulares. En el caso concreto se debe actuar con el carácter de persona lesionada por la violación de derechos laborales, establecidos en las normas constitucionales.

En el caso bajo estudio, se despide a una persona que trabaja protegida bajo el régimen de inamovilidad laboral especial, contra cuyo despido se ejerció la respectiva solicitud de reenganche y pago de salarios caídos por ante la Inspectoría del Trabajo competente y ante la resolución del mencionado ente, el empleador se rehusó a cumplir con la decisión, con lo que no sólo se afectó el ejercicio laboral, sino que además generó perjuicios económicos para el trabajador.

2.5.2 Legitimación pasiva

La ostenta en el proceso de amparo constitucional el empleador donde laboraba el trabajador, que no dio cumplimiento a la providencia administrativa de la Inspectoría del Trabajo, por su omisión a cumplir con un acto dictado en ejercicio de sus funciones de los órganos del Poder Público.

3. DERECHOS CONSTITUCIONALES VIOLENTADOS A CAUSA DEL DESACATO

Entre algunos derechos constitucionales vulnerados tenemos el: i) *derecho al trabajo* (artículo 87 de la CRBV), habiendo sido despedido del trabajo en forma injustificada, pese a la inamovilidad laboral especial que existía (ya que se negó el derecho a reincorporarse con el consecuente pago de los salarios dejados de percibir, cuando la Inspectoría del Trabajo así lo decidió), ii) *violación del derecho constitucional a la percepción salarial* (artículo 92 de la CRBV), iii) *derecho constitucional que tienen todas las personas de que sean cumplidos los actos que dicten en ejercicio de sus funciones los órganos del poder público*, entre otros, cada uno de ellos con suficiente entidad para que por separado se ordene el restablecimiento de la situación jurídica infringida, más aun en conjunto. Potestad jurisdiccional que permite decretar mandamientos tendentes a garantizar el goce efectivo de los derechos constitucionales mediante una tutela expedita, lo cual constituye una garantía de un Estado de Derecho y de Justicia. (Ver sentencia de la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativa del 11-03-00).

3.1 VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO

El artículo 87 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la norma que consagra el derecho al trabajo señalando:

Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo (...resaltado añadido).

En virtud de la redacción de este precepto constitucional, se puede observar claramente que toda persona tiene derecho al trabajo, por tanto el mismo no puede ser vulnerado de manera arbitraria, sino que para que pueda ser atacado hay que usar los medios que otorga la ley, de lo contrario todo despido contrario a la Constitución es nulo (Art. 93 CRBV).

La protección constitucional se concreta en inamovilidad laboral especial, decretada por la Presidencia de la República según *Gaceta Oficial*.

Todo ello en perfecta armonía con el criterio impuesto por la doctrina judicial del Tribunal Supremo de Justicia que a la letra, es del tenor siguiente:

Posteriormente, esta Sala al haberse avocado a conocer el fondo... ...ordenó el reenganche de tan sólo los trabajadores que, *estando gozando de inamovilidad para el momento del despido, interpusieron las acciones pertinentes para hacer valer su estabilidad por ante la Inspectoría del Trabajo respectiva* (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Políticoadministrativa, de veinte de noviembre del año dos mil uno, se publicó y registró la anterior sentencia bajo el N° 02762. Exp. N° 16491, resaltado agregado).

De modo que, es suficiente que se evidencie la condición de inamovilidad laboral especial, decretada por el Presidente de la República según *Gaceta Oficial*, para que se genere inamovilidad absoluta temporal, que ante un despido por causa injustificada se debe interponer oportunamente la solicitud pertinente por ante la Inspectoría del Trabajo, de reenganche y pago de salarios caídos, (Art. 454 LOT), antes que el Amparo.

La materialización de la violación de derechos constitucionales, concernientes al derecho al trabajo se concreta, con los siguientes hechos:

En el caso concreto, la violación de la protección al Derecho del Trabajo por parte del patrono, se manifiesta en:

- a) Que existía un contrato de trabajo amparado por inamovilidad laboral.
- b) Que el empleador despidió injustificadamente.
- c) Que para el momento del despido el patrono no realizó el procedimiento previo legalmente establecido aplicable al caso concreto (Solicitud de autorización de despido) (artículo 453 LOT).
- d) Que hubo violación de este derecho constitucional el cual se materializa en forma contumaz, cuando el patrono decide desacatar la providencia administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo.

Desacato de la providencia administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo, que violenta la CRBV, en virtud de que la misma establece

en su artículo 93, lo siguiente: “La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos”.

Por lo que un hecho inconstitucional no puede generar algún efecto conforme a derecho.

Todo en perfecta armonía con el artículo 13 de la LOT, que otorga la facultad al Ejecutivo Nacional, para reglamentar y dictar decretos o resoluciones especiales, el cual señala:

El Ejecutivo Nacional tendrá las más amplias facultades para reglamentar las disposiciones legales en materia de trabajo, y a tal efecto podrá dictar Decretos o Resoluciones especiales y limitar su alcance a determinada región o actividad del país.

Parágrafo Único: Cuando el interés público y la urgencia así lo requieran, el Ejecutivo Nacional, por Decreto del Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá establecer cláusulas irrenunciables en beneficio de los trabajadores y de la economía nacional que se considerarán integrantes del contrato de trabajo.

Por tanto el derecho a la permanencia en el trabajo es de rango constitucional y de desarrollo legislativo, dicho de otro modo, una estabilidad absoluta temporal. De manera que cuando el patrono pretende desconocer una actuación del Poder Público (Providencia Administrativa, mediante la cual, declara con lugar, la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos) que declara que los derechos laborales están siendo afectados, no sólo incurre en un tipo penal, sino que además violenta el derecho al trabajo y su estabilidad en él.

3.2 VIOLACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PERCEPCIÓN SALARIAL

Salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuera su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar, o por

servicios que haya prestado o deba prestar. (Convenio 95, Organización Internacional del Trabajo).⁷

El Salario constituye, en la generalidad de los casos, la base del sustento económico del trabajador y su familia. Este carácter *alimenticio* o *vital* del salario ha sido tomado en cuenta por el constituyente y el legislador para otorgarle una protección especial a nivel constitucional y legal. Nuestra Carta Magna en los artículos 91 y 92 expresan esta protección salarial, señalando:

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

Artículo 92: Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. *El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses*, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal (destacado añadido).

En este orden de ideas, el Tribunal Supremo, en Sala de Casación Social, ha señalado:

Al expresar el texto constitucional que “*Toda mora en su pago genera intereses*”, se está refiriendo a la oración precedente,

⁷ *Vid.* convenio Nº 95 (1949) de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la Protección del Salario, ratificado por Venezuela mediante Ley Aprobatoria del 30 de julio de 1981, publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 2847 (Extraordinario del 27-8-81).

es decir: “*El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata*”; por consiguiente, a partir de la publicación de la Constitución vigente, el día 30 de diciembre de 1999, la falta de pago oportuno de las prestaciones sociales, y de *todos los conceptos que integran el salario, genera intereses*, los cuales deben ser calculados sobre los conceptos causados luego de la fecha antes señalada. (Sentencia de fecha nueve de agosto del dos mil uno, con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, énfasis agregados).

La negativa del patrono en cumplir con la Providencia Administrativa, mediante la cual se declara con lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos, violenta no sólo el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral, sino también el derecho a recibir el *salario de manera regular y oportuna*, producto de un despido nulo.

3.3 VIOLACIÓN A LA OBLIGACIÓN QUE IMPONE LA NORMA CONSTITUCIONAL DE CUMPLIR CON LOS ACTOS EMANADOS DEL PODER PÚBLICO

El dispositivo Constitucional enmarcado en el artículo 131, dispone que es un deber de toda persona cumplir con los actos emanados del Poder Público, siendo ello una carga para quien tiene la obligación de cumplir con dicho acto, pero que a la vez genera un derecho para quien favorece el acto en mención, dando potestad a este último de solicitar su debido cumplimiento. Así tenemos la redacción textual de la norma Constitucional: “Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público”.

En el caso bajo estudio, podemos observar que las decisiones emanadas de las Inspectorías del Trabajo son verdaderos actos administrativos, procedentes de un ente del Poder Público en ejercicio de sus funciones, por lo tanto es de obligatorio cumplimiento, para las personas sobre la que recae, por ser un acto administrativo de efectos particulares. Siendo así, las personas legitimadas pueden acudir a la Justicia Constitucional para solicitar su cumplimiento.

4. PROBLEMÁTICA DE ACTUALIDAD QUE PRESENTA LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA AL NO MANTENER UN CRITERIO UNIFORME

En este trabajo podemos observar que a través del desarrollo del mismo, nos da la impresión de que el Amparo Constitucional es la vía idónea para poder hacer cumplir las Providencias Administrativas procedidas de las Inspectorías del Trabajo, cuando de reenganche y pago de salarios caídos se trata.

Dicha opinión nos causa cuando leemos y estudiamos la sentencia de la Sala Constitucional de fecha 02-08-2001, con ponencia del Magistrado Antonio García García. Que aunque se presentó una confusión, en vista de que la misma Sala Constitucional en el caso USAFRUITS, decretó lo siguiente:

En el escrito contentivo de la acción, las apoderadas actoras fundamentaron su pretensión de amparo constitucional, sobre la base de los siguientes argumentos:

1. En relación con los hechos, señalaron:

1.1 Que, el 4 de abril de 2000, los apoderados de la ciudadana Heidi Alcántara, interpusieron acción de amparo constitucional en contra de la ASOCIACIÓN AMÉRICANA DE PRODUCTORES DE FRUTAS “USAFRUITS”, hoy accionante, fundamentados en la supuesta negativa de ésta de dar cumplimiento al dispositivo de la Providencia N° 054-99 del 19 de noviembre de 1999, mediante la cual la Inspectoría del Trabajo en el Este del Área Metropolitana de Caracas, ordenó a la hoy presunta agraviada el reenganche de la prenombrada ciudadana.

En este sentido podemos constatar que a través de amparo constitucional se conoció un caso de negativa a dar cumplimiento al dispositivo de la Providencia Administrativa, donde la Empresa USAFRUITS, ejerció un amparo contra amparo y la Sala Constitucional al conocer el presente caso dictaminó su decisión señalando:

Del análisis del expediente y de la apreciación de las exposiciones realizadas por las partes en la audiencia oral del presente procedimiento, esta Sala observa, son dos asuntos distintos

los que corresponden a la jurisdicción constitucional y contencioso-administrativa, no pudiendo ventilarse dentro de la constitucional lo que es propia de la contencioso-administrativa.

Como ya lo ha señalado esta Sala, las decisiones administrativas deben ser ejecutadas por la administración o por los órganos contencioso-administrativos, y no puede el órgano jurisdiccional que no actúa como órgano contencioso-administrativo sustituirse en las obligaciones de los órganos administrativos ordenando la ejecutabilidad de los actos y llevándolas a cabo, a menos que la Ley así lo establezca.

En vista de lo anterior *considera la Sala que por la vía de amparo constitucional no podía ordenarse el cumplimiento del acto administrativo, y menos aun, cuando dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa se había ordenado la suspensión de los efectos del acto.*

Consecuencia de lo expuesto es que el amparo era inadmisible... (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 03 de agosto del dos mil uno 2001 con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, Exp. 00-2284, resalados añadidos).

Vista la anterior decisión podemos observar, que bajo el supuesto citado es comprensible que el amparo sea inadmisible, pues existía un recurso de nulidad contencioso-administrativo contra la Providencia Administrativa que declara con lugar el reenganche y pago de salarios caídos.

Sin embargo, ante tal contradicción de criterios nos vimos en la obligación de analizar con mayor profundidad el asunto, y pudimos darnos cuenta que la sentencia del 02-08-2001 cita la sentencia del 03-08-2001, aunque parezca ilógico, por razón del tiempo que se aprecia a simple vista, lo que sucede es que la audiencia constitucional de la sentencia del 03-08-2001, fue realizada el 26 de julio del 2001 (lo cual se puede constatar en la cuenta de Salas N° 142 de fecha 26 de julio del 2001), donde se celebró la audiencia del caso USAFRUITS, anterior a la sentencia del 02 de agosto 2001, pero que su publicación salió posterior, es decir, en fecha 03-08-2001.

En este mismo orden de ideas tenemos la cita que hace la sentencia del 02-08-2001, sobre el caso USAFRUITS:

Asimismo, en el ejercicio de esa competencia deben dichos juzgados conocer de los problemas de ejecución que, de ese tipo de resoluciones, se susciten, cuando se interpongan acciones de amparo relacionadas con esta materia. Tal como lo señalara esta Sala en reciente decisión del 26 de julio de 2001, caso: “USAFRUIT”, en la que se sostuvo:

Como ya lo ha señalado esta Sala, las decisiones administrativas deben ser ejecutadas por la administración o por los órganos contencioso-administrativos y no puede el órgano jurisdiccional que no actúa como órgano contencioso-administrativo sustituirse en las obligaciones de los órganos administrativos ordenando la ejecutabilidad de los actos y llevándolas a cabo, a menos que la Ley así lo establezca.

Por lo que podemos verificar y debemos concluir, que en todo caso, el criterio imperante es el de la sentencia líder del 02-08-2001, en virtud que salió con posterioridad a la audiencia del 26 de julio del 2001, caso USAFRUIT, y en ejercicio de la facultad de *revisión extraordinaria* que otorga la Constitución del 99 a la Sala Constitucional.

Por lo tanto esta sentencia trata de unificar los criterios tan dispersos existentes en cuanto al tema en concreto, también es producto de la potestad extraordinaria y discrecional que otorga la Constitución del 99 a la Sala Constitucional, de revisar sentencias de amparo constitucional, además de presentar un mejor y mayor fundamento jurídico.

Así la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo fue acogiendo este criterio de la sentencia del 02-08-2001 de la Sala Constitucional, señalando que los competentes para conocer la pretensión de amparo constitucional son los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo, ello deriva de las siguientes decisiones:

A. Sentencia del 28 de junio del 2002, con ponencia del Magistrado Juan Carlos Apitz Barbera caso La Universidad del Zulia, Exp. N° 02-26916, donde acogió el criterio de la Sala Constitucional de fecha 02 de agosto del 2001, señalando esta sentencia textualmente lo siguiente:

Observa esta Corte que, en el presente caso, ha sido ejercida una acción de amparo constitucional, la cual tiene por objeto la ejecución de una providencia admi-

nistrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo de Maracaibo, Estado Zulia que acordó el reenganche y el pago de los salarios caídos del ciudadano ALIRIO JOSÉ PÉREZ HUERTA.

A tal efecto, y visto que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó sentencia en fecha 2 de agosto de 2001, asumiendo un nuevo criterio en cuanto a la competencia para conocer de la ejecución de providencias administrativas emanadas de las Inspectorías del Trabajo, esta Corte ve necesario traer a colación un extracto de la misma, la cual estableció:

(...)

Así, dado que a la jurisdicción contencioso-administrativa le compete el conocimiento de las demandas de nulidad en contra de las decisiones administrativas provenientes de los órganos de la Administración del Trabajo; en el ejercicio de esa competencia, debe poseer igualmente la potestad para resolver los conflictos que surjan con motivo de la ejecución de ese tipo de providencias que han quedado firmes en sede administrativa tal como lo es, se insiste para conocer de su nulidad

Asimismo, en el ejercicio de esa competencia deben dichos juzgados conocer de los problemas de ejecución que, de ese tipo de resoluciones, se susciten, cuando se interpongan acciones de amparo relacionadas con esta materia.

De lo antes expuesto se desprende que, efectivamente, la competencia para conocer de los problemas de ejecución de las providencias administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, corresponde a los órganos jurisdiccionales con competencia en lo Contencioso-Administrativo (destacados agregados).

B. En este orden de ideas tenemos otra sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 19 de junio del 2002, con ponencia del Magistrado Juan Carlos Apitz Barbera, Exp. 02-27492, caso Dirección de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, que estableció:

Corresponde a esta Corte decidir acerca de su competencia para conocer de la presente causa, para lo cual observa lo siguiente:

De manera reiterada la jurisdicción laboral ha conocido las controversias suscitadas en torno a las providencias administrativas emanadas de las Inspectorías del Trabajo. No obstante tal atribución de competencia ha sido reinterpretada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1318 de fecha 2 de agosto de 2001, cuyos criterios son vinculantes a tenor de lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante la cual estableció que es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa conocer los recursos de nulidad ejercidos contra las decisiones provenientes de los órganos de la administración del trabajo.

(...)

En este sentido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia considera igualmente que, en ejercicio de dicha competencia, debe la jurisdicción contencioso-administrativa conocer los problemas de ejecución suscitados en torno de estas resoluciones.

(...)

De lo antes expuesto se desprende que, efectivamente, la competencia para conocer de los amparos que se ejerzan en virtud de la ejecución de providencias administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, corresponde a los órganos jurisdiccionales con competencia en lo Contencioso-Administrativo.

(...)

Ciertamente, la Sala Constitucional en su dispositivo al ordenar la remisión del expediente a un Juzgado Superior, estableció expresamente quiénes conocerán de los conflictos surgidos en virtud de las providencias emanadas de las Inspectorías del Trabajo.

Siendo esto así, en atención a la uniformidad del fallo, conforme a lo cual lo señalado en las tres partes que integran la sentencia: narrativa, motiva y dispositiva, conforman un todo, y que como tal deben analizarse; y *siendo que el caso de autos versa sobre una acción de amparo constitucional que persigue la ejecución de la Providencia N° 19-2002, dictada por la Inspectoría del Trabajo en el Este del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual ordenó el reenganche y pago de salarios caídos del ciudadano OSCAR RAFAEL ROMERO, su conocimiento corresponde al Juzgado Superior con competencia en lo Contencioso-Administrativo de la Región Capital que corresponda previa distribución.* En resguardo de la tutela judicial efectiva, y dando cumplimiento al artículo 335 de la Constitución vigente, esta Corte se declara INCOMPETENTE para conocer la presente causa y ordena la remisión del expediente al mencionado Juzgado. Así se decide (énfasis agregados).

C. Siguiendo en este orden de ideas en otra sentencia la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 31 de enero del 2002, con ponencia de la Magistrado Ana María Ruggeri Cova, Exp. 01-26100, caso Morinda de Venezuela S.R.L., señaló cuanto sigue:

En este sentido, pasa esta Corte a precisar el Tribunal competente en lo contencioso-administrativo, para conocer, en primer grado de jurisdicción, de la pretensión de amparo constitucional en examen, para lo cual resulta pertinente analizar el fallo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 2 de agosto de 2001, en el cual, se estudió un caso en el que, al igual que en el de marras, se pretendía mediante la vía del amparo constitucional obtener por parte del patrono el cumplimiento de una decisión administrativa emanado de una Inspectoría del Trabajo. Dicha sentencia señaló:

(...omisiss...)

En el caso de autos, aun cuando el accionante ejerció una acción autónoma de amparo constitucional contra la

empresa MORINDA DE VENEZUELA S.R.L., del contenido de su escrito libelar se evidencia que, tal acción es interpuesta en vista de la supuesta contumacia de la referida empresa en acatar lo ordenado por la Inspectoría de Trabajo en el Este del Área Metropolitano de Caracas, mediante la providencia administrativa N° 72-01 de fecha 24 de septiembre de 2001, esto es, el reenganche y el pago de salarios caídos, decisión que en definitiva favoreció al quejoso, razón por la cual considera esta Corte que el objeto de la pretensión corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativo. Así se declara.

Ahora bien, a los efectos de preservar el orden y grado de la jurisdicción contencioso-administrativa, esta Corte encontrándose, en el segundo grado de jurisdicción, resulta incompetente para decidir la presente solicitud de amparo constitucional, motivo por el cual, declina su competencia en el Juzgado Superior Civil y Contencioso-Administrativo de la Región Capital, que previa distribución de ley corresponda, ordenando remitir a éste el presente expediente. Así se decide (destacados añadidos).

Igual fundamento hizo la misma Magistrada en otra decisión publicada en la misma fecha *ut supra*, pero en el caso IMGEVE, bajo el N° de Exp. 01-26109, como en sentencia de fecha 19 de octubre del 2001, Exp. 01-25819, caso Eurobuilding.

En otra sentencia de la Sala Constitucional de fecha 20-11-2002, con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz, en el Recurso de Revisión ejercido por Ricardo Baroni Uzcátegui –mantuvo el mismo criterio– en la cual se estableció:

Con fundamento en la norma constitucional, y según el criterio orgánico, toda actuación proveniente de los órganos de la Administración Pública se encuentra sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, y de conformidad con el criterio material, toda pretensión procesal cuyo fundamento sea una actuación –lato sensu– realizada en ejercicio de función administrativa, con independencia de la naturaleza del órgano autor, compete ex Constitución a los tribunales contencioso-administrativos.

Por ello y como las Inspectorías del Trabajo son órganos administrativos dependientes –aunque descentrados– de la Administración Pública Nacional, debe reiterarse en esta oportunidad que *es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo*, sea que se trate, entre otras, de la pretensión de nulidad a través del recurso contencioso-administrativo, sean las pretensiones relativas a la inejecución de dichos actos como consecuencia de la inactividad de la Administración autora o bien del sujeto obligado –el patrono o el trabajador– para su ejecución; o, por último, *sea que se trate de pretensiones de amparo constitucional con fundamento en lesiones que sean causadas por el contenido o por la ausencia de ejecución de dichos actos administrativos*. De allí que no sólo no existe norma legal expresa que otorgue esta competencia a los tribunales laborales, sino que, de verificarse ésta, sería inconstitucional por violación del artículo 259 del Texto Fundamental. Así se declara (destacados agregados).

Al parecer el panorama judicial se estaba aclarando hasta que la misma Sala Constitucional con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, cambió el criterio con la sentencia N° 3.569 de fecha 6 de diciembre de 2005, caso: Saudí Rodríguez Pérez, en donde establece que el amparo no es la vía idónea y retrocedimos del avance alcanzado por la doctrina judicial.

Así la línea que se ha ido acentuando por la doctrina judicial en los tiempos actuales es la que señala que el amparo no es la vía idónea (aunque no compartimos tal criterio) para ejecutar las providencias administrativas de la Inspectoría del Trabajo, tal razonamiento la Sala Constitucional lo estableció en los términos siguientes:

Pero el caso *sub-examine*, la orden contenida en el acto administrativo del Inspector del Trabajo, es la de proceder al reenganche de los trabajadores antes mencionados, que según se desprende de autos, están amparados por inamovilidad laboral. Por tanto la Sala reitera su criterio al considerar que *las Providencias Administrativas deben ser ejecutadas por la autoridad que las dictó, sin intervención judicial, por lo que el amparo no es la vía idónea para ejecutar el acto que ordenó el reenganche*.

En este sentido, la Sala modifica lo señalado en la sentencia del 20 de noviembre de 2002 (caso: Ricardo Baroni Uzcátegui), respecto a que el amparo sea una vía idónea para lograr el cumplimiento de las Providencias Administrativas provenientes de la Inspectoría del Trabajo.

(...)

En consecuencia, considera *esta Sala Constitucional, que el presente acto administrativo, debió ser ejecutado por la Administración Pública y de esta manera dar cumplimiento a la Providencia Administrativa antes mencionada, razón por la cual se declara* ha lugar a la solicitud de revisión formulada y visto que el fallo impugnado obvió el criterio sostenido por esta Sala, se anula la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y se declara *inadmisible el amparo ejercido* de conformidad con el artículo 6 numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se decide. (Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 06-12-2005 caso Recurso de Revisión ejercido por Saudí Rodríguez Pérez, énfasis agregados).

El asunto no es un fácil debate, pues dentro de esa misma sentencia hay un voto salvado del Magistrado Pedro Rondón Haaz (cuyo criterio compartimos), en el cual se señaló:

Ahora bien, este voto salvante *disiente de esa postura que abandonó la jurisprudencia de esta Sala que se asumió en sentencia de 2-8-01 (Caso: Nicolás José Alcalá), que se reiteró en sentencia de 20-11-02 (Caso: Ricardo Baroni)*, según la cual es cierto que la Administración tiene la potestad (deber-poder) de ejecutar sus propios actos, “...pero es evidente que, de negarse la Administración a cumplir con la obligación que tiene de ejecutar sus actuaciones, ello constituiría, sin lugar a dudas, una abstención u omisión, controlable por los órganos jurisdiccionales como cualquier otra inactividad en la que aquélla pueda incurrir, sea cual sea el estadio en la que la misma se manifieste”, y, además, se sostuvo que el amparo constitucional es la vía idónea para ello. Y es que, evidentemente, la ejecutoriedad y ejecutividad propias de los actos administrativos (artículo 8 de

la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos) no impiden que, cuando la Administración se niega a ejecutar sus actos, sea el juez quien, mediante el control de esa negativa, ordene su ejecución a través de las vías contencioso-administrativas (*V.gr.* el recurso por abstención) o constitucionales (El amparo). (Cursivas y negrillas propias; cursivas del original).

En este sentido se pronunció una sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo en fecha 10-01-2006, caso Oscar José Escalona Escalona, con ponencia del Juez Alejandro Soto Villasmil, donde acogió el último criterio de la Sala Constitucional en la sentencia de fecha 06-12-2005, caso Recurso de Revisión ejercido por Saudí Rodríguez Pérez, estableciendo la Corte cuanto sigue:

Por su parte, se observa que en la sentencia apelada el *a quo* declaró con lugar la acción interpuesta. No obstante lo anterior, dado que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia destacó el carácter de ejecutividad y de ejecutoriedad que gozan los actos administrativos dictados por las Inspektorías del Trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, modificando –a través de la sentencia N° 3569 de fecha 6 de diciembre de 2005, caso: Saudí Rodríguez Pérez– su criterio acerca de la idoneidad de la acción de amparo para resolver casos como el aquí analizado, es forzoso para esta Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo declarar inadmisible de conformidad con el artículo 6 numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales la acción de amparo constitucional, razón por la cual revoca la sentencia dictada en fecha 14 de diciembre de 2004 por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Región Centro Occidental. Así se decide (énfasis agregado).

Que aun siendo cierto y no debe dejarse pasar por alto que la Ley facilita a la Administración Pública a ejecutar sus propios actos, en conformidad con el artículo 8, 79 y 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establecen:

Artículo 8: Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente.

Artículo 79: La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial.

Artículo 80: La ejecución forzosa de actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes:

1. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la administración o por la persona que esta designe, a costa del obligado.
2. *Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía* y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que se le hubieran aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado. Cada multa podrá tener un monto de hasta diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), salvo que otra ley establezca una mayor, caso en el cual se aplicará ésta (cursivas añadidas).

De acuerdo a estos discernimientos normativos volvemos al capítulo inicial del presente tema, es decir, donde se destaca que la solución que presenta la Ley son las multas, pero éstas –aun declaradas con lugar– no solucionan los derechos afectados del trabajador, por ello proponemos la siguiente fórmula que a continuación se desarrolla, para evitar una concusión absoluta de los derechos laborales menoscabados en los casos similares al que aquí se analiza.

5. SOLUCIONES A LA INCERTIDUMBRE JURÍDICA QUE PRESENTA NUESTRA DOCTRINA JUDICIAL EN ESTA MATERIA

La doctrina del Tribunal Supremo de Justicia al no mantener un criterio uniforme deja serias dudas y genera inseguridad jurídica al momento de querer ejercer las acciones judiciales en casos de este tipo.

De modo que estudiado todo lo anterior, podemos afirmar que la vía judicial –clara y segura– que mantiene un criterio uniforme por los

Magistrados de la Sala de Casación Social para reclamar los salarios dejados de percibir decretados por una providencia administrativa de la Inspectoría del Trabajo –es a través de un juicio ordinario laboral– donde tal rubro se reclame como un concepto laboral adeudado y no cancelado, consistente en una cantidad dineraria cierta, líquida y exigible por el trabajador a su empleador, por cuanto se trata de un asunto contencioso del trabajo, práctica que no resuelve de manera total el problema, pues, sólo soluciona parcialmente lo decidido por la providencia administrativa con respecto al aspecto dinerario, siendo que no satisface el derecho a la reincorporación del trabajador despedido sin justa causa amparado por inmovilidad laboral.

Por ello, a nuestro parecer, la vía de amparo constitucional es la más idónea, pero es la que no representa seguridad jurídica, conforme a los vaivenes que ha tenido la doctrina judicial sin acertar a un criterio uniforme, que al no existir una previsión legal se complica el asunto y lo convierte en un verdadero estado de inseguridad jurídica, por ello nuestra recomendación es que se reclamen estos conceptos como un pasivo laboral por ante el Tribunal del Trabajo competente, por cuanto existe un criterio *ius uniformista* de la Sala de Casación Social que lo permite; hasta tanto la Sala Constitucional cambie de nuevo su criterio a favor de ejecutar las providencias de las Inspectorías del Trabajo por vía de amparo constitucional o así lo disponga expresamente una norma legal.

CONCLUSIONES

En vista de los pormenores estudiados en las líneas anteriores podemos concluir lo siguiente:

1. Existe una evidente inseguridad jurídica en torno a la pretensión de amparo constitucional (doctrina judicial del TSJ muy cambiante y ausencia de regulación legal) para ejecutar y proteger los derechos de los trabajadores que durante la época de inmovilidad laboral fueron despedidos sin justa causa y ejercieron su debido procedimiento de reenganche por ante la Inspectoría del Trabajo competente y ésta haya decidido a su favor; sin embargo, el empleador haya desacatado dicha orden.
2. La Sala de Casación Social mantiene un criterio uniforme al aceptar que el concepto de los salarios caídos ordenados por una providencia administrativa pueden ser exigidos en el Tribunal Laboral por vía del

juicio ordinario de cobro, por tratarse de un asunto contencioso del trabajo que versa sobre el pago de una suma cierta, líquida y exigible.

3. El derecho al reenganche no puede ser solicitado a través de un Tribunal Laboral, por medio del cual se intente ejecutar una providencia administrativa de la Inspectoría del Trabajo, pero sí puede solicitarse los salarios dejados de percibir que se causaron durante el desarrollo del procedimiento administrativo.

4. En un tiempo se manejó la posibilidad de que el amparo era la vía idónea para ejecutar las providencias administrativas de la Inspectoría del Trabajo, pero últimamente ese criterio fue abandonado por la Sala Constitucional.

5. Es una máxima de experiencia que las Inspectorías del Trabajo no ejecutan sus propias decisiones, en todo caso, lo que hacen es instaurar un procedimiento de multas, que en nada resuelven la situación del trabajador afectado.

6. Ante la ausencia de previsión legal y las discusiones en la Asamblea Nacional sobre la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, sería una oportunidad preciosa para incorporar este segmento normativo y aclarar todo el panorama de la ejecución de las providencias administrativas dictadas por la Inspectoría del Trabajo.

La relevancia social de la Casación: La importancia del *ius litigatoris*

Jordi NIEVA FENOLL*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Los excesos de Calamandrei y la realidad de la casación originaria.**
- 2. La relevancia de la defensa del *ius litigatoris* para conseguir la protección del ordenamiento jurídico.**
- 3. El cambio de las estructuras sociales y el porqué de la acumulación de asuntos.**
- 4. El formalismo de los tribunales de casación y sus consecuencias.**
- 5. La importancia social de la casación.**
- 6. Replanteamiento de la necesidad de la casación en el ordenamiento jurídico, y de su estructura y funcionamiento.**

* Universidad de Barcelona, Profesor Titular de Derecho Procesal.

INTRODUCCIÓN

En 1895, Manresa Navarro afirmó que la casación fue introducida “más bien por interés de la sociedad, que en beneficio de los litigantes”.¹ Y es que en las pocas ocasiones en que se ha relacionado a la sociedad con la casación, el objetivo fundamental ha sido menospreciar a dicha sociedad, pretendiendo que fuera una especie de entelequia en la que paródicamente sus ciudadanos no tuvieran cabida. Se ha dicho con demasiada frecuencia que el ciudadano no interesa a la casación, más que en la medida en que es útil para sugerirle al Alto Tribunal temas sobre los que formar su jurisprudencia.

Esa declaración, que sitúa de manera indignante al ser humano en el peldaño más bajo del ordenamiento jurídico, cobró carta de naturaleza hace bastante tiempo. Y pese a que los intentos de rehabilitar la posición del recurrente han sido múltiples desde la doctrina, sin embargo legisladores o tribunales de casación siempre hallan alguna excusa para decir, en pocas palabras, que los pequeños problemas del pueblo no interesan a la gran política. En este caso, a la política judicial del tribunal de casación que, complementando la labor del poder legislativo, ayuda a preservar su obra.

Todo lo anterior, cuyas causas y consecuencias iré explicando seguidamente, debería hacer estremecer no solamente a cualquier jurista, sino a cualquier ser humano que confíe, en última instancia al menos, en la Justicia. Porque podría resultar que el Juez, que es lo último a lo que el ciudadano puede agarrarse cuando no consigue defender por sí mismo pacíficamente su derecho, simplemente va a prescindir de él. Y en el caso de la casación no estamos hablando precisamente de cualquier Juez, sino del supremo Juez de un Estado.

Llegados a este punto, ¿habrá que concluir que el más alto Juez del Estado es precisamente el que menos Justicia realiza? El objeto del presente trabajo es justamente intentar que la noción de Justicia sea tanto más elevada y más digna cuanta más superioridad y dignidad se le atribuya a un tribunal. Si hablamos del tribunal de casación, estando ese tribunal en la cúspide del sistema, esa Justicia debería ser lo más per-

¹ Manresa Navarro, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo VI, Madrid 1895, p. 188.

fecta posible. Veamos a continuación si es factible conseguir ese objetivo, defendiendo al mismo tiempo el *ius litigatoris*, que es justamente lo que han negado muchísimos autores.

1. LOS EXCESOS DE CALAMANDREI Y LA REALIDAD DE LA CASACIÓN ORIGINARIA

Aunque he expresado en diversas ocasiones mi admiración sincera por la obra de Calamandrei, y sea justamente su *Cassazione civile* —que publicara con 31 años— uno de los mejores libros de la historia del Derecho Procesal, debo decir que algunas de sus ideas, teniendo en cuenta quién las decía, han influido muchísimo en la doctrina, que, como suele ocurrir, las ha exacerbado y han resultado en parte devastadoras para la utilidad del recurso.

Relatando la historia de la originaria casación francesa de 1790, describió Calamandrei un recurso en el que, fundamentalmente, encontró inadecuados dos puntos. El primero, que dicha casación se hiciera cargo de simples errores *in procedendo*.² Y en segundo lugar, que aquel *Tribunal de cassation* atendiera a las “demandas de casación” realizadas por los mismos particulares. Y que ello era así en 1790 cabía comprobarlo leyendo solamente los 3 primeros artículos de la Ley 27 nov-1 dic. de 1790 *pour la formation d'un tribunal de cassation*.³

² Calamandrei, Piero, *La Cassazione civile*, Vol I, Milano 1920, en: Piero Calamandrei, *Opere Giuridiche*, Vol. VI, Napoli 1976, pp. 446-447.

³ Art. 1. *Il y aura un tribunal de cassation auprès du Corps législatif.*

Art. 2. *Les fonctions du tribunal de cassation seront de prononcer sur toutes les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort, de juger les demandes de renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime, les conflits de juridiction et les règlements de juges, les demandes de prise à partie contre un tribunal entier.*

Art. 3. *Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi.*

Et jusqu'à la formation d'un Code unique des lois civiles, la violation des formes de procédure prescritas sous peine de nullité, et la contravention aux lois particulièrement aux différentes parties de l'Empire donneront ouverture à la cassation.

Sous aucun prétexte et en aucun cas, le tribunal ne pourra connaître du fond des affaires. Après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître, ainsi qu'il sera fixé ci-après.

El texto casi completo, que para mayor claridad reproduczo aquí, cabe hallarlo en Rivière, H. F. / Hélie, Faustin / Pont, Paul, *Lois usuelles, décrets, ordonnances et avis du Conseil d'Etat*, París 1914, pp. 16 y ss: “

Sin embargo, como digo, todo lo anterior iba en contra de su concepción del tribunal de casación como órgano protector del ordenamiento jurídico, que uniformizaba la jurisprudencia, y al que sólo le preocupaba el interés privado del ciudadano en la medida en que podía aprovecharlo para cumplir la misión de Derecho público para la que estaba supuestamente concebido.⁴ Incluso para corroborar mejor su opinión, advertía Calamandrei de los excesos que solían cometer los particulares alegando vulneraciones del ordenamiento jurídico que, en realidad, no lo eran, simplemente para combatir una sentencia que les había sido desfavorable.

El contraste entre las ideas del joven profesor y la realidad que observaba de la casación originaria debió ser simplemente brutal. Y descomunal debió ser el esfuerzo por superar dicha realidad. Tras haber analizado todo tipo de antecedentes históricos –que en su mayoría nada tenían que ver con la casación– y tras haber llegado a la convicción del fin trascendente para el que estaba concebido el recurso, no pudo por menos que soslayar, en muchas de las páginas de su obra, la realidad de esa casación originaria, porque de lo contrario no hubiera podido fundamentar debidamente sus ideas sobre la institución.⁵ Y es que, tras la confrontación con la realidad, sólo quizás la existencia del reenvío podía avalar la idea de que el tribunal de casación no se ocupara del derecho del recurrente, del *ius litigatoris*. Pero, sin embargo, la conclusión se desmorona si se piensa que ese reenvío del asunto al tribunal cuya sentencia se había casado, existía simplemente porque cuando se creó el tribunal de casación se descartó que fuera un órgano judicial.⁶ Como rezaba la regulación originaria, el *tribunal de cassation* era un órgano que se situaba al lado del Poder Legislativo (*après du corps législatif*), idea inicial que fue corregida tiempo después, aunque curiosamente sin cambiar el tenor del art. 1 de la Ley institutiva de 1790, que es el precepto que contenía esa famosa frase.

⁴ Calamandrei, Piero, *La Cassazione civile*, Vol II, Milano 1920, en: Piero Calamandrei, *Opere Giuridiche*, Vol. VII, Napoli 1976, especialmente pp. 133-137.

⁵ Por ejemplo, lo reconoce implícitamente en Calamandrei, *La Cassazione civile*, Vol I, *Cit.* p. 446, con una reveladora frase: “*la cassazione fu ammessa non solo per quei più gravi errori in iudicando che ho finora considerato, ma anche per dei semplici errori in procedendo.*

⁶ Lo reconoce el propio Calamandrei, *La Cassazione civile*, Vol I, *Cit.* p. 445, aunque también Arens, Peter, *Die Befugnis des Revisionsgerichts im Zivilprozeß zur Entscheidung in der Sache selbst*, AcP 161, Heft 2/3, 1962, p. 180, o RIEß, Günther, *Revision und Kassation*. Innsbruck 1982, p. 7.

Sea como fuere, de todo lo anterior surge la idea, tan difundida después, de que los tribunales de casación deben preocuparse solamente de formar jurisprudencia,⁷ aunque curiosamente el *tribunal de cassation* originario precisamente no formaba jurisprudencia alguna,⁸ a fin de impedir que dicha jurisprudencia pudiera desvirtuar en alguna medida la ley, por lo que la casación se limitaba, en 1790 al menos, a la anulación casi inmotivada de la sentencia.

De todos modos, finalmente triunfó esa idea de que la misión de los tribunales de casación es formar jurisprudencia. El derecho del ciudadano, el interés social de la casación en una palabra, era lo de menos. Hay que decir, no obstante, que la idea no es original de Calamandrei, aunque sea quien más haya contribuido a difundirla. En obras de autores del siglo XIX cabe hallar frases parecidas al respecto. De Vicente y Caravantes, en 1858,⁹ ya decía que el objeto de la casación “no es tanto, principalmente, enmendar, el perjuicio o agravio inferido a los particulares con las sentencias ejecutorias, o el remediar la vulneración del interés privado, cuando el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación e interpretación de las leyes o doctrinas legales”, fundamentalmente porque no era misión de la casación “corregir todos los errores, ignorancias o injusticias de los jueces”. De hecho, el autor sólo hacía reproducir las ideas de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 donde se decía expresamente que la casación no es una tercera instancia. Autores posteriores intentaron limitar algunos de esos excesos,¹⁰ tratando de equiparar interés público e interés privado en el recurso, de manera que aunque en casación “es el interés público lo que en primer término prevalece”, “no por eso deja de tener cumplida satisfacción el particular en cuyo daño se ha infringido

⁷ González-Cuéllar Serrano, *Apelación y Casación*, Cit. pp. 170 y ss, y por Guzmán Fluja, Vicente G., *El recurso de casación civil*, Valencia 1996, pp. 25 y ss. Matizando, aunque siguiendo, la anterior vía de pensamiento, Ortells Ramos, *Derecho Procesal Civil*, Cit. p. 563. Vecina Cifuentes, *Los recursos extraordinarios*, Cit. p. 55. De La Oliva Santos, Andrés, *Verificación e los criterios esenciales de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en sus primeros meses de vigencia*, Tribunales de Justicia, N° 1, 2002, pp. 3 y ss.

⁸ Calamandrei, *La Cassazione civile*, Vol. I, Cit. p. 432.

⁹ De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, T. IV, Madrid 1858, p. 80.

¹⁰ No el tema de la tercera instancia, dado que, ciertamente, la casación no abre ninguna instancia.

una ley en la sentencia ejecutoria”.¹¹ Ortiz de Zúñiga, en 1856, también discursió en esa línea de pensamiento, anunciando y equiparando los dos intereses, el individual y el público, de la casación.¹²

Como se ve, parte de la doctrina española había comenzado a discurrir por un camino que humanizaba la casación, es decir, que la hacía más próxima al ciudadano.¹³ No obstante, como es sobradamente sabido, no fue esa la idea que triunfó en la mayoría de los países de Europa,¹⁴ sino que puede hablarse perfectamente de una victoria de las ideas que reprodujo Calamandrei, por encima de lo que fue sin duda aquella casación originaria. Ha sido así, como digo, en muchos países, y en muy pocos se atiende a la cuestión que va a ocupar el siguiente epígrafe.

2. LA RELEVANCIA DE LA DEFENSA DEL *IUS LITIGATORIS* PARA CONSEGUIR LA PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En *petit comité*, se suele acusar poco menos que de “defensor de abogados” a cualquiera que pone en cuestión que el fin único de la casación sea la nomofilaxis. Se piensa que aquellos que defienden la vigencia del *ius litigatoris* en casación, no son más que letrados que quieren tener más facilidades para interponer sus recursos de casación. La anterior es una opinión, sin embargo, que pocas veces se ve por escrito, fundamentalmente porque es radicalmente falsa e irrespetuosa. Y, además, parte de una visión sesgada de la realidad de las cosas, cuya única finalidad es puramente la construcción de un sofisma.

Personalmente también he defendido que el fin principal de la casación sea el *ius constitutionis*.¹⁵ Pero, sin embargo, jamás se me ha ocurrido

¹¹ Gómez De La Serna, Pedro / Montalbán, Juan Manuel, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, Tomo II, Madrid 1861, p. 425.

¹² Ortiz De Zúñiga, Manuel, *Práctica general forense*, T. II, Madrid 1856, p. 545.

¹³ Insistieron mucho en esa idea posteriormente Prieto-Castro Ferrández, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Pamplona 1985. Tomo II, p. 503. Vázquez Sotelo, *La casación civil (revisión crítica)*, Barcelona 1981, p. 35 y ss, y Serra Domínguez, Manuel, *Del recurso de casación*, en: “La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/92 de medidas urgentes de reforma procesal)”, Madrid 1993, p. 218.

¹⁴ Vid. por ejemplo Fasching, Hans W., *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien 1990, p. 929. Rechberger, Walter H. / Simotta Daphne-Ariane, *Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts. Erkenntnisverfahren*, Viena, 1994, p. 450.

¹⁵ Y reiteradamente, Nieva Fenoll, Jordi, *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Barcelona 1998, p. 125; *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona 2000, p. 82; *El recurso de casación civil*, Barcelona 2003, p. 78.

pensar que el *ius litigatoris* no sea un fin, siquiera mediato, de la casación. Simplemente porque aunque fuera completamente cierto lo que decía Calamandrei, el papel del ciudadano no sólo resulta necesario, sino esencial para la casación. E incluso, si del proceso civil pasamos al proceso penal, debe reconocerse que el *ius litigatoris* cumple en esa sede un papel mucho más ambicioso, puesto que la casación, sin duda, tiene la ineludible misión de suponer un último recurso para el condenado, o incluso para la víctima, que teniendo en cuenta los intereses discutidos en esos procesos, no cabe discutir.

Por ello, mantengo que los tribunales de casación deben hacerse cargo del derecho del recurrente, porque si no se ocuparan de ese derecho no podrían cumplir la función nomofiláctica. O dicho de otro modo, cuanto menos se ocupen de esas supuestas “pequeñeces” de los recurrentes, en menor medida podrán cumplir con el *ius constitutionis*. Si el tribunal de casación se ocupa solamente de los “grandes temas”, dicho tribunal no llegará nunca a esas parcelas del ordenamiento que nunca se ven involucradas en esos casos de altos vuelos.¹⁶ Y es que esas parcelas son también muy importantes, porque resulta que los pequeños casos constituyen la mayor parte del contencioso de un Estado. ¿Para qué queremos un tribunal de casación, concebido para proteger el ordenamiento jurídico, que en realidad no protege aquellas partes de dicho ordenamiento que son más próximas al ciudadano?

Debe afirmarse, con toda la vehemencia que sea posible, que los tribunales de casación están dispuestos para defender todas las áreas del ordenamiento jurídico, y no solamente las exquisites. Pues bien, si no se ocupan de esos pequeños casos también, se producirán, no ya vacíos, sino auténticos agujeros en la jurisprudencia que, más pronto que tarde, provocarán una peligrosísima desorientación en los jueces de instancia, tanto los de primera como los de segunda.

Y es que los jueces de instancia –especialmente los de primera instancia– tienen una lógica tendencia natural a superar con rapidez las lagu-

¹⁶ Lo denunciaba hace muy poco la Sala de lo penal del TS, en un informe que se opone a una futura reforma de la casación siguiendo la línea de pensamiento que critico. La Sala, en pleno, era contundente en su informe de 24 de enero de 2006. Si se aprueba la reforma, dejarán de emitir jurisprudencia con respecto a 198 tipos penales. Considerando que los descritos en el Código Penal suman 333, creo que la conclusión que se extrae es diáfana y hace ocioso cualquier comentario.

nas y los problemas interpretativos de las leyes a través de la imposición de su propia solución del caso concreto. Cada día se ven obligados a dictar sentencia en una multitud de casos y a tratar de actuar de la forma más rápida –y no siempre de la manera más justa– posible. Sigue de que muchas veces el derecho positivo no les representa un instrumento válido para obtener esa eficacia que anhelan otorgar. En ocasiones se ven incluso inclinados a infringir, o simplemente a dejar de lado, ese derecho positivo cuando no les satisface, en aras, sobre todo, de la celeridad. Repito, es una tendencia natural propiciada por la imperiosa necesidad de justicia rápida del caso concreto. Ven en esa manera de actuar la única forma de que sus juzgados no se colapsen, fantasma éste el del colapso que tiene *in mente* cualquier juez.

Pues bien, debe decirse claramente que esas inclinaciones son contrarias al ordenamiento jurídico, y hacen que la labor del legislador sea, en buena medida, inútil. El único remedio que poseen esas conductas –comprensibles en el fondo aunque no comparables– es que los jueces de instancia tengan muy presente la amenaza de la futura casación de la sentencia que dictaron. Además, a raíz de esa casación, poseerán una jurisprudencia con la que integrar las leyes en futuros asuntos de que conozcan, lo cual facilitará sobremanera su trabajo cotidiano.¹⁷

Si el tribunal de casación, por una razón o por otra, no realiza esa labor, el juez de instancia simplemente campará por sus respetos, y además sin temor alguno. Y al ser varios los jueces de instancia y no tener ningún órgano que unifique sus interpretaciones (porque para eso está el tribunal de casación, y no otros órganos),¹⁸ la inseguridad jurídica que se genera es brutal. Los abogados ya no deben preocuparse de estudiar la jurisprudencia del tribunal de casación, porque casi nadie la sigue y, por tanto, deviene completamente inútil. En una situación semejante los letrados deben averiguar, pura y simplemente, qué interpretaciones posee el concreto juez de primera instancia, o su inmediato superior, lo que irán cono-

¹⁷ No llegando al extremo de la “pereza mental” de la que hablaba Calamandrei, *La Cassazione civile*, Vol. II, *Cit.* p. 67, en el seguimiento de los precedentes, pero desde luego en una cómoda actitud de adaptarse a los mismos ante la duda.

¹⁸ Recuerdo una conferencia, cuya fecha concreta no recuerdo, pronunciada en el Colegio de Abogados de Barcelona hacia el año 2001. El autor de la conferencia era un conocido Magistrado que reivindicaba el papel de las juntas de jueces en esta misión. ¡Hasta ese punto ha llegado la denigración de la labor del Tribunal Supremo! Aunque ese pensamiento también supone una clara expresión de cómo, en el fondo, se le echa de menos.

ciendo, de no publicarse su jurisprudencia, por canales siempre inseguros e informales. De forma que se van produciendo, poco a poco, jurisprudencias menores paralelas que hacen que el recurrente no sepa ya a qué atenerse, lo que abre las puertas a una inseguridad jurídica que, cuando se detecta el problema descrito, ya es tarde, porque ya se ha instalado en todas las estructuras y es sumamente difícil expulsarla.

¿De qué sirven las leyes en situaciones como ésa? Y no se piense que la situación descrita es irreal porque, por desgracia, y pese a todas las exigencias que las autoridades europeas realizaron a España para su adhesión a la entonces Comunidad Económica Europea, algo parecido a lo que acabo de describir es lo que está pasando en mi país, y por ello puedo explicarlo con mayor verosimilitud. Hay jueces que hasta públicamente reconocen que se apartan de la ley, sin sentir la menor vergüenza por ello, antes al contrario. Acostumbran a justificarlo en que, siguiendo lo que dice el legislador, sería imposible trabajar con eficacia.

Y mientras tanto, ¿qué hace el defensor del ordenamiento jurídico, es decir, el Tribunal Supremo? La verdad es que, en algunas de sus Salas, se preocupa única y exclusivamente de seguir prestando formalmente su función, descargándose de todos los casos que le sea posible, porque también tiene encima el fantasma de los retrasos. Más adelante entrará en los detalles de esta actitud, pero digamos ya ahora que, hasta el momento, los tribunales de casación se han limitado mayoritariamente a justificarse. Hasta existe quien se ha atrevido a decir, basándose incluso en pronunciamientos doctrinales que en realidad no defendían esa idea,¹⁹ que un tribunal de casación con muchos asuntos no puede prestar válidamente su función, por lo que lo recomendable sería que conocieran solamente de unos pocos casos. Acostumbran a justificarlo,

¹⁹ Chiarloni, Sergio, *In difesa della nomofilachia*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1992, p. 123, por ejemplo, habla de la “impossibilità di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto oggettivo, per la principale ragione che troppo numerosi (e in via di aumento) sono i ricorsi e troppo numerosi (e in via di aumento) sono i giudici chiamati a deciderli.” Y también en la p. 127 argumenta que “chi crede in una rivalutazione della funzione nomofilattica della Corte suprema non può che pensare ad una riduzione drastica del numero dei ricorsi”. Pero es que este mismo autor, que viene condicionado por el delicadísimo estado de la cuestión en Italia, viene de decir en la p. 124 que no propone el recorte drástico de asuntos, sino que advierte del “pericolo di esiti di autoritarismo istituzionale al vertice del potere iudiziario”. Y continúa diciendo “a differenza dei professori, i magistrati non sono particolarmente preoccupati della crisi della nomofilachia.”

incluso, en que un tribunal de casación que conoce de múltiples asuntos acostumbra a producir jurisprudencia contradictoria, cuando esa jurisprudencia contradictoria es fruto de las deficiencias en el modo de trabajar de los altos tribunales, y no, *per se*, de la existencia de esa pluralidad de asuntos. Lo que en realidad les preocupa es que observan cómo el número de asuntos aumenta exponencialmente, e intentan controlar ese volumen de la forma más operativa posible. Y en esa labor no dudan en buscar algún sustento doctrinal a su actitud restrictiva de recursos.

Lo que más duele es que, salvo error, a casi nadie se le ha pasado por la cabeza analizar por qué ha aumentado tanto el número de asuntos pendientes en los últimos decenios,²⁰ ni por qué los tribunales de casación de todo el mundo padecen del mismo mal, en mayor o menor medida. Lo único que se es capaz de observar es que el litigante, el recurrente en este caso, molesta a los tribunales de casación con sus recursos, y por ello simplemente se le quita de en medio con una u otra excusa. No se analiza el fondo de lo que pide, ni la justicia de lo que reclama. Nada de nada. Si el tribunal consigue sacárselo de encima, eso significa un recurso menos, y eso es lo único que suele importar.

De ese modo, los tribunales de casación se acercan cada vez más al modelo anglosajón y, además, sin tener ni la más remota idea del autoritarismo y conservadurismo²¹ que supone la vinculación al precedente, sin matices, para un sistema jurídico.²² Simplemente se observa con cierta envidia a los tribunales anglosajones: pocos magistrados (unos 10) y unos 100 casos al año. Ese es el modelo acertado, deben pensar. Y a partir de ahí empiezan a argumentar que el hecho de que haya pocos casos hace que la jurisprudencia tenga más autoridad, cuando es imposible de todo punto concebir que la tenga si no resuelve los problemas reales de los ciudadanos. Se ignora gravemente en los países de *civil law*, que son la mayoría, que en los Estados del *common law* también se quejan amargamente los letrados de la falta de jurisprudencia sobre muchísimas parcelas del ordenamiento jurídico, o de la extrema

²⁰ En el Libro blanco del CGPJ de 1997 se apuntaba a este estudio en la introducción, pero finalmente no llegaba a desarrollarse.

²¹ Advertía de ello Chiarloni, *In difesa*, Cit. p. 127.

²² Resumo sus consecuencias en Nieve Fenoll, Jordi, *La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la "unificación de doctrina". Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho*, La Ley, Nº 6.393, 4-1-2006.

antigüedad de buena parte de la jurisprudencia.²³ Se ignora también que la inmensa mayoría de letrados no cuenta con acudir jamás en su vida al Tribunal Supremo.

Y es que si se ponen las cartas sobre el tapete con un poco de seriedad, habría que decir que resulta imposible concebir cómo un tribunal puede mantener honestamente la protección de un ordenamiento jurídico dictando simplemente 100 sentencias aproximadamente cada año. Puede decirse que podría ser así si la base del derecho del Estado es jurisprudencial, aunque ello sea absolutamente falso. Pero si dicha base es de derecho positivo, la suposición realizada se rompe estrepitosamente. ¿Acaso puede concebirse que sean sólo 100 los problemas de interpretación que genera todo un ordenamiento jurídico al cabo de un año? Cuando un tribunal mantiene esa actitud, el valor de su existencia es puramente político o, mejor aún, simbólico si se quiere, de cara a que el ciudadano perciba que hay un alto tribunal que le va a amparar en último término, aunque no lo haga en realidad. Pero lo cierto es que el engaño se suele conseguir eficazmente, sobre todo dándole una enorme presencia en los medios de comunicación a los casos más espectaculares para el gran público.

Sin embargo, me pregunto por cuánto tiempo querrán los ciudadanos mantener con sus impuestos la existencia de tribunales cuya labor es fundamentalmente marginal, y apenas afecta a los problemas de su vida cotidiana. Probablemente, cuando sean conscientes de ello y la desconfianza por la Justicia se convierta en un problema político, se suprimirá un tribunal semejante, o se pensará en otorgarle todos los medios que sean necesarios para que preste eficazmente su labor, que creo que sería lo más conveniente, ya que tampoco es acertado pensar que los únicos culpables de esa situación sean los magistrados de los tribunales de casación. Pero en política, en casos como el planteado, suelen imponer las soluciones drásticas. Esperemos que en este caso concreto la solución, que algún día sin duda llegará, sea lo más adecuada posible para que jamás vuelva a reproducirse el problema y, sobre todo, para que no se elimine la idea de la casación, una de las más originales y, bien llevada, más eficaces protecciones del ordenamiento jurídico que se han podido concebir.

²³ Vid. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1961, pp. 30 y ss.

3. EL CAMBIO DE LAS ESTRUCTURAS SOCIALES Y EL PORQUÉ DE LA ACUMULACIÓN DE ASUNTOS

Hasta el momento, en general, los tribunales de casación no han sido ser demasiado sensibles con esos pequeños casos que más preocupan a los ciudadanos, produciéndose la crisis del ordenamiento jurídico que acaba de describir, y que empieza a detectarse cuando los niveles de insatisfacción ciudadana por la Justicia están subiendo a pasos agigantados, a pesar de lo que digan algunas estadísticas judiciales. Basta cualquier conversación cotidiana para percibirse de la opinión que los ciudadanos tienen, en muchas ocasiones injustamente, de sus jueces.

Lo que no se ha acabado de percibir es que esa situación también es, pese a los tópicos, bastante nueva. Es cierto que los ciudadanos han tenido cíclicamente mayor o menor confianza en su Justicia dependiendo del período histórico concreto de que se trate, abundando los períodos de balance negativo. Pero hay que ser conscientes de que, hasta fechas recientes, los tribunales eran para los ciudadanos una expresión más de un poder absolutista, del que poco cabía esperar, salvo que uno tuviera influencias o dinero para corromper a los tribunales. Los súbditos, haciendo buena la peor acepción del término, aprendieron a vivir bajo unas estructuras de poder que abusaban de ellos, y ya no se alarmaban por la falta de Justicia. Simplemente se preocupaban de no tener problemas que les hicieran entrar en ese mundo que, además, solía estar en manos de la nobleza, a la que eran completamente ajenos.²⁴

En estas condiciones, la Justicia era cosa de unos pocos y el pueblo llano, en general, sólo la clamaba cuando la autodefensa –más o menos pacífica– ya no funcionaba, así como en casos especialmente graves de Derecho Penal. Si se resolvían esos casos, el pueblo solía estar tranquilo, a pesar de tener problemas en otros ámbitos de sus vidas, y no ser conscientes de que esos problemas podían depender del buen funcionamiento de un tribunal. De hecho, estamos hablando de una época en la que existían muchísimos pequeños pueblos y escasísimas ciudades, por lo que los ciudadanos, a consecuencia de los problemas de comunicación de todo orden de la época, interactuaban muy poco, de modo que

²⁴ Vid. Métaire, Guillaume, *La justice de proximité. Une approche historique*, París 2004, pp. 55 y ss

los litigios solían no trascender más allá del ámbito del propio pueblo, por lo que no generaban un problema de dimensión nacional más que en ocasiones muy puntuales. Ello se observa con facilidad por el tipo de reformas que en muchos lugares se fueron haciendo de la justicia durante los siglos: casi siempre estaban centradas en el proceso penal, y sobre todo en la resolución de los casos que provocaban mayor desconfianza en el súbdito o que generaban alarma en más de un pueblo.

Sin embargo, todo cambia con el éxodo de la población a las ciudades.²⁵ Los problemas que antes preocupaban de forma relativa al ciudadano, de pronto le preocupan enormemente porque los puede comentar con muchas más personas. Ahora el ciudadano, además de leer la prensa desde hace años –fundamentalmente porque aprendió a leer–, accede a los medios de comunicación de masas y de ese modo es mucho más consciente de que sus problemas son también los problemas de muchos otros. Eso le va produciendo una conciencia de su ser que nunca pudo tener cuando vivía subyugado por un noble, o simplemente por un temor reverencial hacia su figura. Ahora tiene instrucción y no tiene a ningún cacique que le haga percibir muy cercanamente su poder. Y por ello, empieza a ocuparse de sus problemas cotidianos que van más allá del techo y del plato de comida, lo que no les había sucedido, por lo general a sus ascendientes.

No hay que reflexionar mucho más para darse cuenta de que ello genera más litigios. Y que además, como el ciudadano es consciente de que paga sus impuestos para obtener unos servicios, no duda en reclamarlos, o al menos en enojarse cuando no puede hacerlo. Por consiguiente, acude con mucha más frecuencia que en el pasado a los tribunales.

Pues bien, los tribunales, incluido los tribunales de casación, no han sabido digerir estos cambios. Los juzgados siguen funcionando prácticamente, no de la misma forma pero sí con las mismas estructuras de siglos atrás. Y de ello no se libran tampoco los tribunales de casación, precisamente porque dichos tribunales fueron creados en la época previa al éxodo de las ciudades.

Los operadores jurídicos no han sido capaces de reaccionar ante la nueva realidad. Sólo se han ido introduciendo, muy lentamente, las nuevas tec-

²⁵ Perrot, Roger, *Institutions judiciaires*, París 1995, p. 112.

nologías en los juzgados. Primero fueron las máquinas de escribir, luego fueron las fotocopiadoras y actualmente es internet, los escaners, las bases de datos y los procesadores de texto que permiten copiar trozos enteros de unas resoluciones a otras de similar contenido. Todo ello, sin duda, acelera el ritmo de trabajo. Pero todo ha sido insuficiente porque no se han reformado ni las maneras de trabajar ni las maneras de pensar de los tribunales, ni se han creado las estructuras necesarias para atender a la demanda.²⁶ Se sigue pensando que aumentar de forma relevante el número de tribunales es económicamente inviable, porque existen otras prioridades en los presupuestos generales del Estado. Y además, se insiste en celebrar un proceso con todas las de la ley en cualquier caso, siendo deficiente, por muy diversas razones, la potenciación de los medios alternativos de resolución de conflictos. Y de esa forma, el ciudadano, en su versión de justificable, permanece deficientemente atendido y, por tanto, insatisfecho.

Dejando a un lado el problema de la primera instancia, y centrándome en la casación, debo incidir en que el problema que padecen los altos tribunales tiene exactamente la misma etiología y, si cabe, recrudeciéndose las causas. Siguen trabajando exactamente igual que antaño, aunque ciertamente con las novedades tecnológicas y, en muchos casos, con el apoyo de gabinetes de asistentes que les ayudan en su labor. Pero el número de asuntos pendientes no cesa de aumentar, salvo para los tribunales que han adoptado soluciones muy drásticas. Y no deja de aumentar porque el incremento de casos en la primera instancia, derivado de las circunstancias acabadas de exponer, acaba llegando también a los tribunales de casación. Y éstos se ven inermes para hacer frente a la avalancha de asuntos sin cambiar los hábitos de trabajo de hace decenios, o quizás siglos. A lo sumo, hacen uso de esas soluciones drásticas en las que el ciudadano pierde todo viso de importancia. Veamos algunas de dichas soluciones.

4. EL FORMALISMO DE LOS TRIBUNALES DE CASACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

La primera y más tradicional respuesta de los tribunales de casación a la acumulación de asuntos ha sido el formalismo en la admisión de re-

²⁶ Aludía a estos temas Ramos Méndez, Francisco, *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, Justicia 1988, pp. 272 y 275.

cursos. Descartada, por fortuna, la posibilidad de inadmitir asuntos inmotivadamente –que es lo que hacen los tribunales anglosajones–, a lo largo del tiempo se han ido buscando razones para inadmitir de manera aparentemente motivada, algunos recursos.

El modo más antiguo y más reiterado, y que además se contiene aun en muchas regulaciones de hoy en día y aun es defendido por sectores cada vez más minoritarios de la doctrina,²⁷ fue declarar que los tribunales de casación, debido a su función de protectores del ordenamiento jurídico, debían ocuparse solamente de las cuestiones de derecho, dejando al margen las cuestiones de hecho.

Ello no fue sino una tergiversación inaceptable de la ley francesa institutiva de la casación de 1790. Una frase del art. 3 de dicha ley disponía que “bajo ningún concepto y en ningún caso, el tribunal podrá conocer del fondo de los asuntos”. Desde luego, leyendo esa frase es fácil manipular el redactado y decir que el tribunal de casación no puede encargarse de los hechos del proceso. Pero ello es absolutamente erróneo.

Si se sigue leyendo exactamente el mismo párrafo donde se dice esa famosa frase, se encontrará que la ley inmediatamente después, sin solución de continuidad, seguía diciendo: “tras haber anulado el procedimiento o casado la sentencia, el tribunal reenviará el fondo de los asuntos a los tribunales que deberán conocer del mismo, según lo que se dispondrá después”.²⁸

Es decir, lo que ocurrió, como observó acertadamente Calamandrei y como ya dije anteriormente, es que el legislador francés no concibió al tribunal de casación como un órgano del Poder Judicial, sino más bien cercano al Poder Legislativo. Siendo ello así, hubiera supuesto un quebrantamiento inadmisible de la división de poderes que el citado “tribunal” –que de tribunal no tenía más que el nombre– hubiera conocido de la solución del caso concreto. Pero dejando claro lo anterior, debe afirmarse a renglón seguido que a nadie pudo ocurrírsele pensar en la época –y de hecho hay sobradadas pruebas de que fue así– que el Tribunal de

²⁷ Boré, *La Cour de cassation de l'an 2000*, cit., p. 135.

²⁸ “Sous aucun prétexte et en aucun cas, le tribunal ne pourra connaître du fond des affaires. Après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître, ainsi qu'il sera fixé ci-après.”

Casación no podía analizar los hechos para investigar las violaciones flagrantes de una ley. Aunque se exigiera la presencia en la sentencia de una “contravención expresa del texto de la ley”, es obvio que no hay magistrado que pueda descubrir dicha contravención expresa si no tiene en cuenta los hechos considerados en el asunto. Porque para ello debería existir una sentencia que reconociera expresamente la infracción legal. Y debe pensarse que no hay juez, por muy imprudente que sea, que en su propia sentencia se atreva a decir “he infringido la ley”, salvo en casos sumamente excepcionales, porque con ello no sólo arriesga la casación de su sentencia, sino el futuro de su propia carrera.

Por tanto, lo que quiso decir originariamente la fuente francesa es que el Tribunal de Casación descubriera la contravención del ordenamiento, pero que no resolviera el fondo del asunto, ni en el hecho ni –y esto es lo importante– en el derecho. Pero es obvio que para descubrir la contravención el *tribunal de cassation* debía analizar el fondo del asunto, aunque dejara el caso sin resolver realizando únicamente la primera parte del trabajo, es decir, el descubrimiento de la vulneración legal.

Siendo todo ello así, entiendo que se descubre la tremenda tergiversación que posteriormente se produjo en este punto, al anunciar que los tribunales de casación no podían conocer de las cuestiones de hecho. Quiero creer que no fue malintencionada esa interpretación, pero lo cierto es que sirvió, en ocasiones con espantosa eficacia, para que los tribunales de casación se descargaran de asuntos. De ese modo, los tribunales de casación empezaron a alejarse de la justicia, de modo temporalmente paralelo al momento en que las leyes les convirtieron en auténticos órganos jurisdiccionales. Curiosa involución de una institución que más novedosa no podía ser. Impresiona observar cuánto tiempo tardó la doctrina en percibirse del engaño y denunciarlo con claridad,²⁹

²⁹ Entre otros muchísimos autores, vid. Fairén Guillén, *De los “hechos” al “derecho”. Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995*, RDProc, N° 2, 1997, p. 359. Guasch Fernández, Sergi, *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona 1997, p. 200. Iacoviello, Francesco M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, p. 265. Neumann, Ulfrid, *Die Abgrenzung von Rechtsfrage und Tatfrage und das Problem des Revisionsgerichtlichen Augenscheinsbeweises*, GA, 1988, p. 387. Nieva Fenoll, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona 2000, p. 101 y ss. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho y proceso*, Barcelona 1978, p. 185. Satta, Salvatore, *Il formalismo nel processo*, RTDPCIt, 1958, pp. 1154. Serra Domínguez, *Del recurso de casación*, “Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Madrid 1985, p. 843. Verger Grau, Joan, *Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del jurado de 20 de abril de 1994*, Justicia 94, pp. 528-529. Vázquez Sotelo, *La Casación Civil*, Cit. p. 198.

e impresiona también observar el rapidísimo modo en que casi todos los tribunales de casación de todo el mundo se acogieron a la restricción a las cuestiones de derecho.³⁰

Ello no fue sino un primer precedente de lo que iba a suceder después. Alejándose cada vez más del modelo inicial, los tribunales de casación empezaron a interpretar las leyes de procedimiento de la casación de un modo absolutamente restrictivo, de suerte que cualquier incumplimiento, aunque fuera nimio o incluso imaginario, de dichas leyes, comportaba la fulminante inadmisión del recurso.³¹ De esa manera, los altos tribunales empezaron a descomponer las frases, y hasta las palabras de las leyes de procedimiento, de modo que el supuesto error del recurrente en la elección de una de esas palabras ocasionaba la pérdida del recurso, como si hubiéramos retrocedido en el tiempo al arcaico proceso romano de las *legis actiones*.

Fue paradigmática, en este sentido, la actitud del Tribunal Supremo español³² cuando tomando la frase “cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso del pleito”, dispuesta inicialmente para ayudar a los letrados a interponer sus recursos, la acabó convirtiendo en un conjunto de categorías artificiosas con las que se distinguió la violación en sentido positivo, en sentido negativo, la interpretación errónea y la aplicación indebida, como supuestos diferentes de la casación, de manera que inadmitía el recurso si el incauto letrado decía en su recurso “violación”, y no expresaba si era positiva o negativa. O decía interpretación, cuando debía haber dicho violación, o aplicación indebida, por ejemplo, y así sucesivamente. Y luego, tras haber realizado una interpretación inaceptable de lo anterior, ocultando que cualquiera de esos conceptos era en realidad una y la misma vulneración de la norma jurídica, argumentaba que el Tribunal Supremo no podía corregir los “errores” del recurrente, realizando una interpretación diabólica del principio dispositivo.

³⁰ En 1793, por ejemplo, la *Allgemeine Gerichtsordnung* de Prusia, primer precedente de la actual *Revision* alemana, exigía que para interponer la *Nichtigkeitsbeschwerde* se alegara la violación de “ley clara” (*Klares Gesetz*). Vid. Gottwald, Peter, *Die Revisionsinstanz als Tatsacheinstanz*, Duncker & Humblot. Berlín 1975, pp. 58-59.

³¹ Es paradigmática la lectura al respecto del libro de Taboada Roca, Manuel, *La casación civil española en alguna de sus complejidades*, Madrid 1977.

³² Serra Domínguez, Manuel, *Violación de ley y doctrina legal*, en: *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1969, pp. 438 y ss.

Y eso lo decía el más alto tribunal del Estado y del que, como dije, se espera la mayor y mejor justicia. Y por desgracia no es un caso aislado en el mundo, ni mucho menos. Siento repetir la comparación, pero todo ello no hace sino recordarme al ejemplo que Gayo puso hace muchos siglos para explicar la desdichada historia del litigante que en un proceso de *legis actiones*, perdió el proceso por la simple nimiedad de decir “cepas” en lugar de “árboles”.³³ Con la diferencia de que eso ocurrió antes del nacimiento de Cristo. Y lo que acabo de explicar ha ocurrido en el siglo XX y sigue sucediendo, por desgracia, en el XXI en ocasiones.

Sea como fuere, de ese modo los tribunales de casación se fueron haciendo odiosamente formalistas, llegando a tachar hasta de malos abogados³⁴ a los letrados que no conseguían cumplir con sus inaceptables exigencias que, además, por supuesto no figuraban en ningún precepto legal.

Gracias a los Tribunales Constitucionales, o a otras superiores instancias, algunos tribunales de casación fueron obligados a corregir su jurisprudencia. Por citar solamente dos ejemplos, es famosa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, cuando le recordó lo obvio al Tribunal Supremo: es decir, que ese tipo de interpretaciones formalistas eran contrarias al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.³⁵ O no menos destacable es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, cuando le expresó al Tribunal Federal que no podía inadmitir por falta de carácter fundamental de la cuestión jurídica debatida un asunto que, por la vulneración del ordenamiento jurídico que contenía, presentaba perspectivas de éxito.³⁶ Todo ello suponía recordar lo evidente, es decir, que los tribunales de casación también son tribunales de Justicia.

³³ Gayo, *Intituciones*, trad. de Abellán Velasco, Arias Bonet, Iglesias-Redondo y Roset Esteve, Madrid 1985, pp. 306-307 (comentario IV, 11. Vid. también 30).

³⁴ Es escalofriante la lectura de Taboada Roca, *La casación civil española*, Cit. pp. 9 a 11.

³⁵ STC 57/1984 de 8-5-1984, FJ 3: “*El derecho, constitucionalmente garantizado, a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, no puede ser comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones o aplicaciones de reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales, en sentidos que aunque puedan parecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y a la finalidad de ésta, y, desde luego, no ajustados a una consideración de tales reglas reinterpretadas a la luz del art. 24.1 de la C.E.*”

³⁶ Auto del Tribunal Constitucional alemán de 9 de agosto de 1978 (2 BvR 831/76). Está también reproducida en el *Juristenzeitung* de 1979, pp. 20 a 23.

Pero la acumulación de asuntos persistió, y por ello los intentos de los tribunales de casación de volver a ser formalistas han persistido también. Uno de los ejemplos más tristes, nuevamente, cabe encontrarlo en mi país, en el que el legislador realizó en el año 2000 una reforma de la casación bastante defectuosa en la que, sin entrar en detalles, instituyó, a semejanza de la legislación alemana previa a la reforma de 27 de julio de 2001, la necesidad de que, para acceder a casación, el asunto tuviera un interés económico de 150.000 euros. O bien, alternativamente, que presentara interés casacional, cifrando dicho interés, fundamentalmente, en la infracción de jurisprudencia o en la existencia de jurisprudencia contradictoria en los tribunales inferiores, o bien en la falta de dicha jurisprudencia con respecto a leyes muy recientes y por un cortísimo plazo de 5 años.

Pues bien, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ya no a través de la jurisprudencia sino en una reunión de 12-12-2000, cuyo contenido se hizo público, decidió que las dos vías señaladas, la de la cuantía y la del interés casacional, eran excluyentes. Y que a la primera sólo cabría acudir cuando el asunto se hubiera sustanciado por razón de la cuantía. Y a la segunda cuando el proceso fuese un procedimiento sustanciado por razón de la materia, es decir, cuando contuviere especialidades procedimentales dispuestas por el legislador en la ley para un más eficaz enjuiciamiento de esa concreta materia.

¿Estaba dicha restricción en la ley? Por supuesto que no. Pero no sólo eso, sino que la ley decía exactamente todo lo contrario. Constaba que esa había sido la voluntad, no ya solamente del legislador, sino de los mismísimos procesalistas que habían intervenido directamente en la redacción del proyecto de ley. Dichos procesalistas denunciaron la vulneración flagrante del ordenamiento jurídico.³⁷ Además, toda la doctrina se manifestó en contra de ese exceso.³⁸ Pero, sin embargo, el Tribunal Constitucional, en esta ocasión, quizás al estar aquejado del mismo mal

³⁷ Diez-Picazo Giménez, *Un torpedo a la casación*, Tribunales de Justicia, 2001, N° 2, pp. 4 y ss. Son especialmente interesantes las palabras de Aguilera Morales, Marien, *Los recursos extraordinarios: casación, extraordinario por infracción procesal, en interés de ley y queja*, Tribunales de Justicia, 2001, N° 11, p. 17: “podría llegar a pensar que el Texto Legal manejado por nuestro Alto Tribunal no fue el publicado en el BOE, ya que ni la letra de éste ni la voluntad del legislador expresada en la Exposición de Motivos avalan tal lectura.”

³⁸ Por todos, Blasco Gascó, Francisco de P., *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina juriprudencial en el recurso de casación*, Cizur Menor 2002, pp. 26-27.

que el Tribunal Supremo en cuanto a la acumulación de asuntos, o quizás deseoso de no provocar un nuevo conflicto entre ambos altos tribunales, decidió mostrarse comprensivo con esa jurisprudencia, y de ese modo en SSTC 150/2004, de 20 de septiembre de 2004, y 164/2004, de 4 de octubre de 2004, decidió mantener que la interpretación del Tribunal Supremo de los preceptos legales no era ni arbitraria ni irracional.

Me pregunto cómo puede llegar a mantenerse que inventar algo que la ley no dice, y en un punto en el que consta claramente la voluntad contraria del legislador, no es arbitrario ni irracional. Pero de ese modo ha progresado, por decir algo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de mi país.

Y es que antes que esas sentencias, el Tribunal Constitucional ya había dado por buena otra interpretación formalista de otra Sala del Tribunal Supremo, la de lo Social, de los preceptos de la Ley del Procedimiento Laboral.³⁹ Según la ley, sólo es posible la modalidad más frecuente de recurso de casación cuando exista jurisprudencia contradictoria en los tribunales de segunda instancia, pero siempre y cuando hubieran fallado dichos tribunales de modo diferente en casos en que existieran “los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos” (art. 217 LPL).

Pues bien, la Sala de lo Social, en lugar de interpretar dicho precepto de forma que cupiera la casación cuando los datos del proceso fueran “sustancialmente iguales”, es decir, cuando las situaciones fueran comparables, exigió, y exige, que los casos a considerar sean idénticos, habiéndose convertido, de ese modo, buena parte de la jurisprudencia de esa Sala en una recopilación de supuestos en que no concurren lo que, por supuesto, ya denominó a partir de entonces la mayoría de magistrados “identidades”. Y toda esa jurisprudencia es completamente inútil para la tutela del ordenamiento jurídico, puesto que sólo de manera muy excepcional se entra a conocer del fondo de los problemas planteados por el recurrente, al centrarse los magistrados solamente en establecer las

³⁹ Vid. al respecto Nieva Fenoll, Jordi, *La casación en materia social (“ordinaria” y por unificación de doctrina): la decadencia de la casación*, Relaciones Laborales, 2004, Nº 15-16, pp. 61 y ss. Molins García-Atance, Juan, *La problemática del recurso de casación para la unificación de doctrina*, Relaciones Laborales, Nº 13, Julio 2005.

analogías y diferencias entre los casos planteados. Desde luego, esa interpretación les ha valido ser la Sala que menos retrasos acumula (resuelven en el plazo aproximado de un año), pero a costa de desterrar prácticamente *de plano* de la casación multitud de recursos, sin parar en absoluto mientes en la posible infracción jurídica denunciada por el recurrente. Desde luego, la interpretación de la Sala no es exactamente *contra legem* en este caso, pero sí es claramente *praeter legem*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional dio por buena la referida jurisprudencia, lanzando incluso algún elogio gratuito a la Sala de lo Social.⁴⁰

Podría continuar describiendo los excesos formalistas de los tribunales de casación, pero creo que ya es suficiente con los expuestos. He destacado en último lugar la jurisprudencia, no de cualquier Sala del Tribunal Supremo, sino de la propia Sala de “lo Social” o laboral. Me pregunto si finalmente habrá de resultar que el formalismo es bueno para la sociedad, o si no es incompatible con la vida digna del ciudadano que cada vez que acuda al más alto tribunal del Estado, se le despache diciéndole, en pocas palabras, que no sabe interponer un recurso de casación.

Por el contrario, estimo que esa actitud es inaceptable, pese a que pueda ser comprensible si se considera que los gobiernos no acostumbran a ayudar a los tribunales de casación a resolver eficazmente sus problemas de acumulación de asuntos, dotándoles de una estructura que les permita trabajar correctamente en un plazo razonable. Con ello, como ya he dicho varias veces, inciden en el alejamiento social de los tribunales de casación, cuando resulta que la función de dichos tribunales es esencial para el respeto de los derechos de los ciudadanos, como me propongo demostrar en el siguiente epígrafe.

5. LA IMPORTANCIA SOCIAL DE LA CASACIÓN

Como indiqué al principio, poquísimas veces se ha reflexionado sobre la relevancia que la casación tiene para el ciudadano. Y cabe intuir con facilidad que sin duda debe tenerla, cuando son tantos y tan reiterados los esfuerzos por negar la existencia de dicha relevancia. En mi opinión, cuando se invierten tantísimos esfuerzos en demostrar algo y el resultado final es siempre e invariablemente negativo, probablemente suceda porque sea desacertada la premisa de la que se parte.

⁴⁰ STC 318/1994 de 28-11-1994, FJ 2.

No creo que pueda afirmarse válidamente que las leyes existen para la sociedad, reiterando aquel viejo aforismo *ubi societas ibi ius*, y al mismo tiempo mantener a renglón seguido que el Tribunal de Casación, el principal custodio de las leyes, no puede perder su tiempo en ocuparse de los asuntos del ciudadano. La *contradictio in terminis* me temo que es patente, pero por más evidente que resulta, no por ello cejan algunos tribunales de casación, algunos legisladores y en ocasiones la propia doctrina, en su empeño de excluir que cuando hablamos de casación estemos tomando en consideración un tema profundamente social.

Sería preciso recordar que la existencia de muchos de los primeros altos tribunales de justicia que enraizan directamente con nuestra tradición histórica –los de época bajomedieval–, deben su existencia precisamente a la defensa del ciudadano. Por poner sólo un ejemplo, no de otro modo se justificó en su día, nada menos que en 1413, la creación de la *Reial Audiència de Catalunya*,⁴¹ auténtico Tribunal Supremo del Principado, que fue concebida originalmente para defender a los litigantes pobres frente a los ricos,⁴² aunque pronto acabó avocándose, de hecho, los asuntos de más altos vuelos, pese a las prohibiciones de estas arbitrarias avocaciones.⁴³ Es este de la *Reial Audiència* un ejemplo paradigmático de lo que suelen contrastar las intenciones de los legisladores con la realidad de la actuación de los tribunales.

Y es que todos los tribunales, toda la jurisdicción en suma, debe su sentido a la existencia del ciudadano. Hace ya mucho tiempo que los gobernantes se dieron cuenta de que convenía a la paz de sus territorios que los litigios de los súbditos se resolvieran de una manera pacífica y justa. Pues bien, a partir de esa consideración no puede admitirse que conforme se va haciendo más compleja la organización jurisdiccional, uno de esos tribunales no atienda al ciudadano, sino que tenga que dedi-

⁴¹ A cargo de Fernando I de Antequera, abuelo de Fernando II el Católico.

⁴² Ferro, Víctor, *El Dret Públic Català. Les Institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, Vic 1987, p. 111. Vives y Cebríá, Pedro Nolasco, *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles*, Tomo I, Barcelona 1832, p. 199.

⁴³ Vid. Constitucions y Altres Drets de Cathalunya, *compilats en virtut del Capítol de Cort LXXXII de les Corts per la S.C.Y.R. Majestat del Rey Don Philip IV. nostre Senyor en la ciutat de Barcelona any MDCCII*, Barcelona 1704, reedición facsímil de esta edición, Col. “Textos jurídics catalans”, Lleis i costums IV/2, Generalitat de Cathalunya, Departament de Justícia, Barcelona 1995, I, 4, 13, 12 (1534, p. 277).

carse, en teoría, solamente a supervisar la actuación de los tribunales inferiores, eso sí, aprovechándose de las quejas de los ciudadanos para detectar los problemas. Si los tribunales de casación no atienden las demandas ciudadanas, llegará un momento en el que puede producirse un replanteamiento sobre la utilidad del órgano casacional, como ha sido ocurrir siempre en la historia. Y es que los ciudadanos, de un modo u otro, acaban apartando lo que ya no les es útil.

Puede decirse, desde luego, que pase lo que pase siempre quedará la importancia del valor de la jurisprudencia, y que por tanto siempre deberá haber un órgano que la cree. Podríamos hablar en este sentido de la importancia social de la motivación de las resoluciones judiciales,⁴⁴ y de la inevitable creación de jurisprudencia a través de la elaboración de dicha motivación. Sin embargo, si los tribunales de casación acaban dictando sentencia solamente en muy pocos casos, es perfectamente posible que nadie atienda ya a sus fallos, al no resolver sus problemas del día a día de la vida judicial. Lo lógico es que los litigantes y los tribunales acudan para orientarse casi con carácter exclusivo a la jurisprudencia de su tribunal inmediatamente superior, el de segunda instancia, que es lo que suele ocurrir en los países anglosajones. Y si ello sucede, es decir, si el Tribunal de Casación abandona en gran medida su labor, los tribunales de segunda instancia creerán ser tribunales supremos, y no se preocuparán en absoluto de seguir la jurisprudencia de nadie, ni la de ellos mismos, ante la escasísima posibilidad de que su fallo sea revocado. O puede ser que sigan la escasa jurisprudencia del tribunal de casación, pero sólo formalmente, citándola, eso sí, pero separándose de ella subrepticiamente a la primera ocasión.

Eso es justamente lo que ocurre cuando el tribunal de casación no funciona bien. La segunda instancia hace las veces de Tribunal de Casación, con el enorme inconveniente de que dicha segunda instancia no se concentra en un solo tribunal, sino lógicamente en una multitud de tribunales, como es propio de la segunda instancia, lo que hace nacer una pluralidad de líneas jurisprudenciales diferentes, y que son lesivas, por supuesto, del principio de igualdad de trato, que más calado social no puede tener.⁴⁵

⁴⁴ Vid. al respecto Guasch Fernández, Sergi, *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona 1998, pp. 450-452.

⁴⁵ Vid. Chiarloni, *In defesa*, Cit. p. 127.

Con todo y eso, es posible que con lo explicado hasta este momento no se perciba aún con gran claridad la relevancia social que tiene la protección del ordenamiento jurídico, a través de la creación de una jurisprudencia uniforme. Vayamos, pues a los puntos que directamente afectan al ciudadano, empezando por su vida económica.

Creo que todo jurista estará de acuerdo en que la falta de una jurisprudencia uniforme provoca inseguridad jurídica. Pues bien, sin descartar otros aspectos, es innegable que la inseguridad jurídica resulta muy nociva para los intercambios comerciales, es decir, para la negociación mercantil. Tengamos muy presente que cualquier empresario prudente que contrata con otro empresario que reside en un lugar diferente al del primero, aunque dentro del mismo país, en el cálculo de riesgos previo a cualquier operación comercial tiene en cuenta, lógicamente, la posibilidad de acudir a los tribunales. De hecho, así lo hace constar con frecuencia en sus contratos a través de las cláusulas de sumisión, que reflejan claramente que se ha pensado en ese riesgo. Si ello es así, es obvio que dicho empresario debe poseer la confianza legítima de que los tribunales le van a amparar si cumple la ley.

Pero sin embargo, si en cada sitio la ley, siendo la misma, acaba siendo imprevisiblemente diferente porque los tribunales de segunda instancia la interpretan de modo incalculablemente distinto,⁴⁶ el empresario acabará por no saber con qué carta quedarse. Y si, al mismo tiempo, el Tribunal de Casación no hace absolutamente nada al respecto, el empresario acabará por no contratar con personas de otras regiones –dependiendo del negocio por supuesto–, porque los tribunales del lugar simplemente no le merecen confianza. Por el contrario, si existiera un Tribunal de Casación eficaz sabría que, pase lo que pase en los tribunales de ese territorio, siempre le quedará la oportunidad de acudir ante ese tribunal de jurisprudencia previsible.

Quizás el lector esté algo sorprendido con lo anterior, y no deseo que se quede con la idea de que la causa de todas las catástrofes económicas

⁴⁶ Aluden a este gravísimo problema Serra Domínguez, Manuel, *Del recurso de casación*, en: “Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid 1985, p. 785. Chiarloni, *In difesa*, Cit. p. 124.

son los tribunales de casación, porque obviamente no es así. Pero me temo que el mal funcionamiento de dichos tribunales acaba teniendo una trascendencia en las economías nacionales que no ha sido convenientemente destacada. Para demostrarlo, debería reflexionarse por un momento sobre una de las principales razones de la depresión económica de muchísimos países del mundo. Dicha depresión suele traer causa de una falta de inversión extranjera. Y dicha carencia de inversión se debe en muchísimos casos a la falta de fiabilidad de los tribunales de aquel país. Cualquier economista sabe que ningún empresario se atreve a invertir en dichos países ante una situación flagrante de inseguridad jurídica. Ciertamente, puede decidir jugar con la corrupción y con el favor de las autoridades en los Estados dictatoriales, o simplemente poco democráticos. Pero si se trata de un empresario medio, que son los que a la postre arraigan en el país y acaban generando mayor riqueza, salvo que sepa muy claramente que la corrupción le va a favorecer, o cuente con que trabajar en ese país le va a resultar muy barato por la explotación de la mano de obra –otro tema social por excelencia– simplemente no va a invertir en ese Estado porque no podrá ocuparse de su negocio al tiempo que se ocupa de sus tribunales. Y es que sabe perfectamente que si va a los tribunales, probablemente perderá, o le costará muchísimo tiempo y esfuerzo obtener una siempre incierta resolución a su favor. Ante esa posibilidad, si iba a crear una empresa que iba a traer riqueza y puestos de trabajo al país, evidentemente no lo va a hacer.

Desde luego, muy diferente es el caso si ese país cuenta con un Tribunal de Casación eficaz. El empresario no sabrá nada, normalmente, de ese Tribunal de Casación. Pero si dicho tribunal actúa con eficacia y coherencia en su jurisprudencia y ejerce, por tanto, la función nomofílactica, de forma que sea percibida por los tribunales inferiores, dichos tribunales acabarán acomodándose a su jurisprudencia y fallarán de modo previsible. De ese modo, lo que sí que percibirá el empresario es que en ese país los tribunales funcionan bien, y ello probablemente será porque el más alto tribunal de ese Estado ejerce correctamente su labor, habida cuenta de que cuando no la ejerce, se produce la inseguridad jurídica provocada por la dispersión de jurisprudencias menores descrita en los apartados anteriores.

Esas, y no otras, son las razones por las que la Unión Europea, a través de todas sus instituciones, está realizando denodados esfuerzos porque

las leyes se armonicen, a fin de que las interpretaciones que se hagan de las mismas sean equiparables,⁴⁷ con el objeto de que, un día, los fallos de los tribunales de justicia acaben siendo lo más coherentes y previsibles posible a nivel continental. Todo ello persigue el mismo fin: favorecer los intercambios comerciales. Los gobernantes comunitarios se han dado cuenta de que la relación comercial satisfactoria para todas las partes evita guerras y genera mucha riqueza. Si los tribunales, en especial el Tribunal de Casación, deja de ocuparse de la protección de uno de los elementos más seguros que existen, las leyes, el empresario acabará percibiendo que los tribunales van cada uno por su lado en sus interpretaciones, por lo que verá claramente que no se le va a amparar en caso de necesidad, aunque se infrinja flagrantemente la ley. Ante esa perspectiva, sencillamente se quedará en su país con toda su riqueza e invertirá en el mismo o, en el peor de los casos, se dedicará simplemente a atesorar su dinero.

Un país fiable es aquel en el que es sencillo localizar sus leyes y prever las posibles respuestas de sus tribunales, teniendo acceso, por supuesto, a una jurisprudencia sencilla y uniforme. Internet ha facilitado sobremanera, por cierto, el acceso a toda esa información. Un Estado al que nunca irá nadie, o del que acabará saliendo todo el mundo en la situación sociológica actual, es aquel que, pese a tener oportunidades de negocio, carece de seguridad jurídica, por cualesquiera razones, pero en especial porque sus tribunales no funcionan. Y los tribunales acostumbran a no marchar bien –o a marchar cada uno por su lado, que es lo mismo– cuando el Tribunal de Casación abdica de su labor y se presenta como una institución meramente decorativa.

Si todo ello sucede, es claramente deducible que los ciudadanos, tarde o temprano, también acabarán percibiendo esa inseguridad. A menos que su país sea inmensamente rico o enormemente despoblado, en cuyo caso no precisarán de la inversión extranjera. Aunque lo normal es que no sea así y la acaben echando en falta. Porque si su país no es rico, que es lo más frecuente, aparecerán las lacras del paro y la pobreza. Y ello ya afecta, y de qué forma, a la vida de los ciudadanos.

⁴⁷ Art. 94 TCE. *El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.*

Y por si todavía parece increíble lo que digo, en este momento formulo una simple pregunta al lector: ¿se conoce, hoy en día, algún país económicamente desfavorecido cuyo tribunal supremo funcione correctamente? Normalmente lo que percibirá el lector es que en los países más atrasados económica y tecnológicamente, los tribunales son efectivamente corruptos. Si existiera un Tribunal de Casación que velara con eficacia por el cumplimiento de la ley ¿no sería mucho más fácil que desapareciera la corrupción de los tribunales de instancia? Ciertamente, puede decirse que existen países ricos cuyos tribunales supremos no funcionan correctamente. Sin embargo, es fácil observar que el nivel de corrupción de esas altas cortes nunca ha llegado en esos lugares a determinados niveles, o el nivel de des prestigio del alto tribunal no ha caído en picada, normalmente porque el concreto tribunal supremo conoció una etapa áurea de la que aún se extraen frutos. Pero si esa etapa áurea se queda en un simple episodio histórico cada vez más antiguo, la dispersión entre los jueces inferiores estará servida y el paulatino desastre económico-social derivado de esa dispersión, también.

Pero descendamos, por último, a lo más inequívocamente social y centrémonos, más que en el empresario, en el consumidor. Los gobernantes de un país no pueden sobrevivir por mucho tiempo si su población está descontenta, y lo estará si sus tribunales de instancia no funcionan bien y su tribunal supremo no hace nada por corregir la situación. Podrán adoptar decisiones populistas y hacer uso del *panem et circensis* cuando convenga, pero el engaño no durará para siempre. El pueblo acabará levantándose periódicamente (como suele ocurrir en los Estados más desfavorecidos), y hasta que no se resuelva el problema de la Justicia, se seguirá rebelando cada cierto tiempo porque una vez que el pueblo ha votado su Parlamento y ha acudido a sus tribunales en búsqueda de justicia, ya no tiene a dónde acudir más que a sus gobernantes.

Nos enseña la historia que en un Estado de muchos pequeños pueblos no es tan fácil que todo eso ocurra como consecuencia directa del mal funcionamiento de la justicia, aunque debe pensarse que existen precedentes históricos en que esa corrupción y arbitrariedades jurisdiccionales acabaron provocando una revolución, como sucedió en una de las revoluciones más famosas y sangrientas de la historia: la francesa. De esa situación del Antiguo Régimen surgió la enorme desconfianza por la

justicia de los ilustrados⁴⁸ y la propia creación del Tribunal de Casación, como es sobradamente sabido. Pero debe señalarse que en un Estado como los de hoy en día, con grandes ciudades y medios de comunicación de masas, la gente acaba percibiendo mucho antes que su Justicia no le atiende, y si no se hallan medios alternativos para contentar al pueblo de alguna forma, se rebela. Si el tribunal de casación correspondiente funciona bien y corrige los excesos de los tribunales inferiores, haciendo cumplir la ley, el ciudadano gana confianza, no ya en la justicia, sino en todo el sistema, adquiriendo la creencia de que sus problemas, de un modo u otro, van a tener solución.

Esa es la dimensión social de la casación, centrada en dos puntos muy importantes: la riqueza de un país y la confianza ciudadana. Soy consciente, no obstante, de que la complejidad de las relaciones sociales actuales provoca que los litigios sean más frecuentes y, por tanto, que la labor del Tribunal de Casación sea más dificultosa. Por ello, el tribunal de casación debe estar preparado para hacer frente a muchos más asuntos de los que había conocido en cualquier otro tiempo, porque la justicia se ha socializado y ha dejado de ser cosa de unos pocos. Por ello, debe ser más diáfano en la jurisprudencia a pesar de que la misma aumente cuantitativamente. Por consiguiente, se hace necesaria una reorganización total de los tribunales supremos para que puedan absorber todo ese volumen de trabajo. A esa imprescindible cuestión dedico el último epígrafe.

6. REPLANTEAMIENTO DE LA NECESIDAD DE LA CASACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, Y DE SU ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO

Aunque nadie ha planteado seriamente la posibilidad de suprimir la casación, si ante el ejemplo de los altos tribunales anglosajones el legislador decidiera que los tribunales de casación acabaran conociendo de poquísimos casos, esa supresión podría llegar a plantearse, o podría incluso suceder *de facto* ante la poca relevancia de sus fallos.

Sin embargo, no creo que las cosas deban discurrir por ese camino. Ya he repetido hasta la saciedad que el Tribunal de Casación es necesario y por qué, pero lo diré una vez más: para que proteja el ordenamiento jurídico a través del mantenimiento de una jurisprudencia uniforme, así

⁴⁸ Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, (Trad. de Azcoaga), Madrid 1985, p. 199.

como de la casación de las resoluciones que resulten contrarias a dicho ordenamiento jurídico.

Es curioso que denominándose el recurso “de casación”, es decir, de anulación o ruptura, la doctrina se haya fijado mucho menos en esa misión de los tribunales supremos que en la otra misión del órgano, la de uniformización de la jurisprudencia, teniendo en cuenta que esa uniformización es un producto inevitable si el tribunal motiva sus resoluciones y es coherente en sus fallos. Y es que debe recordarse que la auténtica misión primigenia de la casación no fue, en absoluto y desde ningún punto de vista, formar jurisprudencia,⁴⁹ sino simplemente casar las sentencias contrarias al ordenamiento jurídico.

Pues bien, no debe perderse en el vacío esa misión de anulación de las sentencias erróneas, porque esa es la misión que percibe con más claridad el Juez, ya que siendo consciente de esa misión, es mucho más sencillo que también tenga en cuenta el producto de la otra, es decir, la jurisprudencia, respetando de ese modo el ordenamiento jurídico.

Se ha dicho con reiteración, sin embargo, que el Tribunal de Casación, siendo uno solamente y de pocos magistrados, no puede ocuparse de todos los casos que podrían llegarle, sino solamente de determinados errores, los supuestamente más importantes, cometidos por los jueces de instancia. Sin embargo, entiendo que el Tribunal de Casación, si realmente debe proteger el ordenamiento jurídico, debe ocuparse de todos los errores que vulneren dicho ordenamiento, siempre y cuando hayan sido relevantes en el fallo de la sentencia dictada, o bien hayan determinado la lesión de los derechos que el ciudadano posee ante la jurisdicción, lo cual restringe bastante el ámbito de los errores, pero lo amplía, potencialmente, a todo el ordenamiento jurídico, que es lo que deseamos conseguir.

Pues bien, hay que dotar a los tribunales de casación de la suficiente infraestructura para que puedan acoger todo ese ingente volumen de asuntos, superando el esquema de trabajo y composición poco menos que de raigambre medieval al que se ven sometidos. Y es que pocas diferencias

⁴⁹ Calamandrei, *La Cassazione civile*, Vol. I, *Cit.* p. 502, reproducía una frase de Robespierre, que expresaba de forma radical el que era, en buena medida, el sentir general: “*Le mot de jurisprudence de Tribunaux doit être effacé de notre langue*”.

existen, en realidad, entre una Real Audiencia o un Real Consejo del pasado, y algunos de los actuales tribunales de casación, si se prescinde de la mayor división actual por salas.⁵⁰ Contaban dichos tribunales también con pocos magistrados. Y asimismo, igual que ahora, le dedicaban exactamente la misma atención y el mismo esfuerzo jurisdiccional a todos los casos que les llegaban, produciéndose, cómo no, el desastre de la acumulación de asuntos y los consiguientes e insoportables retrasos.

Por tanto, debe buscarse la manera de seleccionar los asuntos que merecen ese denodado esfuerzo jurisdiccional (que es el que suelen recibir la mayoría actualmente), separando los que no requieran todo ese esfuerzo. Para ello, leyendo la jurisprudencia de cualquier alto tribunal, y confirmando la impresión con algunos magistrados de los tribunales de casación, se extrae una conclusión quizás sabida, pero muy poco declarada: que aproximadamente el 95% de los asuntos que ingresan en un Tribunal de Casación son de fácil resolución, porque basta aplicarles la jurisprudencia consolidada desde hace años, con escasas o nulas variaciones. En el pasado quizás era más difícil darse cuenta de este hecho, pero en la actualidad es muy sencillo percibirlo observando la multitud de ocasiones en que las sentencias de los tribunales supremos son prácticamente idénticas, reproduciéndose las mismas palabras incluso, gracias a las herramientas informáticas del “cortar y pegar”. Debe añadirse, además, el dato de que entre un 80 y un 90% de las sentencias suelen ser confirmatorias, y en ellas poco hay que enmendar y mucho que copiar de la sentencia de la anterior instancia. Rebatir ordenadamente los argumentos de los recurrentes no es tan dificultoso si no se pierde el tiempo en citas sobreabundantes de jurisprudencia, o simplemente en explicaciones *obiter dicta*, con lo cual no quiero decir en absoluto que las desestimaciones no deban ser precisamente motivadas.

Todos esos casos (me refiero a los sencillos y, dentro de ellos con mayor razón a los desestimables) ocupan muy poco tiempo, el tiempo de leer los escritos de las partes y la sentencia impugnada, más la redacción de la sentencia, mucho más simple gracias a esos adelantos informáticos, entre

⁵⁰ La *Reial Audiència de Catalunya* antes citada, en 1599 contaba con dos Salas de seis magistrados cada una, y una sala de refuerzo. Vid. CYADC, Cap. de Corte de Philip II, Primera Cort de Barcelona, 1599, p. 85. CYADC, Philip, Cort de Montsó, 1585, p. 84. Por su parte, el Consejo de Castilla, en 1406 tenía doce miembros, según consta en la Recopilación de las Leyes destos Reynos de 1640, Libro II, tít. IV, Ley 1^o.

los que también deben incluirse las bases de datos de jurisprudencia. Entiendo que de esos asuntos, en los que no se modificará la jurisprudencia, deben ser asignados a una sala diferente del propio Tribunal de Casación, una sala de apoyo, formada por magistrados sometidos estrictamente a la vinculación al precedente de la sala oficial, que tendría una composición similar a la que tienen hoy en día, es decir, unos 15 magistrados.

De ese modo, se modificaría la estructura de los tribunales de casación, contarían, como digo, con una sala oficial con la señalada composición, y una sala de apoyo de composición variable, en función del número de asuntos pendientes.

En cuanto a los hábitos de trabajo, también deberían modificarse profundamente. Esa Sala de apoyo se dedicaría a resolver los recursos de casación en los asuntos de sencilla resolución, aplicando el precedente al caso concreto, con una motivación bastante más sencilla que la habitual, puesto que esa Sala no tiene la misión de formar jurisprudencia, sino simplemente de respetarla y hacerla respetar para proteger el ordenamiento jurídico. Por ello, serían perfectamente posibles las motivaciones *per relationem* al precedente, relacionando solamente el caso concreto con la jurisprudencia señalada de un modo sencillo y comprensible. De ese modo, la sentencia tardaría mucho menos tiempo en dictarse de lo habitual.

La sala oficial se encargaría, como digo, de los asuntos más complejos o en los que hubiera de modificarse la jurisprudencia, por lo que sus sentencias, sin necesidad de ser farragosas, sí debieran ser mucho más razonadas, porque formarán jurisprudencia.

De ese modo, es previsible que cuando se pusiera en funcionamiento el sistema, existiera un aumento en la interposición de recursos ante la eliminación (que es aconsejable que sea paulatina) de las actuales trabas para recurrir. Pero ese aumento habría de durar por poco tiempo. Si los recurrentes van observando que la admisión no depende prácticamente de una lotería (como en los tribunales anglosajones), sino de una actividad reglada, y que la jurisprudencia se aplica y se sigue férreamente por la sala de apoyo, llegará un momento en el que decidirán que no merece la pena acudir ante el tribunal de casación, ante las escasísimas perspectivas de éxito del recurso y ante los gastos que suele generar la postulación ante un alto tribunal, porque todo ello hará que la maniobra resulte antieconómica. Ello, con el tiempo, provocará un descenso paulatino del número de recursos, pudiendo estabilizarse la com-

posición de la sala de apoyo, que podría ser calculada siguiendo el parámetro de encargar entre 200 y 400 ponencias a cada magistrado. Siendo ello así, el resultado sería que para dictar 8.000 sentencias no harían falta más de 20 magistrados en la sala de apoyo,⁵¹ lo que haría el sistema económica y cuantitativamente sostenible.⁵²

En resumen, que la solución a los retrasos ante los altos tribunales se cifra en un cambio de mentalidades fundamentalmente. Si ello sucede, piénsese que serán muchos más ciudadanos los que acudan ante el Tribunal de Casación, lo que les hará percibir la utilidad de su función. Los resultados en la mejora del funcionamiento de los tribunales en general ya han sido expuestos. Y si se logran dichos resultados, creo que ganaría muchísimo la sociedad, quedando claro que la dimensión social de la casación pasa por el respeto al *ius litigatoris*, única forma de que el tribunal preste debidamente la función nomofiláctica.

⁵¹ Por citar un ejemplo de una Sala que está colapsada, en el 2004, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con una composición de 12 magistrados y tres suplentes según datos de su página-web, resolvió 5.472 asuntos, tomando los datos de la memoria de 19-5-2005 del Consejo General del Poder Judicial.

⁵² No voy a dar más detalles de todo este sistema, porque quizás no es el momento ni el lugar, pero me remito a cuanto explico sobre el mismo en mis trabajos Nieva Fenoll, Jordi, *La casación en materia social*, Cit. pp. 61 y ss, y en Nieva Fenoll, Jordi, *La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la “unificación de doctrina”. Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho*, La Ley, Nº 6.393, 4-1-2006.

Aproximación al régimen de responsabilidad patronal por enfermedad ocupacional en la legislación y jurisprudencia venezolana

Juan Carlos PRÓ-RÍSQUEZ*

*Dijo el Señor a Moisés: Habla a la Asamblea de los
hijos de Israel y diles: (...) Teme a tu Dios.
Yo soy el Señor. No seas injusto en la sentencia, ni
por favorecer al pobre ni por respeto al poderoso.
Juzga con justicia a tu prójimo (...)*

Libro del Levítico (Lev 19, 1-2.11-18)

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado magna cum laude, Doctorado en Ciencias, Mención Derecho, en preparación de tesis doctoral. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho*, Profesor de Derecho del Trabajo desde 1997, de Derecho Civil I (Personas) 1995-1999. *Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Escuela de Administración y Contaduría*, Profesor de Derecho Privado III (Derecho del Trabajo) 1998-2000. Southern Methodist University, Maestría en Derecho. jc.pro@macleoddixon.com. **Despacho de Abogados miembros de Macleod Dixon, s.c.**, Socio Internacional.

SUMARIO:

Introducción

1. **Responsabilidad objetiva y supletoria del patrono prevista en la LOT:** 1.1 *Excepción patronal.* 1.2 *Indemnizaciones y beneficiarios.*
2. **Casos en los cuales el trabajador está asegurado ante el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.**
3. **Responsabilidad subjetiva del patrono prevista en la LOPCY-MAT:** 3.1 *Principales deberes patronales.* 3.2 *Calificación de la enfermedad como ocupacional.* 3.3 *Sanciones administrativas.* 3.4 *Indemnizaciones patronales.* 3.5 *Sanciones penales.*
4. **Responsabilidad del patrono prevista en el CCV:** 4.1 *Comisión de un hecho ilícito.* 4.2 *Daños y perjuicios.* 4.3 *Relación de causalidad.* 4.4 *Culpa del patrono.* 4.5 *Responsabilidad del patrono por daño moral causado al trabajador.*
5. **Carga de la prueba de las enfermedades ocupacionales.**

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

La salud es un derecho humano indisolublemente vinculado a la calidad de vida y el desarrollo de toda persona. En este sentido, el artículo 83 de la Constitución vigente,¹ establece que la salud constituye un derecho social fundamental, cuya obligación recae primordialmente sobre el Estado, quien debe garantizarlo como parte del derecho a la vida. Ante esta obligación, el Estado actúa frente a los particulares desde una doble dimensión, una preventiva, al regular las actividades potencialmente riesgosas a la salud e integridad personal, y otra indemnizatoria, para aquellos casos en donde se han lesionado los referidos derechos.

La interacción entre los sujetos del derecho de trabajo puede tener repercusiones en la salud de cualquiera de las partes, aunque nos enfocaremos en estas notas solamente en la persona del trabajador y la consecuente responsabilidad patronal. De la revisión de la doctrina, legislación y jurisprudencia patria observamos cómo las condiciones de forma, modo y lu-

¹ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.* Publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela (GORBV) N° 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000.

gar de la prestación de los servicios deben adecuarse de manera altamente eficiente para garantizar la salud e integridad personal del prestador de servicios subordinado. Nuestro propósito en este artículo es identificar y analizar la responsabilidad patronal en caso de que ocurra alguna enfermedad de naturaleza ocupacional, no haciendo mayores consideraciones sobre la regulación de los accidentes de trabajo, la cual comparte, casi en su totalidad, los comentarios que haremos sobre la responsabilidad del empleador por enfermedades ocupacionales.

En nuestro país no existe un cuerpo legal único que regule sistemáticamente las enfermedades ocupacionales y la consecuente responsabilidad patronal, en caso que la hubiere. Para ello, estudiaremos el régimen de responsabilidad por enfermedades profesionales previsto, en los cuatro principales textos normativos que los regulan detalladamente: la Ley Orgánica del Trabajo² (LOT), la Ley del Seguro Social³ (LSS), la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo⁴ (LOPCYMAT) y el Código Civil⁵ (CCV).

Como será explicado más adelante, respecto a las indemnizaciones por daño derivadas de una enfermedad ocupacional, nuestra jurisprudencia hace una distinción entre responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva del patrono, es decir, en algunos casos, el empleador deberá indemnizar al trabajador independientemente de la conducta diligente que haya observado; y en otros casos, el empleador sólo responderá cuando haya tenido culpa, en sentido amplio, en el daño sufrido por el trabajador. Es de destacar, que las indemnizaciones previstas en dichos instrumentos legales (excepto la establecida en la LSS) pueden serle exigidas al patrono de manera conjunta, puesto que, al responder a supuestos de hechos distintos, el pago de una cualquiera de ellas no implica la renuncia de las demás.

Antes de desarrollar nuestros comentarios sobre la responsabilidad patronal pertinente, es menester señalar que la verificación de una patología

² Ley Orgánica del Trabajo. Publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela (GORV) NO. 4.240 Extraordinario (E) de fecha 20 de diciembre de 1990, reformada en GORV Nº 5.152 de fecha 19 de junio de 1997.

³ Ley del Seguro Social. Publicado en GORV (E) Nº 4.322 de fecha 3 de octubre de 1991.

⁴ Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. GORBV Nº 38.236 de fecha 26 de julio de 2005.

⁵ Código Civil de Venezuela. Publicado en la GORV (E) Nº 2.990 de fecha 26 de julio de 1982.

en el trabajador no compromete necesariamente la responsabilidad del patrono, pues es necesario que se acrede su carácter de ocupacional, es decir, que la misma fue adquirida o agravada con ocasión de los servicios laborales prestados. A tal fin, será necesario analizar, además de la existencia de una enfermedad, su diagnóstico como ocupacional por los órganos competentes para ello, y la demostración de la relación directa causal entre la patología y la prestación de servicios, así como el sujeto sobre quien recae dicha carga, y las posibles eximentes de responsabilidad.

En este orden de ideas, en la sentencia Nº 505 de la Sala de Casación Social (SCS) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de fecha 17 de mayo de 2005, recaída en el caso: *A. Camargo vs Costa Norte Construcciones*, se dejó sentado lo siguiente:

En el caso de las enfermedades profesionales que se adquieren en forma gradual, el cambio de establecimiento o empleo del trabajador hace que muchas veces ingrese a las órdenes de un nuevo empleador con una enfermedad ya declarada, la que deberá hacerse constar en el legajo médico con la debida notificación al trabajador, guardando los requisitos médicos de confiabilidad que corresponda, y será la prueba que permitirá eximir al patrono de la responsabilidad de esa enfermedad, *salvo que con posterioridad al ingreso haya habido agravamiento, siendo responsable, en este caso, en la medida del mismo. Cumplidos los presupuestos señalados, le resta al juez determinar la vinculación o nexo causal entre el trabajo, sus condiciones y la lesión incapacitante* (destacado nuestro).

Con la referida observación, el estudio del tratamiento normativo de la responsabilidad del empleador por enfermedades ocupacionales reviste importancia actual, pues sólo delimitando su contenido y alcance podrán tomarse las medidas adecuadas para prevenir o disminuir los riesgos de aparición de estados patológicos en los trabajadores producto de la prestación de servicios y, en consecuencia, disminuirá el riesgo para los empleadores de enfrentar los respectivos reclamos, los cuales en la mayoría de los casos ascienden en sus planteamientos a sumas muy elevadas y desproporcionadas al daño alegado. No obstante los montos judiciales reclamados, reconocemos el esfuerzo de la jurisprudencia reciente de nuestro máximo Tribunal en adecuar la condena a montos económicamente razonables para los diversos casos planteados. La jurisprudencia sobre responsabilidad patronal ha sido

abundante, pero nos limitaremos a señalar los principales casos que, en nuestra opinión, fundamentan el criterio vinculante previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.⁶

1. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUPLETORIA DEL PATRONO PREVISTA EN LA LOT

El artículo 560 de la LOT consagra el régimen de la responsabilidad objetiva del empleador, según el cual, el patrono debe responder e indemnizar al trabajador que padezca una enfermedad profesional (hoy mejor definida como ocupacional por la LOPCYMAT) no obstante la misma no se hubiere causado como consecuencia de un incumplimiento patronal, bien sea por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos. Por lo tanto, la responsabilidad objetiva supone que el patrono debe indemnizar al trabajador, sin importar las condiciones en que se haya producido la enfermedad ocupacional.

El artículo 562 de la LOT establece los elementos definitorios concurrentes de una enfermedad profesional, en los siguientes términos:

Se entiende por enfermedad profesional *un estado patológico contraído con ocasión del trabajo o por exposición al ambiente en que el trabajador se encuentre obligado a trabajar*; y el que pueda ser originado por la acción de agentes físicos, químicos o biológicos, condiciones ergológicas o meteorológicas, factores psicológicos o emocionales, que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, temporales o permanentes (destacado nuestro).

Es de destacar, que el artículo 585 de la LOT establece el carácter supletorio del régimen de responsabilidad objetiva establecido en su Título VIII, el cual sólo resultará aplicable en aquellos supuestos en los cuales el trabajador no está acaparado por la seguridad social, tal como será explicado más adelante.

Una vez diagnosticada la enfermedad, el trabajador debe notificárselo a su patrono dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes (artículo

⁶ Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Publicada en la GORBV NO. 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002.

564 de la LOT) y éste, a su vez deberá dar cuenta a la Inspectoría del Trabajo de su localidad dentro de los cuatro (4) días continuos siguientes a que ésta ha sido diagnosticada (artículo 656).

1.1 EXCEPCIÓN PATRONAL

Para que prospere una reclamación del trabajador con fundamento en la responsabilidad objetiva bastará con que aquél demuestre: i) el padecimiento de la enfermedad ocupacional, y; ii) el grado de incapacidad sobrevenida a los fines de determinar el monto de la indemnización. No obstante, de acuerdo con el artículo 563 de la LOT, los patronos quedarán exceptuados de pagar esta indemnización cuando la enfermedad profesional: i) haya sido provocada intencionalmente por la víctima; ii) obedezca a causas de fuerza mayor ajena al trabajo; o cuando se trate de trabajadores ocasionales; trabajadores domésticos; o de familiares del patrono.

En este sentido, tenemos que el patrono puede excepcionarse alegando como defensa que el daño tuvo su causa en: i) un hecho fortuito; ii) fuerza mayor; iii) por el hecho de un tercero; o iv) por el hecho de la víctima. Al respecto, en sentencia N° 831 de la SCS del TSJ, de fecha 21 de julio de 2004, recaída en el caso: *Carlos Sánchez vs Panamco de Venezuela, S.A.*, se dejó sentado lo siguiente:

Lo expuesto en el párrafo anterior, es conocido en nuestra doctrina como la responsabilidad objetiva por guarda de cosas, estipulada en el artículo 1.193 del vigente Código Civil, el cual dispone (...).

Esta norma establece un caso de responsabilidad objetiva, contra la cual el guardián de la cosa puede defenderse alegando y demostrando que el daño tuvo su causa en un hecho fortuito, de fuerza mayor, por el hecho de un tercero o por el hecho de la víctima. Con ello se establece una relación de causalidad del daño que torna en no responsable al guardián.

Dentro de este mismo marco de ideas, cuando se trate de accidentes y enfermedades profesionales el patrono propietario de la cosa, responde por ella independientemente de la culpa, indemnizando al trabajador por el daño causado, en otras palabras, en virtud de dicha responsabilidad objetiva, el patrono debe reparar tanto el daño material como el daño moral derivado de los infortunios en el trabajo.

Pues bien, con vista a todo lo antes expuesto, estima esta Sala que resulta suficiente, para que pueda ser declarada la responsabilidad objetiva por guarda de cosas en el presente caso, que se pruebe suficientemente la existencia del daño, la relación de causalidad conforme a la cual pueda afirmarse que el hecho de la cosa es el que causó el daño, y la condición de guardián de la demandada; disponiendo la parte demandada de las siguientes defensas frente a la acción por la cual se le exige la responsabilidad que nos ocupa: la demostración de que el hecho proviene de un caso fortuito, fuerza mayor, del hecho de un tercero o de culpa de la víctima...

Por consiguiente, demostrado y probado el hecho del tercero y la fuerza mayor impredecible e imprevista como generador del daño, debe eximirse de toda responsabilidad objetiva al patrono, es decir, a la empresa Panamco de Venezuela. Así se decide.

Por otra parte, de acuerdo con el actual criterio de nuestros tribunales del trabajo, las indemnizaciones por enfermedad ocupacional por responsabilidad objetiva del patrono se generan por la sola ocurrencia del accidente de trabajo, en otras palabras, el patrono estará obligado a pagar dicha indemnización siempre que el trabajador padezca de una patología de este tipo, aun cuando no haya mediado culpa por parte de éste.

En efecto, la SCS del TSJ, en sentencia N° 430 de fecha 25 de octubre de 2000, en el caso de *José Alfredo Torrealba vs Compañía Anónima Electricidad de Occidente (Eleoccidente)*, señaló que:

Las disposiciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo en relación con las indemnizaciones por accidente de trabajo están contenidas en el Título VIII de la citada Ley, “De los Infortunios en el Trabajo”, y están signadas por el régimen de la responsabilidad objetiva del empleado, contempladas en los artículos 560 eiusdem, según el cual el patrono debe responder e indemnizar al trabajador por los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, provengan del servicio mismo, o con ocasión a él, aunque no haya imprudencia, negligencia o impericia, o inobservancia de los reglamentos por parte de la empresa o de los trabajadores. La propia Ley Orgánica del Trabajo, establece el monto

de las indemnizaciones que por concepto de incapacidad debe recibir el trabajador o sus familiares en caso de muerte de aquél (destacado nuestro).

En consecuencia, para que no proceda el pago de estas indemnizaciones, en el supuesto del hecho de la víctima señalada anteriormente, el patrono tendría que probar que la enfermedad ocupacional se debió a la negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de los reglamentos por parte del trabajador que alega padecer una enfermedad ocupacional o de una causa extraña al trabajo.

1.2 INDEMNIZACIONES Y BENEFICIARIOS

Como quiera que el régimen de responsabilidad objetivo establecido en la LOT, es como ya lo señalamos de carácter el supletorio, el patrono que haya incumplido con la obligación de inscribir al trabajador ante el IVSS y siempre que no se den los supuestos de excepción establecidos en el artículo 563 de la LOT, estará obligado a pagar las indemnizaciones en ésta establecida por la ocurrencia de accidentes y por las enfermedades ocupacionales, ya provengan del servicio mismo o con ocasión de él, así como a cubrir los gastos médicos y funerarios, en los siguientes términos:

- i) En caso de muerte, una indemnización igual al salario de 2 años, cuyo monto no podrá exceder del equivalente a 25 salarios mínimos.
- ii) Por incapacidad absoluta y permanente para el trabajo, indemnización equivalente a 2 años de salario, la cual, no podrá exceder del equivalente a 25 salarios mínimos.
- iii) Por incapacidad absoluta y temporal, indemnización igual al salario de los días que hubiere durado la incapacidad. Esta indemnización no excederá del salario de un año.
- iv) Por incapacidad parcial y permanente, una indemnización que no excederá del salario de un año, ni de la cantidad equivalente a 15 salarios mínimos sea cual fuere el salario.
- v) Por incapacidad parcial y temporal, una indemnización que no excederá del salario correspondiente a un año.

Para calcular las referidas indemnizaciones, se tomará como salario base el salario normal que hubiere tenido derecho a cobrar el trabajador el día que ocurrió el accidente o la enfermedad ocupacional.

Adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 577 de la LOT, en caso de accidentes o enfermedades ocupacionales el patrono tiene la obligación de cubrir los gastos de asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica que sean necesarios, así como a cubrir los gastos de entierro en caso de muerte del trabajador. La obligación de cubrir esos gastos no excederá de la cantidad equivalente a 5 salarios mínimos.

El artículo 568 de la LOT establece que los parientes del trabajador que se especifican a continuación, tienen derecho a recibir la indemnización en caso de muerte del trabajador a la que hicimos referencia, empleando de esta forma un régimen distinto al sucesoral establecido en el CCV, toda vez que estos parientes se consideran beneficiarios de las indemnizaciones y no sucesores, no hay preferencia entre los mismos y la indemnización se distribuirá equitativamente entre:

- i) Los hijos menores de 18 años, o mayores, cuando padeczan de defectos físicos permanentes que los incapaciten para ganarse la vida;
- ii) La viuda o el viudo que no hubiere solicitado u obtenido la separación de cuerpos, o la concubina o el concubino que hubiere vivido en concubinato difunto hasta su fallecimiento;
- iii) Los ascendientes que hubieren estado a cargo del difunto para la época de la muerte; y
- iv) Los nietos menores de dieciocho (18) años cuando sean huérfanos, y cuando sin serlo, el padre o la madre de ellos no tengan derecho a la indemnización y sean capaces de subvenir a la subsistencia de aquéllos.

El patrono queda exento de responsabilidad cuando paga la indemnización a los parientes de la víctima luego de transcurridos 3 meses siguientes a la muerte de aquélla, pues de lo contrario quedaría obligado a pagar de nuevo la parte proporcional que corresponda al beneficiario que haga su reclamo antes del transcurso del mencionado lapso de 3 meses.

2. CASOS EN LOS CUALES EL TRABAJADOR ESTÁ ASSEGURADO ANTE EL INSTITUTO VENEZOLANO DE LOS SEGUROS SOCIALES (IVSS) Y EXISTE COBERTURA COMPLETA DEL IVSS

En caso que el trabajador que padece una enfermedad ocupacional, esté cubierto por el seguro social obligatorio, conforme a lo previsto en el artículo 5 de la LSS, el IVSS es el obligado por Ley a pagar las indemnizaciones a que hubiera lugar, de acuerdo con las disposiciones previstas en el Título III, de las Prestaciones en Dinero, concretamente en los artículos 9° al 26 *eiusdem*. Es importante destacar que las disposiciones sobre la LSS continuarán en vigencia hasta que sea creada y entre en funcionamiento la Tesorería de la Seguridad Social (TSS) prevista en la LOPCYMAT.

En efecto, hasta tanto sea creada y entre en funcionamiento la TSS, prevista en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social⁷ (LOSSSS): i) los empleadores continuarán cotizando al IVSS en las condiciones establecidas en la LSS y en la LOSSSS; ii) los afiliados continuarán recibiendo las prestaciones previstas en esa Legislación; y, iii) se mantendrá vigente el Título VIII de la LOT, en cuanto sus disposiciones no contraríen las normas establecidas en la LOPCYMAT y la LOSSSS.

Así, el artículo 585 de la LOT señala: *En los casos cubiertos por el Seguro Social Obligatorio se aplicarán las disposiciones de la Ley especial de la materia. Las disposiciones de este Título tendrán en ese caso únicamente carácter supletorio para lo no previsto en la Ley pertinente* (destacado nuestro).

En consecuencia, cuando el trabajador esté cubierto por el Seguro Social deberán aplicarse las normas contenidas en la LSS, en materia de enfermedades contraídas o agravadas con ocasión a la prestación de servicio, con preferencia a las normas de la LOT.

Los artículos 1 y 2 de la LSS establecen:

Artículo 1.- La presente Ley rige las situaciones y relaciones jurídicas con ocasión de la protección de la Seguridad Social a

⁷ Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social. Publicada en la GORBV N° 37.600 de fecha 30 de diciembre de 2002.

sus beneficiarios *en las contingencias de* maternidad, vejez, sobrevivencia, enfermedad, accidentes, invalidez, muerte, retiro y cesantía o paro forzoso.

Artículo 2.- Se propenderá, bajo la inspiración de la justicia social y de la equidad, a la progresiva aplicación de los principios y normas de la Seguridad Social a todos los habitantes del país.

Están protegidos por el Seguro Social Obligatorio, los trabajadores permanentes bajo dependencia de un patrono, sea que presten sus servicios en el medio urbano o en el rural y sea cual fuere el monto de su salario.

El Ejecutivo Nacional al reglamentar la Ley o mediante Resolución Especial, determinará a las personas a quienes se amplíe su protección y establecerá, en cada caso, los beneficios que se le otorguen y los supuestos y condiciones de su aplicación (destacados nuestros).

De acuerdo con lo antes expuesto, los trabajadores cubiertos por el Seguro Social Obligatorio que padezcan alguna enfermedad, sea común u ocupacional, tienen derecho a ser indemnizados conforme a lo previsto en la LOSSS y en las Secciones I y II del Capítulo II del Título II de la LSS.

En efecto, señalan los artículos 20 y 21 de la LSS, lo siguiente:

Artículo 20.- El asegurado que a causa de enfermedad profesional o accidente del trabajo quede con una incapacidad mayor del veinticinco por ciento (25%) y no superior a los dos tercios (66,66%) tiene derecho a una pensión. También tendrá derecho a esta pensión por accidente común siempre que el trabajador esté sujeto a las obligaciones del Seguro.

Artículo 21.- La pensión por incapacidad parcial será igual al resultado de aplicar el porcentaje de incapacidad atribuido al caso a la pensión que le habría correspondido al asegurado de haberse incapacitado totalmente.

Adicionalmente, indica la propia LSS en su artículo 24: “Las pensiones por incapacidad parcial se pagarán mientras ésta subsista y desde que el asegurado deje de percibir indemnizaciones diarias por esa incapacidad”.

De lo antes expuesto, se desprende que es el IVSS la persona obligada a pagar las prestaciones mediante la asistencia médica integral y en

dinero en los casos de enfermedades ocupacionales padecidas por sus afiliados. Lo anterior, ha sido reiterado por la jurisprudencia de los Tribunales del país. Así, la extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ), en sentencia de fecha 3 de junio de 1987, en el caso *I.A. Arias vs Manufactura Orgam, C.A.*, señaló:

Ahora bien, conforme a los artículos 307 del Reglamento de la Ley del Trabajo y 99 de la Ley del Seguro Social, en las regiones del país y categorías de empresas para las que esté vigente el régimen de esa última Ley, quedarán insubsistentes las que en la primera regulan las indemnizaciones por accidentes de trabajo. Dentro de esa perspectiva y por mandato de la Ley del Trabajo vigente, su Reglamento y la Ley del Seguro Social, *el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales ha quedado subrogado en las obligaciones y derechos que estaban a cargo de los patronos o empresas sometidas a la Ley del Trabajo y su Reglamento, por cuanto al comenzar a funcionar el Seguro Social Obligatorio, quedó sustituido el sistema de responsabilidad individual del patrono por un régimen de carácter social que cubre a toda persona que preste sus servicios en virtud de un contrato o relación de trabajo, cualquiera que sea el monto de su salario y tiempo de duración del trabajo, con las excepciones establecidas en la propia Ley, y para todas aquellas regiones del país donde se aplique el Seguro Social Obligatorio* (destacado nuestro).

Por su parte, la SCS del TSJ en sentencia Nº 430 de fecha 25 de octubre de 2000, en el caso *José Alfredo Torrealba vs C.A. Electricidad de Occidente (Eleoccidente)*, dejó establecido lo siguiente:

Ahora bien, por disponerlo así el artículo 585 de la Ley Orgánica del Trabajo, este régimen tiene una naturaleza meramente supletoria, respecto de lo no previsto en las leyes de seguridad social, básicamente en la Ley del Seguro Social Obligatorio, cuando el trabajador esté amparado por el mismo Seguro Social Obligatorio.

En caso que el trabajador que sufrió un accidente de trabajo o padece una enfermedad profesional, esté cubierto por el Seguro Social obligatorio, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Ley del Seguro Social quien pagará las

indemnizaciones deberá ser el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, cuya responsabilidad está prevista en el Título III, de las Prestaciones en Dinero, concretamente en los artículos 9 al 26 *eiusdem* (destacados nuestros).

Asimismo, en sentencia N° 205 del 26 de julio de 2001, la SCS del TSJ en el caso *Ciro E. Márquez vs Alfarería el Sombrero C.A.*, estableció:

En cuanto a la falta de aplicación del artículo 560 de la Ley Orgánica del Trabajo que denuncia el formalizante, la Sala observa que para este caso, tal como lo estableció la recurrida, de conformidad con el artículo 585 *ejusdem, no procede la indemnización establecida en la Ley Orgánica del Trabajo, sino la contemplada en la Ley que regula el Seguro Social Obligatorio, por cuanto el trabajador accionante cotizaba el mismo*, razón por la que no infringe dicha disposición legal (destacado nuestro).

En igual sentido, en sentencia N° 722 del 2 de julio de 2004, la SCS del TSJ en el caso *José G. Quintero vs Costa Norte Construcciones C.A. y Chevron Global Technology Services Company*, señaló lo siguiente:

Ahora bien, por disponerlo así *el artículo 585 de la Ley Orgánica del Trabajo, este régimen tiene una naturaleza meramente supletoria, respecto de lo no previsto en las leyes de seguridad social*, básicamente en la Ley del Seguro Social Obligatorio, cuando el trabajador esté amparado por el mismo seguro social obligatorio.

En caso que *el trabajador que sufrió un accidente de trabajo o padece una enfermedad profesional esté cubierto por el seguro social obligatorio*, conforme a lo previsto en el artículo 2º de la Ley del Seguro Social Obligatorio *quien pagará las indemnizaciones debe ser el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales*, cuya responsabilidad está prevista en el título III, de las Prestaciones en Dinero, concretamente en los artículos 9º al 26 *ejusdem* (destacados nuestros).

El referirlo criterio ha sido ratificado por la SCS del TSJ en decisiones posteriores, tal es el caso de la sentencia N° 110 de fecha 11 de marzo de 2005, recaída sobre el caso *Bernardo W. Randich M. vs Diversiones*

Tolón S.R.L. y otra, así como en sentencia Nº 0868 dictada en fecha 18 de mayo de 2006, recaída en el caso *G. Fragoza vs. C.A. Induted CMB*.

Es de destacar, que a pesar que la jurisprudencia anteriormente señalada no deja lugar a otra interpretación en cuanto a la supletoriedad del régimen de responsabilidad objetiva previsto en la LOT respecto pago de indemnizaciones en caso de enfermedades ocupacionales, muchos son los casos que actualmente siguen presentándose ante tribunales laborales en los cuales se reclama acumulativamente el pago de las indemnizaciones previstas en la LOT y en la LSS.

3. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DEL PATRONO PRE-VISTA EN LA LOPCYMAT

La LOPCYMAT regula la parte preventiva de los riesgos laborales, así como el aprovechamiento del tiempo libre, según se expresa en su artículo 1º. En los artículos contenidos en el Título VIII *eiusdem* están previstas sanciones patrimoniales, administrativas y penales para los casos en que la enfermedad ocupacional se produzca por la inobservancia de la normativa en materia de higiene y seguridad ocupacionales.

El objeto de la LOPCYMAT es regular la materia concerniente a las condiciones de seguridad, salud y bienestar en el trabajo, mediante: i) la promoción del trabajo seguro; ii) la prevención de accidentes y enfermedades ocupacionales; iii) la reparación de los daños; y iv) la promoción del tiempo libre, descanso y turismo social. Adicionalmente, la LOPCYMAT tiene por objeto: i) regular los deberes y derechos de los patronos y trabajadores; ii) desarrollar la normativa constitucional y el Régimen Presupuestal de Seguridad y Salud en el Trabajo (RPSST) establecido en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social¹⁸ (LOSS); iii) establecer las sanciones en caso de incumplimiento; y iv) regular la responsabilidad subjetiva del empleador ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, pues las indemnizaciones en caso de responsabilidad objetiva en principio estarán a cargo de la TSS.

La LOPCYMAT contiene una concepción más amplia de enfermedad profesional u ocupacional a la establecida en la LOT, pues en su artícu-

¹⁸ Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, GORBVNO. 37.600, del 30 de diciembre de 2002.

lo 70 abarca dentro de la referida definición el agravamiento de una patología preexistente. En efecto, indica la referida norma:

Se entiende por enfermedad ocupacional, *los estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador o la trabajadora se encuentra obligado a trabajar*, tales como los imputables a la acción de agentes físicos y mecánicos, condiciones disergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, biológicos, factores psicosociales y emocionales, que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes (destacado nuestro).

Adicionalmente, el legislador creó una presunción *juris tantum* (que admite prueba en contrario), de aquellos estados patológicos que serán incluidos en el futuro en una lista de enfermedades ocupacionales establecidas en las normas técnicas de la LOPCYMAT. El párrafo *in fine* del artículo 70 de la LOPCYMAT establece que:

Se presumirá el carácter ocupacional de aquellos estados patológicos incluidos en la lista de enfermedades ocupacionales establecidas en las normas técnicas de la presente Ley, y las que en lo sucesivo se añadieren en revisiones periódicas realizadas por el Ministerio con competencia en materia de seguridad y salud en el trabajo conjuntamente con el Ministerio con competencia en materia de salud.

Por lo tanto, los supuestos para la aplicación de la normativa prevista en la LOPCYMAT son distintos a los previstos en la LOT y/o LSS. En aquellos casos en que se deba indemnizar al trabajador que padezca una enfermedad contraída o agravada con ocasión del trabajo prestado, de acuerdo con la LOPCYMAT, el patrono debe responder cuando el trabajador padezca de una enfermedad ocupacional y se demuestre una conducta dolosa o negligente por parte del patrono en la adopción de medidas que influyeron determinantemente en la patología ocupacional.

Concretamente, en el caso de las sanciones patrimoniales dispone la LOPCYMAT, en su artículo 129 que el empleador deberá indemnizar al trabajador por las incapacidades ocasionadas por enfermedades o accidentes de trabajo, o a sus parientes en caso de muerte del trabajador, cuando dicho infortunio se haya producido como consecuencia de la

violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo y, por daño material y daño moral de conformidad con lo establecido en el CCV, de los cuales hablaremos más adelante, sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en el Código Penal.

En caso de una reclamación por la responsabilidad subjetiva del patrono establecida en la LOPCYMAT, es preciso que el trabajador que padezca una enfermedad ocupacional demuestre que su patrono incumplió con la normativa de higiene y salud ocupacional, ampliándose de esta forma el presupuesto de procedencia establecido en la LOPCYMAT derogada, la cual limitaba la responsabilidad subjetiva del patrono en caso de ocurrencia de enfermedades ocupacionales a la existencia de condiciones riesgosas respecto a las cuales el patrono hubiere tenido conocimiento y no hubiere desplegado conducta alguna para solventarlas.

Al respecto, en sentencia N° 722 de la SCS del TSJ, de fecha 2 de julio de 2004, recaída en el caso *José Gregorio Quintero vs Costa Norte Construcciones, C.A. y Chevron Global Technology Services Company*, se estableció que para la procedencia de las indemnizaciones previstas en la LOPCYMAT vigente para la fecha, era necesario que el accidente de trabajo o enfermedad según sea el caso, se produzca como consecuencia del incumplimiento de las normas de prevención, sabiendo el empleador que sus trabajadores corrían peligro en el desempeño de sus labores y no corrigió las situaciones riesgosas. Al respecto, en el referido fallo se señala que:

(…) el empleador responde por haber actuado en forma culposa, con negligencia, imprudencia o impericia, y siempre será preciso que en caso de reclamación de la indemnización correspondiente el trabajador demuestre que el patrono conocía de las condiciones riesgosas (...). El trabajador también puede exigir al patrono la indemnización por daños materiales prevista en el artículo 1.185 del Código Civil, siempre que compruebe que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional son producto del hecho ilícito del empleador. En este supuesto el Sentenciador para decidir la procedencia de dichas pretensiones, deberá aplicar la normativa del derecho común (...).

Entonces, ha debido la parte actora probar que el accidente de trabajo se debió a un hecho ilícito del patrono por haber actuado con negligencia, imprudencia o impericia, la ocurrencia real del daño y que el monto reclamado se corresponde verdaderamente con el daño causado, y la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño producido, al no haber demostrado tales extremos deben desestimarse tales reclamos (destacado nuestro).

De la referida sentencia, se desprenden dos puntos importantes: i) que el empleador únicamente estará obligado a responder cuando haya actuado en forma culposa; y, ii) que para que proceda esta indemnización por responsabilidad subjetiva establecida en la LOPCYMAT es el trabajador o los parientes del trabajador fallecido quien(es) deberán demostrar que el patrono conocía la situación riesgosa a la cual exponía al trabajador y aun así no la corrigió.⁹

En caso que el trabajador demuestre el extremo antes indicado, es decir, la inobservancia de la normativa en materia de higiene y salud ocupacional, el patrono sólo se puede eximir de esta responsabilidad si comprueba que el accidente fue provocado intencionalmente por la víctima o se debe a fuerza mayor extraña al trabajo sin que hubiere ningún riesgo especial.

3.1 PRINCIPALES DEBERES PATRONALES

En vista de la importancia que acarrea el fiel cumplimiento de los deberes previstos en la LOPCYMAT, seguidamente señalamos de las principales obligaciones a cargo del empleador, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a) Registrarse ante la TSS. Igual obligación está prevista para las cooperativas y demás formas de asociaciones productivas de carácter social y participativo, en lo atinente a sus asociados y trabajadores.
- b) Afiliar a los trabajadores que contrate al Sistema de Seguridad Social, dentro de los 3 días hábiles siguientes al inicio de la relación laboral;

⁹ *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay. Tomo CLXV. 2000, pp. 733-744. Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay. Tomo CLXIX. 2000, pp. 648-654.*

- c) Cotizar al RPSST.
- d) Informar la suspensión y terminación de la relación laboral dentro de los 3 días hábiles siguientes a la respectiva suspensión o terminación.
- e) Pago del salario, incluyendo todos los beneficios socioeconómicos que le hubieran correspondido al trabajador durante los 3 primeros días continuos de la discapacidad temporal.
- f) Organizar o incorporarse a un Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, de acuerdo con los criterios y normas que establecerá el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL).
- g) Los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo tendrán entre otras funciones, las siguientes: i) identificar, evaluar y controlar las condiciones y medio ambiente de trabajo; ii) reportar los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales al INPSASEL; iii) asegurar el cumplimiento de las vacaciones por parte de los trabajadores y el descanso diario de la jornada de trabajo; iv) certificar las condiciones de las nuevas instalaciones antes de dar inicio a su funcionamiento; v) aprobar los proyectos de nuevos medios y puestos de trabajo o su remodelación; vi) determinar el origen de la enfermedad o accidente y remitir el correspondiente informe al INPSASEL para la calificación definitiva.
- h) Proporcionar (por sus propios medios o mediante acuerdos con organismos especializados en la materia) a los delegados de prevención y a las organizaciones sindicales, los medios y la formación en la materia que resulten necesarios para el ejercicio de sus funciones.
- i) Constituir un Comité de Seguridad y Salud Laboral (CSSL) en todo centro de trabajo, establecimiento o unidad de explotación de la empresa.
- j) Informar a sus trabajadores, antes de iniciar la actividad a ejecutar, respecto: i) a las condiciones en que la actividad se va a desarrollar; ii) presencia de sustancias tóxicas; iii) de los daños que ésta pueda causar a su salud; y, iv) los medios o medidas para prevenirlas.

- k) Realizar exámenes médicos periódicos a sus trabajadores. En este sentido, es recomendable contar con la autorización del trabajador para practicar los referidos exámenes.
- l) Dictar periódicamente a sus trabajadores cursos de formación teórica y práctica para la ejecución de las funciones inherentes a su actividad, en la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, y en la utilización del tiempo libre. Tal instrucción, también deberá dictarse cuando se produzcan cambios en las funciones que se desempeñe el trabajador, cuando se introduzcan nuevas tecnología o cambios en los equipos de trabajo.
- m) Diseñar una política y elaborar e implementar un Programa de Seguridad y Salud en el trabajo, específico y adecuado a sus procesos, el cual deberá ser aprobado por el INPSASEL y contar con la participación de los trabajadores en su elaboración.
- n) Someter a la consideración del CSSL y del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo los proyectos de nuevos medios y puestos de trabajo o la remodelación (cambio de las funciones del puesto de trabajo) de los mismos.
- o) Abstenerse de realizar, por sí o por sus representantes, toda conducta ofensiva, maliciosa, intimidatoria y de cualquier acto que perjudique psicológica o moralmente a los trabajadores (*mobbing laboral*), prevenir toda situación de acoso por medio de la degradación de las condiciones y ambiente de trabajo, violencia física o psicológica, aislamiento o por no proveer una ocupación razonable a los trabajadores de acuerdo a sus capacidades y antecedentes.
- p) Evitar la aplicación de sanciones no claramente justificadas o desproporcionadas y una sistemática e injustificada crítica contra los trabajadores o su labor.
- q) Informar por escrito al INPSASEL y al Instituto Nacional de Capacitación y Recreación de los Trabajadores (INCRET) de los programas desarrollados para la recreación, utilización del tiempo libre, descanso y turismo social, del estado de la infraestructura para su ejecución, del impacto en la calidad de vida, salud y productividad.

- r) Notificar dentro de las 24 horas siguientes al INPSASEL, al CSSL y al Sindicato de la ocurrencia de un accidente o del diagnóstico de una enfermedad.
- s) Colocar en forma pública y visible en el centro de trabajo los registros actualizados de los índices de accidentes y enfermedades profesionales.
- t) Dotar a los trabajadores de implementos y equipos de higiene y seguridad industrial.
- u) Cuando se haya calificado la discapacidad parcial permanente o total permanente para el trabajo, el empleador deberá reingresar y reubicar al trabajador afectado a un puesto compatible con sus capacidades residuales. Para cumplir con tal obligación, se deberán realizar los traslados de personal que sean necesarios.
- v) Organizar y mantener sistemas de atención de primeros auxilios, transporte de lesionados, atención médica de emergencia y respuestas y planes de contingencia.
- w) Asegurar el disfrute efectivo de las vacaciones anuales remuneradas de los trabajadores y el disfrute efectivo del descanso de la faena diaria.
- x) No infringir las normas relativas a la duración máxima de la jornada de trabajo y al trabajo nocturno, o las disposiciones relativas a los días hábiles para el trabajo.
- y) Crear y mantener actualizado un sistema de información de prevención, seguridad y salud laborales en correspondencia con el Sistema de Información de la Seguridad Social.
- z) Presentar oportunamente al INPSASEL, informe de las medidas apropiadas para prevenir los accidentes de trabajo que hayan ocurrido en el centro de trabajo.
- aa) Conceder licencia remunerada a los Delegados para el ejercicio de sus funciones.
- bb) Permitir que los trabajadores acompañen a los funcionarios de inspección cuando éstos realicen su labor inspectora en las empresas, establecimientos o explotaciones.

- cc) Desarrollar y mantener un sistema de vigilancia epidemiológica de accidentes y enfermedades ocupacionales en el centro de trabajo.
- dd) Someter a consulta del CSSL las políticas, programas y actuaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.
- ee) Brindar auxilio inmediato al trabajador lesionado o enfermo.
- ff) No obstaculizar el ejercicio del derecho de los trabajadores a rehusarse a trabajar, alejarse de una situación de peligro o interrumpir una actividad de trabajo, cuando tengan motivos razonables para creer que existe un peligro inminente para su salud o para su vida.

Además del empleador, el propio trabajador, sus familiares, el CSSL, cualquier otro trabajador, o el sindicato podrán notificar al INPSASEL la ocurrencia de un accidente o enfermedad ocupacional. Igualmente, el INPSASEL podrá iniciar de oficio la investigación de los mismos. En caso de accidentes de trabajo que amerite la intervención de los cuerpos policiales u otros organismos, éstos informarán de sus actuaciones al INPSASEL.

3.2 CALIFICACIÓN DE LA ENFERMEDAD COMO OCUPACIONAL

El INPSASEL, previa investigación y mediante informe, calificará el origen del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional. Dicho informe tendrá el carácter de documento público.

El trabajador al que se le haya diagnosticado una enfermedad ocupacional, deberá acudir al INPSASEL para que se realicen las evaluaciones necesarias para la comprobación, calificación y certificación del origen de la misma.

El trabajador afectado o sus familiares calificados, el empleador del trabajador afiliado o la TSS, podrán ejercer los recursos administrativos y judiciales contra las decisiones del INPSASEL en relación con la calificación del accidente o la enfermedad.

3.3 SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Se derivan de las acciones u omisiones de los patronos que incumplan las normas legales y reglamentarias en materia de salud y seguridad laboral sujetas a su responsabilidad. Se clasifican en:

- a) Leves: Incumplimientos que no pongan en peligro la integridad física o la salud de los trabajadores (*i.e.* omisión de colocar en sitios públicos y visibles los carteles de actualización de índices de accidentes y enfermedades ocupacionales). Se sancionan con multas de hasta 25 Unidades Tributarias¹⁰ UT por cada trabajador expuesto.
- b) Graves: Incumplimientos que pongan en peligro la integridad física o salud de los trabajadores (*i.e.* omisión de conceder licencia remunerada a los Delegados). Se sancionan con multas entre 26 a 75 UT por cada trabajador expuesto.
- c) Muy graves: Incumplimientos que impliquen un peligro grave e inminente para la vida y la integridad física del trabajador (*i.e.* omisión de asegurar el disfrute efectivo del período de vacaciones). Se sancionan con multas entre 76 a 100 UT por cada trabajador expuesto. Adicionalmente, de acuerdo con la gravedad de la infracción el INPSASEL podrá proceder al cierre de la empresa hasta por 48 horas, teniendo el empleador la obligación de pagar durante dicho período el salario y demás beneficios laborales a sus trabajadores como si hubiesen cumplido efectivamente su jornada de trabajo.

El INPSASEL, mediante decisión debidamente fundamentada, determinará el número de trabajadores a los efectos de fijar las correspondientes sanciones. Las referidas sanciones podrán incrementarse hasta 2 veces su monto cuando el empleador reincida en la infracción, es decir, cuando cometa la misma infracción en un período de 12 meses.

Las sanciones se impondrán atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: i) peligrosidad de la actividad desarrollada; ii) gravedad de los daños producidos; iii) incumplimiento de advertencias o requerimientos previos de la Inspección de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Los patronos que cometan infracciones relativas a las cotizaciones, afiliación y registro del RPSST serán sancionados por la Tesorería Nacional con multas de hasta 100 UT por cada trabajador no afiliado, afiliado a destiempo, o declaración inexacta de la información, sin perjuicio de la responsabi-

¹⁰ Providencia Administrativa N° 0045. GORBV NO. 38.116, del 27 de enero de 2005 (valor actual Bs. 29.400,00).

lidad civil, administrativa y penal que le corresponda por los daños y perjuicios causados a sus trabajadores. En los referidos supuestos, sin perjuicio de las sanciones a las que hubiere lugar, el empleador deberá pagar las cotizaciones no efectuadas y los intereses, debiendo además reintegrar en su totalidad a la Tesorería Nacional el pago de las prestaciones y gastos generados en caso de ocurrencia de enfermedades ocupacionales, accidentes de trabajo o muerte de sus trabajadores.

3.4. INDEMNIZACIONES PATRONALES

El empleador responderá, independientemente de las prestaciones dinerarias a cargo de la Seguridad Social, por aquellos accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales que ocurran como consecuencia de la violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo mediante el pago de las indemnizaciones que a continuación se señalan:

- a) Por muerte del trabajador: salario de 5 a 8 años.
- b) Discapacidad absoluta permanente para cualquier tipo de actividad laboral: salario de 4 a 7 años.
- c) Discapacidad total permanente para el trabajo habitual: salario de 3 a 6 años.
- d) Discapacidad parcial permanente: i) Mayor del 25%: salario de 2 a 5 años; ii) Hasta del 25%: salario de 1 a 4 años.
- e) Discapacidad temporal: doble del salario correspondiente a los días que hubiere durado la incapacidad.
- f) Gran discapacidad: Cuando esté asociada a la discapacidad absoluta permanente la indemnización será equiparable a la de la muerte del trabajador y si está asociada a la discapacidad temporal, la indemnización será equivalente al triple del salario correspondiente a los días en que duró la incapacidad.
- g) Cuando las secuelas o deformaciones permanentes, provenientes de enfermedades profesionales o accidentes del trabajo, hayan vulnerado la facultad humana del trabajador, más allá de la simple pérdida de su capacidad de ganancias, alterando la integridad emocional y psíquica del trabajador lesionado, el empleador queda obligado a pagar al trabajador, por concepto de indemnización, una cantidad de dinero equivalente al salario de 5 años.

El salario base para el cálculo de las mismas será el salario integral devengado en el mes de labores inmediatamente anterior y los pagos se harán por días continuos.

Las referidas indemnizaciones no excluyen las indemnizaciones por daño moral y material y no impiden el establecimiento de la responsabilidad penal del empleador o sus representantes.

3.5 SANCIIONES PENALES

Aunque el tipo penal previsto en la LOPCYMAT no es específico, la referida Ley establece que el empleador o sus representantes podrán ser objeto de las sanciones penales cuando hayan incurrido en violaciones graves o muy graves a la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo que trajeran como consecuencia la muerte o alguna discapacidad al trabajador. Dichas sanciones son:

- a) Muerte del trabajador: 8 a 10 años de prisión.
- b) Discapacidad total y permanente para cualquier tipo de actividad: 5 a 8 años de prisión. Si adicionalmente está asociada a la imposibilidad del trabajador de realizar los actos elementales de la vida diaria, la pena será de 5 a 9 años de prisión.
- c) Discapacidad total y permanente para el trabajo habitual: 4 a 7 años de prisión.
- d) Discapacidad parcial permanente: 2 a 4 años de prisión.
- e) Discapacidad temporal: 2 meses a 2 años. Si imposibilita al trabajador de realizar actos elementales, la pena será de 2 a 4 años de prisión.

4. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DEL PATRONO PREVISTA EN EL CCV

El trabajador también puede exigir al patrono la indemnización por daños materiales prevista en el artículo 1.185 del CCV, siempre que compruebe que la enfermedad profesional es producto del hecho ilícito del empleador. En este supuesto el sentenciador para decidir la procedencia de dichas pretensiones, deberá aplicar la normativa del derecho común.

El trabajador que demande la indemnización de daños materiales superiores a los establecidos en las leyes especiales, deberá probar de conformidad con el artículo 1.354 del CCV, los extremos que conforman el hecho ilícito que le imputa al patrono, la extensión del daño y la relación de causalidad entre el hecho ilícito del patrono y el daño producido.

Maduro Luyando¹¹ afirma que la responsabilidad civil es la consecuencia que se genera ante la existencia de un daño, sea éste patrimonial o moral; en tal sentido, es preciso señalar que los requisitos para que se haga efectiva dicha responsabilidad civil son 4 y son concurrentes, a saber: i) Que el deudor contravenga o incumpla el deber de cumplir de una conducta preexistente, legal o contractualmente establecida; ii) Que dicho incumplimiento sea culposo o que el legislador le imponga al deudor la reparación del daño independientemente de la culpa del deudor; iii) Que exista un daño que reparar, es decir, que la víctima debe haberlo experimentado y su existencia no puede ser hipotética; y iv) Que los daños y perjuicios reclamados sean consecuencia directa de un hecho imputable al deudor, bien sea por culpa probada o presunta del agente del daño.

Así pues, basta que uno de los mencionados requisitos no se verifique para que la responsabilidad civil del presunto agente quede totalmente excluida.

4.1 COMISIÓN DE UN HECHO ILÍCITO

El primero de los requisitos, está referido bien al incumplimiento de una conducta contractualmente establecida por las partes en un acuerdo, o bien al incumplimiento del deber de prudencia general que está previsto en el artículo 1.185 del CCV, el cual impone la obligación legal de no perjudicar la esfera jurídica de otras personas, de allí la definición de hecho ilícito civil o hecho contrario a la ley.

El hecho material inicial del hecho ilícito es el incumplimiento de una conducta preexistente que todo sujeto de derecho debe observar, cumplir y acatar. Esta conducta preexistente es fijada por el legislador de dos maneras diferentes: i) una conducta que el legislador presupone, pero que no especifica ni enumera de modo expreso, aunque sí la sanciona con la obligación de reparar; y ii) una conducta preexistente en una actuación positiva o negativa que el legislador determina expresamente

¹¹ Eloy Maduro Luyando: *Curso de Obligaciones, Derecho Civil III*, Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, pp. 148-201.

en el ordenamiento jurídico positivo y cuya violación obliga al infractor a reparar los daños y perjuicios causados.

Así, el trabajador que reclame el pago de una indemnización con base en el padecimiento de una enfermedad producida con ocasión del trabajo, deberá demostrar que su patrono incumplió las conductas previstas en el ordenamiento legal venezolano relativo a las normas de higiene y seguridad en el trabajo previstas en dicho ordenamiento jurídico.

4.2 DAÑOS Y PERJUICIOS

Sin lugar a dudas cualquier persona que padezca una enfermedad de cualquier índole se ve afectada en su condición física y económica. Éstos son los llamados daños materiales.

La doctrina ha hecho una distinción entre el lucro cesante y la pérdida de la oportunidad. Al respecto, Maduro Luyando, ha definido al lucro cesante como el “no aumento del patrimonio del acreedor por haberse privado de un incremento que normalmente hubiese ingresado en su patrimonio de no haber ocurrido el incumplimiento”.¹²

Nuestra jurisprudencia ha sido uniforme al declarar la procedencia del lucro cesante en aquellos casos en que el trabajador ha sufrido un daño en su patrimonio como consecuencia de la pérdida del ingreso que obtenía o recibía de parte de la víctima. Al respecto, existen varias decisiones de nuestros Tribunales del Trabajo en las cuales se ha declarado procedente este tipo de reclamaciones.¹³

Luego, el trabajador que pretenda ser indemnizado por una enfermedad profesional deberá establecer cuál es el daño real que ha sufrido, de manera de proceder a reclamarlo con las debidas defensas. No debe olvidarse que cuando un trabajador reclama de su patrono una indemnización por daño material, él primero debe probar el hecho ilícito, es decir, debe probar que su patrono, ya sea por negligencia o imprudencia, es culpable de la enfermedad ocupacional que padece.

En este orden de ideas, tenemos que señalar que la jurisprudencia también ha sido uniforme al establecer en cabeza del trabajador la actividad probatoria en materia de accidentes de trabajo o enfermedades profe-

¹² Eloy Maduro Luyando: *Ob. Cit.*, p. 149.

¹³ Ver: *Jurisprudencia Venezolana Ramirez & Garay. Tomo LXXXVII. 1984*, pp. 499-500.

sionales, cuando éste demanda la indemnización de daños materiales o morales de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.185 del CCV, esto es por responsabilidad subjetiva.

El criterio que sostenemos se reitera claramente en sentencia N° 760 de la SCS del TSJ, de fecha 1º de diciembre de 2003, en el caso de *Sergio Machado vs Banesco*. En este caso la Sala estimó que:

(...) la carga de la prueba en materia de accidente y enfermedades profesionales criterio de la Sala de Casación Civil, según la cual, *si el trabajador demanda la indemnización de daños materiales o morales de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.185 del Código Civil (responsabilidad subjetiva) deberá probar los extremos que conforman el hecho ilícito del patrono según lo estipula el artículo 1.354 del Código Civil*, es decir, *le corresponde al actor demostrar en el juicio, si el accidente se produjo por intención, negligencia, o imprudencia de la empleadora* (destacados nuestros).

En relación con los requisitos que ha de probar el trabajador al pretender demandar el pago de indemnizaciones por concepto de lucro cesante derivado de la relación de trabajo, en sentencia N° 116 de la SCS del TSJ, del 17 de febrero de 2004, recaída en el caso *María José Meneses vs Colegio Amanecer, C.A.*, se estableció expresamente lo siguiente: “*Respecto a la procedencia de la indemnización por daño moral y lucro cesante, corresponde a la actora probar el hecho ilícito, la existencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño causado*” (destacado nuestro).

El referido criterio fue reiterado por la SCS del TSJ en decisión N° 388 de fecha 4 de mayo de 2004, recaída en el caso *José Vicente Bastidas vs Molinos Nacionales C.A. (MONACA)*, en los siguientes términos:

En cuanto al lucro cesante resulta necesario señalar que para que el mismo sea procedente deben cubrirse los extremos del hecho ilícito, es decir, que la indemnización por lucro cesante sea estimada, deben necesariamente cumplirse los extremos del hecho ilícito invocado, o sea, el daño, la relación de causalidad y la culpabilidad del supuesto causante del hecho, así lo ha señalado la doctrina de la Sala (...).

A su entender, quien pretenda ser indemnizado por concepto de lucro cesante, debe, demostrar la existencia de una enfermedad o accidente (el daño) sea de la conducta imprudente, negligente, inobservante, imperita del patrono (hecho ilícito), es decir, que *además de demostrar el daño sufrido y el hecho generador, debe comprobarse que la primera es producto, un efecto secundario de la otra* (destacado nuestro).

Igual criterio fue acogido, en decisión N° 893 de la SCS del TSJ, de fecha 5 de agosto de 2004, recaída en el caso *Ramón Barrios vs Pride Internacional C.A.*, en los siguientes términos:

Al amparo de los artículos 1.185 y 1.273, fue reclamado por el ciudadano RAMÓN NEPTALÍ BARRIOS LEÓN, el concepto de lucro cesante, bajo el alegato de que el accidente laboral que padeció se produjo “por culpa manifiesta, negligencia e imprudencia del empleador”.

Con vista del reclamo solicitado, y conforme a la doctrina jurisprudencial transcrita en párrafos anteriores, en aplicación del artículo 1.354 del Código Civil, *correspondía en este caso demostrar a la actora, los extremos que conforman el hecho ilícito, es decir, la culpabilidad en el patrono, el nexo de causalidad y el hecho dañoso* (destacado nuestro).

Hasta los momentos no tenemos conocimiento de demandas en las cuales se haya declarado procedente el pago del lucro cesante derivado de la prestación de antigüedad, vacaciones o utilidades dejadas de percibir. Somos de la opinión que esta reclamación no debería prosperar, por cuanto los mencionados conceptos de prestaciones sociales, utilidades y vacaciones sólo se causan cuando se han prestado los servicios efectivamente.

En efecto, la jurisprudencia nacional ha sido constante al establecer que los conceptos antes mencionados sólo proceden cuando la prestación del servicio ha sido efectiva, es decir, es necesario que el trabajador esté activo y haya prestado servicios efectivamente durante la relación de trabajo para que se genere el derecho a recibir estos beneficios.¹⁴

¹⁴ Ver: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*. Tomo CXX. 1992, pp. 159, Tomo CXXXI. 1994, pp. 158-159. y Tomo CLVIII. 1999, pp. 202-204.

4.3 RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Como ya mencionamos, los requisitos para que se haga efectiva la responsabilidad civil son cuatro, a saber: i) que exista un incumplimiento de una conducta preexistente, legal o contractualmente establecida; ii) que dicho incumplimiento sea culposo; iii) que exista un daño que reparar; y iv) que exista una relación de causalidad entre el daño sufrido y el agente del mismo. Tales requisitos deben verificarse concurrentemente para que pueda exigirse responsabilidad civil por parte del presunto agente del hecho ilícito.

El legislador puso de relieve el vínculo entre la enfermedad y el trabajo para diferenciar los riesgos genéricos a los que están expuestos todos los seres humanos, es decir, aquellas contingencias comunes que pueden sobrevenir por causas naturales, como por ejemplo el accidente no laboral o cualquier enfermedad común no profesional, de las contingencias laborales o infortunios en el trabajo, específicamente el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

Entonces, según ha quedado expuesto, para que una enfermedad sea calificada como profesional, ésta debe ser consecuencia directa del trabajo. El trabajo debe ser la causa exclusiva de la condición patológica sufrida por el trabajador, esto es, el factor causante y el elemento desencadenante de la afección o incapacidad que padezca el trabajador. La relación de causalidad trabajo y enfermedad debe ser auténtica, real, suficiente y exclusiva.

La SCS del TSJ en sentencia N° 388 de fecha 4 de mayo de 2004, recaída en el caso *José Vicente Bastidas vs Molinos Nacionales C.A. (MONACA)*; en relación con la calificación como profesional de una enfermedad dejó establecido lo siguiente:

(...) la legislación laboral acoge la doctrina de la responsabilidad objetiva, contemplada en la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 560), la cual prevé el pago de las indemnizaciones solicitadas por el actor, independientemente de la culpa o negligencia del patrono, *sin embargo, resulta requisito indispensable, es decir, requisito sine qua non, la existencia y comprobación de una enfermedad que devenga del servicio prestado o con ocasión de él.*

Así pues, de las actas que conforman el presente expediente como han sido las pruebas presentadas, se observa que *recayendo en el demandante la carga de probar si la enfermedad que padece es producto del trabajo por él desempeñado, es decir, si se trata de una enfermedad profesional*, para que procedan los conceptos reclamados, éste no logró demostrarlo:

Dada la naturaleza de la enfermedad padecida por el demandante (*hernia discal*), se observa que para su comprobación, deben presentarse pruebas fehacientes que permitan verificar que su origen provienen, en este caso, por la labor que fue desempeñada por el demandante (destacados nuestros).

Ahora bien, en relación a la verificación del nexo de causalidad como requisito necesario para la procedencia de indemnizaciones derivadas de enfermedades ocupacionales en reciente sentencia Nº 328 dictada por la SCS del TSJ en fecha 23 de febrero de 2006, recaída en el caso *R. Díaz vs Super Octanos C.A.* se señala:

(...) tal como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, es requisito *sine qua non* para la procedencia de cualquier indemnización por daños materiales o morales derivados de enfermedad profesional –tanto si se trata de responsabilidad objetiva o subjetiva–, que la enfermedad o estado patológico padecido por el trabajador haya sido contraído con ocasión del trabajo o por exposición al medio ambiente de trabajo (de conformidad con las definiciones consagradas en los artículos 562 de la Ley Orgánica del Trabajo y 28 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo), para lo cual será indispensable establecer la relación de causalidad entre la prestación de servicios –considerando las condiciones en que se realizaba– y la aparición de la enfermedad.

Por lo tanto, queda claro que para que surja responsabilidad civil es preciso que exista un nexo causal entre los daños sufridos por la víctima y la conducta desplegada por el agente, esto es, la conducta del agente debe ser causa o motivo suficiente o haber jugado un papel preponderante en la producción del hecho dañoso.

4.4 CULPA DEL PATRONO

Especial importancia merece el requisito de la culpa, en tal sentido, conviene dejar establecido su concepto:

Savatier define la culpa como la inejecución de un deber que la persona debía conocer y observar; para ello, parte de la idea de que toda persona tiene una conducta predeterminada que está en el deber de observar. Toda persona está sometida a la obligación de desarrollar una predeterminada conducta o actividad. Si dicha persona viola ese deber, si no observa esa conducta, entonces incurre en culpa. Por ejemplo, el conductor de un vehículo debe desarrollar u observar una determinada conducta preestablecida; así tenemos que en la ciudad debe desarrollar como velocidad máxima de determinados kilómetros por hora, o debe dar prioridad de paso a los peatones, etc. Si el conductor imprime mayor velocidad a su vehículo que la fijada por la Ley de Tránsito y causa un daño, es evidente que ha incurrido en culpa, pues al imprimir mayor velocidad que la establecida, ha dejado de observar la conducta predeterminada a que estaba obligado. Incurre también en culpa, si por no dar prioridad de paso a los peatones, causa daño a uno de éstos, ya que también ha dejado de observar una conducta predeterminada.¹⁵

Del concepto transcritto se evidencia que para que exista culpa, y en consecuencia responsabilidad civil, debe existir la inobservancia de un deber.

De esta manera, si el trabajador demanda daños materiales por hecho ilícito de su patrono causante de su supuesta enfermedad profesional, es éste quien deberá probar los extremos que conforman el hecho ilícito que le imputa al patrono, de conformidad con el artículo 1.354 del CCV.

En este sentido se ha pronunciado la SCS del TSJ, en el caso *J.F. Tesorero contra Hilados Flexilón, S.A.*, con ponencia del Magistrado Dr. Omar Alfredo Mora Díaz, en sentencia N° 116 el 17 de mayo de 2000, al ratificar el criterio del Sala de Casación Civil de fecha 3 de junio de 1987, en el caso *Isidro Arias Suárez contra Manufacturas Orgaz, C.A.*, en los siguientes términos:

¹⁵ Eloy Maduro Luyando: *Ob. Cit.*, p. 96.

Es criterio de esta Sala que de acuerdo a la acción intentada por el Trabajador con base en los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, el Tribunal Superior ajustó su decisión a los extremos que exige el Código Civil en materia de hecho ilícito demandado conforme esas normas, por lo que *correspondía a la parte Actora demostrar en la secuela del juicio si el accidente se produjo por intención, negligencia o imprudencia de la empleadora*, extremos que configuran el hecho ilícito que da lugar a la acción por daños y perjuicios morales o materiales, a tenor de los citados artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil (destacado nuestro).

Así las cosas, no basta que exista un incumplimiento culposo ilícito y un daño para que surja la obligación de reparar; se requiere además, que el daño sea un efecto del incumplimiento culposo ilícito del patrono. Es decir, si el daño sufrido por la víctima no proviene del incumplimiento culposo del agente sino de otra causa distinta, entonces no habrá lugar a responsabilidad civil.

4.5 RESPONSABILIDAD DEL PATRONO POR DAÑO MORAL CAUSADO AL TRABAJADOR

Finalmente, debemos acotar que el trabajador que ha sufrido de algún infortunio de trabajo también puede reclamar la indemnización por daño moral y en aplicación de la “teoría del riesgo profesional”, la responsabilidad patronal de reparar dicho daño es objetiva, es decir, debe ser reparado por el patrono aunque no haya habido culpa en la ocurrencia del infortunio de trabajo.

Sin embargo, es necesario señalar que la simple y genérica afirmación de la existencia de un daño moral por parte de la presunta víctima no es presupuesto suficiente para que se acuerde la existencia de la referida clase de daño, antes bien, la parte que exige el resarcimiento debe demostrar la existencia del mismo y no limitarse a una simple, vaga y genérica mención, como en efecto, en tal sentido transcribimos el criterio del Máximo Tribunal al respecto:

(...) quien reclama la compensación del daño moral como consecuencia de uno o más hechos realizados por el demandado, tiene que determinar en la demanda no solamente el hecho o los hechos que han ocasionado el daño moral sino *también especificar en qué ha consistido el daño moral*, y que el

mismo se ha producido como consecuencia del hecho alegado como causa¹⁶ (destacado nuestro).

Sobre esta materia, de manera particular sostuvo la Sala de Casación Civil de la entonces CSJ en sentencia de fecha 19 de septiembre de 1996 recaída sobre el caso: *Stergios Zouras Cumpli contra Pepeganga, C.A.*:

(...) Lo que debe acreditarse plenamente en una reclamación por daño moral es el llamado “hecho generador del daño moral”, o sea el conjunto de circunstancias de hecho que genera la filiación cuyo *petitum doloris* se reclama... Probado que sea el *hecho generador*, lo que procede es una estimación, lo cual se hace al prudente arbitrio del juez. Ningún auxiliar o medio probatorio puede determinar cuánto sufrimiento, cuánto dolor, cuanta molestia, cuánto se mermó un prestigio o el honor de alguien...

Al decidirse una reclamación por concepto de daños morales, el sentenciador, necesariamente, ha de sujetarse al proceso lógico de establecer los hechos, de calificarlos y de llegar a través de este examen a la aplicación de la Ley y la equidad, analizando la importancia del daño, el grado de culpabilidad del autor, la conducta de la víctima y la llamada escala de los sufrimientos morales, valorándolos, pues no todos tienen la misma intensidad, por las distintas razones que puedan influir en ellos, para llegar a una indemnización razonable (destacado nuestro).

Ahora bien, existe cierta clase de daños morales en los cuales se presume la existencia del mismo, de modo que en dichos casos sólo es preciso demostrar el hecho ilícito, *verbigracia* la muerte de un hijo, la desfiguración del rostro o del cuerpo humano, y otros de la misma especie y atrocidad; en estos casos opera casi de forma “inmediata” la indemnización por daño moral, como corolario de la indemnización del daño material directo, por ejemplo, tratamientos médicos; y del lucro cesante que se sigue de la muerte de una persona económicamente activa o de la pérdida de un miembro en igual caso.

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, de fecha 1º de abril de 1994, Ramírez y Garay, 1974, Vol. XLIII, Nº 275-74, p. 441.

En sentencia N° 01210 de la Sala Políticoadministrativa del TSJ de fecha 8 de octubre de 2002, caso *Dorangella Villarroel vs C.A. Electricidad de Oriente (Eleoriente)* se estableció lo siguiente:

En cuanto a la existencia del daño moral, cuya indemnización se exige, estima la Sala que en el caso de autos la muerte del trabajador está plenamente demostrada en autos (...).

En tal virtud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.196 del Código Civil, el cual dispone que el juez puede acordar al cónyuge de la víctima una indemnización, como reparación por el dolor sufrido, tratándose de una afección que por su naturaleza no requiere de comprobación, debe estimarse plenamente demostrada la existencia del daño moral en el presente caso. Así se declara.

Asimismo, la SCS del TSJ ha señalado algunos elementos a considerar para la estimación de la indemnización por daño moral y el lucro cesante. Así, en sentencia N° 865 de fecha 23 de julio de 2004, caso *Yusmary Godoy vs Unifot II*, se estableció lo siguiente.

Ahora bien, considerando todas las alegaciones de la parte actora, las cuales fueron admitidas por la parte demandada y precisadas por la Sala anteriormente, como son, la entidad del daño; el grado de culpabilidad de la víctima en el acto ilícito que causó el daño, lo cual quedó evidenciado en que la parte no tuvo culpa alguna al no haberse demostrado el supuesto hecho delictivo que ocasionó el daño; la conducta de la víctima; el grado de educación y cultura del reclamante, quien señaló ser bachiller y estar cursando actualmente estudios a nivel superior en el Instituto Universitario de Tecnología Venezuela; la posición social y económica del reclamante, quien expresó ser una persona humilde, de clase media baja que necesita su trabajo para satisfacer sus necesidades básicas de alimentación, vivienda, vestido, transporte y educación, la capacidad económica de la parte accionada, cuyo capital es superior a la cantidad de setecientos millones de bolívares; y la inexistencia de atenuantes a favor del responsable; la Sala estima conveniente fijar el monto para resarcir el daño moral, en la cantidad de cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00), indemnización que considera equitativa y justa para el caso concreto,

conforme al criterio establecido por la Sala en múltiples fallos (sentencia N° 116 del 17 de mayo de 2000; sentencia N° 4 del 16 de enero de 2002; sentencia N° 144 del 7 de marzo de 2002; sentencia N° 457 del 1º de agosto de 2002).

En sentencia N° 116 de la SCS del TSJ, del 17 de febrero de 2004, recaída en el caso *Maria José Meneses vs Colegio Amanecer, C.A.*, respecto a la carga de la prueba en caso de reclamaciones por daño moral se estableció expresamente lo siguiente: “Respecto a la procedencia de la indemnización por daño moral y lucro cesante, corresponde a la actora probar el hecho ilícito, la existencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño causado” (destacado nuestro).

El referido criterio fue reiterado por la SCS del TSJ en decisión N° 388 de fecha 4 de mayo de 2004, recaída en el caso *José Vicente Bastidas vs Molinos Nacionales C.A. (MONACA)*, en los siguientes términos:

En cuanto al lucro cesante resulta necesario señalar que para que el mismo sea procedente deben cubrirse los extremos del hecho ilícito, es decir, que la indemnización por lucro cesante sea estimada, deben necesariamente cumplirse los extremos del hecho ilícito invocado, o sea, el daño, la relación de causalidad y la culpabilidad del supuesto causante del hecho, así lo ha señalado la doctrina de la Sala (...).

A su entender, quien pretenda ser indemnizado por concepto de lucro cesante, debe demostrar la existencia de una enfermedad o accidente (el daño) sea de la conducta imprudente, negligente, inobservante, imperita del patrón (hecho ilícito), es decir, que además de demostrar el daño sufrido y el hecho generador, debe comprobarse que la primera es producto de un efecto secundario de la otra (destacado nuestro).

En este mismo sentido, en decisión N° 880 de fecha 5 de agosto de 2004, recaída en el caso *Ramón N. Llovera M. vs Pride International C.A.*, la referida SCS del TSJ estableció lo siguiente:

Al amparo de los artículos 1.185 y 1.273, fue reclamado por el ciudadano RAMÓN NEPTALÍ BARRIOS LEÓN, el concepto de lucro cesante, bajo el alegato de que el accidente laboral

que padeció se produjo “*por culpa manifiesta, negligencia e imprudencia del empleador*”.

Con vista del reclamo solicitado, y conforme a la doctrina jurisprudencial transcrita en párrafos anteriores, en aplicación del artículo 1.354 del Código Civil, *correspondía en este caso demostrar a la actora, los extremos que conforman el hecho ilícito, es decir, la culpabilidad en el patrono, el nexo de causalidad y el hecho dañoso* (destacado nuestro).

En igual sentido, en reciente sentencia Nº 1014 dictada por la SCS del TSJ en fecha 13 de junio de 2006, recaída en el caso *S. Aljaber vs Muebles Metálicos de Occidente*, se señaló:

En relación con el daño moral, lucro cesante e indemnización por incapacidad absoluta y temporal, no quedó demostrado el accidente laboral, el hecho ilícito de la empresa ni la incapacidad alegada, razón por la cual, de conformidad con los artículos 560 y 561 de la Ley Orgánica del Trabajo y los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, no proceden estas indemnizaciones.

Por último señalamos que de acuerdo con el criterio actual del TSJ, el daño moral obedece a una responsabilidad objetiva del patrono de conformidad con el artículo 1.193 del CCV. Dicho artículo establece la responsabilidad objetiva por guarda de la cosa. Es decir, el patrono, por ser el propietario de la cosa que ha causado el daño, debe responder, aun cuando no haya mediado culpa de su parte. No obstante lo anterior, el patrono también puede excepcionarse si prueba que la enfermedad ocurrió por: i) falta de la víctima; ii) hecho de un tercero; iii) caso fortuito; o iv) fuerza mayor.

5. CARGA DE LA PRUEBA DE LAS ENFERMEDADES OCUPACIONALES

La jurisprudencia ha sido uniforme y reiterada al establecer a cargo del trabajador la actividad probatoria en materia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, cuando éste demanda la indemnización de daños materiales de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.185 del CCV, esto es por responsabilidad subjetiva.

En relación con la carga probatoria de las enfermedades profesionales en sentencia Nº 352 de la SCS del TSJ de fecha 17 de diciembre de

2001, recaída en el caso *Carlos Domínguez vs DHL Fletes y otras*, se dejó sentado lo siguiente:

Para que una demanda por enfermedad profesional prospere, *el actor debe alegar y demostrar tanto la enfermedad como la relación existente entre el estado patológico aducido y el trabajo desempeñado*, no como una relación de causalidad, es decir, de causa a efecto o de necesidad, como tradicionalmente se interpretó la expresión “resultante del trabajo” consagrada en el artículo 142 de Ley del Trabajo de 1936 derogada, sino como la producida en el lugar y tiempo del trabajo, es decir, asociada en gran medida al servicio personal prestado, que lleve al juez la convicción de que si el trabajador no hubiese desarrollado la labor no habría contraído la afección, o no la habría desarrollado en la misma medida, pues es esa la intención del legislador cuando reemplazó la expresión señalada “resultante del trabajo”, por las de “con ocasión del trabajo” o “por exposición al ambiente de trabajo (destacado nuestro).

Igualmente, vemos que en sentencia N° 13 de la SCS del TSJ, de fecha 6 de febrero de 2003, recaída en el caso *Elvidio Mora vs Alcaldía del Municipio Arzobispo Chacón del Estado Mérida*, al analizar la citada sentencia de fecha 17 de mayo de 2000 se estableció lo siguiente:

También establece dicha sentencia, la carga de la prueba en materia de accidentes y enfermedades profesionales acogiendo el criterio de la Sala de Casación Civil, *según la cual, si el trabajador demanda la indemnización de daños materiales o morales de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.185 del Código Civil (responsabilidad subjetiva), deberá probar los extremos que conforman el hecho ilícito del patrono según lo estipula el artículo 1.354 del Código Civil*, es decir, le corresponde al actor demostrar en el juicio, si el accidente se produjo por intención, negligencia, o imprudencia de la empleadora. Igualmente establece la sentencia en cuestión, *en cuanto a la responsabilidad objetiva del patrono que proviene del artículo 1.193 del Código Civil, producto del riesgo profesional, que la misma hace proceder a favor del trabajador accidentando el pago de indemnizaciones por daños, independientemente de la culpa o negligencia del patrono.*

Ahora bien, estima conveniente esta Sala señalar, que para determinar la carga de la prueba, en los casos en que se demande indemnizaciones provenientes de accidentes y enfermedades profesionales, es importante determinar en primer lugar la calificación jurídica de la acción, conforme al derecho demandado, esto es, si trata de un reclamo de indemnizaciones fundada en el artículo 1.185 del Código Civil (responsabilidad subjetiva) o si se trata de la solicitud de indemnizaciones fundada en el artículo 1.193 del Código Civil (responsabilidad objetiva por guarda de cosas)...

En este sentido, una vez determinada la calificación de la acción, corresponde establecer cuál es la carga de la prueba que debe regir en el proceso en cuestión...

Por otro lado, si el trabajador demanda la indemnización de daños materiales o morales de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.193 del Código Civil, esto es por responsabilidad objetiva, debe el patrono demostrar como guardián de la cosa (en el caso que así lo fuera), que dicho infortunio se originó por una fuerza mayor, por el hecho de un tercero o por el hecho de la víctima (destacados nuestros).

El criterio que sostenemos se reitera claramente en sentencia N° 760 de la SCS del TSJ de fecha 1º de diciembre de 2003, en el caso de *Sergio Machado vs Banesco*. En este caso la Sala estimó que:

(...) la carga de la prueba en materia de accidente y enfermedades profesionales criterio de la Sala de Casación Civil, según la cual, si el trabajador demanda la indemnización de daños materiales o morales de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.185 del Código Civil (responsabilidad subjetiva) deberá probar los extremos que conforman el hecho ilícito del patrono según lo estipula el artículo 1.354 del Código Civil, es decir, *le corresponde al actor demostrar* en el juicio, si el accidente se produjo por intención, negligencia, o imprudencia de la empleadora (destacado nuestro).

La SCS del TSJ en sentencia N° 388 de fecha 4 de mayo de 2004, recaída en el caso *José Vicente Bastidas vs Molinos Nacionales C.A. (MONACA)*, estableció lo siguiente:

(...) la legislación laboral acoge la doctrina de la responsabilidad objetiva, contemplada en la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 560), la cual prevé el pago de las indemnizaciones solicitadas por el actor, independientemente de la culpa o negligencia del patrono, *sin embargo, resulta requisito indispensable, es decir, requisito sine qua non, la existencia y comprobación de una enfermedad que devenga del servicio prestado o con ocasión de él.*

Así pues, de las actas que conforman el presente expediente como han sido las pruebas presentadas, se observa que *recayendo en el demandante la carga de probar si la enfermedad que padece es producto del trabajo por él desempeñado, es decir, si se trata de una enfermedad profesional*, para que procedan los conceptos reclamados, éste no logró demostrarlo:

Dada la naturaleza de la enfermedad padecida por el demandante (*hernia discal*), se observa que para su comprobación, deben presentarse pruebas fehacientes que permitan verificar que su origen proviene, en este caso, por la labor que fue desempeñada por el demandante (destacados nuestros).

Ahora bien, en relación a la carga probatoria respecto al carácter profesional o no de una enfermedad alegada por el trabajador como consecuencia de un infortunio laboral, la SCS del TSJ en la referida sentencia Nº 388 de fecha 4 de mayo de 2004, dejó sentado lo siguiente:

(...) la legislación laboral acoge la doctrina de la responsabilidad objetiva, contemplada en la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 560), la cual prevé el pago de las indemnizaciones solicitadas por el actor, independientemente de la culpa o negligencia del patrono, sin embargo, *resulta requisito indispensable, es decir, requisito sine qua non, la existencia y comprobación de una enfermedad que devenga del servicio prestado o con ocasión de él.*

Así pues, de las actas que conforman el presente expediente como han sido las pruebas presentadas, se observa que recayendo en el demandante la carga de probar si la enfermedad que padece es producto del trabajo por él desempeñado, es de-

cir, si se trata de una enfermedad profesional, para que así procedan los conceptos reclamados, éste no logró demostrarlo:

Dada la naturaleza de la enfermedad padecida por el demandante (hernia discal), se observa que para su comprobación, deben presentarse pruebas fehacientes que permitan verificar que su origen proviene, en este caso, por la labor que fue desempeñada por el demandante (destacados nuestros).

Asimismo, en sentencia N° 1001 de fecha 12 de agosto de 2004, la SCS del TSJ recaída sobre el caso *José Francisco Conde P. vs Frank's Internacional de Venezuela C.A.*, estableció:

Dada la naturaleza de la enfermedad padecida por el demandante (hernia discal y umbilical), se observa que para su comprobación, deben presentarse pruebas fehacientes que permitan verificar que su origen proviene, en este caso, por la labor que fue desempeñada por el demandante, de esta forma, se evidencia de las actas que conforman el presente expediente, así como de lo expresado por las partes en la audiencia celebrada ante Sala, que este hecho no fue probado, por el contrario, quedó establecido que el trabajo realizado por el actor consistía en operar equipos de computación y que, si bien, se le exigía viajar, no debía realizar actividades que requirieran de esfuerzos físicos (...).

(...) En este sentido, al no haber quedado demostrado que la enfermedad padecida por el demandante en la presente causa, sea producto directo u ocasión de la labor que desempeñaba en la empresa Frank's Internacional de Venezuela C.A. es decir, que se trate de una enfermedad profesional, resulta a todas luces, sin lugar la demanda intentada por el ciudadano José Francisco Conde Pino en contra de la sociedad mercantil ya identificada, y así se establecerá en el dispositivo de la presente decisión (destacados nuestros).

Recientemente, encontramos el criterio invariable de la SCS del TSJ en sentencia N° 840 de fecha 11 de mayo de 2006 recaída sobre el caso *Antonio María Rondón vs Multiservicios del Sur C.A.* al señalar:

(...) la Sala reitera la doctrina jurisprudencial establecida en materia de enfermedades profesionales, según la cual, es *imprescindible que el trabajador accionante aporte las pruebas necesarias para demostrar la existencia de una relación de causalidad entre la patología que padece y la prestación de servicios realizada en ejecución de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo*, ya que en defecto de elementos de convicción que permitan establecer este hecho, no puede imputarse el daño sufrido por el actor a la parte patronal –aun en los casos que se invoque la responsabilidad objetiva del empleador–. Asimismo, se observa que es a los jueces de instancia a quienes corresponde el establecimiento de los hechos que forman parte del debate judicial y están facultados para apreciarlos soberanamente (destacado nuestro).

Lo anterior, creemos que obedece al propósito de evitar que el padecimiento de una enfermedad ocupacional se convierta en una fuente indebida de lucro para el trabajador. Por último debemos señalar que en caso que el patrono pretenda excepcionarse de las responsabilidades señaladas en estos comentarios, tendrá la carga de probar los hechos o circunstancias en que basa su excepción.

CONCLUSIONES

1. No toda patología, desmejora o alteración en la salud física y/o mental de un trabajador constituye una enfermedad ocupacional. La ley ha definido los requisitos concurrentes para que una patología sea considerada como de índole ocupacional, siendo la más importante que la misma se haya producido o agravado por causa directa de la prestación de servicios del trabajador a su patrono o por la exposición del prestador de servicios subordinado a un medio laboral cuyas condiciones sean riesgosas, tales como los imputables a la acción de agentes físicos y mecánicos, condiciones disergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, biológicos, factores psicosociales y emocionales.
2. La base normativa de la responsabilidad patronal y sus supuestos de excepción por enfermedades ocupacionales se encuentra dispersa principalmente en cuatro ordenamientos jurídicos diferentes, y en algunos casos acumulativos: LSS, LOT, LOPCYMAT y CCV. Las disposiciones de la LSS continuarán en vigencia hasta que sea creada y entre en funcionamiento la TSS referida en la LOPCYMAT. La LOPCYMAT

establece sanciones de diversos tipos: i) administrativas en caso de incumplimiento a sus disposiciones, fijadas en UT y en función del número de trabajadores afectados; ii) pecuniarias en caso de responsabilidad subjetiva del patrono; y; iii) sanciones penales, concretamente pena de prisión de hasta 10 años. El INPSASEL, previa investigación y mediante informe, calificará el origen del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional.

3. Ante el padecimiento de una enfermedad ocupacional, el trabajador dispone de varias acciones, para reclamar el pago de indemnizaciones por los daños sufridos previstas en los distintos instrumentos normativos: i) en la LOT por la responsabilidad objetiva del patrono, es decir, por el solo padecimiento de la enfermedad profesional, siempre y cuando el trabajador no esté afiliado ni tenga cobertura completa del IVSS; ii) en la LSS, hasta que entre en vigencia la TSS, por el padecimiento de la enfermedad ocupacional, independientemente de las condiciones que produjeron o agravaron la condición física de quien la sufre; iii) en la LOPCYMAT, siempre y cuando el trabajador demuestre que la patología fue contraída o agravada a causa de la conducta culposa, negligente o imprudente del empleador al someter al trabajador a prestar sus servicios en un sitio de trabajo inseguro y riesgoso para su salud; y iv) en el CCV, ya sean los daños materiales sufridos o por sufrir, donde el trabajador tendrá que probar el hecho ilícito, y el daño moral si lo hubiere.

4. La LOT, la LOPCYMAT y el CCV establecen excepciones a la obligación de indemnizar al trabajador o a sus causahabientes en materia de enfermedades ocupacionales, cuando se verifiquen las siguientes excepciones: i) Indemnizaciones por responsabilidad objetiva (LOT): a) hecho de la víctima; b) fuerza mayor extraña al trabajo, sino se comprueba la existencia de un riesgo especial; y c) cuando se trate de trabajadores ocasionales, trabajadores a domicilio o miembros de la familia del propietario de la empresa que trabajen exclusivamente pro cuenta de aquél y vivan bajo el mismo techo. ii) Indemnizaciones por responsabilidad subjetivas (LOPCYMAT): a) hecho de la víctima; y, b) la causa extraña no imputable y sin que exista un riesgo especial imputable al empleador; iii) Las previstas en el CCV, donde el patrono puede excepcionarse probando a) la falta de la víctima; b) el hecho de un tercero; y c) la fuerza mayor.

Los requisitos constitucionales de las leyes con pretensión sancionatoria

Nelson RODRÍGUEZ GARCÍA*

SUMARIO:

- 1. Introducción:** **1.1** *El valor normativo directo de la Constitución a lo largo de su texto.* **1.2** *La interpretación del Derecho conforme a la Constitución.* **1.3** *La subordinación de la Ley a la Constitución.* **1.4** *La Ley Orgánica del Trabajo y su pretensión sancionatoria.*
- 2. Percepción y significado de las sanciones administrativas:** **2.1** *Concepto y crecimiento de la potestad sancionatoria de la Administración.* **2.2** *El juego técnico-jurídico de las sanciones administrativas:* **2.2.1** El requisito de Ley formal y orgánica. **2.2.2** El respeto al debido proceso. **2.3** *Las garantías constitutivas.*

* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Decano Emérito, Escuela de Derecho, Profesor Titular Emérito. Corte Suprema de Justicia, Magistrado Emérito.

Colaboración basada en una conferencia que –por razones ajenas a la voluntad del autor– no pudo dictar en las Jornadas de Derecho Laboral organizadas por el Departamento de Derecho Social de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, en homenaje al Profesor Rafael Alfonzo-Guzmán (2005).

cionales de los derechos fundamentales: **2.3.1** Mayoría parlamentaria reforzada. **2.3.2** Tutela judicial efectiva. **2.3.3** Respeto al contenido esencial.

- 3. Los principios del derecho sancionatorio administrativo:** **3.1** *La adaptación al Derecho Administrativo sancionatorio de "los principios jurídico-penales.* **3.2 Los principios:** **3.2.1** Principio de legalidad. **3.2.2** Principio de tipicidad. **3.2.3** Principio de culpabilidad. **3.2.4** Proporcionalidad. **3.2.5** Presunción de inocencia. **3.2.6** Principio de obligatoriedad del procedimiento. **3.2.7** Prescripción.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien la solicitud que se me hiciera para esta colaboración en las *Jornadas de Derecho Laboral* organizadas por el Departamento de Derecho Social de la Escuela de Derecho, Facultad del mismo nombre, de la Universidad Católica Andrés Bello, en homenaje al Profesor Rafael Alfonzo-Guzmán, gran jurista, amigo y compañero de labores docentes durante muchos años, sugería como tema el *Régimen Sancionatorio en la Ley Orgánica del Trabajo*, quizá con modesta ambición de un administrativista, sin ser un constitucionalista profesional, he creído justificado abordar el tema de *Los requisitos constitucionales de las Leyes con pretensión sancionatoria*.

Valga entonces esta aproximación a la necesidad técnica que la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en 1999 (en adelante CV), obliga a los administrativistas; como lo ha planteado mi maestro *Eduardo García De Enterría* respecto a la Constitución española de 1978, de notable paralelismo a la nuestra; a fin de considerar el ordenamiento jurídico como una unidad y, aun para resolver un problema menor del Derecho Administrativo, hacer referencia constante a la Constitución, cabeza y clave del mismo.

El tema de las sanciones administrativas como cualquier otra materia de Derecho Administrativo requiere, a partir de la vigencia del nuevo orden constitucional, tratar, previamente el tema de la Constitución como norma. En efecto, el interés general o público en un Estado de Derecho, se refleja en normas que establecen límites a las conductas de todos los sujetos, bien sean públicos o privados. El quebrantamiento de esos límites tiene, normalmente, consecuencias para el sujeto infractor que pueden llegar hasta la imposición de penas o de sanciones –entre otros males–, en una dualidad de sistemas represivos dis-

tinguidos por la autoridad que las impone: aquéllas los Tribunales penales, éstas por la Administración.¹

Ambos sistemas represivos corresponden al *ius puniendi* "...entendido como la potestad material del poder del Estado emanada de la soberanía en la cual se fundamenta la punición".²

La Constitución de 1999 es ahora cúspide y piedra angular del ordenamiento jurídico, que es una unidad. Por eso, hoy para el manejo técnico del Derecho Administrativo es irrealizable operar el ordenamiento, incluso para aclarar y resolver una cuestión pequeña, son la remisión continua a la Constitución. En efecto, el administrativista no puede ahora en el análisis de las normas detenerse en el nivel de las leyes o reglamentos, sin ascender al plano superior normativo, porque el corazón y cerebro de ese todo que es el ordenamiento, lo es, a su vez, la Constitución.

Por ello haremos una pequeña digresión sobre la Constitución como norma, para precisar del alcance y límites de los derechos fundamentales que ella enuncia.

1.1 *EL VALOR NORMATIVO DIRECTO DE LA CONSTITUCIÓN A LO LARGO DE SU TEXTO*

La Constitución de 1999 tiene un significado característico que la distingue de todas nuestras constituciones anteriores: *es una norma jurídica en sí misma, invocable en juicio y regula y ordena relaciones que se aclaran y resuelven en los procesos, no se circunscribe a la asignación de funciones del Estado.*

Es norma jurídica, no cualquier norma, es la primera, la que se sobrepone a todas las demás, la que impera sobre las otras, las une y concierta, les da significado, rige su interpretación, las ubica en el sitio que les corresponde en el ordenamiento jurídico, en la afirmación de García De Enterría, una norma normarum.³ El Preám-

¹ Vid. García De Enterría, E. y Fernández R., T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 161 y ss.

² Vid. Quintero, Jesús Ramón. *Delitos e infracciones administrativas. Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, 2003, p. 16.

³ García De Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 2002. p. 100.

bulo de la CV que formula la determinación constituyente fundamental, pregonó que *el pueblo de Venezuela* quiere “...establecer...un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide ...el imperio de la ley para ésta y las futuras generaciones...” –entre otros objetivos– para ahora, no como una meta para un legislador del futuro, lo cual sólo puede obtenerse si la Constitución opera verdaderamente como una norma con eficacia constitutiva directa.

Todo el Preámbulo nos coloca frente a una operación jurídica indudable, porque la Constitución, producto del pacto que hacen los ciudadanos integrantes del pueblo es norma jurídica para hoy y en defensa de los derechos de cada uno de los ciudadanos de ese Estado republicano, que con ella está refundando.

Venezuela, como República refundada “...se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”. Ahora bien, se erige así porque es creación de la Constitución; al mismo tiempo determina unos “...valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político” (CV, Art. 2).⁴

Debe destacarse que ese *ordenamiento jurídico* es un concepto constitucional que está más allá de las leyes (orgánicas u ordinarias) pues la Constitución se incluye a sí misma como “...norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico...”, como expresa de manera indubitable el artículo 7.

También, de forma valorativa material establece una disposición jerárquica de las normas integrantes del ordenamiento jurídico, que obligatoriamente sujeta al operador jurídico en el proceso de aplicación del Derecho, así como las consecuencias en que desarrolla la eficacia de ese orden: el interpretativo, el crítico y la proyección normativa.

La Constitución y el ordenamiento jurídico operan como un *sistema* en el cual ella misma, como *norma suprema* y los *valores superiores* pre-

⁴ Vid. Parejo Alfonso, L. *Constitución y valores del ordenamiento*. Ed. Centro de Estudios Ramón Arices. Madrid, 1990; García De Enterría, Eduardo y Predieri, A. *La Constitución Española de 1978*. Ed. Civitas, Madrid 1980; García De Enterría, E. *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. Ed. Civitas, Madrid, 1982.

figuran un *sistema axiológico* que determina la estructura y el contenido de la parte dogmática de la Constitución.⁵ Esos valores están estrechamente relacionados con las notas del Estado, de tal manera que unas y otras no pueden tener un significado y alcance separado e independiente, tal es la interrelación.

En el artículo 2 de la Constitución se añade a la razón de ser del Estado; a su naturaleza de democrático y social de Derecho y de Justicia; los *valores superiores* en un doble matiz, uno el de poder que los “propugna” y, en el otro, de Derecho: el ordenamiento jurídico tiene que llevarlos a cabo. En efecto, el poder y el ordenamiento jurídico del Estado obtienen validez, en última instancia, de los valores que propugnan y realizan: así, se convierten los valores superiores, en la variable que le da validez y legitimidad al Estado.

Los valores para tener un sentido concreto y darle sentido a las cosas, descubrirlas como buenas o malas, precisan de una axiología, “una perspectiva o criterio material”.⁶ Tal axiología no se encuentra sólo en el citado artículo 2, por lo cual, debemos examinar otras disposiciones de la Constitución fundamentando la investigación a partir de ese artículo 2.

En efecto dicho precepto identifica como sujeto a Venezuela, que se constituye en el Estado conformado por el “pueblo venezolano” de acuerdo al Preámbulo del texto constitucional. Venezuela entonces, es un Estado constituido por el “pueblo venezolano” en quien “reside intransferiblemente” esa soberanía / CV, artículo 5), aspirando establecer una sociedad democrática, participativa...en un Estado de justicia...que consolide los valores de la libertad...asegure el derecho a la vida...la garantía universal e indivisible de los derechos humanos...” señalando, sin lugar a dudas, al pueblo venezolano como comunidad política en la que se apoya el orden constitucional y, sin lugar a equivocaciones a la congregación de hombres que, con base en tal orden constitucional han suscrito ese pacto de libertad como sistema de convivencia política. La Constitución es, en tal contexto, un pacto fundamental de un contrato social entre los hombres que en su conjunto integran el pueblo para constituir un Estado justo y democrático, con el valor superior de la persona y la libertad como pivotes inviolables.

⁵ Parejo Alfonso. *Constitución y valores...*, Cit. p. 47; García De Enterría. *El Valor normativo...*, Cit. p. 112.

⁶ Parejo Alfonso. *Constitución y valores...*, Cit., pp. 108 y ss.

La CV precisa con claridad los derechos fundamentales de la vida humana, es decir, del hombre, con las que son referentes a la persona humana: el goce y ejercicio de los derechos humanos, irrenunciables, indivisibles e interdependientes, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás son el fundamento del “orden público y social” (CV, artículos 19, 20, 21, 22, 23, 24 45 y 46), en estricta correspondencia con los valores superiores vida, libertad y derechos humanos (CV, artículo 2). Es sobre los contenidos concretos de estos valores superiores y los preceptos constitucionales señalados que se encuentra la base de todo el orden constitucional. Ello, en dos sentidos. El primero, en integrar el fundamento legitimador del orden político y ser; en segundo lugar, la condición de la paz social como forma del correcto funcionamiento de tal orden político.

No es mera casualidad, sino un nexo de causalidad, que “la voluntad de administrar justicia emana de los ciudadanos...”, es decir, del pueblo (CV, Art. 253).

También la CV determina con claridad otros derechos fundamentales y su conformación técnica, desde el derecho a crear partidos políticos (artículo 67), de sindicalización de los trabajadores y de asociarse los empresarios (95 y 52), etc., hasta la garantía de la autonomía de los Estados y Municipios promoviendo la descentralización (artículos 4, 6, 157, 158, 165, 168, 184, 6).

No continuaremos con una descripción detallada de cada uno de los derechos fundamentales que, aun cuando algunos o muchos de ellos requieran complementos normativos para su régimen particular (Arts. 35, 38, 42, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 29, 30, 31, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, etc.), *todos estos derechos son efectivos por sí mismos*. Esta misma razón hace imposible considerar la existencia de “normas programáticas” en la Constitución. Es decir, de enunciados constitucionales que sólo a través de leyes tendrían carácter normativo propiamente dicho.

La condición normativa de la Constitución la hace integrarse a sí misma en el ordenamiento jurídico, asegurando, asimismo, su alcance normativo directo, con el constreñimiento específico de las normas jurídicas, sobre todos los ciudadanos y todos los órganos que ejercen el Poder Público. En efecto, el artículo 7 CV es probablemente *quid pro quo* la mejor imagen en tal sentido examinado a la letra.

“Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”, la cual precedentemente ha ordenado que “La Constitución es la *norma suprema y el fundamento del orden jurídico*”. (Resaltado nuestro).

En esa situación de eficacia es necesario destacar que no requiere para ello de la actuación de las normas jurídicas tradicionales, es decir, ni de la Ley ni del Reglamento. Tal es la afirmación concluyente, terminante, definitiva de la Constitución, *todos*, ciudadanos y Poderes Públicos (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Moral y Electoral).

Pero mas aún, el artículo 3 señala como fin esencial del Estado, entre otros, “...la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución”.

El artículo 19 CV garantiza el goce y el ejercicio, irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, estando obligados para su respeto y garantía los órganos del Poder Público. Entre ellos, sin discusión alguna: los jueces y tribunales dicen los artículos 334, 26 y 27 CV. También quedan positivados constitucionalmente principios como la jerarquía normativa, el de la legalidad, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las normas y la responsabilidad de los poderes públicos (CV, artículos 24, 25, 26, 139, 259 y 281).

Esa vinculación directa, inmediata, sin intermediación legislativa de la Constitución está garantizada y los garantes son los jueces y tribunales, veamos someramente las “facultades-obligación” de éstos para mantener la vigencia del texto constitucional, contenidas en el artículo 334:

- a) Están obligados a asegurar su integridad.
- b) Enjuiciar previamente las posibles incompatibilidades entre la Constitución y una Ley u otra norma jurídica, antes de aplicarlas; y
- c) Resolver ese enjuiciamiento previo en sentido positivo a favor de la Constitución, aun de oficio.

Estas notas hacen relevante que la Constitución venezolana, al igual que la española, se aparta del modelo kelseniano de justicia constitucional. Ello la diferencia radicalmente del arquetipo de justicia constitucional de la Constitución de 1961, que concentraba en la Corte Suprema de Justicia el control de la correspondencia de las leyes con la Constitu-

ción. Es decir, la concepción de la jurisdicción constitucional como un legislador negativo, como el único Tribunal con capacidad para declarar con sentencias constitutivas y efectos *ex nunc* la nulidad originaria de una Ley o una norma con la Constitución.

Existía la posibilidad del llamado “control difuso” de la constitucionalidad, como la denominó el ilustre procesalista Piero Calamandrei,⁷ empero la Constitución de 1961 no establecía, ni directa ni indirectamente, la competencia de otros tribunales para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes.⁸ En todo caso la nueva Constitución de 1999 “constitucionaliza” el enjuiciamiento previo por el Juez ordinario de la Ley u otra norma jurídica, aun de oficio, para en caso de incompatibilidad con la Constitución aplicar, obligatoriamente, las disposiciones constitucionales (Art. 334). No requiere, por demás, instancia de parte interesada.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tiene la competencia exclusiva de declarar la nulidad total o parcial de las “leyes nacionales y demás actos con rango de Ley emanadas de la Asamblea Nacional; de las Constituciones y leyes estatales”, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios, dictados en ejecución directa o inmediata de la Constitución, de los actos con rango de Ley dictados por el Ejecutivo Nacional, de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público; cuando cualesquiera de ellos colida con la Constitución (CV, artículo 336, numerales 1, 2, 3 y 4, los numerales 5, 6, 7, 8, 9 y 10 establecen otras facultades de la Sala relativas a control de la constitucionalidad, como son la verificación de conformidad de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su notificación, previa solicitud del “Presidente o Presidenta” de la República o de la Asamblea Nacional; la revisión, incluso de oficio de la constitucionalidad de los decretos declarativos de estados de excepción dictados por el “Presidente o Presidenta” de la República; declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o los haya dictado en forma incompleta y,

⁷ Vid. Calamandrei, Piero, *La illegittimità costituzionale delle leggi*. Padova, 1950, pp. 5 y ss.

⁸ El Código de Procedimiento Civil de 1986 ordena en su artículo 20 la aplicación “con preferencia” de la disposición constitucional en caso de colisión con la ley vigente.

más aún, establecer el plazo e, inclusive, los lineamientos de su corrección, resolver las colisiones que pudieren existir entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer; dirimir las controversias constitucionales que se suscitan entre cualesquiera de los órganos del Poder Público, y revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República).

De lo anteriormente descrito se desprende que la exclusividad o monopolio jurisdiccional de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es el de rechazar, eliminar, excluir las leyes y otros actos de cualesquiera de los Poderes Públicos que colidan con la Constitución y sin embargo, no de cualquier aplicación de ésta. En efecto, del texto del artículo 334, trasciende que todos los jueces y tribunales deben aplicar e interpretar la Constitución. Aun cuando, como hemos visto, no pueden esos jueces y tribunales declarar directamente a una Ley, o los actos, antes descritos contrarios a la Constitución, pero sí que la incompatibilidad con una Ley u otra norma jurídica puede producirse y, en tal caso, decidir esa duda y decidirla, a favor de la constitucionalidad.

1.2 LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Todas las consideraciones antes expuestas sobre el valor normativo de la Constitución tienen una sobresaliente importancia en el Derecho Público y el Administrativo en concreto. En especial, la actuación judicial en razón del principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico en el instante de su aplicación.

Ahora bien, la interpretación de una norma conforme a una Constitución que es “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” coloca al interprete –también a cualquiera de los operadores jurídicos– en una delicada situación. Ello, además, porque la interpretación conforme a la Constitución de cualquier norma del ordenamiento jurídico sometida a un análisis interpretativo no puede concluir en un producto que sea directa o indirectamente contradictorio con los valores superiores propugnados por el pueblo venezolano al constituir a Venezuela en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Haría el intérprete, y en ello la mayor responsabilidad la tienen los Magistrados integrantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, un mezquino favor a la Democracia, al Derecho y a la Justicia.

Cuando una Constitución alcanza una total magnitud normativa, su interrelación con el ordenamiento jurídico convierte a la interpretación constitucional en el centro de la interpretación del ordenamiento jurídico, se pasa así a la interpretación constitucional del ordenamiento. Esta afirmación la podemos sustentar en diversas razones. La primera, que siendo la Constitución una norma es también el patrón de producción de todas las normas, las normas derivadas tienen que supeditarse a la norma constitucional. La segunda, que de no ser así, las normas constitucionales no serían reglas de Derecho positivo, sino orientaciones inspiradoras de la ley que sería el Derecho propiamente normativo, es decir, que las normas de la Constitución tendrían carácter programático,⁹ nada queda de esta idea. La tercera, que la Constitución venezolana de 1999 debió ser el resultado de un proceso de conciliación de intereses; fuese cual fuese la tendencia ideológica de la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente; y, sólo su condición de norma puede permitir el desarrollo y renovación de manera continua de ese consenso inmanente.¹⁰ Por otra parte, permite rehacer el ordenamiento jurídico mediante el acoplamiento de los valores, principios y fines que la Constitución propugna y consagra, en un orden constitucional incardinado a un sistema fundamentado en la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (CV, arts. 2, 3 y 7).

En un contexto tal, sólo la interpretación como resultado de un proceso de integración de intereses y valores abiertos a la sociedad y al ordenamiento, es decir, la interpretación constitucional del ordenamiento jurídico, es posible, en un Estado democrático y social de Derecho.¹¹

Además, es la propia Constitución la que plantea en forma imperativa que el ordenamiento debe ser interpretado conforme a ella, al igual que la actividad de interpretación debe ser armónica con la Constitución, *Todos, Jueces y operadores jurídicos a ello están obligados* (CV, arts. 7, 19 y 334).

⁹ Vid. García De Enterría, Eduardo. *El valor normativo directo Derecho Público a comienzo del siglo*. Ed. Civitas. Madrid, 2001. p. 113.

¹⁰ Vid. García De Enterría, Eduardo. *El valor normativo directo..., Cit.* p. 109.

¹¹ Vid. Balaguer Callejón, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p. 28 y ss.

García De Enterría fundamentado en Bachof nos expone que el “Derecho Constitucional, como cualquier otra rama jurídica, exige un método interpretativo específico, para servir la función y esencia de los valores propios de ese ámbito jurídico”.¹²

1.3 LA SUBORDINACIÓN DE LA LEY A LA CONSTITUCIÓN

El contenido de la Ley formal –como acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador– es un mandato normativo, normalmente con carácter general, aunque puede ser también singular o excepcional, dirigido a todos, y que todos deben obediencia.

Pero la forma y el contenido de la Ley se identifican, pues no hay Ley por su contenido o materia sin adoptar la forma de Ley, como tampoco forma de Ley que no revista una Ley en el significado de su contenido y eficacia.¹³

Sin embargo, la Constitución como norma básica del ordenamiento antecede a la Ley en grado jerárquico y la somete, sin duda, en su contenido. Se convierte así, en un límite a la libertad de determinación del legislador, pues la Ley no puede ir en contra de los valores y principios constitucionales, pues ello la viciaría de inconstitucionalidad: sería inválida.

Porque, en el nuevo orden constitucional hay una relación internormativa en la cual la legislación no es ejecución de la Constitución, como sí lo es el Reglamento en relación a la Ley. La Ley necesariamente debe elaborarse en el marco de la Constitución, –ella es la norma de las normas–, como en cuanto a sus aspectos orgánicos y de competencias (formación y composición de la Asamblea Nacional, procedimiento legislativo, materias de reserva legal, etc.). En este marco constitucional el poder legislativo procede a legislar con la total libertad que permite una política de conformación de contenidos normativos; distinta de la discrecionalidad administrativa; aun cuando tiene los límites impuestos por la Constitución (principio de legalidad; la jerarquía normativa; la publicidad de las normas; la irretroactividad de las normas; en especial de las sancionatorias no favorables o limitativas de derechos fundamentales; la seguridad jurídica; la responsabilidad de los poderes públicos, etc.).

¹² García De Enterría, E. *La Constitución como norma...*, Cit., p. 182.

¹³ García De Enterría, E. *Curso...*, Cit., T.I., p. 123.

En efecto, nuestra vigente Constitución, en armonía con los principios consustanciales del constitucionalismo occidental –la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político, como cuadro de valores esenciales declarados fundamentales en la Carta Magna– determinan un sistema de suyo¹⁴ abierto que debe permitir a todos intervenir en el proceso político y el acceso a los instrumentos para el cambio político, en ello se asienta el valor fundamental pluralismo político: aceptar la inmanencia de diferentes alternativas políticas y la posibilidad del cambio ulterior de las determinaciones del hoy y el ahora.

Así, con nuestra vigente Constitución son factibles Leyes de contenido muy diverso y hasta contrapuesto, conforme al partido en ejercicio del poder, como un objetivo primordial del ordenamiento constitucional. Porque, el marco teórico abstracto de la Constitución y el carácter abierto del sistema funcionan en la dimensión temporal, efectuando ella, la Constitución, un rol de equilibrio y estabilización con su vocación de permanencia y duración. Permite, también, la adaptación del ordenamiento, que ella encabeza, a los nuevos tiempos y circunstancias de la vida social.

Ahora bien, esa discrecionalidad legislativa; así la ha determinado la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia N° 898, de 30/09/2005); no es según García De Enterría, refiriéndose al caso español, no es verdaderamente “...una discrecionalidad del legislador, sino de una ‘libertad de configuración’ normativa”, en la expresión usual del Tribunal Constitucional alemán.¹⁵ Es propio señalar, respecto a la sentencia citada, que en su desarrollo coincide con la tesis de García De Enterría, pues afirma que lo importante es que el legislador “no vacíe de contenido el derecho fundamental”, expresando también que “corresponde al parlamento, en razón de la potestad propia (política legislativa) de discrecionalidad –no de arbitrariedad–, que tiene su origen en el mandato democrático que le ha sido conferido “escoger las opciones políticas que el legislador tiene reservados y al juez “le corresponde ponderar si la definición o calificación que el legislador haga de las situaciones *de facto* o las relaciones de vida que deben ser tratadas de forma igual o desigual, no vacíe de contenido el derecho fundamental”.

¹⁴ Vid. Von Bertalanffy, *Teoría General de los sistemas*, Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 51 y ss., 144 y ss.

¹⁵ García De Enterría, E., *Curso... Cit.*, T.I., p. 125.

1.4 LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO Y SU PRETENSIÓN SANCIONATORIA

El trabajo, al igual que la educación, es un proceso fundamental para alcanzar los fines del Estado (CV, art. 3). Pero además, el trabajo es un derecho fundamental¹⁶ recogido en la Constitución en el artículo 87.

Al tratarse el trabajo de un derecho fundamental,¹⁷ recogido y protegido por el orden constitucional, su regulación legal debe responder a los lineamientos que hemos señalado. Además en caso de contener la Ley Orgánica que los desarrolle sanciones administrativas, requiere su ajuste a los requerimientos constitucionales para la preservación y protección de los derechos y garantías individuales aquí expuestos.

2. PERCEPCIÓN Y SIGNIFICADO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

2.1 CONCEPTO Y ESTABLECIMIENTO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN

El problema jurídico de las sanciones administrativas conlleva un principio de concreción ontológica sobre la distinción entre un delito y una falta o contravención administrativa. “La naturaleza de la sanción administrativa hace que se desplace ésta de la concepción penalística”, dice Túlio Chiossone¹⁸ y por otra parte, no hay una orientación definida sobre la naturaleza de la contravención administrativa ni para los penalistas, ni entre los administrativistas.¹⁹ Aparte que en algunas leyes de naturaleza administrativa se usa indiscriminadamente las expresiones sanción y pena.

Para Eduardo García De Enterría, sanción administrativa es un mal infligido por la Administración a un administrado derivado de una conducta ilegal,²⁰ de la violación de una regla legal que impone un deber o

¹⁶ Utilizamos la expresión “derechos fundamentales” siguiendo la opinión del Profesor Gregorio Peñes-Barba Martínez en su obra *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 14 y ss.

¹⁷ Vid. Peñes-Barba, G., *Lecciones..., cit.*, p. 288.

¹⁸ Túlio Chiossone: *Sanciones en Derecho Administrativo*, UCV, Caracas, 1973, p. 7.

¹⁹ Chiossone, *Ob. Cit.*, p. 9.

²⁰ Eduardo García De Enterría: *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 10, p. 399.

prohibe una conducta. Ese mal o conducta tiene como consecuencia una disminución de un bien o de un derecho, afecta al patrimonio individual (revocación de un acto administrativo favorable, pago de una multa y, en ocasiones, como analizaremos, privación de la libertad del administrado responsable).

En líneas generales se distinguen las sanciones de las penas (sanción administrativa de sanción penal) en razón del funcionario o autoridad que las impone. Las penas son impuestas por los tribunales penales, pertenecen a lo jurisdiccional. Las sanciones son impuestas por la Administración, por el funcionario administrativo que la ley señala. Esto hace que la diferenciación de las penas y las sanciones se convierta en un problema de gran importancia, no sólo por su naturaleza, sino también por el ámbito de aplicación.

Es evidente que estamos considerando a las sanciones como faltas conforme a la diferenciación que establece nuestro Código Penal entre delitos y faltas. Además partimos del principio que los delitos no pueden derivar de la valoración de conductas realizadas por un funcionario administrativo. En cualquier caso, la falta que da origen a una sanción administrativa, es un hecho punible de menor gravedad que un delito.²¹ Más adelante insistiremos sobre el asunto.

La coexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de una distribución de la potestad punitiva del Estado entre sanciones administrativas (faltas), bajo el imperio del Derecho Administrativo, tramitadas e impuestas por la Administración y las penas sometidas al Derecho Penal material y al Derecho Procesal Penal, nos hace pensar si hay criterios objetivos para tal dicotomía, ¿será una intención clara del legislador? Esto exige diferenciar las clases de sanciones administrativas, tomar en cuenta instituciones como la legalidad administrativa, la legalidad penal y en especial el derecho constitucional a la libertad individual.

La Administración goza de potestad punitiva y en base a ella impone sanciones en dos planos. El primero, para garantizar su propia organización y orden interno, comprendido el medio de protección y ejecución de sus actos. El segundo, la tutela del orden público entendido como orden social general, con ejemplos típicos como las sanciones al orden

²¹ Alberto Arteaga Sánchez: *Derecho Penal*, UCV, Caracas, 1979, p. 105.

público contenidas en leyes de policía (como lo fueron en su momento la Ley Nacional de Seguridad y la Ley de Vagos y Maleantes) o en leyes que disciplinan el mercado o los precios. En tercer lugar, el influjo del sistema norteamericano de control de las prácticas restrictivas de la competencia, de actividades financieras y del mercado de valores, del sistema de telecomunicaciones (Ley Orgánica de Telecomunicaciones), todas con poderes sancionatorios para la Administración en las que la gravedad de las sanciones administrativas, incluidas las de imposición de una obligación de pago de una multa, exceden a las penas derivadas de los ilícitos contenidos en las leyes con contenido penal.

Esto ocurre, además, por efecto de la llamada “despenalización”, proceso que en nuestra época traslada desde los jueces penales hacia la Administración no sólo los llamados “delitos bagatela”²²² sino gran número de sanciones de policía general, de policía de políticas públicas precisadas en ordenamientos administrativos sectoriales. Todo ello, por supuesto, dictadas por el legislador con base en sus competencias legislativas contenidas en la reserva legal.

En este plano en el cual se manifiesta el problema que habíamos puesto en relieve, y es que se confunde la potestad sancionatoria administrativa con la punitiva penal perteneciente a lo jurisdiccional, en la que la Administración no está amparando su propia organización y funcionamiento, sino el orden social en su pluralidad. Lo cual realiza con técnicas autoritarias y privilegiadas que la sociedad al crear la ha puesto en sus manos. Ello puede originar verdaderos abusos y violaciones de derechos subjetivos y aun de garantías constitucionales.

Desde el punto de vista general –que comprende cualquier manifestación de la potestad punitiva de la Administración a través de sanciones–, podemos reducir tales posibilidades de abuso a grandes áreas, como la aplicación de sanciones sin procedimientos y, a las sanciones restrictivas de la libertad individual, el respeto a la legalidad en sus dos vertientes: la penal y la administrativa, el respeto de la presunción de la inocencia, así como el problema relativo al principio del *non bis in idem*.

²²² Vid. Quintero, José R. *Delitos e infracciones administrativas*, Cit., p. 81 y ss. García De Enterría. *Curso..., T.II*, Cit., pp. 161 y ss.

La potestad punitiva de los tribunales penales ha sido atemperada por la teoría del delito o la teoría del hecho punible²³ para establecer la responsabilidad penal de determinado sujeto. El juez penal en materia represiva realiza tal función en virtud de los principios de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*: sólo la ley puede crear delitos y penas) y la obligación de seguir un procedimiento judicial para la imposición de una condena. La potestad punitiva de la Administración durante mucho tiempo ha sido un derecho represivo primario y arcaico, con técnicas antiguas que en muchos casos atentan contra las garantías constitucionales y legales de los administrados. Por ello, creemos de importancia capital que en los procedimientos sancionatorios se tomen en consideración los elementos que, en garantía de los particulares, ha creado el Derecho Administrativo, y han sido recogidos en nuestro ordenamiento jurídico.

2.2 EL JUEGO TÉCNICO-JURÍDICO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Antes habíamos dicho que el *ius puniendi* del Estado puede presentarse, por medio de la jurisdicción judicial penal y, también, por vía de la Administración pública. Ahora bien, tratándose de la manifestación del poder público sancionador del Estado y, habiéndose definido el Estado venezolano como democrático y social de Derecho y de Justicia, el ejercicio de ese *ius puniendi* tiene que definirse, desarrollarse y actuarse conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

2.2.1 *El requisito de la ley formal*

En primer lugar, se trata de incidencias sobre las situaciones del ciudadano, además, de limitaciones a sus derechos consagrados en el ordenamiento jurídico. Ello exige que cualquier acto limitativo de esos derechos tienan que tener origen en una ley formal, por supuesto dictada por el poder legislativo nacional sobre materias de la competencia nacional.

En caso de desarrollar derechos constitucionales es imperativo que esa Ley formal tenga, igualmente, el carácter de orgánica.

Nuestro ordenamiento jurídico establece que ninguna persona puede ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos,

²³ Chiossone, Tullio. *Teoría del Hecho Punible*.

faltas o infracciones de leyes preexistentes (CV, art. 49, 6), por demás, se trata del derecho al debido proceso en la particularidad conocida como principio de legalidad penal que se complementa, en forma coordinada con el principio de legalidad de actuación del poder público contenido en el artículo 137 de la Constitución vigente (la “Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”).

2.2.2 *El respeto al debido proceso*

Pero, también, la actividad sancionatoria de la Administración, al igual que la actuación judicial, debe por exigencia imperativa del artículo 49 de la Constitución en un *debido proceso* salvaguardar a toda persona: a) la *defensa y la asistencia jurídicas* como derechos inviolables (ordinal 1); b) la *presunción de inocencia*; c) *derecho a ser oída*; d) *imparcialidad del juzgador que, además, debe ser competente, independiente y establecido con anterioridad por la ley*; e) no ser sancionada por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido sancionada anteriormente (principio *non bis in idem*).

Tales derechos también están contenidos en la Conferencia Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela.

2.3 *LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

Al referirnos a los derechos fundamentales y sus garantías, es obligatorio hablar del fortalecimiento que el constituyente ha previsto para los derechos fundamentales.²⁴ Se trata del otorgamiento para tales derechos de requisitos extraordinarios relativos a su defensa procesal, de formulación y reforma legislativa y, a la conservación inalterable de su núcleo consustancial.

2.3.1 *Mayoría parlamentaria reforzada*

La Constitución dispone que el desarrollo de los derechos constitucionales debe serlo mediante Ley Orgánica (CV, Pert. 203).

²⁴ La doctrina española habla de garantías reforzadas.

2.3.2 *Tutela judicial efectiva*

Gozan los derechos fundamentales de la tutela judicial efectiva (CV, art. 26) y también de la acción de amparo constitucional.

2.3.3 *Respeto al contenido esencial*

Los derechos constitucionales fundamentales, además, deben ser respetados y garantizados no sólo de conformidad con la Constitución, sino conforme con las normas internacionales que Venezuela haya suscrito.

2.3.4 *Progresividad*

Pero, también, la Constitución prevé el desconocimiento por el pueblo venezolano de cualquier régimen, legislación o autoridad que menoscabe (disminuya o reduzca) los derechos humanos.

3. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO

3.1 *LA ADAPTACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICO PENALES*

Como habíamos expresado el artículo 49 de la Constitución establece el *ius puniendi* del Estado venezolano en sus manifestaciones judicial y administrativa (penas y sanciones). Ello permite que los principios generales del Derecho Penal, mucho más evolucionados y elaborados que el sistema sancionatorio administrativo, se apliquen a este último, resultando favorecidos los administrados.

De manera que, considerados equivalentes en cuanto a legalidad, tipicidad e irretroactividad, se infieren de seguidas dichos principios, cuya clasificación hemos tomado de García De Enterría.²⁵

3.2 *LOS PRINCIPIOS*

3.2.1 *Principio de legalidad*

Es la precisión del principio *nullum crimen, nulla pena sine lege*. La ley debe prever la conducta sancionable y fijar cuál es el alcance de la sanción que pueda imponerse.

²⁵ García De Enterría, E., *Curso..., Cit.*, T.II, pp. 172 y ss. Puede consultarse Parejo A., Luciano, *Derecho Administrativo*, *Cit.*, pp. 787 y ss.

Para ello deben cumplirse con tres requisitos. El primero, que la Ley atribuye positivamente a la Administración, caso a caso, la potestad sancionatoria que legitima con carácter general la Constitución (art. 49,6), es una norma con rango de ley formal de naturaleza orgánica, pues se trata de una garantía constitucional (art. 203), tal como la exige el principio de legalidad (CV, art. 203). Son las garantías sustantivas de *lex scripta*, *lex certa* y *lex previa*: predeterminación normativa cabal y anterior de las conductas ilícitas, es decir, las infracciones y de sus sanciones.

El segundo, que el uso de la potestad sancionatoria atribuida debe serlo por el órgano administrativo señalado como competente y no por otro.

El tercero, que la actividad administrativa de sanción requiere la tramitación obligatoria de procedimiento administrativo, como se desprende del artículo 49 del texto constitucional.

3.2.2 Principio de tipicidad

Es la descripción legal de una conducta inconfundible que se articulará a la sanción administrativa, con una descripción suficiente de la conducta para su identificación, al igual del ilícito y de su secuela sancionatoria.

En efecto, para que la Administración pueda sancionar, es necesario que exista la sanción para una determinada infracción. Es decir, sólo es posible la infracción y la sanción administrativa cuando una ley, de manera previa, las establezca.

Es necesario que el acto o la omisión susceptibles de castigo se encuentren definidos como infracciones y que exista una perfecta adecuación con las circunstancias determinantes tanto de la ilicitud como de la imputabilidad. Por ello, se excluye absolutamente la interpretación extensiva o analógica de la norma para sancionar supuestos diferentes a los establecidos por ella. De ser así, la Administración tendría la facultad de crear tipos de infracción y sus correctivos, lo cual es inadmisible en un Estado de Derecho.

Es consecuencia de los principios de legalidad penal (art. 49), de legalidad administrativa (art. 203), del principio general de libertad sobre el cual se asienta y organiza todo el Estado de derecho, circunstancia que obliga a delimitar con toda precisión las conductas sancionables que sean su excepción y, además, la seguridad jurídica (CV, 290).

Sin embargo, la tipicidad de las infracciones administrativas tiene dificultades, en el supuesto de las faltas disciplinarias, cuando se fijan como ilícitos administrativos faltas que son en realidad injustos éticos, que no jurídicos propiamente dichos. Así, por ejemplo, la Ley de Universidades cuando formula que los profesores pueden ser removidos de sus cargos docentes o de investigación “por notoria mala conducta pública o privada” (artículo 110, numeral 3).

Según García de Enterría, estas fórmulas de infracciones disciplinarias de contenido deontológico profesional no son admisibles “en un sistema punitivo abstracto basado en una situación de supremacía general”, puesto que no llega a tipificar una conducta antijurídica punible en concreto. Sin embargo, es posible cuando existe una relación de supremacía especial –como es el caso de los profesores con la universidad– “como expresión tanto de la disciplina interna de la organización como por la cercanía moral de los titulares del órgano sancionatorio, normalmente pares del inculpado, interpretando un sistema ético que les envuelve a ambos”.

3.2.3 Principio de culpabilidad

El artículo 49 de la Constitución establece con claridad el principio de culpabilidad, que exige imputación y dolo o culpa de la acción sancionable. En efecto señala el numeral 1, que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas que estén en manos de la Administración, resultando nulas aquellas obtenidas en violación del debido proceso.

Cuando la autoridad administrativa considere que existe una conducta sancionable de un administrado, debe notificarle, conforme el procedimiento administrativo *ad hoc*, si existe en la Ley orgánica correspondiente o, en tal caso, aplicar la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (en adelante LOPA). En esa notificación debe imputar la conducta sancionable, caso contrario se estaría violando el derecho fundamental a la defensa. Sobre el procedimiento sancionatorio insistiremos luego.

En el principio de la culpabilidad es necesario advertir que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha admitido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, frente a la antigua regla *universitas delinquere non potest*. De esta manera, por aplicación del concepto de conexión –como operación de envío de un ordenamiento

jurídico de uno a otro Estado, técnica del Derecho Internacional Privado, que inevitablemente opera en el Derecho interno— debe ser aceptado y aplicado en el Derecho Administrativo sancionatorio.²⁶

3.2.4 Proporcionalidad

Desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se enunció como norma del Derecho el principio de proporcionalidad, en el artículo 9º con “penas estricta y evidentemente necesarias”. Con el mismo sentido textual lo recoge el artículo 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El principio de proporcionalidad considera una correlación entre la infracción y la sanción, con prohibición de medidas innecesarias o excesivas. Señala el Código Orgánico Procesal venezolano en relación a la sentencia que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia.

Por su parte, el artículo 12 de la LOPA exige, que cuando una disposición reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, esa medida “deberá mantener la *debida proporcionalidad* y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma” (resaltado nuestro).

3.2.5 Derecho a la presunción de inocencia

Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario” (CV, art. 49,2), de manera tal que para sancionar administrativamente se requiere una imputación personal de responsabilidad.

Es necesario que se pruebe la realidad de la conducta infractora, y que el expediente administrativo se encuentre la constancia sobre la realidad de los hechos, de tal forma que no exista duda sobre la validez del acto sancionatorio.

Por otra parte, es necesario probar de manera absoluta que el acusado ha realizado la acción transgresora imputada.

En nuestro Derecho hay obstáculos para la aplicación del principio enunciado. En efecto, en primer lugar, la presunción de legalidad de la decisión

²⁶ Moles Caubet, Antonio: *Lecciones de Derecho Administrativo (Parte General)*, Caracas, 1963, pp. 81 y ss.

administrativa que podría dar a considerar que el sancionado tiene la carga de probar el error de esa decisión. Ahora bien, lo que significa la presunción de legalidad del acto administrativo es que el sancionado tiene la carga de impugnarlo para destruir justamente la presunción de validez. Pero esa impugnación puede basarse en la falta de prueba del acto.

Otra interpretación conduciría a invertir la carga de la prueba y condenar al sancionado con la obligación de probar su inocencia. Lo cual, además, estaría en contradicción con la Convención sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica (29-11-1969), ratificado por Venezuela (*Gaceta Oficial* N° 31.256, de 14-06-1977).

Por otra parte, no es dable suplir con presunciones de culpabilidad vacíos en materia probatoria, en virtud del principio general del Derecho administrativo *in dubio pro reo*, que veremos de seguidas.

3.2.6 Principio de obligatoriedad del procedimiento

El acto sancionatorio, como acto administrativo que es, tiene que resultar de un procedimiento.

Es un requisito *ad solemnitatem*. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos lo exige así cuando señala que los actos administrativos deben ser emitidos “con las formalidades y requisitos establecidos por la ley” (artículo 7º).

La obligatoriedad del procedimiento *ad hoc* deriva del derecho constitucional a la defensa –“La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado de proceso” establece la Constitución en su artículo 49,1– donde es un fin esencial, como se infiere del artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, esclarecer y probar los hechos para así determinar las responsabilidades que pueden ser objeto de la sanción.

Pero además, como se desprende del derecho a la defensa, la participación del acusado es requisito *sine qua non*, cuya ausencia haría nulo de nulidad absoluta el acto administrativo resultante de un procedimiento en el cual se condenará al presunto infractor sin ser oído (Constitución, artículo 49,3; Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, artículos 48, 59, 22, 23 y 19).

El procedimiento administrativo como dispositivo de control de la actuación de la Administración se fundamenta en el principio de legalidad. En

efecto, toda acción y actividad administrativa debe estar dirigida al cumplimiento del principio de legalidad, pues el Estado de Derecho se caracteriza por ser un Estado con una Administración legal. Para lograr tal cometido existen una serie de técnicas como el procedimiento administrativo, que visto desde tal perspectiva y funcionando correctamente, constituye una verdadera garantía de la posición jurídica del particular frente a la Administración, aparte de que cumple también otros fines.

Por ello, realizamos un breve *excursus* sobre los procedimientos administrativos, tanto de los primeros como los de segundo grado, que, como veremos, son de capital importancia en el tema de las sanciones disciplinarias.

3.2.6.1 Procedimientos de primer grado

El procedimiento propiamente dicho es aquel que dispone los cauces de los actos que contribuyen a un objetivo final.²⁶ O como lo formula Merkl, “el Derecho Administrativo ha sometido a su regulación con mayor antelación los *fines* o *metas* que los caminos de la administración.²⁷ El procedimiento será el camino –*iter* jurídicamente regulado *a priori*– por medio del cual una manifestación jurídica de un plano superior produce una manifestación jurídica de un plano inferior. El procedimiento aparece cuando las vías para la obtención de fines establecidos son determinados fijos, que ordenan conductas repetidas para objetivos idénticos.

La Administración, para cumplir sus cometidos debe seguir las vías de racionalidad que son propias de todo procedimiento; así éste debe tener como caracteres la estabilidad, la obligatoriedad y la fijeza. Con la adopción de un procedimiento la Administración ambiciona dar mayor eficacia a sus actuaciones, ahorrar costos, ahorrar tiempo, economizar en sus movimientos: en concreto, obtener mayores y mejores resultados.

Así, un acto administrativo surge como consecuencia de otros anteriores, y existen actos típicos que marcan las subsiguientes *fases del procedimiento administrativo*, ellos son:

- a) *De iniciación*, llamados también de apertura o preparatorios y que pueden realizarse de oficio, es decir, por iniciativa de la propia Administración, o bien a instancia del particular.

²⁶ Martín Mateo, Ramón: *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1970, p. 317.

²⁷ Merkl, Adolfo: *Teoría General de Derecho Administrativo*, Editora Nacional. México, 1980, p. 282.

- b) *De incoación*, que expresan la obligación de proceder, recogida en el artículo 2º de la Ley de Procedimientos Administrativos. Es interesante añadir que también en la ordenación del procedimiento, para su desenvolvimiento, los interesados deben desarrollar una serie de actividades para coadyuvar con la Administración en el desarrollo del mismo.
- c) *De instrucción o tramitación*, que tienen por objeto determinar los hechos relevantes para el procedimiento, conocer e incorporar los datos de trascendencia y todas las circunstancias que puedan ayudar en su resolución.
- d) *De comprobación*, tienen por objeto la apreciación de los hechos y resultados de las pruebas, lo que se realiza con cierta discrecionalidad de la Administración.
- e) *De audiencia*, como aplicación del principio general que afirma que nadie puede ser condenado sin ser oído. Es el momento en el cual el interesado puede expresar con cierta informalidad lo que estime conveniente en defensa de la posición que ostenta.

Es el derecho de los interesados en un procedimiento a examinar el expediente y formular los alegatos y la consiguiente obligación que sobre la Administración pesa de proporcionarles tal oportunidad. Los tribunales de Inglaterra han expresado que “incluso Dios no dictó sentencia respecto de Adán, sino después de llamarle y proporcionarle la ocasión para que se defendiese”. “¿Es que has comido fruto del árbol de que te prohibí comer?”, dijo Dios al hombre.

- f) *De decisión final*, por último, que normalmente pone fin al procedimiento y determinar así el surgimiento de la resolución o decisión de la Administración.²⁸ Como se observa, el medio normal de desenvolvimiento de la actividad administrativa lo constituyen actos compuestos en sentido estricto o actos-procedimiento. Es decir, aquellos actos integrados por una cadena de actos de distinto alcance y contenido –los actos-trámite, que conducen al último eslabón de esa cadena– el acto definitivo, en el cual se contiene la voluntad de la Administración.

²⁸ Giannini, Máximo Severo: *Diritto Administrativo*, Giufrè, Milano, 1970. Volume Secondo, pp. 829-845, 871-879.

Los *actos internos*, de los cuales, unos tienen por objeto indagar y estudiar los asuntos que la Administración ha de resolver son las *exposiciones, informes y dictámenes*. Estos actos sólo tienen relevancia en las relaciones que unen entre sí a los órganos y agentes de la misma persona colectiva para la realización de sus fines. Pero, de por sí, no producen efecto alguno en la situación jurídica de las demás personas; no crean, ni garantizan, modifican o extinguen relaciones entre personas, puesto que los órganos y los agentes como tales, son elementos de la persona colectiva y no se distinguen de ella. Las exposiciones, informes y dictámenes son actos de órganos consultivos o de agentes subalternos que tienen por fin el esclarecimiento de los hechos y de los aspectos técnicos y jurídicos que tenga que conocer un órgano antes de dictar una resolución o tomar un acuerdo. Ello ha llevado a Caetano a afirmar que tales actos “...son meramente internos y *no pueden considerarse como actos administrativos*”.²⁹

La elaboración de ese acto administrativo está sujeta a una forma prescrita por el ordenamiento jurídico y que se designa con la expresión de procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo no debe confundirse con el expediente administrativo que representa su materialización, o como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, “el expediente es el procedimiento administrativo hecho papel”.

Ahora bien, siguiendo al maestro Antonio Moles, “el procedimiento administrativo comporta un presupuesto y el ejercicio de tres derechos que lo configuran”.³⁰

El presupuesto consiste en la competencia del órgano que actúa –o medida de su poder– sin la cual el acto carece de validez, pudiendo así ser nulo de pleno derecho o simplemente anulable.

Pero también en el procedimiento administrativo, aun el más primitivo, están siempre presentes *tres derechos subjetivos*, ellos son:

²⁹ Caetano, Marcello, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Ed. Moret, Santiago de Compostela, p. 267.

³⁰ Moles, Antonio: *Vicisitudes...., Ob. Cit.*, pp. 274, 275. En el Derecho francés las reglas de procedimiento para la formación del acto administrativo son una garantía tal que, en caso de ser violadas acarrean la nulidad del acto por desviación de procedimiento considerado como una clase de desviación de poder. Auby-Drago: *Traité de Contentieux-Administratif*, L.G.D.J. París, 1972, Tomo II, pp. 145 a 338.

1º) El derecho a instar, de accionabilidad, o *pro actione*.

2º) El derecho a la defensa

3º) El derecho a la publicidad.

El derecho de accionar y la correlativa obligación de proceder en el derecho que tiene el administrado de acceder a la justicia, a los órganos jurisdiccionales, para formular toda pretensión, cualquiera sea su contenido. Este derecho se encuentra recogido en el artículo 126 de la Constitución. De esa manera, en relación con el artículo 259 de la misma Constitución, el administrado puede promover desde su base, con una petición, el trámite que le permitirá abrir y agotar la vía administrativa previa a la vía jurisdiccional.

El derecho a la defensa, el clásico principio *audi alteram partem*, es el derecho del administrado a ser oído cuando puede ser afectado por alguna decisión administrativa, para lo cual necesariamente debe permitírselle participar en el procedimiento con garantías suficientes para defenderse.

El principio de **publicidad**, que las actuaciones de la Administración sean públicas: “la publicidad debe ser la regla general y el secreto la excepción”, desarrollado por tres aspectos:

- a) El conocimiento del interesado de su expediente.
- b) La notificación de resoluciones que afecten sus derechos e intereses.
- c) La consulta y uso de los archivos de la Administración.

En todo caso, el principio rector es la legalidad, recogido en el artículo 137 de la Constitución, columna vertebral del Derecho Administrativo: la Administración está sometida a la Ley cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación.³¹

3.2.6.2 Procedimiento de segundo grado

Formado el acto administrativo decisorio, el procedimiento administrativo puede prolongarse en una instancia superior, llamada modernamente “procedimiento de segundo grado”.

³¹ Todos ellos contemplados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Frente al acto decisorio, el administrador titular de un derecho o de un interés legítimo tiene dos posibilidades: consentirlo, así el acto adquiere firmeza, o impugnarlo.

Impugnarlo implica el desencadenamiento de un procedimiento, cuyo inicio ha sido solicitado por el particular que trata de conseguir que se elimine o se altere un acto administrativo, según lo solicitado en el recurso, por ser contrario al ordenamiento jurídico.

También tal revisión puede realizarla la Administración de oficio, puede convalidar actos anulables subsanando los vicios de que adolezcan, e incluso reconocer la nulidad de sus propios actos en las condiciones señaladas en la ley. La ley consagra igualmente la posibilidad de que la Administración rectifique en cualquier momento errores materiales o de cálculo.

Existe, por tanto, una doble garantía a disposición de los administrados que resultan afectados en su persona o patrimonio por los actos administrativos. Cuando se produce un acto administrativo a través del procedimiento legalmente establecido, nuestro ordenamiento jurídico da a los particulares destinatarios la posibilidad de impugnarlos, o bien ante la Administración de la cual emana el acto, o bien ante un orden especializado de tribunales: la jurisdicción contencioso-administrativa.

Debe advertirse, sin embargo, que en nuestro Derecho la vía administrativa de recurso es presupuesto procesal necesario del acceso a la vía jurisdiccional. Esto nos coloca más cerca del Derecho español que del Derecho francés. En efecto, en el Derecho francés, los recursos administrativos constituyen una alternativa a la cual opta el particular, como principio general, difiriendo hasta que se produzca la resolución de los recursos la impugnación de la vía jurisdiccional de los actos que le afectan. En cambio, en nuestro Derecho, al igual que en el Derecho español,³² la vía administrativa de recurso tiene carácter obligatorio para

³² Antonio Moles Caubet afirmó que “la clave del sistema contencioso-administrativo venezolano, cuyo núcleo se encuentra en el artículo 206 de la Constitución, es una traslación del modelo español, tal como resulta configurada en la Ley Reguladora la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956”, en “El sistema contencioso-administrativo venezolano en el Derecho Comparado”, contenido en la publicación *Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p. 21. Esta afirmación del maestro venezolano tiene el carácter de testimonio, dado el hecho de ser corredactor, con el ilustre profesor uruguayo Enrique Sayagués Laso, del artículo 206 Constitución de 1961, que reproduce el artículo 259 de la Constitución de 1999.

poder acceder a la garantía judicial, en todo caso, la única objetiva, pues de otro modo es inadmisible.

Los recursos administrativos constituyen entonces un presupuesto procesal necesario de la impugnación en vía jurisdiccional, lo cual constituye un privilegio para la Administración, y como contrapartida impone a los particulares la carga de someter necesariamente los conflictos por ante la Administración Pública antes de llevarlos al juez.

3.2.7 Prescripción

Es indudable la necesidad de un principio general de prescripción de la responsabilidad administrativa que no existe en nuestro Derecho.

En materia penal el Código Penal regula la prescripción de las faltas. Sin embargo, no existe en materia administrativa ninguna norma específica que señale la extinción de la responsabilidad por vía de la prescripción.

La jurisprudencia, en materia de régimen disciplinario de los empleados públicos, se ha manifestado en el sentido de considerar que la falta de sanción en su momento, se corresponde con el perdón de la infracción por parte de la Administración Pública. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa.

La responsabilidad social de la empresa

Andrea RONDÓN GARCÍA*

SUMARIO:

Introducción

- 1 La responsabilidad social de la empresa y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas: 1.1 Sobre la Responsabilidad Social de la Empresa y su contenido. 1.2 Del Derecho Mercantil al Derecho del Empresario. 1.3 El Derecho del Empresario y su relación con el Derecho Constitucional.**
- 2 La responsabilidad social de la empresa en el contexto venezolano: 2.1 Solvencia laboral. 2.2 La participación de los trabajadores en las empresas.**
- 3 Reflexiones finales.**

INTRODUCCIÓN

El impacto de la empresa, como la organización de los factores de producción o como el ejercicio profesional de una determinada actividad

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada Magna Cum Laude, Especialización de Derecho Procesal, Cursante, en espera de evaluación de Tesis. **Instituto Venezolano de Derecho Procesal (INVEDEPRO)**, Miembro.

económica de forma planificada, a fin de intermediar en el mercado de bienes y servicios –esto último bajo una concepción jurídica–,¹ impacto que se verifica en el mercado y en los consumidores y usuarios del mismo, supone, en principio, la intervención del Estado a los fines de regular las relaciones de los sujetos que intervienen en ese mercado para evitar abusos en el ejercicio de sus actividades en detrimento de los derechos de los otros sujetos de ese mercado.

Pero en una economía social de mercado, sistema previsto en la Constitución vigente,² el Estado no sólo se limita a estas funciones, sino que también establece una política económica dirigida a fomentar el acceso de todos los grupos sociales a las diversas fuentes de ocupación productiva y poner énfasis en aspectos sociales en su intervención en los procesos productivos y de mercado.³ Bajo este sistema económico se destaca el *fomentar el acceso de todos los grupos*, esto es, empresario, trabajador y consumidor.

En las políticas económicas que establezca el Estado, éste debe encontrar un equilibrio en el respeto y observancia de los derechos de todos esos grupos, pues el menoscabo de los derechos de un grupo irremediablemente afecta el ejercicio de los derechos de los otros y al mercado.

En el caso específico del empresario, el Estado debe verificar el cumplimiento de sus obligaciones respecto de los trabajadores, el medio ambiente, su comportamiento como agente del mercado, entre otros, y, al mismo tiempo, debe garantizarle el respeto al ejercicio de la libertad económica, con todas sus implicaciones, esto es, acceso al mercado, libre iniciativa en la actividad económica y el derecho a cesar en la actividad económica.

El Estado debe encontrar un equilibrio entre las obligaciones legales que le serán exigidas al empresario y el ejercicio de sus derechos, porque ello, en primer lugar, le garantiza una mayor pervivencia en el mer-

¹ Uría, Rodrigo: *Derecho Mercantil*. 28^a edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 31 y 33.

² Cf. Hernández, José Ignacio: *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)-Ediciones IESA, Caracas, 2004, pp. 47 y ss.

³ Oesterdiekhoff, Peter: Introducción. En: *Economía social de mercado: su dimensión social*. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1998, p. 13.

cado, con lo cual se asegurarán fuentes de trabajo y la producción de bienes y prestación de servicios; y en segundo lugar, le brindará al empresario un mayor espacio para proponer iniciativas y proyectos tendientes a mejorar las condiciones de trabajo, fomentar prácticas destinadas a proteger el medio ambiente, en definitiva, le brindará al empresario un mayor espacio para ser socialmente responsable.

Para abordar este tema hemos decidido discriminar el presente trabajo de la siguiente forma: en primer término, describiremos los contenidos de la Responsabilidad Social de la Empresa y la distinguiremos de las obligaciones legales que todo ordenamiento jurídico impone a los sujetos que desarrollan diversas actividades económicas. No obstante en este primer capítulo, estableceremos las necesarias correspondencias entre las iniciativas propuestas en el marco de la Responsabilidad Social de la Empresa y las obligaciones legales del empresario, de forma tal que ésta última no se constituya en un obstáculo de la primera. En segundo término, expondremos la situación en Venezuela de la Responsabilidad Social de la Empresa y sus posibilidades ante las más recientes regulaciones en materia laboral.

1. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA Y EL PACTO MUNDIAL DE LAS NACIONES UNIDAS

1.1 *SOBRE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA Y SU CONTENIDO*

Por Responsabilidad Social de la Empresa se ha identificado a “La integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con todos sus interlocutores”,⁴ lo cual supone la participación de las empresas en una serie de iniciativas en diversas áreas, por ejemplo: derechos de los trabajadores y consumidores o usuarios, prácticas medioambientales, la corrupción y el soborno, la participación de las comunidades, entre otros.⁵

⁴ Libro Verde para Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas presente por la Comisión de las Comunidades Europeas en fecha 18 de julio de 2001 (europa.eu/eur-lex/es/com, página consultada en mayo de 2006).

⁵ Nota informativa sobre responsabilidad social de la empresa y normas internacionales del trabajo emanada del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo (información obtenida en la página principal de la Organización Internacional del Trabajo www.ilo.org, página consultada en junio de 2006).

La Responsabilidad Social de la Empresa se caracteriza por ser de naturaleza voluntaria que conjuga una serie de iniciativas provenientes de una diversidad de partes interesadas y que tiene profundas repercusiones en el orden social y económico. Tal es la naturaleza voluntaria de la Responsabilidad Social de la Empresa que la Organización de las Naciones Unidas el 31 de enero de 1999, a través de su Secretario Kofi Annan, planteó como iniciativa de compromiso ético, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (Global Compact), compromiso de libre adscripción por parte de las empresas y organizaciones laborales y civiles y que, en lugar de disponer de normas legales de conducta o constituir un instrumento de certificación, reúne diez principios que las partes asumen y adoptan de manera voluntaria.⁶

Los principios que integran el Pacto Mundial se refieren a la tutela de los derechos humanos (principios 1 y 2); libertad de afiliación y negociación colectiva (principio 3); trabajo forzoso (principio 4); trabajo infantil (principio 5); discriminación en el empleo (principio 6); medio ambiente (principios 7, 8 y 9) y; corrupción (principio 10).

En el presente trabajo sólo nos enfocaremos en los dos primeros principios, pues estimamos, en primer lugar, que su discusión abarca de forma general el resto de los principios; y, en segundo lugar, resulta imperativo delimitar el significado de la tutela de los derechos humanos en el contexto de la Responsabilidad Social de la Empresa. A continuación citamos el contenido de los dos primeros principios del Pacto Mundial:

Principio Uno

Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales, reconocidos internacionalmente, dentro de su ámbito de influencia.

Principio Dos

Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en la vulneración de los derechos humanos.

El contenido de estos dos primeros principios del Pacto Mundial nos obliga a examinar, en primer término, la vinculación del Derecho del Empresario con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

⁶ www.pactomundial.org, página consultada en mayo de 2006.

(en adelante DDHH), en este último caso, tanto en su aspecto sustancial como adjetivo. Además, deseamos aprovechar la oportunidad para precisar los límites y alcances de la referida vinculación entre ambas disciplinas, ante el creciente interés que ha surgido en los últimos tiempos en Venezuela por el tema de derechos humanos, que hasta ha llevado su inclusión a los programas educativos de las Escuelas de Derecho de diversas casas de estudio.

En este orden, conviene aclarar que no todos los derechos de los cuales son titulares las personas naturales pueden considerarse derechos humanos, entendiendo por derechos humanos “las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos de poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas”,⁷ una interpretación contraria trivializaría un tema que es consustancial con todo sistema democrático.

Ahora bien, en el contexto del Derecho del Empresario, que entendemos que es una disciplina cuyo objetivo fundamental es la regulación del estatuto del empresario, esto es, de sus obligaciones y derechos, el DDHH, aunque de forma diferente, se vincula con ambas vertientes.

En efecto, es posible que el empresario, como persona natural y con ocasión de su actividad comercial, tenga una serie de derechos que pueden ser reputados como derechos humanos, por ejemplo: la libertad económica y el derecho de propiedad. Incluso en el caso del empresario colectivo el DDHH tiene una innegable incidencia, aunque debemos ser cautelosos en este aspecto de la relación Derecho del Empresario-DDHH.

Resulta claro que la titularidad de los derechos humanos corresponde a las personas físicas;⁸ sin embargo, es posible que al lesionarse los intereses de una persona jurídica se lesionen también derechos esenciales de sus miembros, por ejemplo, la prohibición de inscribir una sociedad mercantil ante el Registro pudiera constituir, bajo ciertas circunstancias, una lesión a la libertad de asociación de sus miembros.

⁷ Faúndez Ledesma, Héctor: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3^a edición. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004, pp. 5-6.

⁸ Caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Tabacalera Boquerón, S.A.

Lamentablemente este razonamiento ha tenido poca trascendencia en las instancias del sistema interamericano, sistema regional de protección aplicable a Venezuela, a diferencia de lo que ocurre en el sistema europeo.⁹

Por otra parte, en cuanto a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque debe concederse que la doctrina ha sido resistente para admitir que las peticiones individuales versen sobre derechos distintos a los civiles y políticos, resistencia que se funda en criterios ya superados,¹⁰ ello no es óbice para que pueda buscarse la tutela de tales derechos ante las instancias del sistema interamericano con fundamento en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estimamos que las consideraciones anteriores, aunque no guardan relación directa con la Responsabilidad Social de la Empresa, deben ser tomadas en cuenta, pues en la medida en que se respeten los derechos e intereses del empresario, ya sea individual o colectivo, en esa misma medida se facilitará el cumplimiento de su objeto social y se le dará mayor espacio para reflexionar sobre proyectos que incluyan iniciativas referidas a normas internacionales del trabajo, medio ambiente, medidas para evitar la corrupción, entre otros aspectos que sí se vinculan de forma directa con la responsabilidad social de la empresa.

Este equilibrio que debe lograrse entre los derechos del empresario y los derechos de los trabajadores, respeto al medio ambiente, entre otros, también debe buscarse al momento de establecer y verificar el cumplimiento de las obligaciones del empresario establecidas en la ley, pues este último equilibrio igualmente proporcionará espacio para reflexionar sobre proyectos que incluyan iniciativas que aumenten los beneficios de los trabajadores y mejore su calidad de vida.

Consideramos que el Estado, a través de la ley, al disponer los mecanismos y formas por las cuales verificará el cumplimiento de las obligaciones del patrono con los trabajadores, deberá hacerlo de forma tal que no menoscabe o dificulte el ejercicio de su actividad económica, pues ello

⁹ Cf. Caso ante la Corte Europea de Derecho Humanos: Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland.

¹⁰ Uno de los criterios que más se utilizó para distinguir entre los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, precisamente, era la imposibilidad de tutela judicial de éstos últimos.

no sólo supondría una lesión a la libertad económica del empresario, sino que eventualmente pondría en riesgo los lugares de trabajo de las personas que en principio son destinatarias de la protección y tutela ofrecida por el Estado. No habría que decir más, por obvio, de las repercusiones negativas en el ámbito de la responsabilidad social de la empresa si se asfixia al empresario con una serie de exigencias legales que ni siquiera garantizan su pervivencia en el mercado, pues mucho menos tendría posibilidades de aportar ideas o proyectos que incidan en los derechos de los trabajadores y el medio ambiente.

Advertimos que el establecimiento del límite a la actuación del Estado frente al ejercicio de la libertad económica no es una tarea sencilla, pero no puede ser obviada, pues, reiteramos que una lesión de esta libertad supondría eventualmente la puesta en riesgo del derecho al trabajo de las personas que en principio son destinatarias de la protección y tutela ofrecida por el Estado.

En este orden, tenemos que la doctrina ha señalado que todo derecho o libertad tiene un núcleo o contenido esencial que no puede ser transgredido, y en el caso de la libertad económica, este núcleo se ha traducido en la libertad de cualquier sujeto de iniciar libremente las actividades económicas lícitas en cualquier sector económico; la libertad de participar en el mercado o de ejercer la empresa (libertad de decisión y libre competencia) y; libertad de cesar en el ejercicio de la empresa en el mercado.¹¹

Ciertamente, frente a los derechos humanos, entre los que se incluye la libertad económica, debemos indicar que su reconocimiento impone correlativamente la obligación del Estado de respetarlos, y aunque es posible que el Estado esté facultado para restringirlos, ello debe hacerse bajo ciertas condiciones.

En efecto,

la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los

¹¹ De León, Ignacio: *Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano*. En *Summa Homenaje a la Procuraduría General de la República*. Procuraduría General de la República; Caracas, 1998, pp. 323-328.

atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución” y aunque se reconoce que “este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.¹²

Lo anterior supone encontrar un equilibrio entre los derechos del empresario y los derechos de aquellos que el Estado busca tutelar, equilibrio que a nuestro modo de ver resulta necesario, porque, en primer lugar, ninguno de esos derechos cede frente al otro y en modo alguno puede establecerse una prioridad de los intereses de un colectivo sobre los intereses individuales; y, en segundo lugar, los derechos humanos se interrelacionan, y en la medida en que se respete y garantice el ejercicio de unos derechos en esa medida se repercutirá sobre el ejercicio de otros derechos.

Esta perspectiva de los derechos del empresario, nos obligan a analizar la relación empresario-estado, lo cual nos lleva a precisar el nuevo contenido del Derecho del Empresario y su vinculación con el sistema constitucional venezolano, a la luz de las obligaciones del empresario en el contexto de la responsabilidad social de la empresa.

1.2 DEL DERECHO MERCANTIL AL DERECHO DEL EMPRESARIO

Tradicionalmente el Derecho Mercantil se ha enfocado en los actos de comercio y en la figura del comerciante; sin embargo, tanto los contenidos como la misma figura del comerciante, como sujeto principal de esta disciplina, a nuestro modo de ver, se encuentran desgastados y superados, para darle paso a una nueva perspectiva de la disciplina que: i) debe tener entre sus funciones principales el servir al funcionamiento de la economía de mercado; ii) su regulación debe estar orientada a la tutela de los consumidores y usuarios; iii) resulta altamente influenciada por las tecnologías de la información y comunicaciones al punto de encontrarnos ante una profunda crisis de la forma en que se han venido

¹² Opinión Consultiva OC 6/86 del 9 de mayo de 1986, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (www.corteidh.or, página consultada en mayo de 2006).

empleando los títulos valores; iv) se aproxima a otras disciplinas jurídicas como lo es el Derecho Comunitario.¹³

De igual modo sucede con la figura del comerciante, quien no puede seguir siendo figura principal del Derecho Mercantil Contemporáneo o, mejor dicho, del Derecho del Empresario, porque la vocación de esta disciplina hoy en día es la de enfocarse en las relaciones del empresario, concepto que no sólo abarca a los sujetos de las actividades comerciales sino también a los sujetos de las actividades industriales y de servicios.

1.3 EL DERECHO DEL EMPRESARIO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Esta concepción del Derecho del Empresario, como una disciplina que se ocupa de los sujetos que organizan la actividad económica que satisface las necesidades de mercado y que regula las relaciones jurídicas de esta actividad,¹⁴ obliga a examinar sus fuentes, entre las que figura en primer lugar la Constitución, pues la misma determina los derechos y obligaciones de estos sujetos de la actividad económica y la forma en que el Estado regulará el ejercicio de estos derechos.

En efecto, la Constitución dispone que todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia (artículo 112); toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes (artículo 115), así mismo, el ejercicio de estos derechos son objeto de tutela jurisdiccional (artículo 26).

Ahora bien, estos derechos no se ejercen de forma irrestricta y absoluta, pues la libertad económica se ejerce “sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social” (artículo 112); no se permitirán los monopolios (artículo 113); la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en la ley “con fines de utilidad

¹³ Sánchez Calero, Fernando: *Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho Mercantil al finalizar el siglo XX*. En *Perspectivas Actuales del Derecho Mercantil*. Aranzadi Editorial, Navarra, 1995, pp. 29-32.

¹⁴ Sánchez Calero, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*. Tomo I. 22^a edición. McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 24.

pública o de interés general” (artículo 115); sólo se permitirán las confiscaciones permitidas por la Constitución (artículo 116).

No obstante lo anterior, como advertimos en líneas anteriores, estas restricciones en modo alguno pueden traspasar el núcleo o contenido esencial de los derechos individuales. Así tenemos que la entidad de la libertad económica es tal que siendo “proyección en lo económico del principio de libertad” se erige como “un derecho subjetivo cuyo respeto constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social”.¹⁵

Este impacto de la libertad económica, que en esencia implica iniciar libremente las actividades económicas; libertad de participar en el mercado y libertad de cesar en el ejercicio de este derecho, tiene su explicación en las inevitables repercusiones que directa o indirectamente ella supone en el ejercicio de otros derechos, por ejemplo, derecho al trabajo (artículo 87), libertad sindical (artículo 95), derecho a bienes y servicios de calidad (artículo 117), entre otros.

Frente al ejercicio de estos derechos por parte del empresario, el Estado, que en algún momento de otros ordenamientos jurídicos se constituía como un Estado prestacional, esto es, que actuaba como un agente más del mercado y con una marcada intervención en la economía, hoy en día pierde protagonismo, lo cual se traduce, entre otras situaciones, en un uso más flexible de los diversos instrumentos de regulación y control, como por ejemplo, la orientación, la dirección, la recomendación, el convenio, el arbitraje y la mediación.¹⁶

Precisamente, en este sentido debe entenderse la actuación del Estado al momento de verificar las obligaciones del empresario, lo cual irremediablemente tendrá una fuerte influencia en el tema de la responsabilidad social de la empresa, porque en la medida en que se permita un ejercicio de la libertad económica por parte del empresario sin obstáculos y sin que ello suponga un menoscabo a los derechos de los trabajadores, consumidores o al medio ambiente, en esa misma medida se le brindará al empresario mayores posibilidades para tutelar estos derechos dentro de las áreas de sus competencias.

¹⁵ De León, *Ob. Cit.*, p. 319.

¹⁶ Mir Puigpelat, Oriol: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Thomson Civitas, 2004, pp. 95-121.

2. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA EN EL CONTEXTO VENEZOLANO

En este capítulo sólo nos limitaremos a analizar dos supuestos en los cuales las actuaciones del Estado al momento de verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del empresario, podrían dificultar la creación de iniciativas tendentes a tutelar los derechos de los trabajadores en el marco de la responsabilidad social de la empresa.

2.1 SOLVENCIA LABORAL

Mediante Decreto N° 4.248, publicado en *Gaceta Oficial* N° 38.371, de fecha 2 de febrero de 2006, “se regula el otorgamiento, vigencia, control y revocatoria de la solvencia laboral de los patronos y patronas, incluidas las asociaciones cooperativas que contraten los servicios de no asociados, con la finalidad de garantizar los derechos humanos laborales de los trabajadores y trabajadoras”. La entrada en vigencia de este Decreto se acordó prorrogar hasta el 1° de mayo de 2006, mediante Decreto N° 4.398, publicado en *Gaceta Oficial* N° 38.410, de fecha 31 de marzo de 2006.

La solvencia laboral, que es el objeto principal de este Decreto, es un documento administrativo emanado del Ministerio del Trabajo que certifica que el patrono respeta efectivamente “*los derechos humanos laborales*” y sindicales de sus trabajadores, lo cual es “un requisito imprescindible para celebrar contratos, convenios y acuerdos con el Estado” (artículo 2).

Antes de entrar a analizar la regulación de este Decreto y su incidencia en el ejercicio de la libertad económica, deseamos dejar claro que no somos contrarios a este tipo de regulaciones, porque como lo establecimos en líneas pasadas, el ejercicio de la libertad económica tiene inevitables repercusiones en el ejercicio de otros derechos, entre ellos los laborales, y el Estado debe velar por su respeto y observancia, pero claro está que en el contexto y bajo las limitaciones que igualmente indicamos.

En este orden, tenemos que la solvencia laboral no sólo es para “celebrar contratos, convenios y acuerdos con el Estado”, tal y como lo dispone el artículo 2 del Decreto, sino también para solicitar créditos provenientes del sistema financiero público; acceder al Sistema Nacional de Garantías, Fondo de Riesgo y Sociedad de Capital de Riesgo; recibir asistencia técnica y servicios no financieros; participar en los

programas de compras del Estado, Ruedas y Macro Ruedas de Negocios, nacionales e internacionales; renegociar deudas con el Estado; recibir apoyo y protección integral para la innovación y ampliación tecnológica; solicitar recursos que favorezcan la importación de materias primas, insumos y/o tecnologías dirigidos a mejorar y ampliar la producción y participar en procesos de licitación (artículo 3).

Algunos indicarán que si no se está en ninguno de los supuestos anteriores, lo cual es de libre elección y que el Estado tiene la competencia de establecer las condiciones para relacionarse con los particulares, no será necesario transitar por el procedimiento de obtención de la solvencia laboral; sin embargo, el artículo 3 del Decreto finaliza con dos supuestos que difícilmente dejan por fuera a algún interesado en el ejercicio de cualquier actividad económica.

En efecto, la solvencia laboral también es indispensable para tramitar y recibir divisas de la Administración Pública Nacional y para solicitar para su aprobación el otorgamiento de permisos o licencias de importación y exportación. Ahora bien, nuestra inquietud no radica en los amplios supuestos en los cuales se exige la solvencia laboral, sino en las condiciones para obtenerla o para que la misma no sea revocada.

En este orden, el artículo 4 del Decreto dispone que la solvencia laboral no será otorgada o será revocada en los siguientes casos:

- a) Incumplimiento de una Resolución del Ministro del Trabajo o cualquier otro acto o decisión dictada por éste en el ámbito de sus competencias.
- b) Negativa a cumplir efectivamente la providencia administrativa o cautelar de reenganche y pago de salarios caídos, así como cualquier otra orden o decisión que dicte la Inspectoría del Trabajo en el ámbito de su competencia.
- c) Se desacate cualquier observación realizada por los funcionarios competentes en materia de supervisión e inspección del trabajo.
- d) Incumplimiento de cualquier observación o requerimiento dictado por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales o el Instituto Nacional de Prevención, Seguridad y Salud Laborales en el ámbito de su competencia.

- e) Incumplimiento de una decisión de los tribunales con competencia en materia del trabajo o la seguridad social.
- f) No se cumpla oportunamente con las cotizaciones y demás aportes al Sistema de Seguridad Social.
- g) Se menoscaben los derechos de libertad sindical, negociación colectiva voluntaria o de huelga.

Estimamos que algunos de estos supuestos son violatorios del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 del texto constitucional, pues se niega el otorgamiento o se revoca la solvencia laboral en los supuestos en que se incumpla alguna resolución del Ministerio del Trabajo, alguna providencia de la Inspectoría del Trabajo, del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales o del Instituto Nacional de Prevención, Seguridad y Salud Laborales, siendo que todos estos actos administrativos, entendidos como manifestaciones de voluntad de la Administración que afectan los derechos de los particulares, y en virtud del principio de universalidad de control judicial de los actos de la Administración, son recurribles en sede jurisdiccional, y sólo después de un proceso revestido con las debidas garantías judiciales y signado por el contradictorio y la igualdad procesal, tales actos administrativos se considerarán definitivamente firmes.

Adicionalmente, resultan sumamente imprecisas frases como “*cualquier otro acto o decisión dictada*”; “*cualquier otra orden o decisión que dicte*”; “*cualquier observación*”; “*cualquier observación o requerimiento*”, en cuanto sugieren que se trata de actos de mero trámite o actos dictados dentro de un procedimiento administrativo que todavía se está sustanciando y que una vez culminado es cuando podrá ser objeto de revisión judicial.

Mención especial merece el último supuesto previsto en el artículo 4 del Decreto, que se refiere al menoscabo de los derechos de la libertad sindical, la negociación colectiva voluntaria o la huelga, pues en la disposición comentada no se indica quién determinará este menoscabo.

Sin embargo, si somos coherentes con lo que hemos expuestos, debemos indicar que ante la denuncia de una violación a la libertad sindical, a la negociación colectiva o a la huelga, el patrono tiene derecho a esgrimir sus argumentos y probar lo alegado dentro de un proceso revestido con las debidas garantías y signado por los principios del

contradicitorio e igualdad procesal, lo cual sólo puede verificarse en sede judicial. Consideramos que sólo después de un pronunciamiento judicial es cuando se puede decir si el patrono vulneró o no los derechos de los trabajadores, por lo que el último supuesto del artículo 4 debe entenderse en el sentido expuesto.

Como expusimos en la primera parte de este trabajo, el Estado debe necesariamente buscar un equilibrio entre la exigencia de cumplimiento de las obligaciones legales del empresario y el respeto al ejercicio de sus derechos, y estimamos que en el caso de los requisitos exigidos para la obtención de la solvencia laboral, tal equilibrio no se logra. De la lectura de los supuestos para obtener o revocar la solvencia laboral, se desprende que el patrono no tiene la posibilidad de cuestionar las decisiones de la Administración, lo cual, de forma evidente, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho con el cual garantiza una tutela en sede jurisdiccional del ejercicio de sus derechos, esto es, dentro de un proceso signado por el contradictorio y el principio de igualdad procesal.

2.2 FORMAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS

Un tema que incide de forma trascendental en la responsabilidad social de la empresa es el de la participación del trabajador dentro de la empresa, razón por la cual, el Centro Nacional de Condiciones de Trabajo del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, órgano científico-técnico de la Administración de España, ha indicado:

Para practicar la responsabilidad social de las empresas es esencial el compromiso de la alta dirección, así como una forma de pensar innovadora, nuevas aptitudes y una mayor participación del personal y sus representantes en un diálogo bidireccional que pueda estructurar una realimentación y un ajuste permanentes. El diálogo social con representantes de los trabajadores, que es el principal mecanismo de definición de la relación entre una empresa y su personal, desempeña un papel crucial en la adopción más amplia de prácticas socialmente responsables.¹⁷

¹⁷ Nota Técnica de Prevención (NTP) 643: Responsabilidad social de las empresas (I): conceptos generales, esta información se puede consultar en: www.campus-oei.org, página consultada en junio de 2006.

Así mismo, su importancia se evidencia en su consagración en el 70 de la Constitución, que dispone que

son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía (...) en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas, incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

No somos ajenos a la preocupación del constituyente de garantizar la participación de los trabajadores en la vida de la empresa, más allá del aporte de su trabajo, pues como lo expresan las palabras de Enrique Tejera París, los gerentes pueden temer ser despedidos si la empresa no anda bien, los accionistas sufren si el precio de sus acciones baja, “pero los que corren sin saberlo un peligro que va directamente al estómago, son los trabajadores”.¹⁸ Sin embargo, debemos ser cautelosos al usar términos como autogestión y cogestión.

En efecto, ambos términos aluden a dos procesos, que desde el punto de vista conceptual e histórico, son completamente diferentes. Mientras la autogestión es un fenómeno político que ocurrió en Yugoslavia, en el que el Estado mantenía la propiedad de la empresa, pero era manejada por los trabajadores, en la cogestión, se pretende una representación igualitaria de los tres factores de producción, esto es, del capital, de la administración y de los trabajadores.¹⁹ El aspecto característico de la cogestión es la participación co-determinante de los trabajadores en la toma de decisiones y ello en modo alguno supone una participación en el capital.²⁰

Lamentablemente, estas figuras han sido distorsionadas en nuestro contexto, al punto que mediante Decreto N° 3.449, publicado en *Gaceta Oficial* N° 38.118, de fecha 31 de enero de 2005, se autorizó la creación, bajo régimen de cogestión, de la empresa del Estado Industria Venezolana Endógena de Papel, S.A.,

¹⁸ Tejera París, Enrique: *Cogestión, Autogestión, etc. La Participación Obligatoria de los Trabajadores en la Administración de las Empresas*. En *Revista de Derecho* N° 1. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000, p. 239.

¹⁹ *Ibidem*, p. 243.

²⁰ *Ibidem*, pp. 239-240. gon

Bajo este régimen de cogestión, según los artículos 3 y 4 del Decreto, participan el Ministerio para la Economía Popular y los trabajadores asociados en la Cooperativa Venezolana de la Industria de Pulpa y Papel (COVINPA) R.L., y estos últimos cuentan con cuatrocientas noventa mil (490.000) acciones nominativas, cuyo valor total asciende a seis mil cuatrocientos sesenta y ocho millones de bolívares (Bs. 6.468.000.000,00), lo cual en modo alguno se ajusta con el concepto de cogestión, término que sólo implica la participación en la toma de decisiones por parte de los factores de producción.

A riesgo de incurrir en una lectura incompleta de la situación, si consideramos que el régimen de cogestión se impuso por Decreto Presidencial, en el que uno de los considerandos dispone que “sean tomadas todas las providencias conducentes para que, de conformidad con la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social”, y que el régimen de cogestión es una de las formas de participación consensuada de los factores de producción, estimamos que se incurrió en una contradicción que generó una vulneración de la libertad económica.

En efecto, establecimos que uno de los contenidos esenciales de la libertad económica consistía en el derecho a cesar en el ejercicio de la actividad económica, y precisamente con este decreto, luego de que la Asamblea Nacional “declaró de utilidad pública e interés social la puesta en operatividad, uso y aprovechamiento de los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a VENEPAL C.A.”, a través de la figura de una empresa del Estado, se permitió, entre otras actividades, el funcionamiento de la producción de pulpa, papel, cartón y sus derivados.

En este sentido, deseamos precisar que existen otras formas –entre ellas las judiciales– de lograr que los empresarios honren sus obligaciones con los trabajadores, formas que no significan un empleo arbitrario de términos como “utilidad pública” y una imposición de un régimen de participación de los trabajadores, pues el mismo debe ser consensuado. Precisamente, la vocación de formas de organización como la cogestión, es la de lograr un consenso entre los factores de producción, para que cada uno de ellos, desde su perspectiva, se sienta involucrado con la empresa, y en la medida en que ésta resulte efectiva y eficiente, en esa misma medida, unos sentirán retribuido su trabajo y otros maximizando sus ganancias. En este contexto es que debe ser entendida la cogestión, la cual, a nuestro modo de ver, se erige como un instrumento útil para fomentar empresas socialmente responsables.

REFLEXIONES FINALES

La responsabilidad social de la empresa es un tema que trasciende el concepto con el cual iniciamos estas reflexiones, esto es, la integración voluntaria de la empresa a participar en iniciativas de orden social, económico, ambiental, entre otros, pues su desarrollo dependerá en gran medida de la actuación del Estado y cómo éste entiende su participación en el mercado. Este tema, de orden constitucional principalmente, necesariamente se vincula con la responsabilidad social de la empresa, porque reiteramos que las empresas tendrán mayores oportunidades de participar en iniciativas que no sólo se refieren al ámbito económico en la medida en que se les exija el cumplimiento de una serie de obligaciones legales de forma congruente con sus derechos y libertades.

En definitiva, existirán mayores oportunidades de empresas socialmente responsables dentro de un sistema de economía social de mercado, sistema caracterizado precisamente por un equilibrio entre los derechos del empresario y los de sus trabajadores.

La interposición del recurso de control de la legalidad cuando se produce el diferimiento de la sentencia previsto en el artículo 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPTRA)

Carlos J. SARMIENTO SOSA*

*El proceso judicial sin el respeto del valor justicia carece
de aceptabilidad y legitimidad*

Álvaro J. D. Pérez Ragone

* Universidad Central de Venezuela, Abogado, Doctor en Derecho. Universidad José María Vargas, Profesor de Arbitraje Comercial. Cámara de Comercio de Caracas, Centro de Arbitraje, Árbitro. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Centro de Arbitraje, Árbitro. Institutos Panamericano e Iberoamericano de Derecho Procesal y Venezolano de Estudios de Derecho Procesal, Miembro. Federación Interamericana de Abogados, ex Presidente. Asociación Mundial de Juristas, ex Vicepresidente. Ámbito Jurídico, Miembro Consejo de Redacción (Venezuela). Revista Intranauta de Derecho Procesal (España), Corresponsal para Venezuela. Revista de Derecho Procesal (España), Consejo de Redacción, Miembro. Rete Iuris Venezuela Abogados & Consultores SCP, Director. Autor de distintas obras jurídicas.

SUMARIO:**Introducción**

- 1. Las normas de interpretación procesales.**
- 2. La Exposición de Motivos LOPTRA.**
- 3 El artículo 165 LOPTRA.**
- 4. El segundo aparte del artículo 165 LOPTRA.**
- 5. El artículo 178 LOPTRA.**
- 6. La interpretación relacionada de los artículos 165 y 178 LOPTRA.**

Conclusiones**INTRODUCCIÓN**

Como expresa el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPTRA), el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social (SCS-TSJ) podrá, a solicitud de parte, conocer de aquellos fallos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo (TST), que aun cuando no fueran recurribles en casación, sin embargo, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de la SCS-TSJ. Se trata, pues, de requisitos de admisibilidad del recurso de control de la legalidad como lo ha interpretado la SCS-TSJ.¹

Agrega la misma disposición que, en estos casos, la parte recurrente podrá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación del fallo ante el TST correspondiente, solicitar el control de la legalidad del asunto, mediante escrito, que en ningún caso excederá de tres (3) folios útiles y sus vueltos. En este sentido, Francisco Carrasquero López,² al referirse a la oportunidad de interposición del recurso de control de la legalidad comenta: “(...) siendo un lapso preclusivo de cinco días, contados por días de despacho siguientes a la fecha en que sea dictado el fallo, dentro de los cuales el recurrente debe ejercerlo para evitar dicha preclusión”.

¹ Sentencia N° 87 del 20 de febrero de 2003.

² Francisco Carrasquero López: *El recurso de control de legalidad en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, en Fernando Parra Aranguren, Editor: *Estudios del Derecho del Trabajo, Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 9, Caracas/Venezuela/2003, Vol. I, p. 301. En igual sentido, la Sentencia N° 87 mencionada en la nota 1 que ratifica el mismo criterio, expuesto en la Sentencia 09 de la SCS-TSJ del 23 de enero de 2003.

Por su parte, el artículo 165 LOPTRA dispone que concluida la audiencia o debate oral, el Juez Superior del Trabajo se retirará de la audiencia por un tiempo que no será mayor de sesenta (60) minutos y, entre tanto, las partes, permanecerán en la Sala de Audiencias.

Añade la norma que el Juez Superior del Trabajo (JST) deberá pronunciar su fallo en forma oral, debiendo reproducir en todo caso, de manera sucinta y breve la sentencia, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, sin formalismos innecesarios dejando expresa constancia de la publicación. A los efectos del ejercicio de los recursos a que hubiere lugar, se deberá dejar transcurrir íntegramente dicho lapso. En casos excepcionales, por la complejidad del asunto debatido o por caso fortuito o de fuerza mayor, el JST podrá diferir por una sola vez la oportunidad para dictar la sentencia, por un lapso no mayor de cinco (5) días hábiles, después de concluido el debate oral.

La lectura aislada de las dos disposiciones son de fácil comprensión y su interpretación debe ser *gramatical*, como mandan las normas de la exégesis, pues debe dársele el sentido evidente que emana de la palabra expresada por el legislador: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178 LOPTRA, la parte recurrente podrá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación del fallo ante el JST correspondiente, solicitar el control de la legalidad del asunto; de igual manera, si el JST ha diferido la oportunidad para dictar la sentencia, a los efectos del ejercicio de los recursos a que hubiere lugar, se deberá dejar transcurrir íntegramente dicho lapso para la interposición del recurso de control de la legalidad.

La doctrina judicial dominante en la actualidad, ateniéndose aparentemente a la interpretación gramatical, considera que el plazo para la interposición del recurso de control de la legalidad se abre inmediatamente después que el JST dictó la sentencia, sin tener que dejar transcurrir los días faltantes previstos en el artículo 165 LOPTRA, de manera que la parte que deje transcurrir íntegramente el término de diferimiento e interponga su recurso al vencimiento de éste, estaría actuando extemporáneamente y su recurso debería ser declarado inadmisible. Así lo ha expresado la SCS-TSJ³ al afirmar:

³ Sentencia 09 del 23 de enero de 2003.

(...) la oportunidad para interponer el referido recurso está limitada a un lapso preclusivo de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que sea dictada la sentencia sujeta a revisión (...) pues tal inobservancia acarrearía igualmente la inadmisibilidad del recurso.

Esta doctrina atenta contra el derecho a tutela judicial efectiva porque, en lugar de aplicar la norma contenida en el artículo 165 LOPTRA que obliga al JST a dejar transcurrir el lapso de diferimiento de la sentencia para que el recurrente impugne el fallo a través del control de la legalidad, emplea el artículo 178 LOPTRA para sostener que el recurso debe proponerse indefectiblemente dentro de los cinco (5) días siguientes a la sentencia cuando en realidad se trata de dos disposiciones de orden legal que tratan dos supuestos distintos. En efecto, en el artículo 165 LOPTRA se regula el supuesto del diferimiento del fallo y en el artículo 178 LOPTRA el supuesto relativo a cuando el pronunciamiento es dictado en su oportunidad legal, sin aplazamiento.

Supra he expresado que la exégesis judicial que cuestiono deviene probablemente de una interpretación gramatical de los dos preceptos legales que no está acorde con el espíritu del legislador. Ante esas circunstancias, en un supuesto de hecho como el que se indica, ya no basta la interpretación de las palabras, sino que se requiere escudriñar mediante la *interpretación por la intención* o el espíritu de un precepto determinado, atendiendo a dicho precepto solamente o a sus relaciones con otros elementos situados en otra disposición o también *atendiendo al propio precepto*. Sobre este método de interpretación, dice José Gabriel Sarmiento Núñez:⁴

(...) debe hallarse el sentido de la norma mediante la aplicación de las leyes de la lógica simplemente, esto es, mediante la interpretación lógica (...) esto es, mediante el cual se sondea el espíritu o la intención del legislador, examinando no ya las palabras tomadas aisladamente, sino en su conjunto; apreciándose la hilación natural y el encadenamiento lógico entre las

⁴ José Gabriel Sarmiento Núñez. *Elección, interpretación e integración de las normas de derecho procesal civil*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Año XXIV-Julio-Septiembre de 1961- N° 117, p. 65.

ideas expuestas en una ley y los motivos que la han originado; adoptándose, caso de hallarse una doble interpretación, la más benigna, la más conforme a la materia de que se trata.

En estas apuntaciones demostraré que, haciendo uso de la interpretación por la intención o el espíritu de ambas disposiciones, la doctrina vigente debe ser desechada y, en su lugar, declarar que, cuando hay diferimiento de la sentencia por parte del JST, a los efectos del ejercicio de los recursos a que hubiere lugar contra el fallo, se deberá dejar transcurrir íntegramente dicho lapso.

Para terminar, una evocación del gran Piero Calamandrei:⁵

Recuerdo siempre con amargura que una vez, en una causa en apelación, arruiné a mi cliente, por no haberme parecido serio sustentar una tesis que estaba en contraste con la opinión, corriente en aquel entonces, de la Corte de casación. Lo hice por discreción, por respeto a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Pero al cabo de un año la jurisprudencia de la Corte Suprema había cambiado de blanco a negro. Si no hubiese sido tan discreto, hubiera perdido la causa en apelación, pero hubiera podido ganarla un año después en Casación. Así, por haber tomado demasiado en serio el respeto debido a la jurisprudencia, fui artífice involuntario de la derrota de mi cliente.

Traigo a colación esta significativa cita del maestro florentino porque los argumentos que expondré a continuación disienten de la jurisprudencia reciente de la SCS-TSJ sobre la materia. Espero que, si lo que aquí escribo llega a ser la semilla que haga germinar un cambio doctrinal, el árbol que renazca dé sombra y cobijo a aquellas partes que se encuentren en situación similar al caso bajo análisis.

1. LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN PROCESALES

El hecho que en el artículo 1 LOPTRA se indique que esta ley garantiza una jurisdicción laboral autónoma, imparcial y especializada, en manera alguna está creando una especie de compartimiento estanco, distinto y separado del derecho procesal civil. En efecto, si se observan las dispo-

⁵ Piero Calamandrei. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Ediciones Jurídicas Euro-América, Buenos Aires, 1956, p. 161.

siciones generales de la LOPTRA, las normas que la integran son de estricta naturaleza procesal y atienen fundamentalmente a los principios que rigen el proceso laboral que, como he expresado en otra oportunidad, “fueron incorporados del proceso civil”;⁶ incluso en el caso del *indubio pro reo* contenido en el artículo 254 CPC que tiene su equivalente en el *indubio pro operario* en el artículo 9 LOPTRA.

Dentro de este orden de ideas, a los efectos de la exégesis de las normas de derecho procesal civil, el primer paso que debe dar el intérprete está en la elección de la norma adjetiva que, como explica Sarmiento Núñez,⁷ “tiende a determinar, entre varias disposiciones, cuál es la aplicable a un problema concreto (... siendo) necesario trazar sus límites recíprocos en el tiempo y en el espacio. En el tiempo, para marcar su ámbito de aplicación en relación con las cosas que le son anteriores o posteriores; y en el espacio, para fijar su vigencia, no ya temporal sino frente a normas que coexisten con ella en territorios diferentes”. Y ello es inevitable porque, los principios que, según Jaime Guasp y Pedro Aragoneses,⁸ caracterizan a la norma procesal son muy precisos:

La norma procesal civil está sujeta a límites de tiempo que establecen cuándo nace, a qué tiempo se extiende y cuándo muere.

La norma procesal civil está también sujeta a límites de espacio, que determinan a qué ámbito territorial se extiende y en cuál carece de fuerza imperativa.

Una vez elegida la norma procesal aplicable, y depurada en cuanto a su temporalidad y vigencia, Guasp y Aragoneses⁹ afirman que “no es necesario formular ahora una teoría general de la interpretación del derecho procesal civil, sino recoger las conclusiones que elabora a tal respecto la

⁶ Carlos J. Sarmiento Sosa. *Los Principios del Proceso Civil en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (Con referencia al Código de Procedimiento Civil Venezolano y al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica)*, en Fernando Parra Aranguren, Editor: **Temas de Derecho Procesal, Libro Homenaje a Félix S. Angulo Ariza**, Vol. II.

⁷ *Op. Cit.*, p. 57.

⁸ Jaime Guasp y Pedro Aragoneses. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I *Introducción y parte general*. Séptima edición, Thompson Civitas,™ p. 85. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, *Temas de Derecho Procesal, Libro Homenaje a Félix S. Angulo Ariza*, N° 10. Fernando Parra Aranguren, Editor, Caracas/Venezuela/2003, Se recomienda la lectura de esta materia en la imponente obra de los profesores hispanos.

⁹ *Op. Cit.*, p. 87.

teoría general del derecho (... y) dichas conclusiones pueden ser ordenadas en tres grupos: fuentes, elementos y resultados de la interpretación”.

En cuanto a las fuentes, parafraseando a Guasp y Aragoneses,¹⁰ suele distinguirse entre tres tipos de interpretación:

La *interpretación auténtica*, que sólo en cierto modo responde al verdadero concepto de la interpretación, existe cuando la norma interpretada y la interpretadora proceden del mismo sujeto; en este sentido, pueden considerarse como manifestaciones de interpretación auténtica procesal civil las disposiciones aclaradoras que en numerosas ocasiones se han dictado de leyes procesales civiles.

La *interpretación usual* consiste en un modo reiterado de entender la norma en cierto sentido hecha por aquellos a quienes va destinada; cabe citar aquí la jurisprudencia y los usos y prácticas del foro.

La *interpretación doctrinal*, finalmente, se realiza por terceros, a través, sobre todo, de las obras científicas, especialmente las dedicadas al derecho procesal civil.

Como puede observarse, sin hacer distinción en las reglas de interpretación de las normas del derecho procesal, en su clasificación de civil o de laboral, el verdadero sentido de la norma contenida en el artículo 165 LOPTRA adminiculado al 178 LOPTRA hay que determinarlo a través de las normas de interpretación. Para ir formando el criterio, en las secciones subsiguientes me referiré en primer lugar a la intención que manifestó el legislador en la Exposición de Motivos LOPTRA.

2. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS LOPTRA

André-Jean Arnaud¹¹ dice: “Si comparamos al legislador con un arquitecto, podríamos decir que el nivel de inspiración sería el diseño preparado a partir del estudio del terreno y la manifestación de los deseos del promotor”.

¹⁰ *Op. Cit.*, p. 87.

¹¹ André-Jean Arnaud. *Essai d'analyse du Code Civil français. La regle du jeu dans la paix burgeoise*. Préface de M. Villey, Postface de George Mounin, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, 182 pp. Cita tomada de: José Manuel Delgado Ocando: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Colección de Estudios Jurídicos N° 8, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela/2003, p. 68.

Al comentar el ejemplo de Arnaud, José Manuel Delgado Ocando¹² expone que “continuando con nuestra comparación entre el legislador y el arquitecto, digamos que en el nivel de realización ya no se trata de un simple diseño, sino de un plan concreto”; y he invocado estas expresiones del pensamiento filosófico para resaltar que la Exposición de Motivos LOPTRA, al referirse a los recursos contra la sentencia del JST, el símil legislador-arquitecto acopla a cabalidad: “Contra la sentencia se admiten los recursos de control de la legalidad y de casación, si hubiere lugar a ello”.

Esta lacónica frase es clara y terminante en cuanto al reconocimiento de dos recursos de naturaleza excepcional contra la sentencia que emane del JST y que pone fin a la litis en segunda instancia, es decir, finalizada la litis, quedan solamente por tramitarse las infracciones que, para los recursos de casación y de control de la legalidad establece la LOPTRA y que Carrasquero denomina curiosamente “*medio restringido de impugnación*”.¹³ Por consiguiente, la voluntad del legislador, su “plan concreto” en palabras de Delgado Ocando, fue que contra los fallos de segunda instancia en materia laboral solamente caben el recurso de casación y el de control de la legalidad, sujetos a la respectiva reglamentación que para cada uno de ellos está contenida en el LOPTRA.

Para llegar a esa conclusión basta con acudir a la *interpretación grammatical* pero, si se quiere ampliar más, la *interpretación atendiendo al propio precepto*, es decir, mediante la lógica, deja claramente expresado que fue voluntad decisiva del hacedor de leyes –hasta imperativa, podría decirse– que contra la sentencia de segunda instancia laboral se admiten los recursos de control de la legalidad y de casación, cuando hubiere lugar a ello.

3. EL ARTÍCULO 165 LOPTRA

El artículo 165 de la LOPTRA, antes parafraseado, merece a esta altura ser reproducido en su integridad,¹⁴ a fin de que el lector pueda seguir la base de la argumentación. Dice la norma:

¹² *Ídem*.

¹³ *Ibidem*, p. 289.

¹⁴ Por respeto y admiración a la función judicial, omito intencionalmente el párrafo único porque el que se destituya a un juez porque no decidió la causa dentro de la oportunidad establecida en la ley es un exceso legislativo inaceptable contra la sagrada misión de administrar justicia. Nada más lejos de los conceptos de Arnaud y Delgado Ocando.

Concluido el debate oral, el Juez Superior del Trabajo se retirará de la audiencia por un tiempo que no será mayor de sesenta (60) minutos. En la espera, las partes permanecerán en la Sala de Audiencias.

Concluido dicho lapso, el Juez Superior del Trabajo deberá pronunciar su fallo en forma oral, debiendo reproducir en todo caso, de manera sucinta y breve la sentencia, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, sin formalismos innecesarios dejando expresa constancia de su publicación. *A los efectos del ejercicio de los recursos a que hubiere lugar, se deberá dejar transcurrir íntegramente dicho lapso.*

En casos excepcionales, por la complejidad del asunto debati-do o por caso fortuito o fuerza mayor, el Juez Superior del Trabajo podrá diferir por una sola vez la oportunidad para dictar la sentencia, por un lapso no mayor de cinco (5) días hábiles, después de concluido el debate oral. En todo caso, deberá por auto expreso determinar la fecha para la cual han diferido el acto para sentenciar, a los fines de la comparecencia obligatoria del apelante” (cursivas del autor).

La casuística redacción que el legislador dio a esta norma ha permitido acudir a la *interpretación gramatical* para saber su intención y, de allí, que debe ser difícil que en un litigio en el cual la causa haya concluido con la audiencia o debate oral en segunda instancia, se presenten situaciones complejas que ameriten interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales, si es que la lectura que se está haciendo se hace de acuerdo al sentido común y conforme al significado de las palabras allí expresadas en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva o garantía jurisdiccional que consagra el artículo 26 de la Constitución. Incluso, la *interpretación atendiendo al propio precepto* llevaría irremediablemente a la misma conclusión que la interpretación gramatical.

4. EL SEGUNDO APARTE DEL ARTÍCULO 165 LOPTRA

Conviene redundar en que el segundo aparte del artículo 165 LOPTRA reza así: “A los efectos del ejercicio de los recursos a que hubiere lugar, se deberá dejar transcurrir íntegramente dicho lapso”.

Para desentrañar el contenido de este párrafo, basta con la interpretación gramatical para concluir en que, para el ejercicio de los recursos, se deberá

dejar transcurrir íntegramente el lapso para su interposición. Ahora bien, ¿a qué recursos se refiere este dispositivo? La respuesta es obvia: a los únicos recursos que caben contra las sentencias de segunda instancia dictadas en el proceso laboral, es decir, el recurso de casación y el recurso de control de la legalidad. Y no pueden ser otros recursos porque la voluntad expresa del legislador procesal laboral, manifestada en la Exposición de Motivos LOPTRA es indubitable: “Contra la sentencia se admiten los recursos de control de la legalidad y de casación, si hubiere lugar a ello”.

Se hace esta conclusión haciendo uso de la interpretación atendiendo el propio precepto, es decir, observando que el segundo aparte del artículo 165 LOPTRA solamente se limita a expresar que hay que dejar transcurrir íntegramente el lapso a los efectos del ejercicio de los recursos a que hubiere lugar. A continuación, se remonta el intérprete a la voluntad legislativa manifestada en la Exposición de Motivos LOPTRA la cual textualmente hace referencia a los dos únicos recursos que la legislación procesal del trabajo prevé contra la sentencia de segunda instancia y se constata que esa voluntad dejó expresados cuáles son esos recursos.

La lógica indica que cuando el legislador redactó el precepto contenido en el artículo 165 LOPTRA sobreentendió que al afirmar que *a los efectos del ejercicio de los recursos a que hubiere lugar*, se estaba refiriendo a los dos únicos recursos que la propia LOPTRA regula, cuales son el de casación y el de control de la legalidad. Nadie puede, por tanto, sostener que hay algún otro recurso cuando la propia LOPTRA contrae los medios extraordinarios de impugnación a los dos recursos ya mencionados.¹⁵

¹⁵ Sobre la naturaleza jurídica de los recursos de casación laboral y de control de la legalidad, además del ensayo de Carrasquero mencionado anteriormente, se sugiere consultar: Ramón Escovar León. *La nueva casación laboral*. En Fernando Parra Aranguren, Editor: *Estudios del Derecho del Trabajo, Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nº 9, Caracas/Venezuela/2003, Vol. I, pp. 483-512. Por su vinculación con la materia procesal laboral, sugiero también: Carlos J. Sarmiento Sosa. *Apostillas acerca del Denominado Recurso de Casación contra el Laudo en el Arbitraje Procesal del Trabajo*. En Carlos J. Sarmiento Sosa, Compilador: *Estudios Iberoamericanos de Derecho Procesal, Libro Homenaje a José Gabriel Sarmiento Núñez*, Legis Editores, Primera edición, Bogotá, 2005, pp. 760-783. En esta monografía, luego de exponer los conceptos generales del recurso de casación en el proceso civil y en el proceso laboral venezolano, demuestra cómo el legislador confundió el medio de impugnación del laudo dictado en el arbitraje procesal laboral y en lugar de instituir el recurso de casación como medio idóneo para invalidarlo, creó un recurso de nulidad impropiamente denominado recurso de casación.

5. EL ARTÍCULO 178 LOPTRA

El artículo 178 LOPTRA, igualmente antes parafraseado, debe ser reproducido pero, para ser eficientes, solamente en lo que respecta al tema tratado en este ensayo, para que el lector pueda seguir la base de la argumentación. Dice la norma en su encabezamiento y primer aparte:

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social podrá, a solicitud de parte, conocer de aquellos fallos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo, que aún y cuando no fueran recurribles en casación, sin embargo, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación.

En estos casos, la parte recurrente podrá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación del fallo ante el Tribunal Superior del Trabajo correspondiente, solicitar el control de la legalidad del asunto, mediante escrito, que en ningún caso excederá de tres (3) folios útiles y sus vueltos.

Para establecer la voluntad del legislador, basta al intérprete acudir a la *interpretación gramatical* para concluir en que, cuando se impugne la decisión del TST mediante el control de la legalidad, la parte recurrente podrá hacerlo ante el TST dentro del plazo señalado. Por interpretación a contrario, si el recurso de control de la legalidad es propuesto fuera de ese plazo, irremediablemente deberá ser declarado extemporáneo, como ha quedado establecido precedentemente.

6. LA INTERPRETACIÓN RELACIONADA DE LOS ARTÍCULOS 165 Y 178 LOPTRA

La única opción que se tiene para escudriñar la voluntad legislativa en cuanto a las disposiciones contenidas en los artículos 165 y 178 LOPTRA es acudir a la interpretación atendiendo al propio precepto, es decir, buscando el sentido de la norma mediante la aplicación de las leyes de la lógica, simplemente. Para ello, relacionaré el contenido de ambos dispositivos y los vincularé con la Exposición de Motivos LOPTRA porque de lo que se trata es determinar si el legislador quiso o no que, cuando se difiera la oportunidad para dictar sentencia el recurso de control de la legalidad debe ser interpuesto *dentro de los cinco (5)*

días hábiles siguientes a la publicación del fallo ante el Tribunal Superior del Trabajo correspondiente como reza el artículo 178 LOPTRA, o si a los efectos del ejercicio de los recursos a que hubiere lugar, es decir, el de control de la legalidad, se deberá dejar transcurrir íntegramente dicho lapso, como pide el artículo 165 LOPTRA. Para ello, deberá recordar que la Exposición de Motivos LOPTRA terminantemente afirma que *contra la sentencia del JST se admiten los recursos de control de la legalidad y de casación, si hubiere lugar a ello.*

La legislación procesal laboral consagra solamente dos recursos contra el fallo del JST, cuales son los de casación y de control de la legalidad, y así lo manifiesta la Exposición de Motivos LOPTRA, de manera coherente con todo el texto legislativo que precede. Ahora bien, si se examinan relacionadamente, en su conjunto y no de manera aislada, la voluntad recogida en la Exposición de Motivos LOPTRA adminiculando su dicho con el contenido de los artículos 165 y 178 LOPTRA y se aprecia la hilación natural y el encadenamiento lógico entre las ideas expuestas en uno y otro texto así como los motivos que los han originado, por lo que no hay otra posibilidad de concluir que fue deseo del legislador procesal laboral que, en el caso de la interposición del recurso de control de la legalidad debe dejarse transcurrir íntegramente el plazo de diferimiento del fallo independientemente de que éste haya sido publicado antes del vencimiento del mismo. En efecto, si los únicos recursos que proceden son el de casación y el de control de la legalidad, como expresa la Exposición de Motivos LOPTRA, y si el artículo 165 LOPTRA dice que debe dejarse transcurrir íntegramente el plazo de diferimiento a los efectos del ejercicio de los recursos –¿cuáles?– el de casación y el de control de la legalidad.

Ahora bien, como a su vez el artículo 178 LOPTRA ordena que el recurso de control de la legalidad debe ser interpuesto dentro del plazo de cinco (5) días siguientes a la publicación del fallo del JST, es evidente que esta norma está prevista para aquellos supuestos en los cuales el JST no ha hecho uso del derecho a diferir su pronunciamiento pues, en caso de que en efecto el diferimiento se produzca, el recurrente deberá transcurrir el plazo para poder proceder a la interpretación de su recurso, pues en ese caso preside el artículo 165 LOPTRA como norma regulatoria. Como dijo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 708 del 10 de mayo de 2005:

En un Estado social de derecho y de justicia donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles, la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura.

Si aún todo el razonamiento lógico que he venido utilizando no fuere suficiente, y la conclusión expuesta fuera equivocada o insuficiente y podría darse el caso de una doble interpretación, téngase presente también que *la interpretación, atendiendo al propio precepto* de la opción de que, en ese caso, se adopte la más benigna, la más conforme a la materia regulada¹⁶ y, en ese caso, tratándose del ejercicio del recurso de control de la legalidad, que es ejecución del derecho a tutela judicial efectiva, debe concluirse en que en el supuesto del artículo 178 LOPTRA hay que dejar transcurrir el plazo de diferimiento de la sentencia fijado en el artículo 165 LOPTRA.

CONCLUSIONES

Insistir en un resumen conclusivo es redundante, porque a lo largo de este ensayo he ido sacando las conclusiones pertinentes y, luego de todas las consideraciones precedentes, no tengo duda alguna en cuanto a que, cuando hay diferimiento de la sentencia por parte del JST, a los efectos de la interposición del recurso de control de la legalidad hay que dejar transcurrir todo el plazo.

Deseo fervientemente que estas apuntaciones sirvan de reflexión a los magistrados de la SCS-TSJ y que, en su oportunidad, procedan a corregir su doctrina, en beneficio de los justiciables porque, como dice Pérez Ragone,¹⁷ “el proceso judicial sin el respeto del valor justicia carece de aceptabilidad y legitimidad”.

In ius vocatio

¹⁶ Cf. Sarmiento Núñez, *Op. Cit.*, p. 65.

¹⁷ Alvaro J. D. Pérez Ragone. *Contornos de la justicia procesal (procedural fairness): La justificación ética del proceso civil*. En: *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, Madrid, 2005, p. 701.

La cosa juzgada administrativa: Jurisprudencia laboral argentina

Carlos Alberto TOSELLI*

SUMARIO:

Introducción.

- 1. El concepto de cosa juzgada administrativa.**
- 2. Los ejes del debate.**
- 3. El principio de irrenunciabilidad.**
- 4. Los vicios en la voluntad.**
- 5. La jurisprudencia nacional y local en lo que hace a la abarcabilidad del acuerdo.**

Conclusiones

* Cámara Única del Trabajo, Sala Décima, Córdoba, República Argentina, Vocal, desde 1991. Universidad Nacional de Córdoba, Docente de grado desde 1997 y de Postgrado. Universidad Nacional del Litoral, Universidad Empresarial Siglo XXI, Universidad Blas Pascal, Universidad Católica de Córdoba y Universidad Católica de Cuyo, Docente de Postgrado. Cámara de Senadores, Comisión de Legislación Social, Trabajo y Salud Pública, Provincia de Córdoba (1.983/1987). Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Filial Córdoba, Presidente (1.999-2001 y 2001 –2003). Autor y coautor de libros y ensayos divulgados en publicaciones especializadas, argentinas y foráneas, sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aspira sólo a brindar un panorama de la intervención de la autoridad administrativa del trabajo, de conformidad con las normas legislativas y criterios de la jurisprudencia, en atención a los intereses que confrontan y a la necesidad de que el justiciable sepa a qué atenerse cuando efectúa sus planteos o defensas procesales.

En la legislación de la provincia de Córdoba, conforme al esquema establecido para el acceso a la jurisdicción, resulta facultativo del trabajador demandante el requerimiento de la intervención de la actuación administrativa laboral en forma previa a la interposición de la demanda,¹ salvo supuestos especiales, donde necesariamente ha de recorrerse tal camino, como es el caso de las reclamaciones de trabajadores del servicio doméstico, quizás en el entendimiento por parte del legislador de que dichos conflictos son de índole menor, ya que no confrontaba en definitiva el empresario y su obrero, sino un dependiente que está inserto en la vida familiar en lugar de estar incorporado a una estructura fabril.

Indudablemente influye en ello la decisión legislativa de acotar tales conflictos entendiendo que en el departamento de reclamaciones individuales que posee el ministerio de trabajo provincial se puede llegar a un acuerdo de intereses que evite el largo conflicto tribunalicio y por lo tanto el desgaste del aparato judicial, máxime cuando si bien se está en presencia de un conflicto de derecho, difícilmente se pueda sostener que se encuentra en la confrontación dialéctica de capital versus trabajo. En ese sentido la jurisprudencia local señaló: “Que el cumplimiento de la instancia administrativa previa no hace a la cuestión de competencia o aptitud del tribunal para conocer en el conflicto, sino a un requisito de admisibilidad formal”.²

¹ Como una excepción a esta opción del dependiente, la ley de riesgos del trabajo en el interregno entre la legislación que se derogaba y la que entraría en vigencia nueve meses después (ley 24.557) pretendía que antes que el trabajador pudiera reclamar por los daños padecidos en su salud por el hecho u ocasión del contrato de trabajo debía someterse a una junta médica administrativa, de conclusiones no vinculantes, pero de trámite obligatorio si es que pretendía accionar contra el responsable del daño. La jurisprudencia local pronto se encargó de descalificar dicha norma por vía de inaplicabilidad o inconstitucionalidad según la óptica de los distintos precedentes que se dictaron al respecto.

² Autos: Ortega María Elsa c/ Tomás de Lamo y/u otros. Demanda. Juzgado de Conciliación de Tercera Nominación de Córdoba, Resolución de mayo de 2001.

Debe, sin embargo, tenerse presente que en el orden nacional por la ley 24.635 se estableció una instancia previa de conciliación laboral obligatoria, y así dispuso en el art. 1º: “Los reclamos individuales y plurindividuales que versen sobre conflictos de derecho de competencia de la Justicia Nacional del Trabajo serán dirimidos con carácter obligatorio y previo a la demanda judicial, ante el organismo administrativo creado por el art. 4º de esta ley, el que dependerá del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social”.

Por dicho artículo se creó el *Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria* (SECLO), que es quien tiene a su cargo la sustanciación del procedimiento establecido en la ley.³

Quedan exceptuadas de la conciliación laboral obligatoria previa:

- a) La interposición de acciones de amparo y medidas cautelares;
- b) Las diligencias preliminares y la prueba anticipada;
- c) Si el reclamo individual o plurindividual ha sido objeto de las acciones previstas en los procedimientos de reestructuración productiva, preventivo de crisis o de conciliación obligatoria, previstos en las leyes 14.786 y 24.013;
- d) Las demandas contra empleadores concursados o quebrados;
- e) Las demandas contra el Estado nacional, provincial y municipal;
- f) Las acciones promovidas por menores que requieran la intervención del Ministerio Público.

En la sustanciación del procedimiento se debe recurrir a un conciliador laboral, que surgirá del Registro habilitado al efecto, y el conciliador debe ser abogado, con antecedentes en materia de Derecho del Trabajo (art. 6º, ley 24.635)

En el aspecto legislativo, la norma central que regula este aspecto es el art. 15 de la ley de contrato de trabajo al disponer:

Los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios sólo serán válidos cuando se realicen *con intervención* de la auto-

³ Que tras sucesivas postergaciones entró en vigencia finalmente el 1º de setiembre de 1997.

ridad judicial o *administrativa* y mediante *resolución fundada de cualquiera de éstas que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes (...)*. La autoridad judicial o administrativa que omitiere actuar del modo establecido en esta norma, quedará incursa en grave incumplimiento de sus deberes como funcionario y será, en consecuencia, pasible de las sanciones y penalidades previstas para tales casos.

Como desarrollaremos *infra*, la norma parte de una ficción jurídica, cual es suponer que el funcionario administrativo o el conciliador laboral en el caso del SECLLO está en condiciones de determinar la aptitud jurisdiccional de una eventual demanda del trabajador y su resultado, es decir, la hipotética sentencia que podría ser dictada,⁴ para de ese modo poder verificar si la cuantificación numérica que se somete a su consideración contempla “la justa composición de derechos e intereses en juego”.

1. EL CONCEPTO DE COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA

Según la concepción tradicional, la cosa juzgada se interpone como una defensa procesal o excepción impeditiva de la acción, según los diferentes ordenamientos procesales, y requiere para su viabilidad la existencia de triple identidad entre sujeto, objeto y causa. Tiene como fundamento axiológico evitar la posibilidad de escándalo jurídico derivada del dictado de sentencias contradictorias entre las mismas partes y por idéntico reclamo.

La diferencia de la cosa juzgada administrativa con la cosa juzgada tradicional radica en que en ésta la sentencia invocada como fundamento de la articulación defensiva es dictada por un Magistrado con aptitud jurisdiccional para resolver el litigio, y contra dicha decisión no existen medios impugnativos que habiliten la posibilidad de su modificación, es decir, que dicha sentencia se encuentra firme, siendo únicamente posible de incoar la acción de rescisión cuando en el proceso

⁴ Lo que implica no solamente el conocimiento del derecho sustancial sino también de los criterios jurisprudenciales que imperan en los tribunales donde la demanda ha de ser interpuesta, lo que a todas luces resulta harto improbable y una exigencia desmedida para un funcionario que carece de atributos jurisdiccionales.

hubieran existido vicios de notificación que afectaren el derecho de defensa del condenado, siempre que se plante en el término perentorio de seis meses de concluido el proceso y dentro de los treinta días de tomar conocimiento del vicio.⁵

Existen algunos antecedentes aislados del máximo tribunal argentino que permiten la revisión de la cosa juzgada. Así en el *leading case* en materia de revisión de la cosa juzgada: “Campbell Davidson c/ Provincia de Buenos Aires” del 19-2-71 ha sostenido que: “la misma supone la existencia de un juicio regular, fallado libremente por los jueces, en tanto no puede convertirse en inmutable una decisión que derive de un proceso no dotado de ciertas elementales garantías de justicia” y que “no cabe reconocer fuerza de resolución inmutable a toda sentencia judicial, sino sólo a aquellas que han sido precedidas de un proceso contradictorio, en que el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de defensa y prueba”.

En cambio en la materia en análisis, en virtud del dispositivo del art. 15 *supra* citado se traslada tal concepto jurisdiccional al accionar administrativo del estado en materia laboral y es así como se ha admitido, como principio general, la imposibilidad de la revisión de lo acordado en dicha instancia cuando el acto ha contado con la pertinente homologación del funcionario habilitado para ello y tal resolución ha sido notificada a las partes intervenientes y se encuentra firme y consentida.

Sin embargo, existen precedentes que permiten avanzar sobre tal accionar administrativo y así se ha señalado y se comparte que: “Tal como lo sostiene Couture, la cosa juzgada es una exigencia política y no propiamente jurídica. En efecto, la cosa juzgada tiene por objeto preservar la seguridad jurídica, tiene un carácter pacificador en el entorno social. Mas, lo expuesto no la hace impenetrable de tal naturaleza que no pueda impugnársela. Chiovenda, citado por Juan Carlos Hitters en su obra “Revisión de la Cosa Juzgada”, sostiene que su autoridad misma (de la cosa juzgada) “no es absoluta y necesaria sino establecida por conside-

⁵ Rescisión: Art. 27 Ley 7987: Cuando la notificación se hubiere efectuado con los vicios previstos en el artículo 23, incisos 1 y 2, el afectado podrá interponer acción de rescisión, en cualquier estado del juicio y hasta los seis meses de concluido el mismo, contra el procedimiento o contra la sentencia y siempre que no hayan pasado treinta días desde que tuvo conocimiento del mismo. La acción de rescisión se sustanciará por el trámite de los incidentes.

raciones de utilidad y oportunidad, de tal manera que estas mismas consideraciones pueden a veces aconsejar su sacrificio, para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de la conservación de una sentencia (resolución homologatoria en nuestro caso) intolerablemente injusta” (*Ob. Cit*, p. 135)⁶.

De todos modos debe quedar claro que no todo acuerdo entre trabajador y empleador realizado en sede administrativa puede adquirir la firmeza de cosa juzgada, sino únicamente aquel que ha merecido de la autoridad de aplicación laboral el dictado de una resolución homologatoria que así lo convalide.⁷

En ese sentido he sostenido: “Si el acuerdo conciliatorio celebrado en sede administrativa no fue homologado por la autoridad de aplicación debe rechazarse la excepción de cosa juzgada opuesta por la demandada, aunque ello podrá habilitar a la procedencia de un planteo de falta de acción o de excepción de pago total o parcial, si el acuerdo hubiera sido cumplido por el obligado a efectivizarlo...”.⁸

2. LOS EJES DEL DEBATE

En esta discusión se puede observar que existen dos tendencias claramente diferenciadas que van a marcar los ejes de la controversia. Por un lado quienes propugnan la validez a ultranza de los acuerdos celebrados en la instancia administrativa y por ende su imposibilidad de cuestionamiento en sede jurisdiccional fundamentan su postura en el concepto de *seguridad jurídica*, la que se vería afectada en una doble vía: a) para el empleador en lo que hace a las posibles consecuencias patrimoniales de un acuerdo arribado y abonado que, supuso, extinguió el con-

⁶ Farías, Luis Fernando en la causa: *Doitcheff Juana del Rosario y otros C/ Asociación Colonia de Vacaciones del Personal del Banco Pcia. de Buenos Aires. Demanda* Sentencia de fecha 29 de abril de 2005

⁷ Una excepción a esta situación se da en el procedimiento preventivo de crisis previsto por los arts. 98 a 105 de la ley 24.013, pues en tal caso, presentado para su consideración el acuerdo celebrado entre la representación sindical y la empresa en crisis y no existiendo pronunciamiento administrativo dentro del término de diez días hábiles de tal requerimiento opera la homologación tácita. De todos modos entiendo que tales acuerdos no quedan abarcados por el concepto de cosa juzgada administrativa pues carecen de un requisito esencial cual es el pronunciamiento administrativo de que dicho convenio constituye la justa composición de derechos e intereses exigido por la norma legal.

⁸ Toselli, Carlos A. y Ulla, Alicia Graciela: *Código Procesal del Trabajo Ley 7987*, p. 201.

flicto con su dependiente y que ahora es revivido por decisión jurisdiccional; y b) para la sociedad por la contradicción que genera desestimar un acto considerado regular que ha merecido la convalidación estatal vía homologación administrativa. Por otro lado para quienes se enrolan en la posibilidad revisora juega el concepto de **irrenunciabilidad**, como basamento central de la postura en el entendimiento de que el trabajador resulta hiposuficiente en la negociación transaccional por lo que difícilmente pudiera hablarse de “justicia” en el acuerdo arribado en instancia administrativa y por lo tanto si demuestra algún vicio en su voluntad o en las circunstancias que rodearon la transacción podría atacarse dicho acto.

Como trasfondo de este debate subyacen principios ideológicos y axiológicos que conforman la visión del Juzgador y en ese sentido se sostiene que cuando más formalista es el Magistrado más propenso será al concepto de seguridad jurídica formal y a denegar cualquier posibilidad revisora, mientras que por el contrario si el juzgador laboral le da preeminencia al concepto de verdad real podrá avanzar sobre el contenido del acuerdo celebrado.

En ese sentido en un fallo reciente, el vocal de la Sala Segunda de la Cámara del Trabajo de Córdoba, doctor Luis Fernando Farías al descalificar el planteo de cosa juzgada administrativa expresó que la convalidación de la transacción administrativa efectuada en la cual los trabajadores aceptaban que se les disminuyera el salario en un 18% como fórmula para evitar ser despedidos conformaba un “vaciamiento de la homologación”, quedando la misma sin sustento y no siendo suficiente para su validez sustancial el mero control de legalidad ejercido por la autoridad administrativa laboral.⁹

Quienes afirman la inmutabilidad de lo acordado en sede administrativo se apoyan en la teoría de los actos propios, que es aquella que sostiene que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior objetivamente válida y jurídicamente relevante, por lo que se intenta que una persona no trate de verse favorecida en un proceso judicial contradiciendo la conducta anterior y para que opere esa contradicción inadmisible deben cumplirse ciertos requisitos: 1) que se haya observado una cierta conducta jurídicamente relevante, eficaz y vincu-

⁹ Autos: *Doitcheff...*, citado en nota 4.

lante. Debe tratarse de una conducta asumida sin impedimentos de hecho o de derecho; 2) que con posterioridad esa misma persona intente hacer valer un derecho o una facultad creando una situación litigiosa; 3) que exista incompatibilidad o contradicción entre la conducta anterior y la que ahora se intenta hacer valer.¹⁰

Por otra parte, quienes controvieren a tal accionar avanzan sobre la existencia de vicios de la voluntad, tales como el fraude o la lesión enorme o bien simplemente en el aprovechamiento de la distinta fuerza negocial.

3. EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD

Quienes ratifican la posibilidad revisora de los tribunales se basan en las disposiciones del art. 12 de la LCT, en tanto dispone: “será nula y sin ningún valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de la celebración o de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

Si se aplica dicha norma de manera literal no resultaría posible ningún acuerdo que implicara transacción de rubros que estén legalmente determinados, siendo de esta manera únicamente transables los derechos litigiosos o no cuantificados por norma de fuente heterónoma o autónoma. En tal línea de análisis afirma Etala: “La materia objeto de la transacción, conciliación o liberación, debe ser litigiosa o dudosa respecto del trabajador. Si fuera cierta o indiscutible, no habría lugar para que éste (el trabajador) hiciera concesiones al empleador, lo que implicaría una renuncia prohibida por la ley, que el funcionario administrativo no podría convalidar con la homologación”.¹¹

Debe tenerse presente al respecto que el art. 832 del Código Civil señala que la transacción es el acto jurídico bilateral, por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, extinguén obligaciones litigiosas o dudosas y que ello debe complementarse con el art. 871 cuando expresa: “si la renuncia por un contrato oneroso se refiere a derechos litigiosos o dudosos, le serán aplicables las reglas de las transacciones”.

¹⁰ Conf. García Martínez, Roberto: *La doctrina de los actos propios y el derecho del trabajo*. D.T., año 1986, “B” p. 1.375 y ss.

¹¹ Etala, Carlos A. *Contrato de Trabajo - Ley 20.744*, Ed. Astrea pp. 50/51.

La realidad indica que la cuestión no funciona del modo que marca la norma legal y que los acuerdos individuales que se celebran ante la autoridad administrativa laboral contemplan en muchas ocasiones claras renuncias de derechos.

Sin embargo, aunque ello fuera así, un reciente pronunciamiento del máximo tribunal provincial local se enrola en la posición de la seguridad jurídica y de esa forma revocó la sentencia que había descalificado un acuerdo administrativo por la desproporción de las prestaciones, sosteniendo como base de su línea argumental en primer lugar que la homologación administrativa no fue cuestionada y que en el caso concreto debía primar la seguridad jurídica por sobre el orden público laboral y el principio de irrenunciabilidad, tomados ambos como conceptos dogmáticos, máxime cuando el trabajador acordante era un dirigente sindical y estaba asistido por la representación gremial.¹²

4. LOS VICIOS EN LA VOLUNTAD

Según la doctrina civilista tradicional, los vicios que afectan la voluntad de modo tal de tornar inválido el acto realizado son el error excusable, la violencia o intimidación, el dolo y la simulación.

La reforma del código civil incorporó dentro de dicha categoría a la lesión enorme, considerada tal a aquella en la cual una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonialmente desproporcionada y sin justificación.

Como se advierte de la definición legal, aquí no entra en juego el orden público laboral ni los principios que informan a dicha disciplina sino que debe considerarse el elemento subjetivo, que en última instancia conlleva a aquella verificación, es decir, cuál es la contraprestación que recibió el trabajador por su concesión. Si no lo hay o si ella es mínima en contrapo-

¹² Así señala: “La sentencia en crisis no aporta una razón válida para obviar que la voluntad expresada por el trabajador lo fue en un marco de garantías que la propia legislación establece como medio para atribuirle eficacia. Tanto la conclusión sobre la apariencia de corrección formal del acto en pugna con el principio de irrenunciabilidad, como la referencia a los parámetros económicos de aplicación deviene retórica, pues la validez formal y sustancial de la homologación no fue objetada por el trabajador, y se trata de un dirigente asistido en aquella instancia por el Secretario General del gremio. No se evidencia se hayan visto avasalladas sus facultades para una negociación eficaz”. Autos. Brandan José I. c/ Perkins Argentina S.A.I.C. Demanda Rec. de Casación. Sentencia de fecha 11 de abril de 2006.

sición con la ventaja que obtiene la parte patronal, se produciría lo que el doctor Farías en el precedente *supra* citado llama el vaciamiento de la homologación. Lógicamente que en dicho análisis deberá verificarse el acuerdo en su integralidad y así el suscripto ha señalado que sería válido un convenio de resignación temporal de un porcentaje de la remuneración si por el sector empresarial existieran lo que se denominan las “cláusulas de paz sociales”, es decir, la garantía de la preservación de la fuente laboral del trabajador por el tiempo que dure la resignación parcial de su salario, en la que solamente podría ser despedido en forma causada, es decir, en función de haber cometido un ilícito contractual.¹³

5. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LOCAL EN LO QUE HACE A LA ABARCABILIDAD DEL ACUERDO

Una cuestión adicional que merece ser considerada es cuál es el valor que ha de asignarse a las cláusulas omnicomprensivas que se insertan en los textos de los acuerdos.

Así, es frecuente que se diga que “una vez cumplimentado el acuerdo arribado, las partes nada más tendrán que reclamarse recíprocamente con motivo de la relación laboral habida y extinguida”.

Ante ulteriores reclamos judiciales de rubros no comprendidos específicamente en lo que el fue el acuerdo negociado, la jurisprudencia argentina se encuentra dividida.

La Corte Nacional (por lo menos en su anterior integración) le otorga validez plena, ya que ha expresado:

resulta obvio que si podía considerarse que los convenios celebrados y homologados en sede administrativa eran asimilables en sus efectos a una sentencia firme, de ser la excepción procedente, la co-demandada se hubiera liberado de la carga de seguir sometida a un litigio, a pesar de haber fundado su defensa en una conciliación, cuyo objeto había sido precisamente, evitar la ulterior promoción de pleitos derivados de las relaciones de trabajo extinguidas.¹⁴

¹³ Luna Carlos A. y otros c/ Gatic S.A.

¹⁴ Alvarez Jorge E. c/ Todoli Hnos S.R.L. - Sentencia del 2 de junio de 1998 (D.T. 1998, B. p. 2.416/7).

Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba se enrola en la tesis restrictiva y así expresa:

Si medió una conciliación anterior, homologada por la autoridad interveniente, que contiene una cláusula liberatoria y en el nuevo pleito se reclama por *rubros que fueron objeto de la conciliación o que tienen por causa un hecho reconocido o declarado en el juicio anterior, es oponible la cosa juzgada.*¹⁵

En ese mismo análisis se ha expresado:

Si bien es razonable la preocupación en caso de avenimiento integral, por no dejar ‘cabos sueltos’ que alteren la seguridad jurídica con intempestivos reclamos posteriores, el valor de la cosa juzgada de tales acuerdos estará limitado a aquellas acciones y derechos que pueden ser objeto de transacción y que razonablemente estuvieron en la mira de las partes.¹⁶

CONCLUSIONES

- a) Resulta claro que el trasfondo que se debate cuando se discute la viabilidad del cuestionamiento al accionar administrativo en la etapa de conciliación va mucho más allá del análisis intrínseco de la homologación efectuada, sino que hace a la esencia ideológica y a la concepción axiológica de quien se encuentra encargado de juzgar.
- b) Debe tenerse presente, además, que tal accionar administrativo es una herramienta de política laboral y su descalificación implicaría el cuestionamiento al accionar estatal en materia de conciliación administrativa que es una forma de descomprimir los tribunales laborales.
- c) Conforme al texto legal es obligación de la autoridad administrativa realizar un análisis de la viabilidad jurídica de la pretensión del trabajador reclamante, lo que excede el marco de la competencia del funcionario actuante y amerita un reanálisis de la norma.
- d) La jurisprudencia mayoritaria admite tal accionar administrativo y sólo permite el cuestionamiento judicial si se advierte en el acto la exis-

¹⁵ TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sentencia de fecha 5-9-1980, autos: *Furri, José E. C/Renault Argentina S.A.*

¹⁶ Rubio, Luis Enrique; Reinaudi, Luis. *Código Procesal del Trabajo, Ley 798*. Marcos Lerner Editora, p. 79.

tencia de los vicios de voluntad que permiten perforar la valla de la seguridad jurídica. En cambio no lo admite cuando la colisión es con el principio de irrenunciabilidad y el orden público laboral, si el acto administrativo se encuentra firme y no ha sido cuestionado por las vías idóneas por el reclamante.

e) Dentro de esa tesis nos pronunciamos por asignarle carácter restrictivo a dichos acuerdos, los que sólo serán válidos si han obtenido el reconocimiento jurisdiccional de la autoridad administrativa del trabajo, vía homologación expresa, y exclusivamente abarcará los *ítems* o aspectos que han integrado el negocio jurídico transado. Lo contrario significaría otorgar a dichos acuerdos un cheque en blanco a ser llenado por el empleador ante cualquier tipo de reclamo eventual que el trabajador pudiera realizar en el futuro, lo que no resulta compatible con los principios de la justicia social.

