

Fernando Parra Aranguren

-Editor-

ENSAYOS LABORALES



Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos N°12
Caracas / Venezuela / 2005

KHW1789

E59

**Ensayos Laborales / Fernando Parra Aranguren, editor – Caracas:
Tribunal Supremo de Justicia, 2005.**

880 p. (Colección de Estudios Jurídicos, N° 12)

**1. Derechos Laboral. 2. Jurisprudencia laboral
3. Casación – 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
Colección Estudios Jurídicos N° 12

Deposito Legal
ISBN:

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

ENSAYOS LABORALES

12

Tribunal Supremo de Justicia
Colección de Estudios Jurídicos
Caracas/ Venezuela/2005

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. Iván Rincón Urdaneta
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz
Dr. Luis Vicencino Velázquez Alvaray
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López

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 Aristides Rengifo Camacaro
Dr. Luis Alfredo Sucre Cubas

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

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

SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Presidenta de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Levis Ignacio Zerpa
Dr. Hadel Mostafa 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 de Andueza
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández
Dra. Isbelia Josefina Pérez de Caballero

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte
Presidente de la Sala
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Dra. Blanca Rosa Mármol de León
Dra. Deyanira Nieves Bastidas

Índice

	Pág.
Palabras preliminares	13
Presentación	15
La protección a la maternidad y la paternidad. Marjorie Acevedo Galindo.	25
Los accidentes de trabajo y su resarcimiento según la Jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Julio R. Alfonzo Sotillo	51
Adaptabilidad de las empresas de trabajo temporal en Venezuela y el nuevo equilibrio de intereses. Julio César Álvarez	67
Perspectivas futuras en materia laboral y de seguridad social en Venezuela. Luis Alfredo Araque Benzo	115
Las relaciones de trabajo en el contexto de la globalización. Susana Atencio Shank-Serrano	167
La ambivalencia del Acta de Conciliación y Mediación en el caso Diposa. Gregor Barschi Vaisman	185
La Solicitud secular en las relaciones de trabajo (Acoso u hostigamiento sexual en el trabajo). José Dionicio Benaventa Mirabal	197
Los trabajadores “no asociados” en las cooperativas ¿zona gris del Derecho del Trabajo? Gabriela Briceño Voirin	211

La flexibilidad laboral: Escenarios de discusión a la luz de los procesos de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo en Venezuela 1990-2004. Armando J. Camejo R.	227
La formación y el empleo del trabajador en el marco de las relaciones laborales. Magda Cejas Martínez	249
Respuestas a algunas interrogantes sobre la aplicación de la nueva Ley de Alimentación para los trabajadores. Gabriela Fuschino Vegas	279
Reflexiones sobre la Seguridad Social a propósito de la Sentencia N° 03/2005 de la Sala Constitucional (Caso: CANTV). Antonio J. García García	293
La prescripción cuando las actuaciones judiciales que logran la interrupción fueron anuladas por una reposición o por una perención. Juan García Vara	309
Perfil jurisprudencial del derecho a la negociación colectiva. Ana Cecilia Gerson Anzola	321
Las novaciones objetivas y/o subjetivas en el contrato de trabajo. Mervy Enrique González Fuenmayor	331
Relaciones de trabajo encubiertas. Su tratamiento en el Derecho Laboral venezolano. Oscar Hernández Álvarez	383
Los deberes de prevención y seguridad en el cuadro de la estructura jurídica del contrato de trabajo. Francisco Iturraspe	437
La empresa y los grupos de empresa. Héctor Armando Jaime Martínez .	477
El derecho de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva en España. Andreu Lope Peña y Antonio Martín Artilles ...	509
El salario como hecho social de especial naturaleza familiar. Luis Tadeo Marcano Suárez	547
El régimen de los trabajadores rurales en Venezuela y su deslinde de los contratos agrarios. Incidencia de la Ley de Tierras sobre dicho régimen. Marlon M. Meza Salas	569

Normativa laboral con especial incidencia en las organizaciones empresariales. Gerardo Mille Mille	599
La jornada de trabajo, el descanso y el uso del tiempo libre. Jesús Montes De Oca Escalona	637
Reducción de la jornada de trabajo a la luz de la Constitución venezolana. Juenny de los Ángeles Paz Aguirre	649
La libertad económica constitucional y los Grupos de Empresa: Análisis de la Legislación y la Jurisprudencia Laboral en Venezuela. Juan Carlos Pró-Rísquez	665
El daño moral. Su estimación y reparación en materia laboral. Deyaeva Rojas Gutiérrez	725
Tutela efectiva de la libertad sindical frente al Diálogo Social. Eleana Saldivia Alarcón	745
Reflexiones en torno al régimen pensional y la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia. Carlos J. Sarmiento Sosa y María Elena Subero	777
Plan de retiro voluntario compensado en su versión de paquete cerrado: Irrenunciabilidad y mandato de no discriminación en el sistema laboral venezolano. Carlos Alberto Urdaneta Sandoval	803
La jubilación frente a los cambios jurisprudenciales. Su impacto en las relaciones de trabajo. Alsacia Vahlis Aguilar	845
Las bases constitucionales del régimen de prestaciones sociales a propósito de una reforma pendiente por mandato constitucional. Carmen Zuleta de Merchán	859

PÁG. 12 blanca

Palabras Preliminares

La presente obra, **Ensayos Laborales**, contiene treinta y un estudios preparados por docentes de diversas Universidades, nacionales y extranjeras, no necesariamente abogados, y profesionales del derecho en sus otras vertientes, judicatura y ejercicio libre, que han querido colaborar con esta nueva publicación del Tribunal Supremo de Justicia, la Número 12 de la Colección *Estudios Jurídicos*.

Los temas de las colaboraciones, relacionados con el Derecho del Trabajo sustantivo, cubren una múltiple variedad: al lado de los tradicionales, enfocados a la luz de nuevas ideas (salario, jornada, accidentes del trabajo y su resarcimiento, deberes de prevención y seguridad, daño moral, libertad sindical, trabajadores rurales, entre otros), se consiguen los dedicados a materias más especializadas, a título de ejemplo: la reforma de la ley laboral por mandato constitucional, comentarios de sentencias, las zonas grises, la Ley de Alimentación, la prescripción como instituto de derecho sustantivo, la flexibilidad laboral, los planes de retiro en paquete cerrado y bajo otras modalidades, la protección de la paternidad.

Se ha cubierto, pues, una variada gama de posibles líneas de investigación que, indudablemente, servirá de fuente de necesaria revisión para quienes ejercen la profesión de abogado, la docencia o se dedican a la investigación. Pero especialmente la obra va dirigida a quienes se forman en nuestras Universidades, nacionales y privadas, para obtener un título, sea de Abogado, Especialista, Magister o Doctor.

Deseamos, para terminar, agradecer a los colaboradores de esta obra la generosidad de sus aportes y esperamos que la misma sea recibida con el beneplácito con que han sido acogidas nuestras anteriores publicaciones.

Caracas, 1 de agosto de 2005.

Omar Alfredo Mora Díaz.

PÁG. 12 blanca

Presentación

I. Este libro, el número 12 de la *Colección de Estudios Jurídicos*, **Ensayos Laborales**, divulga treinta y un trabajos, preparados por profesionales de distintas ramas del saber, en su mayoría docentes en Universidades nacionales y extranjeras, que versan sobre diferentes temas vinculados con el Derecho del Trabajo sustantivo.

II. Por orden alfabético redifunden las siguientes colaboraciones:

1. Marjorie Acevedo Galindo (**La protección a la maternidad y la paternidad**) se propone “llamar la atención y sensibilizar al foro legislativo, hacia las modificaciones que son necesarias (... en la materia que estudia...), sobre todo en vistas de una reforma de la Ley Orgánica del Trabajo”: Luego de referirse al principio de la no discriminación e igualdad ante la ley, comenta la normativa constitucional vigente en el país y a la protección que, a la maternidad y a la paternidad, rigen en la legislación sustantiva del trabajo y en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social.

2. Julio R. Alfonzo Sotillo (**Los Accidentes del Trabajo y su resarcimiento según la Jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia**) expone “algunas reflexiones en materia de reparación de los infortunios laborales, con fundamento en la doctrina expresada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con motivo de los accidentes del trabajo; definiéndose para ello, este último término, según las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo”. Destaca, asimismo, “la observancia de una tendencia a la interpretación amplia del señalado concepto en la jurisprudencia administrativa y laboral de la instancia, lo que puede llevar a imprecisiones en su aplicación, pues, no todo accidente sufrido por un trabajador debe necesariamente ser de naturaleza laboral, ni habiendo ocurrido éste, el empleador estará siempre obligado a la reparación del mismo, conforme nuestra legislación laboral”.

3. Julio Cesar Álvarez (**Adaptabilidad de las empresas de trabajo temporal en Venezuela y el nuevo equilibrio de intereses**) expone este “novísimo esquema protector”, analiza detalladamente la regulación normativa define de este sujeto del derecho laboral, creado por el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 25 de enero de 1999, e indica el poco desarrollo que ha tenido en el territorio nacional, a pesar de su “arraigo e importancia (...) en Europa y otros países de Latinoamérica”. En relación a su futuro en nuestro país, entre otras conclusiones, señala, que el mismo “recae sobre la voluntad del gobierno nacional a través del Ministerio del ramo, a fin de darle la legitimidad necesaria para su existencia”.

4. Luis Alfredo Araque Benzo (**Perspectivas futuras en materia laboral y de seguridad social en Venezuela**), fundado en el silencio generalizado sobre el tema, propone “algunas ideas sobre la situación actual del país” en el campo estudiado y “especialmente sobre cual podría ser nuestro porvenir en ese campo si se profundizan las tendencias actuales, y qué deberíamos hacer si se decidiera cambiar el rumbo que desde hace muchos años hemos emprendido”. A su juicio, “la ruta que hasta ahora hemos transitado no nos lleva a buen destino”, particularmente “en los últimos, en los cuales las relaciones de trabajo han sido condicionadas de manera importante por los intereses políticos con graves trastornos en el movimiento sindical y unos índices de desempleo y de empleo informal que, unidos a la falta de inversión y al cierre de muchas empresas industriales, hacen prever una situación muy preocupante en el mundo del trabajo”.

5. Susana Atencio Shank-Serrano (**Las relaciones de trabajo en el contexto de la globalización**) aborda “las transformaciones operadas en el mundo del trabajo derivadas de los cambios ocurridos en los sistemas económicos y políticos en el escenario actual globalizado”. Como consecuencia, considera importante no sólo estudiar esta situación sino su discusión, con miras “de adelantar proposiciones y estrategias que orienten la solución de los ya presentes conflictos producto de la incongruencia existente entre los sistemas productivos y su regulación jurídica”, con la subsiguiente necesidad de adaptarla a los nuevos tiempos.

6. Gregor Barschi Abisman (**La ambivalencia del Acta de Conciliación y Mediación en el caso Diposa**) plantea, una vez, más el tema de las “zonas grises” entre el Derecho Mercantil y el del Trabajo, caracterizada, *inter alia*, “por la voluntad contractual de las personas y por las modalidades de prestación personal de servicios” por lo cual “el contrato (...) de trabajo coexiste con diversas modalidades negociables tales como el Contrato de Concesión o también llamado de distribución, el Contrato de Obra y el Contrato de Sociedad”, donde se materializa una prestación de servicios personales no regulada por el Derecho del Trabajo. Con esta base se adentra en consideraciones sobre las varias decisiones recaídas en los denominados casos DIPOSA (Distribuidora Polar S.A.).

7. José Dionicio Benaventa Mirabal [**La solicitud sexual en las relaciones de trabajo (Acoso u hostigamiento sexual en el trabajo)**], en vista del poco interés que se le ha dado a la materia en nuestro país, persigue, con su investigación, motivar a la comunidad jurídica nacional al estudio del tema con miras a mejorar las relaciones de los trabajadores entre sí y de éstos con la empresa, lo cual se reflejará, a su entender, en un mayor respeto, productividad, participación y comunicación, tanto en el sector público como en el privado.

8. Gabriela Briceño Voirin (**Los trabajadores no asociados, ¿zona gris del Derecho del Trabajo?**), ante el incremento de las cooperativas en nuestro país (aproximadamente unas treinta mil), se plantea la problemática relacionada con la regulación del trabajo que en ellas se ejecuta. En este sentido, distingue las labores materializadas por los trabajadores “asociados” y por los “no asociados”. El de los primeros, señala, revoluciona las formas tradicionales por cuanto es considerada una opción distinta tanto al trabajo independiente como al hecho por cuenta propia; las dudas se presentan en relación con el trabajo de los segundos, al cual, “por disposición expresa de la LEAC (Ley de Asociaciones Cooperativas), si se le aplican las disposiciones del Derecho del Trabajo”.

9. Armando J. Camejo R. (**La flexibilidad laboral: Escenarios de discusión a la luz de los procesos de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo en Venezuela 1990-2004**), además de explorar los diversos escenarios del tema en nuestro país, “aspira analizar la crisis del modelo fordista o estado del bienestar, como soporte a la imposición de un discurso neoliberal que ubica las relaciones laborales en Venezuela bajo un contenido de flexibilización que empuja a la aplicación de reformas del marco legal laboral venezolano durante las décadas de los 80 y 90”. Pretende, igualmente, “describir los cambios desarrollados en la normativa laboral venezolana a partir de 1989” como secuela del VIII plan de la nación, que conduce de “las regulaciones normativas anteriores hacia otra centrada en la regulación vía mercado”. Por último, “intenta evidenciar cómo la flexibilidad sobre el derecho del trabajo ha sido propiciada por la crisis del modelo fondista”: éste, luego de propiciar la normativa proteccionista ha implicado un movimiento contrario que “evidencia la pérdida de conquistas del movimiento de los trabajadores y la sucesiva conflictividad social”.

10. Magda Cejas Martínez (**La Formación y el Empleo del Trabajador en el marco de las Relaciones Laborales**) formula algunas reflexiones y análisis resultantes de su experiencia en la materia “y mas específicamente sobre formación y empleo en las relaciones laborales”, comprendidas en su sentido más amplio: las que “permiten articular distintos actores (las personas, los grupos, las empresas, las asociaciones patronales, las sindicales, el Estado) que tienen alcances individuales, colectivos, sociales y obviamente laborales”.

11. Gabriela Fuschino Vegas (**Respuestas a algunas interrogantes sobre la aplicación de la nueva Ley de Alimentación para los trabajadores**), con ocasión de la vigencia de esta nueva normativa, la autora se plantea diversas interrogantes en relación con la aplicación del beneficio, a las cuales responde con fundamento en decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, y en dicámenes del Ministerio del Trabajo, Consultoría Jurídica.

12. Antonio J. García García [**Reflexiones sobre la Seguridad Social a propósito de la Sentencia N° 03/2005 de la Sala Constitucional (Caso: CANTV)**], luego de “determinar el contenido, alcance, extensión y aplicación del artículo 80 de la Constitución”, expresa sus dudas en relación con el “significado mismo de la Seguridad Social y a si la participación solidaria de la familia y la sociedad en el cumplimiento de la obligación de garantizar la dignidad humana de los ancianos y ancianas por parte del Estado, abarca también a los entes distintos de la República que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, inclusive aquellos derivados de la convención colectiva, esto es, si el monto que pagan los sistemas alternativos de jubilación y pensiones no pueden ser inferiores al salario mínimo urbano, todo lo cual, eventualmente originó la admisión y posterior procedencia de la solicitud de revisión incoada”. Termina formulándose una interrogante, que deja al lector como motivo de reflexión: si, como resultado del fallo analizado, “¿No será procedente una eventual responsabilidad del Estado frente a la CANTV?”

13. Juan García Vara (**La prescripción cuando las actuaciones judiciales que logran la interrupción fueron anuladas por una reposición o por una perención**) se refiere, sin pretender argumentar en contra del instituto y de su valor a favor del accionado, “directa y concretamente con la procedencia del alegato de prescripción, esgrimido en un juicio laboral por el demandado, cuando le corresponde contestar la demanda, luego que la causa ha debido reiniciarse desde el comienzo o en un estado del juicio en que anula el o los actos interruptivos de la prescripción” por considerar que, aun cuando “es una institución jurídica muy importante”, no se pueden desechar, “por artificios o fantasías, algunas causas de interrupción”. En este orden de ideas, quiere “destacar que si bien en los casos de reposición con anulación de las actuaciones del proceso, estas actuaciones no pueden producir efectos jurídicos a los fines de considerar interrumpida una prescripción, no es menos cierto que el demandado, al acudir a alguna de las etapas del proceso –que luego resultaron anuladas– tuvo conocimiento del interés o pretensión del accionante, lo que impide calificar el desinterés o la ‘inercia del acreedor’.”

14. Ana Cecilia Gerson Anzola (**Perfil jurisprudencial del derecho a la negociación colectiva**) analiza algunas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia,

en varias de sus Salas, relacionadas con la negociación colectiva y las convenciones colectivas de trabajo. Los fallos comentados “han definido e interpretado aspectos relacionados fundamentalmente con la titularidad del derecho a negociar colectivamente y con la naturaleza de la convención colectiva. Los efectos de tales pronunciamientos alcanzan materias como el carácter de los sindicatos en el proceso de negociación, su representatividad y legitimidad para negociar, la administración de la convención colectiva, la obligación de negociar, y el carácter normativo de la convención colectiva de trabajo”.

15. Mervy Enrique González Fuenmayor (**Las Novaciones Objetivas y/o Subjetivas en el Contrato de Trabajo**), con base en varias decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en varias de sus Salas, aborda la temática de las novaciones en materia laboral, partiendo de sus definiciones en materia del Derecho Civil, al tiempo que establece sus diferencias con tal figura jurídica en el Derecho Laboral. Luego de clasificarlas, define los tipos y formas que revisten en uno y otro en cada una de las citadas disciplinas, pero acentúa la investigación en el campo del Derecho del Trabajo y los efectos de aquéllas en las relaciones laborales.

16. Oscar Hernández Álvarez (**Relaciones de trabajo encubiertas. Su tratamiento en el Derecho Laboral Venezolano**) plantea el problema del fraude laboral como mecanismo de evasión de los costos de la protección legal de los trabajadores y su diferencia tanto con la simulación como con el incumplimiento de la Ley, por una parte, y por la otra, sus consecuencias. Comenta de seguidas los principios laborales utilizables como medios de defensa por los trabajadores, la normativa tendente a combatirlo y la jurisprudencia de nuestros tribunales, con especial énfasis en la del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social. A su juicio, el problema estudiado “no puede ser resuelto fácilmente por los jueces del trabajo aplicando la legislación nacional”, sino que requiere, además de la iniciativa de jueces y trabajadores, “la acción colectiva de las organizaciones sindicales y una actuación eficiente de la administración del trabajo”. Concluye su estudio formulando propuestas para una necesaria reforma legislativa.

17. Francisco Iturraspe (**Los deberes de prevención y seguridad en el cuadro de la estructura jurídica del contrato de trabajo**) intenta “poner de relieve algunos aportes nacionales y comparados sobre la materia y realizar algunas proposiciones para la elaboración doctrinaria y la discusión de este interesante tema”, luego de destacar su trascendencia gracias a “la adopción, en especial a partir de la década de los ochenta, de normas laborales internacionales y nacionales relativas a un nuevo esquema de obligaciones del empleador en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo y la consagración en la Constitución de 1999 de los deberes de seguridad y prevención”, pues le “proporcionan un relevante campo

de investigación sobre este cambio substancial en la estructura jurídica del contrato de trabajo y de la normativa jurídico-laboral”.

18. Héctor Armando Jaime Martínez (**La empresa y los grupos de empresa**) destaca el problema de delimitar el concepto de empresa, lo cual se agrava con la aparición de los grupos de empresa que “surgen como una manifestación de la concentración de capital, de los avances tecnológicos y de las nuevas formas de organización de las empresas”. Los grupos “constituyen un conjunto de sociedades dotadas de personalidad jurídica que poseen una estructura económica unitaria de carácter permanente, que, aparentemente, actúan en forma autónoma o independiente pero están sometidas a una dirección común al perseguir un interés común”. Señala los posibles modos de tratarlos: como “una unidad subyacente” o como “una solidaridad entre las sociedades que lo componen”. Aun cuando el Reglamento de la Ley del Trabajo, se inclina por esta última; la Sala de Casación Social, en fallos recientes, “se ha pronunciado por la tesis de la unidad”.

19. Andreu Lope Peña y Antonio Martín Artilles (**El Derecho de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva en España**) estudian “el desarrollo del derecho sustantivo de la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva”. Entienden por derecho sustantivo, “el contenido de la norma negociada y acordada por los agentes sociales en el ámbito sectorial y en el ámbito de la empresa, nos ofrece una visión dinámica del proceso normativo”. Para ello, presentan, con base en documentación y encuestas, la diversa posición de los interlocutores sociales y sus estrategias. Ello les permite “poner de relieve que el significado de la norma, e incluso del concepto conciliación, es diferente para los actores sociales”, cuestión que “se refleja en el desarrollo de la negociación colectiva a nivel de sector y (...) en el terreno de la empresa”, ámbito en el cual analizan “brevemente tres casos específicos de empresas que vienen desarrollando políticas, calificadas como de ‘buenas prácticas’, en el terreno de la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”.

20. Luis Tadeo Marcano Suárez (**El salario como hecho social de especial naturaleza familiar**) dedica su colaboración a “un estudio documental descriptivo, tomando como principal fuente de información el marco regulatorio y recientes criterios jurisprudenciales”. La divide en tres partes, amén de las conclusiones. Primero “presenta una noción general sobre el salario, sin ánimos de ahondar en el punto, así como las principales teorías que explican la naturaleza del mismo”. Luego comenta el “tratamiento del salario en el ordenamiento jurídico venezolano”, en sus diferentes aspectos: clases, protección legal incluyendo algunos aspectos constitucionales, su naturaleza alimentaria y termina analizando el concepto de salario mínimo obligatorio. La última “pretende enumerar algunos crite-

rios jurisprudenciales sobre el salario”, extraídos de fallos proferidos por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social.

21. Marlon M. Meza Salas (**El régimen de los trabajadores rurales en Venezuela y su deslinde de los contratos agrarios. Incidencia de la Ley de Tierras sobre dicho régimen**) “aborda el tema del trabajo en el medio rural, realizando una breve reseña del régimen vigente en Venezuela sobre el trabajador agrario o rural regulado por la Legislación Laboral, y un análisis comparativo entre dicho régimen y el previsto en la Legislación Agraria sobre los contratos agrícolas”. Incluye, además, “algunos comentarios sobre la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario dictada en el año 2001 y reformada en mayo de 2005, y su incidencia sobre el régimen del trabajador agrario o rural, advirtiendo además que hay situaciones en las que puede coexistir una relación laboral con un contrato agrario (...)”. Seguidamente, se refiere “a la sindicalización y negociación colectiva en el ámbito del trabajo rural”, y, por último, reflexiona “sobre el trabajo forzoso que podría derivar del impuesto a las tierras rurales ociosas o infrautilizadas, que regula la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario”.

22. Gerardo Mille Mille (**Normativa laboral con especial incidencia en las organizaciones empresariales**) como el título de su estudio precisa, analiza, entre los preceptos dirigidos a reglar la conducta de los empleadores, algunos que “tienen particular o especial incidencia en el mundo empresarial”, comprendiendo como tal no sólo “las empresas-patrono, sino a todas las figuras previstas y definidas” en la legislación laboral. En este sentido, interpreta la relación “productividad-producción-salario”; la situación de los profesionales universitarios; la ejecución de sentencias en los casos de grupos de empresa; la determinación de la fecha del despido cuando el empleador persiste en la medida; el uso impropio de ciertos términos legales; la continuidad de las labores en los turnos cuando no aparece el relevo; y, finalmente, la consideración del tiempo de viaje y la forma de pagarlo en determinados supuestos.

23. Jesús Montes de Oca Escalona (**La Jornada de Trabajo, el descanso y el uso del tiempo libre**) desarrolla un tema objeto de preocupación nacional e internacional en la actualidad: el del descanso del trabajador en sus diversas modalidades (diario, entre jornadas, semanal y anual), vinculado íntimamente con el de la recreación. Una de sus expresiones, en el ámbito internacional, es la reducción de la jornada en tanto herramienta para la creación de empleos a la vez el uso que se da a la misma.

24. Juenny de los Ángeles Paz Aguirre (**Reducción de la jornada de trabajo a la luz de la Constitución venezolana**) trata el tema escogido para su colabora-

ción, *la jornada de trabajo*, haciendo énfasis en su reducción, no sólo por la fatiga que produce, sino por razones de orden social (“la necesidad de que el trabajador, disponga de tiempo para participar en la vida de relación y en la vida familiar”), de naturaleza económica (en la medida en que el agotamiento del trabajador disminuye su productividad), y de política de empleo (su reducción favorece el incremento de los prestadores de servicios).

25. Juan Carlos Pró Rísquez (**La libertad económica constitucional y los grupos de empresa: Análisis de la Legislación y la Jurisprudencia laboral en Venezuela**) trata tres temas: “Primero, la problemática referida a la determinación de la existencia de un grupo de empresas, lo cual supone establecer sus características y elementos esenciales, y diferenciarlos de los accesorios o suplementarios. En segundo lugar, el alcance de los efectos que conlleva la determinación de un grupo de empresas. Finalmente, haremos un análisis de las principales sentencias que han sido dictadas en relación con este tema, en donde expondremos el conflicto que, en nuestro criterio, surge entre el principio de libertad económica y la aplicación de tesis jurídicas expansivas en relación con el grupo de empresas”.

26. Deyaeva Rojas Gutiérrez (**El daño moral: Su estimación y reparación en materia laboral**) explica el tema, “según la legislación, la jurisprudencia y la doctrina venezolanas”. Expone, primero, “la responsabilidad civil, estableciendo sus generalidades y fundamentos en nuestro Derecho Civil Venezolano” con miras a “analizar lo relativo al daño como elemento integrante de la mencionada responsabilidad”. Seguidamente, alude a los “diversos conceptos” desarrollados, en el campo de las relaciones laborales, por los autores patrios. Finalmente, señala cómo ha tratado la jurisprudencia el tema, “y muy específicamente, según el criterio y tendencia de nuestra Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia”.

27. Eleana Saldivia Alarcón (**Tutela efectiva de la libertad sindical frente al Diálogo Social**) persigue “determinar el contenido y alcance de la protección especial que otorga el Estado a los trabajadores con motivo de la libertad sindical; identificar los marcos regulatorios en el ámbito Internacional y Nacional, aplicables al derecho que tienen los trabajadores a la sindicación o asociación, a la negociación colectiva y a la autotutela; contribuir formulando criterios sobre las incidencias jurídicas, que comporta la libertad sindical a los actores de las relaciones de trabajo, a través del Diálogo Social, con la finalidad de aportar vías de solución que conduzcan a que en la aplicación de los marcos regulatorios, objeto de esta investigación, se reúnan los requisitos de confiabilidad, objetividad y validez, para garantizar la tutela efectiva de la misma”.

28. Carlos J. Sarmiento Sosa y María Elena Subero (**Reflexiones en torno al régimen pensional y la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia**) hacen “un

recorrido por distintos sistemas de seguridad social que funcionan en determinados países y (... analizan) las decisiones judiciales mencionadas (en su estudio), con referencia a los antecedentes de la jubilación, su concepto e instituciones utilizadas para su instrumentación, finalizando con las correspondientes conclusiones”. Entre éstas, destacan la necesidad de modificar el sistema establecido que, a su entender, es “la manifestación clara e inequívoca de una sociedad no democrática”. El país, afirman, “se ha convertido en un conjunto de trincheras inconexas donde cada grupo ‘atrincherado’ protege sus intereses previsionales, mientras el grueso de la población trabajadora, desprotegida, sólo tendrá la expectativa de convertirse en guerrillero, al final de su vida laboral, para lograr que le cancelen su pensión”.

29. Carlos Alberto Urdaneta Sandoval (**Plan de retiro voluntario compensado en su versión de paquete cerrado, irrenunciabilidad y mandato de no discriminación en el sistema laboral venezolano**) destaca la proliferación de planes de retiro, incentivado por un pago extraordinario, que se ofrece a quien lo acepta, basados en fines de política social y, fundamentalmente, “en razones tecnológicas, económicas o de ajuste del universo laboral por reestructuración”. A su juicio, éstos, aun cuando son negocios lícitos que generan ventajas adicionales a los beneficiarios, deben ser analizados desde el punto de vista constitucional y legal a fin de precisar que no contengan “abusos y hasta actos discriminatorios en detrimento de los derechos de los trabajadores involucrados”.

30. Alsacia Vahlis Aguilar (**La jubilación frente a los cambios jurisprudenciales: Su impacto en las relaciones de trabajo**), con motivo de la Sentencia N° 3 del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, compara la doctrina que expone en relación con la sustentada por la Sala de Casación Social sobre la materia. A juicio de la autora, se ha debido tomar en consideración “la afectación que el referido fallo pueda tener en las negociaciones de convenciones colectivas y el propio impacto en la población de trabajadores activos, quienes conjuntamente con los empleadores financian las prestaciones y contingencias previstas para la población pasiva”. Finaliza con el análisis de la preceptiva constitucional “que configura el régimen normativo constitucional de la Seguridad Social, cuya precisión y alcance ha pretendido ser desarrollado por el Legislador a partir de la Reforma de la Ley Orgánica de Seguridad Social ocurrida en el año 2000, sin que a la fecha se hayan concretado las Leyes que conforman la totalidad de los distintos Subsistemas que la conforman y que determinen con precisión el alcance de los postulados constitucionales”.

31. Carmen Zuleta de Merchán (**Las bases constitucionales del régimen de prestaciones sociales a propósito de una reforma pendiente por mandato constitucional**) recuenta el proceso evolutivo de las prestaciones sociales en el derecho

laboral venezolano para concluir afirmando que “El nuevo Estado Social de Derecho y de Justicia que inauguró la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 tiene pendiente honrar a los trabajadores con una deuda social por mandato de la Disposición Transitoria Cuarta. 3: el restablecimiento del régimen legal de las prestaciones sociales que incluya las prestaciones de antigüedad y de auxilio de cesantía como derechos adquiridos para los trabajadores en proporción al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado, estableciéndose un lapso para su prescripción de diez años”. Esta reforma que debía haber sido aprobada el año 2000, todavía duerme el sueño de los justos. El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, declaró inconstitucional la conducta negativa de la Asamblea Nacional y le dio un nuevo plazo, cuya prórroga ha sido solicitada, sin que se haya materializado el tan anunciado cambio legislativo¹.

III. El Tribunal Supremo de Justicia, una vez más, aun cuando nunca será suficiente, desea agradecer la generosa colaboración recibida en la preparación de este libro, tanto a quienes colaboraron como a quienes –sin mencionar razones– no pudieron hacerlo. Todos pusieron su grano de arena en hacerlo realidad. Espera, asimismo, que la obra sea recibida con beneplácito por la comunidad jurídica nacional a quien va dirigida.

Caracas, treinta y uno de julio de 2005

Fernando Parra Aranguren

¹ La sentencia N° 1168 de 15 de junio de 2004, declaró con lugar la solicitud de inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo Nacional y le otorgó a la Asamblea Nacional “un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente fallo, para que prepare, consulte, discuta y sancione conforme al procedimiento constitucional de elaboración de leyes orgánicas, la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, que contenga el nuevo régimen del derecho a prestaciones sociales, de conformidad con los criterios materiales y procesales contenidos en los referidos preceptos constitucionales”. Mediante oficio 1121-04 de 13 de diciembre de 2004, la Asamblea Nacional, por las razones expuestas en tal comunicación, solicitó una prórroga para cumplir con la decisión. El 18 del mismo mes y año, en la reunión de Sala, se designó Ponente a la autora de este trabajo. El 11 de enero de 2005, oficio N° ANS-31, el órgano legislativo ratificó la solicitud de prórroga. La Sala, en su reunión del 18 de dicho mes y año, encomendó la ponencia al Magistrado Francisco Carrasquero López.

La protección a la maternidad y la paternidad

Marjorie ACEVEDO GALINDO *

SUMARIO

Presentación.

1. **Principio de la no discriminación e igualdad ante la Ley.**
2. **Protección a la maternidad y a la paternidad en la Constitución de 1999.**
3. **Protección a la maternidad en la Ley Orgánica del Trabajo.**
4. **Protección a la maternidad y paternidad en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social.**

Presentación

La protección jurídico-constitucional de la familia se encuadra dentro del catálogo de los llamados derechos sociales y como tales su llegada a los textos constitucionales y las declaraciones internacionales está temporalmente hablando ubicada en siglo XX.

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Ex Profesora. **Universidad Santa María**, Especialidad en Derecho del Trabajo, Profesora. **Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas**, Juzgado Superior Segundo del Trabajo, Juez Titular por Concurso de Oposición (desde 2002). **Instituto Venezolano de Derecho Social**, Miembro de Número. **Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo Guillermo Cabanellas**, Miembro de la Junta Directiva. Autora de varias publicaciones en revistas especializadas y participante en numerosos foros y talleres.

La protección a la familia aparece regulada en las Constituciones europeas, así, en el artículo 29 de la Constitución italiana de 1948; el artículo 6 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949; los párrafos noveno y décimo del Preámbulo de la Constitución francesa de 1958, en el artículo 36 de la Constitución portuguesa de 1976, entre nosotros no existía una protección amplia de la familia, de la maternidad y la paternidad de manera integral y es sólo en la Constitución de 1999, cuando se produce una modificación sustancial, la cual quizás, ha pasado desapercibida y requiere de una especial atención en los actuales momentos.

En este trabajo nos proponemos llamar la atención y sensibilizar al foro legislativo, hacia las modificaciones que son necesarias en esta materia, sobre todo en vistas de una reforma de la Ley Orgánica del Trabajo.

1. Principio de no discriminación e igualdad ante la Ley

La mayoría de las Constituciones consagran el principio de igualdad. Circunscribiéndonos a la América Latina y haciendo una revisión de sus Constituciones nos encontramos que Argentina lo consagra en los artículos 14 y 16 de su Constitución como el derecho de todos los habitantes a trabajar y ejercer toda industria lícita (artículo 14) y la igualdad de todos los habitantes ante la Ley; igualdad en la admisión a los empleos sin otra condición que la idoneidad (artículo 16).

La Constitución brasilera es otro ejemplo, en sus artículos 3.IV consagra de manera clara la no discriminación por razón de sexo y en los artículos 5.1 XII, XLI y XXX, prohíbe diferencias en el ejercicio de funciones y en criterios de admisión por motivos de sexo, reconociendo a su vez a las mujeres, igual capacidad que al hombre; y en el artículo 7 XXX prohíbe diferencias en el ejercicio de funciones y criterios de admisión por motivos de sexo.

Paraguay tiene igual previsión. En el artículo 85 de su Constitución se establece el derecho de todos los habitantes al trabajo lícito, libremente escogido y en condiciones dignas y justas; el artículo 87 establece la prohibición de toda discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo. Sin embargo, Uruguay y Chile consagran la igualdad, en forma general, de todas las personas ante la Ley y en normas de rango legal desarrollan dicho principio (Ley 16045 en el caso de Uruguay y CT en el de Chile).

La Ley Federal del Trabajo de México consagra aspectos relativos al trabajo de la mujer y la protección a la maternidad, pero igualmente especifica que los hombres y mujeres tienen las mismas obligaciones y derechos.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, consagra de manera general la igualdad de todas las personas ante la Ley, en el artículo 21, numeral 1° se establece que “no se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona”. De manera especial la Constitución establece en el artículo 89, que “el trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado”, estableciendo para el cumplimiento de esa obligación una serie de principios entre los cuales se encuentra la prohibición de todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.

Por otra parte Venezuela ha suscrito el Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, referido a la igualdad de remuneración, el Convenio internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, los cuales tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio mas favorables a las establecidas en la Constitución (artículo 23).

En el orden legal, la Ley Orgánica del Trabajo de 1991 reformada en 1997, desarrolla el principio de igualdad que se había consagrado en la Constitución de 1961 en el artículo 61, en sus artículos 24, 26 y 29 de la siguiente manera:

Artículo 24. Toda persona tiene derecho al trabajo. El Estado procurará que toda persona apta pueda encontrar colocación que le proporcione una subsistencia digna y decorosa.

Artículo 26. Se prohíbe toda discriminación en las condiciones de trabajo basadas en edad, sexo, raza, estado civil, credo religioso, filiación política o condición social. Los infractores serán penados de conformidad con las leyes. No se considerarán discriminatorias las disposiciones especiales dictadas para proteger la maternidad y la familia, ni las encaminadas a la protección de menores, ancianos y minusválidos.

Artículo 29. Las empresas, explotaciones y establecimientos, públicos o privados, en la contratación de sus trabajadores, están obligados, en igualdad de circunstancias, a dar preferencia a los jefes de familia de uno u otro sexo hasta un setenta y cinco por ciento (75%) de sus trabajadores.

De igual manera la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en su artículo 2 establece “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica,

nacimiento o cualquier otra condición” y el artículo 7 de la misma Declaración consagra el principio de igualdad ante la ley de la siguiente manera “todos son iguales ante la ley, sin distinción, derecho a igual protección ante la Ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Igual consagración nos trae la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948 en su artículo 2 “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra ninguna”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 2, también consagra este derecho.

Como se puede observar, la tendencia de todas las Constituciones, Declaraciones y Pactos, que se han analizado es lograr la paridad entre los sexos, que las mujeres y los hombres tengan igualdad de oportunidades, derechos y deberes en todos los ámbitos de la sociedad, que conlleva a un reparto equitativo entre la población femenina y la masculina en cuanto a derechos y responsabilidades se refiere, e implica, una igualdad de oportunidades que en suma se refleja en la independencia económica y en un igual acceso a la actividad laboral, dependiendo sólo de las capacidades personales de cada ser humano.

Sin embargo, esta paridad no implica que la mujer quede desprotegida por su condición natural de gestante.

El fundamento de las normas protectoras de la maternidad está en la situación especial (diferente) que vive la mujer en razón de la maternidad. Por ello, se hace necesario establecer y mantener las reglas protectoras de la maternidad la cual es aceptada unánimemente por todas las legislaciones y preocupación constante desde la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1919 hasta 1950, lapso en el cual se hizo hincapié en la protección de la mujer trabajadora, sin que pueda pensarse que dichas regulaciones sean un atentado contra el principio de igualdad.

Para Carmen Zuleta de Merchán¹ ese régimen de protección especial debe referirse a las disposiciones legales que protegen a la mujer contra factores de discriminación que padecen en el mercado de trabajo, pensamiento que compartimos, pero

¹ ZULETA DE MERCHÁN, Carmen. **Protección Laboral de la Maternidad y la Familia.**

para otros, como Fernando Villasmil Briceño piensan que lo que en realidad privó en la mente del constituyente fue la visión machista que presupone la necesidad de brindar protección especial a la mujer, por tratarse supuestamente de un ser débil, inferior al hombre en lo que concierne a la capacidad de trabajo²

Las primeras normas protectoras de la maternidad, como ya se expresó, fueron dictadas por la OIT en el convenio N° 3, el cual precisó los principios fundamentales de la protección a la maternidad (derecho a una licencia por maternidad, prestaciones en dinero y médicas, seguridad del empleo y no discriminación) y estaban dirigidas a prohibir que la mujer realizara determinados trabajos y que laborara en determinadas horas por el peligro que representan. Así se prohibió la labor de las mujeres en trabajos peligrosos, insalubres, subterráneos, en las minas, en canteras y en el horario nocturno.

El convenio N° 3 ha sido revisado en dos ocasiones. De la primera revisión, en 1952, surge el convenio N° 103 que mantiene los mismos principios fundamentales, pero resulta más explicativo en cuanto a la duración de la asistencia médica, durante todo el período de gestación hasta después del parto y previó los permisos para lactancia, contándolos como horas efectivas de trabajo. La segunda revisión efectuada en la 88ª Conferencia Internacional del Trabajo (junio 2000) mantiene los principios fundamentales de protección a la maternidad y añade la protección a todas las mujeres empleadas, protección a la mujer no sólo cuando presente enfermedades que sean consecuencia directa del embarazo o del parto, sino también a las complicaciones que puedan derivarse de éstos; establece un período de protección en el empleo más largo y la obligación de los miembros de adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo.

Estas revisiones del convenio N° 3 son el resultado de la toma de conciencia de los cambios sucedidos en las sociedades y en particular en la incorporación y nuevos roles desempeñados por las mujeres, las cuales irrumpieron en el mundo económico y laboral, poniendo el interés de los países en los importantes asuntos de política familiar, y ante la variación de las condiciones de trabajo, se pensó que tales normas constituían una fuente de discriminación que obstaculizaban la plena integración de la mujer, algunas legislaciones, entre ellas la nuestra, introdujo reformas a la Ley de 1936 que apuntaba en esa orientación, adoptando un criterio de protección a la mujer en su actividad profesional.

² VILLASMIL BRICEÑO, Fernando. **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo**. Volumen II. Caracas. Paredes Editores. 1993, p. 164.

En la revisión que ha hecho la OIT en las reuniones celebradas en San Salvador, en junio de 2001³, donde se trató el tema del Convenio N° 183, Temas en la Agenda, se concluyó lo siguiente:

Al revisar la historia del trabajo, nos damos cuenta que las sociedades han edificado una barrera entre el trabajo productivo y el trabajo reproductivo; y han asignado roles diferenciados a hombres y mujeres, y otorgando distintos valores a sus quehaceres y a sus seres. A los hombres se les caracteriza como los hacedores del trabajo productivo, entendido éste como el quehacer que transforma el mundo y al cual se le asigna una remuneración económica, un valor que se traduce no solo en dinero sino también en todo lo que lo rodea: bienes, poder, toma de decisiones, libertad de movimiento, de expresión, etc. A las mujeres se les caracteriza por el trabajo reproductivo: la procreación y reproducción de la especie humana que hace posible la transformación de las sociedades, las cosas y el universo. Este trabajo es considerado como parte de la naturaleza humana de las mujeres y no se le adjudica ningún valor que se traduzca en dinero, en poder, en derechos, etc. Se les limita a lo privado, al hogar, a la casa, a los hijos, a la familia, etc.

...

Las sociedades, las culturas y los seres humanos han evolucionado y hoy vemos como gobiernos, instituciones, organizaciones, hombres y mujeres se preocupan y luchan porque la igualdad deje de ser un principio abstracto y se concrete en acciones que nos lleven a lograr la equidad entre los géneros...”.

En cuanto a Venezuela ha denunciado el convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), Convenio N° 103 en fecha 28 de octubre de 1985.

La adopción del Convenio N° 100 en 1951 y la Recomendación N° 90 sobre la igualdad de remuneración, el cual fue ratificado por Venezuela el 10 de agosto de 1982, los Estados miembros de la OIT se han comprometido a fomentar la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor, a tal punto que el trabajo debe evaluarse según las tareas que abarcan y no sobre la base de las personas que desempeñan esas tareas. Los países que han ratificado este convenio han logrado un avance considerable en la concesión de prestaciones por maternidad a las mujeres trabajadoras pero no se ha logrado una cobertura universal a todas las trabajadoras, sin que se haya podido resolver, hasta los momentos, el problema fundamental que afronta la mayoría de las trabajadoras en algún momento de su vida profesional como es la desigualdad de trato en el empleo debido a su función reproductora, encontrándonos expuestas a perder el puesto de trabajo.

³ <http://www.cinterfor.org.uy>

Nuestra legislación laboral vigente, consagra de manera clara la igualdad entre los sexos ante el trabajo, en el artículo 379 el cual estatuye:

Artículo 379 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que la mujer trabajadora gozará de todos los derechos garantizados en esta Ley y su Reglamentación a los trabajadores en general y no podrá ser objeto de diferencias en cuanto a la remuneración y demás condiciones de trabajo, exceptuando las normas dictadas específicamente para proteger a la mujer en su vida familiar, salud, embarazo y maternidad.

Artículo éste que según Fernando Villasmil⁴, es el liberador de la mujer trabajadora, la mujer obtiene cuando menos, el derecho a un tratamiento igual al del hombre en lo que concierne a los derechos y obligaciones que se derivan del contrato o relación de trabajo.

Como ejemplo de esta orientación se encuentra la política que en materia de familia ha adoptado el gobierno noruego, quien ha dirigido su acción a lograr la paridad entre ambos sexos que ha dado como resultado entre otras legislaciones la Ley Sobre el Aborto Voluntario de 1978 y la Ley de Igualdad de Oportunidades entre ambos sexos de 1979, cuerpos legales éstos que según el Gobierno han contribuido en gran medida a cambiar las modalidades de convivencia y la vida cotidiana. Su objetivo es lograr que hombres y mujeres puedan compaginar la vida laboral y el cuidado de los hijos, instaurando la excedencia remunerada por nacimiento de un hijo que incluye una cuota paterna, cuatro semanas del tiempo de excedencia se reservan al padre y la independencia de los derechos adquiridos de los padres.

La duración de esa excedencia es de un año, con derecho a percibir el 80% del salario o alternativamente, de 42 semanas sin merma de remuneración. La cuota paterna ha hecho que ocho de cada diez padres se queden en el hogar cuidando a su hijo. La cuota paterna ha demostrado según los noruegos, ser un medio eficaz de que los padres se dediquen a cuidar a sus hijos mas pequeños y demuestran así que la legislación puede influir en la conducta de los individuos.

En 1979 Noruega creó un comisionado para la defensa de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre los sexos y algunos opinan que Noruega ha logrado por completo la paridad y en el trabajo político se nota netamente que ambos sexos están representados, pero aún no se conforman y el Gobierno presentó una propuesta en el 2001 de nueva Ley de Igualdad de oportunidad entre los sexos, en uno de sus puntos principales estaba especialmente la igualdad de salario, la prevención del

⁴ VILLASMIL BRICEÑO, Fernando. Ob. cit.

acoso sexual y la protección reforzada de los hombres en materia de excedencia por maternidad.

Es de hacer notar que la tasa de participación femenina en la vida activa de Noruega es alta cuando la tasa de natalidad también lo es.

2. Protección a la maternidad y a la paternidad en la Constitución de 1999

El artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basado en valores éticos y científicos.

El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos o asistirlos cuando aquél o aquélla no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

Así, la Constitución ha replanteado el rol de la madre y del padre dentro de la institución familiar, y la protección que se le debe brindar a ambos, lo cual a mi manera de ver aún no ha sido entendido por nuestros legisladores, ni por la doctrina ni la jurisprudencia.

La Exposición de Motivos al referirse al tema de esta protección especial lo analiza de la siguiente manera:

...La corresponsabilidad entre sociedad y Estado, el sentido de progresividad de los derechos, la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos constituyen una herramienta doctrinaria que define una nueva relación de derechos y obligaciones entre sujetos que participan solidariamente en la construcción de una sociedad democrática, participativa, autogestionaria y protagónica. La equidad de género que transversaliza todo el texto constitucional define la nueva relación que en lo jurídico, en lo familiar, en lo político, en lo socio-económico y cultural, caracteriza a la nueva sociedad, en el uso y disfrute de las oportunidades. Queda eviden-

ciado a lo largo de todo el texto constitucional el uso del género femenino, expresamente indicado de acuerdo con las recomendaciones de la Organización para la Educación y la Cultura de las Naciones Unidas (UNESCO) y de diversas organizaciones no gubernamentales, todo lo cual se inscribe dentro del principio de igualdad y no discriminación reconocido por el texto constitucional, con el objeto de evitar dudas o equívocas interpretaciones de la Constitución...

Por sentencia dictada el 21 de febrero de 2001 la Sala Constitucional en el amparo intentado por C.M. Díaz en el cual se hizo un planteamiento novedoso basado en que la Constitución establece como garantía la protección integral de la maternidad y la paternidad desde el mismo momento de la concepción entendiéndose consecuentemente que el padre goza en igualdad de condiciones de los mismos derechos y obligaciones que la madre, ocurrió por la vía de amparo para que se le garantizara su derecho con fundamento en los artículos 75, 76, 88 y 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con los artículos 1, 2, 5, y 8 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por violación de las garantías mencionadas y sean restituidos los derechos constitucionales que le han sido lesionados, en virtud de que por disposición de las normas constitucionales goza en los actuales momentos de un fuero especial equiparable en cuanto a sus efectos del fuero maternal previsto en la derogada Constitución de 1961, por cuanto adujo que fue removido del cargo cuando su esposa se encontraba embarazada con aproximadamente veinte semanas de gestación, motivo por el cual pretende disfrutar de un derecho que corresponde a ésta.

La Sala decidió declarar improcedente la acción de amparo con fundamento en los siguientes motivos:

...Para que proceda la acción de amparo es menester que el acto, hecho u omisión, haya producido una perturbación real y manifiesta al derecho constitucional cuya protección jurisdiccional se solicita. Así, en caso contrario no se dará origen, ni por lo tanto procederá la orden judicial de amparo, en razón de la inexistencia de una situación jurídica constitucional infringida.

En el caso que nos ocupa, el accionante ciudadano CARLOS MANUEL DÍAZ REYES, alega: "... cuando fui removido del cargo en referencia, mi esposa se encontraba con aproximadamente veinte (20) semanas de gestación, como puede apreciarse en el examen médico adjunto...". Y con base en ello solicita que "... sean restituidos los derechos constitucionales que me han sido lesionados, en virtud de que por disposición de las normas constitucionales antes citadas gozo en los actuales momentos de un fuero especial equiparable en cuanto a sus efectos al fuero maternal ...".

Sin duda, la expuesta por el promovente, es una versión excéntrica acerca de la jerarquía y protección especial que el orden jurídico, constitucional y legal, confiere a la maternidad. Sin embargo, ella puede llevar a una grave distorsión del sentido y alcance del conjunto normativo instituido en salvaguarda de la familia y de la trascendente función social que ella cumple. Tal orden, también se expresa en disposiciones que, por su contenido teleológico y naturaleza de la materia regulada, tiene sujetos o fines específicos, a los cuales están constreñidas las disposiciones que lo integran. La Constitución, al igual que cualquier otro instrumento jurídico-normativo, debe ser analizada y entendida dentro del marco del principio de armonía y coherencia de sus disposiciones. Así, las atinentes a los derechos y garantías constitucionales, integran un sistema de variables interdependientes que debe mantenerse en permanente equilibrio en aras del bien común. De manera que la interpretación y aplicación de preceptos de rango constitucional referentes, de manera directa, a un orden de cosas, no puede derivar en detrimento de garantías o privación de derechos de igual rango en otro ámbito de lo social.

Analizados los elementos expuestos por el accionante en el escrito contenido de la acción de amparo constitucional, la Sala observa que el accionante aduce que goza de un fuero especial equiparable, en cuanto a sus efectos, al fuero maternal previsto en la Ley Orgánica del Trabajo vigente, por la circunstancia de que su esposa se encontraba embarazada, motivo por el cual pretende disfrutar de un derecho que corresponde a ésta. Ahora bien, aun cuando es cierto que nuestra Constitución establece la igualdad y la prohibición de todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición, el accionante no puede pretender una protección laboral que corresponde a la categoría de género para el que ha sido legalmente instituida.

En razón de que las pretendidas violaciones constitucionales atribuidas al oficio N° F-760 de fecha 13 de julio del año 2000, emanado del Ministro de Finanzas, mediante el cual fue removido el accionante del cargo de Gerente de la Aduana Subalterna “El Yaque”, ubicado en el Estado Nueva Esparta, no son subsumibles en la esfera del derecho constitucional alegado como vulnerado, la pretensión del accionante resulta manifiestamente contraria a derecho, la Sala la declara improcedente *in limine*, y amonesta al quejoso y a la abogada asistente por su temeridad e insólita acción, conforme lo dispone el artículo 28 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

Ahora bien, la Sala en diversas decisiones como la proferida en fecha 22 de agosto de 2001, ha tratado el tema de la jurisdicción normativa, resolviendo el proble-

ma de la falta de regulación legal, otorgando la protección necesaria, en especial cuando estamos en presencia de un derecho humano incluido dentro de la categoría de derechos sociales, jurisdicción normativa ésta que ha sido tratada en el siguiente sentido:

“...Jurisdicción Normativa. Esta Sala Constitucional, desde sus primeros fallos (José Amando Mejía, Corpoturismo, Servio Tulio León), ha venido sosteniendo que las normas constitucionales, en particular los Derechos Humanos, los derechos que desarrollan directamente el Estado social, las garantías y los deberes, son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas. Para lograr tal aplicación inmediata, la Sala se ha basado en la letra del artículo 335 constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máximo garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República.

En base a dicha norma (artículo 335), en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente.

Se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia.

Por esta vía no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal, como ocurrió en los fallos que tratan sobre los derechos e intereses difusos o colectivos (Casos: Defensoría del Pueblo del 30-06-00; William Ojeda del 31-08-00; Veedores de la UCAB del 23-08-00); o el que se refirió a la legitimación en juicio de la sociedad civil (Caso: Gobernadores del 21-11-00); o el que resolvió lo relativo al *habeas data* (Caso: Insaca del 14-03-01), sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de dichas leyes, y jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales, por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse. Esto último sucedió, por ejemplo, con el procedimiento de amparo (Caso: José Amando Mejía del 1º-02-00).

Este ejercicio de la jurisdicción con efecto normativo provisorio, ha funcionado cuando se ha planteado un caso de violación constitucional concreto que ha de ser resuelto, no siendo ello posible, cuando lo que se pide

es una interpretación constitucional en abstracto, si es la ley aún no dictada quien debe desarrollar la norma constitucional (sentencia del 5 de octubre de 2000, Exp. 00-1236, Caso: Hermann Escarrá).

A esta especie de ejercicio de la jurisdicción se le critica que es fuente de incertidumbre, que no se encuentra prevenida en la ley, y que afecta la seguridad jurídica por falta de predictibilidad. Sobre la crítica, la Sala considera que el artículo 335 constitucional permite la jurisdicción normativa, sobre todo con relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta Fundamental, que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el legislador tuviere a bien desarrollarlas, quedando en suspenso su efectividad en el tiempo. Por ello, tal inmovilismo constitucional ha sido rechazado por esta Sala, por aplicación inmediata de los principios constitucionales (ver sentencia José Amando Mejía).

Resulta una crítica tendenciosa, la supuesta incertidumbre que causa la Sala con este tipo de interpretación, ya que la interpretación constitucional sólo funciona cuando no existe ley que desarrolle la norma constitucional, o ella sea contraria a la Constitución, y siempre la interpretación queda proyectada hacia el futuro, permitiendo que los ciudadanos (a futuro) se adapten a ella, motivo por el cual las sentencias se difunden y se publican en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

La “*jurisdicción normativa*” estaba prevista en la Ley de Registro Público de 1940, para que la ejerciera la Corte Federal (artículo 11 de dicha Ley de Registro Público), y en los últimos años de la extinta Corte Suprema de Justicia, fue ampliamente ejercida –sin base legal alguna– tanto por la Sala de Casación Civil, como por la Sala Político-Administrativa.

La Sala de Casación Civil, perversamente cambiaba a cada momento los requisitos de la llamada técnica del recurso de casación, los cuales no aparecían en ninguna ley; y así, formalizaciones basadas en la “*técnica*” aceptada por la Sala en un fallo eran declaradas inadmisibles, ya que sin previo aviso se cambiaban los requisitos de la “*técnica*” con motivo del nuevo fallo donde se desechaba la anterior formalidad. La Sala Político-Administrativa, a su vez, fue creando una teoría del proceso de amparo que no estaba en ninguna ley, aceptando el “amparo sobrevenido”, y cambiando *contra legem* las competencias señaladas en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, lo que hubo de ser regularizado por esta Sala para aplicar la ley (Caso: Yoslena Chanchamire).

Ha sido así, que esta Sala, fundada en el artículo 335 constitucional, para que los principios, derechos, garantías y deberes constitucionales tengan aplicación inmediata, ha ido creando interpretaciones vinculantes que

llenen los vacíos provenientes de la falta de desarrollo legislativo de las normas constitucionales, o de la existencia de una situación de desarrollo atrofiado de las mismas, producto de la ley.

Cuando la jurisdicción es ejercida por el juez constitucional con el fin de mantener la supremacía, eficacia e integridad de la Constitución, las normas clásicas que rigen el proceso civil sufren una distensión así como los postulados del principio dispositivo, ya que los principios y normas constitucionales no pueden quedar limitados procesalmente por planteamientos formales, o por instituciones que impiden o minimicen la aplicación de la Constitución.

A juicio de esta Sala, hay que distinguir las materias constitucionales reguladas por la ley, la cual determina el cómo han de invocarse los derechos subjetivos del accionante, y qué requisitos se exigen para ello (como ocurre con la acción de amparo, por ejemplo) de aquéllas que aún carecen de desarrollo legal, por no existir leyes especiales que las rijan, cual es el caso de las acciones fundadas en derechos e intereses difusos o colectivos.

En estos últimos supuestos, al igual que otros aún no desarrollados por la ley, como lo son, por ejemplo, instituciones como la revisión o la interpretación constitucional, la Sala, con el fin que dichas instituciones o acciones se apliquen de inmediato, ante el silencio legal, no se guía estrictamente por los postulados del principio dispositivo contenidos en el Código de Procedimiento Civil y otras leyes procesales como el Código Orgánico Procesal Penal, ya que por encima de ellos se encuentra la aplicación directa de los derechos constitucionales, ni asume para los procesos que hayan de tener lugar con relación al ejercicio de esos derechos, el formalismo establecido en el Código de Procedimiento Civil, ya que es deber de la Sala, debido al mandato constitucional, contenido en el artículo 26 del Texto Fundamental, implementar para estos procesos aun no establecidos en la ley, el proceso oral, con las características que exige el citado artículo 26 constitucional.

Conforme a esta posición, que ya ha sido sostenida por la Sala desde el fallo del 1º de febrero de 2000, la Sala no sólo puede reformar y aplicar procesos ya existentes, adaptándolos al artículo 26 citado, sino que ante los efectos extensivos de una declaratoria sobre los alcances de la norma constitucional, que puede perjudicar a terceros, siendo lo lógico llamarlos a juicio, puede ordenarlo, así el accionante ni siquiera los haya mencionado, pero siempre que el Juez Constitucional tenga certeza de que puedan verse afectados en sus derechos e intereses, debido a los efectos *erga omnes* del fallo, o considere que deben participar en alguna forma en el proceso por ser necesariamente co-obligados en la prestación que se demanda.

Así mismo, ante la ausencia de procedimientos señalados en las leyes, y la necesidad de adaptar el proceso a las previsiones del artículo 26 de la vigente Constitución, la Sala, a fin de que dicho artículo tenga vigencia, ha implantado a procesos ya existentes, los requisitos de oralidad, gratuidad, celeridad, ausencia de dilaciones indebidas y formalismo inútiles (no esenciales), que informan a nivel constitucional la administración de justicia, como ya lo hizo con el procedimiento de amparo en sentencia del 1° de febrero de 2000 (Caso: José Amando Mejía)...”.

Con lo cual tal vez pudo conferírsele alguna protección al recurrente en amparo ponderando su situación, desarrollando la protección constitucional de la paternidad y de la familia.

En el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo presentado por la Comisión Permanente de Desarrollo Social Integral, borrador preliminar, en el informe del proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, para su segunda discusión se propuso la incorporación de un nuevo artículo en el siguiente sentido:

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO TERCERO: Se propone incorporar un *nuevo artículo* en el Título VI, inmediatamente después del artículo 395 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo XXX. “El trabajador tendrá derecho a una licencia de paternidad de cinco (5) días hábiles después del nacimiento de un hijo. Cuando un trabajador solicite inmediatamente después de la licencia de paternidad las vacaciones a que tuviere derecho, el *empleador* estará obligado a concedérselas.

El trabajador disfrutará de inamovilidad laboral hasta un período de sesenta (60) días después del nacimiento de un hijo.

Sin embargo, pensamos que dicha inamovilidad no debe establecerse desde el nacimiento de un hijo, ya que es necesario otorgar la protección en el sentido de que pueda abarcar los momentos mas importantes de la gestación, como lo sería el momento antes del nacimiento del hijo, por lo que pensamos sería conveniente establecer esa inamovilidad desde treinta días antes de la fecha probable del parto y hasta los sesenta días después del nacimiento de un hijo.

De igual manera, pensamos que toda esta protección se otorga en función del resguardo de la institución familiar, entendida como la que se forma a través del matrimonio, como de las uniones estables, tal como lo prevé la Constitución en su artículo 77, en tal sentido la inamovilidad que se está proponiendo en el párrafo anterior debe ser acordada a los padres cuando se trate de hijos provenientes de

uniones matrimoniales o estables, ya que admitir una apertura en este campo, podría ocasionar serios problemas a nivel de filiación que pudieran incluso derivar en acciones fraudulentas, con graves perjuicios para la Institución y para la adecuada protección.

Esta misma situación ha sido planteada a nivel mundial en esa búsqueda de equiparación de derechos. En España por ejemplo, se han presentado a nivel de la banca por parte de los Sindicatos (COMFIA-CC.OO del BVVA) algunas propuestas con la necesidad de negociar un plan de igualdad entre hombres y mujeres detallamos algunos de los derechos que a nivel sindical se han desarrollado tratando de lograr ese equilibrio de géneros:

A. En cuanto al descanso por maternidad/paternidad presentaron una propuesta de que las últimas diez semanas del permiso de maternidad/paternidad se podrán disfrutar en jornada a tiempo parcial, convirtiéndolas en 20 semanas. Esta modalidad de permiso se puede solicitar en cualquier momento del período de descanso y lo pueden disfrutar el padre o la madre de forma simultánea o continuada si ambos trabajan.

Para disfrutar de esa modalidad es imprescindible el acuerdo previo con la empresa.

B. En el momento del nacimiento de un hijo la administración de personal facilita el certificado necesario para solicitar la prestación a la Seguridad Social durante el período de descanso. Este período lo pueden disfrutar las 6 primeras semanas obligatoriamente la madre y las diez restantes, el padre o la madre siempre que ella esté dada de alta en el momento del nacimiento.

A nivel legal algunos países han tratado de dar alguna protección a la paternidad concediendo licencias de paternidad que otorga días libres al padre con ocasión del nacimiento de su hijo o hija con el propósito de incorporar al padre en la crianza de los hijos y ha sido regulada en Brasil (5 días), Argentina y Paraguay (2 días) y Chile (1 día), Uruguay la normativa solo alcanza a los funcionarios públicos (3 días), pero es una práctica extendida en los convenios colectivos. En Colombia, se contempla la facultad de la madre de ceder al padre una de las 12 semanas de su descanso por maternidad. La modificación a la normativa en Chile amplió la licencia de paternidad en caso de muerte de la trabajadora durante el parto o durante la licencia posterior a éste. En este caso, el resto del tiempo de licencia destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre. Siguiendo el mismo criterio, en Argentina se presentó un proyecto de ley, actualmente en discusión (Márquez, 1998).

En Venezuela no se contempla ni siquiera tal posibilidad a nivel legal, sino que por vía contractual se le ha concedido este derecho al padre.

De igual manera en materia de servicios de apoyo para el cuidado de hijos menores de la mujer trabajadora se han dictado normas proteccionistas como es el caso de las guarderías, sin embargo, se han desplegado serios esfuerzos para ampliar la cobertura al cuidado infantil y modificar la normativa que restringe este beneficio sólo a los hijos de las trabajadoras y a empresas con determinado número de mujeres como es el caso de Brasil.

En Venezuela este beneficio está contemplado en el artículo 391 de la Ley Orgánica del Trabajo en el cual se establece que el patrono que ocupe mas de veinte trabajadores deberá mantener una guardería infantil donde puedan dejar a sus hijos durante la jornada de trabajo, con ello se benefician los hijos tanto de las mujeres trabajadoras, como los hijos de los hombres trabajadores.

Las legislaciones que aún no contemplan ningún tipo de protección a los trabajadores refuerzan la idea de que las responsabilidades familiares no se miran desde el punto de vista de la familia, ni brindan una protección integral, sino como una responsabilidad exclusiva de las mujeres.

3. Protección a la maternidad en la Ley Orgánica del Trabajo

La protección laboral a la maternidad se patentiza en Venezuela desde la Ley del Trabajo promulgada en 1936 en el Capítulo V, bajo el epígrafe “Del Trabajo de las mujeres y menores”. Con ello le daba un trato proteccionista a dos grupos disímiles, como si se tratara de una misma categoría, tal vez con la justificación de que ambos grupos se encuentran en una situación de debilidad jurídica, física y la necesidad de protegerlos debido a sus condiciones fisiológicas, lo que conllevó a dictar normas que tendían a la prohibición de ciertas labores. Esta orientación en la legislación fue modificada a raíz de la reforma de la Ley del Trabajo en 1991.

Con la reforma de la Ley del Trabajo y promulgarse la Ley Orgánica del Trabajo en 1991 se modificó el régimen establecido en la Ley de 1936, separándose dos categorías de protección como lo son las mujeres y menores, creándose así dos protecciones diferentes, una referida a los menores y aprendices contenida en los artículos 247 al 272 y otra que regula la protección legal de la maternidad y la familia en los artículos 379 al 394.

El artículo 379 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que la mujer trabajadora gozará de todos los derechos garantizados en esta Ley y su Reglamentación a los trabajadores en general y no podrá ser objeto de diferencias en cuanto a la remuneración y demás condiciones de trabajo, exceptuando las normas dictadas específicamente para proteger a la mujer en su vida familiar, salud, embarazo y maternidad.

Venezuela ha ratificado varios convenios internacionales relativos a la promoción de la plena igualdad de la mujer, tal como el convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, referido a la igualdad de remuneración y el convenio N° 156, los cuales posibilitan utilizar vías para lograr la igualdad de trato y oportunidades.

Como consecuencia de ello fue promulgada la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer en 1999, la cual establece una serie de obligaciones al Estado para lograr una participación equitativa de la mujer en el trabajo, a generar programas de seguridad social, de formación en el trabajo y de cuidado de los niños de las madres trabajadoras.

En esta orientación referida a la igualdad de trato, fue suscrito el convenio N° 156 en la OIT, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, en 1981, ratificado por Venezuela el 27 de noviembre de 1984, tiene su fundamento en palabras de la Organización en la siguiente motivación:

...Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 3 de junio de 1981 en su sexagésima séptima reunión;

Tomando nota de los términos de la Declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, que reconoce que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades;

Tomando nota de los términos de la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras y de la resolución relativa a un plan de acción con miras a promover la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1975;

Tomando nota de las disposiciones de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo que tienen por objeto garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo, especialmente del Convenio y la Recomendación sobre igualdad de remuneración, 1951; del Convenio y la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, y de la parte VIII de la Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975;

Recordando que el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, no hace referencia expresa a las distinciones fundadas en las respon-

sabilidades familiares, y estimando que son necesarias normas complementarias a este respecto;

Tomando nota de los términos de la Recomendación sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares, 1965, y considerando los cambios registrados desde su adopción;

Tomando nota de que las Naciones Unidas y otros organismos especializados también han adoptado instrumentos sobre igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres, y recordando, en particular, el párrafo decimocuarto del preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979, en el que se indica que los Estados Partes reconocen que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia;

Reconociendo que los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares son aspectos de cuestiones más amplias relativas a la familia y a la sociedad, que deberían tenerse en cuenta en las políticas nacionales;

Reconociendo la necesidad de instaurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre éstos y los demás trabajadores;

Considerando que muchos de los problemas con que se enfrentan todos los trabajadores se agravan en el caso de los trabajadores con responsabilidades familiares, y reconociendo la necesidad de mejorar la condición de estos últimos a la vez mediante medidas que satisfagan sus necesidades particulares y mediante medidas destinadas a mejorar la condición de los trabajadores en general; ...

Este convenio se aplica a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto a los miembros de su familia directa, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Los Estados que lo ratifican deben fomentar la igualdad de posibilidades y de trato de los trabajadores con responsabilidades familiares y ésta deberá incluirse en la política nacional. En ningún caso, la responsabilidad familiar debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo. En este instrumento también se enumeran las normas internacionales del trabajo relativas a las medidas apropiadas. La Recomendación N° 165 complementa este convenio.

Diversos países contemplan la estabilidad laboral de la mujer durante el embarazo y en algunos casos con posterioridad al parto. La figura más común es la del despido nulo, que trae como consecuencia la reincorporación del trabajo. Éste se

utiliza en Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Sin embargo, la protección no es siempre efectiva. Por ejemplo, en Colombia y Argentina se ofrece a la trabajadora embarazada una estabilidad relativa, ya que se le reconoce el derecho a cobrar una indemnización por despido y no exige al empleador mantenerla en el puesto de trabajo. (Cortés, 1999).

La duración de la protección varía de un país a otro. En Paraguay y Uruguay se prohíbe el despido de la trabajadora desde que notifica el embarazo hasta transcurrida la licencia de maternidad, y aunque no se define el plazo de estabilidad posterior al reintegro en Uruguay, se ha establecido una cierta jurisprudencia que ha determinado un plazo de seis meses. En Brasil, la legislación extiende la protección desde la notificación del embarazo hasta cinco meses después del parto. En Argentina se extiende hasta siete meses y medio después del parto, en Chile hasta un año después de expirado el descanso maternal y en Bolivia hasta un año después del nacimiento del niño.

En Venezuela la Ley Orgánica del Trabajo, contempla la inamovilidad de la mujer gravida durante el embarazo y hasta un año después del parto.

La doctrina y la jurisprudencia ha tratado el tema de la protección de la trabajadora como una inamovilidad, la cual es propia del derecho colectivo, consagrada en la Ley Orgánica del Trabajo para los casos de los trabajadores promoventes de un sindicato, de los miembros de la Junta Directiva del Sindicato, de los trabajadores representantes de un proyecto de convención colectiva de trabajo, de los miembros de la Junta Directiva Seccionales de un Sindicato Nacional en una entidad federal; de los trabajadores de las empresas durante el proceso de elecciones sindicales; de los delegados de los grupos de mas de quince trabajadores tripulantes en buques de bandera venezolana; de los trabajadores durante la tramitación de un conflicto de trabajo; de los trabajadores durante un conflicto de solidaridad desde la declaración de solidaridad hasta la cesación del conflicto principal; de los trabajadores notificados del pliego de peticiones de su patrono para modificar las condiciones de trabajo en la empresa y de los trabajadores miembros del Comité de Higiene y Seguridad de la empresa conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 1986. Como se observa todos estos supuestos aseguran la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo con las mismas condiciones de trabajo con miras a proteger la libertad sindical y de contratación colectiva⁵.

Ahora bien, el tratamiento de la inamovilidad en el caso de la mujer durante el período de embarazo y hasta un año después del parto ha sido tratada de igual

⁵ ALFONZO-GUZMÁN, Rafael. *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. Litografía Melvin.

manera que la inamovilidad que resulta del ejercicio de la actividad sindical, no siendo legalmente iguales, toda vez que de acuerdo al artículo 382 la mujer trabajadora embarazada estará exenta de realizar tareas que por requerir esfuerzos físicos considerables o por otras circunstancias, sean capaces de producir el aborto o impedir el desarrollo normal del feto sin que su negativa altere sus condiciones de trabajo, con ello se permite el *jus variandi* patronal en virtud del peligro que representaría actividades de ese tipo que pudieran producir el aborto.

De tal manera que en estos casos la mujer embarazada puede ser cambiada o trasladada, si su condición física no permite la realización de las labores ordinarias que impedirían el normal desarrollo del feto.

De igual manera el artículo 383 permite el traslado de la mujer grávida cuando el trabajo que desarrolla y para lo cual fue contratada perjudique su estado.

Esta situación fue advertida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 2 de junio de 2005 cuando efectuó una distinción en cuanto a la estabilidad y la inamovilidad en el siguiente sentido:

Ahora bien, debe esta Sala advertir que las transcritas disposiciones jurídicas se encuentran comprendidas en el Capítulo VII denominado “*De la Estabilidad en el Trabajo*”. Tal advertencia resulta necesaria, toda vez que permite reflexionar y determinar cuál es la relevancia que pueden tener las disposiciones jurídicas anotadas en un caso en el que el trabajador alegó “*inamovilidad*”. En efecto, observa la Sala que de acuerdo con el fallo transcrito, sometido a su revisión, el caso está relacionado con un despido efectuado a un trabajador que supuestamente gozaba de fuero sindical y que, por tanto, se encontraba sometido a un régimen de inamovilidad laboral, dada su condición de Directivo Sindical. Así las cosas, esta Sala procede a realizar algunas consideraciones relativas a los regímenes de estabilidad e inamovilidad en materia laboral.

En primer lugar, debe advertirse que la inamovilidad en sus orígenes era una institución propia del derecho sindical, razón por la que está contenida en el Capítulo que la Ley reserva al fuero sindical y no en las disposiciones fundamentales del derecho colectivo del trabajo. Ello así, debe entenderse que la inmovilidad surge como una garantía de la libertad sindical y, por tanto, necesariamente es contenida en dicha sección.

Sin duda alguna en el desarrollo del derecho colectivo y en la dinámica propia de la vida sindical, esa necesaria garantía de la libertad sindical debió extenderse a lo que constituía su principal quehacer: la negociación colectiva. Es así como dicha institución le es aplicable a grupos de trabajadores

que sin poseer responsabilidades en los Directorios de los Sindicatos se encuentran incursos en la tramitación de un pliego o en general en una negociación a propósito de los mecanismos preceptuados en la Ley para la solución de conflictos colectivos.

La inamovilidad hace referencia no sólo a la permanencia en el cargo por el trabajador sino a las funciones, así como a la imposibilidad de desmejora en las condiciones, y al traslado, razón por la que gozan de dicha inamovilidad.

Ahora bien, gozan de inamovilidad laboral quienes se encuentran amparados del fuero sindical, y cuando hablamos de fuero hacemos referencia a la noción de privilegio. De tal modo que el Fuero Sindical, es la garantía de que gozan algunos trabajadores a no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos u ocupaciones de la misma empresa o en un lugar distinto en el que presta sus servicios, sin causa justificada, previamente calificada como tal por el órgano competente. Conforme a esta definición el Fuero Sindical es un Instituto Técnico Jurídico instituido por Ley en el artículo 449 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo, a favor de algunos trabajadores y en función de la protección correspondiente a la libertad sindical. El principalísimo efecto del Fuero Sindical es el derecho a la inamovilidad tanto en el puesto como en el lugar y en las mismas condiciones existentes, por un tiempo que el legislador juzga suficiente para que la libertad sindical sea ejercida plenamente, mediante la prohibición al patrono de despedir, trasladar o desmejorar injustificadamente a cada uno de los trabajadores protegidos, imponiéndole al patrón la obligación de someter al conocimiento de la autoridad competente la causa del despido, traslado o desmejoramiento para que mediante el procedimiento preceptuado en el artículo 453 autorice al patrono a realizar el acto constitutivo del despido, traslado o desmejoramiento, es decir, no le está dado al patrono realizar la calificación previa de las causas en las que pretende fundamentar su decisión, tal como sucede con la estabilidad, pues precisa como condición *sine qua non* la autorización previa por parte del funcionario competente. La violación de este imperativo legal pone en funcionamiento el mecanismo dispuesto en el artículo 453 de la misma Ley que es un verdadero procedimiento de reenganche en el que lejos de discutirse los hechos que justifiquen el despido, lo que se discute es la existencia o no de la inamovilidad invocada.

Esta institución persigue entonces garantizar la defensa del interés colectivo y la autonomía en el ejercicio de las funciones sindicales (Véase primer aparte del artículo 449 de la Ley Orgánica del Trabajo).

Por otra parte, tenemos que están amparados por inamovilidad laboral *grosso modo*: la mujer trabajadora en estado de gravidez y los trabajadores que

gocen de fuero sindical (449), de conformidad con lo establecido en la Sección VI del Capítulo II “*De la Organización Sindical*”, contenida en el Título VII del Derecho Colectivo del Trabajo: los miembros de la junta directiva del sindicato, los miembros de la junta directiva de la seccional de una entidad federal, hasta un número de cinco (5), cuando un sindicato nacional tenga seccionales en entidades federales, esta noción implica que no podrán ser despedidos, trasladados o desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa previamente calificada por el Inspector del Trabajo; los trabajadores de una empresa cuando se celebren elecciones sindicales; los trabajadores suficientes para constituir un sindicato, desde la fecha de la notificación hasta la de la inscripción, lapso que en todo caso no podrá exceder de tres (3) meses (artículo 450 LOT); los trabajadores involucrados en un conflicto colectivo de trabajo, mientras éste dure (único aparte del artículo 506 LOT). También están sujetos a inamovilidad todos los trabajadores de una empresa a partir del día y hora en que sea presentado un proyecto de convención colectiva ante la Inspectoría del Trabajo, aun cuando no gocen de fuero sindical (artículo 520 LOT); y, los trabajadores una vez declarada la Reunión Normativa Laboral mediante Resolución especial.

En cuanto a la estabilidad laboral y a diferencia de la inamovilidad, es una institución propia del derecho individual del trabajo y hace referencia, más que a la permanencia en el cargo, a la necesaria existencia de un justo motivo que explique la ruptura del vínculo representado por la relación laboral, es por lo que comenta Caldera citando a Ripert, que la estabilidad se justifica por el hecho de “considerar dotada la relación laboral de un atributo de permanencia a favor del trabajador”, y agrega como una consecuencia de ésta que “el despido cuando no se base en causa legal no sólo se considere como excepcional sino como imposible”. (Caldera, Rafael, *Derecho del Trabajo*, Editorial El Ateneo, Segunda Edición, Argentina, 1960, p. 417).

En este sentido, puede decirse que el régimen general al que se encuentran sometidos los trabajadores es al de la estabilidad en sus relaciones de trabajo, tal como lo dispone el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En este sentido, se ha pronunciado la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia con relación al tema que ocupa a esta Sala, en los siguientes términos:

(...) bajo la concepción ideológica de nuestro legislador, e incluso del constituyente –el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone el que la “Ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para *limitar* (fijar la mayor extensión que pueden tener la jurisdicción, la autoridad o los derechos y

facultades de uno; Diccionario de la lengua española; Espasa, 2001) toda forma de despido no justificado–; la permanencia o estabilidad en el trabajo se garantiza conforme al sistema o régimen consagrado en los artículos 112 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo (estabilidad relativa), y sólo en situaciones de protección especial –individual o colectiva– decae tal régimen general para ceder ante otro delimitado en la Ley (supuestos de inamovilidad contemplados en la Ley Orgánica del Trabajo).

Siendo que nuestra Constitución postula los dos elementos esenciales que integran la construcción teleológica de la estabilidad en el trabajo, a saber, la permanencia y la justa causa, entonces, y en aras de garantizar el primero de estos elementos, delegó en la Ley la función de definir conceptualmente, el sistema o modelo de permanencia en el empleo que imperaría en el ámbito de las relaciones jurídicas objeto del hecho social trabajo.

De allí, el que la Ley deba establecer los límites bajo los cuales se tolera el despido sin causa, si tal fuere el caso, lo cual, actualmente se encuentra zanjado al adoptar la vigente Ley Orgánica del Trabajo, el sistema de estabilidad relativa.

Por tanto, ciertamente, la consecuencia jurídica directa de calificar la jurisdicción del trabajo al despido como injustificado, es la nulidad del mismo y en consecuencia, la obligación de reinstalación y cancelación de los salarios dejados de percibir –garantía legal–, sólo que tal obligación es limitada, ello, en el entendido de que el deudor (empleador) detenta la facultad de subrogarse en una prestación facultativa, a saber, el resarcimiento pecuniario del daño generado”. (*Vide*. Núm. 1.119 del 22 de septiembre de 2004, caso: Cándido Gabriel Álvarez Navarro).

De tal modo que, dada la relevancia que en materia laboral tiene la protección de la familia y el derecho colectivo del trabajo, se le otorgó un régimen distinto y excepcional al aplicable a los demás trabajadores, que es el de la inamovilidad, descrito anteriormente.

Es así como, a tenor de lo establecido en el artículo 127 de la referida Ley Orgánica del Trabajo, el procedimiento para autorizar el despido de los trabajadores amparados con inamovilidad se rige por las normas especiales que les conciernen y no por la relativa al procedimiento de calificación arbitrado en la Ley Orgánica del Trabajo, a propósito de la estabilidad, contenida en los artículos 112 y siguientes de esa misma Ley, al que le son aplicables los artículos 125 y 126 *eiusdem*, es así como, por el contrario, el despido de un trabajador amparado por fuero sindical a tenor de lo dispuesto en esa

misma Ley, se considerará írrito si no se han cumplido los trámites establecidos en el artículo 453 de dicha Ley Orgánica (Véase artículo 449).

De lo expuesto se colige que es falso que las normas jurídicas desaplicadas por el Juzgado remitente pudiesen resultar inconstitucionales si se aplicaban al caso concreto, pues, en realidad sencillamente no resultaban aplicables por ordenarlo así la Ley Orgánica del Trabajo, según fue explicado anteriormente. En consecuencia, el Juzgador no ejerció el control difuso de la constitucionalidad y su análisis es errado, lo que hizo fue no aplicar unas disposiciones que no eran apropiadas al caso que decidía y que la ley, por el contrario de su razonamiento, le prohibía expresamente aplicar, en virtud de que se trataba de un despido de un trabajador que gozaba de fuero sindical y, por tanto, de inamovilidad, lo que exigía que el sentenciador se condujera de un modo distinto al régimen general aplicable a los despidos de los trabajadores...

Por consiguiente esta protección debería ser tratada de manera especial y no equiparándola a la derivada de la protección sindical, siendo por consiguiente este el momento propicio para reformar la Ley en tal sentido, estableciendo el procedimiento especial cuando se trate de obtener la calificación del despido de la madre gestante o del padre protegido o cuando el despido se produzca sin que se obtenga previamente la calificación, adecuando la norma a la incorporación de la protección de la paternidad.

4. Protección a la maternidad y paternidad en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social

La Ley Orgánica de Seguridad Social promulgada el 30 de diciembre de 2002 y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.600 de la misma fecha creó en el artículo 21, el Sistema Prestacional de Previsión Social el cual tendrá a su cargo los regímenes prestacionales siguientes: Servicios Sociales al Adulto Mayor y otras Categorías de Personas; empleo, pensiones y otras asignaciones económicas y seguridad y salud en el trabajo.

En el Capítulo III del Título III de la referida Ley, se regula el Régimen Prestacional de Pensiones y otras Asignaciones Económicas que tiene por objeto garantizar a las personas contribuyentes las prestaciones dinerarias que les correspondan de acuerdo con las contingencias amparadas por este Régimen y conforme a los términos, condiciones y alcances previstos en la Ley y demás leyes que las regulan. Entre las prestaciones que comprenden dicho régimen se encuentra la establecida en el artículo 64 numeral 2 referida a la indemnización por ausencia laboral debido a enfermedades o accidentes de origen común, maternidad y paternidad, con lo

cual, en consonancia con las disposiciones constitucionales se le está brindando una protección desde el punto de vista de la seguridad social a la madre y al padre, constituida por un aporte de carácter dinerario.

Llama la atención en el referido artículo que dicha indemnización está dirigida a la que surge como consecuencia de la ausencia laboral, debido a enfermedades o accidentes de origen común, maternidad y paternidad. Supone esto entonces que la Ley Orgánica del Trabajo debe ser reformada en consonancia con la norma constitucional y esta norma especial, a los fines de proteger de manera efectiva la paternidad y regular los casos de ausencia laboral en razón de esa protección, estableciendo claramente el tiempo de esa ausencia, quien la califica en el caso del padre, como se concede, entre otros tópicos.

pág. 50 blanca

Los accidentes del trabajo y su resarcimiento según la Jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venezolano

Julio R. ALFONZO SOTILLO*

SUMARIO

Introducción.

- 1. Concepto de accidentes de trabajo.**
- 2. Teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo profesional.**
- 3. El resarcimiento del daño laboral.**
- 4. Excepciones a la resarcibilidad del daño laboral.**

Conclusiones.

Introducción

Nos proponemos exponer algunas reflexiones en materia de reparación de los infortunios laborales, con fundamento en la doctrina expresada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con motivo de los accidentes del trabajo; definiéndose para ello, este último término, según las disposiciones de la

* **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.

Ley Orgánica del Trabajo. Se destaca en el ensayo la observancia de una tendencia a la interpretación amplia del señalado concepto en la jurisprudencia administrativa y laboral de la instancia, lo que puede llevar a imprecisiones en su aplicación, pues, no todo accidente sufrido por un trabajador debe necesariamente ser de naturaleza laboral, ni habiendo ocurrido éste, el empleador estará siempre obligado a la reparación del mismo, conforme nuestra legislación laboral.

1. Concepto de accidentes de trabajo

Los problemas del estudio de la doctrina de los accidentes de trabajo abarcan precisiones de orden médico y jurídico; en este trabajo nos referiremos solamente a los segundos, omitiendo en esta consideración el régimen de las enfermedades profesionales que constituyen el otro infortunio laboral.

La tendencia de nuestros tribunales laborales ha sido la de interpretar extensivamente el concepto de accidentes de trabajo lo cual en ocasiones ha desvirtuado su esencia, así como también sus efectos, considerando en consecuencia y de forma errónea como accidentes laborales, muchos siniestros sufridos por un trabajador que sin embargo, no pueden ser catalogados como tales, al no estar causados por el hecho del trabajo, ni producirse con ocasión directa de éste. Sostenemos que no todo infortunio sufrido por un trabajador puede ser definido como un accidente de trabajo, y, por el contrario puede revestir la señalada condición aquellas lesiones o daños sufridos por el dependiente producidos fuera del lugar del trabajo, y una vez finalizada la jornada laboral (accidentes *in itinere*). La presente afirmación para su comprensión requiere necesariamente de la definición del término que nos ocupa. A tal efecto, el artículo 561 de la Ley Orgánica del Trabajo (G.O. N° 5.152 extr. del 19 de junio de 1997), lo señala en los siguientes términos:

Se entiende por accidentes de trabajo todas las lesiones funcionales o corporales, permanentes o temporales, inmediatas o posteriores, o la muerte, resultantes de la acción violenta de una fuerza exterior que pueda ser determinada y sobrevenida en el curso del trabajo, por el hecho o con ocasión del trabajo. Será igualmente considerada como accidente de trabajo toda lesión interna determinada por un esfuerzo violento, sobrevenida en las mismas circunstancias.

El artículo 32 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, en lo adelante denominada LOPCYMAT (G.O. N° 3.850 extr. del 18 de junio 1986), la reproduce en idénticos términos.

Para la correcta interpretación de la citada disposición es indispensable su análisis conjuntamente con el artículo 560 del mismo texto legal que, textualmente señala:

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 (destacado nuestro).

La interpretación de las anteriores disposiciones nos permiten afirmar que sólo al accidente sobrevenido en el curso del trabajo, por el hecho del trabajo o con ocasión directa del mismo, le podrá ser atribuido una naturaleza laboral. Se destaca entonces, la existencia de un nexo o causal entre el trabajo y la lesión, esto es, una relación entre la labor convenida o ejecutada y el infortunio acaecido. Por lo tanto, donde exista esa relación estaremos en presencia de un accidente de trabajo; pero, faltando ese nexo o conexión no tendrá el siniestro la señalada naturaleza laboral. La discusión doctrinaria, a la cual se han sumado nuestros Tribunales Laborales ha sido la de tratar de precisar si ese nexo es directo, esto es, de causa a efecto, o si por el contrario, es indirecto o mediato. La consideración de uno u otro, nos llevará a conclusiones distintas en cuanto al alcance del concepto que nos ocupa. A nuestro criterio, el planteamiento del problema y su discusión es innecesario, pues basta que el siniestro se produzca durante la prestación del servicio, para que se considere como tal. En segundo lugar, por cuanto ha sido el propio legislador, quien ha establecido que ese nexo o relación debe ser directo únicamente cuando el accidente se produzca con ocasión del trabajo. De conformidad con lo antes expuesto, el accidente laboral es aquel que se produce, en primer término, en el lugar y en las horas de trabajo; adicionalmente, por el hecho del desempeño de la labor, sin importar si se ejecuta fuera del lugar de trabajo y fuera de su jornada ordinaria de labores siempre que, el ejercicio de la actividad de la víctima esté subordinada al patrono. Este elemento de subordinación es el que nos va permitir catalogar como accidente de trabajo siniestros acaecidos fuera de la empresa, establecimiento o faena, pues el siniestro puede sobrevenir en cualquier lugar y tiempo, señalándose como es obvio, que se produzca con ocasión directa del trabajo.

Sólo la realización de las condiciones anteriormente señaladas permiten atribuirle al accidente, una naturaleza laboral y en consecuencia, causar las indemnizaciones que las leyes de la materia contemplan.

2. Teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo profesional

El término responsabilidad sirve para designar y reparar el daño o perjuicio causado a una persona y la doctrina de la responsabilidad determina quiénes y en qué

circunstancias están obligados a la reparación del daño. La teoría de la responsabilidad, puede ser subjetiva, esto es, la que imputa la consecuencia del hecho al agente del mismo por sus acciones u omisiones fundadas en el libre albedrío; y la objetiva, en virtud de la cual el agente del daño responde necesariamente por la lesión, haya habido culpa o no de su parte.

Según la mejor doctrina, la teoría del riesgo profesional que es la que nos ocupa, está sumamente emparentada con la idea de la responsabilidad objetiva y sin embargo, no se confunde con ella.¹ En efecto, en virtud de esta última el propietario o encargado de una cosa responderá por los daños y perjuicios que se causen por el hecho de la cosa, con independencia de la culpa. Por el contrario, en virtud de la teoría del riesgo profesional el patrono responderá ante el siniestro dada la peligrosidad de las instalaciones fabriles, esto es, por el peligro a que está sometido el trabajador por el empleo de las máquinas, utensilios y técnicas del empleador y no como consecuencia de los daños y perjuicios que se causen por el hecho de la cosa bajo su guarda, lo cual constituye el fundamento de la primera responsabilidad antes señalada. No obstante, la distinción antes indicada, nuestros tribunales laborales han identificado ambas teorías por ser iguales en sus efectos, refiriéndose mayoritariamente en sus decisiones, de forma indistinta a ambas. La teoría del riesgo profesional es entendida como aquella que contempla el deber del patrono de reparar los daños y perjuicios que sufra el trabajador, como ocasión del trabajo desempeñado en virtud de la exposición del dependiente a riesgos potencialmente peligrosos por la utilización de su utilería, instrumentos, medios o fuerzas de producción para obtener un provecho o ganancia, exponiéndose así al dependiente al riesgo de sufrir un accidente. Es en virtud de esa exposición del trabajador a los riesgos de sufrir lesiones o enfermedades a causa de la producción de bienes o servicios en beneficio del empleador que responde éste, sin que deba considerarse en su descargo, si cometió alguna falta u error susceptible de engendrar responsabilidad civil. Así, el patrono responderá por los daños y perjuicios causados al trabajador en virtud del accidente profesional sin que importe si provienen de una falta del patrono o del mismo dependiente. En otras palabras, aun la culpa del trabajador víctima de un siniestro determina la responsabilidad del patrono, salvo que éste pueda excepcionarse en las causales de ley. Es en virtud del carácter objetivo de dicha responsabilidad, que el patrono asume las consecuencias del daño sufrido por la víctima siempre que no se trate de una falta intencional del siniestrado o debido a una fuerza extraña al trabajo, si no hubiese un riesgo especial. De conformidad con lo antes expuesto, determinada la existencia de un accidente, y catalogado el mismo de naturaleza laboral, el patrono respon-

¹ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho Mexicano del Trabajo**, Tomo II, Edit. Porrúa, S.A. México, 1949, p. 47.

derá patrimonialmente quedando obligado a la reparación del daño, exista o no culpa o negligencia de su parte o por parte de los trabajadores.

Sabido es que los accidentes de trabajo pueden ser debidos a causas imputables al patrono, por acción u omisión (exposición al trabajador a riesgos que entrañen peligro para su persona y por incumplimiento de las Normas de Higiene y Seguridad Industrial); por causas imputables al trabajador no dolosas (por acciones u omisiones realizadas con negligencia, imprudencia o impericia) y finalmente, por una fuerza mayor extraña al trabajo o por dolo del trabajador siniestrado. En los dos primeros supuestos, el patrono responderá pecuniariamente por el daño sufrido por el trabajador que lo incapacite total o parcialmente, temporal o en forma definitiva o bien le produzca la muerte.

En resumen, la teoría del riesgo profesional está integrada por los siguientes elementos: La existencia del riesgo que engendra responsabilidad patrimonial del patrono por causa del infortunio laboral; la aplicación de dicha responsabilidad únicamente a los siniestros que puedan ser catalogados como accidentes del trabajo, y finalmente, la exclusión de la responsabilidad del patrono cuando el accidente sea debido al dolo del trabajador o a una fuerza mayor extraña al trabajo. Estos últimos elementos serán considerados más adelante (ver *infra* N° V).

3. El resarcimiento del daño

Cabe destacar que el régimen indemnizatorio especial, derivado de los accidentes de trabajo, está previsto en la Ley Orgánica del Trabajo (G.O N° 5.152 extr. del 19 de junio de 1997), y en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (G.O. N° 3.850 extr. del 18 de junio de 1996). El régimen general, propio del derecho común, está previsto en el Código Civil (G.O N° 2.990 extr. del 26 de julio de 1982).² La Ley Orgánica del Trabajo prevé la obligación de indemnizar al trabajador por parte del patrono por los infortunios del trabajo, haya habido culpa o no del dependiente o del empleador. Dicho texto consagra la teoría de la responsabilidad objetiva.

No sucede así en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (LOPCYMAT), ni en el Código Civil; no obstante, el Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado dichas normativas, como fuentes de responsabilidad objetiva profesional, lo cual, no solo contradice el texto positivo de dichas

² Hemos excluido de este señalamiento la normativa de seguridad social, pautada en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y en los convenios internacionales del trabajo ratificados por Venezuela.

normas, sino que plantea serias dudas y contradicciones en su aplicación, conforme de seguidas señalamos:

El artículo 33 de la LOPCYMAT copiado textualmente en su parte, establece:

“Cuando el empleador a sabiendas que los trabajadores corren peligro en el desempeño de sus labores y se ocasionase la muerte por no cumplir con las disposiciones ordenadas en la presente Ley, serán castigados con pena de prisión de 7 a 8 años.

Cuando el empleador actuando en las mismas circunstancias haya ocasionado:

La incapacidad absoluta y permanente del trabajo, la pena será de seis (6) años de prisión.

La incapacidad absoluta y temporal, la pena será de cinco (5) años de prisión.

La incapacidad parcial y permanente, la pena será de cuatro (4) años de prisión.

La incapacidad parcial y temporal, la pena será de dos (2) años de prisión.

PÁRRAFO PRIMERO. *Dadas las situaciones de hecho contempladas en este artículo y en el treinta y uno (31) de la presente Ley, cuando se hubiere ocasionado la muerte del trabajador, el empleador queda obligado a pagar a los parientes del difunto que aparecen en el artículo 148 de la Ley del Trabajo y en el mismo orden establecido en la citada disposición, una indemnización equivalente al salario de cinco (5) años contados por días continuos.*

PÁRRAFO SEGUNDO. *Igualmente el empleador queda obligado, dadas las situaciones de hecho contempladas en este artículo y en el treinta y uno (31) de la presente Ley, a los siguientes:*

1. En caso de incapacidad absoluta y permanente para el trabajo, pagará al trabajador una indemnización equivalente al salario de cinco (5) años contados por días continuos;
2. En caso de incapacidad absoluta y temporal para el trabajo, pagará al trabajador una indemnización equivalente al triple del salario correspondiente de los días continuos que hubiere durado tal incapacidad;
3. En caso de incapacidad parcial y permanente, para el trabajo, pagará al trabajador una indemnización equivalente al salario de tres (3) años contados por días continuos;
4. En caso de incapacidad parcial y temporal para el trabajo, pagará al trabajador una indemnización equivalente al doble del salario corres-

pondiente de los días continuos que le hubiere durado la incapacidad...”
(Destacados nuestros).

Como puede observarse, las sanciones contempladas en la norma antes transcrita, requieren para su necesaria aplicación que el patrono tenga conocimiento del peligro a que están expuestos sus trabajadores, es decir, que conozca de las condiciones riesgosas en el seno de la empresa, explotación o faena quedando obligado a la reparación del daño, por negligencia o impericia, al no corregir las condiciones de trabajo peligrosas para el dependiente. No es otra la conclusión que puede derivarse del término: “a sabiendas” (Con conocimiento y deliberación. “Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Edit. Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, p. 1.822). Lo anteriormente expuesto fue claramente expresado, en forma inicial, por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 722 de 2 de julio de 2004 (caso J.G. Quintero contra Costa Norte Construcciones, C.A. y otro), al señalar concretamente, que en el caso de las sanciones patrimoniales establecidas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, en los Parágrafos Primero, Segundo y Tercero del artículo 33, el empleador debía 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 produjesen como consecuencia del incumplimiento de las normas de prevención, sabiendo el empleador que sus trabajadores corrían peligro en el desempeño de sus labores y aun así no daba corrección a las situaciones riesgosas. En este caso, el empleador respondía por haber actuado en forma culposa, esto es, con negligencia, imprudencia o impericia, y siempre sería preciso que en caso de reclamación de la indemnización se demostrara que el patrono conocía de las condiciones riesgosas.

En caso de que se demostrase el extremo antes indicado, el patrono sólo podía eximirse de la responsabilidad, si comprobase que el accidente fue provocado intencionalmente por la víctima o se debió a una fuerza mayor extraña al trabajo sin que hubiere ningún riesgo especial (En la misma decisión mencionada en el párrafo anterior, Ramírez & Garay: *Jurisprudencia Venezolana*, tomo CCXIII, pp. 623 a 636).

Conforme a la doctrina antes expuesta, para la procedencia del pago de la indemnización tarifaria prevista en la LOPCYMAT es necesario la demostración de la culpa del patrono en la realización del accidente, ya sea por incumplimiento de las normas generales de previsión previstas en dicho texto normativo como también de las específicas y particulares contempladas en el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial (Decreto N° 1.564 del 31/12/1963, G.O. N° 1.631 extr. de esa misma fecha).

Las principales obligaciones de previsión social previstas en el señalado texto reglamentario son, entre otras, las siguientes:

- a) Hacer del conocimiento de los trabajadores los riesgos específicos de accidentes a los cuales están expuestos, y las normas especiales de prevención (artículo 2);
- b) suministrar gratuitamente los equipos de seguridad profesional cuando no sea posible eliminar el riesgo por otro medio (artículo 793);
- c) organizar un programa de prevención de accidentes dentro de la empresa (artículo 862);
- d) instalar equipos o sistemas de extinción de incendios adecuados (artículo 769);
- e) mantener en buenas condiciones de aseo los locales de trabajo (artículo 781);
- f) realizar los debidos trabajos de mantenimiento y reparación de los locales de trabajo previstos en su Título X;
- g) suministrar agua fresca y potable para el uso de los trabajadores (artículo 84);
- h) dotar de un número suficiente de sillas a los trabajadores y dar cumplimiento a las demás disposiciones de higiene y seguridad atendiendo a las particulares condiciones del trabajo ejecutado previstas en este texto reglamentario.

Adicionalmente, las principales obligaciones de previsión contempladas en la LOPCYMAT, son las siguientes:

- a) garantizar a los trabajadores condiciones de previsión, salud, seguridad y bienestar en el trabajo, según esa Ley, y el señalado reglamento (artículo 19.1);
- b) denunciar al Instituto Nacional de Previsión, Salud y Seguridad Laborales con carácter obligatorio las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo, que ocurriesen dentro del ámbito laboral de la empresa (artículo 19.2);
- c) instruir y capacitar a los trabajadores respecto a la prevención de accidentes así como también en lo que se refiere al uso de dispositivos personales de seguridad y protección (artículo 19.3);
- d) organizar y mantener los servicios médicos y los órganos de seguridad (artículo 19.4);
- e) crear e incorporarse activamente a los Comité Higiene y Seguridad (artículos 35 y 19.5);
- f) oír de los trabajadores sus planteamientos y tomar por escrito las denuncias que éstos formulen en relación a las condiciones y medio ambiente de trabajo... haciendo la participación correspondiente y tomando las medidas que el caso requiera (artículo 19.6);

- g) colocar en carteles y por trimestres sucesivos y sitios visibles en la sede de la empresa los registros e índice de accidentes o enfermedad profesional acaecido en dichos lapsos (artículo 19.7);
- h) la observancia de las normas técnicas de ingeniería y arquitectura relacionadas con la higiene industrial, la ergonomía y el saneamiento básico (artículo 25).

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha sostenido, un criterio diametralmente opuesto al antes señalado, modificando así la doctrina expresada en sentencia 2 de julio de 2004, al considerar que las disposiciones de la LOPCYMAT, contienen una responsabilidad objetiva bastando para el establecimiento de las sanciones allí previstas la configuración de un infortunio del trabajo. Dijo así la señalada Sala en Sentencia N° 18 de fecha 22 de febrero de 2005:

Por otra parte, la Sala cumpliendo con la labor pedagógica que la caracteriza, y con la finalidad de dilucidar cualquier duda razonable que pudiera desprenderse en virtud del error detectado, la misma considera oportuno señalar que tratándose el presente caso, de un juicio por enfermedad profesional en el cual el actor ha demandado una serie de conceptos con fundamento tanto en la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, así como también basado en el Código Civil, correspondía al demandante probar una serie de elementos.

En efecto cabe advertir al formalizante que ha sido pacífica y reiterada la Jurisprudencia de esta Sala, al considerar que en materia de enfermedades o infortunios accidentes de trabajo, nuestra ley sustantiva recoge la teoría de la responsabilidad objetiva, conforme a la cual es procedente a favor del trabajador que sufre la enfermedad o accidente, el pago de las indemnizaciones contempladas en ella con total independencia de la culpa o negligencia del empleador, pero siempre condicionado como requisito de procedencia de tales indemnizaciones, al hecho de que el accidente o enfermedad a indemnizar provenga del servicio mismo prestado o con ocasión directa de él (Ramírez & Garay, ob. cit., tomo CCXIX, p. 660).

Conforme al criterio de la Sala de Casación Social de nuestro máximo Tribunal no tiene importancia alguna que el empleador dé el más estricto cumplimiento a todas las disposiciones legales y reglamentarias en materia de seguridad social, pues basta que ocurra el infortunio laboral para que quede obligado al pago indemnizatorio previsto en la LOPCYMAT. No fue esa la intención del legislador del 86, creador de dicha ley, pues éste quiso que las sanciones allí previstas solamente procediesen en el supuesto de que el patrono hubiese actuado en forma culposa en perjuicio del trabajador violando la normativa de seguridad social que lo protege. Tal posición jurisprudencial, a nuestro criterio, se aparta visiblemente del sentido de la ley comentada.

Más aún, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia sostiene que el daño moral debe ser indemnizado conforme a la teoría del riesgo profesional, esto es, independientemente de que haya habido culpa o no en la realización del siniestro por parte del trabajador o del patrono. Por su decisiva importancia sobre este particular consideramos pertinente traer a colación las siguientes consideraciones: el daño moral consiste, de una forma general, en la afección de tipo psíquico, espiritual o emocional que experimenta la víctima. De forma pacífica y constante la jurisprudencia ha sostenido que su reparación solamente procede por causa del hecho ilícito. Cabe también destacar que el daño moral no está contemplado en la Ley Orgánica del Trabajo, ni en ninguna otra Ley de Seguridad Social; por el contrario, está prevista en el Código Civil en sus artículos 1.185 y 1.196. No obstante lo expuesto, nuestros Tribunales del Trabajo han reconocido la obligación de reparar este tipo de daño derivado de un infortunio laboral, siempre que sea producto de un hecho ilícito. Los artículos referidos son los siguientes:

Artículo 1.185: El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.

Artículo 1.196: *La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.*

El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El Juez puede igualmente considerar una indemnización a los parientes, afines, o cónyuges, como reparación de dolor sufrido en caso de muerte de la víctima (destacado nuestro).

Como puede observarse el daño moral cualquiera que sea su naturaleza civil o laboral está necesariamente referido a la comisión de un hecho ilícito, ya sea por imprudencia, negligencia o impericia del patrono, siendo necesario en el punto que nos ocupa, las pruebas en autos del mismo. El criterio sostenido por la Sala de Casación Social, se aparta de lo antes expuesto, afirmando que el daño moral debe ser regulado conforme a la teoría de la responsabilidad objetiva. Dijo así la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 722 de 2 de julio de 2004:

Finalmente, debe acotar la Sala que el trabajador que ha sufrido de algún infortunio de trabajo 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 (Ramírez y Garay, ob. cit., tomo CCXIII, pp. 631 y 632).

Criterio que ya había sido sustentado en Decisión N° 480 de 17 de julio de 2003:

En el presente caso, observa la Sala que el Juez de Alzada incurrió en infracción del artículo 1.193 del Código Civil, por falta de aplicación al considerar que para que proceda el pago de indemnización por daño material y moral es necesario probar la culpa, negligencia, imprudencia o impericia por parte del patrono, por cuanto para la decisión del presente caso ha debido tomar en consideración lo que al respecto ha señalado este Alto Tribunal con relación a la responsabilidad objetiva del patrono, de conformidad con la jurisprudencia antes transcrita, según la cual, independientemente de que haya habido o no culpa del mismo lo hace responder indemnizando al trabajador. Así pues, la recurrida ha debido aplicar el contenido del artículo 1.193 del Código Civil, a los efectos de declarar la procedencia del concepto reclamado por daño moral y material, conforme a la correcta interpretación de la teoría de la responsabilidad objetiva que esta Sala de Casación Social ha desarrollado. En consecuencia se infringe el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 1.193 del Código Civil, ambos por falta de aplicación. Así se declara (Ramírez y Garay, ob. cit., tomo CCI, p. 707; en el mismo sentido, véase, además, el fallo N° 205 de 26 de julio de 2001).

La aplicación del criterio expuesto por la Sala necesariamente obliga a prescindir de toda consideración del hecho ilícito como causa del daño moral, bastando simplemente que se realice un infortunio del trabajo como tal para que proceda la exigibilidad del daño afectivo o moral, quedando la estimación del mismo al juzgador de mérito. En otras palabras, la causa legal del daño moral se diluye para dar cabida a otro hecho generador de éste, como lo es la realización del siniestro, sin valoración alguna de los motivos constitutivos del hecho ilícito que deberían dar origen a la misma; y sin importar, si el empleador dio cumplimiento a todas sus obligaciones de higiene y seguridad industrial, lo que se traduce, en la misma extensión de responsabilidades para el patrono incumplidor de la ley, y para el patrono cumplidor de ésta, pues no se toma en consideración el cumplimiento o satisfacción de los deberes de previsión social para el establecimiento de la obligación de reparar.

Con relación al punto del hecho ilícito como causa generadora de la obligación de reparación, cabe destacar adicionalmente, la doble consideración o dualidad

simultánea en el trato del mismo por parte de la Sala de Casación Social en materia de infortunios laborales. En efecto, si por un lado –y tal como lo hemos señalado–, ese hecho contrario al ordenamiento jurídico no es apreciado por el juzgador para la configuración del daño moral; sí lo es, por el contrario, y en la misma materia de infortunios laborales, cuando se trata de la reparación de los daños materiales que sufriera el trabajador por concepto de daños emergentes y lucro cesante, en cuyo supuesto, es necesario la demostración del hecho ilícito como causa generadora de la obligación de reparar. Dijo así la Sala en Sentencia N° 722 de 2 de julio de 2004:

Ahora bien, la reparación de daños y perjuicios materiales que excede las indemnizaciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo, se fundamenta en la obligación prevista en el artículo 1.185 del Código Civil de reparación del daño causado por el hecho ilícito. 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, 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 (Ramírez & Garay, ob. cit., tomo CCXIII, p. 635).

De este modo ratificó la doctrina afirmada en su fallo N° 536 de 18 de septiembre de 2003, así:

De probar el trabajador la existencia del hecho ilícito, se puede acordar la indemnización del daño material producido, por la diferencia entre la indemnización por leyes especiales y lo demandado por daño emergente y lucro cesante (Ramírez & Garay, ob. cit., tomo CCIII, p. 647).

El corolario del criterio jurisprudencial antes transcrito es que la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo profesional no es aplicada de orden uniforme a las distintas clases de daños que pudiese sufrir un trabajador con ocasión de un siniestro laboral. Así pues, la señalada teoría no se aplica, a los daños y perjuicios materiales que excedan del monto tarifado previsto en la Ley Orgánica del Trabajo y en la LOCPYMAT, así como tampoco a los daños materiales por concepto de daño emergente o lucro cesante, reclamados con fundamento en el artículo 1.185 del Código Civil, derivados de un accidente de trabajo.

Finalmente, cabe también señalar que la aplicación de la nueva doctrina jurisprudencial de la reparación del daño moral bajo la consideración de la teoría de la responsabilidad objetiva, silencia la posibilidad de exoneración de la responsabilidad del patrono, pues necesariamente y en acatamiento a la teoría de la res-

ponsabilidad objetiva o del riesgo profesional el empleador podrá excepcionarse del pago, si demuestra que el accidente ha sido por causa del dolo del trabajador o debido a una fuerza mayor al trabajo; excepciones que se analizarán en el capítulo siguiente.

4. Excepciones a la resarcibilidad del daño

Bien es sabido que los infortunios laborales pueden ser debidos a causas imputables al trabajador, al patrono, y a la realización de fuerzas o acontecimientos extraños a las partes mismas y al trabajo. La teoría del riesgo profesional hace responsable al patrono por hechos imputables a él y por hechos imputables al dependiente; de tal forma que, la culpa de la víctima engendra la responsabilidad del empleador. Así pues, el carácter objetivo de la teoría del riesgo impone al patrono la reparación de las consecuencias del siniestro por la falta de la víctima, siempre que ésta no sea cometida intencionalmente por el trabajador o se deba a una fuerza mayor extraña al trabajo. Esta doctrina fue recogida como una causal de excepción de responsabilidad laboral en los artículos 553 de la Ley Orgánica del Trabajo y en el Parágrafo Quinto del artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Cabe decir, que la primera de las citadas disposiciones es más amplia que la segunda al excluir del régimen de la responsabilidad derivada de los infortunios del trabajo a los siniestros acaecidos a los trabajadores ocasionales, a domicilio y a los familiares del patrono que trabajen para él y vivan bajo el mismo techo. Dicen así los señalados artículos en su parte pertinente:

Artículo 33 (*Omissis*). Parágrafo Quinto de la LOPCYMAT:

El empleador queda exonerado de toda responsabilidad, cuando concurren las siguientes situaciones de los hechos:

Que el accidente hubiese sido provocado intencionalmente por la víctima.

Que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo, si no se comprobare la existencia de un riesgo especial.

Artículo 563 de la LOT:

Quedan exceptuados de las disposiciones de este Título y sometidos a las disposiciones del derecho común, o a las especiales que les conciernan, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales que sobrevengan:

a) cuando el accidente hubiese sido provocado intencionalmente por la víctima; b) cuando el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo, si no se comprobare la existencia de un riesgo especial; c) cuando se trate de personas que ejecuten trabajos ocasionales ajenos a la empresa del patrono; d) cuando se trate de personas que ejecuten trabajos por cuenta del

patrono en sus domicilios particulares; y e) cuando se trate de los miembros de la familia del propietario de la empresa que trabajen exclusivamente por cuenta de aquél y que viven bajo el mismo techo.

Debe destacarse entonces, que la provocación del accidente por parte de la víctima requiere para su configuración como causal de excepción que exista por parte de aquella su voluntad de realizar el siniestro laboral, es decir, la intencionalidad del accidente o de la enfermedad profesional, sin que tenga relevancia alguna que no hubiera querido sus consecuencias.

Por otra parte, la fuerza mayor extraña al trabajo implica todo acontecimiento físico o humano, sobrevenido e imprevisible, no imputable a ninguna de las partes y que no guarde relación alguna con el ejercicio de la labor realizada, ni constituya, adicionalmente, un riesgo especial, esto es, una fuerza que agrave los riesgos inherentes a dicha labor. Ese riesgo especial a que alude la norma constituye la materialización de un riesgo propio, ya existente o inherente a la naturaleza de la labor ejecutada o convenida y se requiere la ausencia del mismo en la causa del infortunio para que pueda prosperar en derecho esta excepción de responsabilidad. El desarrollo del nuevo criterio de la Sala de Casación Social en materia del daño moral, creemos que necesariamente reflejará las señaladas causales de excepción, pues, no es posible que existan daños derivados de un infortunio laboral de los cuales el empleador pueda quedar exento de responsabilidad y simultáneamente, daños también derivados de siniestros laborales sin posibilidad de excepción, estando todos amparados por la teoría del riesgo profesional que consagra límites a la responsabilidad del empleador.

Conclusiones

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha aplicado la teoría de la responsabilidad objetiva al régimen de los infortunios de trabajo previstos en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, así como también al daño moral derivado de éstos. No comparte el suscrito la nueva doctrina elaborada por la Sala de Casación Social, pues, encuentra que tanto el régimen de indemnizaciones patrimoniales previsto en la LOPCYMAT como la reparación causada por el daño moral, tienen su fundamento en la culpa del patrono o empleador y en el hecho ilícito de éste, respectivamente; elementos que necesariamente deben ser demostrados para que el empleador quede obligado a reparar el daño por causa del infortunio laboral en los señalados supuestos.

La aplicación de la nueva doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en materia de daño moral, fundamentada en la responsabilidad

objetiva del patrono, obligará a plantearse la discusión de la inclusión de las causales de excepción a la obligación de reparar por parte del empleador, pues, dicha teoría así las contempla.

La aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva al daño moral ha implicado una diferente consideración del hecho ilícito como hecho generador del daño moral y de los daños materiales producto del infortunio laboral, pues, si para el primer supuesto no es necesario su consideración; sí lo es, por el contrario, para el segundo, lo cual no sólo es discordante, sino que planteará, sin duda alguna, complejas situaciones probatorias en los procesos laborales, máxime cuando se pretenda la reparación conjunta de los diversos tipos de daños derivados de un mismo infortunio laboral; acumulación perfectamente posible según nuestra ley adjetiva.

pág. 66 blanca

Adaptabilidad de las empresas de trabajo temporal en Venezuela y el nuevo equilibrio de intereses

Julio Cesar ÁLVAREZ*

SUMARIO

- Introducción.**
- 1. Definición y ventajas de las empresas de trabajo temporal.**
- 2. Naturaleza jurídica de las empresas de trabajo temporal.**
- 3. Ámbito jurídico y funcionamiento en Venezuela de las ETT.**
- 4. Requisitos de constitución.**
- 5. Diferenciación con otros sujetos del Derecho del Trabajo.**
- 6. El cognomento en el sector empresarial.**
- 7. Eclosión de las ETT en Venezuela y las limitaciones públicas.**
- 8. Contrato de provisión de trabajadores.**
- 9. Las obligaciones entrelazadas en la relación laboral.**
- 10. La extinción de la relación en las ETT.**
- Conclusiones.**

* **La Universidad del Zulia**, Abogado, Doctor en Derecho, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Profesor. **Universidad Rafael Urdaneta**, Especialización en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. **Universidad Newport**, California, MBA. **Universidad de Miami**, Florida, Diplomado en Procedimientos Jurídicos Norteamericanos. **Universidad de Salamanca**, Reino de España Postgrado en Derecho del Trabajo. **Universidad Castilla-La Mancha**, Toledo, Reino de España, Especialidad en Derecho Social y Problemas Constitucionales. **Universidad Carlos III**, Madrid, Reino de España, Diplomado en Derechos Fundamentales y Problemas de Estado. **Universidad Rafael Belloso Chacín**, Maestría de Derecho del Trabajo, Coordinador, Profesor de pre y postgrado.

Introducción

A raíz de la promulgación del reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo el 25 de enero de 1999, observé con mucha preocupación la creación de una figura jurídica netamente partícipe del Derecho Laboral en cuestiones de empleo, tema éste, en el cual nuestro país nunca había iniciado su aplicación en la actividad de la prestación del servicio. “*La empresa de trabajo temporal*” frente a este escepticismo generalizado en el país y, a la invocación e ímpetu que suele proyectar, sella con gran importancia el marco flexibilizador del trabajo de los actuales tiempo.

Habría que iniciar el estudio, desde el mismo momento de producirse la promulgación del reglamento en cuestión, teniendo la firme convicción de que la ETT, intermediaria del empleo, iba a convertirse en un paradigma sólido, sobre las nuevas realidades de fomento de empleo en el mercado de trabajo. Este fenómeno no se presentó, debido a que se produce la paralización del funcionamiento de este tipo de empresas y no se complementa su desarrollo con firmeza, además, llegó a prohibirse su tramitación.

En el desarrollo del Derecho Laboral venezolano, no había existido otro tipo de figura relativa a su naturaleza jurídica y objetivo predeterminado, sin embargo, no ha tenido el arraigo e importancia de esta institución como son las empresas de trabajo temporal en Europa y otros países de Latinoamérica.

El enfrentamiento de posiciones sobre el tema y el aspecto pragmático de su aplicación en el país, debe ser frontal como derecho social genuino, a fines de obtener un reconocimiento eficaz y modernista de la base del empleo en el ámbito legislativo, conforme al cual, la respuesta es la perspectiva globalizada de las nuevas técnicas de producción.

El proceso histórico de la formación del Derecho del Trabajo, ha traído a toda investigación una connotación de marcada influencia casuista, plegada al momento de verificarse sus diferentes tópicos y situaciones.

Lo primero a analizar en este entorno, lo enfocamos en su misma definición meramente descriptiva, orientada hacia una ordenación jurídica del trabajo asalariado o prestado por cuenta ajena.

Verificando su contenido se observa como el objeto perseguido es regular, la relación jurídica bien sea, individual, colectiva o de sus organizaciones, ante una nueva fuente de empleo.

Lo segundo, sería atenerse a su proposición proteccionista de los intereses y condiciones del propio trabajador individualmente considerado dentro de la relación, frente a los que reciben el beneficio por aquel trabajo retribuido, dependiente, por cuenta ajena y para otra persona que obtiene los resultados de la actividad laboral como son los empleadores.

Hasta el momento se ha tenido la consensualidad, conmutatividad y bilateralidad en la relación laboral, entre dos sujetos que se han intercambiado en una relación jurídica, diferentes propuestas de servicio. Cosa distinta sucede cuando se enfrenta esa relación, a un posible conflicto laboral por la aparición extraña de un sujeto que distorsiona sus condiciones, bien, para favorecerlo o desmejorarlo en la aprehensión de sus principios y condiciones protectoras.

El fundamento del Derecho del Trabajo, es un elemento primordial para ser tomado en cuenta al analizar la institución de la ETT. El modo formal de enlazar el trabajo asalariado y estudiar sus consecuencias hace difícil desprenderlo de su valor histórico. Para precisar el tema de las ETT, resulta dificultoso por no decir imposible esquematizar los problemas del Derecho del Trabajo de modo ahistórico.

Las relaciones sociales vigentes en un momento determinado, pasan a ser reguladas en forma técnica –instrumental– por el Derecho, en tal sentido que la integración, institucionalización y desarrollo de los conflictos sociales van directamente inmersos en el contenido normativo que pasa a regular para el logro de la paz social. Se hace referencia a este esquema, debido a que el conflicto social, es primordialmente la piedra angular del Derecho del Trabajo, motivado al enfrentamiento del trabajador asalariado y el capital de la sociedad capitalista, industrial y globalizada.

No existen dudas, que nuevas situaciones pasan a enfrentar el contenido normativo laboral, los nuevos esquemas de mercado, promocionan a su vez novísimos esquemas de producción, la transculturalización de los sistemas productivos abren fronteras técnicas para hacer riquezas. Esto trae consigo cambios en las formas, modos y técnicas en cadenas de producción, que como es lógico van directa y proporcionalmente a enfrentarse con la masa trabajadora.

Se piensa en forma muy práctica, que en la construcción de un edificio, actúan diversos esquemas técnicos a fin de un logro común, planificación, coordinación y ejecuciones que persiguen su terminación. En igual forma se interactúa en el Derecho del Trabajo, el conflicto laboral se presenta con un arquetipo de la industrialización del propio capitalismo, éste va aunado al conflicto social, por lo que las tensiones en el trabajo generan tensiones sociales, así se tiene que donde

no puede actuar la equidad para su solución es obligación del legislador vaciar esa incidencia en el deber ser de la norma para su regulación.

El conflicto paradigmático y de notable influencia es la categoría sistemática de una cultura capitalista industrial. El conflicto industrial es real y de obligatorio enfrentamiento por parte de los operadores sociales para lograr sus posibles soluciones, son nuevos esquemas conflictivos que no pueden evadirse y dejarse escamotear por las vivencias conductuales de la representación laboral, se requieren verdaderos pronunciamientos, a fines de que el legislador los tome en cuenta para ser vaciados en su contenido normativo.

El tema que se ha de exponer en esta obra, como es el referido a la empresa de trabajo temporal, es un novísimo esquema protector de empleo en el trabajo asalariado, lo que a su vez es producto del sistema de producción capitalista en sus diferentes procesos de industrialización de bienes y servicios y sus diversos factores técnicos intervinientes.

Diferentes concepciones se pueden tomar para desarrollar el trabajo, pero la más simple es identificar la institución como lo es la empresa de trabajo temporal como nueva figura en el mercado de trabajo, de *desideratum* flexible y de adaptación práctica, pero de dificultosa posición en el campo protector de la prestación de servicio, sus condiciones, beneficios y seguridad que puedan quedar burladas al aplicar este tipo de contratación.

Esta última exposición sobre los problemas que enfrentan las empresas de trabajo temporal (ETT), frente a las regulaciones protectoras del trabajo asalariado es la finalidad de esta investigación, buscando hacer proposiciones cónsonas con su desenvolvimiento práctico en la actividad laboral que la regule y sustentado sobre el Derecho comparado.

Las ideas expuestas, permiten definir principalmente la figura de la ETT, describirla en su contenido pragmático y conceptual y ubicar su funcionamiento en el Derecho comparado, especialmente en España, donde presenta una institución capaz de generar eficiencia en empleo temporal y mejorar el sistema de la contratación de la mano de obra capacitada.

La legislación venezolana, no cumple a cabalidad con las exigencias esenciales de esta figura, se quedó efímero el legislador dejando múltiples lagunas en su contenido práctico. En referencia a la tramitación, el procedimiento no está previsto, las obligaciones de la estructura organizativa interviniente, tampoco se establece, el tipo de sanciones a la violación de sus regulaciones, no pudo consagrarse, debido al tipo de instrumento con el cual se creó.

Sobre la base de las ideas expuestas, se precisa que hubiese sido cónsono, haber señalado la solvencia empresarial, en lo atinente a la seguridad social y de carácter fiscal, a fines de darle representatividad a la figura de la ETT.

Igualmente en el plano del procedimiento administrativo, se debió indicar el plazo para la presentación de solicitudes y documentaciones referentes a su constitución, el órgano ante el cual se inicia la solicitud, el modelo y documentación inicial de forma normalizada, el memorial de la estructura organizativa con que cuenta la empresa, requisitos de garantías o fianza, el poder del representante que ha de obligarse con los trabajadores ante la representación con la beneficiaria, su ámbito territorial y domicilio preciso con posibles sucursales, y finalmente los recursos que puedan ejercerse en el procedimiento de autorización.

Como se califica en este trabajo, hay una relación del ámbito temporal del contrato de trabajo, asimismo, de gran importancia lo atinente a la libertad de trabajo, como derecho de rango constitucional específico, también está desdibujado con esta figura de la ETT. Se considera este punto álgido por cierto, debido al monopolio funcional que regula la beneficiaria con respecto al contrato de provisión, lo que irrumpe excepcionalmente los principios protectores del régimen laboral común, y consecencialmente se coarta la libertad.

En este aspecto, se puede observar, verbigracia, la prohibición de utilizar el procedimiento de estabilidad, por tener este tipo de relación, un régimen de temporalidad, que excluye la competencia de conocer este tipo de contratación, claro está, salvo caso especial de indeterminación en el tiempo para con la ETT.

En referencia a las variables de desempleo y el alcance que pueda tener las ETT, como aliviadero en la formación de contratos en determinada época y espacio territorial, se pueden analizar las siguientes:

1. En los casos de trabajadores desempleados, y donde medie una crisis económica que debilite la posibilidad de ofertas de trabajo o baja captación de mercado de trabajo, el tiempo de evolución de la crisis afecta directamente el mercado laboral. Así tenemos, que si la afectación perdura un número de años, la persona no consigue ubicación ni oferta estable, y en consecuencia se produce un envejecimiento físico y de la capacitación, denominado en el sector estadístico “desempleo crónico”. En este factor entra la ETT, y puede llenar el vacío de la prestación de servicio especializada.
2. En épocas de crisis económica, pocas empresas están dispuestas a invertir o manejar partidas de capacitación en el trabajo, por lo que pueden recurrir al mercado especializado a efectos de atender la cadena de producción, sin necesidad de atarse al régimen laboral común.

3. En momentos de distorsión social y económica, la mano de obra es mucho más barata, por efectos de baja oferta en mercados de trabajo y poca inversión en sistema de producción, se presenta así la captación temporal de jóvenes especializados que suplantando a los viejos trabajadores más costosos y de mayor exigencia en la prestación.
4. El factor de captación de la ETT, es de gran importancia, evita que la mano de obra especializada, pierda la aptitud a la profesión, también precave el vacío de trabajo y el perjuicio para el sistema de producción, a lo cual podría dar un auge de dedicación a otros mercados o captación de nuevas líneas de producción o bien apertura exterior. En los actuales momentos donde se habla de crecimiento económico, de sustentabilidad de sistemas económicos, de políticas flexibles en la economía, no puede dejarse alejada de la posibilidad de captar, comenzando por el propio Estado, las modalidades de trabajo que coadyuven el sistema económico.
5. Para el 2001, en el Instituto Nacional de Estadísticas del país, existe un total de 1.8 millones como población desocupada, en una edad comprendida de 15 años en adelante; 1.03 millones de hombres desempleados; 0.78 millones de mujeres sin empleo; 4.9 millones de personas en la economía informal, de los cuales 2.9 son hombres y 2.03 son mujeres. Sobre estos parámetros una vez reconocida la ETT en 1999, debe considerarse que se experimentaron cambios en dichos porcentajes de desempleo. El sistema laboral requería de una adaptación, a fines de abrir nuevos campos de trabajo, que faciliten el esquema de empleo y procuren modernizar la mediación de ofertas de trabajo.

1. Definición y ventajas de las empresas de trabajo temporal

Indica el contenido del artículo 23 del reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, que la empresa de trabajo temporal “tiene por objeto poner a disposición del beneficiario, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados”. Bajo esta modalidad describe el legislador venezolano, el objeto perseguido por esta institución que pasa a formar parte de los sujetos del derecho del trabajo.

Ante todo, se debe expresar en qué consisten las empresas de trabajo temporal, a fin de observar sus *ventajas*, muy especialmente desde el punto de vista doctrinal, y describirlas como unas empresas especiales dedicadas a la protección del empleo. Su objetivo se enmarca en proteger la masa de trabajadores calificados sobre-explotados, pese a que determinadas doctrinas colocan su objeto en protección de otras categorías de trabajadores, como se referirá posteriormente.

Si se examina desde el punto de vista de su posible objeto social –ante el régimen de explotación mercantilista de empresas comerciales– este tipo de empresa debe

llevar la finalidad de explotar la gestión de empleo y su colocación en el mercado de trabajo, por lo que, no explotará una producción de bienes y servicios, no se encargará de fabricación de objetos, pero sí prestar un servicio de colocación de trabajadores para su movilidad en el trabajo, su expresión en este sentido es de obligatorio cumplimiento.

La figura laboral de la ETT, se diferencia del contrato de trabajo a tiempo parcial, en que cada una de las modalidades tiene su propio contenido social, primero, hacia la cobertura del empleo –connotación social–; en segundo lugar, el favorecimiento al empleador –modalidad práctica al contratar– y por último, establece un esquema primario de cobertura a la mano de obra –fenómeno del Estado– con lineamientos a la protección del trabajador desocupado, No obstante, tener ambas tipología un aspecto convencional, segregan una gran importancia en el conjunto de modalidades de contratación en el campo laboral, tienden a su vez, a una vinculación distinta de tendencias y objetivos plurales que se configuran con el ordenamiento específico que se adopte y la propia finalidad que busca el sistema económico imperante.

La diferencia conceptual del contrato de trabajo a tiempo parcial, tiempo completo o de jornada completa, se sitúa sobre la duración máxima del tiempo de actividad laboral del empleado, o bien se puede presentar, cuando dicha duración de la actividad es inferior a la duración máxima de la jornada legal o la misma convencional, prevista según la clasificación de cómputo diario, semanal o anual.

En tal sentido, antes de entrar en el análisis de la figura contractual de la ETT, se debe especificar que la jornada de trabajo es una restricción a la libertad contractual y no se puede ampliar por contrato individual, por convención particular ni colectiva por encima de la jornada máxima legal establecida en la ley respectiva. Se observa así, que los atributos sustantivos de los contratos de trabajo o la propia relación laboral ordinaria, son predicables del contrato de trabajo a tiempo parcial, igualmente, las eventuales clasificaciones de tipologías de modalidades que puedan existir legalmente.

En este conglomerado de palabras, se hace una referencia a este tipo de contratación, partiendo de los efectos sustantivos en sí, de que es objeto el contrato parcial, para observar las semejanzas doctrinales, legales y casuísticas con la ETT.

Si se analiza el régimen de horarios de trabajo, es distinto ambos contratos tanto el parcial con el de las ETT, con el ordinario, el régimen de descanso diario, semanal y anual del trabajador, se sustenta sobre otros límites, la medida de la protección social y su régimen de pensiones tienen diferente alcance y posee una reducción proporcional por debajo de mínimos legales.

El carácter rígido de la materia laboral, no permite la desregulación completa de la concepción tuitiva, requiere de la necesidad de una norma protectora de sus condiciones llámese jornada completa/parcial/temporal. Se presenta un ajuste de beneficios/principios protectores y no la exclusión de los mismos, la finalidad de equilibrar, proporcional y equitativamente el impacto de las restricciones tuitivas del ordenamiento jurídico del contrato ordinario, para preservar el principio de igualdad de trato y efectos tuitivos de situaciones jurídicas desiguales para garantizar el cumplimiento de la función protectora del Estado Social de Derecho.

Si se toma en cuenta la consensualidad y lo sinalagmático en el acuerdo personal, el contrato de trabajo se perfila con “el cauce de exteriorización de la voluntad de las partes de una relación jurídica”, logrado a través de la esencia del mismo contrato por lo que adquiere su valor jurídico. Esto da lugar al nacimiento de Derechos y obligaciones, empero en el Derecho del Trabajo no basta sólo el concurso de voluntades, requiere su afán tuitivo bordeado de principios de eficacia constitucional que perfeccionan el consentimiento prestado.

No se puede, dejar aparte la contratación para realizar trabajos fijos y periódicos de la actividad de la empresa, no puede existir una interpretación extensiva de los lineamientos legales, como los trabajos de ejecución intermitente o la actividad cíclica, como ejecución de trabajos que no requieren la prestación del servicio todos los días del año. En este orden, tal actividad de la empresa se puede desarrollar por temporada o campanas, pero puede este tipo de actividad estar relacionada con una actividad de naturaleza continua, lo cual a su vez pueden estar complementadas, verbigracia el refuerzo o incremento de plantilla de trabajadores ordinarios, que por momentos de la intensidad estacional de la actividad requiere robustecer la nomina, cuestión esta que me refiero a la ‘modulación de tiempos de trabajo’.

Como señala la profesora Yanini Baeza de la Universidad de Jaime I de Castellón, al referirse a estos contratos asienta que la disparidad terminológica de estas convenciones y clasificaciones de los trabajadores por razón de la duración del contrato de trabajo, está asumida por su reglamentación, por lo que la autoridad laboral le corresponde su cometido.

Según el Derecho español, la reforma legislativa del mercado de trabajo realizado entre 1994 y 1998 en España, y originada con la Ley 14/1994, sentó un precedente flexibilizador de las plazas de empleo. Con dicho texto regulador de las empresas de trabajo temporal, modificó la forma de contratar en el trabajo, según señala el profesor de la Universidad de Salamanca, Manuel Carlos Palomeque, es un instrumento flexible y necesario para los empleados, al señalar:

“...es singularmente relevante por lo que significa de instrumento flexible para dotar a las empresas del número necesario de trabajadores que en cada momento necesiten, con la formación profesional también precisas.”¹

Una definición nominal de este tipo de figura, se puede determinar en la propia ley que la regula, esta noción se piensa es traída de la consagrada en la legislación española, específicamente en la Ley 14/1994, que indica: “Se denomina aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de ETT debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley”.

Se dice que este esquema de empleo, es un moderno mercado de esclavos, por lo que su aprovechamiento es hacia los parados, sin empleo o trabajadores parciales, llegando a categorizar la protección hacia los trabajadores calificados sobre-explotados.

La intermediación es una figura central de este esquema, no propiamente identificada con la figura del intermediario como sujeto del contrato de trabajo en Venezuela, sino vista como una figura que interviene ‘intermediación *sui generis*’ para mediar el empleo, con ciertas condiciones y requerimientos legales. La ETT, siempre actúa, como auxiliar entre la empresa beneficiaria que solicita un trabajador y ella que ofrece la mano de obra, hay una demanda de empleo y una recepción de oferta.

El objetivo práctico de este tipo de contratación es de permitir la realización de actividades vinculadas a la prestación de servicios, donde la empresa beneficiaria cubre sus necesidades de falta de trabajadores calificados mediante el empleo temporal con otra empresa que ubica y rellena la falla de empleo. La empresa beneficiaria, ubica el personal sin necesidad de contratar a grupo de trabajadores, ya que estos últimos dependen directamente de la ETT.

Entre las ventajas que tiene este tipo de empresa, está, la ubicación temprana, calificada y organizada de empleados, con mejor condiciones de empleo, pero con salarios casi siempre inferiores a los del mercado, debido al tipo de ubicación que tiene en estas empresas, por lo que no escapa que estos trabajadores captados en la ETT, puedan tener menor sueldo que los que laboran en forma indeterminada en la empresa beneficiaria.

¹ Vid. Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ. **Derecho del Trabajo**. Novena edición. Colección Ceura. Madrid. 2001, p. 713.

Otras de las ventajas de este tipo de empresa, es la relacionada con la permanencia del trabajador en la empresa beneficiaria, el trabajador colocado debe presentar un rendimiento acorde con la contratación inicial entre la ETT y la beneficiaria, y de no llegarse a esta satisfacción podría presentarse dentro de esquema contractual cambios relacionados directamente al empleado trasladado.

La satisfacción de capacidad y rendimiento, expuesta como cláusula condicionante en los contratos entre la ETT y la beneficiaria, tiene como beneficio en la mayoría de los casos cambios gratuitos del personal.

En este mismo sentido, puede presentarse suspensiones de la relación del empleado con la empresa beneficiaria, debido a enfermedad profesional, accidente de trabajo o impedimentos de prestación de servicio que aparente el trabajador lo cual le impida seguir con el trabajo, en estos casos las cláusulas que gobiernan estas relaciones van encaminadas a resolver este tipo de problema, y a efecto de no interrumpir el trabajo, la beneficiaria podría cambiar de empleado provisionalmente.

De acuerdo con este esquema previsto para la ETT, el trabajador se desprende de muchos derechos protectores como trabajador ordinario al tener este tipo de relación con la ETT, desvinculándose con la beneficiaria pero atándose con su contratante original.

La legislación de la ETT en España, describe la figura de la ETT, en forma más amplia, incluye el negocio mediante la cesión jurídica, y la misma, para funcionar requiere autorización expresa, en este sentido, hace una expresa reserva de contenido pragmático y de funcionamiento, cuando describe, aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.

En España se considera como ETT, también a aquella cuyos servicios consistan en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica –empresa usuaria– que determine sus tareas y supervise su ejecución. Esta descripción propia de una agencia de empleo, la cual estuvo contextualizada, atendiendo a la ordenación territorial que tiene actualmente Europa, con la adaptación de la Unión Europea, y sus nuevos lineamientos de mercado.

De acuerdo con la tesis de Palomeque (2001) el objeto esencial de una empresa de trabajo temporal lo constituye, por consiguiente, la intermediación entre el trabajador que presta sus servicios y la empresa que lo recibe, dice este autor que

“hay una evidente cesión de trabajadores, donde el cedente es la ETT y el cesionario la empresa denominada usuaria”².

Hay que precisar un hecho fundamental para definir ese medio de transmisión de los trabajadores de una persona llamada patrono, a otro sujeto que lo requiere. De acuerdo con el régimen español, existiría una evidente cesión de trabajadores.

En el derecho positivo venezolano, rige el sistema de la voluntad real en la interpretación de los contratos, para el caso de deficiencia, oscuridad o ambigüedad en su significado, en este sentido, el intérprete o jurisdicente, debe atenerse al propósito o intención de las partes, teniendo en mira las exigencias de la ley, la verdad y de la buena fe. Considerando esta posición legal, el intérprete debe valerse de los términos impuestos por las partes en el contrato, para verificar su ejecución, su naturaleza y las circunstancias externas que lo han rodeado.

En el Derecho Civil, por principio en caso de duda en la interpretación, se debe favorecer al obligado, posición ésta distinta al régimen laboral, donde se tiene el principio ordenador en forma tuitiva *in personam* a favor del trabajador.

Si se acepta que hay una evidente ‘cesión de trabajadores’ en el contrato de provisión con la ETT, se hace necesario describir el vocablo “cesión”. ‘Cesión’ proviene del latín *cederé*. El significado *ius* civilista, podría sostenerse como renuncia o transmisión de un derecho, acción o posesión de una persona a favor de otra, puede haber, como decía el maestro Messineo, pueda haber todo tipo de cesión, de derecho, contratos, de títulos a la orden o precario.

Ahora bien, no se puede analizar el contrato de trabajo, bajo la óptica *ius* privatista, la legislación social, no puede asimilarse al contractualismo del Derecho común, cuyas instituciones nutren y son aceptados en el Derecho laboral, para la interpretación jurídica del contrato de trabajo...

Según el desarrollo precedente, la modalidad de realizar la ETT, la transmisión de los trabajadores de su nómina a la beneficiaria, es mediante la cesión de derechos bajo reserva. Estas condiciones obligatorias y que aunadas a los requerimientos legales conforman el contrato de provisión, llevan implícita “el prestamismo laboral” en virtud de ceder trabajadores para prestar servicios especiales, requeridos por la beneficiaria que los necesita.

² *Ibidem*, p. 717.

La cesión puede constituirse por tiempo parcial, referencia de índole legal, verbi-gracia –tres meses–, o bien absoluta, por conversión jurídica. La caracterización de las ETT en España, va directamente indicada sobre la disposición de colocar empleados, la existencia de una empresa usuaria que recibe la oferta en virtud de la demanda efectuada, el sentido temporal de la contratación y muy especialmente la suscripción de un contrato que regule su intermediación³.

Ante la regulación bilateral presentada entre el trabajador y la ETT, se presenta una ‘*relación triangular*’, la ETT hace a su vez bilateral su relación con la usuaria –contrato de puesta a disposición– así la empresa usuaria, perfecciona la relación triangular, esto desencadena que el trabajador cedido posee dualidad de empresarios.

En cuanto a los países europeos que han admitido este tipo de contratación se mencionan a Alemania, Francia, Holanda, Bélgica, Portugal e Italia, los cuales regulan en forma rigurosa la institución, fijando normas específicas para su funcionamiento y radicalizando su mercado, por el contrario, otros, regulan en forma general la ETT en cuanto a su contenido normativo que son Gran Bretaña, Irlanda y Luxemburgo.

El omnipotente factor económico, ha jugado un importante rol en la Unión Europea, el proceso integrador fue llevado con mucho acierto en lo relativo a las regulaciones del mercado de trabajo. Su ordenación innovadora del orden normativo laboral debe servir de ejemplo, de cuanto acierto puede tener una nación, para llegar a ser una potencia en todo sentido unificada.

Se ha tomado como apoyo en el Derecho comparado, el desarrollo normativo de la materia escenificada en Europa, donde se origina la figura de la ETT, principalmente de Gran Bretaña y se pasa a España, donde el sistema se ha colocado en unos de los baluartes en el mundo con sus nuevas fuentes de Derecho laboral.

El Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre de 1997, que modificó el derecho originario anterior a la Unión Europea, lo cual proyectó una influencia normativa a través de las decisiones del Consejo Europeo extraordinario de Luxemburgo-11-97 sobre el empleo, y la coordinación de políticas de empleo de los Estados Miembros. Se debe agregar el sistema jurídico de la Unión Europea, con su Carta de los derechos fundamentales –Tratado de Niza–, y la promulgación de medidas protectoras de Empleo⁴.

³ Vid. Artículo 1 LETT, España; definición sustancialmente igual a la que contiene la Directiva 91/383. El artículo 1 del Convenio OIT, N° 181, ratificado por España BOE del 13-9-1999, referido a las Agencias de Empleo Privadas.

⁴ Vid. Carta de Niza: 26-2-2001; y RD-L, 5/2001, de 2 de marzo.

2. Naturaleza jurídica de las empresas de trabajo temporal

Si se examina la figura de la ETT, como un sujeto de la relación de trabajo, se enfocaría su existencia como una agencia de empleo privada, que lleva a cabo con una cesión de empleados en forma temporal y profesional de modo triangular.

El contenido normativo es otro, el significado de la expresión anunciada por el legislador, lleva a considerar que la figura de la ETT, tiene un *desideratum* protector del empleo. La socialización del derecho del trabajo lo envuelve, y hace que éstas tengan manifestaciones de interés general, expresadas en normas de orden público, no obstante que objetivos son flexibilizadores del contrato de trabajo.

Es importante considerar que no hay que confundir el objeto –cesión de trabajadores– con su naturaleza, y su función legal es siempre la intermediación de empleo entre empresas, para la colocación de trabajadores⁵.

El supuesto establecido en la norma creadora de la figura individualiza la misma, le otorga consecuencias y efectos distintos a cualquier otra figura del Derecho del Trabajo.

Se presenta así, el caso de la responsabilidad, la modalidad de contratación, la forma de enfrentar las vicisitudes laborales y el trato diferenciador en cuando al poder disciplinario del patrono. Es un fenómeno plenamente consolidado hoy en día en el mundo empresarial, el de acudir a fórmulas alternativas de contratación de mano de obra, lo que denomina la gerencia “descentralización productiva”. En España se permite, verbigracia, el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicio “transnacional”⁶.

El esquema singular de la ETT, mantiene una facultad instrumental de disposición en el empleo de un trabajador, por lo que sale del trato común, en la modalidad de la búsqueda de colocación u ofrecimiento de empleo que realizar el empleo ordinario. El poder individualizado del sujeto de la relación laboral, jurídicamente concretado e independizado, cambia a una dependencia de colocación y no a una atadura directa al propio empleo.

Es lógico que la empresa tenga un interés en negociar este tipo de contrato, ya que atiende demanda laboral temporal y urgente en muchos casos, con lo cual se ahorra gastos, capacitación y gerenciamiento del recurso humano ofertado.

⁵ Vid. Régimen venezolano inspirado en Ley Española N° 4/1994, Boletín Oficial España N° 131, del 2-6-1994.

⁶ Vid. Ley 45/ 1999, 24 de noviembre.

El trabajador pasa de un sujeto necesitado, insatisfecho, independizado, sub-empleado a la expectativa y resguardado de una colocación indirecta de empleo. Se observa con esta posición que el trato discriminatorio en el empleo es atenuado, con la formalización del requerimiento de trabajo, librándose así el beneficiario de esta obligación protectora sustentada en un principio del Derecho laboral.

Existen posiciones encontradas en considerar que las ETT, van dirigidas a la sobreexplotación de la masa trabajadora, en tal sentido, podría establecerse que buscan modalidades protectoras al campo del empleo en forma exclusiva y directamente proporcional al mercado de trabajo.

El efecto de la protección según esta posición, el efecto de la sobreexplotación de trabajo, se maneja sobre la calidad del servicio de colocación a favor de los patronos en primer lugar, las organizaciones sindicales, el propio Estado y las categorías subcontratadas.

Si se maneja la tesis de la protección del sub-empleo, el fin protectorio del Estado es el mismo, la protección, captación, capacitación de la masa trabajadora cesante, pero contraria a la del efecto protectorio de sobre-explotación, debido a que en este segmento la mano de obra es capacitada.

Se considera que la protección del Estado, en cualquiera de las dos vertientes antes citadas, se sustenta para beneficio concreto –el trabajador– y para la parte empresarial, se manejaría la descentralización productiva lícita, como manifestación del derecho a la libre empresa y libertad económica, prevista en nuestra Constitución (1999).

En igual sentido lo tiene la Constitución Española, manejado sobre la descentralización productiva, y fundamentado sobre la libertad de creación de empresas y la libertad de ejercicio de actividad empresarial⁷.

3. Ámbito jurídico y funcionamiento en Venezuela de las ETT

A partir de 1999, con la promulgación del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, se dio una nueva visión a la forma de realizar la contratación de trabajadores, en este sentido, se conformó una figura autónoma protectora del empleo, y mediadora de la interrelación del trabajo asalariado.

Esta eventualidad contractual sirve de escenario para fortalecer la capacitación al trabajo profesional y facilitar al empresario la modalidad de selección de empleo. El contexto normativo prevé que toda persona apta tiene el deber de trabajar, den-

⁷ *Vid.* Constitución Española del 27 de diciembre de 1978, artículo 38.

tro de su capacidad y posibilidades, señalamiento éste que recoge a su vez un contenido normativo constitucional. Ahora bien, no obstante esta proposición la ley impone a toda persona el derecho al trabajo, pero a su vez, transfiere la carga al Estado, de procurar que toda persona pueda ejercer ese derecho, mediante su intermediación instrumental y su colocación efectiva.

Así, de requerimiento normativo constitucional con contenido social se transfiere a la ley con contenido laboral. La carga del Estado de esforzarse por crear y favorecer condiciones para elevar el empleo, lejos de ser una carga impuesta por el ordenamiento jurídico, es una necesidad como proyección social del propio Estado, y soporte para la reactivación y estructuración económica.

Mediante la ley se crea una plataforma para el desarrollo de esta propuesta proteccionista del empleo hacia la empresa privada, específicamente, el artículo 25 de la LOT⁸, señala lineamientos fundamentales para que el sector privado tome un espacio en la protección coyuntural del empleo.

La empresa privada por medio de la ETT, obtendrá en su sistema productivo, financiero y económico un favorecimiento, basado al generar oportunidad de empleo, además, de pasar a goce de una protección especial en el régimen crediticio en el sector público, con consideración en políticas fiscales, económicas y administrativas del Estado, que coadyuvan al desarrollo empresarial y sustentabilidad de planes de inversiones.

En referencia al carácter de orden público y de aplicación territorial del ordenamiento jurídico-laboral venezolano, este principio consagrado en la ley, rige tanto a venezolanos como extranjeros, con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país, posición ésta que es irrenunciable o relajable por convenio particular.

El principio de la territorialidad de las leyes laborales, de acuerdo a la doctrina jurisprudencial de la Sala Social de nuestro máximo Tribunal del 19 de septiembre de 2001 y ratificada posteriormente, es aplicado con una precisión absolutista, celosa y restrictiva, debido a que no deja margen a que la prestación del servicio realizada fuera del país efectuada por un trabajador, bajo el esquema de trabajo asalariado tenga regulación y aplicabilidad de las normativas laborales venezolanas.

Esta posición, está señalada en una sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 13 de noviembre de 2001, Expediente N° 01-320, Sentencia N° 294⁹.

⁸ Vid. Artículo 25 Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 5.152. Ext. del 19-06-1997.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Sala Social. Ponente Dr. Omar Mora. Fecha: 13 de noviembre de 2001, Expediente N° 01-320, Sentencia N° 294.

Se considera con esta tesis, que los lineamientos protectores se desdoblan por el lugar donde se realiza la actividad y no por la prestación personal protegida. A su vez, esta posición es restrictiva y discriminatoria del ámbito personal en el contrato de trabajo y por cierto de la libertad de trabajo.

Podemos sacar una conclusión, que esta posición atenta contra la unificación, uniformidad y seguridad que persigue el nuevo orden globalizado, –transnacionales– en disponer diferencias en contrataciones para un extranjero, imaginemos el trabajo realizado por un ingeniero en ambos lados de una frontera entre países, con turnos o jornadas parciales en ambos bandos territoriales, verbigracia, la labor ejecutada a través del Túnel Mont Blanc, el Túnel entre Suiza y Francia; o la del corredor vial Cúcuta-San Antonio del Táchira en Venezuela.

Esta doctrina es limitativa de la libertad de trabajo para el extranjero, al señalar que sólo se asume la prestación de servicio territorial. En principio lo que traduce el sometimiento de la ley nacional a la relación de trabajo local, régimen foral del contrato de trabajo, delicado y prejuicioso, según el cual no le deja libertad a las partes –régimen jurídico de las transnacionales– de fijar el beneficio que más le favorezca al trabajador, como compensación económica, resultando así incontrolable y divergente debido a sus beneficios no resguardados a favor del trabajador.

Contrario a esta posición, existía una jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia de la Sala Civil que señalaba el carácter de orden público y territorial de la ley. Esta posición distinta a la mantenida actualmente por la Sala Social, según la cual, este principio debería aplicarse a toda relación laboral aún de un extranjero comenzada en el exterior y que finalizase en el país, a los efectos del pago de los beneficios laborales, posición ya abandonada.

Analizado someramente lo precedentemente expuesto, es necesario desarrollar el ámbito de los sujetos del derecho laboral en ordenamiento jurídico venezolano una certeza, seguridad y cobertura legal en el esquema del contrato de trabajo, para que todo tipo de trabajador sea nacional o extranjero, esté protegido sin desigualdades, mucho más en esta era de la *externalización*. En este sentido, *ex* artículo 20 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, consagra los sujetos individuales del Derecho del Trabajo, al precisar que el trabajador, el patrono, el contratista y el intermediario, se agrupan en esta clasificación.

Se considera que la clasificación estuvo dividida en dos segmentos, por un lado los sujetos individuales clásicos del Derecho del Trabajo y, por otro los alternativos que en los nuevos sujetos genuinos del orden social y económico, que no podrían apartarse, tales como holding, *Joint Venture*, consorcios y sociedades constituidas como

asociaciones estratégicas que conformen una unidad económica, reflejada en los parámetros restrictivos indicados en el artículo 21° del propio reglamento.

En igual sentido, quedan incluidas como sujeto del Derecho Laboral por vía integracionista y a manera de descapsular el régimen de los sujetos del derecho tradicionales, la propia empresa de trabajo temporal. Este criterio se fundamenta, en que los sujetos tradicionales del Derecho laboral, son creados en nuestro ordenamiento producto de una evolución jurídico-laboral, definida en abarcar cada vez mas a todo sujeto, institución o ente creado por el Derecho, a fines de tenerlo como receptor de derechos y obligaciones.

La inclusión integradora, es la misma de la posición italiana sustentada en el “síndrome de la oveja perdida”, según la cual se busca cada vez mas la integración de factores protectores a todo aquel que por derecho lo tiene, sus fuentes de aplicación e interpretación, gravatorias y persecutorias, no se detienen, sino, hasta alcanzar todo aquel que sea su receptor para cubrirlo con su mejor régimen y ampararlo.

Asimismo, dicha posición se entrelaza con la tesis del ‘efecto cascada de sus normas laborales’, según el cual cada vez que se presume la existencia de la relación laboral, se entra al caudal en movimiento –normas protectoras-. En tal sentido, se produce así, el desbordamiento de regulaciones protectoras que caen con un solo fin el de resguardar sus beneficios, condiciones y privilegios para aplicar sus resultados.

Esa caída gravitatoria de sus fuentes naturales y legales de efecto polivalente, no se producen por seguir la misma corriente del cauce legal, sino, que son una masa corporal trasladada, que por su peso e influencia se inserta y moviliza por la afluencia del orden público, caudal irrelajable e irrenunciable por el mismo efecto de su protección. La *mens legislatoris*, sujetó la clasificación de la ETT, dentro de la división de los sujetos del Derecho del Trabajo, cuando inserta la figura de las ETT dentro del epígrafe correspondiente, según señalaba en el artículo 23 *eiusdem*¹⁰.

Se puede establecer que el legislador al conferir así, legitimidad de funcionamiento a este ente, como sujeto laboral, lo consagró bajo el esquema de su relación con el otro sujeto beneficiario, una conexión de carácter mercantilista entre empresas, y así lo describe en todo el recorrido y desarrollo de la institución prevista en el reglamento.

¹⁰ Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.292 extraordinaria del 25 de enero de 1999.

No se sabe a ciencia cierta, si la intención del legislador fue quedarse en el extremo comercial o mercantilista –relación ETT/beneficiaria– del concepto, o bien, trasladarse al régimen del trabajo, lo cual resultaría más lógico, por lo que tendríamos que ceñirnos a lo señalado por el contexto normativo.

La identificación está fundamentada sobre el *desideratum* laboral, –ex Art. 16 de la LOT–, por eso, indica que se entiende por empresa la unidad de producción de bienes y servicios constituida para realizar una actividad económica con fines de lucro.

Este concepto no tiene en lo absoluto compaginación alguna con la definición mercantilista, que para efectos de negocio, su legitimidad y existencia está sometida a un régimen de inscripción y publicidad, que la hacen obtener su personalidad jurídica.

Al señalar en reglamento los requisitos que debe tener la empresa de trabajo temporal, exigió la indicación de una denominación social, vocablo éste propio de las empresas mercantiles, sujetas a las regulaciones del Código de Comercio para las Compañías Anónimas y Sociedad de Responsabilidad Limitada, no así para las firmas unipersonales.

De este mismo modo señaló una serie de requisitos de carácter bancario, que no podría hacer una persona natural, si correlativamente debe utilizar otro nombre comercial para identificación de sus negocios, hecho éste que resulta imposible de realizarse en el campo legal y de los negocios comerciales.

Como sucedió en Europa, cuna de la institución, la intensividad de la utilización de esta compleja relación jurídica, generó un sistematizado tratamiento administrativo e intervención del Estado, a fines de asegurar el cometido legislativo y finalidad protectora del empleo¹¹.

Según informes de la OIT, la amplitud en la descripción del contenido y garantías de este derecho, contrasta, así, con las reticencias mostradas por buen número de los países occidentales desarrollados. El gobierno belga, por ejemplo,“(…), afirmará que el reconocimiento de este derecho, que no está inscrito ni en la Constitución ni en el Derecho laboral de Bélgica, no implica para el Estado la obligación de proporcionar trabajo a toda persona que lo desea, sino más bien la de hacer cuanto está en su mano para lograr este objetivo y, si no, garantizar la protección contra el desempleo involuntario”¹².

¹¹ Vid. Ley 63/1997, 26 de diciembre, artículo 17; ley 50/1998, 30 diciembre, artículos 19, 20; ley 29/1999, 16 de julio; RDL, 5/2001, de 2 de marzo.

¹² Vid. OIT, Política de Empleo, Informe VI, a la 69ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 1983, p. 22.

En sentido similar, para el Gobierno estadounidense, los preceptos anteriormente analizados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales “piden a los gobiernos, no que garanticen el empleo, sino que lleven a cabo políticas económicas que incrementen al máximo las oportunidades individuales para obtener un empleo productivo y libremente elegido”.

4. Requisitos de constitución

Se debe tener presente, una de las formas de ceder lícitamente un trabajador de una empresa a otra, se hace bajo los requerimientos de la ETT, por otro lado, también observar una excepción como sucede en la cesión de trabajadores por empresas que no requieren intervención administrativa ni requisitos previos de constitución empresarial, como ocurre en el caso de las empresas de explotación del deporte profesional, la cual realizan la cesión de los jugadores entre equipos en forma onerosa, pero sin el fundamento y regulación de la ETT.

En la mayoría del ordenamiento jurídico europeo, la exigencia para que un sujeto pueda realizar la cesión de trabajadores por medio de ETT, debe recaer sobre personas físicas o jurídicas, pero su objeto, debe ser específico y directamente a la dedicación exclusiva actividad de intermediación del empleo. Para el caso de empresas mercantiles el objeto social debe ser ciertamente en forma exclusiva a la explotación de este tipo de empresa.

En Venezuela, el contrato social, requiere como elemento esencial unos requisitos obligatorios, verbigracia, debe ser redactado por escrito, debe manifestarse las exigencias mínimas planteadas por la ley, como la voluntad de las partes de constituirla, la constitución de un fondo social, mediante aportes de las personas que la integran, distintos al de los socios, la intención de lograr un fin económico común, claro está, mediante ejecución de actos de comercio.

En España la LETT artículo 2.1, reformada¹³, con el propósito de darle mayor seguridad jurídica a estas empresas, exige que la denominación social en empresas mercantiles, deba llevar adicional a ésta la frase Empresa de Trabajo Temporal.

En este mismo sentido, para el funcionamiento de una ETT en España, requiere una habilitación administrativa, a objeto de dedicarse a la actividad *ex* artículo 2/2 LETT. La tramitación se hace ante el Ministerio del Trabajo, quien emite la au-

¹³ *Vid.* Reforma por Ley 63/1997, del 26 de diciembre, España.

torización mediante acto razonado, con lo cual se perfecciona la intervención estatal, al fiscalizar este tipo de actividad¹⁴.

En referencia a la responsabilidad social que recae sobre estas empresas, en España, se le exige la constitución de una garantía financiera para responder de las deudas que se establezcan por salarios insolutos y la seguridad social.

De estos pasos, se desprende la relación triangular por contrato que se constituye en los contratos entre la ETT, en primer término, por un lado los trabajadores primigeniamente, por el otro las usuarias, lo cual está garantizado con fianzas de exigencia legal. Se prevé que el trabajador tiene dos frentes con poder de dirección, uno la ETT, y el otro, la empresa usuaria, cesionaria de los servicios.

Se prevé que la responsabilidad de las empresas intervinientes en España, está supervisada por el Estado, con lo cual, se evita que una contratación se realice en fraude a la ley, que ocurre, cuando se pone en funcionamiento el esquema en supuestos no previstos o expresamente esté prohibido por la ley, tal como lo dispone la Ley 14/94, artículo 7.

Aparte de la garantía que deberá constituir la ETT en España, se exige para su habilitación, la obligación de mantener una “estructura administrativa que responda a las exigencias iniciales cuando fue tramitada su autorización, además, con un número mínimo de trabajadores con contratos indefinidos, en proporción al número de trabajadores cedidos en el año anterior”¹⁵.

En este mismo sentido, la cesión de trabajadores en España, se realiza mediante un contrato de naturaleza mercantil, formalizado entre la ETT y la usuaria, denominado “contrato de puesta a disposición”, el cual se suscribe por escrito en modelo oficial, cuyo contenido debe llevar todo lo relativo a la identificación de ambas contratantes.

En España, las empresas o personas que celebran este tipo de contrato deben justificar la causa que origina esta modalidad de contratación. El artículo 6 de la referida Ley 14/1994, determina la aplicación en casos de realización de una obra, para atender exigencias circunstanciales de mercado, excesos de pedidos, acumulación de tareas, en procesos de selección o promoción.

¹⁴ *Vid.* También la autorización la puede dar un organismo correspondiente a la Comunidad Autónoma. Artículos 1 y 2 RD, 4/1995.

¹⁵ *Vid.* LET, artículos 2.5 y 3.1, Ords. a y b; y artículo 7 de RD de 4/1995.

Igualmente en dicho país, se le exige a las empresas la obligación de detallar en los contratos, el objeto de la prestación del servicio, los salarios, precios convenidos para cada cesión, sitio de trabajo, horarios, las condiciones de higiene y seguridad, los infortunios laborales y la duración del contrato, es decir, existe una exigencia formal del contrato, a los efectos de medir la protección de las partes intervinientes y velar por el buen funcionamiento de este tipo de empresa.

Es imprescindible indicar, que en España el incumplimiento de los requisitos precedentemente descritos constituyen falta grave en su funcionamiento¹⁶. Se considera, que la dejadez por parte del Estado, hace que el funcionamiento de este tipo de empresas entren en la precariedad de su funcionamiento, motivado a que se llega a incumplir con la normatividad protectora al trabajo formal y la cobertura tutelar al empleo.

En Venezuela, la posición del legislador respecto a los requisitos de constitución y funcionamiento, se encuentra prevista en el reglamento de la LOT, Capítulo II, De Los Sujetos.

Se prevé expresamente su objeto, relativo a la puesta a disposición de uno o más trabajadores a una empresa o persona natural para que se beneficie de la contratación temporal. El legislador venezolano quiso ser previsorio en este aspecto, clasificó y mencionó a la empresa receptora de los trabajadores, como la “*beneficiaria*”, por ser recibidora de la prestación del servicio y bien tutelado por la normativa laboral, guardando similitud con el nombre de la usuaria como son denominadas en España.

Requisitos:

- A. El requisito obligatorio para el funcionamiento de las ETT, es ser autorizadas, es decir, que medie un acto administrativo previo emanado de la autoridad competente y, mediante un acto administrativo que cause efectos personales y directos del interesado. El legislador venezolano no estableció el organismo competente dentro del Ministerio del Trabajo con competencia para tramitar los recaudos. En este sentido, que estuviese autorizado o delegado para tal función, por lo cual queda referido en el marco de la administración pública nacional, establecer la misma, tal como lo señala la Ley Orgánica de la Administración Central.
- B. Entre los requisitos de la empresa interesada para funcionar como ETT, deberá tener como objeto social, “*exclusivo*”, la selección, reclutamiento, capacitación y negociación de personal para su colocación en un empleo.

¹⁶ Vid. LET, artículo 6.1, t RD 4/1995; 18.2, LISOS; y 2RD216/1999.

- C. La empresa que desee funcionar como ETT, deberá disponer de una estructura organizativa y capacidad financiera que le permita cumplir con sus obligaciones patronales, a lo que hay que agregar que dicha estructura debe ir referida al aspecto administrativo, gerencial, contable, presupuestaria, personal capacitado en recursos humanos, consultores jurídicos etc. Además, es imprescindible el manejo de un capital social y esquemas bancarios necesarios para sostener el servicio que presta, debe ser de una reconocida solvencia personal de los socios y la propia empresa en el ámbito comercial.
- D. Como se indicó anteriormente, conforme al requisito de la denominación social, constituye un requisito formal, fijado por el Código de Comercio venezolano, y debe, además, anexarse la frase “*Empresa de Trabajo Temporal*”, sin abreviatura o sobreentendidos, como expresamente lo indica la ley, por lo que el vocablo exigido no podrá ser establecido como sigla, lema o marca comercial.
- E. Podrá la ETT, constituir una fianza bancaria o de empresas de seguro, a los efectos de garantizar las contrataciones de los trabajadores. Además, debe ser aprobada la constitución de la fianza por el Ministerio del Trabajo, es decir, queda a discreción del Estado la aprobación y muy importante de recalcar, el propio funcionamiento de la empresa. Por interpretación a contrario, no puede funcionar la ETT, si no tiene aprobada la fianza respectiva.
- F. El monto de la fianza o bien el depósito bancario que puede suplir aquella, tal como lo dispuso el legislador, al separar las dos instituciones o dividir las en la norma *in commento*, nótese que utiliza una conjunción disyuntiva que denota diferencia, revela como es lógico, que no se requieran ambas para funcionar. La cuantía necesaria es de doce salarios mínimos por cada trabajador que utilice en su esquema la ETT. Pero lo que omite el legislador es la referencia a qué salario se refería, el público o privado, urbano o rural, por lo cual se deduce que es el salario mínimo obligatorio o salario mínimo mensual vigente en la Capital de la República, como expresamente lo consagra el legislador *ex artículo 96* del reglamento. Además, se establece que debido al monto exigido se responde al trabajador por sus indemnizaciones laborales.
- G. Como empleador, la ETT tiene la obligación similar a la que tiene el patrono con sus trabajadores derivadas del ordenamiento jurídico laboral, seguridad social y vertientes sobre la prestación de servicio asalariado. Esta empresa mantiene un doble rol, de ceder trabajadores a otros patronos que así lo soliciten y de responder a los trabajadores por sus derechos e intereses. En lo correspondiente a los pagos derivados del Ince, Seguro Social, Paro Forzoso, Política Habitacional y cualquier otro referido al empleo que se ubique dentro de los parámetros de una carga u obligación económica hacia el patrono, le corresponde asumirla a la ETT, en forma uniforme y similar en su rol de patrono.

- H. Las ETT, bajo su modalidad *sui generis* de contratar de sentido atípico y flexible en referencia al contrato de trabajo característico, busca en todo sentido evitar el trabajo sumergido, captando la capacitación y proteger su colocación.
- I. Los supuestos de procedencia bajo el cual puede funcionar la ETT, en forma expresa lo señala el legislador *ex* artículo 26 del reglamento. En este sentido existe señalamiento específico, verbigracia: a. para la realización de una obra o prestación de servicio limitada en el tiempo; b. para atender exigencias del mercado como acumulación de tarea o excesos de período, por un período que no exceda de tres meses; y c. para sustituir a trabajadores suspendidos.
- J. Los mecanismos de protección y beneficios a favor del trabajador o bien los derechos y garantías, tales como despido, estabilidad, prestaciones, indemnizaciones en general, se aplican solidariamente cuando se viola el régimen temporal o cualquier otra condición o requisito legal.
- K. El caso de las labores que entrañen riesgo para la vida o salud del trabajador, según se señaló le está prohibido a la ETT y es lógico pensar, y hasta a la misma beneficiaria, que en determinado momento puede utilizar este tipo de figura, para burlar la responsabilidad de los infortunios en el trabajo por ejemplo, cambiando determinada plantilla de trabajadores cuando requiera la relación en virtud del riesgo que le ocasione a su nómina ordinaria. El esquema venezolano es general, mientras que el esquema prohibitivo español por ejemplo, es específico, según lo indica el RD 216/1999 de 5 de febrero, y BOE N° 47 del 24-2-99, donde se publica una lista de actividades prohibidas o aplicación que atenta con la excepcionalidad de funcionamiento de la ETT, verbigracia, la vigilancia o seguridad privada en virtud de su capacitación y riesgo.
- L. En el caso de la cesión de trabajadores a los efectos de suplir a empleados suspendidos, el literal “c” del artículo 26 *eiusdem*, *ad pendem litterae*, no previó un lapso de duración. Para situarnos en algunos supuestos referidos a la sustitución de empleados suspendidos, habría que atenerse a las previsiones de la Ley *ex* artículo 94 de la LOT, a fines de resolver cualquier interpretación casuística. En tal sentido, el régimen condicionante de cada inciso permitido *ex* artículo 94 *eiusdem* justifica la cesión del trabajador y, en otros extremos se supedita hasta los doce meses de suspensión de acuerdo a la causa que la originó. El período en el cual debe reincorporarse el trabajador suspendido marca la finalización del contrato de provisión, así se evita la simulación del contrato de trabajo o indebida utilización de este tipo de convención.

5. Diferenciación con otros sujetos previstos en el Derecho del Trabajo

Las ETT se caracterizan por funcionar bajo una forma atípica, como precedentemente se ha señalado, debido a que su carácter es instrumental y protectorio, dis-

tinto a todo esquema patronal regulado por el orden jurídico. Esta modalidad de contratación de trabajadores, excluye otras formas de empleo. La relación laboral típica se conforma sobre la base de dos sujetos laborales (trabajador-patrono), su bilateralidad es personal y hasta presuntiva.

El *carácter triangular* que se conforma en la contratación de las ETT, interviene un tercer sujeto frente al patrono y el trabajador. Al interponerse el tercero, denominado en otras legislaciones como ‘auxiliar’, lo hace para recibir el beneficio de la prestación del servicio requerido como derecho, lo que hace compleja esta triangulación. Este tipo de contratación refleja la responsabilidad del Estado y el valor de la constitucionalización del Derecho del Trabajo, por lo que denota un compromiso con los trabajadores, e implica una reivindicación social.

Nuestra legislación lo regula a través del modelo social que le asigna al Estado una plenitud de funciones y de responsabilidades sociales reconocidas en la Constitución, como lo ha indicado la Sala Político-Administrativa del Alto Tribunal en fecha 5/10/2000, Exp. 16.369, en Sentencia 01885 con ponencia del Dr. Carlos Escarrá Malavé al afirmar que es “un auténtico e ineludible compromiso que implica una protección especial a la familia, a los trabajadores, a los menores, en especial, velar por la salud y seguridad social de los mismos, entre otras. En este contexto, el Estado Social, atribuye al aspecto social mayor importancia, frente al aspecto individual dentro de la misma, pero renovada, ideología democrática dominante.”

La relación laboral es excepcional, flexiva del esquema rígido contractual y hasta de la misma relación de trabajo, por eso, se catalogaría de una ‘flexión laboralista del contrato de trabajo’, cuyo sustento jurídico está en la libertad de trabajo prevista en la Constitución y, en la importancia del Estado Social que afirma el pleno empleo y la paz social.

Se plantean en este esquema, dos relaciones interpersonales, que pueden denominarse ‘la bipolaridad de la relación laboral’, una conformada por la suscrita entre la ETT y los trabajadores reclutados y la otra relación, perfeccionada con la tercera beneficiaria. Como señalan los autores González, Sequeira y Tejedor, al indicar:

En estos supuestos de interposición de un tercero, junto al contrato de trabajo que vincula al trabajador y el empresario, existe otra relación, de carácter fáctico, en virtud de la cual el trabajador presta sus servicios al tercero, de forma que existe una escisión entre el “titular formal” de la relación de trabajo (empresario) y el “titular real” (persona que recibe los servicios del trabajador)¹⁷.

¹⁷ GONZÁLEZ, SEQUEIRA, TEJEDOR, **Derecho del Trabajo de la Empresa**. 2001, Ed. Colex. Madrid, p. 228.

Fundamentado en el rompimiento de la relación típica de trabajo, la ETT se configura en flexibilizar sistemas de contratación que socorren situaciones espontáneas y recurrentes al momento de establecer el empleo.

Por eso, articulando los sistemas de producción, cadena o sistemas productivos, industrialización, robotización y su evolución transformadora, no puede dejarse a un lado el desarrollo tecnológico y el soporte jurídico que le pueda servir de base para su evolución y funcionamiento, bien en un ámbito nacional o transnacional de boga hoy en día.

Ese desarrollo productivo delineado con la ETT, no puede quedar minimizado ante la falta de regulación legal o por decadencia jurídica de un sistema político o capitalista. Las modificaciones sociales, gubernamentales, políticas, territoriales o bien de esquema de mercado, pueden dar origen a nuevas instituciones reguladoras del mercado de trabajo, funcionando a la par de sistemas de producción, lo que las hace dinámicas, flexibles o adaptadoras a su desarrollo.

En la cesión de trabajadores que se realiza mediante la ETT, presenta un supuesto normativo incluido por el legislador venezolano, con un carácter simplista en la adaptación a la realidad jurídica. Este sistema, discrepa en tal sentido con su relación triangular informal, precisamente con respecto a las normas sociales protectoras de la relación laboral. Aparecen así tres sujetos determinados el cedente, la cesionaria y quien ejerce en el esquema triangular el vértice más delicado pero puntal de la base sedimentada en la relación, como lo es el trabajador.

Aparte de la modalidad de las ETT, hay que precisar que la cesión de trabajadores en el derecho venezolano es ilícita, salvo como se mencionó el caso de los jugadores profesionales, permitido por la ley. La situación en Europa cuando se crea esta figura, estuvo en el propósito de reducir costos, obtención de más beneficios, facilitación de mano de obra, la calificación y colocación de empleo, pasando por la utilización flexible de la prestación de un servicio, cuestiones estas que pueden resultar procedente en derecho venezolano.

Se observa que el viejo esquema de contratación bajo los contratistas e intermediarios, no brindaban protección y rapidez a la colocación de mano de obra no obstante, hacer precaria la relación. Este sistema, no abastecía las cadenas de producción en forma técnica, sino, con una rigidez jurídica que en nada favorecían la apertura de nuevos mercados de trabajo. Estos requerían de nuevos frentes de explotación laboral cónsonos con las transformaciones. A partir de 1993, en España, se comienza una nueva etapa respecto a la modalidad de contratación de trabajadores, una de éstas es la ETT, la cual permitió la cesión legal de trabajadores.

Estos mismos argumentos son tomados por el legislador patrio de 1999, al establecer en el reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, el nuevo esquema de empleo. Por tal fundamento, no es permitido aceptar que la ETT, sea una modalidad de trabajo derivada de las figuras de los contratistas e intermediarios, ni su régimen pueda asimilarse a éstas.

Para identificar propiamente la figura, tendríamos que ir al más remoto de su sustento legal, primero que todo al configurar la noción legal del patrono –explotación por cuenta propia– con lo cual se acoge a la tesis de dominio y de contractualidad. Se entendía que patrono era el dueño de la empresa o faena, para identificar su cualidad era el titular de la responsabilidad económica, capitalista y asumía el riesgo.

Si se aprecia en nuestro país, la Ley del Trabajo de 1928, hacía recaer la responsabilidad de la contratación en el propietario de la empresa, en posteriores modificaciones se mantuvo esta tesis. Luego se pasa a la «Teoría de Contractualidad», como complementariedad a la titularidad descrita, según la cual no sólo el propietario es patrono, ya que otro sujeto sin poseer la nuda propiedad explota por medio de un contrato celebrado con el propietario la empresa para su propio beneficio.

La evolución legal va dirigida a omitir toda indicación hacia la propiedad y cualquier derecho derivado. Así se llega a una connotación mucho más amplia en el campo jurídico, donde una persona natural o jurídica ejerce por cuenta propia la explotación de una empresa. Bajo esta modalidad no sólo el propietario de la empresa puede ejercer la titularidad, existen en este supuesto otras personas que puedan quedar revestidas de la cualidad, sólo al ejercer la explotación de la empresa a nombre del titular. En este esquema entran a funcionar los titulares precarios sobre la explotación, aunque lo ejercen para sí, están ligados notablemente por medio de negocios e intereses con el titular.

La modalidad de la explotación por cuenta ajena, recibe así la traslación de titularidad, al explotar la empresa el servicio. En este sentido los contratistas se califican, por ejecutar mediante contrato y bajo su riesgo trabajos con sus propios elementos en beneficio de un tercero. La significación es la explotación por cuenta ajena, se identificó además del patrono, a otras personas que no teniendo aquella titularidad –propiedad– ejercían a su cargo la explotación.

La existencia de relaciones de trabajo, entre personas no propietarias, empresarias o dueñas, se ampliaba en ese entonces, a un campo de responsabilizar a otras personas que interviniendo en la prestación no tenían la titularidad de patronos pero que funcionaban directamente en dicha relación. La significación era evitar el fraude

o simulación en perjuicio de los trabajadores, al intervenir personas extrañas a la titularidad y que realmente no causaban contratiempos salvo que fuesen poco responsables, pero, para un mejor funcionamiento de la explotación.

Otro de los problemas que se ha presentado en el esquema de la ETT, es la duplicidad de patronos. Esto sucede además del contratista, en caso del intermediario, lo concreto en este último modelo es que el intermediario que contrata al trabajador no es el patrono de éste, puesto que actúa como mandatario de aquel. El poder de dirección que origina esta vinculación de trabajo, no las tiene el intermediario, ni la persona que utiliza los servicios. En cuanto a la subordinación se establece entre el trabajador y un solo patrono, a pesar de haber distintas personas con poder de mando, lo que sucede es que aparece una delegación concreta o tácita del patrono.

Como puede colegirse, estos esquemas de explotación funcionaban en ese entonces, y han ido evolucionado jurídicamente, pero mal podría interpretarse que en los actuales momentos no se busquen nuevas formas de explotación mediadoras en formas flexibles para las cadenas de producción.

El tratadista Krotoschin, hace referencia al patrono abstracto (la sociedad) y al patrono concreto (el representante de la empresa)¹⁸. Pero todos estos extremos no pueden aplicarse a la ETT, su fisonomía es propia, el contexto dialéctico es diferente y su objetivo es específico, lo cual desencadena una estructura jurídica modernizada e independiente de ataduras de viejas reminiscencias literarias e institucionales, como las contratistas y los intermediarios.

6. El cognoimento de las ETT y el sector empresarial

El proceso de integración integral logrado sin precedentes en el mundo, se escenifica con la Comunidad Económica Europea (CEE), mediante el intercambio competente concretado mas hacia los intereses comunes que los propios, cuestión que se ha ido relajando por preeminencias políticas y pensamientos propios. Más de cincuenta años transcurrieron, desde aquel inicio cuando un grupo de países consolidó un proyecto vigente hoy en día.

El Derecho Comunitario, ha servido de soporte temático para catapultar el Derecho del Trabajo hacia nuevos territorios normativos, variados enfoques sobre fuentes de empleo, cadenas de producción y mercados de trabajo. La plataforma económica y jurídica que genera la unión, es el fenómeno relampagueante de las nuevas

¹⁸ KROTOSCHIN, Ernesto. **Curso de Legislación del Trabajo**, 1950. Buenos Aires. Ed. Roque Depalma.

tendencias y esquemas de la prestación del servicio, bajo subordinación y en forma asalariada.

Estos esquemas de nuevos territorios normativos, engendran situaciones y relaciones jurídicas predecesoras de los nuevos lineamientos del Derecho del Trabajo, distinto a cuando se sostiene o concibe el trabajo asalariado bajo el concepto de los enfoques clasistas o bien garantistas de hoy en día. Estas posiciones delimitan y hacen imposible desentrañar en la investigación de la prestación del servicio bajo remuneración, esquemas sobre la propia prestación o de modelos de pagos de salario diferentes, que al no contradecir los principios rectores de la tutela en el trabajo asalariado, fortalecen originales esquemas de contratación y se convierten en activos tangibles de nuevas formas de empleo.

La subordinación prevista de forma clasista, cambia de concepto regido y simplista, de lo personal a lo virtual, la valoración de la institución se efectúa sobre una noción de lo concreto a lo abstracto, navega el carácter subordinado sustentado sobre la contratación de trabajo, erguida no en la dependencia directa y personal, sino en la intervención indirecta y trasladada.

Se han ido desmembrando aquellos caracteres ilustrados por Manuel Alonso Olea y Américo Plá Rodríguez, sobre la dependencia o subordinación jurídica, expresado en el poder de dirección y fiscalización sobre el trabajo que detenta el patrono y el correlativo deber del trabajador de acatarlo.

Lo mismo ocurre con el cambio que ha sufrido el esquema del ‘pacto de cesión de los resultados de trabajo’, que mencionaba el maestro Manuel Alonso Olea, perteneciente al Derecho Clásico del siglo XIX, lo cual es imposible hablar hoy en día, por lo que se considera, pasamos de lo clásico a lo garantista y de ahí a la adaptación, o lo que es lo mismo en términos técnicos, de la robotización a lo virtual.

En los actuales momentos del Derecho Laboral, se enfrenta al posmodernismo iuslaboralista, confluyendo situaciones del “*vero locus laboris*” y el espacio cibernético, con la identificación del verdadero lugar de trabajo, trayendo esto a colación, que los verdaderos territorios en este tipo de contratación son neutrales para determinar la competencia judicial internacional.

Las modalidades del teletrabajo, llevan a confluir en el criterio espacial para la identificación de la competencia de la materia tratada o casos concretos sometidos a justicia. Se entiende que la verdadera identificación del lugar de trabajo, resulta intrascendente para el ciberempleo, ya que por motivos del practicismo contractual, puede hasta configurarse el mismo domicilio del trabajador como lugar de trabajo.

Refuerzo este criterio de los nuevos lineamientos del Derecho Laboral, al hablarse hoy en día del ‘telecentro’, el ‘teletrabajo móvil’, o del ‘teletrabajo itinerante’, ‘Flexit tiempo’ según el cual, pueden estos casos plantear problemas de localización territorial o bien soberanías de Estados. Ocupa así, un rango importante en estos eventuales contratos de trabajo la ‘telemática’, donde circunstancialmente pueden producirse estas modalidades de contratación con independencia de que la prestación de servicio se realice mediante red telemática o simples contornos técnicos de comunicación cibernética.

El nuevo esquema de la comisión paritaria de carácter supraempresarial, atribuye soluciones en la rama laboral. Los viejos problemas en el trabajo decididos por extraños, judicializados o de ámbito administrativo, eran de índole lineal en su desarrollo y análisis, lo cual pasa de una solución desequilibrada por la protección al débil. Esta posición está hoy en día, tangencialmente superada, la viabilidad económica supera el criterio garante para darle paso a la sustentación de los mercados de trabajo.

Es el ostracismo del Derecho garantista, lo cual le da paso al sistema paritario confiable, legítimo y autorizado con resplandecientes enfoques de *lege ferenda*. Visto así, las cadenas de producción basadas en el transnacionalismo, tienen su propio sustento para regular determinado esquema jurídico-laborales, a fin de evitar desequilibrios económicos, y consecuentemente el de desempleo, verbigracia el descuelgue salarial.

La importancia que adquiere la ETT en Europa, luego de una reflexión sobre los nuevos territorios normativos, se originaba con la comunidad económica, y deviene del Real Decreto 4/1995, del 13 de enero, *supra* indicado, y surge como respuesta a la creación de nuevos mercados de trabajo.

Estos novísimos y promisorios mercados de trabajo, buscaban dentro del esquema capitalista realizar obras o servicios concretos y actividades ocasionales, igualmente para suplir salidas de trabajo urgente o por aumentos de producción, suspensión de contratos de trabajo y, su adaptación a la unión europea. Un aspecto importante fue su legalización al tráfico de mano de obra lo cual venía funcionando y, por último, el abaratamiento del despido de trabajadores fijos para su contratación temporal lo cual traduce a una disminución de los parados.

En Europa, precisamente en España, se estuvo dialogando sectorialmente sobre la modernización de la producción, la flexibilización y reformas a la competitividad, fue una lluvia de propuestas antes de la llegada del sistema comunitario en febrero del 2002. La economía necesitaba liberarse a un gran ritmo, desregularizar,

flexibilizar o adaptación eran vocablos aplicados al contexto jurídico laboral. La privatización era la punta de lanza para la integración en la Unión Europea, el espíritu filosófico de la modernización lo fue la parte económica, no así lo social ni lo político.

El refuerzo del Estado tenía que venir por la vía de la acumulación del capital, apertura de nuevas empresas como receptoras de las transnacionales las cuales casi siempre son monopolistas del sistema para lo cual se requería una gran reforma del sector de la educación, para así enfrentar el gran reto capitalista con ayuda de las organizaciones sindicales. El objetivo primordial, lograr el fortalecimiento de los capitales nacionales con los extranjeros, esto fue la proclama normativa de que toda riqueza del país sea cual fuere su titularidad pública o privada, estaría supe- ditada al interés general.

Uno de los factores más significantes en la transformación del esquema de trabajo, es la descentralización de las cadenas de producción, ya no se presenta el mismo núcleo monolítico que imperaba en viejos tiempos. La traducción de este fenómeno consigue los cambios jurídico-laborales, lo cual resulta a todas luces esenciales para el nuevo esquema de trabajo.

El esquema de “*la solidaridad atenuada*”, solo factible cuando establece el fraude a la ley¹⁹, se encuentra previsto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de España, para darle mayor espacio al sistema de contratación libre, y menos inmerso en el esquema de contratación dogmática, y más hacia la externalización.

En el ámbito de aplicación de las ETT, en España fueron producto de lo que se denominó la contrarreforma laboral de 1994 de origen político-económico y con la anuencia de las organizaciones sindicales en 1997. La cesión de trabajadores en el Derecho del Trabajo, era considerada ilegal, el Estatuto de los Trabajadores de 1980 denominaba a la cesión como un tráfico de mano de obra, en forma despectiva y antijurídica como figura de trabajo.

En el Derecho Laboral español, el empresario posee una genérica libertad de contratación dependiente de dos fases, por un lado, el derecho de decisión de contratar o no un trabajador y, por el otro, el derecho a la libre elección del trabajador. El servicio público de colocación, hace efectiva la actividad mediadora entre la oferta y la demanda, representa “el instrumento más clásico y consolidado desde el punto de vista institucional de la política de empleo”²⁰.

¹⁹ Vid. Artículo 42 de la TRET de España.

²⁰ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, **La Política de Empleo**, DL 9 (1983), p. 71.

Dentro de las ventajas escenificadas en Europa con las ETT, se pueden mencionar: a. Tiende a disminuir la conflictividad laboral al depender el trabajador de un tercero o ETT; b. Se disminuyen los costos de selección y formación de personal calificado, ya que este esquema formativo pasa a las ETT; c. No se presenta una relación laboral entre el empresario y el trabajador; d. Las empresas beneficiarias tienen la potestad de fundar una ETT, para intermediar su selección de empleo y se forma un aspecto técnico más selectivo y profesional en la organización.

En el esquema, pueden presentarse innumerables desventajas como lo es la inseguridad en el empleo, desatención a los trabajadores eventuales, el debilitamiento de la sindicación y libre asociación, falta de creatividad y reformas de ideas en el trabajo, lo poco concreto del contrato individual, lo cual siempre estará sujeto a los vaivenes de la empresa usuaria, el rompimiento de la libertad de trabajo, el embudo clasificatorio, falta de prevención a riesgos laborales²¹ y la falta de restricciones para su funcionamiento entre otras.

Lo más común es ver el ofrecimiento comercial de las ETT, mediante cualquier medio de comunicación, su mercadeo se sostiene sobre el ofrecimiento de:

- A. Realización de obras o servicios determinados.
- B. Sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puestos de trabajo.
- C. El mantenimiento de producción en fechas vacacionales.
- D. Establecimiento de contratos temporales y flexibles frente a las plantillas rígidas.
- E. Favorecimiento en el aumento productivo en la empresa.
- F. Colocación de profesionales leales y precisos para los puestos.
- G. Se elimina en la empresa usuaria la selección y calificación de personal.
- H. Obtener un profesional a prueba antes de contratarlo.

En este sentido en España, al haber tenido la ETT en proyecto su autorización administrativa, se presume quedó autorizada para cumplir el funcionamiento intermediación, según la ley²².

Esto no obsta, y es lo que se critica, que pueda cumplir fielmente con la prevención de riesgos laborales o las disposiciones mínimas de seguridad.

²¹ Ley 31/1995, de 8 noviembre y BOE N° 269 de 10 de noviembre.

²² Ley 31/1994 de 1 de junio. Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero.

El sistema Europeo, muy especialmente el español, el Derecho y las obligaciones en el ámbito comercial se limitan a los siguientes:

- A. El empleado tiene Derecho a suscribir un contrato por escrito, el cual se le entrega o remite por el correo, una vez que el verificado por el INEM.
- B. A obtener la admisión en la seguridad social, desde la firma del contrato.
- C. El Derecho a ser informado con anticipación de la contratación temporal con la empresa usuaria, sus condiciones, salario, régimen prestacional, horario, y demás modalidades de la relación
- D. Conocer la modalidad de horas de empleo, sueldo base, horas de prorrateo, vacaciones, dietas, pluses, y la indemnización que incluye solo los 12 días por cada año trabajado.
- E. A recibir los Derechos consagrados en el Estatuto de los Trabajadores y contrataciones colectivas si la hubiere.
- F. A recibir el salario dentro de los tres días posteriores a la quincena trabajada.
- G. A obtener la formación, consultas y participación en relación con los riesgos laborales, y sistema de seguridad social y salud.
- H. A recibir capacitación teórica y practica sobre materia preventiva en el trabajo.
- I. Derecho a interrumpir y abandonar justificadamente el trabajo, cuando considere que una actividad entraña un riesgo grave inminente para su vida o salud.
- J. Protección a la maternidad, o derecho de protección específica.
- K. Derecho a gozar de las mismas garantías que tienen los trabajadores ordinarios de la empresa usuaria.
- L. A participar con la representación sindical o de grupo de trabajadores en la empresa usuaria.

Se ha hecho referencia en esta investigación al sistema español de temporalidad contractual, considerando que mantiene el índice de utilización más alto de Europa, no obstante, tener una de las tasas más alta de desempleo y esto a su vez, producto de que el trabajador español busca cada vez más la estabilidad en el empleo.

Tomando en cuenta que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha reconocido que las ETT, son instituciones protectoras netamente del empleo, por lo que es favorecedor a la estabilidad temporal y protección a la mano de obra calificada.

En España la ETT está en maduración, en la Unión Europea da empleo en dos puntos porcentuales de la población activa y España está por debajo de un punto, por lo que se considera, está diez años retrasada en aplicar al temporalidad en el empleo y de llevar veinte años en aplicación en la comunidad europea.

La conferencia Internacional del Trabajo, organismo perteneciente a la OIT, en el mes de junio de 1997 adoptó un convenio sobre las ‘Agencias de Empleo Privadas’ (Actividad de Trabajo Temporal), y se reduce a lo siguiente:

Consciente de la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo.

Considerando que el contexto en que funcionan las Agencias de Empleo Privadas, es muy distinto de las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949.

Reconociendo el papel que las Agencias de Empleo Privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo.

Recordando la necesidad de proteger a los trabajadores contra los abusos.

Adopta:

Artículo 1.

- a) Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse.
- b) Servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución.

Artículo 7.1. Las Agencias de Empleo Privadas no deberá cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa²³.

Respecto a la ‘temática sindical’, es preciso señalar, que el régimen jurídico español permite que los trabajadores puestos a disposición tengan derecho a ser representados a través de las organizaciones sindicales o representante de grupo de trabajadores en la empresa usuaria, en todo lo que tenga relación a la actividad ejecutada.

En este aspecto, los trabajadores poseen su representante legal en el trabajo realizado en la usuaria, mientras dure el contrato y, a efecto de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral ‘Derechos e intereses’.

²³ Organización Internacional del Trabajo. OIT. Recomendación de la Conferencia Internacional del Trabajo. Junio 1997. Tópico: Agencias de Empleo Privadas (Actividad laboral temporal).

En este mismo sentido, existe una prohibición en cuanto a la representación, y es que las reclamaciones que pueda efectuar la representación de trabajadores no aplican para la ETT de la cual depende el trabajador²⁴.

7. La eclosión de la ETT en Venezuela y las limitaciones gubernamentales

A raíz de la promulgación del reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo 1999, texto éste donde se crean y consagran las ETT no previstas antes en el ordenamiento legal, surgió pese al tratamiento e inmadurez del objetivo de esta figura europea, una intención de constituir y fomentar este tipo de empresa por un sector especial de contratistas dedicados a suscribir convenios con las principales corporaciones del país, como lo son la rama de la industria petrolera, minera y química. El grado de intencionalidad fue positivo, empero, la precariedad en su utilización estaba latente, lo que obliga al Estado a intervenir para evitar el desvío operacional de las mismas.

La factibilidad de funcionamiento pareció bastante accesible al esquema corporativo venezolano, tanto así que repercutió en forma negativa al sector sindical y al propio Ministerio del Trabajo, donde se llegó a considerar la suspensión de tramitación e inscripción de esta figura generadora de empleo o imponer exigencias más estrictas para su formación.

Situación distinta sucedió en España, desde finales de la década de los sesenta los países centrales de la Unión Europea, han venido regulando la actividad sustentada en convenios de la OIT.

Con la promulgación de la Ley 14/1994 en España, se generó una apertura de constitución de ETT. Un cúmulo de 400 empresas se constituyeron y 2.000 oficinas gestionaron 52.000 empleos y 624.000 contratos a dos años de promulgada la norma. El esquema de contratación temporal fue creciendo paulatinamente y se ha fortalecido. El efecto contrario es continuidad de crecimiento sostenido del sistema y falta de demanda por cualquier contracción del mercado de trabajo. Otro de los puntos importantes es la valorización de las ETT, por las grandes transnacionales las cuales ocupan el primer lugar en la escala.

Se puede pensar que este tipo de empresas puede funcionar en tres fases corporativas, por un lado, la fase principal o empresas correspondientes a los grandes capitales o grupos económicos; en segundo lugar, los grupos fusionados en las grandes

²⁴ Vid. Ley 94/1994 de 1° de junio, apdo. 1 del artículo 17. RD, 8/1997.

ramas corporativas y, en tercer lugar, las pequeñas protagonistas fundadas para captar mercado individual. El pronóstico es hacia el reparto del mercado liderizado, el manejo de los grandes capitales, y por otro lado, por la diversificación del negocio.

Los lineamientos internacionales han sido cónsonos con la utilización de este tipo de empresa por gestionar el empleo, principalmente la OIT ha sembrado formulas para fases de empleo²⁵.

El gran escollo en Venezuela, lo produce la falta de regulación existente en el orden jurídico, la apatía del sector gubernamental y la oposición de los grupos sindicales que observaban la afectación de su participación y asociación con sus miembros, al existir obstáculos en el modo de filiación y el correspondiente acercamiento social.

El legislador venezolano, apenas mencionó este importante sistema de trabajo en seis artículos del reglamento, omitiendo regulaciones esenciales para el desarrollo del esquema de empleo, cuestión ésta que no deja de ser plausible por el grado de flexibilización normativo adoptado. El mejoramiento de la eficacia competitiva no tiene parangón, en fundamento a la oportunidad que ofrece al optimizar los costos y en la propia organización empresarial, flexibilizar las nóminas y especializar la mano de obra.

Se considera que el sistema productivo en su cadena de producción, puede concentrarse más en su área principal cubriendo las áreas secundarias con el esquema temporal o, por necesidades accidentales o de urgencia productiva. Se concreta así, un rompimiento de esquematización pública de gestión de empleo, lo que el profesor Palomeque, denomina, “la ruptura del monopolio de colocación”²⁶.

8. El contrato de provisión de trabajadores

En el análisis del contrato de provisión de trabajadores, observaremos algunos lineamientos diferenciadores de la formación de un contrato común, el cual puede cernirse sobre el aspecto social de la convención estructurada, el ámbito jurídico donde se pacte, el espacio, tiempo y oportunidad, así como también la referencia de la *norma normarum*.

En Venezuela, el fundamento de los nuevos valores y principios constitucionales hacen que el contrato de trabajo o la misma relación de trabajo vayan desarrollán-

²⁵ Convenio 96 de la OIT, RCL 19/2. 945 y NDL 5.782.

²⁶ Vid. M.E. CASAS Baamonde y M. PALOMEQUE LÓPEZ. “la ruptura del monopolio público de colocación y fomento del empleo, RL, 1994, p. 236.

dose sobre el aspecto legal y no sobre su autonomía convencional. La apreciación contractual tiene una graduación sobre el vértice constitucional. El nuevo constitucionalismo social, iniciado desde los años de 1917, con la Constitución del Querétaro, ha ido reforzando aun más los lineamientos garantistas del sistema, pasando por lo clásico en sus fuentes hasta llegar al proteccionismo necesario.

La protección de los Derechos laborales tiene un presupuesto lógico social, sostenido en Venezuela sobre el vértice de la solidaridad social. En tal sentido, debe tenerse presente la definición del Estado de Derecho y Justicia a objeto de tener como objetivo sus valores fundamentales, lo cual está destinado a fomentar la consolidación de la solidaridad social, la paz, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad sin discriminación o subordinación.

Estas directrices consolidadas en la norma suprema, anteponen bien común o interés general al bien o interés particular, sobre la base, de sus objetivos antes señalados. En este orden analítico, la ley de acuerdo con los principios constitucionales en Venezuela, debe tener como norte estos valores, a fin de que no atenten contra sus principios, de lo contrario se hiciera inconstitucional el marco legal existente.

Vemos así, como de la conceptualización del Estado Social de Derecho, descrito además en todo el texto fundamental, se pasa a los valores que evitan el desequilibrio y la desigualdad para enmarcar los Derechos sociales sobre la base de principios protectores de alta calidad humana y sensibilidad social. Dentro de ese ámbito particular de protección, están los sujetos protegidos por ese Estado Social de Derecho, donde se encuentran inmersos los trabajadores. Para citar estos nuevos valores sociales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expresó:

Inherente al Estado Social de Derecho es el concepto antes expresado de interés social, el cual es un valor que persigue equilibrar en sus relaciones a personas o grupos que son, en alguna forma, reconocidos por la propia ley como débiles jurídicos, o que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos o personas, que por la naturaleza de sus relaciones, están en una posición dominante con relación a ellas, por lo que si en esas relaciones se les permitiera contratar en condiciones de igualdad formal, los poderosos obligarían a los débiles a asumir convenios o cláusulas que los perjudicarían o que obrarían en demasía en beneficio de los primeros, empobreciendo a los segundos. Para evitar el desequilibrio, la Constitución y las Leyes determinan cuales materias son de interés social (artículos 120 y 307 constitucionales, por ejemplo), o define o utilizan expresiones que permiten reconocer que en específicas áreas de las relaciones humanas, existen personas en posiciones de desigualdad donde unas pueden obtener desmesurados beneficios a costa de otros, rompiendo la armonía so-

cial necesaria para el bien colectivo. TSJ.SC. N° 85, Expediente 01-1274, 24/01/2002.

El Derecho del Trabajo obtiene así en nuestro país con la Constitución de 1999, un amplio espectro de principios y valores distintos a los especificados en la Constitución de 1961, la cual especificaba aspectos sobre Derechos y garantías sin el sostén fundamental del Estado Social de Derecho. De ahí, el reconocimiento del 'hecho social trabajo' alcanza un significado distinto con la nueva Constitución y, que el propio Estado por este medio puede lograr el crecimiento económico sustentable y desarrollo laboral tuitivo de esencia necesaria, sin que puedan visualizarse los nuevos esquemas y tendencias renovadoras del Derecho del Trabajo, con lo cual se marcharía armónicamente al desarrollo económico y social.

El surgimiento de las ETT, conforman una estrategia de consolidación en el mercado de trabajo si son consistentemente orientadas. Habría que evitar '*el atrincheramiento normativo*' lo cual se opone al desarrollo del mercado de trabajo. El punto de equilibrio en la cadena de producción está, en que la empresa limita su compromiso de producir en mercados de trabajo débiles, lo ilógico es monopolizar el portafolio de mercado de trabajo evitando diversificación, todo lo cual evita '*el marketing* de mercado de trabajo'.

En España, a raíz del desencadenamiento de las contrataciones temporales, el Tribunal Constitucional ha sostenido: "El momento de la contratación es, sin duda, aquél en el que la desigualdad real entre empresario y trabajador se hace más evidente. Sentencia del Tribunal Constitucional 142/1993.

El equilibrio en la relación contractual, siempre ha estado como norte en los convenios de trabajo, la discriminación o desigualdad material es latente y los derechos constitucionales específicos a todas luces son violados, pero no implica desorientación hacia la consolidación del mercado de trabajo.

La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano. Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1995.

Esta sentencia hace referencia a los derechos inespecíficos consagrados en toda Constitución, los cuales deben ser resguardados en la misma tonalidad sincronizada de los específicos, a fin de tutelar en alto grado el concepto ciudadano-trabajador.

...es necesario preservar el equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional, pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, la modulación de-

rivada del contrato de trabajo sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 99/1994 y 204/1997²⁷.

Estas referencias del Derecho Comparado traída de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, puede ayudar a interpretar el sentido y alcance dado a las ETT, dentro del ámbito y visión del contrato de trabajo a nivel internacional.

En primer lugar, el objeto del contrato de provisión de trabajadores, denominado en Europa ‘contrato de puesta a disposición’, mantiene los mismos supuestos, condiciones y requisitos, que puede utilizar la empresa beneficiaria.

En Venezuela, el contrato de provisión lo celebra la ETT y la empresa beneficiaria según el cual, el objeto del mismo es la cesión del trabajador para prestar servicios en beneficio y bajo el control de la empresa solicitante de provisión de empleados. Este tipo de contrato no es libre, no se sustenta sobre la autonomía de la voluntad de las partes, su objeto es causal, directamente señalado por el legislador en su forma figurada, lo que traduce que es nominado.

Si se requiere realizar una tipificación del contrato, no desde el punto de vista individualizado, porque ya lo tenemos indicado por ley, sino por la combinación de ambos, tendríamos que definir que hay normas comunes a ambos contrato tanto el de ETT y la del beneficiario con ésta última. Son tipos contractuales, que se caracterizan por su contenido propio, lo que a su vez puede derivar ambos en uno sólo en beneficio del trabajador, si se incumplen las reglas de establecimiento de las ETT.

Al tipificar adecuadamente cada contrato, derivamos las normas que deberían aplicarse, ambos son nominados, ya que pueden subsumirse en cada una de las estipulaciones descritas en la ley, pero se encuentran reunidos por un vínculo jurídico, lo que se denomina ‘*unión externa de contratos*’. No tenemos dudas sobre cual reglamentación se le aplica, aunque pueda discutirse su contenido normativo que puede derivar y, se insiste, en una distorsión al objeto señalado por el legislador ‘tutela de la relación’ y trasladarse al contrato primario o de obligación solidaria.

El contrato de provisión en Venezuela, es causado antes de casuístico, con esto se quiere referencial que debe celebrarse en primer término por escrito y su duración no podrá exceder de noventa (90) días en los supuestos referidos a atender las exigencias circunstanciadas del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos.

²⁷ PALOMEQUE, L. **Derecho del Trabajo**. Ob. cit., p. 643.

Si el ‘contrato de provisión’ se celebra para sustituir a trabajadores suspendidos en sus relaciones de trabajo *ex* artículo 94 de la Ley Orgánica del Trabajo, originada por enfermedad profesional o accidente de trabajo como causas comunes en la relación laboral, encontrarían en las NET un sustento técnico-jurídico importante para realizar suplencia.

Este tipo de contratación *ex vi legis*, está referida a la específica duración que mantenga la suspensión, lo cual trae como consecuencia que el trabajador suspendido no genere salario y no concurre la prestación del servicio. Habría que mencionar que el legislador al señalar en el artículo 26 del reglamento los supuestos de procedencia de la contratación de ETT, indicó el de la ‘suspensión’ y no la ‘interrupción’ de la relación de trabajo, por lo que es divergente *ex vi legis* sustituir trabajadores que estén en períodos vacacionales.

En el caso de la admisión de la contratación de ETT, para la realización de una obra o prestación de un servicio que esté limitado en el tiempo o fuese en principio su duración incierta, los supuestos reguladores son distintos. Describe el primero de los casos, la ejecución de una obra la cual deberá expresarse con toda precisión en el contrato, por lo que, el contrato durará el tiempo requerido para su ejecución –conclusión de la obra– *ex* artículo 75 de la Ley Orgánica del Trabajo. En tal sentido se presumirá que la obra concluye, cuando ha finalizado la parte que corresponde al trabajador dentro de la totalidad proyectada por el contratante y descrita en el referido contrato.

Distinto sucede en el caso de contratación para prestar un servicio, cuando tiene duración incierta, porque podría presumirse que no tenga tiempo específico y el contrato suscrito por la ETT quede indeterminado en el tiempo. El problema que se origina, es que la naturaleza del servicio lo debe determinar, verbigracia, cuando tenga por objeto sustituir provisional y lícitamente a un trabajador o, para prestar servicios en el exterior, lo cual deberá cumplirse con los requerimientos del artículo 78 *eiusdem*.

En estos casos, el beneficiario tendría que tener mucha cautela debido a que la identificación precisa de la causa del contrato es para su provecho. De notarse que existe un supuesto ilícito no establecido para estos contratos, cambia su regulación jurídica y, el contratante –beneficiario– podría pasar de una condición especial favorecedora en la relación de trabajo a establecerse como un ‘intermediario’ en virtud de lo cual las consecuencias legales serían distintas. En estos casos, la empresa contratante del beneficio, pasaría a regularse bajo la relación en forma solidaria por los parámetros del artículo 54 *eiusdem*.

En España la situación es distinta, el ‘contrato de puesta a disposición’ se formaliza por escrito en modelo oficial, con identificación de la ETT y la empresa beneficiaria, con lo cual se determina la causa que origina el contrato, contenido de la prestación laboral, lugar y horario de trabajo, duración y condiciones de los riesgos profesionales. El caso delicado, es que existe una causa grave si se incumple con una forma exigida a los contratos de ETT²⁸.

En este sentido el sistema europeo es diferente en su contenido, más formal y con mayor cobertura de irregularidades que pueda anular la contratación, verbigracia, regulación con carácter previo a la prestación del servicio. La empresa usuaria deberá informar a la ETT, sobre las características del puesto de trabajo, a fin de la evaluación del riesgo y para verificar la seguridad del trabajador en su salud, higiene y ambiente, todo lo cual deberá conocer de antemano los extremos que envuelven la prestación del servicio.

Los contratos de puesta a disposición tendrán en España, el mismo supuesto de los contratos que la usuaria podría realizar por tiempo determinado. Los contratos adecuados que puedan ser objeto de cobertura legal, son los de obra o servicios determinados, los eventuales por circunstancias del mercado y los de interinidad o sustitución. En este sentido, en lo que si es clara la legislación española, es que en ningún caso puede irrumpirse la temporalidad por lo que no puede suscribirse contratos de formación ni por la ETT ni por la usuaria, debido a que desvirtúa la temporalidad de los mismos.

En España, debido a las sugerencias y presiones sindicales y, del mismo sector de los trabajadores, el Estado se vio en la necesidad de revisar la Ley 14/1994²⁹, reguladora de la NET. Se modificó el 6 de agosto de 1999 por Ley 29/1999. Los datos utilizados para realizar las modificaciones procedieron del INEM, a fin de adecuar las ETT y los contratos de puesta a disposición. Se exigía que la ETT, deben contar con un número mínimo de 12 trabajadores con contratos estables o de duración indefinida por cada 1.000 trabajadores o fracción contratados en el año inmediatamente anterior.

La formación de estos contratos tiene en España un mérito jurídico-económico, y es que está respaldado por el objeto que persigue. Los supuestos, condiciones y requisitos, lo determina expresamente el tipo de contrato y lo equipara al contrato a tiempo determinado, por lo que existe un perfil formalista y adecuación a una tipología contractual determinada, y una enumeración positiva de supuestos³⁰.

²⁸ Vid. (artículo 14 RD 4/1995), (artículo 18.2 LISOS), (artículo 2RD 216/1999).

²⁹ Vid. Ley 8/1997, y RD. 4/1995 de 13 de enero.

³⁰ Vid. (artículos 6.2 , 10.2 y 15 LETT), (STS 4-2-1999, A.1594).

En el caso de la cesión de trabajadores bajo otro extremo es ilegal en nuestro país, como se ha indicado en esta investigación, está prohibido por ley, el contrato de trabajo, por lo general, se celebra tomando en cuenta la persona del trabajador. Existen sus excepciones como ha sido planteado pero en un caso de los regímenes especiales, como es el deportista profesional.

Toda cesión temporal de un trabajador, aparte del caso especial descrito, es ilegal, a menos de que se verifique bajo la excepcionalidad de la ETT. El sentido jurídico del supuesto hecho irregular que se enmarque bajo una cesión de trabajadores, presenta una distorsión respecto a la responsabilidad de las acreencias del beneficiario por lo que el legislador ha tenido prudencia en manejo expansivo de los derechos de los trabajadores. Es un pensamiento lógico a fin de resguardar y amparar al trabajador contra el fraude y simulación de sus acreencias, condiciones de higiene y seguridad en el trabajo.

La situación coyuntural radica en que la ETT, por mandato legal del legislador venezolano, le previó una cláusula condicional aplicada a esta contratación, en el sentido de que al no cumplirse con los extremos de ley para el funcionamiento de una ETT, se subsume la relación bajo el régimen jurídico del intermediario. Bajo este orden, la contratación irregular pierde el piso legal protector y se remite el supuesto de hecho irregular a los lineamientos del intermediario en el contrato de trabajo.

Se presenta así, una situación anómala del contrato escenificado bajo la modalidad de ETT, el patrono ficticio es solidariamente responsable con el patrono real de todas las obligaciones derivadas del sistema jurídico laboral y de la seguridad social en Venezuela. No obstante, esta situación podría incurrirse no sólo en sanciones administrativas o multas respecto a la falta cometida, sino de ámbito penal por un presunto delito de estafa o fraude en perjuicio de los trabajadores del sector.

En caso de contratación fraudulenta o irregular, los beneficios de la antigüedad, régimen de utilidades, vacaciones o, cualquier otro, comienza a correr a favor del trabajador desde el momento en que se inició su relación indistintamente de lo pactado, ya que fue ficticio el sistema de contratación.

En el régimen español, se presenta una situación similar a la venezolana, en tal sentido, tenemos:

- a) La cesión de trabajadores realizada sin mediar la ETT, es ilegal, lo mismo ocurre si no está autorizada.
- b) Es ilegal, quien asumiendo nominalmente el nombre del empresario, traslade personal a otro que, en realidad, ostente la titularidad de la explotación u organización.

- c) La infracción de tipos de contratos de puesta a disposición, se reputa como cesión ilegal.
- d) El régimen de responsabilidades de situaciones irregulares tiene una regulación expresa.
- e) La responsabilidad abarca la laboral y seguridad social.
- f) Se incurre igualmente en responsabilidad penal.
- g) La protección de los trabajadores defraudados, es de tipo superior al resto de los trabajadores, debido a que adquiere el derecho de elegir su condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria.
- h) La antigüedad se paga desde el inicio de la cesión³¹.

9. Obligaciones entrelazadas en la relación

El artículo 25 del reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, preceptúa la regulación expresa por la cual se van a llevar las partes que han contratado bajo la modalidad de ETT. Las obligaciones que asume la ETT son como empleador, su condición es de patrono y, tiene a su cargo las obligaciones que surjan del sistema legal imperante en materia laboral y la seguridad social, con todos los trabajadores que contraten. Las obligaciones se distribuyen entre: a. Sistema ordinario o vínculo de derecho previsto en el ordenamiento laboral (Lot y reglamento); b. Sistema excepcional de crédito 'obligare' previsto en ordenamientos excepcionales, que sistematizan esquemas obligaciones a cargo del empleador (Ince, Sistema de Seguridad Social y vertientes previsionales).

En este orden podría establecerse que el sistema de seguridad social le es aplicable a los trabajadores adscritos a las ETT, distinto sucede con el sistema de formación del Ince³², el cual podría derivar en problemas para la contratación en la ETT. Así tenemos, que para la formación de aprendices, el empleador de acuerdo con los artículos 40 y 41 del referido reglamento, está en la obligación de formar y capacitar a los aprendices, es decir un número de adolescentes '5%' del total de los trabajadores, es decir les es aplicable a la nómina de la ETT las obligaciones

³¹ *Vid.* (artículo 43 LET); (STS 3-2-2000, A. 1600); (artículos 6.2 y 8 LET); (artículos 43.2 y 3 LET); (artículo 96.2 LET); (STS 11-9-1986, artículo 4.953); (STSJ, Madrid, 17-5-1993, A. 2.599); (STSS 17-1-1991, A. 58 y 21-3-97, A. 2.612).

³² El Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), como organismo autónomo y personalidad jurídica propia, tiene como misión un sistema de formación profesional dirigido a formar y capacitar la fuerza laboral del sector productivo. Se crea bajo la Ley del 22/08/59 y reglamentado por Decreto 11/03/60, de acuerdo con el Decreto 2.674, de fecha 28/10/03, publicada en gaceta el 3/11/03, GO: N° 37.809, es reformado el reglamento de la Ley sobre el Ince.

de la Ley Orgánica del Trabajo y su reglamento. El asunto en cuestión, está en que las propias ETT, tienen una conformación bajo su génesis en la captación de empleo y formación profesional de nivel excepcional protegida por el Estado. En este orden, la ETT sustituye o coadyuva a la Nación en las funciones de gestión de empleo y colocación, por lo que imponer la carga de reclutamiento obligatorio de empleados para su formación, constituiría un contra sentido y, sería contraproducente con el objeto y naturaleza, precisamente del empleo temporal. Por otro lado, este tipo de obligación, vendría a afectar el sistema de nomina de la ETT, pagos de impuestos sobre la renta, ordenanzas municipales, sobre la base de trabajadores registrados y el impuesto al valor agregado

Por supuesto, este tipo de contratación puede tener otra intención, como utilizar formulas de cesión con el propósito de eludir responsabilidades para que el patrono ficticio no asuma cargas y obligaciones. Por esta razón la posición del trabajador cedido es delicada, puede suceder que el empleado labore en el sitio de la empresa cesionaria y ejerce el poder de dirección sobre éste, aplicando la subordinación jurídica y técnica, sin mantener comunicación con la empresa que ha contratado la prestación de servicio bajo la modalidad de ETT.

Este esquema precedente, es lo que se ha denominado la ‘disociación de titularidad en la relación laboral’, lo cual perjudica notablemente la integralidad de los Derechos del empleado, ya que no funciona una identidad jurídica y lógica entre los titulares formales de la contratación.

La contratación perfecta se encuadra en un “*plano matemático del supuesto normativo*”, en el sistema debe encajar en una ‘relación triangular’ y ‘polivalente’ de efectos nominativos, con lo cual se resguarda lo íntegro de la contratación. El triángulo debe ser equilátero, su punta principal estará el trabajador, la base el contrato de provisión de trabajadores, su lado izquierdo la prestación de servicio de la empresa beneficiada, y el lado derecho la ETT.

Existe en el régimen legal venezolano una enunciación positiva, respecto a los diferentes supuestos donde puede funcionar la ETT, pero a su vez existe una enunciación negativa no taxativa sobre la cual no puede funcionar.

De estos supuestos que en forma limitativa se preceptúan los siguientes:

- a) No será admisible dicha contratación en caso de labores que entrañen grave riesgo para la vida o salud del trabajador, de modo que hay que atenerse a una prestación que no ponga en peligro la vida y salud del trabajador. En igual sentido, a no violar las condiciones de higiene y seguridad, la seguridad social y previsiones prevista en el orden legal venezolano. Las condiciones previstas

en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo 'Lopcyamat', las consagradas en el Reglamento de las Condiciones de Higiene y Seguridad en el Trabajo o de normas que regulen el medio ambiente, las previstas en contrataciones colectivas y normas Covenin admitidas como condiciones de trabajo. No obstante, se debe hacer hincapié que las obligaciones y responsabilidades en este esquema protectorio corren por cuenta de la 'beneficiaria' muy difícilmente por parte de la ETT, quien no tiene fiscalización directa, personal y organizativa para absolver este tipo de obligación legal, por lo que escapa su servicio al llamado de la teoría de la culpa, de la responsabilidad objetiva o de la del guardador de la cosa.

- b) Cuando pretendiere sustituir a trabajadores en ejercicio del derecho de huelga 'sistema de esquirolaje', siempre que el conflicto se hubiere tramitado de conformidad con la ley.

En el sistema Español, a modo de comparación los supuestos son:

- a) Para sustituir huelguistas de la usuaria.
- b) Para realizar trabajos especiales con peligrosidad.
- c) Cuando en los doce meses anteriores, la usuaria haya amortizado los puestos de trabajo que pretenda cubrir por las causas de despido improcedente, extinción por voluntad del trabajador fundada en incumplimiento empresarial, despidos colectivos, excepto fuerza mayor, amortización de puestos de trabajo en el despido objetivo.
- d) Para cubrir puesto de trabajo en los que la usuaria haya autorizado trabajadores de la ETT durante un tiempo, continuo, discontinuo, superior a doce meses en un período de referencia de dieciocho meses.
- e) Para ceder trabajadores a otra empresa de trabajo temporal.

El 'contrato de puesta a disposición', constituye el perfil regulador, si se falla en una de estas condiciones, el contrato pasaría a ser indefinido ya que no habría cesión legítima de trabajadores. Esta posición legal es de carácter sancionatorio, la evolución de este tipo de contratación se desarrolló en que se venía aplicando ilícitamente, por lo que se optó por regularizar el esquema y adaptarlo a los nuevos sistemas de producción. La norma tipifica la conducta ilegal de la ETT, consagrando una falsa intención de los empresarios, el fraude, conducta negligente y hasta el abuso del derecho³³.

³³ Vid: (artículo 8,b LETT); (artículo 8 del RD 216/ 1999); (artículo 7.2 LET).

Para finalizar estas limitaciones, se precisa que los lineamientos de la contratación de la ETT, se concrete con determinantes derechos y obligaciones especiales en este tipo de esquema, por lo que, en todo en lo no dispuesto en este orden normativo excepcional, se aplicará la legislación del trabajo general.

10. La extinción de la relación en ETT

El legislador venezolano incluyó en las regulaciones referente a la ETT, la modalidad relativa a la finalización del contrato de provisión, indicando que al fenecer el tiempo pactado o la obra señalada en el contrato para lo cual se suscribió, causará la extinción de la relación de trabajo que vinculaba a la ETT con los respectivos trabajadores contratados para dicho fin, salvo que se hubiese obligado por tiempo indeterminado. El efecto de la terminación se regula legalmente por la expiración del término convenido, y no por la renuncia, despido o retiro que inspira consecuencias jurídicas distintas y perjudiciales para la ETT.

Es decir, que el empresario cedente, titular real de la relación contractual, puede suscribir contratos o mantener una relación jurídica laboral con uno o más trabajadores sin determinación de tiempo de duración, sólo que la provisión que realizará estará circunscrito al requerimiento y demanda del beneficiario. Esta posición del cedente, de tener en su *“staff”* o plantilla, un número indeterminado de trabajadores para poner a disposición –ofertar– de la demanda específica de empleo, lo coloca en una mejor posición ante el mercado de los contratos parciales, pudiendo funcionar con mejor calidad y capacitación en la mano de obra al momento de hacer el ofrecimiento o el *“draft”*.

Sintetizando la situación presentada bajo estos parámetros por el cedente, el hecho de la extinción del contrato de provisión, no obsta para desvirtuar sus obligaciones como patrono real de la relación sobre ese grupo de trabajadores mantenidos en su nómina, por lo que sólo recaería en la cesionaria la contratación alterna realizada y sus respectivas obligaciones.

Para tal efecto, la extinción de la relación laboral vista a realidad contractual suscrita, no está tan sencillo avizorar las consecuencias legales a que pueda estar sometida, cuando se violan expresas disposiciones del caso.

En relación con las implicaciones legales, pueden presentarse múltiples situaciones, para el caso de la terminación del contrato de provisión, si los trabajadores mantienen una relación con la ETT, bajo tiempo indeterminado, tendríamos que precisar que éstos, necesariamente vuelven al status que mantenían antes de la provisión, lo cual resulta lógico, en virtud de la característica de temporalidad del contrato de provisión.

Si la empresa beneficiaria, luego de vencerse el tiempo de duración o la obra que sirvió de soporte para realizar la provisión, mantiene en su plantilla a los trabajadores sometidos a disposición, se piensa, que se ha obligado por tiempo indeterminado y debe someterse –el beneficiario– a los lineamientos generales del ordenamiento jurídico laboral venezolano para enfrentar dicha relación, entre otras, la de darle las mismas condiciones que tienen los trabajadores comunes a los que contrató bajo provisión –tiempo indeterminado–.

Entre ideas y reflexiones, cualquier rompimiento de las condiciones temporales, tanto por la ETT como por la beneficiaria, entraría a funcionar el sistema tutelar laboral a los efectos de hacer recaer los beneficios del paso de un contrato a tiempo determinado o para obra específica a un contrato por tiempo indeterminado por razón de haberse omitido las condiciones iniciales para el cual se empleó.

Las evidencias anteriores, representan situaciones y consecuencias en el contrato de provisión, por lo que en el ámbito de la contratación, se debe ser exigente al definir que cualquier violación de las normas que rigen esta contratación, se pasaría a la categoría del intermediario, sujeto del derecho del trabajo con el efecto concurrente de la solidaridad obligacional.

Conclusiones

La secuencia lógica que se ha de seguir para identificar el futuro de las ETT en Venezuela, recae sobre la voluntad del gobierno nacional a través del Ministerio del ramo, a fin de darle la legitimidad necesaria para su existencia. No sólo basta la intención del legislador, a fin de darle su connotación de funcionamiento, debido a que ésta requiere de la autorización del Estado para que previamente opere.

Pareciese que la intención del legislador, no se compagina con la voluntad del Estado por lo que existe una dicotomía que llamaría “entre voluntades cercanas”. La intención del funcionamiento de este tipo de contratación se acerca más a la prevalencia de generación de empleo que de perjuicio aparente a la prestación, por lo que hay que tener mucho cuidado en su evolución a fin de que no colide con los principios protectores del Derecho del Trabajo, pero que sea siempre vista como inspiradora de empleo.

Darle legitimidad administrativa a este tipo de empresa así como efecto evolutivo a su funcionamiento no es perjudicial para el Estado, por el contrario, brinda un sentido aprovechador de esquema de producción para beneficio de quien más lo requiera.

Si observamos la ETT, en comparación con otros esquemas de funcionamiento de producción y regímenes de trabajo, podría compararse con una cooperativa, un sindicato o bien una caja de ahorro, ya que son figuras jurídicas que no obstante, tener diferentes tipo de constitución y variados fines sociales, su objeto social está previamente delineado por la ley, además, sin autorización no funcionarían. Bajo otro extremo hay que aceptar que su ámbito de existencia y funcionamiento es legal de su desenvolvimiento sería ilegítimo de no adaptarse a los parámetros y limitaciones legales, por lo tanto estaría sometida a las sanciones pecuniarias o punitivas establecidas.

Se considera que la creación de tal figura jurídica, es un paso dentro de los lineamientos de los poderes del Estado, para modernizar las instituciones que bordean los sujetos del derecho del trabajo '*marketing* de servicios de trabajo'.

Con relación a la información necesaria para los operadores sociales que puedan estar interesados en este tipo de figura, no existe un verdadero esquema de desplazamiento comunicacional de las ETT, las mismas autoridades administrativas –Inspectorías del Trabajo–, no están informadas sobre la creación de la novísima persona jurídica, por lo que resulta sumamente incómodo su formación, debido a no contar con un soporte técnico necesario.

Estuvo bien prevista la creación de la figura legal, un tanto cuestionable por haberse realizado por la vía del reglamento y no por ley pero de indudable necesidad para un país completamente atrasado en novedosos sistemas de funcionamiento laboral.

Obviamente, con la creación se dio un margen divisorio respecto a la responsabilidad de los sujetos actuantes en la relación laboral suscrita a tal efecto. La intención del legislador estuvo en evitar por cualquier modo la ilegalidad de su funcionamiento, con esto se quiere decir, que cualquier vestigio de incumplimiento normativo, no afecta la existencia de la relación laboral sino su validez, por lo que, su efecto primordial para el trabajador afectado, es favorecer en su estabilidad, beneficios y régimen de temporalidad, a pasar a ser un trabajador común

Precisa la norma que la ETT no es una intermediaria, no obstante que el trabajador preste sus servicios para beneficio, subordinación y control de un tercero y, con los útiles o herramientas de éste. La intermediación, es una consecuencia derivada de un efecto irregular en esta figura, considerada así, al faltar a uno de los requisitos de su constitución y funcionamiento.

Por otro lado, de acuerdo con la figura de las ETT reconocidas legalmente para realizar un determinado contrato especial, se considera según este estudio, una ex-

cepción a la responsabilidad solidaria o aquella que funciona como grupos de empresa –unidad empresarial– referidas a las obligaciones contraídas por éstas con sus trabajadores.

Existe una distorsión en el mercado de empleo respecto al ámbito de funcionamiento de las ETT, no obstante tener como finalidad su creación a proteger el empleo también se considera que la protección es temporal. La radicalización del sistema entre ellas, nos daría como resultado que el funcionamiento global de estas figuras, llevan a proteger un determinado número de trabajadores calificados, capacitados o bien de cualquier tipo de éstos, en un mercado que los acoge, los aborda, aunque sea temporal para ponerlos a disposición de un servicio necesario.

Se podría establecer, que el *desideratum* es la protección al empleo de esa masa de trabajadores desempleados y un auxilio a la prestación del servicio que envuelva una determinada cadena de producción sin altos costos. Se une así la necesidad del empleo con el requerimiento productivo o la denominada ‘prospección de un sistema de actualizado de producción’.

Perspectivas futuras en materia laboral y de seguridad social en Venezuela

Luis Alfredo ARAQUE BENZO*

SUMARIO

- Introducción.**
- 1. El trabajo como parte de la actividad económica.**
 - 2. Nuevos enfoques en las relaciones entre la empresa y el mundo del trabajo.**
 - 3. El diálogo y el nuevo papel del Estado en el mundo del trabajo.**
 - 4. El problema de la indefinición de la remuneración del trabajador.**
 - 5. El ahorro obligatorio o prestación de antigüedad.**
 - 6. La flexibilización de la relación de trabajo.**
 - 7. El problema de la “informalidad salvaje”.**
 - 8. Seguridad social y asistencia social.**
 - 9. El papel del Estado y de los particulares en la seguridad social.**
 - 10. La capitalización individual y los sistemas de reparto: 10.1 Cobertura de los riesgos relacionados con salud. 10.2 Cobertura de riesgos de vejez, incapacidad o supervivencia. 10.3 Cobertura de otros riesgos.**
 - 11. La seguridad social como el verdadero ahorro nacional.**
 - 12. El valor para romper paradigmas.**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. *Facultad de Derecho, Escuela de Derecho*, Profesor. **Universidad de Nueva York**, *Magister en Derecho Comparado*. **Araque, Reyna, Sosa, Viso & Pittier**, Socio.

Introducción

A continuación proponemos algunas ideas sobre la situación actual del país en materia laboral y de Seguridad Social y especialmente sobre cual podría ser nuestro porvenir en ese campo si se profundizan las tendencias actuales, y qué deberíamos hacer si se decidiera cambiar el rumbo que desde hace muchos años hemos emprendido. Debemos decir que muy poco se ha escrito sobre ello. Si alguien preguntase la razón de ese silencio, nos inclinamos a pensar que ha faltado la voluntad para tratar de decir la verdad. En esa materia, todo el que ha tratado de ser razonable, corre el riesgo de ser tildado de no ser el mejor amigo de la clase trabajadora, y muy pocos están dispuestos a asumir ese riesgo, y menos aún si aspiran a algún tipo de figuración política o de liderazgo sindical.

No obstante, las propuestas de reforma a la Ley Orgánica del Trabajo, y los proyectos de leyes sobre Seguridad Social que están pendientes de discusión, hacen propicio el momento para tratar esos temas, sin tapujos, sin demagogia, pues, hasta ahora, el tratamiento que se ha dado a esos temas ha sido uno de los mayores fracasos en la modernización del país. Seguir disimulando sólo con el objeto de decir a todos lo que cada quien desea oír, no sólo es condenable desde el punto de vista moral, sino también la forma de mantener a nuestro país en el atraso y la pobreza, mientras los trabajadores de otras partes del mundo que han sabido reconocer las realidades, disfrutan de unos niveles de vida muy superiores a los nuestros, y se encuentran ya incluidos de manera entusiasta en el progreso general de sus respectivos países. El triunfo de las políticas y leyes laborales, no está en la exterminación del capital mediante la lucha de clases, ni en el capitalismo de Estado, que sólo ha traído miseria y esclavitud, sino en la integración del trabajo en una economía próspera, y competitiva, en la cual cada uno de los actores sociales efectúe de manera eficaz las funciones que le corresponden naturalmente en la producción, y en la cual el Estado garantice el cumplimiento de las reglas del juego sin convertirse en uno de los actores, a menos que así lo requiera el principio de subsidiariedad¹, y nunca como un competidor desleal.

No necesitamos muchas páginas para describir lo que todo trabajador venezolano ya sabe por haberlo sentido en su propia carne. La ruta que hasta ahora hemos transitado no nos lleva a buen destino. Especialmente en los últimos tiempos, en los cuales las relaciones de trabajo han sido condicionadas de manera importante

¹ Encíclica *Quadragesimo Anno*. Pio XI. 15-05-1931 (vto N° 80). “Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función subsidiaria, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el Estado de la nación”.

por los intereses políticos con graves trastornos en el movimiento sindical y unos índices de desempleo y de empleo informal que unidos a la falta de inversión y al cierre de muchas empresas industriales hacen prever una situación muy preocupante en el mundo del trabajo. La llamada economía informal, es la fuente de sustento de importantes porcentajes de venezolanos. Hasta la fecha del presente escrito, la única Seguridad Social con la que contamos derivada de la normativa del Seguro Social Obligatorio ha sido un fracaso, que, en su totalidad en manos de los sucesivos gobiernos, no es capaz de cubrir eficazmente ninguno de los riesgos que debería atender. Los salarios reales han sido continuamente erosionados por la devaluación de la moneda y la inflación en beneficio del aumento de los gastos públicos, como consecuencia de decisiones gubernamentales fundamentadas en la condición del estado de principal operador de los mercados cambiarios, y de casi exclusivo dueño de los ingresos de divisas del país. Pensamos que ha llegado el momento de reflexionar, y sobre todo de luchar para revertir las tendencias que se vislumbran en el mundo del trabajo. Sólo un cambio de timón puede revertir esta situación, y ese cambio sólo puede darse erradicando los errores que hasta ahora se han cometido.

1. El trabajo como parte de la actividad económica

El primer error conceptual en el que hemos caído en la legislación laboral es concebir el trabajo como algo desvinculado de la actividad económica y no como una parte, fundamental, pero parte al fin, de esa actividad general. La actividad humana es la base de la creación de riqueza, pero la riqueza es un concepto relativo, y la eficacia de la actividad humana en la transformación del mundo, depende no sólo de la actividad que llamamos trabajo, sino de muchos otros factores que contribuyen a que el resultado final sea más o menos efectivo. Es la mezcla de todos esos factores la que produce un resultado, y ese resultado no es igual en todos los casos. Por eso, la retribución de esos factores no puede desvincularse del resultado. Por eso, el tamaño de la torta que entre todos fue elaborada, y su relación con el número de comensales con derecho a una parte (eso que llamamos productividad) es esencial para que la riqueza pueda ser adjudicada en función de la parte de cada uno de los que hayan contribuido a elaborarla.

La remuneración del trabajo no depende solamente del número de necesidades que el ser humano tenga, como muchos quisieran proclamar en forma demagógica, sino de la riqueza general que se logre producir. Lo único que puede aumentar la participación del trabajo en la riqueza producida es un aumento importante de ese producto.

La combinación y organización de los factores de producción hacia un objetivo específico, que se traduce finalmente en la creación de riqueza es lo que llama-

mos empresa. Hay empresas grandes y hay empresas pequeñas. Hay empresas productivas y hay empresas de baja productividad. Hay mini empresas y empresas de una sola persona o una sola familia. Hay empresas organizadas para actividades industriales, agrícolas o comerciales. Cada una de ellas tiene objetivos y factores diferentes. En unas, no necesariamente las más grandes, el factor capital es muy importante o se requiere de mucha mano de obra. En otras, la gerencia ocupa un puesto más relevante. El resultado final es siempre diferente, y la riqueza creada debe ser repartida de la manera más ajustada a la importancia relativa del aporte. En el mundo del trabajo contemporáneo, los mecanismos que se han ido implementando en los países con economías de mercado, y el innegable incremento de valor que la educación ha ido añadiendo al factor trabajo, han permitido que su participación en la distribución de la riqueza se haya ido incrementando sin desmedro del progreso general, y sin perjuicio de la participación en la riqueza del resto de los factores de producción.

Lo que no es posible, desde el punto de vista de simple lógica, y menos en el mundo dinámico que vivimos, es equiparar las condiciones de trabajo de todos los trabajadores de tan disímiles empresas, independientemente de las realidades económicas que resulten, ni sostener como una especie de dogma que la remuneración del trabajo sólo puede mejorar, sea cual sea el resultado económico, aun cuando la empresa esté condenada a desaparecer. La protección de la fuente de trabajo, es cada día más, uno de los objetivos fundamentales de la legislación laboral, pues la desaparición de la empresa es la peor desgracia que puede afectar a los factores que la integran, especialmente el trabajo.

Sólo los países con empresas productivas pueden tener trabajadores prósperos. El camino más común para impedir la prosperidad de los trabajadores es la adopción de leyes que desestimen la actividad económica, aunque estén cargadas de buenos e idealistas deseos. Ello es especialmente evidente cuando se trata de normas laborales rígidas o demasiado protectoras, que inhiban la libertad de empresa o que mantengan en permanente peligro de desaparición a las empresas ya existentes.

Por otra parte, no es posible olvidar, que el resultado de la empresa proviene de la venta de sus productos, por lo que la remuneración de los factores de producción está directamente relacionada con la posibilidad de competencia que estos tengan en el mercado, y los adquirientes de productos en el mercado, son de una manera o de otra los propios trabajadores. Por ello, cualquier alteración artificial en la remuneración de los factores de producción (modificaciones cambiantes, aumentos generales de salarios, inamovibilidades por decreto, etc.) es automáticamente trasladada a los precios y termina siendo pagada por los mismos trabajadores que

se desea proteger, y reflejada en ese monstruo inflacionario que siempre amenaza las economías débiles, y sobre todo a las economías intervenidas permanentemente por el Estado.

Si la causa de la pobreza fuesen los bajos salarios, como pregonan muchos críticos simplistas, bastaría con una simple norma legal que de una buena vez decretara que los salarios estuviesen siempre a la altura de los países ricos, y tan simplista solución resolvería de una vez por todas los problemas de los trabajadores de un país. Evidentemente, ni siquiera esos simplistas que han pasado toda su vida predicando tan sencilla solución, se han atrevido a hacerla realidad, pues a partir de ese momento lo que dejaría de existir es cualquier oportunidad de conseguir un puesto de trabajo, y la vida social tendría que volver a los tiempos prehistóricos en los cuales cada ser humano tenía que resolver por sí mismo sus problemas, y el concepto mismo de empresa y de división de funciones aún no había evolucionado hacia las actuales estructuras, que ya trascienden no sólo a la familia y a la ciudad, sino también a los países mismos llevándonos cada vez más a una única humanidad global.

Los salarios forman parte de la economía. En los países cuya economía es débil, con escasez crónica de inversiones de capital, con monopolios estatales en sectores más o menos importantes de la producción, con competencia desleal por parte del Estado, cuya ineficiencia lleva a una desenfrenada inflación, los salarios reales de los trabajadores están condenados a ser ínfimos, aunque las leyes laborales sean draconianas, y los tribunales estén totalmente colapsados por la desbordante litigiosidad laboral. Lo que más sorprende, es que suelen ser precisamente, los líderes de esos países, quienes más hablan continuamente de justicia, y quienes más suelen culpar de sus desgracias a quienes se ocupan de hacer las cosas de manera correcta, en lugar de imitar los mecanismos sociales y económicos que han llevado a otros países a una mejor situación relativa.

El bienestar de una sociedad y su organización para la producción, en realidad tienen mucho más que ver con lo económico que con lo jurídico. No son los países con una legislación social más compleja y detallada, los que logran mayor bienestar social. El caso de los Estados Unidos de América ha sido un ejemplo importante para la humanidad. Dicho país, a través del fomento de la libertad de la contratación laboral, de la libre iniciativa, y de la igualdad ante la Ley, ha logrado unos niveles de bienestar para sus ciudadanos mucho mayor que el de estados altamente regulados, que muchas veces terminan por ahogar la iniciativa de las personas, lo que a la larga conlleva un deterioro progresivo de la sociedad. Para poner otro ejemplo, hay países como Japón que decidieron que las relaciones de trabajo se regirían por las normas generales del Código Civil, y que, sin

embargo a través de la contratación colectiva, han logrado una excelente simbiosis entre el mundo del trabajo y el marco económico particular de cada empresa.

2. Nuevos enfoques en las relaciones entre la empresa y el mundo del trabajo

En Venezuela, las relaciones entre la empresa y el mundo del trabajo continúan siendo vistas bajo el enfoque de la lucha de clases. Se habla de las conquistas y reivindicaciones de las clases trabajadoras. Evidentemente, toda conquista o reivindicación implica una batalla, un vencedor y un vencido. Se sigue manteniendo un patrón de opinión, proveniente del marxismo, de que la prosperidad de los trabajadores se logrará cuando logren derrotar a los demás sectores de la producción (capital, gerencia, etc.). Esta forma de ver las cosas, está totalmente fuera de lugar en los países que han logrado el desarrollo económico o están en vías de hacerlo. La evidente razón de ello, estriba en que no es más necesario el factor que llamamos “trabajo”, que los demás factores para lograr la generación de riqueza, y que la clave del éxito no está en la derrota de alguien, sino en la adecuada coordinación de todos los factores hacia el logro del fin común. Esa coordinación no puede lograrse en medio de una batalla, sino como resultado de un diálogo franco y constructivo. Por eso, en los países con vocación de progreso, la lucha de clases ha sido sustituida por el concepto de diálogo social. En Venezuela, muchos de los actores del mundo del trabajo han dado pasos muy importantes en esa dirección. El llamado tripartismo, consistente en un diálogo organizado entre los organismos más representativos de empleadores y sindicatos, con participación del gobierno, que comenzó a funcionar en la década de los 90, y que fue lamentablemente descartado en los primeros años del siglo XXI, debe ser reestructurado si en el futuro queremos retomar la senda del progreso social.

Y es que en la realidad, la organización del trabajo y de la Seguridad Social no es solamente un problema sindical o patronal y mucho menos gubernamental, sino un problema de todos, pues la clásica división de los factores de producción es mucho más aparente que real. En efecto, el llamado “capital”, no es más que trabajo ahorrado o invertido en educación, y la gerencia no es más que trabajo de dirección. En el mundo moderno, la inversión no es un problema de unos pocos, sino un problema de todos. El capital es el ahorro de toda la población, el cual, canalizado a través del mundo financiero, se convierte en corazón y motor de toda la producción. Actualmente, no es menos capitalista la persona que tiene una cuenta de ahorros o que cuenta con un fondo de retiro, a través de los cuales participa en el capital de empresas, algunas veces desconocidas, que la que invierte directamente en acciones de compañías grandes o pequeñas o la que con su trabajo previo ahorrado o con lo invertido en formación, emprende su propia empresa, ya

sea una industria o una empresa agrícola o instala su comercio de cualquier dimensión. En efecto, la condición de capitalista no depende del tamaño del capital que se tenga, sino de la posición que se ocupe en la producción.

Por ser más aparente que real la clásica separación de los factores de producción, pues tanto el capital como el trabajo y la gerencia provienen cada vez más de la totalidad de la sociedad a través de mecanismos como la generalización del ahorro, la extensión y la popularización del conocimiento y la investigación, el desarrollo de la educación y en especial de las universidades, la globalización del comercio y el sorprendente desarrollo de las comunicaciones, el tradicional esquema de lucha de clases en la aproximación al problema de la adjudicación de la riqueza, solo puede traer al mundo moderno desventajas y problemas. En efecto, si en una empresa se adjudica al capital ventajas desproporcionadas, su incapacidad de acceder al personal mejor preparado puede representar una desventaja insuperable frente a empresas más equilibradas, y en consecuencia, la imposibilidad de acceder a los mercados de capitales. Si por el contrario, se adjudicase al trabajo ventajas desproporcionadas, es la propia sociedad a través de su ahorro general la que impediría la formación de la empresa, o la que huiría con sus ahorros a otros mercados más equitativos. No es menos injusta la falta de una razonable proporción en la remuneración del trabajo, que el deterioro que se impone al capital y a la sociedad, en general, mediante los mecanismos que la irracionalidad ha inventado para ello: leyes laborales excesivamente protectoras, el horrible fenómeno de la inflación, que permite a los gobiernos adueñarse de los haberes de los ahorristas al margen de cualquier ley, la exacerbación de la lucha de clases, y el lenguaje de odio social que hace creer que la causa de la pobreza de unos está en la riqueza de otros, y no en la irracional organización de la sociedad, y en la falta de un verdadero diálogo constructivo que haga posible mayor producción de riqueza.

Una de las formas más sutiles que ha adoptado la lucha de clases, es la de favorecer legislativamente y de manera desproporcionada a una de las partes. Todos los abogados conocemos, hoy en día, el término “débil jurídico”, acuñado con el propósito de alterar a favor de una de las partes la igualdad de derechos y obligaciones que debe ser el principio rector de las relaciones entre los seres humanos. De esa manera, la debilidad jurídica conduce a todo tipo de normas protectoras, en las cuales, lo más característico es la consideración del “débil jurídico” como un ser minusválido incapaz de proteger sus propios intereses. El derecho ha creado así decenas de personas que deben ser considerados cuasi-incapaces y que requieren, como los menores de edad, de la protección de otros. Sin entrar a profundizar el tema, el cual podría con mucho, exceder los propósitos de este trabajo, debemos decir, que en muchas oportunidades, las leyes desbalanceadas que se promulgan en atención a la debilidad jurídica, terminan perjudicando a quien se de-

sea proteger, y amparando toda clase de abusos que no sólo perjudican a una parte, sino, en general, a toda la sociedad.

Este tema debe plantearse, con serenidad, y dejando de un lado la demagogia, pues ha llegado el momento de recorrer nuevos caminos, porque los que hemos recorrido hasta ahora, sólo han traído mucha miseria, mucho desorden, poco progreso, e incluso el muy grave peligro de perder la libertad, y por ende la capacidad de enmendar el rumbo, y tomar el que han seguido los países que desean el progreso para todos.

3. El diálogo y el nuevo papel del Estado en el mundo del trabajo

A través de muchas experiencias dolorosas, los países que han progresado han ido viendo la inconveniencia de convertir al Estado en un participante en la lucha de clases, pues su participación en apoyo de uno u otro factor de producción termina destruyendo el necesario equilibrio. Además, el Estado pocas veces suele ser un tercero ajeno y justo, y normalmente se convierte en el amo y señor de la fiesta. Ese fue el camino seguido por los países que trataron de implantar el comunismo. Con el pretexto de ayudar al factor “trabajo” terminaron convirtiendo el mundo del trabajo en una nueva esclavitud, y al Estado en el propietario de inmensas multitudes de hombres y mujeres sumidos en la mayor pobreza, sin ninguna iniciativa en la producción y sin ningún fin propio de su dignidad personal. Baste como ejemplo lo que ha sucedido en la hermana nación cubana, en la cual el dueño termina alquilando a las personas a sus socios extranjeros y cobrando el “supuesto salario”, del cual sólo le entrega una ínfima parte al esclavo a fin de que no perezca de hambre.

Si el papel del Estado no es el de apoyar a alguno de los factores de producción, cabe preguntarse si en realidad debe tener algún papel en el diálogo social. La primera reacción tendría que ser la de su exclusión de ese diálogo, que parecería reservado a quienes tienen un interés directo en la empresa. Patronos y trabajadores. Bajo ese esquema, la intervención del Estado en el diálogo social se efectúa en su condición de patrono. Es evidente, que la presencia del Estado-patrono en el diálogo social puede conllevar importantes deformaciones.

En efecto, en nuestro país, el Estado es por mucho, el principal empleador, bien directamente, o bien a través de las actividades económicas en las que interviene, y en las que compite, de manera más o menos desleal, con la iniciativa privada. Tal circunstancia, unida a la diferencia entre los fines de la empresa estatal y los de la empresa privada, haría de un diálogo en el que interviniese tal patrono, una especie de Torre de Babel, en la cual sería imposible alcanzar unas soluciones

razonables. En efecto, la empresa estatal, persigue normalmente fines políticos, que muchas veces difieren o simplemente se oponen a los fines simplemente económicos. Por otra parte, muchas veces el Estado no se encuentra limitado al mundo de lo posible y lo real, pues dispone de unos recursos de los que no se dispone en una actividad meramente privada. Así se haría imposible combinar los intereses de quien dispone, a través del cobro de impuestos, la manipulación de las tasas cambiarias, el control de las aduanas, la propiedad de las riquezas minerales y petroleras etc., de unos recursos inconmensurables, de los que puede disponer por razones de índole política, con los intereses de empresas, pequeñas o grandes, limitadas por las vulgares leyes de la oferta y la demanda. Por ello muchos países han considerado inconveniente la intervención del Estado en el diálogo social, al menos en una posición de dominio que podría combinar en él las funciones de juez y parte, pues su participación como parte de buena fe siempre se vería mediatizada por su carácter de patrono *sui generis* importante, y de operador político interesado en obtener la aprobación de la mayoría de los trabajadores. Sólo a título de ejemplo cabe mencionar que en el Japón, el diálogo social tripartito no queda formado entre patronos, trabajadores y el Estado, sino entre los dos primeros y el sector académico, que es considerado realmente un tercero en disputa, capaz de intervenir con total imparcialidad. En cuanto al Estado, el mismo se incluye en el sector patronal, con lo cual sus intereses quedan alineados en el mismo sentido de su participación en la empresa del sector público.

Debe decirse que esa no es la solución que ha privado en la mayoría de los países, ni la que se entiende por diálogo tripartito desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En el ambiente OIT, el tripartismo incluye la participación de los gobiernos como uno de los tres actores del diálogo social, al lado de los sectores patronal y laboral. Sin embargo, esa participación no es concebida como una especie de fiel de la balanza que incline las decisiones hacia el sector que el gobierno desee favorecer, sino como una representación de otros intereses ciudadanos que podrían ser olvidados por empleadores y trabajadores. En efecto, en esa categoría podrían situarse, especialmente los ahorristas que son los grandes capitalistas de la sociedad moderna y los consumidores, categorías éstas en las que está incluida la totalidad de la ciudadanía, independientemente de su posición en el mundo del trabajo.

Por lo tanto, si alguna participación pudiese tener el Estado en el diálogo social, debe ir dirigida a facilitar los acuerdos laborales y no a inclinar la balanza hacia uno de los lados y a velar por los intereses de quienes se ven afectados por el diálogo, sin poder participar en él, y en ningún caso a representar ni al sector patronal, del cual también forma parte, ni al sector laboral, cuyos votos normalmente desea.

Evidentemente, en muchos países, especialmente los denominados en “vías de desarrollo”, es casi imposible que los gobiernos mantengan una posición equilibrada en el diálogo social. Contra tal imparcialidad conspiran de manera activa el uso de la demagogia política para alcanzar el poder, que implica el aprovechamiento de la poca cultura económica de los ciudadanos, para obtener ventajas electorales, y el irresponsable intervencionismo económico que permite al estado actuar de manera flagrante contra el mercado, para obtener beneficios indebidos aún a costa del bienestar general. Por ello, es aconsejable que el diálogo social se efectúe de manera libre entre los interesados en él sin intervención del Estado, o con la menor intervención posible.

El único interés propio que el Estado podría plantear en el diálogo social, es el que se deriva de su función subsidiaria, especialmente en la Seguridad Social, pues lo que empleadores y trabajadores puedan acordar, puede influir de manera importante en la magnitud del esfuerzo que el Estado tendrá que implementar para llegar hasta donde los particulares no pueden hacerlo.

En el mundo moderno, sólo es lógico pensar en el gobierno como un facilitador de las soluciones que a todos interesan, pero también como el natural subsidiante, cuando esas soluciones requieran de aportes que las partes no estén aún en condiciones de atender, pues, siendo el Estado depositario de los dineros que pertenecen a todos, es lógico que los emplee en subsidiar y estimular las actividades que los particulares no podrán aún realizar plenamente. En este sentido, los gobiernos de los países que se han desarrollado económicamente, han contado, no con gobiernos empresarios (que siempre son muy malos empresarios y unos competidores desleales), sino con gobiernos promotores y facilitadores del surgimiento de nuevas empresas y la explotación de nuevos campos, y con gobiernos que, en la medida de sus posibilidades, y sobre todo de las posibilidades de sus contribuyentes fiscales, aporten a la Seguridad Social lo que deberían aportar aquellos que temporalmente están condenados a la informalidad, o lo que, por sus bajos salarios, no puedan aportar algunos de los trabajadores formales.

No es posible referirnos al diálogo social, y al papel del Estado en el mundo del trabajo, sin hacer especial referencia al proceso que fue evolucionando en Venezuela desde la mitad de los años 90 del siglo XX y que todos conocimos como “tripartismo”. Aun cuando, al comienzo, la reunión entre los organismos representativos de trabajadores y patronos con participación del Estado, tuvo objetivos bastante precisos, como la búsqueda de salidas al gravísimo problema de la desvalorización de la remuneración de los trabajadores y los pagos retroactivos a los que estaban sometidas las empresas, muy pronto se comprendió que ese diálogo podría tener una importancia capital en la adaptación del mundo del trabajo y de

la Seguridad Social a las nuevas realidades sociales y económicas. Desafortunadamente, como es usual en ese mundo específico, el cortoplacismo y el populismo ingenuo, se encargaron de disparar amargas críticas contra ese diálogo social, que pudo haber inaugurado realmente un nuevo sistema, cada vez más alejado de la tradicional e inútil lucha de clases. Luego, la denominada “revolución” que se trata actualmente de imponer a nuestra patria, se ha encargado de desvirtuar muchos de los logros alcanzados, sin haber podido tampoco, solucionar los muy graves problemas del mundo del trabajo, el cual ha sido maltratado de forma inmisericorde en estos últimos años. Pensamos que el restablecimiento del diálogo social, tendrá que ser uno de los más importantes pasos en la dirección correcta que Venezuela deberá considerar cuando se decida retomar la vía del progreso y de la racionalidad.

4. El problema de la indefinición de la remuneración del trabajador

Desde el año 1974, a raíz de los muy recordados Decretos N° 124 del 21-06-1974, N° 859 del 25-04-1975 y la Ley contra despidos injustificados², el problema más discutido del Derecho Laboral venezolano ha sido la imposibilidad de calcular con precisión la remuneración de un trabajador. Haciendo un poco de historia, en el año 1974, se decidió que las llamadas prestaciones sociales (15 días por año de antigüedad y 15 días por año de cesantía), que el trabajador sólo recibía cuando era despedido de forma injustificada, y sólo al terminar la relación, se convirtieran en derechos adquiridos y fuesen abonados en cuenta anualmente, bien en la contabilidad del patrono o bien en un fideicomiso laboral. En caso de despido injustificado, si el patrono insistía en el despido, el trabajador debía recibir esas prestaciones multiplicadas por dos, es decir, las llamadas “prestaciones dobles”³. Tales reformas fueron posteriormente incorporadas al texto de la Ley del Trabajo y de la Ley Orgánica del Trabajo.

² Ley Contra Despidos Injustificados. Gaceta Oficial N° 30.468 del 08-08-1974: Se prohibió el despido injustificado, y estableció el pago doble de antigüedad y cesantía si el patrono persistía en el despido.

Decretos N° 124 del 04-06-1974 y N° 859 del 25-04-1975. Gaceta Oficial Nos. 1.656 y 1.734: Se estableció que la antigüedad y la cesantía fuesen considerados como derechos adquiridos, y abonados anualmente a fideicomisos laborales o en la contabilidad del patrono.

³ Artículo 6 Ley Contra Despidos Injustificados. Gaceta Oficial N° 30.468 del 8 de agosto de 1974. Artículo 6: Una vez recibida la solicitud del trabajador, la comisión tripartita citará al patrono y abrirá seguidamente una articulación de 8 días, a fin de que estén presentes las pruebas justificativas de su acción, de los cuales los tres (3) primeros días son para la promoción y los cinco (5) restantes para la evacuación de dichas pruebas. La decisión deberá ser dictada dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento de ese lapso.

Cuando la comisión considere injustificado el despido del trabajador, después de examinar las pruebas presentadas por el patrono, ordenará su reincorporación al trabajo y el pago de los salarios correspondientes a los días en que permaneció separado. Si el patrono persistiese en su propósito

Era evidente, que al convertirse la antigüedad y la cesantía sencillas en derechos adquiridos entregados en fideicomiso o abonados en cuenta anualmente, su cuantía debía calcularse al salario de la fecha en que se adeudaron. Así fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de fecha 21-04-1983⁴, la cual motivó una acelerada y poco meditada reforma a la Ley del Trabajo de fecha 11-07-1983⁵ en la cual se estableció que la antigüedad y la cesantía, que debían ser entregadas en fideicomiso o abonadas en cuenta anualmente, debían recalcularse cuando se producía la terminación de la relación de trabajo, en base al salario último que hubiese devengado el trabajador. Así, no sólo en caso de despido injustificado se producía una sanción imprevista e imprevisible a la empresa, sino que se generalizó también para los trabajadores que no eran despedidos injustificadamente, unos pagos incalculables, pues dependían de dos factores variables, como eran el tiempo de permanencia en la empresa, y el último salario devengado.

Tales acontecimientos, que suelen verse como una gran conquista derivada de la lucha de clases, constituyen una de las peores rémoras del panorama laboral venezolano, pues la retroactividad de cualquier cálculo que constituya la remuneración de alguno de los factores de producción, produce tales deformaciones en el orden general de la empresa, que la condenan a un funcionamiento totalmente anormal en perjuicio especialmente de la remuneración presente del factor trabajo. Créanlo o no los partidarios de los cálculos retroactivos, cuando no es posible calcular con precisión la remuneración del trabajo, y cuando la magnitud final de ésta va a depender del número de años que un trabajador acumule en la empresa, y del último salario que devengue, la única manera de que la empresa pueda competir con otras que tengan circunstancias más favorables, es absteniéndose de aumentar los salarios y rotando a su personal en el tiempo para que no acumule prestaciones retroactivas. Evidentemente, ello condena al trabajador a una situación desesperada, pues no sólo se limitan los aumentos en su ingreso y se aumenta su inestabilidad en el trabajo, sino que, en tanto que el consumidor, debe cancelar la parte del precio de lo que consume que corresponde a unas reservas que necesariamente deben hacer las empresas para amortiguar el impacto futuro de unas eventuales prestaciones sociales incalculables. En otras palabras, cuando una empresa debe hacer reservas para atender a unos pasivos de difícil cálculo, esas re-

de despedir al trabajador, podrá hacerlo siempre que le pague una indemnización de antigüedad y auxilio de cesantía doble de los contemplados en la Ley del Trabajo, más el doble de lo que puede corresponderle por concepto de preaviso, estando además obligado a sustituirlo por otro, con salario no inferior, al trabajador despedido.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21-04-1983. Ponente Dr. J. R. Duque Sánchez: Se decidió que la antigüedad y la cesantía calculadas año a año y abonados en cuenta o entregadas en fideicomiso no debían recalcularse en base al último salario cuando terminase la relación de trabajo.

⁵ Ley del Trabajo. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 3.219 del 12-07-1983.

servas se reflejan automáticamente en los precios de los productos, que deben ser pagados de inmediato por los consumidores, entre los que se encuentra el propio trabajador, sin que esa reserva beneficie, por ahora, al trabajador correspondiente. Por ello, se dice que la retroactividad de las prestaciones representa para el trabajador un ingreso diferido que sólo se le entregará en el futuro, pero un costo presente como consumidor pues debe pagar de inmediato las reservas necesarias para poder atender en el futuro el eventual recálculo. El mencionado problema, que en una economía de baja inflación como la que existía en el país a mediados de los años 70, podía pasar casi desapercibido, cobró una fuerza devastadora cuando Venezuela pasó a tener una economía inflacionaria, y cuando su moneda, a raíz del llamado viernes negro, comenzó el camino de la devaluación acelerada, que la ha llevado desde la recordada paridad de 4,30 bolívares por dólar, hasta niveles que superan ya ampliamente los 2.000 bolívares por dólar.

Tales problemas fueron reconocidos por todos, con excepción de los más extremistas partidarios de las viejas concepciones. Por ello, en el año 1997, cuando finalmente se trató de dar solución al problema a través del diálogo tripartito, el salario mínimo de un trabajador urbano ascendía a 15.000 bolívares⁶, pero su ingreso mínimo se situaba en más de 50.000 bolívares, mediante pagos que se calificaban de no salariales para evitar la quiebra virtual de muchas empresas como consecuencia de cualquier aumento de salario, pues estos incrementaban de manera imprecisa los pasivos ocultos de la empresa y fomentaban de forma incontrolada los aumentos de los precios de los productos.

Por esa razón, los acuerdos tripartitos de 1997, aun cuando aumentaban de manera importante los egresos de las empresas por prestaciones sociales del artículo 108 de la LOT⁷, reducían sensiblemente los perjuicios que la llamada retroactividad de esas prestaciones podían ocasionar al país entero, incluidos los propios beneficiarios de esas prestaciones calculadas anteriormente de manera íntegra con base al último salario.

La situación actual de esta historia inconclusa es bien conocida por todos. En los últimos años del siglo XX y primeros del XXI se arremetió contra los acuerdos tripartitos de 1997. Se consagraron en la Constitución de 1999 disposiciones que

⁶ “Aplicación del salario mínimo establecido en el Decreto N° 123 del 13 de abril de 1994, Gaceta Oficial N° 35.441 del 15 de abril de 1994, el cual se mantuvo hasta el 19 de junio de 1997, cuando se aumentó el salario mínimo urbano a la cantidad de setenta y cinco mil bolívares (Bs. 75.000,00) por Decreto N° 2.251. Gaceta Oficial N° 36.232, del 20 de junio de 1997”.

⁷ Artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997: Después del tercer mes ininterrumpido de servicio, el trabajador tendrá derecho a una prestación de antigüedad equivalente a cinco (5) días de salario por cada mes.

podrían, no sólo destruir lo que en ese momento se logró, sino llevar al país a una ruina total, si la Asamblea Nacional decidiese volver al régimen de recálculo final total o parcial de las llamadas prestaciones, cuyo efecto, al sumarse a los aumentos importantes del número de días que deben ser pagados por concepto de

Después del primer año de servicio, o fracción superior a seis (6) meses contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, el patrono pagará al trabajador adicionalmente dos (2) días de salario, por cada año, por concepto de prestación de antigüedad, acumulativos hasta treinta (30) días de salario.

La prestación de antigüedad, atendiendo a la voluntad del trabajador, requerida previamente por escrito, se depositará y liquidará mensualmente, en forma definitiva, en un fideicomiso individual o en un Fondo de Prestación de Antigüedad o se acreditará mensualmente a su nombre, también en forma definitiva, en la contabilidad de la empresa.

Lo depositado o acreditado mensualmente se pagará al término de la relación de trabajo y devengará intereses según las siguientes opciones:

- a) Al rendimiento que produzcan los fideicomisos o los Fondos de Prestaciones de Antigüedad, según sea el caso, y en ausencia de éstos o hasta que los mismos se crearen, a la tasa del mercado, si fuere en una entidad financiera;
- b) A la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis (6) principales bancos comerciales y universales del país; si el trabajador hubiese requerido que los depósitos se efectuasen en un fideicomiso individual o en un Fondo de Prestaciones de Antigüedad o en una Entidad Financiera, y el patrono no cumpliera con lo solicitado; y
- c) A la tasa promedio entre la activa y la pasiva, determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis (6) principales bancos comerciales y universales del país, si fuere en la contabilidad de la empresa.

El patrono deberá informar anualmente al trabajador, en forma detallada, el monto que le acreditó en la contabilidad de la empresa, por concepto de prestación de antigüedad. La entidad financiera o el Fondo de Prestaciones de Antigüedad, según el caso, entregará anualmente al trabajador los intereses generados por su prestación de antigüedad acumulada. Asimismo, informará detalladamente al trabajador el monto del capital y los intereses.

Los intereses están exentos del Impuesto Sobre la Renta, serán acreditados o detallados mensualmente y pagados al cumplir cada año de servicio, salvo que el trabajador, mediante manifestación escrita, decidiese capitalizarlos.

Parágrafo Primero: Cuando la relación de trabajo termine por cualquier causa el trabajador tendrá derecho a una prestación de antigüedad equivalente a:

- a) Quince (15) días de salario cuando la antigüedad excediese de tres (3) meses y no fuese mayor de seis (6) meses o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado o depositado mensualmente;
- b) Cuarenta y cinco (45) días de salario si la antigüedad excediese de seis (6) meses y no fuese mayor de un (1) año o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado o depositado mensualmente; y
- c) Sesenta (60) días de salario después del primer año de antigüedad o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado mensualmente, siempre que hubiere prestado por lo menos seis (6) meses de servicio, durante el año de extinción del vínculo laboral.

Parágrafo Segundo: El trabajador tendrá derecho al anticipo hasta de un setenta y cinco por ciento (75%) de lo acreditado o depositado, para satisfacer obligaciones derivadas de:

- a) La construcción, adquisición, mejora o reparación de vivienda para él y su familiar;
- b) La liberación de hipoteca o de cualquier otro gravamen sobre vivienda de su propiedad;
- c) Las pensiones escolares para él, su cónyuge, hijos o con quien haga vida marital; y
- d) Los gastos por atención médica y hospitalaria de las personas indicadas en el literal anterior.

esas prestaciones consagrados en 1997, y tal vez aprovechando para aumentarlos aún más, podrían precipitar una catástrofe económica de muy grandes proporciones, y en un momento en que las erróneas políticas económicas han fomentado ya el cierre de numerosísimas empresas, y la pérdida de miles de puestos de trabajo.

Si queremos un país normal en lo económico, y tener alguna posibilidad de reconstruir la empresa nacional o fomentar la inversión nacional o extranjera, no es posible volver nunca más al desastroso régimen de total recálculo final de ningún pago que el trabajador deba recibir, pues no es posible para ninguna empresa cargar al precio de sus productos, gastos correspondientes a los factores de producción que intervinieron en la creación de una riqueza que ya fue repartida en su momento. Si algún ejemplo gráfico se pudiese mencionar para que se pueda entender la lógica de tales argumentos, le pediríamos al lector que se imaginara lo que sucedería, si una ley ordenase a las empresas recalcular la remuneración del capital de los años en que los accionistas han poseído acciones en la empresa, para compensarles la inflación que los gobiernos de turno hayan propiciado.

Si a todo esto se añade un empeño histórico en mantener los elementos de la remuneración que deben ser tomados en cuenta para calcular los demás conceptos que deben ser pagados al trabajador dentro de la mayor incertidumbre, para luego sacar provecho a tales imprecisiones, mediante una litigiosidad que crece a una velocidad increíble, y que es fomentada por el principio, muchas veces mal comprendido, de que en caso de dudas sobre el fondo de un asunto, o sobre la norma procesal aplicable se debe favorecer a una de las partes y no a la justicia, la situa-

Si la prestación de antigüedad estuviere acreditada en la contabilidad de la empresa, el patrono deberá otorgar al trabajador crédito o aval, en los supuestos indicados, hasta el monto del salario a su favor. Si optare por avalar será a su cargo la diferencia de intereses que pudiere resultar en perjuicio del trabajador.

Si la prestación de antigüedad estuviere depositada en una entidad financiera o un Fondo de Prestaciones de Antigüedad, el trabajador podrá garantizar con ese capital las obligaciones contraídas para los fines antes previstos.

Parágrafo Tercero: En caso de fallecimiento del trabajador, los beneficiarios señalados en el artículo 568 de esta Ley, tendrán derecho a recibir la prestación de antigüedad que le hubiere correspondido, en los términos y condiciones de los artículos 569 y 570 de esta Ley.

Parágrafo Cuarto: Lo dispuesto en este artículo no impide a los trabajadores o a sus causahabientes el ejercicio de las acciones que puedan corresponderles conforme al derecho común.

Parágrafo Quinto: La prestación de antigüedad, como derecho adquirido, será calculada con base al salario devengado en el mes que corresponda lo acreditado o depositado, incluyendo la cuota parte de lo percibido por concepto de participación en los beneficios o utilidades de la empresa, de conformidad con lo previsto en el artículo 146 de esta Ley y de la reglamentación que deberá dictarse al efecto.

Parágrafo Sexto: Los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales o municipales, se regirán por lo dispuesto en este artículo.

ción que se ha terminado por imponer se parece más a una bomba de tiempo instalada en el cuerpo social que a un orden destinado a fomentar el bienestar de todos, el empleo y el progreso.

En el momento actual, se encuentra ya aprobado en primera discusión en la Asamblea Nacional un proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, en el cual se modifica sustancialmente todo el régimen de las llamadas “prestaciones sociales” previsto en la Ley de 1997. De acuerdo con dicho proyecto, la prestación llamada antigüedad del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo sería ampliada de los 5 días de salario por mes (60 por año más el bono que comienza con 2 días el primer año de antigüedad hasta 30 días en el año 15 y siguientes) a 60 días por año más un pago final de 30 días por año de antigüedad que se calcularía en base al último salario del trabajador. Por su parte, a la indemnización por despido del artículo 125, que actualmente, aun cuando es calculada en base a 30 días por año y a último salario, tiene un límite máximo de 150 días de salario, se le eliminaría ese límite. El resultado práctico final de esa parte de la proyectada reforma, sería no solo retrotraer la legislación al sistema de recálculo final previo a 1997, sino además un importantísimo aumento en su onerosidad, pues se combinarían tanto el régimen de recálculo final que la reforma de 1997 quiso mitigar como los pagos fijos anuales por antigüedad que esa reforma introdujo para compensar con pagos no diferidos adicionales a cualquier desmejora de las condiciones anteriores de trabajo⁸. Evidentemente, tal reforma sólo podría ser calificada como un paso

⁸ Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo. Aprobado en 1º discusión el 17-06-03: Se modifica el artículo 125 en la forma siguiente: Si el patrono persiste en su propósito de despedir al trabajador, deberá pagarle adicionalmente a lo contemplado en el artículo 108 de esta Ley, los salarios que hubiese dejado de percibir durante el procedimiento, y una indemnización equivalente a:

- 1) Diez (10) días de salario por cada año de antigüedad fuese mayor de tres (3) meses y no excediese de seis (6) meses;
- 2) Treinta (30) días de salario por cada año de antigüedad o fracción superior de seis (6) meses. Adicionalmente el trabajador recibirá una indemnización sustitutiva del preaviso previsto en el artículo 104 de esta Ley, en los siguientes montos y condiciones:
 - a) Quince (15) días de salario, cuando la antigüedad fuese mayor de un (1) mes y no exceda de seis (6) meses;
 - b) Treinta (30) días de salario cuando fuese superior a seis (6) meses y menor de un (1) año.
 - c) Cuarenta y cinco (45) días de salario, cuando fuese igual o superior a un (1) año.
 - d) Sesenta (60) días de salario, cuando fuese igual o superior a dos (2) años y no mayor de diez (10) años.
 - e) Noventa (90) días de salario, si excediese del límite anterior.

El salario de base para el cálculo de esta indemnización no excederá de diez (10) salarios mínimos mensuales.

Parágrafo Único: Lo dispuesto en este artículo no impide a los trabajadores o sus causahabientes, el ejercicio de las acciones que puedan corresponderles conforme al derecho común.

más en una dirección incorrecta, que haría que las reformas de 1997 no sólo no hubiesen alcanzado su objetivo, sino que fuesen altamente perjudiciales, por la combinación que se hace en el proyecto del antiguo sistema de recálculo final de 30 días de antigüedad y 30 de indemnización por despido, con los 60 días de antigüedad calculables al salario de fecha de nacimiento del derecho que se habían incluido en la reforma de 1997 en sustitución de recálculo final anterior a dicha reforma. Si a ello se añade que el referido proyecto, contempla elevar a diez (10) años [en lugar de un (1) año] la prescripción de las acciones para reclamar esos pagos recalculables al terminar la relación,⁹ no es difícil imaginarse la total incertidumbre en que pueden quedar las empresas, que no sólo ignoran y por lo tanto no pueden reflejar en su balance esos pasivos ocultos, sino que su incertidumbre puede extenderse hasta diez (10) años después de terminada la relación de trabajo. En mi criterio, ambas previsiones, que por cierto, fueron irresponsablemente

Se incorpora un nuevo artículo incluido en el Capítulo IX “Del Régimen de Prestaciones Sociales”, del siguiente tenor:

A partir de la vigencia de la presente Ley el empleador pagará al trabajador, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento de cada año de servicio ininterrumpido, o fracción superior a seis (6) meses transcurrida durante el año de servicio en que se extingue el vínculo laboral, treinta (30) días de salario como prestación de antigüedad.

El salario base para el cálculo de esta prestación será el devengado por el trabajador en el mes de labores inmediatamente anterior a aquél en que el empleador deba efectuar el depósito. Este cálculo es definitivo, y el monto resultante no podrá ser objeto de ajuste o recálculo durante la relación de trabajo ni a su terminación.

Lo depositado como prestación de antigüedad adicional, será percibido por el trabajador al término de la relación de trabajo y devengará los rendimientos que la institución financiera o el Fondo de Prestaciones de Antigüedad produzcan.

Una vez efectuado el depósito, el empleador público o privado queda exonerado de toda responsabilidad en cuanto al monto depositado, tanto en lo que respecta al capital como en lo referente a su rendimiento.

Se incorpora un nuevo artículo incluido en el Capítulo IX “Del Régimen de Prestaciones Sociales”, del siguiente tenor:

Después de cada año de servicio ininterrumpido, posterior a la vigencia del presente régimen de prestaciones sociales el trabajador tendrá derecho a que sean depositados o acreditados a su favor, como prestación de antigüedad adicional, otros treinta (30) días de salario. Lo depositado o acreditado por este concepto le pertenecerá en propiedad, pero sólo podrá ser percibido por él al término de la relación de trabajo. El trabajador no podrá disponer de él en ningún caso, ni en todo ni en parte, antes del término previsto.

La fracción superior a seis (6) meses transcurrida durante el año de extinción del vínculo laboral, dará derecho al trabajador a que se le incluya, por el concepto indicado, treinta (30) días de salario en su liquidación.

⁹ Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo. Aprobado en 1º discusión el 17-06-03. Octavo: Se modifica el artículo 62 en la forma siguiente: La acción para reclamar las prestaciones sociales, así como la indemnización por accidentes o enfermedades profesionales prescribe a los diez (10) años, contados a partir de la fecha de la terminación de la relación laboral o del accidente o constatación de la enfermedad.

incluidas en la disposición transitoria cuarta de la Constitución de 1999¹⁰, serían nefastas en cualquier circunstancia, pero mucho más en el estado de depauperación en que se ha sumido a la economía del país.

5. El ahorro obligatorio o prestación de antigüedad

La llamada “Antigüedad” y la entonces llamada “Cesantía”, fueron concebidas como indemnizaciones adeudadas al trabajador únicamente en caso de despido injustificado o de retiro justificado. No obstante, ya antes de 1975, algunas empresas habían pactado en sus contratos colectivos, o habían adoptado la costumbre de cancelar esos rubros al final de la relación de trabajo sin importar las causas de terminación. Tal cosa cambiaba ya la propia naturaleza de esos pagos, que terminaban siendo verdaderos derechos adquiridos y no una sanción pecuniaria a quien despedía sin motivos válidos.

La reforma legal de 1975 convirtió la antigüedad y la cesantía, en derechos adquiridos y creó una nueva sanción al despido injustificado que consistía en el reenganche del trabajador o el pago de una cantidad igual a la que se debía pagar por concepto de los recién creados derechos adquiridos. El resultado final de toda esa normativa fue, entre otras cosas, el nacimiento de las llamadas “prestaciones sociales dobles”, y el establecimiento por esa vía de la llamada “estabilidad relativa en el trabajo” por la vía de hacer sumamente oneroso el despido del trabajador. En ese momento, no existían una serie de circunstancias, que con posterioridad han influido mucho en los resultados que se han derivado del sistema establecido. Para el año 1975, el país gozaba desde hacía más de 20 años de una inflación tan baja, que su importancia en las decisiones económicas era muy reducida¹¹. El poder adquisitivo de la moneda se mantenía en una estabilidad casi total y la paridad cambiaria y la ausencia de deuda externa impedían medir el alcance que realmente tendrían las reformas laborales que se implementaron y cuya influencia sería posteriormente tan nefasta en el mundo laboral venezolano. En mi criterio, lo que debió plantearse en ese momento no era una reforma laboral, sino un plan de Seguridad Social moderno que realmente hubiese mejorado las condiciones de vida de los trabajadores, y que, de haberse implementado en ese entonces hubiese

¹⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24-03-2000. Disposición Transitoria Cuarta: Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará (...):

3. Mediante la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, un nuevo régimen para el derecho o prestaciones sociales reconocido en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado, estableciendo un lapso para su prescripción de diez (10) años.

¹¹ 0,29058. Consultado en la página web: <http://www.bcv.gov.ve>

alcanzado su plena madurez en la década de los 90, y tal vez hubiese impedido la grave crisis social que se desató en esa época, con los graves resultados que todos conocemos, de desempleo, marginalidad y miseria de la mayoría de la población venezolana.

Luego vino la reforma de la Ley del Trabajo de 1983¹² que estableció de manera expresa en la Ley del Trabajo que el ahorro obligatorio y la indemnización por despido debiesen recalcularse al último salario, con lo cual se abrió el camino para que tales erogaciones se convirtiesen en una carga insostenible para las empresas, más que por su cuantía, por el carácter imprevisible de ese pasivo.

La reforma de 1997 trató de mitigar los efectos indeseables de las llamadas prestaciones sociales, aumentando sensiblemente la antigüedad, pero haciéndola calculable, y dejando la incertidumbre financiera sólo para el caso de indemnización por despido injustificado, pero limitando su alcance a un máximo de 150 días de último salario. Además, planteó por primera vez en Venezuela la necesidad de organizar un sistema moderno de Seguridad Social, basado, como en otras partes, en los aportes provenientes de los ahorros obligatorios previstos para esos fines en la legislación del trabajo.

Es importante decir que la reforma de 1997 fue sólo un intento de avanzar en la dirección correcta, pero contenía en sí misma una serie de problemas y contradicciones que aún están por resolverse, y cuya solución será la piedra angular de la organización laboral del futuro, si se logra, realmente, un consenso político general, para implementar una verdadera reforma laboral que sea motor del futuro desarrollo económico del país.

En esta materia, es muy importante entender algunos conceptos, independientemente de las cifras que luego se consideren apropiadas. Todo sistema de Seguridad Social requiere de fondos para poder cubrir los riesgos que se haya decidido atender, y que pueden variar *ad infinitum* según los costos, posibilidades, etc. Esos fondos deben ser aportados, en la medida de lo posible, por los beneficiarios de la Seguridad Social y sus patronos, cuando se trata de trabajadores dependientes. Para atender a esos aportes, las legislaciones del trabajo o de la Seguridad Social ordenan a los empleadores entregar directamente los aportes. De no entregarse a la Seguridad Social, esos aportes tendrían que ser entregados al trabajador para la atención de los riesgos que debería cubrir la Seguridad Social. Por ello, las cantidades que se destinan a la Seguridad Social corresponden siempre a un ahorro obligatorio que el trabajador debe hacer con la colaboración del patrono, cuando

¹² Gaceta Oficial N° 3.219, Extraordinaria del 12 de julio de 1983.

se trata de trabajadores dependientes, que debe ser destinado a un fin específico, como es el aseguramiento de un número determinado de riesgos. Ahora bien, en nuestro país, la evolución histórica del derecho al trabajo y a la Seguridad Social, nos fue llevando, casi sin darnos cuenta a unas situaciones absurdas que deben ser corregidas, aun cuando sea muy difícil lograr el consenso necesario para hacer esas correcciones.

Debemos recordar que en el año 1936 cuando fue promulgada la Ley del Trabajo que, con muy pocas reformas, nos rigió hasta 1991, no existía en Venezuela Seguridad Social, por lo que los riesgos de ésta, debían ser sufragados directamente por el trabajador o por la asistencia social o la beneficencia o caridad pública de muchos organismos filantrópicos, en general, religiosos. Aun cuando la Ley de 1936 creó la llamada antigüedad, a la que posteriormente se le añadió la cesantía, estas figuras no podían considerarse un ahorro obligatorio, sino una indemnización por despido injustificado hasta el año 1975. Entre 1936 y 1975 ya se había dado inicio a un sistema de Seguridad Social bajo monopolio estatal, muy primitivo¹³, y por demás, totalmente subdotado, que tomando en cuenta lo exiguo de los aportes que requería, podía fácilmente coexistir con el sistema de ahorro obligatorio instituido en 1975 y que era conocido como “derechos adquiridos de antigüedad y cesantía”, o prestaciones sociales sencillas. A partir de 1975, los trabajadores venezolanos se beneficiaban de un ahorro obligatorio de 30 días de salario por concepto de antigüedad y cesantía que debía ser abonado en cuenta de la empresa o entregado en fideicomiso, y con garantía del cual podían pedir préstamos para cubrir ciertos gastos o para sufragar una vivienda. Además, en paralelo se cotizaban al Seguro Social Obligatorio aportes que oscilaban entre el 11% y el 14% de la remuneración mensual del trabajador. Evidentemente, un sistema como ese, hacía imposible la solución definitiva de los problemas, pues no permitía que el trabajador pudiese afrontar sus riesgos con su ahorro obligatorio, ni permitía tampoco que la Seguridad Social pudiese realmente ofrecerle una solución integral a sus problemas previsionales.

Ante tan insuficiente sistema, a partir de 1975, los trabajadores que seguían teniendo graves problemas previsionales, comenzaron a presionar a sus patronos para llegar a algún tipo de sistema que realmente solucionara total o parcialmente sus problemas de salud, muerte, vejez, incapacidad, etc. Muchos de ellos, favorecidos también por la bonanza del momento, lograron obtener de sus empleadores la contratación de pólizas de salud (HCM) y sistemas privados de jubilación o de

¹³ Ley del Seguro Social Obligatorio. 24-07-1940.

Estatuto Orgánico del Seguro Social Obligatorio. 05-10-1951

Ley del Seguro Social. 22-06-66. Gaceta Oficial N° 1.023 Extraordinaria del 11-07-1966.

cobertura del riesgo de muerte o invalidez que en la mayoría de los casos comprometían imprudentemente el patrimonio de la empresa, o el patrimonio público, pues, para hacer la situación todavía más absurda, estos sistemas paralelos de Seguridad Social no sólo han ido surgiendo en el sector privado, sino especialmente en el sector público en el cual las Universidades Públicas, los empleados del Ministerio de Educación, las Fuerzas Armadas, las compañías petroleras del Estado, y los empleados públicos sujetos a la norma conocida como “Ley del Estatuto”¹⁴ han desarrollado sistemas previsionales con cargo a los empleados y a la empresa o ente correspondiente o a las cuentas fiscales, que, en la mayoría de los casos ayudan pero no terminan de resolver los problemas previsionales del trabajador. Por si fuera poco, la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 aumentó significativamente el ahorro obligatorio conocido como antigüedad, el cual pasó de 8,8% anual, a una cifra que podría oscilar entre el 16,66% y el 25% anual. De esa manera, en la actualidad conviven en el más absoluto desorden los aportes que mensualmente deben hacerse al Seguro Social Obligatorio, con el ahorro obligatorio aumentado que el trabajador puede destinar a vivienda, salud, educación, y con los recursos públicos y privados que se destinan a seguros HCM, jubilaciones o sistemas paralelos de Seguridad Social. Pero lo más absurdo es que, haciéndose tales aportes a finalidades previsionales, no se haya resuelto el problema de una sola Seguridad Social moderna y eficaz, pues lo más cruel es que cuando se presenta realmente un siniestro, al trabajador no le queda otra salida que volver total o parcialmente al sistema de auto seguro y costear buena parte de su enfermedad con otros ahorros no obligatorios que haya podido hacer personalmente, o pedir a otros familiares que colaboren en la cobertura del siniestro.

En nuestro criterio, la única manera de solucionar este problema, es unificando los aportes que se hacen para previsión social (ahorro obligatorio o antigüedad, aportes al Seguro Social Obligatorio, aportes para sostener los sistemas paralelos de previsión social) a fin de poder optimizar el financiamiento de un único sistema de Seguridad Social que realmente funcione y le permita al trabajador dependiente o no dependiente, disfrutar de sistemas previsionales organizados de manera racional, y canalizar hacia ellos el ahorro de la sociedad, tal y como sucede en las economías modernas.

Evidentemente, hay que impedir que una empresa de esa magnitud se pueda convertir en el propio megafraude a los cotizantes, pues de no hacerse las cosas adecuadamente, podríamos potenciar el problema actual, sin que el asegurado realmente pueda aprovechar el servicio. Esto debe decirse de manera muy clara y

¹⁴ Ley sobre Estatuto de la Función Pública. Gaceta Oficial N° 5.557 Extraordinaria del 13-11-01.

nítida, especialmente, porque el sistema de Seguridad Social universal y bajo monopolio del Estado que ha sido plasmado en la Constitución de 1999 y recogido en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social del 30-12-2002, no es capaz de garantizar a nadie una Seguridad Social que funcione. En efecto, si la Seguridad Social bajo monopolio estatal no ha sido capaz de organizar un buen servicio al amparo de la Ley del Seguro Social, no hay nada que haga pensar que si se organizara bajo el esquema de la Ley del 30-12-2002 se lograrían mejores resultados, y si el monopolio estatal ha sido fuente de corruptela e ineficacia durante más de cincuenta años, ¿cómo podría creerse que por el hecho de aumentarse de manera exponencial las cotizaciones cesaría la corrupción y la ineficacia?.

Hay que insistir hasta el cansancio, en que en los sistemas modernos de Seguridad Social, si bien deben ser supervisados estrechamente por el Estado, quien debe también efectuar la recaudación y subvencionar sus carencias, no se debe reservar al Estado la prestación de los servicios ni deben constituirse en monopolios, ya sean estatales o privados, y deben permitir a los asegurados la escogencia libre del prestador de servicios que, en su opinión, mejor se acomode a sus necesidades. Sólo esa sana competencia puede evitar, en la medida en que ello es posible, la corrupción y la ineficacia que han caracterizado a nuestra Seguridad Social.

Imaginemos por un momento que se llegase a implementar el sistema de Seguridad Social previsto en la Constitución de 1999. El ahorro obligatorio constituido por la llamada antigüedad del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 abarca un porcentaje que puede fluctuar entre el 16,66% y un 25% del ingreso del trabajador. Las nuevas cotizaciones de la Seguridad Social monopólica del Estado aún no han sido decididas por unas futuras leyes de los distintos subsistemas, pero si nos atenemos a las que fueron aprobadas en 1998, podrían superar el 30% de los ingresos del trabajador, con lo cual podríamos fácilmente estar en presencia de unos aportes patronales y de los trabajadores con fines previsionales cercanos o superiores al 50% del ingreso del asegurado, quien tendría que aferrarse, además, a los sistemas paralelos de previsión social en razón de la consabida ineficacia del Estado para dar salud, seguridad en la vejez o en la invalidez o muerte. De aplicarse el sistema plasmado en la Constitución de 1999, el remedio sería mucho peor que la enfermedad, pues los asegurados continuarían recibiendo el mismo pésimo servicio pero a unos costos mucho mayores.

6. La flexibilización de la relación de trabajo

Si se desea contar en el futuro con un marco jurídico laboral que actúe como acelerador y no como freno de las realidades económicas, es necesario que se creen mecanismos que permitan su adaptación a realidades cambiantes y muchas veces nuevas.

No es posible ignorar que el mundo laboral alberga muchas realidades, y pretender artificialmente encamisarlas con normas legales inflexibles y poco adaptadas al mundo verdadero, sólo lleva a convertir esa realidad en una maraña de simulaciones que se dirigen siempre a tratar de dar a ciertas situaciones (que nada tienen de perversas ni de inmorales), una apariencia que permita escapar de la camisa de fuerza que representa una legislación laboral inflexible y que pretende extenderse a otros campos diferentes a su objetivo específico. Es frecuente que en tales casos, se pretenda esgrimir esas situaciones como la prueba fehaciente de la maldad patronal, pero una más detenida reflexión, nos muestra que detrás de ellas hay una intención, tanto de patronos como de trabajadores de adaptarse a las realidades y a sus mutuas conveniencias.

Voy a tratar de plantear algunos ejemplos. A la sociedad le interesa que se popularice la iniciativa privada. Esto no sólo se refiere a las grandes inversiones extranjeras o nacionales. Toda economía próspera requiere de grandes inversiones, pero también de muchas pequeñas inversiones y del nacimiento de muchos pequeños negocios familiares. Ello debe ser fomentado y no impedido por la legislación del trabajo. Ahora bien, nuestras normas laborales parten de la base de que muchas veces esa democratización de la empresa, pone en peligro los derechos de los trabajadores, y que ante el peligro de que se esté simulando la existencia de pequeños negocios para encubrir verdaderas relaciones de trabajo, hay que desincentivar el nacimiento de los pequeños empresarios, o las asociaciones empresariales primarias tales como pequeñas sociedades familiares, cooperativas, etc. que deciden prestar por su cuenta pequeños servicios, que también otros hacen bajo relación de trabajo, con la finalidad de poder acceder a ganancias mayores, derivadas del hecho de asumir riesgos. Van en ese sentido las normas que pretenden extender a los comitentes las responsabilidades que asuma un contratista con sus trabajadores, las que pretenden imponer a los trabajadores de una subcontratista las mismas condiciones de trabajo que las que se aplican a los trabajadores del contratista¹⁵. Evidentemente, una legislación moderna, no debe interferir nunca con

¹⁵ Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinaria del 19-06-97. Artículo 55: No se considerará intermediario, y en consecuencia no comprometerá la responsabilidad del beneficiario de la obra, el contratista, es decir, la persona natural o jurídica que mediante contrato se encargue de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos. No será aplicable esta disposición al contratista cuya actividad sea inherente o conexas con la del beneficiario de la obra o servicio. Las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos se presumirán inherentes o conexas con las actividades del patrono beneficiario.

Artículo 56: A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del dueño de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante, y por conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella. La responsabilidad del dueño de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores utilizados por subcontratistas, aún en el caso de que el contratista no esté

la proliferación de la figura del “outsourcing”, tan usual en la economía moderna, pues de la libertad de trabajar por cuenta propia se deriva la vitalidad de una economía próspera. También debe ser fomentada y no sólo tolerada la existencia de las “concesiones” y “franquicias comerciales”, etc. En nuestro país se aprecia con gran frecuencia un doble lenguaje y una doble legislación. Por una parte, el Estado trata de presentar al público, un marcado apoyo a las llamadas “pequeñas y medianas” empresas, pero en la realidad ese apoyo se limita al otorgamiento de minicréditos que no permiten realmente su funcionamiento, especialmente debido a la rigidez de la legislación laboral. En ese campo, es de destacarse que en los últimos tiempos, la jurisprudencia, en especial en el Supremo Tribunal, ha ido deslindando de manera bastante precisa, el campo del trabajo subordinado, el del trabajo no dependiente, y el de la pequeña empresa comercial a través del denominado test de laboralidad, que consiste en comparar las realidades y circunstancias de cada situación con las propias de la relación subordinada a fin de calificar la relación en sí, prescindiendo de las formas jurídicas adoptadas. Veamos otro ejemplo: A la sociedad le interesa que las regiones más pobres se vayan desarrollando y se vaya así creando más riqueza. Ahora bien, esas regiones no son más pobres por una especie de maldición diabólica o porque los astros no les fueron favorables. Son más pobres por multitud de causas que hacen que establecerse en un sitio sea menos productivo que en otro (menor número de población capacitada, falta de mercados, malas comunicaciones, problemas climáticos, etc.). Por las razones pertinentes, las empresas prefieren producir riquezas en otras partes, a menos que algunas ventajas compensen los perjuicios de invertir en zonas deprimidas. Entre esas ventajas está normalmente una legislación fiscal más favorable, una mano de obra más barata y unas normas laborales menos rígidas. Esto, que se entiende perfectamente en las relaciones comerciales internacionales, a veces no es comprendido cuando se trata de hacer diferencias entre regiones del mismo país. En general, nadie cuestiona desde un punto de vista moral, las diferencias entre trabajadores de diversos países y especialmente entre los trabajadores de un inversionista en su país de origen, y los que se contratan en el lugar de la inversión internacional, porque, a pesar de que no se equipara a los trabajadores nacionales con los trabajadores de la dueña de la inversión en su país de origen, de todas maneras la creación de fuentes de trabajo derivada de la inversión extranjera, si representa una evidente mejora en las condiciones de vida objetivas de la población. Tal razonamiento es perfectamente aplicable, cuando se trata de regiones

autorizado para subcontratar, y los trabajadores referidos gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados en la obra o servicio.

Artículo 57: Cuando un 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 conexas con la de la empresa que se beneficia con ella.

deprimidas de un mismo país, pues la sola creación de oportunidades de trabajo, aún en condiciones menos favorables que en otras regiones, representaría, en sí misma, una importante mejora, y una oportunidad para la creación de polos de mayor riqueza, y la incorporación de las zonas más deprimidas a la economía general. Lamentablemente, tal razonamiento no es ni entendido, ni bien visto por nuestra legislación laboral, que contiene normas que perjudican la posibilidad del nacimiento de nuevas empresas en las zonas más pobres del país. La dificultad de tener, en una misma empresa, convenciones colectivas adecuadas a cada región¹⁶, la costumbre de establecer salarios mínimos nacionales en lugar de adaptarlos a las regiones, y muchas otras disposiciones legales y costumbres, son ejemplos de inflexibilidad altamente perjudicial al nacimiento de nuevas fuentes de empleo. Todas esas normas deben ser adaptadas a la realidad, y debe permitirse que las condiciones de trabajo se adecuen a las circunstancias de cada zona, y las diferentes productividades de los diversos tipos de empresa.

La legislación laboral no debería convertirse en un serio inconveniente para que muchos trabajadores obtengan condiciones de vida mejores. Tal cosa es especialmente válida cuando hablamos de trabajadores que, por su grado de educación o por lo valioso de sus servicios, tienen perfecta capacidad para escoger entre varias posibilidades, la que más les conviene, y por lo tanto poco necesitan que la Ley escoja por ellos lo que les es más favorable. Pensemos en que un trabajador de alto nivel, prefiera recibir su remuneración total dividida en doce (12) partes mensuales, o en cuatro pagos trimestrales en lugar de recibirla en veinticuatro (24) quincenas, y mediante unas utilidades convencionales a fin de año, un bono vacacional y otras remuneraciones que tienen periodicidad distinta a la mensual. Pero además, pensemos que el patrono de ese mismo trabajador está además dispuesto a suministrarle una vivienda y a pagar los colegios privados de sus hijos, siempre y cuando otorgar esos beneficios no se convierta en un problema grave de indeterminación de la remuneración y un aliciente a la conflictividad laboral. Para el Estado, el problema tendría que reducirse a comprobar que el trabajador recibe unos pagos mayores a los pagos totales que recibe un trabajador que cobre salario mínimo, pues todo lo que exceda de esa remuneración mínima total, es remitido por la Ley a la voluntad recíproca de las partes. En Colombia, se buscó una solución muy razonable, que podría perfectamente ser implementada en Venezuela¹⁷. Cuando un trabajador recibe mensualmente un determinado número de salarios

¹⁶ Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinaria del 19-06-97. Artículo 513: Cuando una empresa tenga departamentos o sucursales en localidades que correspondan a jurisdicciones distintas, la convención que celebre con el sindicato que represente a la mayoría de sus trabajadores se aplicará a los trabajadores de esos departamentos o sucursales.

¹⁷ Ley 50 de 1990. República de Colombia.

mínimos, se autoriza a las partes a celebrar un acuerdo anual de remuneración global, que en una sola cifra incluya todas las obligaciones de la empresa para con ese trabajador. Tal acuerdo se presenta al Inspector del Trabajo para su homologación, y en él se deja constancia de la cantidad de dinero y cualquier otro beneficio que se haya de recibir durante el año correspondiente. El Inspector verifica que ese acuerdo en su globalidad beneficie más al trabajador que el mínimo que se haya decidido fijar en la Ley, y homologa el acuerdo que convierte la remuneración anual en un paquete total que abarca todo lo que se adeudará al trabajador durante el período pactado. De esa manera, se puede asegurar a los pequeños trabajadores la protección detallada de la Ley que muchos ideólogos partidarios del Estado omnipotente no parecen dispuestos a modificar, y a la vez estimular a las empresas a contratar trabajadores de salario alto. No es posible olvidar que no sólo la empresa se beneficia de este sistema que le permite fijar una parte importante de sus costos, sino también el trabajador de una empresa interesada en que su salario sea lo suficientemente alto como para poder celebrar un acuerdo de esa naturaleza.

Pensemos también en el salario mínimo. La idea, en teoría muy loable, que está en su base es que regulando el salario mínimo se lograría que todo trabajador pueda disponer de unas cantidades que permitan satisfacer al menos necesidades consideradas esenciales. Es importante asentar que tal idea plasmada en las legislaciones del trabajo, nunca ha podido conseguir su cometido, pues las leyes de la economía se resisten siempre tercamente a este tipo de fijaciones. Por una parte, la economía informal se encarga siempre de absorber a los trabajadores cuya productividad no alcanza lo fijado como salario mínimo, y por la otra, la ventaja buscada a través de los salarios mínimos, siempre termina diluida por las tercas leyes económicas y convertida en condimento de la inflación. Ahora bien, si el Estado regulador se aferra a la idea de que con los salarios mínimos se puede combatir la pobreza, debe, al menos tener en cuenta que aplicar una misma fórmula a situaciones diferentes, puede crear problemas imprevistos. Veamos algunos ejemplos: En una situación de alto desempleo, si una empresa debe pagar salario mínimo a obreros con experiencia y lo mismo a jóvenes que comienzan, es evidente que preferirá disfrutar del valor agregado gratuito que le aportan los obreros experimentados. Tal cosa dificulta el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo, con el subsiguiente perjuicio para la sociedad, pues estos jóvenes pueden estar en mayor peligro de caer en el mundo de la delincuencia o de las drogas. Sin contar con la desmoralización y fuga de cerebros que implica la falta de futuro para los jóvenes de un país. Como antes se insinuó, tales fijaciones, muchas veces, la única consecuencia que producen son los inevitables aumentos en el tamaño de la informalidad. En mi criterio, los resultados prácticos no favorecen la fijación de salarios mínimos. No obstante, si se continúa utilizando ese instrumento, las

fijaciones que se hagan deben hacer distinciones entre realidades diferentes a fin de minimizar sus efectos perjudiciales.

Al igual que en los ejemplos antes descritos, existen muchas situaciones en el mundo laboral, cuyas diferencias podrían razonablemente justificar tratamientos diferentes, y flexibilidad en las normas aplicables, en beneficio, no de los patronos ni de los trabajadores solamente, sino también en beneficio de toda la sociedad que no requiere que mejore un nivel de vida ideal, sino que mejoren niveles de vida concretos, de trabajadores específicos, en regiones específicas y en situaciones económicas generales o locales diferentes, y que la creación de empleos formales no sea tan gravosa que impida el nacimiento de nuevas empresas, y en consecuencia, constituya un permanente aliciente para la “informalidad” la cual es, normalmente, la que merece el calificativo de “salvaje”. A mi modo de ver, la posibilidad de adaptar las normas laborales a situaciones particulares, puede muchas veces representar un gran beneficio para muchos trabajadores concretos, que de otra forma se verían relegados a la informalidad. Si algo nos puede enseñar el mundo moderno, y los países que han logrado buenos niveles objetivos de desarrollo, es que, en el mediano plazo, la libertad rinde mejores dividendos que la inflexibilidad o que el apego irracional a muchos dogmas cuyo origen en muchos casos se encuentra en el pensamiento marxista, y cuyos resultados reales están ya a la vista. De ello dan fe muchos países que han tenido el valor de flexibilizar sus normas laborales, y han logrado mucho más riqueza y felicidad personal para sus ciudadanos, que aquellos que continúan apegados a un supuesto idealismo y a una retórica de lucha de clases que solo es capaz de producir miseria y violencia.

7. El problema de la “informalidad salvaje”

Para situarnos en el problema de la informalidad, podemos tratar de entenderla por comparación con su contrario, pues la informalidad es una negación total o parcial de las reglas de una determinada sociedad, lo cual tiene normalmente por causa, la inadecuada comprensión de las realidades sociales por parte del que formula la norma. En otras palabras, una norma que no se adapte a la vida concreta de los subordinados, y que exija de ellos mucho más de lo que es posible cumplir, nace muerta, y estará destinada a que se le considere totalmente inservible, cuando no perjudicial. De esa manera, una situación social normal se caracteriza por el cumplimiento por parte de los ciudadanos de las normas obligatorias que la sociedad se ha dado a sí misma en base a sus parámetros culturales, sociales, económicos y morales. En la formalidad, los ciudadanos votan, participan en las tomas de decisiones, pagan impuestos, contribuyen proporcionalmente a los costos de la sociedad, cumplen con las responsabilidades familiares asumidas o legalmente pertinentes, participan en la creación de riqueza bajo las normas

preestablecidas y reciben por ello la remuneración prevista en las leyes o en los contratos, que también son ley entre las partes. También deben sufragar los costos derivados de los riesgos propios de la naturaleza humana (vejez, muerte, desempleo, enfermedades, etc.) que le sucedan a su persona o a quienes estén bajo su responsabilidad. Así, para facilitar la vida común la sociedad crea mecanismos dirigidos a ayudar a los ciudadanos formales a cumplir sus obligaciones, lo cual les permite beneficiarse de los derechos que tienen como persona y como ciudadano de una manera mucho más efectiva y provechosa, que si no formasen parte de una sociedad formalmente organizada.

Ahora bien, como puede fácilmente entenderse, la formalidad se va originando paulatinamente de infinidad de acuerdos sobre lo que debe considerarse obligatorio para todos. La formulación de las normas de convivencia social deben consistir en poner en blanco y negro lo que las personas llamadas a cumplirlas han acordado en la realidad.

Sin embargo, esa deformación mental que se conoce como nominalismo, hace pensar a algunos, que las realidades deben necesariamente adaptarse a la norma, y no la norma a las realidades y posibilidades. Cuando la norma formulada se hace de imposible cumplimiento, o de una gravosidad desmedida, la consecuencia nunca será el cambio de las realidades, sino el incumplimiento de la norma.

Este fenómeno se presenta en los campos más diversos. Cuando los impuestos formales perjudican la elemental supervivencia, o no se traducen en beneficios atribuibles a vivir en sociedad, sino en aumentos en la burocracia, corrupción y despilfarro de los dineros públicos, los ciudadanos terminan por no pagarlos. Si el trabajo formal se recarga con un sin número de contribuciones, complejidades, privilegios absurdos, etc., los empleadores y trabajadores dejan de cumplir las reglas formales y migran hacia la simple oferta y demanda. Igual situación se presenta en otros campos como la educación, la familia, la vivienda, etc.

Cuando las normas establecidas no combinan una adaptación a las realidades con sus finalidades específicas, siempre generarán esa situación que se conoce como informalidad, que de ninguna manera puede ser considerada un monopolio de las capas más pobres de una sociedad. En efecto, no es inusual que tal fenómeno se extienda, no solo a quienes carecen de los recursos más elementales sino también a amplios sectores de la sociedad (profesionales, pequeños comerciantes, etc.). También es erróneo identificar informalidad con pobreza, pues la informalidad también puede generar riqueza al margen de la Ley y para quienes saben aprovecharse del desorden social y a veces del caos.

La informalidad es un derivado de la falta de cumplimiento de las normas sociales establecidas. Así como el cumplimiento de esas normas, siempre que sean razonables y adaptadas a la realidad, va creando un círculo de progreso y de mayor calidad de vida, el incumplimiento de las reglas sociales va creando un círculo vicioso de marginalidad, miseria creciente, imposible acceso a las ventajas de la sociedad, falta de cultura y de instrucción; en pocas palabras, en la informalidad el hombre, al no contribuir o contribuir menos a la formación de los vínculos sociales, no puede beneficiarse a plenitud del hecho de vivir en sociedad. La informalidad tiende hacia el caos, o hacia la formación de estructuras sociales diferentes y proporcionadas con los aportes que en esa informalidad se hacen. Por eso, no es al liberalismo, combinado con el moderno Estado de derecho, al que corresponde poner el epíteto de salvaje, sino a la informalidad. En ella, cada quien se pone sus propias reglas o debe soportar que otros se las impongan, pero al margen de la legalidad. Al no cumplirse las normas formales, las verdaderas normas de convivencia van surgiendo como la mala hierba, al son que toque el más fuerte, o el más poderoso o el que disponga de más medios económicos. Por eso, la informalidad suele generar como subproductos, además de la llamada buhonería, las bandas de delincuentes, los negocios prohibidos en la formalidad, como el tráfico de drogas, el tráfico de bienes robados, la prostitución y muchos otros, la explotación salvaje de seres humanos más débiles, como mujeres, niños, ancianos o trabajadores que no pueden acceder al mundo de la formalidad, el cobro ilegal de contribuciones, conocido como “el peaje”, la construcción y el comercio ilegal de “ranchos”, el quiebre de la familia generadora de derechos y de obligaciones, etc.

Las sociedades modernas, organizadas según la estructura que se conoce como Estado de derecho, han ido creando normas legales destinadas a encauzar hacia los fines comunes muchas realidades económicas y sociales, permitiendo así el funcionamiento de un mercado en el cual cada operador pueda desenvolverse en la mayor libertad posible. El resultado de tal normativa está a la vista. Nunca antes la humanidad había podido producir el progreso económico y social que podemos hoy en día contemplar en los países que realmente han adoptado ese sistema conocido como “Economía de Mercado”. Por ello, es realmente injusto que aquellos que sólo han podido producir miseria e infelicidad ahora hablen de neoliberalismo salvaje mientras se dedican a propiciar la informalidad y el caos. Resulta absurdo oír en nuestro país las condenas a la economía de mercado por parte de gente que propicia el desempleo, la división, la quiebra de empresas, la invasión de fincas e inmuebles urbanos y suburbanos, el comercio de ranchos, la falta de transparencia en el manejo de fondos públicos, y pare usted de contar. El verdadero salvajismo proviene de la informalidad, pero especialmente de la informalidad de los gobiernos que no acatan el Estado de derecho, y que llegan incluso a la creación de ejércitos informales para tratar de perpetuarse en el poder.

Vistas en esa perspectiva, la formalidad y la informalidad no son realmente situaciones nítidas e inmutables. Son, más bien tendencias en las cuales se puede profundizar más o menos. Nadie se encuentra en la absoluta informalidad, es decir en un caos total, ni nadie puede pensar que la sociedad no puede ir perfeccionando su forma de vida. La educación, el orden en las finanzas públicas y privadas, la disciplina laboral tanto de los patronos como de los trabajadores, el fomento de cierto tipo de inversión (construcción, industria agrícola y procesadora de alimentos, etc.) van mejorando los vínculos sociales y el respeto a las normas que caracterizan la formalidad, y la formalidad va elevando, en general, los niveles de vida de la población. Lo que sería falso y muy peligroso pensar, es que la formalidad se alcanza dictando leyes y normas de difícil cumplimiento, y desadaptadas de la verdadera realidad social. Con tal sistema sólo se logra que menos personas puedan cumplirlas, y que quienes a duras penas se mantenían en los límites de la formalidad queden irremediabilmente condenadas a comenzar a transitar la otra vía, y algo muy importante, la desmoralización progresiva de quienes se someten a la ley y por ello son castigados con toda suerte de obligaciones que, por no ser compartidas por todos, se les hacen cada vez más gravosas a quienes las cumplen.

La principal forma de combatir la informalidad es mediante muchas pequeñas acciones y reformas, que a la larga puedan revertir la tendencia hacia el caos. Es decir, haciendo más atractiva la formalidad que la informalidad. Esto significa que, en una sociedad con leyes relativamente razonables, debería ser más atractivo pagar unos impuestos razonables que pagar peaje por sobrevivir, contribuir a la Seguridad Social que depender de la caridad pública, acceder a la propiedad que invadir terrenos ajenos y construir “ranchos”.

Eso no sólo se logra mediante leyes positivas que amenacen a los infractores, sino principalmente con mucha flexibilidad en las normas, y con mucho realismo para distinguir en su elaboración entre lo que es posible y lo que nunca podrá ser cumplido por la mayoría.

En materia laboral, el problema reviste una gran importancia, pues pocas cosas influyen más en las decisiones de la vida, que las posibilidades reales de trabajo. Las personas no suelen decidir en frío convertirse en trabajadores informales en sus distintas facetas. Más bien se cae en la informalidad por falta de inversiones en el sector formal, y por imposibilidad de dar cumplimiento a leyes laborales totalmente desvinculadas de la realidad y tan inflexibles, que hacen totalmente imposible el paso progresivo y gradual hacia la formalidad.

En especial, pienso que uno de los grandes atractivos que puede ayudar a revertir las tendencias hacia el caos, es la institución de la Seguridad Social, que sólo puede ser concebida dentro de la formalidad. Una Seguridad Social realista, bien con-

cebida, funcional, que no trate de abarcar lo que es numéricamente imposible, que no esté sujeta a ningún monopolio, puede ser el mayor aliciente para que todos se sientan estimulados a situarse laboralmente, al menos, dentro del campo de la formalidad.

Debemos advertir, que tratar de eliminar la informalidad aumentando desproporcionadamente la carga de la formalidad es la peor decisión que puede tomarse en este terreno. Es importante decir con toda claridad, que las pretendidas soluciones que fueron incluidas en la Constitución de 1999 relacionadas con la Seguridad Social serían la muerte del trabajo formal concebido como hasta ahora, pues lo que se pretende es obligar a trabajadores y patronos de la formalidad a soportar los riesgos (pensiones, enfermedad, desempleo, etc.) de toda la población y además bajo monopolio estatal. Tal cosa no sólo es absurda, contraria a la más elemental justicia y desalentadora de la formalidad, sino imposible de implementar, pues por una simple cuestión matemática, el veinte o treinta por ciento (20 ó 30%) de una población no puede producir suficiente como para atender con sus impuestos y contribuciones (entre otras a la Seguridad Social) a las necesidades de todo el resto de la población.

Por todo lo que se ha dicho, si nos decidimos a modificar el rumbo, es necesario atacar la informalidad con los medios adecuados, que nunca será el hacer más incumplible la estadía en la formalidad. Las modificaciones en la estructura del trabajo, la flexibilización de las normas laborales, la creación de una Seguridad Social posible y técnicamente manejada, las facilidades que se otorguen a la inversión, la regularización de la propiedad y tantas otras pequeñas y grandes cosas serán los pasos en la dirección correcta que pueden llevar a la unificación progresiva de las dos Venezuelas, la formal y la informal y que todos compartamos las mismas metas y la misma vida social.

8. Seguridad social y asistencia social

La Constitución de la República de Venezuela de 1961, en su artículo 94¹⁸, hacía una clara distinción entre Seguridad Social y Asistencia Social. Lamentablemente, la Constitución de 1999, no distinguió entre ambos conceptos, y su articulado parece amalgamarlos en una misma realidad a la que denomina Seguridad Social.

¹⁸ Constitución de la República de Venezuela. 23 de enero de 1961. Artículo 94: En forma progresiva se desarrollará un Sistema de Seguridad Social tendiente a proteger a todos los habitantes de la República contra infortunios del trabajo, enfermedad, invalidez, muerte, desempleo y cualesquiera otros riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la vida familiar. Quienes carezcan de medios económicos y no estén en condiciones de procurárselos tendrían derecho a la asistencia social mientras sean incorporados al Sistema de Seguridad Social.

Ahora bien, como se verá, existen dos realidades diferentes que no pueden ser cubiertas por un solo concepto, pues el resultado que se obtendría sería un híbrido que, en nuestro criterio no puede tener vida en el mundo real. Ese híbrido fue recogido en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social de fecha 30-12-02¹⁹, que tiene como objetivo describir lo que sería a grandes rasgos, un sistema de Seguridad Social adaptado al texto constitucional de 1999, pero deja a leyes futuras la regulación específica de los distintos riesgos que tendría que cubrir la Seguridad Social, y establece un plazo de 6 meses para que se aprueben esas leyes, y arranque, en realidad, el sistema híbrido diseñado en la Constitución. Parece que los hechos tienden a dar la razón a quienes pensamos que el sistema diseñado es inviable, pues ya pasaron los 6 meses, y parece ser que los legisladores se han dado cuenta que un sistema como ese, entre otros pequeños problemas, nacería deficitario, pues al menos el Estado (y con mayor razón la empresa privada) no cuenta con los recursos que requeriría su implementación y funcionamiento. Por ello, es razonable pensar que es muy probable que se continúe difiriendo su entrada en vigencia, y que en el interín se pueda diseñar un sistema razonable y técnicamente posible y viable. Lo contrario podría terminar en una nueva decepción, por no llamarlo fraude, que puede hacer perder al venezolano, aún más, su poca fe en las instituciones del mundo formal.

Pero volvamos al tema de la Seguridad Social y la Asistencia Social. La Seguridad Social es un sistema que los países han venido organizando y mejorando en el tiempo, y que se basa en los mismos principios de todo seguro. Cuando por la propia naturaleza del ser humano, pueden darse circunstancias más o menos previsibles, o más o menos fortuitas, los costos de esos riesgos pueden ser manejados mejor, si todos los que están sujetos a ellos ahorran un poco de su ingreso durante su vida útil, y con ese ahorro se comparten los riesgos y se afrontan los siniestros de aquellos que los sufran. Ese concepto varía un poco cuando la circunstancia que se desea cubrir sólo es fortuita en cuanto al momento, pero no en cuanto a su ocurrencia. Por ello, los riesgos relacionados con la muerte o la vejez deben tratarse de una manera diferente, pues al no ser totalmente aleatorios, a todo el mundo le ocurrirá y por tanto no es posible dividir el riesgo totalmente.

Una vez que la sociedad ha decidido qué riesgos o circunstancias como muerte o salud, desea incluir en la Seguridad Social, nacen básicamente 4 problemas: (1) Quien se encarga de prestar los servicios que requiera la atención de los siniestros, (2) cuanto costará el pago de esos servicios, (3) qué derechos pueden reclamar los asegurados; y (4) el problema que siempre es el más difícil de cómo se financia el costo del sistema. En un sistema de seguro ordinario, la llamada

¹⁹ Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social. Gaceta Oficial N° 37.600 del 30 de diciembre de 2002.

“prima” es pagada por el que contrata el seguro, y de no pagarla, la aseguradora no está obligada a cubrir el riesgo. En la Seguridad Social, la sociedad tiene interés en que el servicio sea prestado a todos los afiliados, y por ello, si el aporte de cada beneficiario no es suficiente para cubrir el costo total del sistema, o para sufragar el servicio que acarree el siniestro, o para cubrir una pensión mínima vital en el caso de muerte o vejez o invalidez, lo normal es que el Estado, con cargo a los impuestos que paga toda la población supla las diferencias que se requieran para que el sistema funcione.

Esto puede solucionar el problema de las personas que, de alguna manera, cotizan a la Seguridad Social, pues la cobertura del riesgo siempre será una contrapartida de su aporte que será completado en mayor o menor proporción por el Estado, según la capacidad de aporte de cada quien.

Ahora bien, qué pasa con aquellos que se encuentran en la informalidad o por cualquier razón (desempleo permanente, trabajo independiente, fraude, etc...) no realizan aporte alguno a la Seguridad Social. En tal caso, la atención de los siniestros tendría que efectuarla directa y totalmente el interesado o su familia. De no poder hacerlo, como suele suceder, y más cuando una buena parte de la población vive no sólo en la informalidad, sino también en situación de pobreza o de pobreza crítica, la única forma de sufragar esos siniestros es con cargo a terceros, que en una época eran principalmente las instituciones benéficas o caritativas, y modernamente también el erario público, a través del cual esos costos son asumidos de una forma u otra por todos los contribuyentes. Por eso, los siniestros de los que no han contribuido a costear la prima correspondiente, sólo pueden ser cubiertos, dentro de los límites de las posibilidades reales del erario público, por el Estado. Es esta obligación del Estado moderno la que se conoce como Asistencia Social y que difiere sustancialmente de la Seguridad Social, pues es financiada en su totalidad con fondos públicos.

De esa manera, sería totalmente injusto, que el Estado pretendiera incluir en la Seguridad Social a los que no contribuyen a ella si paralelamente no aportan las contribuciones necesarias para cubrir sus riesgos, y pretende que quienes si aportan también carguen con los riesgos de los que no aportaron. Cuando la Constitución de 1999 establece pensiones de Seguridad Social para las amas de casa y para los que no han cotizado, o atención médica y hospitalaria para todos los habitantes de Venezuela y todo a través de la Seguridad Social²⁰, está pretendiendo

²⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999.

Artículo 86: “La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección” (Seguridad Social).

Artículo 88: “Las amas de casa tienen derecho a la Seguridad Social conforme a la Ley”.

cargar a los cotizantes con unas cargas que no les corresponden ni pueden matemáticamente asumir. La consecuencia será la conversión de la Seguridad Social en una Asistencia Social universal que el Estado tampoco puede pagar, con el agravante de que, si el servicio es igual para los cotizantes y los no cotizantes, no pasará mucho tiempo antes de que todo el mundo deje de cotizar, con la muerte subsiguiente de la pretendida Seguridad Social. No creemos difícil prever, que el sistema previsto en la Constitución nos puede llevar a una mala reedición del Seguro Social Obligatorio, pero con unas contribuciones de los asegurados mucho mayores, pero que nunca podrán ser, ni de lejos, suficientes para atender realmente los siniestros que se produzcan, y que obligará a quienes puedan tomar seguros privados, a cubrir sus riesgos de esa manera, como hasta ahora han venido haciendo, no sólo los altos empleados del sector privado, sino también los trabajadores bajo contratación colectiva, y los empleados públicos o de empresas del Estado o institutos autónomos. Es muy significativo el fenómeno que se da en nuestro país, en el que a pesar de existir, en teoría, Seguridad Social desde la década de los 40 del siglo pasado, los que cotizan a ella, hacen desesperados esfuerzos por no utilizar sus servicios, y prefieren costearse o negociar con sus patronos la contratación de seguros privados que sustituyan total o parcialmente la ineficacia de la Seguridad Social bajo monopolio estatal. Esta se ha ido convirtiendo, en la práctica, en una especie de asistencia social a la cual sólo van los que no pueden procurarse otro tipo de solución.

9. El papel del Estado y de los particulares en la seguridad social

Uno de los temas que más se han debatido en el país, especialmente desde 1998, es si la Seguridad Social es un servicio público propio del Estado, o si en ella debe participar el sector privado. Los extremismos, que en estos años han marcado los signos de los tiempos, nos han llevado a posiciones extremas en esta materia, que se repiten como frases hechas sin que nadie se detenga a analizar su contenido. Se dice que los neoliberales quieren privatizar la Seguridad Social, para hacer negocios a costa de los aportes de los trabajadores. Se dice que sería discriminatorio que quienes no aporten recursos para la cobertura de los riesgos previstos no tengan derecho a recibir de la Seguridad Social los mismos beneficios que los que si los aportan. Todo esto nos lleva a considerar el papel que deben jugar el Estado y los particulares en la Seguridad Social.

Una primera aproximación al problema ha sido la de considerar la Seguridad Social como un servicio que el Estado debe prestar con carácter monopólico a todos los asegurados. Ese fue el espíritu del Seguro Social Obligatorio, cuya ley todavía nos continúa rigiendo. Es decir, bajo tal sistema el Estado asume determinados riesgos de los asegurados como parte de sus obligaciones frente a los

administrados. El pago de los costos del servicio es una obligación del Estado, y los servicios son prestados de manera monopólica por el Estado o para el Estado, independientemente de la cuantía de las cotizaciones. Evidentemente, el financiamiento de estos sistemas requiere de altas tasas impositivas, de una cultura especial de los contribuyentes, y sobre todo, de una participación generalizada en el pago de impuestos, pues de otra manera no es posible que el Estado pueda dar Seguridad Social en esas condiciones. De ello atestigua el caso del total colapso del Seguro Social Obligatorio, que había sido declarado en liquidación en el año 1998²¹ y que fue luego revivido durante el actual gobierno²².

En cierto sentido, las normas previstas en la Constitución de 1999 retoman la vigencia de ese sistema pero haciéndolo extensivo a toda la población, y no sólo a los asegurados, aún a riesgo de que la recaudación fiscal específica de Venezuela no pueda atender a esa carga, o de que los servicios prestados por el Estado continúen deteriorándose aún más. Lo que no parece razonable es pretender que los trabajadores asegurados que son también contribuyentes, deban financiar la totalidad del sistema, mientras los que no son trabajadores desde el punto de vista formal, o los no contribuyentes obtienen las mismas prestaciones que los asegurados. Tal sistema en Venezuela, sin entrar a considerar sus aspectos de fondo, es absolutamente inviable, pues el número de contribuyentes fiscales es ínfimo, y la gran mayoría de la población, por una o por otra razón, no puede ser considerada trabajadores formales, con lo cual, el sistema sólo podría iniciarse con unas cargas enormes a los muy pocos trabajadores formales. En el caso venezolano, podría también pensarse que el Estado podría recurrir a los ingresos petroleros, pero los compromisos presupuestarios de ese Estado no permiten esperar unos aportes significativos provenientes de la renta petrolera.

Por ser esos problemas de tan difícil solución, la mayoría de los sistemas de Seguridad Social modernos han ido moviéndose hacia sistemas en los cuales la Seguridad Social sea financiada primeramente por el ahorro del asegurado de manera similar a los seguros ordinarios, y el Estado solo cumpla un papel subsidiario en dicho financiamiento. Esto es, aportando las diferencias que no pueden ser cubiertas por los aportes de los asegurados, y eventualmente, cancelando los aportes de las personas que el Estado desea incluir en la Seguridad Social y que todavía

²¹ Decreto con rango y fuerza de Ley que regula el proceso de liquidación del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y la transición al nuevo sistema de Seguridad Social Integral. 23-09-98. Gaceta Oficial N° 306.300 del 09-10-98.

²² Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral. 25-10-99. Gaceta Oficial N° 5.398 Extraordinaria del 26-10-99.

Artículo 79: "Derogatoria del Decreto que regula la liquidación del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales".

no se encuentren en condiciones de efectuar aporte alguno. En tales sistemas, la cobertura de los riesgos de vejez, incapacidad y sobrevivencia, suele hacerse mediante la capitalización individual de los aportes, de manera que cada quien pueda aspirar a una pensión proporcional a sus aportes, y en el sistema de salud, se suele distinguir entre una cobertura básica y opciones adicionales para los que deseen cubrir un riesgo mayor.

A fin de analizar mejor cual es el papel que debe corresponder al Estado en la Seguridad Social, es necesario distinguir entre quienes aportan los fondos necesarios para que pueda funcionar, quienes prestan los servicios para que puedan realmente cubrirse los riesgos, y quien supervisa todo el proceso. Cuando nos preguntamos por el papel que debe jugar el Estado debemos necesariamente distinguir entre esas tres fases de la Seguridad Social.

La primera fase, es el aporte para que pueda existir la Seguridad Social. Evidentemente, no puede nadie asumir unos riesgos de otros, si previamente no se cobra una prima que permita atender los riesgos cubiertos. El monto de esas cotizaciones depende de muchos factores, y de ello nos podría ilustrar cualquier actuario de una compañía de seguros. Ese monto no depende realmente de cuanto pueda pagar el asegurado, ni de su condición de ser humano dotado de una dignidad indubitable. Depende de factores más prosaicos como el costo de los servicios que deberán ser pagados en caso de siniestro, y sobre todo de las estadísticas sobre la siniestralidad de cada riesgo cubierto. Una vez determinado, de alguna manera, cual debe ser el aporte para poder cubrir cada riesgo, en las condiciones que se haya decidido (que puedan ser más o menos generosas según el tamaño de la cobija con que se cuente para cubrirse), viene la discusión sobre cómo se paga la prima. Evidentemente, en el caso de quienes devengan un ingreso como trabajador formal, es relativamente fácil obligar a trabajadores y patronos (en la proporción que se desee a fines cosméticos, pues al fin y al cabo, todo sale de la misma caja que es la producción de la empresa), a realizar en favor del trabajador el ahorro obligatorio que se requiere para cubrir los riesgos. El asunto se hace más complejo, cuando se trata de obtener un ahorro obligatorio de personas que no trabajan, o trabajan en la economía informal, o son sus propios patronos. Para colmo de dificultades, no es posible ignorar que muchas veces los riesgos cubiertos son mucho más frecuentes y por ello más onerosos, en proporción inversa a la capacidad de aporte. Así, suelen ser los trabajadores con menor remuneración, los que más personas dependientes de él tienen, los que requieren con mayor frecuencia de ciertos servicios médicos, quienes no logran ahorrar bajo el sistema de Seguridad Social lo suficiente para financiar una pensión de retiro, o de viudez, o de invalidez, que al menos cubra las necesidades más elementales, quienes con más frecuencia pueden quedar en paro forzoso, etc.

Por todo ello, cabe pensar que cuando los riesgos cubiertos requieren de unas primas mayores al ahorro que patronos y trabajadores aportan a la Seguridad Social, la única manera de que pueda realmente prestarse el servicio, es mediante el subsidio que el Estado con fondos públicos otorgue de diversas maneras a quienes no puedan aportar la prima que sea necesaria para cubrir los riesgos que la sociedad desea cubrir. Evidentemente, parte del subsidio necesario puede derivarse de la menor siniestralidad de quienes más aportan, pero es necesario que el Estado comprenda que la única forma de hacer viable una Seguridad Social, que verdaderamente resuelva los problemas de la sociedad, es aportando las diferencias que se requieran. El subsidio puede ser dado por el Estado de muchas maneras. Entre otras cosas, cabe pensar en el complemento de las pensiones, a fin de que estas no sean inferiores a determinadas cantidades preestablecidas (mínimo vital o salario mínimo), la prestación directa por el Estado de servicios de salud a unos precios menores que los que cobran otros prestadores de servicios, la capacitación profesional de los trabajadores desempleados, aportes extraordinarios para los casos de enfermedades epidémicas, o en caso de guerras o motines, o en caso de enfermedades no asegurables o cuyo tratamiento sea tan costoso que no puede ser sufragado ni aún por los trabajadores que devenguen los mayores salarios. De esa manera, el papel del Estado cobra una importancia fundamental. Por una parte, contribuye a que todos los trabajadores y sus familias puedan disfrutar realmente de Seguridad Social, y mediante la Asistencia Social debe contribuir a atenuar las consecuencias que cualquier siniestro pueda tener cuando le ocurre a personas que, sin su culpa, no hayan contribuido con sus aportes a la Seguridad Social.

La segunda fase de la Seguridad Social, es decir, la prestación de los servicios, debe ser encomendada a quien pueda prestarlos en condiciones mejores. Es decir, por quien sea más eficiente y técnicamente mejor. No es justo obligar a quien ha realizado un ahorro obligatorio con finalidad previsional, a recibir el servicio de quien lo preste en peores condiciones, sólo por mantener la falacia de que la Seguridad Social es un problema que sólo compete al Estado y no al resto de la población. En algunas ocasiones puede ser el Estado el más eficiente competidor, pero lo usual es que sea el más ineficiente. Pongamos algunos ejemplos: En poblaciones apartadas no suele haber ni hospitales privados ni compañías administradoras de fondos de pensiones. Normalmente en esos sitios la única posibilidad verdadera es el servicio médico que el Estado haya llevado al sitio o las Administradoras de Fondo de Pensiones que el Estado haya podido organizar localmente. Si una persona requiriese de servicios médicos en una localidad como esa, su única opción es acudir al ambulatorio, aun cuando no sea mejor que un hospital privado de la capital de la República o del exterior. En tal supuesto quien prestó el servicio, tal vez la municipalidad local, debe ser remunerado por la Seguridad Social, a las tarifas acordes con el servicio prestado. Pongamos otro ejemplo, una

persona asegurada necesita tratamiento quirúrgico y se encuentra domiciliada en la capital de la República. Como todo seguro, la Seguridad Social no puede tener una cobertura ilimitada. Sin embargo, algunas clínicas cobran unas tarifas superiores a las que la Seguridad Social está dispuesta a pagar por determinados servicios. El asegurado debe contar con la libertad de obtener el servicio donde él quiera, pagando cualquier diferencia entre lo que paga la Seguridad Social y el costo del servicio, de su propio bolsillo, o mediante el pago de seguros adicionales al que brinda la Seguridad Social. No obstante, cuando el asegurado no puede financiar las diferencias que tendrían que pagarse para el servicio de un hospital privado, o no haya podido o no haya querido contratar un seguro adicional, los servicios de salud que organice el Estado a nivel nacional o regional deben prestar el servicio, por lo menos el básico, en condiciones no más onerosas que las que la Seguridad Social esté obligada a pagar, a fin de garantizar, por cuenta del Estado que el asegurado siempre podrá recibir el servicio, al menos en un lugar asistencial perteneciente al Estado. No es posible obligar a todos los prestadores de servicios de salud a cobrar unas tarifas iguales, sin desmedro del derecho constitucional del libre ejercicio profesional o de la libertad económica. No obstante, cuando la gran mayoría de la población está cubierta por la Seguridad Social, muy pocos prestadores de servicios pueden darse el lujo de cobrar unas tarifas mucho más altas que la que la mayoría de los usuarios está dispuesta a pagar a través de la Seguridad Social. Esto, además, incentiva la competencia beneficiosa entre los distintos prestadores de servicio, y estimula la inversión en el sector, pues es de esperarse que con tales mecanismos vayan surgiendo muchos más prestadores de servicios en todos los campos que abarque la Seguridad Social.

La tercera gran función del Estado en la Seguridad Social y la cual sólo puede ser cumplida por el ente estatal, es la de garantizar que quienes prestan servicios a los asegurados, sean entes públicos o privados, lo hagan en las condiciones previstas en la Ley, y sancionar severamente a aquellos que traten de abusar de su condición. Evidentemente, quienes consideran a la Seguridad Social como un monopolio del Estado en todas sus facetas, sólo pueden esperar que el gobierno de turno sea lo suficientemente eficiente y honesto como para prestar servicios de óptima calidad, lo cual es bastante difícil cuando se está en condición monopólica, y para impedir la malversación y la corrupción de los funcionarios públicos encargados de administrar los fondos de la Seguridad Social. El Seguro Social obligatorio es el ejemplo más claro de lo que sucede cuando el gobierno tiene asegurado el monopolio de la Seguridad Social. El servicio que se presta es de la peor calidad, lo cual hace que ningún ciudadano pueda realmente contar con la Seguridad Social, a pesar de que le paga parte de sus ingresos. En materia de salud el colapso está a la vista. En materia de pensiones, cabe recordar el grotesco episodio de 1986, cuando el Ejecutivo nacional decidió modificar el Reglamento

de Inversiones del Seguro Social Obligatorio, con la finalidad de que de las reservas del fondo de pensiones se invirtiesen con carácter prioritario, hasta un cuarenta por ciento (40%), en la compra de cédulas hipotecarias a plazos hasta de 22 años y con un siete por ciento (7%) de rendimiento. Debe recordarse que el gobierno de entonces apeló a tal procedimiento por la presión que en ese momento existía por parte de los tenedores de esas cédulas hipotecarias, que se habían convertido en la peor y más ruinosa inversión de ese momento como consecuencia de la desastrosa inflación que se había desatado después del viernes negro. Como consecuencia de ello, se sacrificó dicho fondo para beneficio de la banca y los tenedores de cédulas hipotecarias²³. A nivel mundial, todos los sistemas más modernos y exitosos de Seguridad Social tienden a crear sistemas en los cuales el propio asegurado, no solamente decide quien le presta los servicios derivados de los siniestros, sino quien administra el dinero de sus aportes, a fin de hacer el sistema competitivo y mucho más eficiente. Del éxito de tales sistemas hablan países como Chile, Perú, Colombia y muchos otros que han adelantado o se encuentran en el proceso de adelantar diálogos sociales importantísimos destinados al cambio del sistema monopólico, al sistema basado en la supervisión por parte del Estado, y la competencia entre los distintos prestadores de servicios, entre los cuales, necesariamente, debe encontrarse el propio Estado, además del sector privado.

En tal sentido, es falso afirmar que un sistema de Seguridad Social en el que los servicios puedan ser prestados, tanto por el sector público como por cualquier persona natural o jurídica que ofrezca servicios dirigidos a reparar o minimizar los siniestros ocurridos o a administrar los fondos que se generen, sea realmente una Seguridad Social privatizada. En realidad lo que sucede en los sistemas más modernos de Seguridad Social, no es una privatización, sino una apertura a la libre competencia (en beneficio del asegurado) entre los prestadores de los servicios necesarios, sean públicos o privados, a fin de que el asegurado, e incluso el beneficiario de la Asistencia Social, pueda recibir el mejor servicio, a precios más competitivos, y se le permita al propio receptor del servicio decidir, él mismo, lo que mas le conviene. Evidentemente, si el sector privado presta servicios de calidad y a precios competitivos, y el sector público no lo hace, los beneficiarios tenderán por todos los medios posibles a recibirlos del sector privado. Por ello, tal sistema no sólo no perjudica al sector público, sino que podría serle de gran beneficio, pues podría reducir los montos de los subsidios y de la Asistencia Social y permitirle reducir al mínimo la prestación de servicios directos, que suelen normalmente, en manos del sector público, ser muy onerosos, de mala calidad y además, estímulo para cualquier tipo de corruptela.

²³ Resolución N° 6.461 por la cual se ordena publicar la reforma parcial del Reglamento de Inversiones del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. Gaceta Oficial N° 33.576 del 14-10-1986.

Todo lo hablado es válido para todos los servicios que requiera la Seguridad Social, desde las administradoras de fondos de pensiones, administradoras de salud, servicios médicos y hospitalarios, hasta la construcción de viviendas, capacitación técnica para los desempleados, compañías aseguradoras que cubran las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo etc.

Lo que el Estado no puede eludir es la correcta y pulcra supervisión de todo el sistema. Evidentemente cabe imaginar corruptelas en todo sistema de Seguridad Social, y los prestadores de servicios del sector privado pueden también incumplir las normas establecidas, e incluso incurrir en corrupción al igual que los del sector público. No obstante, la experiencia nos dice que el objeto lucrativo del sector privado, suele minimizar las corruptelas siempre que exista la debida supervisión estatal. Creo, con toda sinceridad, que cuando muchos objetan que pueda acudir a prestadores de servicios del sector privado, lo que realmente sucede es que desconfían de las facultades supervisoras del sector público, cuando no es el temor de perder muchas fuentes de privilegios, de poder e incluso de dinero y de negocios turbios.

10. La capitalización individual y los sistemas de reparto

Otro de los problemas debatidos en relación a la Seguridad Social es si ésta debe moverse de los sistemas de reparto tradicionales hacia nuevas formas en las cuales cobre importancia lo que cada quien aporte al sistema con relación a los derechos que el sistema confiere a sus afiliados.

En los sistemas de reparto puros, los derechos de los afiliados se establecen siempre en base a criterios diferentes al de la cuantía del aporte. A título de ejemplo podría citarse nuestra Ley de Seguro Social Obligatorio en la cual se toman en cuenta criterios como el número de años cotizados (más no la cuantía de la cotización), el tipo de incapacidad, el monto del último salario, etc.

En tales sistemas las cotizaciones entran a un fondo común que es repartido entre los beneficiarios en base a criterios diferentes a los aportes del asegurado y a los rendimientos de éstos.

Modernamente, muchos sistemas de Seguridad Social han experimentado cambios importantes, que, en muchos casos, se adaptan mejor a las nuevas realidades económicas y poblacionales del mundo actual. El primer gran cambio estuvo dirigido a la integración a la Seguridad Social de cualquier prestador de servicios que esté en condiciones de hacerlo debidamente y en sana competencia con los demás, inclusive el Estado. La ruptura del monopolio estatal en la prestación de ser-

vicios, y la importancia que las decisiones de los usuarios tiene en tales cambios, han impulsado exponencialmente la eficiencia y pulcritud del funcionamiento de los sistemas que se han adaptado a esos cambios.

El segundo gran cambio, que complementa a la ruptura del monopolio estatal, es la posibilidad de estimular a los asegurados mediante el reconocimiento de las diferencias en los aportes, de una manera similar a lo que sucede en cualquier aseguramiento de riesgos. En efecto, en todo sistema de seguro de riesgos, la finalidad es recolectar de todos los asegurados una cantidad suficiente para cubrir todos los siniestros que se produzcan. Las cantidades que cada asegurado debe aportar son decididas por el asegurador en base a sus estadísticas de riesgos, y el monto máximo cubierto varía en proporción a los aportes. En la Seguridad Social, algunos de esos principios funcionan de manera diferente, tomando en cuenta el carácter social y el interés general envuelto en ella. En efecto, en la Seguridad Social el monto del salario o de los ingresos del asegurado es fundamental para determinar el monto del aporte, independientemente de si son o no suficientes tales aportes para la cobertura de los riesgos totales, pues a los aportes debe sumarse el subsidio estatal.

Sin embargo, al no ser igual los problemas en los diferentes riesgos que la Seguridad Social decida cubrir, es posible hacer distinciones que permiten adaptar los aportes y los derechos de los asegurados a las evidentes diferencias entre los distintos asegurados.

10.1 Cobertura de los riesgos relacionados con salud

En materia de salud los riesgos suelen ser de muy difícil medición anticipada, pues dependen de la morbilidad de la población y de las diversas cargas familiares que cada quien tenga, así como de los costos crecientes de cualquier sistema de salud público o privado.

Por eso la cobertura de los riesgos de salud se efectúa normalmente mediante la creación de uno o más fondos cuya función es cancelar al que preste el servicio de salud al asegurado (hospitales públicos, nacionales, municipales, servicios médicos privados, etc.), el costo de esos servicios. Evidentemente, es necesario establecer unos criterios para la determinación del costo de esos servicios y unos baremos relacionados con lo que la Seguridad Social está dispuesta a cancelar a cada prestador de servicio por los diversos servicios. Si algún asegurado escogiese algún prestador de servicios con costos más altos que los que la Seguridad Social reconoce, debería cancelar la diferencia de su propio bolsillo, o mediante seguros contratados a terceros o integrados a la Seguridad Social que aumenten la cobertura básica de ésta. De esa manera, es posible que un asegurado opte por

un servicio superior al mínimo, mediante un suplemento de aseguramiento, con lo cual podría obtener un resultado mejor, incrementando su aporte.

Tal sistema no impide que el Estado desempeñe también su función social subsidiaria. En el caso de los riesgos de salud, el Estado (en sus diversos niveles, nacional, estatal o municipal) debe participar en el sistema nacional de salud, como un prestador muy importante de servicios, y sobre todo como un prestador de servicios cuyos costos para la Seguridad Social no excedan de los parámetros preestablecidos, a fin de que los asegurados puedan contar en cualquier caso con los servicios médicos del sector público sin tener que desembolsar más dinero de su propio bolsillo o sin contratar una póliza adicional de seguro. Así, en materia de salud, la función social del Estado abarca el pago de las diferencias entre los aportes de los asegurados y el costo básico de los servicios que se lleguen a prestar, y el sostenimiento de instalaciones prestadoras de los servicios cuyos costos no excedan de la cobertura básica que la Seguridad Social establezca.

Bajo tales supuestos, quien es asegurado de la Seguridad Social, puede acudir a la atención de cualquier prestador de tales servicios que se haya incorporado a la Seguridad Social. Si el prestador de servicio es un ente gubernamental, debe prestar el servicio a un costo no mayor al que la Seguridad Social se haya comprometido a pagar, y por lo tanto en tales instituciones asistenciales la Seguridad Social, y el eventual subsidio estatal llegan a cubrir la totalidad de la cuenta del asegurado. Si se trata de entes privados, y el costo de los servicios es mayor de lo que la Seguridad Social está dispuesta a pagar, sumado a lo que eventualmente el Estado pudiese estar dispuesto a subsidiar, el asegurado puede optar entre pagar la diferencia o asegurarse de manera suplementaria para cubrirla. Tal sistema conlleva grandes ventajas para todos los participantes. Permite a los asegurados escoger a los prestadores de servicios. Permite que los prestadores de servicios del sector público reciban ingresos relacionados con su actividad y puedan competir en eficiencia o en costos con el sector privado. Permite que la atención de salud del Estado pueda descentralizarse y optimizar sus servicios. Estimula la actividad del sector privado en materia de salud y la optimización de sus servicios y costos, so pena de no poder competir con los prestadores públicos de servicios.

10.2 Cobertura de riesgos de vejez, incapacidad o supervivencia

Además de la cobertura de riesgo de salud, el otro gran campo de la Seguridad Social, es el pago de las pensiones de vejez, incapacidad y supervivencia. Hasta ahora su pago se había venido haciendo con cargo a los aportes de los asegurados en edad de trabajar y el aporte del Estado. Es aquí donde las expresiones “de reparto” y “de capitalización” individual cobran su verdadero sentido.

El sistema tradicional “de reparto”, es decir, pago de pensiones predeterminadas, e incluso indexadas por inflación, con cargo a los aportes de quienes cotizan para el sistema de pensiones, se ha venido haciendo totalmente inviable en las economías modernas. Para que un sistema como ese funcione, se requiere que la mayoría de los ciudadanos aporte una parte de sus ingresos para sostener a una reducida minoría que se encuentre pensionada por vejez, por incapacidad o por supervivencia. Ahora bien, en la actualidad, la composición poblacional de las sociedades más desarrolladas ha ido sufriendo variaciones sustanciales muy importantes derivadas de grandes aumentos en las expectativas de vida de la población, y el decrecimiento en el número de hijos por persona. Esto hace que la composición poblacional de las sociedades sea cada vez menos piramidal, y que cada vez haya ido incrementándose la edad promedio de la población. Ello trae como consecuencia, que cada vez habrá más pensionados y menos asegurados que aporten para el pago de las pensiones de esos pensionados. En muchos de esos países, los efectos catastróficos de la situación planteada se han amortiguado, provisionalmente, como consecuencia de la incorporación de la mujer a la actividad productiva y de los aumentos en la productividad que se han derivado de los progresos técnicos y de las nuevas tecnologías. Sin embargo, en muchos de ellos se están planteando soluciones muy drásticas e impopulares como la de incrementar la edad de retiro o reducir sensiblemente la cuantía de las pensiones.

Mucho más grave aún, sería la implementación de un sistema de reparto en materia de pensiones que beneficie por igual a toda la población, y al cual sólo cotice una mínima parte de la misma. Si se analiza la composición poblacional venezolana, es sencillamente imposible la creación de un sistema de pensiones que tenga como beneficiarios a todos los habitantes del país, hayan o no cotizado para optar a tal beneficio y como cotizantes solamente a los trabajadores formales y el Estado. Si tomamos en cuenta que en nuestro país, más de la mitad de la población es menor de edad, más de la mitad de la población trabajadora labora en la economía informal y por tanto no aporta a la Seguridad Social, y más del 20% de la población trabajadora está desempleada o subempleada, y un porcentaje muy elevado de los trabajadores formales devengan menos de 2 salarios mínimos, sería realmente el gobierno y los pocos trabajadores de alto salario quienes tendrían que sufragar las pensiones de los demás, las cuales, para mayor problema, según la Constitución de 1999 no pueden ser inferiores al salario mínimo.

La única solución posible para que se inicie un verdadero sistema de pensiones en nuestro país, es el sistema que han adoptado los países que se han iniciado en ello en las últimas décadas, y hacia el cual tratan de migrar los sistemas de reparto que se fundamentaban en situaciones económicas y poblaciones diferentes: el sistema de “capitalización individual”. En este sistema, la base de la pensión a que va a tener derecho un asegurado son las cantidades que cada trabajador haya

ahorrado durante su vida laboral en el sistema y los rendimientos de las mismas. De esa manera, quien trabaje durante más tiempo (dentro de los límites razonables que se establezcan) y obtenga mejores remuneraciones, podrá optar a unas pensiones proporcionales a sus ahorros, bien mediante retiros programados de ellos, o bien mediante la compra al momento de iniciarse el pago de la pensión de una renta vitalicia previamente definida. Evidentemente, bajo ese sistema muchos trabajadores no ahorrarán lo suficiente para tener una pensión mínima, en los términos en que ello se defina, y muchas personas que habrán vivido fuera del sistema de Seguridad Social, no tendrán ahorro alguno para costear su pensión. En esos casos, corresponde al Estado la creación de mecanismos que permitan, con cargo a los aportes impositivos de toda la población, completar, vía asistencia social hasta donde sea razonable y posible la pensión de aquellos cuyo ahorro no sea suficiente para completar esa pensión, y pagar a quienes no hayan cotizado, lo que se pueda razonablemente pagar. Evidentemente, la solución a mediano plazo de ese problema tan grave no puede ser sino la incorporación a la economía formal de muchas personas que actualmente se encuentran al margen de ella. Lo que sería la muerte de cualquier sistema de pensiones, es el sistema previsto en la Constitución de 1999, que hace recaer todo el peso de las pensiones sobre los pocos trabajadores de la economía formal, que además le entregarían todo su ahorro previsional al gobierno de turno para que con él atienda las necesidades de los no cotizantes, y sólo le “garantice” a los cotizantes el pago de una pensión igual a la pensión mínima.

10.3 Cobertura de otros riesgos

Aun cuando los riesgos que podrían ser cubiertos por la Seguridad Social pueden ser muy numerosos, es innegable que en ese campo es muy importante apuntar bien y ser realistas en su jerarquización y en la diferenciación entre lo deseable, lo justo, lo digno y lo sencillamente posible. Dentro de esos cálculos es imposible inventar, mediante artificios, fórmulas que permitan gastar lo que no se tiene o lo que es imposible llegar a producir. Por eso es muy importante considerar la Seguridad Social como un camino y no como una meta.

Expliquémonos un poco. Es evidente que a la hora de escoger la cobertura de un solo riesgo, la salud reviste un carácter de urgencia y de primera prioridad, seguido muy de cerca por las grandes ventajas económicas y de calidad de vida del sistema de pensiones. Si es posible superar tales escollos con razonable éxito, la mayoría de los sistemas de Seguridad Social acometen la cobertura del desempleo dentro de ciertos parámetros, a fin de que no se convierta en el mayor estímulo para los que sueñan con una vida de poco o ningún trabajo productivo. Si la economía es muy próspera y los sistemas de salud, pensiones y desempleo fun-

cionan, puede pensarse en alguna otra necesidad del ser humano que pueda ser cubierta con Seguridad Social. Sin embargo, en una economía como la nuestra donde lo que más abunda es la falta de recursos, y primero que nada de recursos humanos, donde más de la mitad de la población se encuentra sumida en la informalidad, donde el salario mínimo no es suficiente para que un ser humano pueda sobrevivir en una economía formal, donde muy pocos pueden cotizar a la Seguridad Social, y donde los ingresos fiscales de los años futuros no han terminado de entrar, cuando ya están gastados a través del endeudamiento público, y donde una importante fuente de ingresos gubernamentales termina siempre correspondiendo a la devaluación de la moneda, parece difícil pensar en la cobertura de otros riesgos con cargo a los trabajadores o al Estado. No obstante, el sistema de seguridad social que se desea implantar con fundamento en la Constitución de 1999²⁴, e incluso de las leyes dictadas en 1998, y aún en *vacatio legis*, incluye además sistemas dirigidos a cubrir necesidades de vivienda, educación para el trabajo, y se ha pensado incluso llegar a cubrir la recreación a través de la Seguridad Social. Con toda franqueza, creo que ese sistema de seguridad social que se comience a implementar en el futuro debe estar centrado en salud y pensiones, y en la medida de lo posible ir implementando la cobertura del riesgo de desempleo, de acuerdo con las posibilidades reales. En cuanto al sistema de viviendas, no creo que se pueda ir mucho más allá de lo que se ha venido haciendo, teniendo como base el llamado “ahorro habitacional”. En cuanto a pensar en cubrir otros riesgos, tales como recreación, cargas familiares, etc., en las actuales circunstancias, sólo podría considerarse una gran irresponsabilidad, por decir lo menos.

11. La seguridad social como el verdadero ahorro nacional

Hemos hablado de la seguridad social como un ahorro obligatorio que el trabajador y su patrono deben efectuar en beneficio del primero con la finalidad de atender algunos de los riesgos propios de la naturaleza humana. Como todo ahorro, este ahorro obligatorio puede ser visto en su faceta conocida como capital, especialmente en lo que respecta al ahorro a largo plazo que se forma en el sistema de pensiones de vejez, sobrevivencia e incapacidad. Una Seguridad Social bien concebida y competitiva convierte a cada contribuyente de la Seguridad Social en un verdadero capitalista, especialmente en lo atinente a la formación de fondos individuales de pensiones, pues tales fondos no son más que capitales colocados a

²⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999. Artículo 86: “Toda persona tiene derecho a la Seguridad Social como servicio público de carácter lucrativo que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar, y cualquiera otra circunstancia de previsión social”.

largo plazo en la economía, que de manera indirecta se constituyen en el verdadero motor del desarrollo económico. Si ese capital pasa a engrosar las arcas del erario público, termina simplemente abultando eso que conocemos como deuda pública interna, que nunca es pagada por los gobiernos de turno, que utilizan el infernal sistema de la devaluación de la moneda y la inflación para diluir esas deudas, sin que ello se traduzca en verdaderas inversiones de capital a largo plazo. Debemos plantearnos el reto y tener el valor de impedir que el gobierno se adueñe en forma monopólica de cualquier sistema nuevo de Seguridad Social, pues ello sólo significaría un aumento en la dependencia de los ciudadanos del gobierno de turno, mediante la entrega de sus ahorros a quien, normalmente, es el menos apto para administrarlos, y lo que es peor, la puesta en manos del Estado no sólo de la producción minera y de hidrocarburos, o de los impuestos recaudados, sino también del ahorro de todos, lo cual constituiría al gobierno en amo y señor de todo lo económico, con la consiguiente pérdida casi total de la libertad.

En los países donde existe Seguridad Social moderna y exitosa, entre los cuales están normalmente los países desarrollados, el capitalismo pasa a ser el instrumento con el que cuentan los asegurados para atender a sus necesidades previsionales. Es por ello, que en países como los Estados Unidos de América, la lectura de periódicos especializados en asuntos financieros y económicos como el Wall Street Journal, no está reservada a oligarquías tradicionales, sino a todos aquellos cuyos fondos de pensiones se relacionan estrechamente con la situación económica general del país. En tales países, no es posible pensar en que un gobierno populista destruya con planes y discursos demagógicos el capital que todo un pueblo considera como suyo propio. Cuando existe una Seguridad Social moderna y razonable, la gente estará más interesada en los rendimientos que dan las distintas Administradoras de Fondos de Pensiones, o en las cotizaciones de los fondos mutuales que en los panfletos marxistas o marxistoides que prometen la felicidad luego de la destrucción del capital y de la inversión.

Creo que éste es un punto muy serio de reflexión, pues uno de los problemas fundamentales que impiden el desarrollo de nuestros países, al lado del factor cultural y educativo, es la falta de inversiones de todo tipo, y por lo tanto la falta de ahorro a largo plazo. El ejemplo chileno es muy ilustrativo en este punto. En la década de los 60 del siglo XX, Chile era un país de estructuras muy similares a las venezolanas. Su población era numéricamente muy parecida. Su economía se basaba en el cobre cuyo principal beneficiario era el Estado. El Estado era el centro de todo pues mal administraba la mayor parte de los recursos del país. La economía se había venido derrumbando como consecuencia de la inflación. La devaluación de la moneda era galopante, y el control de cambios era la única barrera para frenar la fuga de capitales. El sistema político generaba tal desconfian-

za, que era imposible pensar en nuevas inversiones, y en todo el país reinaba el más grande de los desalientos. Independientemente de los asuntos políticos que siguieron, la economía chilena de este momento, es equiparable a la de muchos países desarrollados, y Chile ha logrado implantar en su economía un régimen basado en el capital privado y por lo tanto en el ahorro. Si bien, no sería oportuno continuar analizando el caso chileno, sí nos interesa dejar bien sentado qué base fundamental de esa transformación económica ha sido el sistema previsional, y en particular el sistema de pensiones de capitalización individual, que ha logrado integrar a la gran mayoría de la población a la economía formal e impulsar el desarrollo y la inversión, tanto interna como externa, pues lo normal es que ésta última abunde cuando es evidente que los propios nacionales confían en su país y tienen amarrada su economía personal al esfuerzo común de toda la población.

12. El valor para romper paradigmas

El trabajo modernamente organizado, y la Seguridad Social, han sido tradicionalmente productos de las sociedades llamadas capitalistas, quienes tienden a evolucionar de sistemas económicos fundamentados en el liberalismo clásico, hacia sistemas en los cuales el mercado es supervisado y organizado por todos los ciudadanos a través de los regímenes políticos conocidos como democráticos. No obstante, es evidente que tanto la organización del trabajo como la Seguridad Social, en los términos a los que se ha llegado en esos países, requiere de muchos esfuerzos y sacrificios que redunden, en el largo plazo, en una acumulación de riqueza suficiente como para permitir que un mercado organizado y debidamente supervisado pueda estar al servicio de la gran mayoría de los ciudadanos. Las diferencias entre aquellos países que han realizado los esfuerzos necesarios, los que se encuentran en proceso de acumular capital, y aquellos que aún no han iniciado ese proceso son evidentes, y han dado pie a tratar de buscar atajos. En ello ha influido de manera importante, el socialismo marxista, cuyo fracaso estrepitoso ha hecho ver a muchos la verdadera realidad. La riqueza sólo viene del esfuerzo humano en la transformación de la naturaleza y no hay atajos, ni regímenes mesiánicos que puedan ahorrar a ningún pueblo la única ruta que es adecuada para producir riqueza. Ningún Estado, y menos aquellos que se dedican a halagar a los más débiles y necesitados, ni ninguna milagrosa ley van a sustituir a la diligencia, la constancia, el entusiasmo y la responsabilidad.

Si en algún momento nos atrevemos a transitar la ruta del desarrollo y de la verdadera justicia social, que nada tiene que ver con lucha de clases ni con la ya vetusta idea de la revolución inventada muchas veces por el populismo, pero sobre todo por la falta de seriedad y de estudio, y por la pereza ante los verdaderos grandes y largos esfuerzos, hay muchos paradigmas que tenemos que romper. Algunos de ellos ya han sido esbozados a lo largo de este pequeño trabajo.

No obstante, me parece importante tratar de referirme concretamente a algunos de ellos. Muchas veces se cree que el problema social consiste en que nadie ha obligado a los ricos a compartir sus riquezas con los pobres. Tal afirmación es absolutamente falsa, y la mejor prueba la representan los países que han tratado de llevar a la realidad la utopía socialista. Una vez que se ha despojado de su mucha o poca riqueza a los pretendidos ricos, lo que se reparte entre todos se gasta en consumo o se va deteriorando en el tiempo, y lo que normalmente sucede, es que el repartidor se queda con la mejor parte. Al final, el gobierno termina siendo propietario de vidas y haciendas, y los ciudadanos se van hundiendo en la tristeza, la miseria y la esclavitud. El ejemplo más llamativo es la hermana isla caribeña de Cuba, el promocionado “mar de la felicidad”, que no es más que una gran prisión en la cual hasta la alegría de nuestros pueblos se ha ido extinguiendo por falta de cualquier perspectiva futura, como no sea la pronta muerte del tirano, por simple ley de la naturaleza.

Otro de los paradigmas profundamente enquistados es el de creer que las realidades cambian por efecto de las leyes formales. Por ello, mientras más fantasiosas, alejadas de la realidad y generosas sean las leyes y en concreto las leyes laborales, más bienestar tendrán los pueblos a los que se les imponen. Esta forma de pensar es una irresponsabilidad, y lo único que se logra es que la Ley no sea cumplida y que la caprichosa realidad siempre se imponga sobre los propósitos del legislador. Las buenas leyes no inventan estados de cosas imposibles ni imponen las ideologías de los legisladores. Las buenas leyes laborales son fruto de la observación de realidades concretas y del análisis de las posibilidades reales, tanto por lo que respecta al mundo del trabajo como a la Seguridad Social. Por lo tanto, las buenas leyes no son las que se parecen a las cartas que recibe San Nicolás en Navidades, ni las que dibujan el reino de las fantasías, sino las que, a través del reconocimiento de las realidades que ya existen, pretenden ordenarlas a la consecución de un mejor funcionamiento de las mismas para mayor beneficio, no sólo de los trabajadores, sino de la economía y por tanto de todos los ciudadanos y del país. Esto que parece evidente, es en realidad muy duro de comprender. Sobre todo, si tenemos en cuenta que los legisladores suelen ser personas con inquietudes políticas y sociales, siempre va a estar presente la tentación de lograr popularidad con las grandes mayorías trabajadoras, aun cuando haya de forzarse la objetividad que debe mantenerse. En esta materia siempre recuerdo lo impopulares que son los padres de familia que presionan a sus hijos para que cumplan sus deberes escolares, tengan orden en su vida, en una palabra, para que maduren humana y espiritualmente, y las humildes satisfacciones que esa fortaleza suele darles cuando llegan a ver los frutos que pueden derivarse de ese verdadero amor. Esta situación suele contrastar con la de muchos padres que por debilidad y por afán de popularidad cambian los verdaderos bienes por la permisividad y el

cortoplacismo. En el primer caso, los padres siempre son vistos como intransigentes, poco comprensivos y hasta impopulares. En el segundo, son aclamados y considerados como los mejores amigos de sus hijos, aun cuando a la larga, se derivarán para ellos graves perjuicios. De igual manera, una organización racional del trabajo, nunca podría recibir ningún premio de popularidad, y cuando los frutos se lleguen a ver, hace mucho tiempo que sus impulsores iniciales ya habrán abandonado este mundo, y será imposible atribuirle a nadie los méritos. Debéramos siempre recordar que las grandes empresas de la humanidad pueden tener impulsores y colaboradores, pero los verdaderos actores son los pueblos y nunca las individualidades.

Otro de los paradigmas absurdos, pero enquistados en lo más profundo de nuestra mentalidad populista, es el de un supuesto dogma laboral que se suele enunciar como intangibilidad y progresividad. Es decir, pensar que cualquier derecho derivado de leyes o de contratos individuales o colectivos de trabajo, se hace automáticamente inmutable, y de allí en adelante solo puede ser incrementado, sean cuales sean las condiciones económicas generales de la sociedad o particulares de las empresas. Tal locura ignora que las condiciones de trabajo no sólo dependen de los buenos propósitos de las partes, sino de factores económicos en constante cambio. Un negocio excelente puede perder su categoría como consecuencia de factores tales como la aparición de nuevas tecnologías o productos, aparición de nuevos competidores, nuevas normas legales restrictivas, etc. Por ello, no es razonable pensar que se puede congelar, de manera absoluta, la remuneración de uno de los factores de la producción, el trabajo, en perjuicio de todos los demás. La intangibilidad y progresividad cuando se aplica de manera absoluta, en la mayoría de los casos, lo que logra es el deterioro progresivo de la empresa, y a la larga la extinción de la fuente de empleo. Para muestra, recordemos lo que sucedió a la empresa aérea Viasa (Venezolana Internacional de Aviación, S.A.), orgullo y bandera de nuestro país en los cielos del mundo, la cual se inició como una empresa privada, para luego convertirse en empresa con mayoría accionaria estatal, y en sus últimos años en empresa de capital mixto, pero con mayoría accionaria de la empresa de aviación española Iberia. Al ser una empresa esencialmente de servicios, no necesitaba tener capitales importantes, sino un personal bien preparado y bien remunerado. Ahora bien, el patrimonio de esa empresa se encontraba muy recargado con una serie de gravámenes que le habían sido impuestos en las épocas en que era una empresa del Estado, tales como jubilaciones generosas, salarios adaptados a épocas de bonanza, e incluso, a veces, dolarizados, sindicatos empeñados en la lucha de clases y no en el diálogo social, etc. Al cambiar las condiciones del mercado, la empresa propuso algunas muy discretas modificaciones en las condiciones de trabajo y restricciones a los aumentos salariales, que fueron negadas de manera absoluta por algunos de los muchos sindicatos que ha-

cían vida en la empresa, y en especial el sindicato de pilotos, cuyos afiliados disfrutaban de condiciones muy superiores a las del resto de los trabajadores, no sólo de Viasa, sino del resto del país. El resultado final, fue la quiebra de la empresa por la intransigencia sindical y la pérdida de miles empleos y de derechos de jubilación, que hubiesen podido mantenerse con muy pequeñas modificaciones en las “conquistas y reivindicaciones” de los trabajadores, que, en muchos casos, perdieron sus carreras. Otros tuvieron que aceptar trabajos en condiciones mucho menos favorables que las que hubiesen tenido con Viasa, quien además, por ser una empresa de poco capital, como todas las líneas aéreas, no pudo cancelar la gran mayoría de los créditos que, a favor de sus trabajadores aparecían en su balance. Como puede fácilmente verse, el aparente celo por el trabajador, a veces sólo logra perjudicarlo.

Por otra parte, en los países en los cuales no existe el dogma de la intangibilidad y progresividad, los patronos pueden, responsablemente, pagar más cuando las condiciones lo permiten, pues si éstas varían, las condiciones laborales pueden ser renegociadas. El efecto más absurdo de estos dogmas, es que impiden que cuando haya condiciones favorables, los trabajadores puedan negociar mejores pagos, pues la tendencia natural de los patronos responsables tiene que ser la de mantener los salarios lo más bajos posibles en previsión de cambios desfavorables en la situación económica futura. La combinación de estos efectos es, además, mortal para el trabajador, quien no puede disfrutar de buenos salarios cuando hay vacas gordas, ni puede impedir que las empresas quiebren o cierren cuando las vacas son flacas.

Para concluir esta incompleta lista de paradigmas que se deben romper, recordemos el dicho, tan frecuente en los círculos gerenciales, de que no existe ningún almuerzo gratis. Cuando alguien recibe algo distinto a su propia humanidad, alguien ha entregado algo a cambio. Evidentemente, ese alguien puede ser el propio beneficiario u otros. De manera que, cuando un trabajador, por efecto de una generosa Ley del Trabajo, o de la Seguridad Social, o de la intervención gubernamental en su favor, o de convenios colectivos mal negociados o arbitrados etc., obtiene ventajas que no se corresponden realmente con la situación económica de la empresa específica y el valor añadido por efecto de su participación en la empresa, ello no puede ser visto como un bien que va a favorecer al país. En efecto, como no hay ningún almuerzo gratis, la diferencia que el trabajador obtiene tendrá que ser pagada por alguien distinto, pues esa diferencia no se correspondería con el valor añadido correspondiente al trabajo realizado. Los pagadores son, evidentemente, en primer lugar, el capital, que iría disminuyendo hasta la desaparición de la empresa, con el consiguiente perjuicio de los trabajadores, pero también de los pequeños o grandes ahorristas que hacían posible la existencia de la fuente

de trabajo. De manera que lo que se ve a veces como una justa conquista laboral, puede también ser un agradable veneno que consuma poco a poco las fuentes de riqueza. El segundo posible pagador del “almuerzo gratis” es el consumidor, pues, de permitirlo la competencia, la empresa tenderá a cargar al precio de los productos la diferencia antes mencionada. Por ello, cuando esto ocurre, lo que el trabajador cree obtener como fruto de sus luchas y reivindicaciones, lo debe devolver como parte del precio de lo que adquiere, con el agravante de que, siendo la inflación un verdadero incendio, todo combustible que se le arroje potencia la desbocada e incontrolable espiral inflacionaria.

Romper paradigmas no va a ser fácil. Racionalizar las leyes laborales y de la Seguridad Social no va a ser fácil, convencer a los sectores sindicales, políticos, y a la población en general de que no todo lo que brilla es oro, y de que mucho más se logra en el tiempo con leyes razonables y con mucho esfuerzo y paciencia que con los lugares comunes tradicionales, populistas y cortoplacistas, no va a ser fácil. Lograr la unidad de toda la sociedad en el esfuerzo creador y transitar el camino áspero del desarrollo no va a ser fácil. En fin, rehacer a nuestra querida Venezuela no va a ser fácil, pero podemos intentarlo, en la conciencia de que se necesitará mucha paciencia, mucho respeto a la opinión de los demás, muchos esfuerzos personales y colectivos y sobre todo la ayuda de Dios Todopoderoso.

pág. 166 Blanca

Las relaciones de trabajo en el contexto de la globalización

Susana ATENCIO SHANK-SERRANO*

*El Derecho del Trabajo no tiene sentido
aisladamente considerado.
El Derecho del Trabajo
es complementario de la economía.
Puede subsistir sólo si existe una
economía capaz de garantizar las condiciones
de vida de los trabajadores.
¿Qué sentido tiene el Derecho del Trabajo,
si se presenta fundamentalmente
como el derecho de una élite de trabajadores
que tiene la fortuna de trabajar,
cuando junto a él existe un
cementerio económico de paro estructural?*

H. Sinzheimer¹

* **Universidad del Zulia**, Abogada. Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho del Trabajo e Investigadora adscrita al Centro de Investigaciones y Estudios Laborales de la *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. **Poder Ejecutivo Nacional. Ministerio del Trabajo**, Ex Inspector del Trabajo del Estado Zulia. **Poder Judicial**, Ex Juez de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. E-mail: susanaatencio@cantv.net

¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel; ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel (2001). **Derecho del Trabajo**. Novena Edición. Madrid. España. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., p. 104.

SUMARIO

Introducción.

1. **Sistemas productivos: Relaciones de trabajo: Regulación jurídica:**
1.1 *Sistemas productivos.* 1.2 *Síntesis comparativa de los sistemas productivos.* 1.3 *Regulación jurídica de las relaciones de trabajo. Función social integradora del Derecho del Trabajo.*
 2. **Reacciones frente al proceso globalizador.**
- Conclusiones.**

Introducción

Nos proponemos abordar las transformaciones operadas en el mundo del trabajo derivadas de los cambios ocurridos en los sistemas económicos y políticos en el escenario actual globalizado. En efecto, el trabajo está experimentando una profunda transformación, tanto en su regulación como en sus condiciones laborales, debido a la internacionalización de los mercados, la integración económica de los países, así como cambios internos dentro de las organizaciones de producción económica. Los cambios tecnológicos y la transición de una economía basada en los factores tradicionales de la producción (capital y trabajo) a una economía basada en el conocimiento, los cambios en las fórmulas tradicionales de empleo y en los mercados laborales, así como los cambios demográficos y el nuevo balance existente entre familia, trabajo y educación, se han convertido en nuevos desafíos tanto individuales como colectivos, y por ende, de interés público. Esta situación destaca la importancia de su estudio y demanda su discusión, a fin de adelantar proposiciones y estrategias que orienten la solución de los ya presentes conflictos producto de la incongruencia existente entre los sistemas productivos y su regulación jurídica, originada en función de aquellos, lo cual explica que las tensiones originadas en los sistemas productivos debido a los cambios experimentados, obligue la revisión del sistema jurídico nacido para regularlo.

1. Sistemas productivos: Relaciones de trabajo: Regulación jurídica

La globalización ha ejercido una profunda influencia en la transformación, tanto de la estructura como del modo de ejecución del trabajo. Por consiguiente, con el propósito de brindar una mejor interpretación del contexto de la nueva cultura productiva, y analizar cómo ha influido la globalización en la flexibilización del trabajo y, por ende, en la precariedad de las condiciones de trabajo, es preciso comprender la naturaleza del proceso productivo globalizador y sus manifestaciones en el mundo del trabajo.

El ser humano requiere del esfuerzo laboral para la satisfacción de sus necesidades. Según el filósofo existencialista alemán Jaspers, “el animal satisface sus necesidades inmediatamente en la naturaleza. Allí encuentra terminado lo que necesita. El hombre, en cambio, sólo puede satisfacer sus necesidades mediatamente por la intervención consciente y planeada. Esta intervención se hace mediante el trabajo”. Pero el trabajo, entendido como actividad productiva, tiene una dimensión social, representada por las reglas que sobre la organización y determinación de sus condiciones hace la sociedad ².

Ahora bien, la satisfacción de las necesidades humanas –que han evolucionado de las necesidades esenciales (alimentación, vivienda y vestido) a la incorporación adicional de necesidades de la cultura actual, vinculadas a la educación, información, deportes y diversión, por citar algunas– a fin de procurar los medios y condiciones de vida, se logra mediante las actividades de producción organizadas dentro de un sistema *ad hoc*, lo que suele denominarse *sistema productivo*, y que comprende, tanto los factores de producción –capital y trabajo– como la organización de los mismos –organización productiva–, a través de instituciones reguladoras que procuran la integración y coordinación de los factores productivos, orientadas a la obtención del máximo rendimiento productivo. Es precisamente la organización de la producción, el factor que va a determinar las diferentes formas productivas, esto es, los diferentes tipos de trabajo.

1.1 *Sistemas productivos*

La globalización es un proceso que ha impactado todos los ámbitos de la sociocultura actual, entre otros el económico, que a su vez se refleja en las relaciones de trabajo, las cuales se encuentran determinadas por los sistemas de producción económica en las cuales se insertan. Dichos sistemas productivos –configurados por los factores de la producción y organización social de los mismos– tienen por finalidad regular las relaciones entre el capital y el trabajo, y varían según su concepción y estrategias, pero siempre orientados a la consecución del mayor rendimiento del capital, donde la competitividad y la productividad constituyen objetivos esenciales; para lo cual se requiere de estrategias relacionadas con la fuerza de trabajo a fin de disciplinar y condicionar al trabajador en función de los objetivos planteados.

Por razones históricas vinculadas con el origen de nuestra disciplina, interesa centrar nuestra atención, inicialmente, en el modelo económico de producción

² MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín. **Derecho del Trabajo**. Madrid. España. Editorial TECNOS, S.A. 6ª Edición, 1997, p. 36.

taylorfordista, por ser el modelo productivo predominante de la era industrial cuyas relaciones de trabajo se propuso regular el Derecho del Trabajo, y dentro del cual tuvo lugar el desarrollo de la normativa laboral clásica tal como la conocemos hasta nuestros días.

Hasta fecha reciente (década del setenta del siglo XX), las relaciones de producción económica estuvieron gobernadas por el modelo *taylorfordista*, cuyas actividades se desarrollaban en el contexto de una economía estable y en continuo crecimiento, orientadas principalmente hacia mercados cerrados protegidos por barreras comerciales. Dicho modelo persigue maximizar la productividad centrado en principios de producción en masa, así como de organización y división del trabajo, que implican organizar el proceso de producción desintegrado en tareas y funciones específicas, simples y repetitivas, para ser realizadas y evaluadas en forma individual, tendientes a la fabricación de productos en serie (estandarización y segmentación).

Esta manera de organizar la producción conlleva implícitamente una especial política de gestión de recursos humanos basada en la división entre las responsabilidades de dirección y la ejecución del trabajo: al personal directivo corresponde diseñar y dirigir el proceso productivo, y al trabajador ejecutar las instrucciones recibidas para la realización del producto o servicio (lo que implica una fuerza laboral no calificada y dependiente); conformándose así una organización integrada verticalmente, en la cual las funciones y tareas se distribuyen y desarrollan jerárquicamente bajo la dirección centralizada de un solo empleador, y normalmente concentrada en el seno de una empresa.

El marco institucional regulador del mercado de trabajo descrito anteriormente corresponde, como señaláramos anteriormente, a un sistema económico caracterizado por la estabilidad y el crecimiento; pero la realidad económica es cambiante, sujeta a fluctuaciones, y a mediados de la década del setenta del siglo pasado, el sistema económico –sacudido por una seria crisis, debido a diversos factores– entra en un prolongado período de recesión económica, marcado por el estancamiento económico, la inflación, el desempleo y el déficit público, que indujo a los países industrializados a realizar cambios estructurales y entrar en un proceso de reingeniería económica.

Perdida la racionalidad económica tradicional, se cuestionan las bases mismas del sistema productivo y, por ende, de su sistema de regulación laboral, tornándose imperativo modificar las relaciones sociales de producción a fin de adaptarlas al nuevo modelo de desarrollo económico globalizado, “cuyos rasgos más distintivos incluyen una promoción de la integración económica y la estimulación de la iniciativa privada”, según concluye el Informe del Director General de la Organi-

zación Internacional del Trabajo sobre la *Globalización y el trabajo decente en la América*³.

En efecto, la actividad económica ha experimentado grandes cambios, originados principalmente por el gran desarrollo tecnológico. Las innovaciones tecnológicas –de las cuales la informática y robotización constituyen un paradigma–, y su incorporación a todas las áreas de la actividad humana, han operado significativas transformaciones en los sistemas de comunicación y transporte, que ha hecho posible la globalización de la economía; resultando así un fenómeno complejo de amplias manifestaciones, entre las que resalta una intensa interrelación a nivel internacional de producción e intercambio de bienes y servicios, que deriva en la expansión e integración de la actividad económica –posibilitada por el referido desarrollo tecnológico, de transporte y comunicaciones, la capacidad del sistema financiero internacional, la eliminación progresiva de las barreras comerciales, la facilidad de reubicar las actividades productivas de un país a otro de acuerdo con sus ventajas competitivas–, generando una competencia desenfrenada por la conquista y mantenimiento de los mercados; lo cual se ha traducido en un dominio de las finanzas sobre la producción y en el llamado *efecto asimétrico* de la globalización económica, ya que mientras las instituciones políticas y jurídicas continúan actuando dentro de un marco nacional o regional (lo que implica un poder localizado), la actividad económica se desarrolla a nivel mundial, es decir, en un marco supranacional (lo que implica un poder difuso).

En presencia de este escenario, se recurre a la noción de flexibilización. En virtud del proceso globalizador, el sector empresarial, ante la urgencia de adaptar sus unidades productivas a un mercado fluctuante, diversificado y sin fronteras, requiere de una capacidad de respuesta más ágil y versátil para atender una demanda más individualizada y segmentada, y más exigente en cuanto a agilidad, calidad y eficiencia –es decir, una empresa más flexible–, que la rigidez del modelo productivo tradicional no le permite.

Se advierte entonces, la necesidad de un profundo proceso de reestructuración empresarial, que abarca no sólo la incorporación de las nuevas tecnologías, sino también la adopción de nuevos criterios organizacionales y gerenciales, que giran en torno a una visión integral flexibilizadora, extensiva al sistema de regulación jurídica, hasta el punto de aspirar a la desregulación inclusive del mercado de trabajo.

En este contexto, el sector empresarial desarrolla lo que Osvaldo Alonso denomina una doble estrategia flexibilizadora en relación con el trabajo: una *flexibilidad interna* y una *flexibilidad externa*.

³ International Labour Office (ILO) Report of the Director-General: **Globalization and Decent Work in the Americas**. Fifteenth American Regional Meeting. Lima, 2002, p. 7.

a) La *flexibilidad interna* o funcional (reasignación de funciones), está “basada en la polifuncionalidad de los trabajadores, que permite rotarlos internamente y asignarlos entre puestos, facilitando así la optimización de maquinarias y equipos”⁴; y conlleva a una *integración horizontal* de funciones de igual nivel de calificación, y a una *integración vertical* de funciones de distinto grado de calificación.

b) La *flexibilidad externa* (reclutamiento o despidos según las necesidades productivas), está “basada en la inexistencia de relaciones permanentes o de dependencia con el empleador”⁵; la cual se manifiesta de dos formas: Como *flexibilidad numérica*, si se basa en la adecuación del nivel de empleo a las fluctuaciones productivas, mediante la utilización de trabajadores temporales, o con jornadas parciales u horarios flexibles de trabajo –estrategia que sólo puede ser adoptada en sectores donde las calificaciones requeridas para el trabajo sean de un tipo muy general, que permite acudir a una masa de trabajadores disponibles en el mercado en el momento que se los requiera–. También puede expresarse como *distanciamiento*, si se basa “en la subcontratación de determinados segmentos del proceso productivo, permitiendo la concentración de los recursos empresariales en áreas de ventajas comparativas”⁶. Sin embargo, el mismo autor advierte que esta estrategia está condicionada a la existencia de una red de subcontratistas (cadena productiva) confiable en cuanto a calidad y tiempos de entrega.

Esta nueva cultura productiva supone entonces, una diferente concepción de la productividad y un nuevo perfil de trabajador. Respecto a la productividad, ya no se aspira a lograr el mayor volumen individual por trabajador, sino la maximización de la eficiencia en el uso de todos los recursos (humanos y productivos), a fin de garantizar la calidad del producto o servicio y la disminución del tiempo de producción; por cuanto ya el objetivo no es un gran volumen de productos estandarizados y uniformes, sino una producción menor en volumen, pero caracterizada por su diversidad y calidad⁷.

En relación con el trabajador, conviene destacar previamente al alimón con Montoya Melgar⁸ que, debido a la multiplicación de las actividades y categorías

⁴ ALONSO, Osvaldo Miguel. La flexibilidad “interna” y sus efectos sobre la fuerza de trabajo. En: **La Flexibilización Laboral en Venezuela**. Caracas, Venezuela. Publicaciones ILDIS. Editorial Nueva Sociedad. 1991, p. 147.

⁵ *Ibid.*, p. 148.

⁶ *Ibid.*, p. 148.

⁷ IRANZO, Consuelo. **Los Nuevos Sistemas de Remuneración en el Marco de la Flexibilidad**. En: III Congreso Venezolano de Relaciones de Trabajo. Universidad del Zulia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Asociación de Relaciones de Trabajo. Maracaibo, Venezuela. 1993, p. 205.

⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del Trabajo**. Madrid, España. Editorial TECNOS, S.A. 1979, p. 4.076

profesionales que origina la creciente división del trabajo iniciada con la Revolución Industrial, el trabajador no es contratado en forma genérica e indeterminada, sino en atención a su grado de calificación y competencia profesional (lo que refuerza el carácter *intuitio personae* del vínculo laboral).

Dicha afirmación cobra especial importancia en la nueva cultura productiva, que requiere de un nuevo perfil de trabajador en oposición al trabajador especializado del modelo industrial: *polivalente* –capaz de aportar innovaciones al proceso productivo a partir del conocimiento aprendido en el desempeño de su actividad–; *multifuncional* –que puede ser trasladado a diferentes puestos de trabajo a desempeñar diversas tareas según los requerimientos productivos–, lo cual conlleva a la desfragmentación y diversificación del trabajo en masa propio del modelo tradicional. En otras palabras, se espera del trabajador, que sea capaz de “abordar tareas que vayan mas allá de la simple repetición mecánica de instrucciones a fin de controlar él mismo la calidad y responder frente a situaciones inesperadas: debe ser por tanto un individuo dispuesto a colocar su capacidad creativa en función del buen desarrollo del proceso y de la empresa... debe saber trabajar en equipo y ser capaz de autorregularse, sin necesidad de que su actividad sea controlada en forma permanente”⁹. Es decir, un trabajador más autónomo en su desempeño organizacional y dispuesto a un trabajo basado en la cooperación.

La polivalencia y multifuncionalidad cobran así mayor validez en el contexto de la flexibilización, que induce a las organizaciones empresariales a reagrupar las tareas y funciones del proceso productivo, a fin de reducir la nómina de trabajadores, y con ello, los costos laborales, para en definitiva lograr un mayor control e incremento de la calidad y productividad del trabajo y de la empresa.

Esta cultura productiva, que privilegia el conocimiento como factor de producción, genera una presión hacia el aprendizaje permanente y continuo, dada la pronta obsolescencia del conocimiento adquirido, causada por el vertiginoso avance de la ciencia y la tecnología que acortan cada vez más la vigencia del conocimiento. En un contexto organizacional dominado por la polivalencia y multifuncionalidad, constituye objetivo vital a la subsistencia del trabajador en el empleo, el permanecer actualizado, a fin de poder realizar distintas funciones e interactuar con todos los sistemas y áreas de la empresa. Lo cual significa que corresponderá al trabajador asumir la responsabilidad de su formación, así como de actualizar su conocimiento, habilidades y competencias; la cual no debe limitarse al aprendizaje formal y básico (adecuado y suficiente para subsistir en un modelo tradicional de producción, pero no ante un escenario globalizado que implica forzosamente

⁹ IRANZO, Consuelo, ob. cit., p. 205.

la interacción con otras culturas); sino que conviene extenderla a habilidades, actitudes y competencias complementarias que no se logran con el aprendizaje formal –dominio de varios idiomas, manejo funcional de la red informática, técnicas de negociación, conocimiento de otras culturas, desarrollo de la inteligencia emocional, capacidad de adaptación y trabajo en equipo– a fin de desarrollar un trabajador con un perfil multicultural y multifuncional, que pueda acceder y mantener su empleo en la llamada “sociedad del conocimiento”, por cuanto el empleo del trabajador está sujeto a que satisfaga los requerimientos empresariales. Y, en una economía basada en el conocimiento, el acceso al empleo está cada vez más determinado por la educación.

La relevancia del conocimiento como factor productivo es puesta de manifiesto por un análisis de la OIT:

La sociedad postindustrial, es aquella en la cual la importancia de máquinas y la producción física de materiales, va a ser eclipsada por la importancia de la información y el conocimiento. Éste es un factor de producción, un recurso de ventaja competitiva y un producto en sí mismo. Con anterioridad surgió la revolución de la información como base de la economía del conocimiento, ahora la revolución de las comunicaciones, da lugar a la economía de las redes¹⁰.

De la referencia anotada se desprende además, implícitamente, la evolución de la economía hacia el sector terciario, y el desplazamiento gradual de la fuerza laboral de los sectores primario y secundario, dedicados a la agricultura y la industria, hacia el sector terciario o de servicios, por el mayor peso que tiene el capital intelectual sobre los factores tradicionales de la producción.

La formación de capital intelectual constituye pues, interés primordial de todos los actores sociales vinculados con el proceso productivo: para los trabajadores, como una forma de garantizar su inclusión social a través del empleo; para los empleadores, la oportunidad de contar con la colaboración de un recurso humano más calificado; y finalmente para el Estado, como una manera de combatir el desempleo, en la medida que la falta de empleo está también estrechamente relacionada con la falta de capacitación, y no solamente con la inexistencia de empresas activas o ausencia de inversiones extranjeras¹¹.

¹⁰ LUCENA, Héctor. **Relaciones de Trabajo en el Nuevo Siglo**. Caracas, Venezuela. Fondo Editorial Tropykos. Primera Edición, 2003, p. 44.

¹¹ CEJAS MARTÍNEZ, Magda. **La Formación por Competencia, Empleo y Mercado de Trabajo: Un Desafío para los Actores Laborales**. En: Estudios sobre Derecho del Trabajo. Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez. Caracas, Venezuela. Edit. Tribunal Supremo de Justicia. 2003, Vol. I, p. 348.

Circunstancias éstas que deben inducir a los países en desarrollo a reflexionar seriamente sobre la conveniencia de orientar su acción hacia una política pública que estimule la inversión en desarrollo humano, para incrementar su capacidad de crecimiento económico en el marco de la globalización. Que constituye un hecho, y no una opción, como acertadamente advierte la literatura especializada.

Las consideraciones expresadas hasta ahora, en torno a la evolución experimentada por la organización del trabajo del sistema de producción económica, reflejan la transición de un modelo tradicional caracterizado por su rigidez, a un modelo de concepción flexible, que constituye la tendencia actual, pero que no ha sustituido totalmente el modo de producción tradicional, con el cual concurre; ya que el escenario económico actual se caracteriza por una *pluralidad de mundos de producción*, según reflejara el conocido Informe Supiot.

1.2 Síntesis comparativa de los sistemas productivos

La referida evolución del sistema productivo tradicional hacia el sistema actual de organización flexible, puede sintetizarse en la siguiente figura tomada de la fuente: Fernando Vargas (2000). De las virtudes laborales a las competencias claves: Un nuevo concepto para antiguas demandas. Cinterfor. Uruguay, citado por Cejas Martínez¹²:

LA ORGANIZACIÓN TRADICIONAL	LA ORGANIZACIÓN ACTUAL
• Organización jerárquica	• Organización del trabajo inicia en los trabajadores
• Objetivos impuesta	• Participación en la conceptualización de los proyectos
• Puestos predefinidos	• Flexibilidad en actividades y roles
• Entendimiento limitado del marco general del proceso de trabajo	• Comprensión de todo el proceso
• Trabajo especializado con tecnologías tradicionales	• Trabajo complejo con enriquecimiento horizontal y vertical, y ayuda de tecnología informática
• Gerencia del flujo de producción en un ambiente estable	• Gerencia de flujos de información en un ambiente cambiante

¹² *Ibid.*, p. 339.

LA ORGANIZACIÓN TRADICIONAL	LA ORGANIZACIÓN ACTUAL
<ul style="list-style-type: none"> • Trabajo basado en la fuerza física, ampliada a materiales o a la manipulación de objetos 	<ul style="list-style-type: none"> • Trabajo intelectual basado en manejo y transmisión de información
<ul style="list-style-type: none"> • Habilidades manuales, destreza y velocidad 	<ul style="list-style-type: none"> • Velocidad intelectual en términos de percepción, reacción y coordinación
<ul style="list-style-type: none"> • Rutina, situaciones repetitivas y problemas predecibles 	<ul style="list-style-type: none"> • Manejo de situaciones imprevisibles y desrutinizadas, que requieren acumulación de experiencia
<ul style="list-style-type: none"> • Predominan trabajadores manuales especializados 	<ul style="list-style-type: none"> • Predominan trabajadores competentes, técnicos, ingenieros y staff de gerencia
<ul style="list-style-type: none"> • Trabajo desarrollado por órdenes y especificaciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Trabajo requiere de autonomía, iniciativa, responsabilidad y creatividad
<ul style="list-style-type: none"> • Trabajo supervisado 	<ul style="list-style-type: none"> • Trabajo autoevaluado
<ul style="list-style-type: none"> • Superación entre pensamiento y acción 	<ul style="list-style-type: none"> • Integración del pensamiento y acción, solución de problemas
<ul style="list-style-type: none"> • Individuos adaptados a los requerimientos de las máquinas 	<ul style="list-style-type: none"> • Adaptación para responder a los requerimientos de cada situación
<ul style="list-style-type: none"> • Perfiles homogéneos de habilidades y estrecho campo de competencias 	<ul style="list-style-type: none"> • Habilidades heterogéneas, amplio rango de competencia que incluye competencias relacionales
<ul style="list-style-type: none"> • Capacitación inicial complementada por la experiencia en el empleo 	<ul style="list-style-type: none"> • Capacitación inicial y luego, capacitación formal e informal
<ul style="list-style-type: none"> • Calificaciones ocupacionales rígidas basadas en habilidades y experiencia 	<ul style="list-style-type: none"> • Clasificación vinculada a la adaptabilidad y capacidad para asimilar nuevos
<ul style="list-style-type: none"> • Bajo grado de autosatisfacción 	<ul style="list-style-type: none"> • Énfasis en la autosatisfacción, inversión en personal
<ul style="list-style-type: none"> • Sindicatos estructurados por sector 	<ul style="list-style-type: none"> • Sindicatos por ocupación y compañía

Fuente: Fernando Vargas (2000). De las virtudes laborales a las Competencia Clave: Un nuevo concepto para antiguas Demandas. Cinterfor. Uruguay.

1.3 Regulación jurídica de las relaciones de trabajo. Función social integradora del Derecho del Trabajo

El origen histórico del Derecho del Trabajo está vinculado a un particular sistema de producción económica, el industrial, ya que fue la necesidad de armonizar las relaciones de producción lo que determinó su aparición. Los factores productivos tradicionales –capital y trabajo– aunque necesariamente deben desarrollar su actividad en estrecha coordinación y armonía, orientados a la consecución de la máxima productividad posible, no siempre logran dicho objetivo en un clima de estabilidad, debido al conflicto siempre presente entre los intereses que representan ambos sectores productivos. De ahí, que el Derecho del Trabajo, mediante la racionalización y canalización institucional del conflicto de intereses de las relaciones de producción, cumple su función social integradora.

Por ello, precisa Palomeque, la función del Derecho del Trabajo “sigue siendo en la actualidad la integración del conflicto estructural del sistema de producción basado en la prestación generalizada del trabajo asalariado (...) su misión es la *institucionalización o juridificación* de las contradicciones entre el trabajo asalariado y la titularidad de la organización productiva”¹³.

Ahora bien, la presencia del Derecho del Trabajo en las relaciones de producción, significó un equilibrio entre el poder directivo del empleador y la sumisión (subordinación) del trabajador a ese poder. Equilibrio que no existía mientras dichas relaciones estaban reguladas por el Derecho Civil –cuyas relaciones se rigen por los principios de libertad contractual, autonomía de la voluntad e igualdad entre las partes– pero que, en el contexto de la relación de trabajo sólo tienen aplicación formal, por cuanto la debilidad contractual del trabajador –determinada por su inferior condición económica, que a su vez se traduce en una escasa libertad negocial para discutir sus condiciones de trabajo– dejaba vacío de contenido la pretendida libertad e igualdad contractual.

Gracias al Derecho del Trabajo, se restaura entonces el equilibrio perdido en la esfera civil, mediante el reconocimiento al titular de la organización productiva; el derecho a desarrollar, organizar, dirigir, supervisar y controlar la actividad productiva (poder directivo, en sentido amplio), con el correlativo deber del trabajador de subordinarse a ese poder para garantizar al empleador o patrono el control

¹³ **Trabajo Subordinado y Trabajo Autónomo en el ordenamiento laboral español.** En: Revista Gaceta Laboral. Maracaibo, Venezuela. Centro de Investigaciones y Estudios Laborales y de Disciplinas Afines (CIELDA). Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia. 2004, Vol. 10, N° 1/2004, p. 103.

de la actividad productiva, según el principio de libertad económica; pero, dentro de los límites que fija a cambio la protección laboral del trabajador, a fin de resguardar la libertad y dignidad de sus condiciones de trabajo, como derechos humanos fundamentales.

En otras palabras, se estableció la subordinación a cambio de estabilidad laboral para el trabajador, según el Informe elaborado para la Comisión Europea en 1996 por un grupo de expertos coordinado por Alain Supiot: Trabajo y Empleo: Transformación del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa¹⁴.

Éste, fue un esquema institucional eficiente para regular las relaciones de trabajo mientras la economía estaba signada por un clima de estabilidad y crecimiento. Pero el proceso globalizador generado por el intenso desarrollo tecnológico así como del transporte y las comunicaciones –entre otros factores– han orientado al sistema productivo a un proceso de reestructuración económica, con una marcada tendencia flexibilizadora.

En efecto, en el marco de la nueva cultura laboral, los titulares del sector productivo reclaman la rigidez del esquema tradicional de producción, y demandan, por ende, la flexibilización del esquema productivo así como de su regulación jurídica; como supuesto necesario para insertarse, adaptarse y mantenerse en una economía globalizada más competitiva y exigente. De esta manera, ante las dificultades que supone garantizar empleo estable en un contexto de crisis y reestructuración económica, demandan mayor libertad de contratación laboral. Que, traducido en otras palabras significa, mayor libertad para contratar y despedir la fuerza laboral según las necesidades específicas de cada organización productiva, determinadas por las leyes del mercado, y no por la legislación laboral.

Es este escenario globalizador el que ha dado origen al cuestionamiento del marco jurídico tradicional de las relaciones de trabajo, y colocado en crisis su funcionamiento institucional, poniendo a prueba su capacidad de brindar protección a la fuerza laboral, ya que no sólo ha enfatizado el encubrimiento de las relaciones de trabajo mediante el fraude o la simulación de pretendidas relaciones civiles o mercantiles, sino que ha significado la aparición de nuevas formas productivas no basadas en la subordinación; acentuando así el número de trabajadores excluidos del ámbito de protección laboral –los denominados *fugados*, por la doctrina especializada–.

¹⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel. Ob. cit., p. 65.

Sin embargo, es preciso acotar que, un reciente Informe elaborado por expertos de la OIT¹⁵ sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección, ha reconocido expresamente que no todas las situaciones dudosas –*zonas grises* o *de frontera*– que dificultan la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, obedecen a una intención fraudulenta, “por cuanto existen circunstancias objetivas en las cuales no aparecen con claridad todos los elementos que caracterizan la relación de trabajo” –*ambigüedad objetiva*–.

En el marco de la cultura productiva tradicional, como señaláramos anteriormente, las relaciones de trabajo respondían a una concepción de pleno empleo, y estaban signadas por la dependencia o subordinación a cambio de protección jurídica (estabilidad en el empleo y prestaciones para garantizar la subsistencia individual y familiar del trabajador), supuestas a desarrollarse en forma jerárquica, centralizada y concentrada bajo la dirección de un solo empleador en la sede de su empresa, con duración indefinida, durante jornada completa y reguladas por la intervención estatal y la autonomía colectiva.

El esquema de relación de trabajo descrito anteriormente configuraba y determinaba el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo clásico. Pero, a raíz de la modificación de las bases del sistema productivo originada por el proceso de reestructuración económica, se produjo un cuestionamiento sobre el modelo organizacional de producción en masa, generando en consecuencia una organización productiva flexible, que incluye nuevas formas productivas alejadas de la forma tradicional descrita; lo que se ha traducido en un correlativo cuestionamiento a la rigidez del sistema jurídico que lo regula, con las consecutivas exigencias de transformación del marco de regulación tradicional, orientadas a la flexibilización del mismo.

El dilema consiste –ante la existencia de auténticas situaciones de *ambigüedad objetiva* señalada por la OIT, denominadas *zonas grises* o *de frontera*– en precisar el alcance de las transformaciones necesarias para adaptar el marco institucional que regula el mercado de trabajo a las nuevas circunstancias de la economía; ya que se corre el riesgo de desnaturalizar la función tutelar del Derecho del Trabajo e institucionalizar la desprotección jurídica del trabajador, si se permite ajustar los contenidos normativos solamente en función del mercado, la libertad económica y la autonomía de la voluntad de las partes, sin tener en cuenta consideraciones de justicia social.

¹⁵ CARBALLO MENA, César. **Delimitación del Contrato de Trabajo**. Caracas, Venezuela, Editorial Impresos Miniprés, C.A. Primera edición, 2001, p. 43.

Aceptada es, inclusive por la OIT y numerosos expertos de la disciplina, la necesidad de adoptar el proceso de transformación del Derecho del Trabajo, como se desprende de los documentos anteriormente mencionados, es necesario tomar medidas orientadas a *clarificar el alcance de la regulación de la relación de trabajo, mejorar los mecanismos para su aplicación y facilitar el acceso de los trabajadores a la justicia (...) reajustar los límites de la legislación (...) de acuerdo con la evolución de las relaciones de trabajo (...) y asegurar una protección básica a todos los trabajadores*, según las orientaciones establecidas por el mencionado Informe en relación con los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (OIT, 2000).

Por ello, y ante las preocupaciones expresadas por la doctrina en relación con la función tutelar e inclusive con la subsistencia del Derecho del Trabajo, la discusión sobre la reforma o flexibilización del Derecho del Trabajo debe ceñirse a un plano concreto. En este sentido:

Bajo su cobertura formal, reformar o flexibilizar el marco regulador del mercado de trabajo puede querer significar, según quien realice la propuesta, desde la pura desarticulación de los elementos de tutela del ordenamiento laboral, so pretexto de engendrar indeseables disfunciones para el desarrollo del proceso productivo [con significativa y peligrosa similitud a la situación antecedente a la intervención del Estado en los primeros tiempos de la industrialización capitalista], hasta la simple adaptación del ordenamiento laboral a las exigencias de las transformaciones sociales y económicas, acerca de cuya procedencia seguramente pocas discrepancias cabría aceptar en el plano teórico, pasando por diversas propuestas de carácter intermedio. Por ello, el debate sobre las transformaciones del Derecho del Trabajo debe ser referido, específicamente, a las iniciativas o modificaciones singulares que se pretendan llevar a cabo, desplazándose así la discusión a un plano concreto de los contenidos y las soluciones normativas proyectados¹⁶.

2. Reacciones frente al proceso globalizador

En relación con las propuestas y reformas flexibilizadoras encontramos una variada gama de reacciones.

En primer lugar, según concluyéramos en el apartado anterior, existe en general una reacción favorable de los Estados nacionales hacia la tendencia flexibilizadora, como se evidencia de la flexibilización y desregulación que informan recientes

¹⁶ PALOMEQUE LÓPEZ y ALVAREZ DE LA ROSA. Ob. cit., p. 112.

políticas legislativas, orientadas a lograr una mayor competitividad y crecimiento económico que garantice su inclusión en el mercado mundial. El siguiente extracto refleja la citada orientación:

Ante la globalización que está experimentando la economía y que...se expresa en el proceso de integración de Centroamérica y también por los Acuerdos de Libre Comercio...la presencia de un Código Laboral que desestime la inversión, que castiga al Empresario y que desincentive la producción...nos pondrá en una situación de poca competitividad y repercutirá en el cierre de muchas empresas... Nicaragua, Veto a la Ley N° 185, p. 4 (Blanco Vado, citado por González Fuenmayor).¹⁷

En relación con los trabajadores, sus reacciones son de amplio espectro, tanto desfavorables como favorables. La reacción adversa proviene como es lógico, de la precarización de las condiciones y relaciones de trabajo, cuya manifestación más extrema la constituye el desempleo, que impacta muy negativamente al estrato de la población afectado por él:

Hace unos años, Ralph Dahrendorf afirmaba que la realidad había arrojado una nueva porción de población, que parecía haber perdido contacto con la ciudadanía: el subproletariado (*underclass*). Una simple observación de este proceso de marginación indicaría que comienza con la salida parcial o total de los sistemas formales de trabajo; sigue con la recurrencia a formas asistemáticas de obtención de ingresos, continúa con el pedido de ayuda solidaria de parientes y vecinos, sigue con tiempos prolongados de carencia y caída en estados de anomia y derrumbe moral, y finalmente con la justificación de transgresiones de todo tipo para lograr el sustento diario. Las formas institucionales de protesta de los trabajadores son los paros y las huelgas. Las formas de expresión del subproletariado son los piquetes y cortes de rutas. Ni la sociedad ni el Estado comprenden estos nuevos códigos porque no son los que corresponden al sistema de códigos institucionalizados por la ciudadanía (Fuente: Víctor Parigi "Desempleo, Marginación y Anomia" en Diario La Nación -Empleos- 19.12.00, Buenos Aires. Citado por Lucena).¹⁸

Pero no es esa la única lectura en relación con las reacciones de los trabajadores, porque la flexibilización también ha representado un ángulo favorable para cierto sector de la población trabajadora tradicionalmente excluido del sistema de trabajo,

¹⁷ GONZÁLEZ FUENMAYOR, Mervy. **La Irrenunciabilidad, la Transacción y otros Temas Laborales**. Caracas. Venezuela. Vadell Hermanos Editores, C.A. Primera edición, 2003, p. 240.

¹⁸ LUCENA, Héctor. **Relaciones de Trabajo en el Nuevo Siglo**. Caracas. Venezuela. Fondo Editorial Tropykos. Primera edición. 2003, p. 30.

que, por cuanto la flexibilización de las formas productivas les permite incorporarse a tiempo parcial al mercado de trabajo –jóvenes, mujeres con responsabilidades familiares, discapacitados, etc.–¹⁹

Por otra parte, también influye positivamente en una mayor cualificación de la fuerza laboral, ya que en un sistema productivo orientado hacia la polivalencia y la multifuncionalidad, los trabajadores requieren de un esfuerzo de formación y aprendizaje permanente.

En relación con el sector empresarial, no hay que olvidar que el cuestionamiento del sistema de regulación jurídica del trabajo se generó a raíz del cuestionamiento de las bases del sistema de producción, y que ello se tradujo a su vez en demandas flexibilizadoras del mercado de trabajo, requiriendo del Estado, políticas económicas y laborales que les garanticen su inserción en el mercado mundial.

Finalmente, en cuanto a las organizaciones sindicales, sus reacciones registran igualmente tendencias desfavorables y favorables. Las primeras, vinculadas a los problemas de precarización del empleo, que a su vez se traducen en problemas de representación y acción sindical, por cuanto afecta negativamente los índices de afiliación sindical, la cobertura de la negociación colectiva y la conflictividad como recurso institucional. Las segundas, implican el reconocimiento sobre el rol que la flexibilización ha desempeñado en la inclusión de sectores de la población tradicionalmente excluidos. Quizás nada refleje mejor la crítica situación actual de las organizaciones colectivas que la siguiente cita:

(...) El nuevo escenario se caracteriza entonces, por una profunda dualidad: De una parte se encuentra un sector minoritario, sindicalizado, conformado por grandes empresas con organizaciones sofisticadas (aparte de los sectores de servicio y alta tecnología), y, de otra, un sector mayoritario, con escasa presencia sindical, integrado por un sinnúmero de empresas pequeñas y medianas. Otro rasgo característico del nuevo escenario en conformación es un vacío institucional y normativo. Al menguar los componentes institucionales del modelo anterior (la acción sindical, la negociación colectiva y la regulación de amplio espectro), queda una ausencia notable de instancias de representación de los trabajadores así como de normas para las relaciones de trabajo (...)²⁰

¹⁹ ESPING-ANDERSEN, Gosta; REGINO, Marino. **Why Desregulate Labour Markets?** Oxford. Inglaterra, Editorial Oxford University Press Inc. Primera edición, 2000, p. 339.

²⁰ PADILLA, José Ramón. **Relaciones Industriales en el mundo desarrollado: Crisis del modelo tradicional.** En: Debates IESA: La Cuestión Laboral. Caracas, Venezuela, Ediciones IESA. Biblioteca Lorenzo Mendoza Fleury, 1997, Vol. 3. N° 1, p. 55.

Para concluir, Anderson y Trentin, dos destacados líderes de confederaciones sindicales resumen su apreciación en relación sobre el futuro del sindicalismo, sujeto a dos condiciones: que acepte colocarse en la economía globalizada y que se convierta en una fuerza “política” –al mismo tiempo que se hace más independiente frente al Estado, a los partidos políticos y a los gobiernos– capaz de nuclear otras categorías sociales (movimientos ecologistas, feministas, indigenistas) y otros temas reivindicativos diferentes de aquellos que definieron tradicionalmente su campo de acción. Para ellos, es el momento de comprender que su objetivo es crear nuevas formas de control político y social de la economía²¹.

Conclusiones

Con el desarrollo de este trabajo hemos pretendido alcanzar un mayor conocimiento de los efectos de la globalización en el mundo del trabajo, que contribuya a orientar las opciones posibles en cuanto a acciones y estrategias a seguir a fin de invertir sus tendencias negativas.

En síntesis, podemos destacar las siguientes conclusiones:

1. El Derecho del Trabajo es complementario de la economía, y, de acuerdo con la autorizada opinión del tratadista español Palomeque López, puede subsistir sólo si es capaz de garantizar las condiciones de vida de los trabajadores.
2. La regulación del trabajo se ha elaborado en base a la organización del sistema productivo. Por ende, los cambios que se originen en éste, se reflejarán en aquella necesariamente.
3. De la historia de los sistemas productivos se evidencia la existencia de diferentes modelos que definen la relación capital-trabajo, relativos a la organización del trabajo y de las relaciones laborales, entre ellos, el Taylorismo, el Fayolismo, el Fordismo y actualmente, el Toyotismo.
4. Las transformaciones económicas obligan la reorganización productiva a fin de adaptarla a las exigencias del mercado, razón por la cual los modelos tradicionales de organización del trabajo y las relaciones laborales, no están ajustados a las necesidades contemporáneas de expansión y valoración del capital.
5. La evolución de los sistemas productivos hacia una mayor flexibilización de la organización del trabajo y de las relaciones laborales, demanda una mayor flexibilización de su regulación, llegándose inclusive a hablar de desregulación.

²¹ ANDERSON, Luis; TRENTIN, Bruno. **Trabajo, derechos y sindicato en el mundo**. Italia, Editorial Hediese, S.R.L. Primera edición, 1996, p. 11.

6. La modificación de las relaciones de producción plantean problemas de equidad y justicia social.
7. Las formas más flexibles de empleo y remuneración han significado aumento de la eficacia productiva y crecimiento económico, pero también ha contribuido a la precarización del sector laboral.
8. En cuanto a la calificación profesional, el modelo productivo globalizado demanda un trabajador altamente capacitado, polivalente y multifuncional, ya que en una economía basada en el conocimiento, el acceso al empleo está cada vez más determinado por la educación.
9. En relación con las relaciones laborales, por lo general los actores sociales de las grandes empresas aceptan la implantación de nuevas tecnologías, pero se plantean problemas relacionados con la estabilidad en el empleo y la negociación de los salarios y condiciones de trabajo.
10. En referencia a las relaciones colectivas de trabajo, la globalización ha significado importantes cambios: descenso de la afiliación sindical, descenso de la conflictividad, descenso de la cobertura de negociación conflictiva y cambio en las formas de intervención social.
11. Hasta ahora los sindicatos han evidenciado poca capacidad para definir estrategias y acciones orientadas a dar respuestas a los desafíos propios de la globalización.
12. El escenario actual es dual: Frente a un sector minoritario, sindicalizado, conformado por grandes empresas, se encuentra un sector mayoritario, con escasa presencia sindical, integrado por las medianas y pequeñas empresas. Otro rasgo característico del escenario actual es el vacío institucional y normativo.
13. Debido a lo asentado anteriormente, se debate actualmente sobre la conveniencia de expandir el ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo, a fin de tutelar no sólo la modalidad tradicional de prestación de servicios (caracterizada por la ajenidad y la dependencia jurídica), sino inclusive aquellas modalidades de trabajo jurídicamente autónomas pero económicamente dependientes, llegándose inclusive a considerar la posibilidad de extender el alcance personal de la regulación del trabajo a toda prestación de servicios personal, con independencia de la modalidad específica de su ejecución.
14. Finalmente, se requieren de nuevas formas de organización económica y social para garantizar la protección de los derechos e intereses de los trabajadores.

La ambivalencia del Acta de Conciliación y Mediación en el caso Diposa.

Gregor BARSCHI VAISMAN¹

SUMARIO

- Introducción.**
- 1. Las zonas grises entre el Derecho Mercantil y el Derecho Laboral.**
 - 2. El caso Diposa.**
 - 3. Las cláusulas del contrato de concesión mercantil entre Distribuidora Polar y los Transportistas.**
 - 4. El contrato de concesión mercantil.**
- Conclusiones.**

Introducción

Existe un territorio de zonas grises entre el Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo que se caracteriza, entre otros aspectos, por la voluntad contractual de las personas y por las modalidades de prestación personal de servicios. En virtud de lo anterior, el contrato o relación de trabajo coexiste con diversas modalidades negociables tales como el Contrato de Concesión o también llamado de distribu-

¹ **Universidad Central de Venezuela**, Abogado. Especialista en Derecho Mercantil, Doctor en Ciencias *mención Derecho*, Cursante. **Universidad de Boston**, Massachussets U.S.A, *Magister* en Leyes, **Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA)**, Especialista en Gerencia Legal Corporativa.

ción, el Contrato de Obra y el Contrato de Sociedad, que implicarían, de igual modo, la prestación personal de servicios al margen del Derecho del Trabajo

En Venezuela se consideran los actos de prestación personal de servicios como propios del Derecho del Trabajo, ello obedece a la socialización de esta especialidad. En este sentido y en otras latitudes, Márquez Ferrer² expresa que la corriente expansiva, identificada como socialización del Derecho del Trabajo, se manifiesta por medio de: a) la marginación de la ajenidad (prestación de trabajo por cuenta ajena); b) la relajación del concepto de dependencia; c) la radicalización de los principios de irrenunciabilidad laboral y d) la desnaturalización de la presunción de laboralidad.

Ahora bien, entre el Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo existe un ámbito que impone un análisis, el cual debe conducir a distinguir con claridad los actos de cada una de estas disciplinas.

En este escenario y sobre la base de la Sentencia N° 98-546 del 16 de marzo de 2000 (Félix Ramón Ramírez y otros contra Distribuidora Polar), caso Diposa, dictada por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, se puso de manifiesto la controversia jurídica que surgió entre el Derecho Mercantil y el Derecho Laboral. En lo que respecta a los caracteres esenciales del contrato de trabajo en lo atinente al contrato de concesión, y en relación con las consecuencias de esta sentencia, la parte actora alegó estar vinculada con la demandada (Distribuidora Polar, S.A. Diposa) por intermedio de una relación de trabajo, y la demandada negó la cualidad de trabajadores a su servicio de los actores y argumentó la existencia de una relación mercantil entre su representada y unas sociedades mercantiles a propósito de la distribución y comercialización de productos de cerveza y malta que serían revendidos dentro de zonas geográficas determinadas. Así, mientras los actores sostenían su naturaleza laboral (contrato de trabajo), la accionada le imputó cualidad mercantil (contrato de concesión o distribución).

La sentencia favoreció a los actores, lo que da a entender que se habría verificado la simulación de contratos mercantiles con el fin de evadir las responsabilidades legales implícitas en una relación laboral.

En relación con lo anterior, es importante señalar que el Contrato de Trabajo, según lo establece el artículo 67 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999, es aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y remuneración.

² MÁRQUEZ FERRER, V. “El desbordamiento del Derecho del Trabajo”, en **Fronteras del Derecho del Trabajo**. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000, pp. 56-58.

Por su parte, el Contrato de Concesión, es un convenio en virtud del cual, un empresario, persona física o jurídica, se obliga a comercializar, de manera permanente y en forma cualitativa y cuantitativamente predeterminada, los bienes producidos por otro empresario³.

Si se toma en consideración lo señalado en cuanto al Contrato de Trabajo y el Contrato de Concesión, se observa la existencia de posiciones en conflicto, así como también áreas no delimitadas que forman las llamadas zonas grises.

En este contexto resulta oportuno señalar que los actos laborales son de carácter público y de inminente interés social. Esto lo corrobora la Constitución Nacional (1999) cuando establece en su artículo 89 la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, en el sentido de prohibición de éste de desistir de la titularidad de un derecho mediante pacto, expreso o tácito, con el patrono.

Los actos mercantiles son propios del Derecho Privado; en ellos rige la voluntad de los particulares cumplida en su propio nombre y beneficio. Por el contrario, en los actos laborales, predomina el interés general frente al individual del Derecho Privado. Sin embargo, a pesar de esta distinción existen zonas que se superponen donde se dificulta discernir entre los actos mercantiles y los actos laborales; estas zonas, tal como se señaló anteriormente, son las denominadas zonas grises.

La falta de precisión en estas zonas grises y la tendencia de socializar el Derecho Privado en los últimos tiempos ha generado crisis, no sólo en la producción de sentencias sino en el manejo conceptual del Derecho Público y del Derecho Privado.

Lo expuesto en los párrafos precedentes lleva a profundizar lo relativo a las zonas grises existentes entre el Derecho Mercantil y el Derecho Laboral, tomando en consideración el contrato de concesión mercantil celebrado entre Distribuidora Polar y los transportistas a partir de lo establecido en el caso Diposa.

1. Las zonas grises entre el Derecho Mercantil y el Derecho Laboral

En el Derecho Romano se consideró el Derecho Privado como el que tiene que ver fundamentalmente con la utilidad de los particulares. En contraposición, el Derecho Público regula todos aquellos aspectos relativos al interés de la República. Esta concepción romanista, con el desarrollo de las actividades económicas y sociales, ha venido variando constantemente, lo que ha motivado la intervención

³ CARBALLO MENA, C. y VILLASMIL PRIETO, H. "El Objeto del Derecho del Trabajo", en **Fronteras del Derecho del Trabajo**. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000, pp. 109-110.

del Estado en los asuntos privados para proteger los intereses de los particulares, vinculados también al interés público. En consecuencia, entre el Derecho Mercantil y el Derecho Laboral existe un territorio de zonas grises que básicamente se conforma por la invasión conceptual de una disciplina en otra ocasionando con ello nuevas expresiones que deben ser delimitadas para restringir los márgenes de interpretación.

En este contexto, *las zonas grises son la expresión que se utiliza para referir las áreas donde convergen criterios o interpretaciones contrapuestas en torno a la naturaleza o aplicación de un principio determinado*, tal y como ocurrió en el caso Diposa.

La existencia de las zonas grises se traduce en ambigüedades o imprecisiones que pueden incentivar la conflictividad judicial en todas las manifestaciones contractuales que comprendan la prestación de servicios, por consiguiente, la ausencia de criterios estables configura la zona gris, de tal modo que se hace necesario demarcar los territorios de los actos mercantiles y los actos laborales en los casos donde se involucre la prestación de servicios y, muy especialmente, ante la presencia de contratos de concesión mercantil, también llamados de colaboración empresarial como se ha señalado.

En este sentido, en numerosas ocasiones, la vestimenta mercantil es planteada por los patronos para eludir la aplicación de la normativa laboral en perjuicio del trabajador. En otros casos, las formas mercantiles antes expuestas son utilizadas para documentar una relación donde el sujeto que presta un servicio o realiza una actividad lo hace con sus propios elementos materiales, a su propio riesgo, en este escenario, la forma mercantil es escogida en ausencia de toda intencionalidad fraudulenta como la que mejor se adapta a las peculiaridades de la relación contractual.

Estos dos extremos configuran las zonas grises que podrían permitir que los contratos de concesión mercantil con intenciones de fraude queden disimulados, lo cual es contrario al desarrollo social de la empresa, en efecto, Roberto García Martínez señala: “El bienestar social, las relaciones entre empresarios y trabajadores y entre empresarios y organizaciones sindicales, el pago de remuneraciones justas, un sistema de seguridad en el empleo, etc., revierten sobre la economía, a la vez que ponen en constante movimiento y vuelcan en el mercado el beneficio que los trabajadores reciben”⁴.

⁴ Roberto GARCÍA MARTÍNEZ. **El Derecho del Trabajo en el Desarrollo Económico y Social** en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Nos. 95-96. Año XL. Editorial Sucre. Caracas, Venezuela. Enero-Junio 1984, pp. 70.

2. El caso Diposa

El caso Diposa se ha convertido en un material jurídico de mucha importancia debido a las derivaciones y a las controversias que ha habido alrededor de las decisiones tomadas en cada una de las instancias por las que ha atravesado. En primer lugar, habría que señalar que se inicia cuando un grupo de ciudadanos en su calidad de personas naturales demandan a Distribuidora Polar S.A., ante el Juzgado Tercero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, por pago de prestaciones sociales y otros conceptos⁵.

Posteriormente, el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la misma circunscripción, dicta sentencia definitiva en fecha 28 de mayo de 1998, en la que declara sin lugar la demanda, apreciándose en dicho documento que los contratos de compraventa mercantil que utilizó la demandada para contratar con sus vendedores no fueron desconocidos, quedando asentado que estos contratos producen plenos efectos probatorios y por consiguiente, constituían la verdadera confesión espontánea de los actores respecto a las condiciones bajo las cuales prestaban sus servicios, ratificando en consecuencia la sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda en Charallave de fecha 19 de febrero de 1998.

Esta sentencia señala que los demandantes (transportistas), eran accionistas o socios mayoritarios o, en todo caso, representantes legales que adquirirían al mayor, productos manufacturados por la demandada para luego revenderlos al detal, devengando con ello su correspondiente ganancia. Por tal virtud, la misma acta señala que no es posible alegar como impedimento para la celebración de dicho acuerdo la aplicación *a priori* de cualquiera de los principios rectores del Derecho del Trabajo, y en particular la irrenunciabilidad, o de cualquiera de los principios del Derecho Mercantil. Por consiguiente, se afirma que se trata de un asunto de hecho que no afecta el orden público, el que las personas decidan celebrar contratos mercantiles en lugar de contratos de trabajo. Por ello, a los demandantes no les corresponde recibir ninguna de las cantidades que fueron demandadas debido a que de las actividades descritas no es posible deducir la existencia de una relación de trabajo.

De las pruebas aportadas por las partes se derivan una serie de elementos fácticos que concurren a demostrar que entre los demandantes y la demandada se llevaban

⁵ República de Venezuela 28 de mayo de (1998) *Enrique José Rondón y Jesús del Valle Ramos Vs Distribuidora Polar, S.A. (Diposa)*. Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en Los Teques. Sentencia del tribunal, Expediente N° 980946.

a efecto operaciones que eran tipificadas como contrato de compra-venta, tal y como lo sostuvo la demandada en sentencia del Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en Los Teques, en cuya sentencia de fecha 28 de mayo de 1998, se aprecian estos argumentos:

...Tal y como se evidencia en los autos, de acuerdo con documento acompañado por la demandada y no impugnado por los actores en fecha 01 de noviembre de 1988 el codemandante Rondón adquirió de Pablo Bernal Tovar un fondo de comercio y los derechos de un contrato de exclusividad de venta de cerveza y malta en una zona determinada celebrado con la demandada por el cedente, constando en dicho documento la aceptación de la demandada. Tal circunstancia coincide con el documento tampoco impugnado por los demandantes, según el cual Rondón presentó renuncia a su cargo en Distribuidora Polar en fecha 26 de octubre de 1988 para aprovechar la oportunidad que le brindaba la empresa de adquirir una zona de venta. Es importante hacer notar que de dicha carta de renuncia no puede derivarse como ha sido alegado que el codemandante Rondón haya sido obligado a cambiar sus relaciones con la demandada, igualmente, el recibo de liquidación de prestaciones sociales respectivo, hace pensar que fue la intención de las partes desde el punto de vista formal dar por terminada la relación de trabajo sostenida hasta ese momento⁶.

La demandada acompañó a su contestación un contrato suscrito entre ella y Rondón relacionado con la concesión por parte de la demandada a Rondón que establece el derecho a revender con carácter de exclusividad cerveza y malta en una zona específica en la ciudad de Charallave, a su vez Rondón se compromete a comprar de contado esos productos a la demandada a los precios vigentes y posteriormente revenderlos con sus propios camiones de manera de cubrir adecuadamente la demanda de los productos objeto de ese contrato. Conforme establece la citada sentencia, el contrato de compra-venta o concesión mercantil no fue desconocido y por ende produce plenos efectos probatorios, por lo que Enrique José Rondón, es un comerciante, tal y como sostiene la demandada, cuyas actividades mercantiles se desarrollaron en Santa Teresa del Tuy, Estado Miranda, siendo el objeto de su actividad mercantil el negocio de compra-venta de cerveza y malta con su propio capital e instrumentos de trabajo.

En virtud de ello, los demandantes introducen un recurso de casación por ante la (para la época) Corte Suprema de Justicia. Ésta estudia el caso y en su Sentencia

⁶ República de Venezuela 28 de mayo de (1998) *Enrique José Rondón y Jesús del Valle Ramos Vs Distribuidora Polar, S.A.* Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en Los Teques. Sentencia del tribunal. Expediente N° 980946.

Nº 98-546 del 16 de marzo de 2000,⁷ observa que “En el caso examinado el Juez de Alzada consideró, en forma preliminar, como aplicables los artículos 39 y 65 de la Ley Orgánica del Trabajo. El primero de ellos establece una definición legal de qué se debe entender por trabajador, a tal efecto dice la norma que es la persona natural que realiza una labor de cualquier clase, por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra y debe ser remunerada, y, el segundo, ya referido, consagra la presunción desvirtuable de existencia de la relación de trabajo”. Según el análisis de la Sala Social “... yerra el Juez de Alzada cuando establece la aplicación conjunta de los artículos 39 y 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, al señalar que ‘a fin de poder precisar si los actores fueron trabajadores de la demandada, es necesario determinar si se presentaron los requisitos legales para que se configure el carácter de trabajador’, pues, tal como ya fue indicado, el actor debe alegar y demostrar la prestación de un servicio personal a un sujeto no comprendido dentro de las excepciones establecidas en la norma, para que se presuma la existencia de la relación de trabajo, es decir, para que se tenga como plenamente probada la relación de trabajo entre quien presta el servicio personal y quien lo recibe, con todos los requisitos de ley, excepción hecha de los alegatos y pruebas de la demandada para desvirtuar la presunción. Pero en ningún caso el juez debe partir del supuesto de que es al trabajador a quien le corresponde demostrar su condición de tal y que ello debe concurrir con la comprobación de la prestación del servicio personal, pues tal razonamiento y conclusión hace ilegalmente gravosa la carga probatoria del trabajador y constituye una falta de aplicación del artículo 1.397 del Código Civil, que niega la protección al trabajador que dimana de la presunción legal y se traduce en un error de juicio que hace pasible el fallo de ser anulado por esta Corte de Casación”.

De esta explicación es posible inferir que, en el caso de la sentencia de la Sala Social, ésta encuentra problemas procedimentales y falta de aplicación correcta de los artículos 39 y 65, pero en realidad deja un vacío en cuanto al problema de fondo de la cuestión, es decir, la naturaleza y atributos del contrato de concesión mercantil que como se señaló anteriormente, no fue impugnado por los demandantes. De hecho, como señala la propia acta de manera concluyente, “esas sociedades mercantiles no son parte de este juicio”.

Para ratificar lo anterior, en uno de los apartes de la sentencia se puede observar que la Sala Social expone su argumentación en los errores encontrados en la sentencia del Juez de Alzada, por lo tanto, en las fallas de la sentencia desde el punto

⁷ República Bolivariana de Venezuela. 16 de marzo de 2000. Recurso de Casación. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Expediente 98-546.

de vista jurídico, esto es, en la falta de aplicación tanto de los artículos 39 y 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, como de los artículos 1.166 y 1.397 del Código Civil:

Por todo ello esta Sala considera que la existencia de un contrato de compra-venta mercantil entre dos personas jurídicas y la prestación del servicio personal por otra persona distinta a los demandantes, de manera ocasional, no son suficientes para desvirtuar la existencia de la relación de trabajo, pues de las pruebas examinadas por el juez de Alzada se evidencia que no fueron destruidos los elementos característicos de la relación de trabajo: prestación personal del servicio, labor por cuenta ajena, subordinación y salario, pues no basta la existencia de un contrato mercantil entre el patrono y un tercero y la prestación accidental del servicio por otra persona, por aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y de primacía de la realidad, antes referidos, para desvirtuar la presunción laboral, sino que debió el patrono demostrar con plena prueba que la prestación personal del servicio se efectuó en condiciones de independencia y autonomía, que permitieran al juez arribar a la absoluta convicción de que la relación jurídica que los vincula es una condición jurídica distinta, circunstancia esta última ausente en el caso examinado, y, como se ha demostrado en el caso de autos, que los actores prestaban un servicio personal a la demandada y que ésta no desvirtuó la presunción legal, ha debido el Juez aplicar la norma al caso concreto, porque de no ser así evadirían fácilmente el cumplimiento de las normas en materia de Derecho Laboral.

En conclusión, las faltas en que incurre el juez en la sentencia examinada, al considerar que la relación existente entre los actores y la demandada era de carácter mercantil, en violación de las normas antes indicadas, constituye un error de juicio que se manifiesta en la falta de aplicación de los artículos 39 y 65 de la Ley Orgánica del Trabajo y de los artículos 1.166 y 1.397 del Código Civil⁸.

Luego de la aparición de esta sentencia en la que el Tribunal Supremo declara con lugar la relación laboral de los transportistas con Empresas Polar, en fecha posterior (17 de octubre de 2002)⁹ las partes acordaron por medio del Acta de Conciliación y Mediación, la cual abre la posibilidad de un vínculo mercantil en relaciones de esta naturaleza. El contenido de esta Acta concluye expresando que: no

⁸ República de Venezuela 28 de mayo de (1998) *Enrique José Rondón y Jesús del Valle Ramos Vs Distribuidora Polar, S.A.* Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en Los Teques. Sentencia del tribunal. Expediente N° 980946.

⁹ República Bolivariana de Venezuela 17 de octubre de 2002. *Acta de Mediación y Conciliación entre César Giral y Distribuidora Polar, S.A.* Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Expediente N° 02-079. Caracas.

es posible considerar a los demandantes como trabajadores dependientes de las demandadas, ni aun si las actividades invocadas no se hubiesen realizado en cumplimiento de los Contratos de Concesión Mercantil celebrados entre las demandadas y las Sociedades Mercantiles representadas por los demandantes, sino en cumplimiento de una relación directa, pero independiente entre los demandantes respectivos y las demandadas respectivas. Por ello, concluyen las partes que a los demandantes no les corresponde recibir ninguna de las cantidades que fueron demandadas pues de las actividades descritas no es posible deducir la existencia de una relación de trabajo bajo dependencia de las demandadas.

De lo anterior es posible inferir que los jueces tendrán la libertad de producir sentencias que podrán ser mercantiles en unos casos y laborales en otros, según la naturaleza de los argumentos, aun cuando se haya establecido la condición mercantil del vínculo.

3. Las cláusulas del contrato de concesión mercantil entre Distribuidora Polar y los Transportistas

Entre Distribuidora Polar y la sociedad distribuidora se celebra un contrato mediante el cual esta última paga un precio a cambio de actuar como distribuidora exclusiva de cerveza y malta, lo cual debe hacer en una zona geográfica determinada y con el compromiso de distribución exclusiva de productos de Empresas Polar, quedando establecido en el referido contrato de concesión las siguientes obligaciones:

3.1 La sociedad distribuidora compra la cerveza y malta de la empresa cervecera a un precio de mayorista con el objeto de revenderla a sus clientes finales (los detallistas) a un precio mayor sugerido, por lo tanto, la ganancia es la diferencia de ambos precios.

3.2 Los productos no vendidos, no pueden devolverse a la empresa. Así mismo, el contrato estipula que los gastos de mantenimiento de los camiones son por cuenta de la sociedad distribuidora, quien además se hace responsable de la carga transportada.

3.3 La sociedad distribuidora puede contratar personal de asistencia; igualmente, al ser sociedades mercantiles, sus acciones pueden ser cedidas a terceros, en cuyo caso el precio de la cesión dependerá del valor potencial representado en ventas que tenga la zona asignada.

3.4 La sociedad distribuidora asume el riesgo por el no pago de sus clientes, por lo que sólo recibe ingresos si logra concretar las ventas.

Cabe señalar que los camiones objeto de estos contratos deben llevar el logotipo de la empresa; asimismo, el vaciado de las botellas se efectúa en horarios preestablecidos para el canje en los puntos que tiene Distribuidora Polar en el territorio nacional y de acuerdo con las zonas geográficas de distribución.

4. El contrato de concesión mercantil

El contrato de concesión mercantil no está regulado y se asimila a las disposiciones que contiene el Código de Comercio relativas a la comisión mercantil, por lo que nos parece importante mencionar algunas de estas disposiciones. La más expresa de ellas aparece en el artículo 376, donde se define al comisionista como "... el que ejerce actos de comercio en su propio nombre por cuenta de un comitente". Con base al enunciado anterior, Morles señala que "La comisión es lo que en Derecho Civil se llama mandato sin representación, siendo la comisión un acto de comercio aun cuando se trate de un acto aislado o único, es decir, aun cuando no sea realizado como profesión o como acto de empresa. Por consiguiente, El mandato comercial es el contrato que permite el cumplimiento del negocio (acto de comercio) –bajo el nombre del comitente– (artículo 379 del Código de Comercio). Es un mandato con representación. El elemento que determina la comercialidad de la comisión y del mandato comercial es su vinculación con un negocio mercantil". "De igual manera, el negocio jurídico que se llama mandato en el ámbito civil se denomina comisión en el mercantil".¹⁰ En concordancia con lo anterior, Barboza Parra sostiene que "se puede precisar que el elemento que caracteriza al comisionista, es que se trata, en principio, de un mandatario, para ejecutar actos que estén individualmente determinados, en consecuencia, entre el comisionista y su comitente, se plantea una relación de mandato, y por tanto, la misma se disciplina por las disposiciones propias del contrato de comisión y por las del mandato en general, precisándose además que el comisionista no contrata para sí sino para su comitente, y en consecuencia, nada adquiere para sí, sólo detenta la cosa, que recibe en su propio nombre pero por cuenta de éste".¹¹

Por tratarse de un contrato, tal como se evidencia en los autores citados, la comisión comporta derechos y obligaciones recíprocas. Así, el artículo 382 del Código de Comercio tipifica en relación con las obligaciones del comisionista que "Aceptada expresa o tácitamente la comisión, el comisionista debe ejecutarla y concluir-la y no haciéndolo, sin causa legal, responderá al comitente de los daños y perjui-

¹⁰ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil* (tomos 1, 2 y 3). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2002, pp. 543.

¹¹ BARBOZA PARRA, Ely Saúl *Derecho Mercantil: Manual Teórico Práctico*. McGraw Hill, 1998, Caracas, pp. 473.

cios que le sobrevinieren. Pero si la comisión requiere provisión de fondos, el comisionista no está obligado a ejecutarla aunque haya aceptado, mientras el comitente no le haga la provisión en cantidad suficiente, y aún podrá suspender la comisión cuando se haya agotado la provisión recibida”; asimismo, también tiene (el comisionista) la obligación de seguir las instrucciones previstas en el artículo 385 del Código de Comercio. Por ejemplo, “El comisionista debe sujetarse estrictamente a las instrucciones de su comitente en el desempeño de la comisión...”

En relación con las prohibiciones, el Código de Comercio señala en su artículo 388 “Se prohíbe a los comisionistas representar en un mismo negocio intereses opuestos, sin consentimiento expreso de los interesados”, siendo además un derecho del comisionista exigir una contraprestación económica, tal y como lo señala el artículo 389 del Código de Comercio “El mandatario mercantil tiene derecho a exigir una remuneración por el desempeño de su encargo...”

Las referencias anteriores del Código de Comercio llevan implícitas las funciones de “auxiliar del empresario” que cumple el comisionista, es decir, que por el hecho de ser un colaborador, sujeto a unas cláusulas contractuales determinadas, su actividad lo asimila al ámbito del Derecho Mercantil. Y es por ello que el estudio de la comisión debe realizarse como parte de los contratos mercantiles. Es por esta razón que el contrato de concesión mercantil también es conocido con el nombre de contrato de colaboración empresarial, el cual debe su nombre al carácter funcional, ya que desde la perspectiva económica permite crear, mantener o aumentar la clientela existente y, al mismo tiempo, posibilita al fabricante la creación de canales de distribución para sus productos, trasladando los costos de esta operación a terceros, quienes a su vez obtienen un incentivo económico.

Bajo estos lineamientos planteados en defensa de la mercantilidad de los contratos de concesión, se puede afirmar que la utilización de los contratos de concesión facilita la interacción entre el fabricante y el consumidor final, lo cual supone una serie de relaciones contractuales que, tal y como hemos señalado, han dado lugar a la existencia de zonas grises entre el Derecho Laboral y el Derecho Mercantil.

En virtud de las consideraciones señaladas anteriormente y en atención a los aspectos contractuales, el concesionario –al igual que el comisionista– asume los riesgos inherentes a la actividad de comercialización propiamente dicha y todo lo que ella implica; estos riesgos suponen, en la mayoría de los casos, el almacenaje, transporte y la gestión de cobranza de la mercancía objeto del contrato a terceros, destacando que toda esta actividad se lleva a cabo en nombre propio y por cuenta de un comitente, para quien la efectúa con carácter de exclusividad salvo pacto contrario.

En relación con el precio de venta por parte del concesionario, éste es pactado por el fabricante en acuerdo con el concedente, por lo tanto es producto de la negociación, siendo por consiguiente resultado de un convenio, una utilidad representada en un porcentaje de la venta de los insumos que adquiere el concedente.

El carácter de los contratos mercantiles, o la “mercantilidad” de éstos, ya circunscritos al caso Diposa, queda respaldado en el Acta de Mediación y Conciliación, dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, el día 17 de octubre de 2002, donde se asientan los resultados del proceso de Mediación y Conciliación a petición de las partes, entre los transportistas y Distribuidora Polar, S.A. (Diposa) por ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Este procedimiento ha dado lugar a un acto sin precedentes en el acontecer jurídico nacional, donde se reconoce en lo atinente al contrato de concesión que éste no afecta al orden público y, por ende, las personas pueden celebrar contratos mercantiles en lugar de contratos de trabajo, tratándose entonces como el acta señala, de un problema de hecho, cuya solución dependerá en cada caso de las características que hayan tenido las correspondientes relaciones.

Por su parte, el artículo 55 de la Ley Orgánica del Trabajo, a título de complementar el punto de vista anterior dispone: “no se considerará intermediario y en consecuencia no comprometerá la responsabilidad laboral del beneficiario de la obra, el contratista, es decir, la persona natural o jurídica que mediante contrato se encargue de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos”.

Finalmente, es importante destacar la existencia de una ambigüedad jurídica entre la aplicación del contrato de concesión mercantil y el Derecho Laboral, la cual hemos venido asumiendo como una zona gris, por cuanto, si bien es cierto que ésta aclara el panorama jurídico, tras un vacío de dos años, no es menos cierto que este tema seguirá vigente y traerá sucesivas discusiones interpretativas, más aun siendo la naturaleza de los contratos de concesión mercantil reivindicada por el acta en cuestión, dejando al margen los elementos característicos de una relación laboral.

Conclusiones

La ambigüedad para determinar con exactitud la naturaleza de los actos mercantiles con respecto de los laborales, no se ve favorecida con el acta de mediación y conciliación, ya que ésta propicia un escenario ambivalente, ya que esa misma acta reconoce la mercantilidad de los contratos de concesión mercantil, dejando un amplio espectro de discrecionalidad que en muchos de los casos podría no beneficiar completamente a los trabajadores.

La solicitud sexual en las relaciones de trabajo (Acoso u hostigamiento sexual en el trabajo)

José Dionicio BENAVENTA MIRABAL¹

SUMARIO

- Introducción.**
- 1. Aspectos generales.**
- 2. Antecedentes.**
- 3. Concepto.**
- 4. Requisitos esenciales para su existencia.**
- 5. Normativa que regula la materia en Venezuela.**
- Conclusión.**

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad, exponer el tema de la Solicitud sexual en las relaciones de trabajo, también denominado por otros autores como acoso u hostigamiento sexual en las relaciones laborales.

El tema no es nuevo; es bastante antiguo tanto en Europa como en América. Sin embargo, tuvo su relevancia jurídica específicamente en las relaciones laborales,

¹ **Universidad Arturo Michelena**, Abogado. Maestría en Derecho del Trabajo. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Profesor de Derecho del Trabajo II. Autor de obras escritas.

a partir de los años '70 del siglo XX. Desde entonces los estudiosos de la materia, se han preocupado por regular una situación que había estado oculta o camuflajeada dentro del campo laboral; esto debido a la presión de diferentes factores que se conjugan dentro de ese ambiente, tales como la participación cada vez más protagónica de la mujer en el mercado laboral y en los distintos espacios de la vida en sociedad, la promulgación de normas, tanto nacionales como internacionales, para la protección e igualdad de derechos de la mujer y en fin, una serie de motivos que cada día surgen por la presencia femenina dentro del conglomerado social.

En Venezuela, se ha dado poca importancia a este tema de interés y relevancia mundial. No se han promovido talleres, seminarios, ni ningún tipo de información que permita determinar con precisión la existencia del llamado acoso u hostigamiento sexual, y como tal, no existe norma expresa constitucional ni ley que regule o especifique algún procedimiento expedito para descubrir, determinar, tramitar y sancionar una realidad presente desde hace mucho tiempo en la interrelación de hombre-mujer y viceversa, en las relaciones de trabajo en la cual se desempeñan.

Esta investigación persigue por tanto, incentivar a la iniciativa legislativa, doctrinaria y jurisprudencial del Derecho Laboral venezolano, a pronunciarse en relación con este asunto, lo que contribuiría al mejoramiento de la convivencia entre los trabajadores, y a éstos con la empresa, propiciando unas relaciones armoniosas dentro del trabajo, que se reflejarían en mayor productividad, respeto, libertad, participación y comunicación, tanto en las empresas privadas como dentro de la actividad pública.

1. Aspectos generales

Se ha verificado en líneas generales que la solicitación, acoso u hostigamiento sexual en las relaciones del trabajo; está más difundida de lo que la gente se imagina, pero un punto fundamental que debe tomarse en cuenta, es comprobar la existencia y gravedad en los lugares de trabajo donde ocurre este tipo de comportamiento o conducta de la persona humana.

Las consecuencias para quienes lo sufren, lo viven o han vivido, son bastante graves, incluso traumáticas, las cuales llevan como ápice las secuelas psicológicas y por supuesto, la pérdida del puesto de trabajo y muchas veces de los beneficios que de ella se derivan. La persona acosada dentro del trabajo, podría estar condicionada a un cambio de empleo, despido, trayendo como consecuencia trastornos psicológicos, físicos, morales y mentales, y la mayoría de las personas que son

objeto de un acoso o solicitud sexual prefieren ignorarlo, justamente porque su denuncia o protesta sobre el hecho, en nada resolvería el problema sino, que por el contrario, lo agravaría aún más.

Es necesario, antes de continuar, expresar que las características biológicas, psicológicas y físicas, tanto del hombre como de la mujer, son innegablemente de atracción, es decir, sus encuentros afectivos y sexuales están dentro del proceso normal de una relación hombre-mujer o viceversa, y esto va implícito porque el ser humano equilibrado, tiene como atributo individual la racionalidad, que lo diferencia en la especie animal, y esto lo lleva a ser un ser sociable, gregario, que va a determinar la relación con otros semejantes para ayudarse y realizar actividades para favorecerse mutuamente. Por otro lado, la sexualidad es una parte identificatoria del ser humano, desde que nace y hasta la muerte, de manera que los atributos de sociabilidad que se entablan entre ellos y de los cuales puedan surgir identificaciones y participación mutua, concertada, consentida, y voluntaria de mantener una relación amorosa, está dentro de las condiciones normales del ser humano, puesto que la presencia de hombres y mujeres en el trabajo tiende a generar ciertos momentos de excitación y energías de atracción, lo que propicia el dejar de lado inhibiciones para integrarse dentro de un conglomerado laboral, donde la intimidad, tanto del hombre como de la mujer, deberían pasar a un segundo plano, puede suceder que entre ellos surjan y se desarrollen relaciones íntimas en base a una atracción nacida en el lugar de trabajo y mutuamente consentida y aceptada.

En nuestra sociedad existe una libertad sexual, que consiste en disfrutar sin tener inhibiciones de ninguna índole de todas las partes del cuerpo, ocurriendo a veces, que las personas mantienen relaciones afectivas o amorosas estables, pero éstas también pueden estar encuadradas simplemente en relaciones sin ningún tipo de nexos ni responsabilidades, caso éste último, cada vez más presente dentro de la actividad laboral.

Investigaciones realizadas en España, concluyen revelando que las trabajadoras comprendidas en las edades entre 26 y 30 años, son las que tienen mayor probabilidad de padecer una solicitud sexual que las de otra edad, por supuesto, esto no menoscaba que esté presente esta conducta dirigida a otras edades. De igual forma están propensas en un alto índice para ser objeto de una solicitud sexual, las mujeres separadas, las divorciadas o viudas, no solamente para acosarlas, sino que, la conducta dirigida hacia ellas, es atacarlas en su expresión más brutal, más dura, en virtud de su estado civil, y generalmente no es dirigida a mantener una relación amorosa estable. Todos estos aspectos se dan en virtud de la incorporación de la mujer en el campo del trabajo, lo que conlleva a hacer más flexibles,

sinceras y evidentes estas relaciones, aunado al liberalismo sexual y las luchas llevadas a cabo por los movimientos feministas que han logrado ciertas reivindicaciones, y han impulsado al sexo prematrimonial y las aventuras extramatrimoniales, que son en estos tiempos más comunes y frecuentes, lo que algunos autores suelen llamar “la nueva revolución sexual”. De tal manera, que las oficinas que anteriormente estaban dispuestas a ser dirigidas por hombres, con la incorporación y participación de la mujer en tales sitios, se ha convertido en un lugar propicio para que tanto hombres como mujeres estén predispuestos a un idilio o una relación amorosa por el contacto directo y diario que tienen en el lugar de trabajo: Incluso muchos matrimonios y relaciones estables han surgido precisamente de su lugar de trabajo, en forma consentida, voluntaria y aceptada por ambos. Pero, al no existir este consentimiento mutuo, sino que por el contrario, existe el rechazo del solicitado o solicitada, podríamos decir que estamos en presencia de un acoso sexual, porque no existe correspondencia a las insinuaciones, actos o actividades de características sexuales, pudiendo generar incluso sufrimiento, humillación, enojo, a quien ha sido víctima de tales acciones sexuales.

Debe existir entonces, un acto que vulnere la sexualidad de una persona por parte de otra, en el marco de la relación laboral, con la intención de limitar o negar sobre la base del sexo, su participación activa, íntegra en los servicios que preste o pueda prestar en su lugar de trabajo, sobre los beneficios o reconocimientos que puedan recibir por la prestación de sus servicios personales, generando una hostilidad ofensiva o intimidatoria para el solicitado o solicitada.

2. Antecedentes

Sobre la materia del acoso, hostigamiento o sollicitación sexual en las relaciones de trabajo, puede decirse que esa actitud del ser humano no es reciente, sino que tiene unos antecedentes históricos, en efecto, Waman Puma, cronista de la colonia, escribió en 1615: “las indígenas fueron para los conquistadores el otro oro de América”², es decir, que los conquistadores no sólo perseguían los tesoros de nuestra América, sino que también las mujeres indígenas fueron consideradas como tales, justamente porque la sociedad tradicional española, perseguía como guerra religiosa a toda libertad sexual. Al llegar los conquistadores a la América dieron rienda libre a sus instintos, sometieron a las indígenas al trabajo y las hicieron objeto y víctimas de sus lujurias; incluso manifestaba ese cronista, que la iglesia

² JARAMILLO TERÁN, Fabián. **El Hostigamiento Sexual en las Relaciones Laborales**. Jornada Iberoamericana y del Caribe de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (18 al 21-10-1994). San Juan de Puerto Rico, pp. 4-5.

en cierta forma toleraba y era cómplice de estos actos de acoso o solicitud sexual para satisfacer fines perversos.

Pero las relaciones entre españoles e indígenas no solo fueron violentas, sino que muchas mujeres indígenas buscaban relacionarse con los conquistadores para beneficiarse ellas mismas y también sus hijos, quienes al nacer de la unión de indio y español, es decir, mestizos, podrían tener ciertas prerrogativas para el trabajo, al castigo y por supuesto, en cuanto al pago de impuestos por ser indios. En virtud de la existencia de esta práctica, la Corona Española dicta regulaciones de carácter moral y protectoras para la mujer indígena,

en una carta del Rey al comendador Obando de 15 de noviembre de 1505, se instruí que se castigase levemente los delitos sexuales de las mujeres indias y rigurosamente a los españoles culpables evitando el escándalo. El 04 de diciembre de 1528, se dictaron ordenanzas que prohibían a los encomenderos retener en su hogar a indígenas separadas de sus maridos e hijos, aunque formalmente ellas dijeran hacerlo voluntariamente y por una paga³.

Estos podrían ser los primeros antecedentes históricos en cuanto a la legislación o regulación sobre esta materia en nuestro Continente. Una cédula real de Felipe III, manifestaba posteriormente, que ni siquiera las indígenas casadas podrían servir en casa de españoles si no trabajaban allí también sus maridos en la misma casa y por supuesto, tampoco las solteras sin que existiera la expresa manifestación del padre y la madre. Es bien sabido que las Leyes de Indias, no tuvieron una aplicación efectiva en la protección del indígena, pues en el fondo lo que evitaban era la proliferación de nacimientos de hijos mestizos que al estar dentro de esta categoría, estaban libres del pago de impuestos, y no forzados o, tener ciertas prerrogativas en cuanto al trabajo.

En el caso de Venezuela, este tema ha sido prácticamente ignorado en el orden legislativo y divulgativo. No existe actualmente una norma que regule tal hecho desde el punto de vista laboral –a excepción de la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia en su artículo 22–, a pesar de que existen normas dentro de la Ley Orgánica del Trabajo que protegen a la mujer trabajadora en todos los aspectos, pero es innegable la existencia todos los días y en cada lugar del país, en diferentes y diversas formas, de la solicitud, hostigamiento y acoso sexual en las relaciones de trabajo. Este tema no ha sido tratado en profundidad en la doctrina patria, pues en razón de lo que representa el hecho, es difícil determinar o probar cuándo existe una solicitud sexual en una relación de trabajo, amén del

³ *Idem.*

carácter machista de la sociedad venezolana, que hace correr el riesgo de una sanción a aquella persona que se atreva a manifestar, denunciar o acusar a otra, de semejante conducta. Por ejemplo, una mujer sabe cuando ha sido violada y puede probarlo, pero no puede establecer a ciencia cierta ni aportar las pruebas fehacientes, de que ha sufrido o sufre un acoso sexual, porque generalmente ese comportamiento ocurre sin que existan testigos, es escurridizo, de forma que no sea descubierto.

En el sentido moderno, algunos países, han promulgado leyes que regulan el acoso o la sollicitación sexual, otros han optado por tener una normativa de carácter general, inclusive algunos de los pocos autores que opinan sobre esta materia, manifiestan que el término acoso sexual, hace su aparición en los Estados Unidos entre los años 1970 y 1975, donde ni siquiera los medios de comunicación empleaban la expresión acoso sexual. Es a partir de 1980, donde se adoptan normas para sancionar este tipo de actividad en los diversos países industrializados, indicando además los autores, que lo que ha contribuido a que aquellos países regulen estos hechos, son tres elementos fundamentales:

Primero: La actividad del movimiento feminista, en los países industrializados, donde ha habido la promulgación de normas que regulan el derecho igualitario ante el hombre, de manera que ha sido importante el movimiento feminista y sus luchas para lograr sus reivindicaciones. Generalmente porque ellas han sido o son principalmente víctimas de sollicitaciones sexuales en el campo laboral.

Segundo: Con la industrialización en el mundo globalizado se ha aumentado el número de trabajadoras, como consecuencia de que ya no existe una mano de obra masculina suficiente, para ocupar esos cargos, bien porque se empleen mujeres para tener y pagar salarios ínfimos o bien, porque son labores específicas para mano de obra femenina, sobre todo en este último caso, es que han existido y se han evidenciado las sollicitaciones sexuales: para conseguir el empleo, para no perder el que ya tienen, o bien para ser ascendidas o trasladadas dentro de una estructura laboral y,

Tercero: Las primeras decisiones dictadas por los tribunales federales de Norteamérica, a finales de los años 1970, donde se manifestaba que este tipo de comportamiento sexual, era un tipo de conducta que chocaba con la ley. Estas decisiones por supuesto, fueron muy difíciles de tomar, ya que no se concebía de una manera cierta, efectivamente probable en juicio la existencia de tal situación. Sin embargo, dentro de las disposiciones que se tomaron en los tribunales de justicia de Norteamérica, estaban fundamentados este tipo de hechos, en que se prohibía la discriminación sexual en el trabajo, pero no se mencionaba efectivamente la palabra: acoso sexual.

Dentro de la materia laboral, o del Derecho del Trabajo, no es fácil determinar cuando existe un acoso o solicitud sexual. No es menos cierto que dentro de las empresas, fábricas y hasta en la Administración Pública, donde los seres humanos, hombres y mujeres conviven y hacen relaciones sociales, han surgido y nacido algunas relaciones amorosas o idilios, como en efecto muchas veces ha ocurrido entre parejas, pero la diferencia está en comprobar la conducta de una de las partes, y si ha sido aceptada o rechazada por una de ellas, para poder calificar si existe o se configura de alguna manera la solicitud, acoso u hostigamiento sexual en las relaciones de trabajo.

3. Concepto

Antes de presentar los diferentes criterios doctrinarios, es necesario tener claro el significado de lo que es: Acoso, Hostigamiento y Solicitud.

La Real Academia española define el *acoso* así: Acosar, perseguir, sin darle tregua ni reposo a un animal o a una persona.

Respecto a *hostigar* expresa: Azotar, castigar con látigo, vara o cosa semejante. Perseguir, molestar a uno ya burlándose de él, ya contradiciéndole o de otro modo. Molestar, empalagar un individuo.

Haciendo un análisis comparativo de estas dos palabras –acosar y hostigar– observamos que tienden a definir la misma cosa, existiendo una relación que es común o las une a ambas, que es la reiteración de la conducta ofensiva de un sujeto hacia otro, donde la víctima no acepta o rechaza tal acción. Los dos términos refieren la necesidad repetitiva del acto, para que pueda ser considerado como una acción contraria a los más elementales derechos del ser humano. Por la exigencia de la práctica reiterada, repetitiva y consecuente de la conducta de un sujeto para que sea denominado o se configure el acoso u hostigamiento es por lo que se prefiere denominar el presente trabajo como: *Solicitud Sexual en las Relaciones de Trabajo*, donde existen dos partes, el solicitante o sujeto activo que lleva a cabo el acto o acción, y el solicitado o sujeto pasivo a quien va dirigido el hecho con características sexuales, el cual por supuesto, éste último rechaza y no lo consiente. En esta denominación –solicitud– no es necesario que exista el hecho, acto o actividad de forma reiterada o repetitiva para considerarse que existe una conducta anómala hacia otro sujeto, es decir, es suficiente que ocurra o exista un solo acto, acción o actividad para que sea encuadrado como un comportamiento o conducta contraria a los derechos fundamentales del ser humano. Sin embargo, en el desarrollo de este estudio se emplearán indistintamente, los términos acoso y hostigamiento sexual, pero dejando claro lo antes expuesto, en virtud de que la ma-

yoría de los países industrializados que tratan la materia tales como: Estados Unidos, Alemania, Nueva Zelanda, Australia, España, Irlanda, Suiza, el Reino Unido, entre otros, emplean dentro de su contexto legal estos dos conceptos.

El término *solicitud*, viene del verbo *solicitar*, el diccionario de la lengua española lo define así: pretender, pedir con diligencia, tratar de conseguir la amistad o el amor de alguien. Cabanellas y Alcalá Zamora nos hablan de: requerimiento hecho a una mujer para conseguir sus favores físicos. De lo anterior observamos, que no es necesario la repetición o reiteración del acto para que se configure como tal.

Hecha la anterior aclaratoria, veamos algunos conceptos:

Acoso sexual, comportamiento ofensivo que consiste en solicitar favores de tipo carnal o sexual para el autor o para un tercero, prevaliéndose de un contexto de superioridad laboral, docente o análoga, a modo de contrapartida de un trato favorable en el ámbito de esa relación, o con el anuncio expreso o tácito de una conducta desfavorable si no se accede a los mismos⁴.

Diversas asociaciones feministas han elaborado el siguiente concepto:

Hostigamiento sexual: Es una conducta mediante la cual una persona ubicada en una especial situación de poder, utiliza esta posición para asediar, perseguir con insistencia a otra persona acosándola, causándole molestias en forma violenta ya sea a nivel físico o psicológico expresada en diferentes grados de intensidad. Se trata de un comportamiento que incluye toda una práctica o acción de cariz sexual, sea ésta verbal o física manifestada en forma sutil o evidente que se percibe como abusiva o indeseada⁵.

Constantino Urcuyo y Antonio Álvarez Desanti, citados por María del Rocío Carro Hernández, María del Rocío y Sonia Rodríguez Rodríguez⁶ la definen de la siguiente manera:

Se entiende por acoso u hostigamiento sexual, toda conducta no deseada, ya sea que ocurra en forma reiterada o única, que provoca un efecto perjudicial en las condiciones de empleo o de docencia, en el desempeño laboral o educativo, o en el estado de bienestar de quien la recibe.

⁴ **Acoso sexual**, Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2000. © 1993-1999. Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

⁵ CARRO HERNÁNDEZ, María del Rocío y Sonia RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: **El Hostigamiento Sexual en las Relaciones Laborales**. Guía de Estudio. San José de Costa Rica. 1994, pp. 3 y 4.

⁶ *Ibidem*, p. 4.

La definición tradicional y estricta del acoso sexual se refiere a la exigencia formulada por un superior normalmente pero no siempre de sexo masculino, a un subordinado suyo normalmente pero no siempre de sexo femenino, para que se preste a una actividad sexual si quiere conseguir o concertar ciertos beneficios laborales, por ejemplo, un aumento de salario, un ascenso, un traslado o su permanencia en el puesto de trabajo. Estaríamos aquí, en presencia de lo que se denomina el acoso sexual por chantaje, que implica un abuso de poder por parte de un superior o del empleador.

La definición más generalizada, es la de que: se trata de incitaciones sexuales importunas de una solicitud sexual o de otras manifestaciones verbales, no verbales o físicas, de índole sexual, con la finalidad o el efecto de coartar sin razón la actuación laboral de una persona o de crear un entorno de trabajo ofensivo, hostil, de intimidaciones o de abuso. En este caso estamos en presencia del concepto de acoso sexual por intimidación, que se diferencia del acoso por chantaje, en el sentido de que la parte afectada no tiene que haber sufrido una pérdida económica tangible, o no haber obtenido un ascenso o un aumento de salario.

Nuestro concepto es el siguiente: Es la solicitud, petición o comportamiento, reiterado o único de una persona de cualquier sexo, hacia otra de cualquier sexo, que implique actividad de índole sexual para el solicitante o para un tercero, que conlleve un mensaje ofensivo y que sea rechazado por el o la solicitada, pudiéndole causar a ésta, hostilidad, humillación y reacciones psicológicas dentro de una relación laboral y en la cual medie el chantaje o la intimidación.

En la legislación venezolana, por primera vez se define el acoso sexual y se castiga con prisión. Dicho concepto está contenido en la Ley Sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, en su artículo 19, que establece:

Acoso sexual. El que solicitare favores o respuestas sexuales para sí o para un tercero, o procurare cualquier tipo de acercamiento sexual no deseado, prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, o con ocasión de relaciones derivadas del ejercicio profesional, y con la amenaza expresa o tácita de causarle un mal relacionado con las legítimas expectativas que puede tener en el ámbito de dicha relación, será castigado con prisión de tres (3) a doce (12) meses. Cuando el hecho se ejecutare en perjuicio de la mujer u otro integrante de la familia a que se refiere el artículo 4 de esta Ley, la pena se incrementará en una tercera parte⁷.

⁷ Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia, Gaceta Oficial No. 36.531 Extraordinaria, de fecha 03 de septiembre de 1998.

El artículo 22 de la misma Ley, consagra como falta la omisión en caso del acoso sexual, al establecer lo siguiente:

Omisión de medidas en caso de acoso sexual. Todo patrono o autoridad de superior jerarquía en los centros de empleo, educación o de cualquier actividad, que en conocimiento de hechos de acoso sexual, por parte de sus subalternos o de las personas que estén bajo su responsabilidad, no ejecute acciones adecuadas para corregir la situación y prevenir su repetición, será sancionado con el monto de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a cien unidades tributarias (100 U.T). Los jueces estimarán a los efectos de la imposición de la multa, la gravedad de los hechos y las diligencias que se pongan en la corrección de los mismos⁸.

Sobre esta ley y sobre estos artículos nos referiremos con mayor profundidad en otro aparte de este trabajo.

4. Requisitos esenciales para su existencia

De los conceptos antes expuestos se desprenden los requisitos para que se configure la solicitación sexual en las relaciones de trabajo. Son los siguientes:

Primero: Que exista efectivamente una relación laboral, es decir, que la persona solicitante y la solicitada presten sus servicios personales a una determinada empresa, establecimiento, oficina, o administración, sea ésta privada o pública, donde ambas partes tengan un mismo patrón, independientemente del cargo o rango que se tenga dentro de la estructura laboral.

Segundo: Que existan las partes involucradas, un solicitante y un solicitado, no importa el sexo, es decir, puede ser hombre-mujer, mujer-hombre o del mismo sexo (hombre-hombre; mujer-mujer).

Tercero: Que la solicitud por parte del solicitante (para sí o para un tercero), hacia el solicitado (a), se manifieste con características sexuales, sean ofensivas y rechazadas por el o la solicitada, es decir, que exista el rechazo y la falta de correspondencia de el o la solicitada a tales insinuaciones sexuales, hechas por el solicitante.

Cuarto: Que exista de una u otra forma, un poder que podría influenciar a que el solicitado (a), se considerara ofendido y comprometido a realizar tales acciones o corresponder por temor a sufrir detrimento en los beneficios derivados de la

⁸ *Idem.*

relación laboral. No necesariamente debe ser el solicitante, un superior jerárquico de la estructura organizativa de la empresa, puede ser del mismo nivel o de más bajo rango, lo importante es que la influencia exista para que se configure el acoso y/o su tolerancia.

Quinto: La existencia por parte de el o la solicitante, de comportamientos, actividades o acciones de características sexuales, no recíprocas, no correspondidas y que causen en el o la solicitada, sentimientos de frustración e impotencia. Estos actos, comportamientos, actividades o acciones podrían expresarse entre otras formas, las siguientes: comentarios sexistas, chistes, frases ofensivas o de doble sentido, preguntas indiscretas sobre la vida privada, solicitud de relaciones íntimas, exigencias o coerción de favores sexuales bajo amenaza referentes al empleo, exhibición de fotografías, videos o películas pornográficas, miradas, guiños y gestos lascivos, roces, y tocamientos innecesarios, propuestas de salidas a otros sitios fuera de la empresa, etc.

Sexto: Se requiere que la solicitud sexual bien sea física o verbal por parte de el o la solicitante, implique en forma expresa o implícita un trato preferencial en las relaciones laborales, actuales o futuras para el o la solicitada.

Séptimo: Que implique la solicitud, sea expresa o implícitamente, amenaza –sea ésta física, psíquica o moral– de causar un castigo en caso de negarse, con relación al empleo.

Octavo: Que tales conductas sean rechazadas y no consentidas –sea expresa o implícita– por parte de el o la solicitada y que puedan generar en ésta, trastornos a veces irreversibles tales como: sensaciones y reacciones de ansiedad, depresión, tensión, irritabilidad, insomnios, frustración, inseguridad, crisis de nervios, falta de concentración, integración y participación en el trabajo, inestabilidad económica, social y familiar, decisión de abandonar el trabajo, etc.

5. Normativa que regula la materia en Venezuela

Venezuela como el resto de los países latinoamericanos, aún no se pronuncia desde el punto de vista legislativo para la regulación del acoso, hostigamiento o solicitud sexual en las relaciones laborales, como sí lo hacen los países industrializados. La excepción en América Latina sobre esta materia, la constituyen:

Argentina que mediante decreto presidencial del 18 de noviembre de 1993, proscribió el hostigamiento sexual en el servicio público, Costa Rica, el 03 de febrero de 1995 promulgó la Ley sobre acoso sexual en el trabajo y

la enseñanza y en Chile, que fue presentado el proyecto de Ley sobre acoso sexual el 29 de mayo de 1995⁹.

Nuestro país no consagra expresamente estos conceptos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)¹⁰; sólo hace referencia en cuanto a la no discriminación, fundándose en la raza, sexo, el credo, la condición social y la condición de igualdad (Preámbulo, artículos 19, 21, 88, 89 y 95), además el artículo 60 que contempla la protección del honor, la vida privada y la intimidad.

La Ley Orgánica del Trabajo¹¹, tampoco establece ni regula de forma expresa, la figura del acoso sexual, solo contempla algunos principios que por analogía podrían tomarse en cuenta para amparar a los trabajadores de esas conductas, entre los cuales podemos citar: Amparo a la dignidad del trabajador (artículo 2); empleo digno y decoroso (artículo 24); despido indirecto (artículo 103, Parágrafo Primero, literal “a”); la no discriminación basada en la edad, sexo, raza, estado civil, credo, filiación política (artículo 26); la igualdad social (artículo 186); medio ambiente de trabajo (artículos 185, literal “a” y 236).

En 1993, fue promulgada en Venezuela la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer¹², que tiene por finalidad garantizarle a la mujer el pleno ejercicio de sus derechos y el desarrollo de su personalidad, aptitudes y capacidad en todos los ámbitos de la vida social, en igualdad de condiciones al hombre. Esta ley, en su artículo 58 expresa, que la Defensoría Nacional de los Derechos de la Mujer, la asistirá en sus denuncias ante las instancias competentes “...en todos los asuntos referidos a la violencia doméstica y el hostigamiento sexual”. Por vez primera, una Ley hace referencia al hostigamiento sexual, pero no lo define, no establece el procedimiento ni la sanción aplicable al mismo, quedando solo el término en la vitrina legal, sin generar siquiera discusiones doctrinarias ni jurisprudencia al respecto.

Para 1998, se promulga en nuestro país, la Ley Sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia¹³, contempla el concepto de acoso sexual, en su artículo 19 como

⁹ AERBERHARD-HODGES, Jane. **Jurisprudencia reciente sobre acoso sexual en el trabajo**, en *Revista Internacional del Trabajo*. V. 115. N° 5. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 1996, p. 545.

¹⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453, Extraordinaria. Viernes 24 de marzo de 2000.

¹¹ Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 5.152, Extraordinaria. Jueves 19 de marzo de 1997.

¹² Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer. Gaceta Oficial N° 4.635, Extraordinaria. 28 de septiembre de 1993.

¹³ Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia. Gaceta Oficial N° 36.531. 03 de septiembre de 1998.

antes se citó, en el cual se hace referencia a lo que se denomina el acoso *quid pro quo* o chantaje sexual.

El artículo 22 de la misma ley, también *supra* citado, por primera vez se hace referencia al acoso sexual dentro de las relaciones de trabajo. En este artículo está comprometida la responsabilidad patronal o sus representantes, que estando en conocimiento del acoso perpetrado (chantaje sexual), no tomare las medidas correspondientes para su anulación, estableciendo para el patrono negligente y conducta omisiva, una sanción pecuniaria que va desde 50 a 100 unidades tributarias, planteándose la situación y siguiéndose un procedimiento con características eminentemente penales (artículos 36 y 37 de la misma ley).

De manera que el Estado venezolano, debe abocarse a generar una gran discusión sobre el tema y legislar sobre el acoso o solicitud sexual en las relaciones laborales, promulgando la ley que contenga los términos adecuados, conceptos, procedimientos a seguir, los órganos competentes (en materia laboral) y las sanciones aplicables en caso de incurrir en tales conductas.

Conclusión

La existencia desde hace mucho tiempo del acoso, hostigamiento o solicitud sexual en las relaciones laborales, las doctrinas y las jurisprudencias existentes en el Derecho Comparado, los aportes de los organismos internaciones y la promulgación de la Ley Sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, que consagra el delito de acoso sexual en el trabajo en Venezuela, abre el camino para el debate y, consecuencialmente el establecimiento de una normativa que la regule.

Finalmente, consideramos que es indispensable sensibilizar a la sociedad sobre la importancia de este asunto, exaltando como un valor, la igualdad entre los sexos y el respeto mutuo, pues el simple hecho de reprimir las conductas indeseables descritas, no garantiza su reducción o erradicación. El carácter penal único que se le atribuye en nuestro orden jurídico, en la práctica podría constituir trabas en los trabajadores o trabajadoras, para interponer sus denuncias, en virtud del principio de la presunción de inocencia que contempla la Ley Penal para el presunto infractor, recayendo la carga de la prueba sobre la víctima, con la consabida dificultad de aportarlas. Sin embargo, debemos considerar un avance la promulgación de esta ley, para que se continúe con la investigación, hasta ser concebida como materia de interés en el ámbito de las relaciones en el trabajo en nuestro país.

pág. 210 blanca

Los trabajadores “no asociados” en las cooperativas ¿zona gris del Derecho del Trabajo?

Gabriela BRICEÑO VOIRIN*

SUMARIO

Introducción.

1. Breves antecedentes del movimiento cooperativo.
 2. Bases constitucionales y legales del cooperativismo.
 3. La figura del trabajador “no asociado”: ¿zona gris del Derecho del Trabajo?: 3.1 *Labores ajenas a la actividad habitual de la cooperativa.*
3.2 *Labores propias de la actividad habitual de la cooperativa.*
- Conclusiones.

Introducción

Actualmente en Venezuela, según cifras de la Cámara Venezolano Americana de Comercio e Industria, VENAMCHAM, existen más de 30 mil cooperativas, número que ha crecido considerablemente en los últimos 4 años, antes de esa fecha, sólo existían en el país unas mil cooperativas, el auge, se debe principalmente al

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogada. Especialista en Derecho Mercantil. **Colegio Universitario Fermín Toro**, Especialista en Derecho Laboral, Relacionista Industrial Certificada. **Briceño & Asociados Consultores Empresariales**, Miembro.

empuje dado por la novedosa Ley de Asociaciones Cooperativas (LEAC)¹, la cual desarrolla los preceptos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 que resaltan como parte medular de las cooperativas, entre otras, el papel de la Economía Social y Participativa así como la Economía Asociativa.

Sin duda el impulso brindado por la LEAC, ha sido la razón por la cual hoy en día se observa un evidente auge del cooperativismo, entendiendo como cooperativas todas aquellas asociaciones que tienen como esencia la búsqueda colectiva de soluciones a problemas colectivos, la novedosa legislación sobre la materia facilita, entre otras cosas una organización flexible, establecimiento de normas para el desarrollo del trabajo asociado, impulso de procesos de integración cooperativa con sistemas de educación, información, comunicación, conciliación y arbitraje, fortalecimiento y especificidad de la función de contraloría de la Superintendencia Nacional de Cooperativas y establecimiento de modalidades de promoción y protección del Estado. Así inclusive lo reconoce la Organización Internacional del Trabajo a través de la Recomendación número 193 “Sobre la promoción de las cooperativas”², la cual establece en su Capítulo II “Marco político y papel de los gobiernos” lo siguiente:

7.2) Las cooperativas deben beneficiarse de condiciones conformes con la legislación y la práctica nacionales que no sean menos favorables que las que se concedan a otras formas de empresa y de organización social. Los gobiernos deberían adoptar, cuando proceda, medidas apropiadas de apoyo a las actividades de las cooperativas que respondan a determinados objetivos de política social y pública, como la promoción del empleo o el desarrollo de actividades en beneficio de los grupos o regiones desfavorecidos. Estas medidas de apoyo podrían incluir, entre otras y en la medida de lo posible, ventajas fiscales, créditos, subvenciones, facilidades de acceso a programas de obras públicas y disposiciones especiales en materia de compras del sector público.

Resalta, por su característica central y distintiva, de cualquier otra modalidad contractual en esta materia, el llamado “*trabajo asociado*” que viene a revolucionar las formas tradicionales de relaciones de trabajo siendo visto como una opción distinta, tanto al trabajo dependiente como al trabajo por cuenta propia.

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 37.285 de fecha 18 de septiembre de 2001.

² Esta recomendación de la OIT es de fecha 03 de junio del año 2002 y la misma reemplaza a la Recomendación sobre las cooperativas (países en vías de desarrollo) del año 1966.

Ahora bien, no deja de inquietar a quienes nos manejamos en los predios del llamado derecho tuitivo, el hecho de que la legislación laboral actual, así como ninguna de las anteriores refiere o trata la figura del “*trabajador asociado*”, es sin embargo oportuno señalar que actualmente se discute en la Asamblea Nacional³, una propuesta que incorpora un nuevo artículo, con relación al asociado que aporta su trabajo a tiempo parcial o completo en cooperativas o cualquier otra forma de asociación comunitaria, el cual es del tenor siguiente:

El asociado que aporte su trabajo a tiempo parcial o completo en cooperativas o cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, sin compensación económica pero con derecho a participar en los excedentes que se produzcan por todos los asociados, no tiene vínculo de dependencia con la cooperativa o asociación comunitaria, y los anticipos societarios que reciba no tienen condición de salario. En consecuencia, respecto a ese aporte, no estará sujeto a esta Ley en lo que a prestaciones y bonos de antigüedad, o a indemnizaciones vinculadas a la relación de trabajo dependiente se refiere. Las diferencias que surjan se resolverán en los términos y de acuerdo a los procedimientos previstos en la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas y en otras leyes que consideren el trabajo asociado.

En el desarrollo del tema se verá cómo, en opinión de la autora de este trabajo sería importante incluir en la legislación laboral, además de la disposición en comento, otras que tracen de manera clara la “temporalidad” a la que alude el artículo 36 de la LEAC, en lo que respecta al caso de los “*trabajadores no asociados*”.

Ahora bien, el hecho de que la LEAC disponga de manera certera que los “*asociados trabajadores*” no tienen relación de dependencia, que los anticipos no tienen carácter de salario y que por ende no se les aplica la legislación laboral, es sin lugar a dudas una manera tajante, en que el Estado no sólo reconoce la existencia del trabajo asociado como una responsabilidad y deber de los mismos, sino que también es el punto central por medio del cual se deslinda claramente el Derecho Cooperativo del Laboral.

Las bondades de la LEAC y su auge no dejan de ser importantes y necesarias para adentrarse en la inquietud jurídica que sugiere el título de esta colaboración, sin embargo, es oportuno, hechas las consideraciones iniciales abordar, la figura del “*trabajador no asociado*” en el Derecho Cooperativo, visto a la luz del artículo 36 de la LEAC como una excepción prevista por la norma, tanto para los casos

³ Informe de Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, artículo sexagésimo tercero, capítulo X del régimen de prestaciones sociales.

en que la Cooperativa contrate trabajos temporales que no puedan ser realizados por los asociados, como para los casos en que la contratación sea para la realización de actividades inherentes a la asociación como tal y el cómo esta relación típica de subordinación y dependencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 67 de nuestra Ley Orgánica del Trabajo pudiera ubicarse en una zona limítrofe o Gris del Derecho del Trabajo, toda vez que en este ámbito, existe la posibilidad de configurar relaciones en forma permanente, respecto de las cuales deberá interpretarse en cada caso concreto si la misma es o no laboral.

Cuando se hace alusión al término “Zonas Grises” del Derecho del Trabajo, es oportuno hacer aunque sea una pequeña referencia al artículo 65 de nuestra ley sustantiva laboral⁴ relativa a la “Presunción de Laboralidad”, entendida como uno de los mecanismos o instrumentos de enervación de los actos simulatorios, entre los cuales también se destacan, el principio de irrenunciabilidad y el de la primacía de la realidad o de los hechos, principios éstos que prevé el ordenamiento jurídico para sancionar al empleador que pretenda “desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”, estos principios son de aplicación inobjetable al trabajo humano ejecutado bajo dependencia y por cuenta de otro, Carballo (1993) al referirse al trabajo ejecutado bajo dependencia y subordinación, sostiene que el principio tuitivo o protectorio se configura así, pues en núcleo central de la nueva disciplina jurídica del cual dimana el catálogo de máximas o reglas que concretizan aquel principio en las diversas esferas de la relación de trabajo: primacía de la realidad o de los hechos, gratuidad de los procedimientos administrativos y judiciales en materia laboral, irrenunciabilidad de los derechos y beneficios reconocidos al trabajador, preservación de la relación de trabajo, entre otros.⁵

Es evidente entonces, cómo el régimen tuitivo mencionado, ampara exclusivamente una modalidad específica de prestación de servicios personales, es decir de aquella ejecutada libremente por el ser humano, bajo condiciones de dependencia y ajenidad.

Ahora bien, es igualmente evidente, que al lado de la relación jurídica laboral coexisten e interactúan, múltiples modalidades contractuales que entrañan, también, la prestación personal de servicios y que, sin embargo, se encuentran excluidas

⁴ “Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien presta un servicio personal y quien lo reciba ...”

⁵ CARBALLO MENA, César Augusto: **El principio de conservación de la condición laboral más beneficiosa con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo**, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 89. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1993, pp. 50 y 51.

del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, tal sería el caso de la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, en la cual el Estado reconoce expresamente el carácter específico de trabajo asociado que se materializa a través de los llamados actos cooperativos (artículos 30 y 31) en donde el trabajo es responsabilidad y deber de todos los asociados en forma de colaboración y sin ninguna compensación económica, es decir no hay un vínculo de dependencia con la Cooperativa y los anticipos societarios no son salario.

La inaplicabilidad de la legislación laboral al trabajo asociado está claramente delineado en la ley, lo cual no excluye la posibilidad de que se presenten casos de falsas cooperativas que buscan: i) Establecer formas de explotación al trabajo, ii) no permitir la participación interna, iii) evadir impuestos, más sin embargo, las dudas se nos presentan específicamente en lo que respecta al “*trabajo no asociado*” entendido como una forma excepcional y temporal de prestación de un servicio subordinado, al cual, por disposición expresa de la LEAC, si se le aplican las disposiciones del Derecho del Trabajo, quizás entonces, en este caso lejos de vislumbrarse una aplicación contundente de las disposiciones del derecho tuitivo pareciera más bien propiciarse la creación de una especie de halo gris y poco claro, que pone de manifiesto un eventual choque entre el Derecho Cooperativo y el Derecho del Trabajo, así como un vacío legislativo que pudiera obstaculizar y desconocer la aplicación de la legislación laboral.

1. Breves antecedentes del movimiento cooperativo

En el año de 1844 veintiocho tejedores muy humildes que laboraban para las fábricas de Rochdale, en Inglaterra perdieron sus empleos a raíz de una huelga por mejoras salariales. ¿Quién imaginaría, en aquel entonces, que ese hecho aislado se constituiría en el precedente más importante del Movimiento Cooperativista del mundo? A ellos se les recuerda como los llamados “Justos Pioneros de Rochdale” al haber decidido reunirse, con el fin de estudiar lo que más se ajustara para mejorar su dramática situación de desempleo, con su fecunda práctica formaron un pequeño almacén (Primera Cooperativa de Consumo) bajo la denominación de Sociedad de los Probos Pioneros de Rochdale, la cual administraban a través de reglas que debían respetar rigurosamente, estas reglas tienen aún vigencia internacional y son los llamados “Principios de Rochdale” o “Principios Cooperativos”, los cuales han sido objeto de actualizaciones periódicas por parte de la Alianza Cooperativa Internacional. Esta entidad, que es conocida con las siglas ACI, tiene su sede en Suiza y asocia a la mayoría de las organizaciones cooperativas de todo el mundo con propósitos de representación, asesoramiento y promoción. Su interés por arribar a una formulación universal de los principios cooperativos deriva, por una parte, de la necesidad de unificar conceptos y dis-

tinguir las verdaderas de las falsas cooperativas; y por otra parte, de la necesidad de fijar aquellos requisitos fundamentales o rasgos esenciales a los cuales deben sujetarse las entidades para poder asociarse a la misma Alianza Cooperativa Internacional.

2. Bases constitucionales y legales

En la Constitución de 1961 se hace referencia a las cooperativas como entes dedicados a solucionar pequeños problemas comunitarios, como sujetos de protección y de tutela, incapaces de desarrollar por sí solos grandes empresas y a las que expresamente se les vedaban campos de acción en el desarrollo económico y social, existían limitaciones para constituir bancos, aseguradoras, fondos y empresas cooperativas para atender la seguridad social. Otros sectores sociales encontraban en las leyes facilidades para desarrollar actividades en esas materias.

La Ley de Cooperativas de 1966 nace más como iniciativa de organismos internacionales que como resultado de un proceso nacional.

En cuanto a la reforma de 1975 no se modificó el sentido general de la Ley, estableciendo disposiciones que pretendían regular el accionar de los entes cooperativos, limitando la constitución de organizaciones abiertas y flexibles que pudiesen desenvolverse en un entorno cambiante, de igual manera, la Ley establecía mecanismos de articulación de las cooperativas, prediseñados, rígidos, que limitaban la capacidad de integración real de las cooperativas con su comunidad, con otras organizaciones de gestión democrática, con otras cooperativas y con el país. El Estado asumía un papel excesivamente tutelar que se manifestaba en disposiciones, como las referidas a la misma constitución inicial de estos entes, que en lugar de realizarse en los registros públicos en cada localidad, debían ser canalizados ante un ente nacional, que exigía estudios de viabilidad que eran evaluados sin parámetros establemente definidos.

En cuanto al trabajo asociado la ley de 1975, no le dio importancia, ello a pesar de que las cooperativas son empresas gestionadas con participación democrática por los que asocian su trabajo para lograr bienestar personal y colectivo. El trabajo asociado voluntariamente es algo fundamental en ellas. En consecuencia no hay relación de trabajo dependiente en las cooperativas, salvo situaciones derivadas por la temporalidad de algunas tareas. La posibilidad de un gran desarrollo cooperativo está en la integración de la energía de todos los que aportan su trabajo en esta modalidad. Este aspecto no es tratado en la ley de 1975.

En la Constitución de 1999 encontramos en su Preámbulo marcadas tendencias de nuestro constituyente a resaltar el papel de la Economía Social y Participativa,

la Economía Asociativa como parte medular de las cooperativas, en el Título III, De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías, Capítulo VII, de los Derechos Económicos, en el artículo 118: “...el derecho de los trabajadores y de la comunidad para desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, como las cooperativas...”. Establece, asimismo, la Constitución de 1999, en el Capítulo IV del mismo Título III, en el artículo 70, que “...son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo social y económico... las cooperativas en todas sus formas...” Así mismo, en el ya citado artículo 118 “...estas asociaciones podrán desarrollar cualquier tipo de actividad económica...” y “...la ley reconocerá las especificidades de estas organizaciones, en especial las relativas al acto cooperativo, al trabajo asociado y a su carácter generador de beneficios colectivos...”. En el artículo 184 referido a los procesos de descentralización y transferencia de los servicios, que los Estados y Municipalidades gestionen, en sus numerales 3, 4 y 5, impulsa “la participación en los procesos económicos estimulando las expresiones de la economía social, tales como las cooperativas...”, “la participación de los trabajadores y trabajadoras y comunidades en la gestión de las empresas públicas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios”, “la creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales de servicios, como fuentes generadoras de empleo y de bienestar social, propendiendo a su permanencia mediante el diseño de políticas donde aquellas tengan participación”. En el Título VI, Del Sistema Socioeconómico, en el artículo 308 establece: “El Estado protegerá y promoverá... las cooperativas... con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país, sustentándolo en la iniciativa popular”. La Constitución de 1999 resalta el papel de la Economía Social y Participativa, la Economía Asociativa, de la cual son parte fundamental las cooperativas.

La Ley Especial de Asociaciones Cooperativas se dicta a fin de desarrollar un derecho constitucional, establecido en los artículos 70 y 118 de la Constitución y para establecer las regulaciones que se derivan de los artículos 184 y 308 de la misma, relacionados con la promoción y protección del Estado y la transferencia de funciones hacia la comunidad organizativa en cooperativas. Tiene carácter de Ley especial y entre sus bondades resalta:

1. Facilita la legalización de las cooperativas. Establece que para constituir una cooperativa, basta realizar el trámite ante el registro de su localidad, con lo cual se facilitará su constitución.
2. Transfiere al estatuto las formas, modalidades y mecanismos de organización de las cooperativas y de los entes que las cooperativas constituyan en su proceso de integración. Esto permite una gran flexibilidad a las cooperativas para adaptarse al entorno, para evaluar y corregir estructuras que no se correspondan con los procesos cambiantes que se lleven adelante, posibilitando así un mayor dinamismo y una mayor capacidad empresarial.

3. Define las características del trabajo asociado, las regulaciones aplicables, el trabajo excepcional de no asociados, las modalidades de trabajo asociado en los organismos de integración y entes similares, los mecanismos propios de protección social y la vinculación con los sistemas de seguridad social.
4. Se define el papel de los organismos de integración que constituyan las propias cooperativas con formas organizativas, abiertas y flexibles, que les permitan representar y articular el sector y contribuir organizadamente con las funciones públicas de promoción, protección y control.
5. Se regulan las modalidades de promoción y protección del Estado.
6. Se establece la exención de todo impuesto, tasa o contribución, a las cooperativas, debidamente certificadas, por su cumplimiento con las disposiciones de la ley, con el objeto de estimular el desarrollo de un gran sector de economía cooperativa en el país.
7. Se establecen igualdad de condiciones con las entidades de otro carácter jurídico para la contratación con los entes públicos.
8. Se fortalece y especifica la función contralora de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, con disposiciones precisas para garantizar el cumplimiento de la ley e impedir que se simulen hechos cooperativos para obtener beneficios que les corresponden a estos entes.

3. La figura del trabajador “no asociado”: ¿zona gris del Derecho del Trabajo?

El Derecho Laboral ha centrado su atención, desde su nacimiento, en la figura del trabajador asalariado, limitándose a señalar que el trabajo por cuenta propia o prestado en condiciones distintas a las que constituye la relación laboral quedaba excluido de su ámbito de aplicación. No obstante, en el mercado coexisten formas de prestación de servicios distintas que van más allá de su realización puramente laboral y revisten formas diferentes, reguladas por normas civiles o mercantiles que, en un principio regularon también la relación laboral y constituyen la raíz de esta nueva rama del Ordenamiento Jurídico.

Hasta ahora, con carácter general, puede aceptarse que el Derecho del Trabajo, construido sobre un estricto concepto de trabajador por cuenta ajena y dependiente, ha preferido vivir en buena medida al margen de la evolución de una amplia gama de actividades que, no obstante su utilidad social y trascendencia económica, así como la necesidad de un estatuto protector suficiente, en los diversos planos socio-laborales, se resiste a enmarcarse dentro de esta rama del Derecho. Abundando en la idea anterior, y parafraseando a Alain Supiot, el De-

recho del Trabajo ya no se nos presenta como un bloque jurídico monolítico que define una identidad profesional única, para dejar lugar a una diversidad cada vez mayor de estatutos jurídicos.

Parece claro pues, que existe una diversidad de nuevas situaciones carentes de un estatuto jurídico-social o *insuficientemente reguladas* que reclaman nuestra atención, bástenos referirnos a lo que la LEAC denomina “*trabajadores no asociados*”.

El hecho de que existan diversas modalidades negociales, que envuelven, al igual que el contrato de trabajo, la prestación personal de un servicio, expresa el porqué de las rígidas dificultades presentadas en la práctica para calificar la naturaleza jurídica de ciertas relaciones, ya que se trata de modalidades prestacionales reguladas por instrumentos normativos ajenos a la Legislación del trabajo, ubicados en una zona gris o de frontera, la cual requiere de una demarcación que permita brindar especificidad a cada modalidad negocial, ello en aras del principio de coexistencia armónica entre la diversidad de tipos contractuales.

La recomendación número 193 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la promoción de las Cooperativas, dispone, con relación al “trabajo no asociado”, que el marco político y el papel de los gobiernos en esta materia deberían ser:

- a) Promover la aplicación de las normas fundamentales del trabajo de la OIT y de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a todos los trabajadores de las cooperativas sin distinción alguna;
- b) Velar porque no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo, ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas, y luchar contra las seudo-cooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando porque la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas.

Igualmente dicha recomendación, estimula a las organizaciones de trabajadores para que orienten a los empleados de las cooperativas a los fines de su afiliación a las mismas. Así mismo, para que las organizaciones de empleadores, consideren la posibilidad de admitir como miembros a todas aquellas cooperativas que deseen unirse a ellas y ofrecerles servicios de apoyo apropiados con las mismas condiciones y cláusulas aplicables a sus demás miembros.

Ya entrando en nuestra legislación patria, en lo que respecta al “*trabajador asociado*”, claramente el artículo 31 de la LEAC, lo define como una responsabilidad y un deber de todos los asociados, el cual deberá desarrollarse en forma de

colaboración sin compensación económica, a tiempo parcial o completo, con derecho a participar en los excedentes que se produzcan por todos en la cooperativa. Así mismo se observa en el artículo 34 *ejusdem*⁶, cómo se extrae del ámbito de aplicación de la legislación del trabajo, esa prestación personal de servicios ejecutado bajo la forma de trabajo asociado.

Por otra parte la Legislación Cooperativista en su artículo 36,⁷ establece el régimen excepcional de contratación por parte de la Cooperativa de “*trabajadores no asociados*”, caso en el cual se aplican las disposiciones contenidas en la legislación laboral, aun cuando éstos podrían gozar de los beneficios de la cooperativa de conformidad con sus estatutos (artículo 18, numeral 3).

En efecto, de acuerdo al contenido del artículo 36 *ejusdem*, serían dos los supuestos legales en que operaría el régimen excepcional de contratación de “*trabajadores no asociados*” por parte de la Cooperativa, el primero estaría dado, cuando dicha contratación esté orientada a la ejecución de labores ajenas a la actividad habitual de la Cooperativa y el segundo supuesto, cuando se trate de actividades habituales de la misma, de seguidas se analizan ambos casos.

3.1 *Labores ajenas a la actividad habitual de la cooperativa*

No establece la norma en este caso un período de tiempo durante el cual sería aplicable el régimen excepcional, en todo caso sólo se menciona que la relación laboral culminaría con el ingreso a la cooperativa. Suponemos, en ausencia de disposición expresa de la ley, que si no se da el ingreso como tal, la relación laboral terminaría por renuncia o por despido, dependiendo del caso en particular. En este caso el tipo de actividades por las cuales la cooperativa contrataría los servicios de “*trabajadores no asociados*” sería para la ejecución de trabajos temporales que no puedan ser realizados por los asociados. Surge de inmediato la siguiente interrogante ¿Si el artículo 77 de la Ley Orgánica del Trabajo⁸ establece de ma-

⁶ “Los asociados que aportan su trabajo en las cooperativas no tienen vínculo de dependencia con la Cooperativa y los anticipos societarios no tienen condición de salario. En consecuencia, no estarán sujetos a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán a los procedimientos previstos en esta Ley y en otras leyes que consideren la relación de trabajo asociado”.

⁷ “Las Cooperativas podrán, excepcionalmente, contratar los servicios de no asociados, para trabajos temporales que no puedan ser realizados por los asociados. Esta relación se registrará por las disposiciones de la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y terminará cuando estos trabajadores se asocien a la cooperativa.

Las personas naturales que trabajen hasta por seis meses para la cooperativa en labores propias de la actividad habitual de ésta, tendrán derecho a exigir su ingreso como asociados, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el estatuto, y cesarán en su relación laboral”.

nera taxativa, las únicas causas para que pueda celebrarse un contrato de trabajo a tiempo determinado, podría ser ésta, es decir, la contratación por parte de la cooperativa de “*trabajadores no asociados*” para la ejecución de labores no habituales, una causa lícita a tenor del literal “a” de la referida norma? Particularmente la respuesta pareciera negativa, interpretar lo contrario dejaría abierta una ventana para que la llamada “temporalidad” de la norma, se convierta en un “para siempre”, en todo caso, si actualmente se está discutiendo en el proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Trabajo, la inclusión de una norma con relación al trabajo asociado, sería prudente también analizar la posibilidad de incluir como causa para la contratación a tiempo determinado, el caso de los “*trabajadores no asociados*” que desempeñan trabajos temporales en actividades no habituales de la cooperativa.

Siendo así las cosas, es factible suponer las diversas formas en que puede ser manipulada esta disposición a los fines de evitar la legislación del trabajo, haciendo un uso a conveniencia del término “temporal” al que alude la ley, lo cual deviene de la ausencia de un período de tiempo que coloque un límite a dicha temporalidad.

3.2 *Labores propias de la actividad habitual de la cooperativa*

En este caso, es decir cuando la contratación sea realizada para labores propias de la actividad habitual de la Cooperativa, el régimen excepcional aplicaría hasta por un período de seis meses, después del cual, el “*trabajador no asociado*” tendrá el derecho de exigir su ingreso a la Cooperativa en calidad de asociado. El ingreso entonces, no operaría de pleno derecho, ya que en primer término el “*trabajador no asociado*” debe requerir a la Cooperativa su legítimo derecho de ingresar como tal y además de ello cumplir con los requisitos contenidos en los estatutos.

En este caso, podríamos encontrarnos con una situación en la que el “*trabajador no asociado*”, no exigiere, pasados los seis (06) meses su derecho de ingreso y continuare prestando servicios ininterrumpidamente hasta que la Cooperativa decida prescindir de sus servicios, se plantearía en este caso un conflicto de competencias entre el Derecho Laboral y el Cooperativo para conocer de las acciones en vía jurisdiccional derivadas de esta controversia, y ello sería así, por cuanto que la LEAC dispone que las acciones jurisdiccionales de terceros se rigen por el

⁸ El contrato de trabajo podrá celebrarse por tiempo determinado únicamente en los siguientes casos:

- a) Cuando lo exija la naturaleza del servicio.
- b) Cuando tenga por objeto sustituir provisional y lícitamente a un trabajador, y
- c) En el caso previsto en el artículo 78 de esta Ley.

derecho común, hasta tanto no se cree la jurisdicción especial en materia asociativa, así mismo los tribunales competentes para conocer de las acciones y recursos judiciales previstos en esta Ley, son los Tribunales de Municipio, independientemente de la cuantía del asunto y en su tramitación se aplicará el procedimiento del juicio breve, previsto en el Código de Procedimiento Civil, ante este planteamiento de inmediato surge otra interrogante ¿Se aplicaría en este supuesto la presunción de laboralidad, aun cuando ese “*trabajador no asociado*” que desempeñó labores propias de la cooperativa por más de seis meses no ejerció su derecho de ingresar, cuál sería la jurisdicción aplicable?.

La norma del artículo 36 de la LEAC, pareciera ser una disposición vaga e imprecisa, y su justificación podría estribar en el hecho de que el legislador pretende que las cooperativas sean fuentes generadoras de empleo, patronos que contratan los servicios de personal subordinado, lo cual, podría parecer hasta lógico en una primera instancia, más sin embargo al adentrarse en el espíritu, propósito y razón del movimiento cooperativo, así como, de los principios que lo inspiran, es otra la conclusión. Si en el artículo 37 *ejusdem*, se establece que las cooperativas cuando no estén en la posibilidad de realizar por sí mismas el trabajo que les permita alcanzar su objeto, contratarán los servicios de cooperativas o empresas asociativas y de no ser esto posible, podrán contratar empresas de otro carácter jurídico, siempre que no se desvirtúe el acto cooperativo, no se entiende entonces, por lo menos, en la forma expuesta por la norma (artículo 36) la vía excepcional prevista, la cual permite a la cooperativa la contratación de trabajadores no asociados, creando un halo de duda e incertidumbre que en nada beneficia al movimiento cooperativo, más aún si entendemos a la Cooperativa como una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común, a través de una empresa de propiedad conjunta, y de gestión democrática.

La vía excepcional del artículo 36, propicia la creación de una zona gris en torno a los caracteres esenciales que inspiran el acto cooperativo, que lejos de delimitarlo, favorecen el encubrimiento de la relación de trabajo en los términos en que está concebido. En relación a los contratos simulados, Jesús Montes de Oca, señala: “El empleo de los diversos recursos cambia con las épocas”: “Si ayer fue el contrato de arrendamiento de cosas regulado por el Código Civil, el objeto de las simulaciones de los contratos de trabajo, hoy aparecen los de arrendamientos de obras, de cuentas en participación, de sociedades en nombre colectivo y en comandita, y de venta, con el mismo propósito”.⁹

⁹ MONTES DE OCA, Jesús, **La Simulación en el Contrato o Relación de Trabajo** en Fernando Parra Aranguren, Editor: **Estudios sobre Derecho del Trabajo**, Libro Homenaje a José Ramón Duque Sánchez, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N ° 9, Volumen II, p. 210.

Podría decirse entonces que en el caso que nos ocupa, si bien en principio pareciera estar justificada la aplicación de la legislación del trabajo a los dos casos excepcionales del artículo 36 de la LEAC, tal aplicación, corre el riesgo de ser sesgada, tanto en el caso de la “temporalidad” mencionada, al no estar previsto tal supuesto en la ley sustantiva laboral (artículo 77 LOT) como en el supuesto del “trabajador no asociado” que no ejerza su derecho de ingresar a la Cooperativa pasados los seis meses en el cumplimiento de labores habituales a la misma, estas situaciones ponen en el tapete un eventual vacío de la Ley que pudiere crear un conflicto entre el Derecho Cooperativo y el Derecho Laboral.

Conclusiones

- 1) La cooperativa es una forma de organizar empresas con fines económicos y sociales, donde lo importante es trabajar en común para lograr un beneficio, se diferencia de otro tipo de empresas en que es más importante el trabajo de los asociados que el dinero que aportan.
- 2) El Cooperativismo es una herramienta que permite a las comunidades y grupos humanos participar para lograr el bien común, la participación como tal se da por el trabajo diario y continuo, con la colaboración y solidaridad.
- 3) En una cooperativa lo importante y básico es el trabajo común y organizado de sus asociados en forma directa, sin obreros ni empleados que no sean asociados. Este principio es uno de los que más distingue a las cooperativas de cualquier otro tipo de empresa en donde lo importante es el capital o el dinero que se aporta.
- 4) Nuestra legislación en materia de cooperativas promulgada en fecha 18 de septiembre de 2001, a pesar de ser anterior a la recomendación número 193 de la Organización Internacional del Trabajo (03/06/02), desarrolla de manera minuciosa los principios contenidos en la misma.
- 5) Nuestra ley sustantiva laboral, nada dispone con relación al trabajo asociado, entendido el mismo como una figura que revoluciona las formas tradicionales de relaciones de trabajo, siendo visto como una opción distinta, tanto al trabajo dependiente como al trabajo por cuenta propia. Para el momento de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo en el año de 1997, se encontraba vigente la Ley General de Asociaciones Cooperativas, sancionada el 16 de mayo de 1975, la cual no le dio importancia al trabajo asociado, ello podría ser una de las razones por la que actualmente no se encuentra previsto en nuestra legislación laboral.

- 6) El proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, actualmente en segunda discusión, prevé la incorporación de un nuevo artículo, con relación al trabajo asociado, que en caso de ser aprobado, armonizaría con el artículo 34 de la LEAC.
- 7) El artículo propuesto en la reforma, remite las diferencias que surjan con ocasión al trabajo asociado a los procedimientos previstos en la LEAC, misma acotación a la que hace referencia el artículo 34 de la Legislación Cooperativa Venezolana. La norma sustantiva laboral propuesta, incluso, aclara que el aporte, entendiendo como tal, los anticipos societarios que estos reciben, no estarán sujetos a indemnizaciones vinculadas con la relación de trabajo dependiente.
- 8) Más allá de lo novedoso que sería incluir una disposición en la Ley Orgánica del Trabajo con relación al asociado que aporta su trabajo, sería conveniente minimizar, mediante la inclusión de otros artículos, las zonas grises que se presentan en el régimen excepcional de contratación, bien sea en los casos de labores habituales al objeto de la asociación o labores temporales que no puedan ser realizadas por los asociados, en los términos expuestos en esta investigación.
- 9) La temporalidad a la que hace alusión el artículo 36 de la LEAC, no tiene fundamento en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual establece de manera taxativa las causas para suscribir un contrato de trabajo por tiempo determinado, esta situación propicia un clima de inseguridad jurídica para el trabajador que pudiere eventualmente estar expuesto a reiterados abusos por la falta de precisión de la norma.
- 10) En cuanto al derecho que tienen los “*trabajadores no asociados*” que desempeñan labores habituales al objeto de la Cooperativa de exigir su ingreso como asociado, transcurridos seis meses, se reitera lo expuesto en líneas anteriores, en el supuesto de no hacer el trabajador uso de su derecho, se crearía un conflicto de competencias entre el Derecho Laboral y el Cooperativo para conocer de las acciones en vía jurisdiccional derivadas de esta controversia, es importante recordar que el derecho de ingresar como asociado no opera de pleno derecho.
- 11) Más allá de considerarse una necesidad la propuesta legislativa que actualmente se discute en la Asamblea Nacional con relación al reconocimiento por parte de la legislación laboral, del trabajo asociado en las Cooperativas, se observa con preocupación que no se encuentren previstas en la propuesta,

otras disposiciones que permitan aclarar las ambigüedades que se presentan con ocasión del régimen excepcional previsto en la LEAC, el cual permite la contratación de “*trabajadores no asociados*” y a quienes por expresa remisión de dicha ley se les aplican las disposiciones de la Ley del Trabajo.

- 12) La LEAC pretende al permitir la figura de los “*trabajadores no asociados*” facilitar a las cooperativas mano de obra que permita realizar trabajos no habituales a su objeto.
- 13) Si en el artículo 37 de la LEAC se establece que las cooperativas cuando no estén en la posibilidad de realizar por sí mismas el trabajo que les permita alcanzar su objeto, contratarán los servicios de cooperativas o empresas asociativas y de no ser esto posible, podrán contratar empresas de otro carácter jurídico siempre que no se desvirtúe el acto cooperativo, podría válidamente sugerirse, eliminar, la posibilidad de que la cooperativa contrate trabajadores asalariados y ello tendría como basamento el hecho de que la misma, como empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática, lo importante es el trabajo común y organizado de sus asociados en forma directa, sin obreros ni empleados que no sean asociados.

pág. 226 blanca

La flexibilidad laboral: Escenarios de discusión a la luz de los procesos de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo en Venezuela 1990-2004

Armando J. CAMEJO R.¹

SUMARIO

Introducción.

- 1. Fordismo y Estado de Bienestar.**
- 2. Crisis del Estado de Bienestar:** 2.1 *Los sindicatos y la contratación colectiva como mecanismo de regulación del Estado del Bienestar frente a la conflictividad laboral.*
- 3. La flexibilidad laboral en el contexto de la era global en América Latina:** 3.1 *Pertinencia del debate sobre la flexibilidad laboral en Venezuela.*
- 4. La reforma laboral y flexibilidad en las relaciones de trabajo en Venezuela:** 4.1 *Consideraciones del proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo.*

Reflexiones Finales.

¹ **Universidad Simón Rodríguez**, San Carlos, Cojedes, Economista Agrícola, Profesor-Investigador, Categoría Asistente. **Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez**, Especialista en Gerencia de los Recursos Humanos. **Universidad de Carabobo**, Doctorado en Ciencias Sociales, Mención Estudios del Trabajo, Cursante.

Introducción

El objeto central de este ensayo es problematizar el tema de la flexibilización laboral en Venezuela frente a las políticas de reforma laboral en América Latina respaldadas por el surgimiento de un nuevo modelo de acumulación capitalista en la esfera de las relaciones de trabajo.

En la primera fase del trabajo se pretende subrayar el contexto general del modelo fordista en las relaciones laborales y sus crisis. Sumado a la institucionalidad de los sindicatos y a los contratos colectivos alcanzados como marcos de regulación instituidos por el denominado (Estado del Bienestar), cuyo sustento teórico-económico lo apuntala el keynesianismo bajo la noción de la participación del Estado.

De igual manera, el modelo de acumulación liberal y su proceso de flexibilización en las relaciones laborales en Venezuela serán analizados en una segunda parte. Haciendo especial énfasis en la crisis del modelo fordista o estado del bienestar, el cual sirve de sustento al discurso neoliberal para que los capitalistas intenten el desmembramiento de la normativa laboral alcanzada en el estado del bienestar.

Por otra parte, se pretende describir los cambios en la normativa laboral venezolana a partir de 1989 con la aplicación del VIII plan de la nación (El Gran Viraje) cuya política flexibilizadora conduce a las regulaciones normativas anteriores hacia otro centrado en la regulación vía mercado.

Finalmente, se intenta evidenciar como la flexibilidad del Derecho del Trabajo ha sido atenuada por la crisis del modelo fordista quien en una primera fase planteó unas relaciones laborales de pleno empleo que permitieron el equilibrio del sistema capitalista con una normativa proteccionista al trabajador, sin embargo, el actual discurso neoliberal se traduce en unas relaciones laborales que implican disminución de los derechos de los trabajadores en las legislaciones de los países de América Latina como mecanismo para que los capitalistas incrementen su productividad. Lo cual evidencia la pérdida de conquistas del movimiento de los trabajadores y los sucesivos conflictos sociales y laborales actualmente.

1. Fordismo y Estado de Bienestar

El fordismo fue hasta mediados de la década de los setenta el modelo de producción de las sociedades capitalistas. La lógica de este sistema se apoya en los altos salarios que permiten vivir la vida de consumo de masas y que al mismo tiempo generen demanda de los productos. En todo caso se trata de un modelo de desarrollo modernista, populista y democrático. Sin duda este modelo depende de que

el Estado nacional asuma un rol muy especial dentro del sistema global de regulación social conocido como círculo virtuoso-fordista.

El modelo fordista tiene como objetivo central lograr que los aumentos en la productividad, resultado de la organización científica del trabajo, fueran acompañados, por un lado, del crecimiento de las inversiones financiadas por las ganancias y, por otro, del crecimiento del poder adquisitivo de los asalariados².

Esta afirmación sujeta a la política keynesiana que restituyó la capacidad de consumo afectada por la crisis de 1929, y que concretizó el denominado Estado del Bienestar como política ideal del modelo fordista de acumulación el cual se sustenta en dos importantes componentes.

El marco político que consiste en el consenso para que los representantes de los trabajadores negocien con los empresarios y bajo la supervisión de las burocracias estatales los marcos referenciales (regulación) del crecimiento económico. Y por la otra, un componente netamente económico consistente en la creación de las estructuras sociales por las cuales se canaliza una importante masa de recursos económicos que, funcionan con salarios indirectos, y aumentan en forma real el nivel de vida de los sectores asalariados.

Por otra parte, es necesario subrayar que el Estado de Bienestar trata de un proceso en el cual se han abandonado en la práctica algunos elementos de la teoría liberal del Estado. Que en efecto suponen que el Estado ha dejado de ser “*no intervencionista*” y ha pasado a preocuparse, por su responsabilidad de conseguir una situación de pleno empleo, un sistema de seguridad social que cubra la totalidad de la población y la generalización de un alto nivel de consumo y la garantía de un nivel de vida mínimo incluso para los más desfavorecidos.

Sobre estas bases se soporta el fundamento de la intervención del Estado y el principio de solidaridad, es decir, el reparto de la riqueza, a través de los sistemas de protección social, producto de la solidaridad de unas generaciones con otras. Promovida por un Estado que contribuye con el reparto de la riqueza a través de una política fiscal, más justa y equitativa, estableciendo unos sistemas sociales y promoviendo el empleo, lo que permite disponer de mayores recursos económicos a amplios sectores de población, que ven incrementar su nivel y calidad de vida y sus posibilidades de consumo.

² LEBORGNE, D. y LIPIETZ, A. **Ideas Falsas y Cuestiones Abiertas sobre el Postfordismo** en Trabajo, (1992). N° 8, México, p. 17.

De igual manera cabe mencionar que a nivel social el estado del bienestar establece un conjunto de reglas que se inscriben en los aspectos siguientes:

- a. Un salario monopólico caracterizado por una contractualización a largo plazo de la relación salarial y por un sincronismo marcado entre el salario nominal y el costo de la vida.
- b. La instauración del salario indirecto a través de las prestaciones sociales e instituciones de bienestar que incluyen educación, Seguro Social y política de subsidio a los bienes para garantizar la reproducción de la fuerza de trabajo y acrecentar la capacidad de consumo.
- c. La estructuración de la asistencia social o políticas sociales destinadas a preservar las reservas de mano de obra.

Las orientaciones anteriores acentúan que el éxito del Estado de Bienestar durante este período fue producto de la unión entre los sindicatos, la agricultura y los elementos del mercado. Es decir, se trató de una alianza socioeconómica en donde cada uno de los integrantes se comprometía a cumplir con el pacto. Si bien esta coalición fue decisiva, esta varió según el tipo de régimen que se dio en cada estado del bienestar.

Al respecto,³ se tiene que existen tres mundos del Estado del Bienestar: Corporativista, liberal y socialdemócrata. En el primero, la seguridad social jerarquizada según las diferencias de status reforzaba la lealtad de las clases medias a un tipo peculiar de Estado del Bienestar. En el segundo, en cambio, las clases medias llegaron a estar institucionalizadas unidas al mercado. Y en el tercero, la socialdemocracia estuvo ligada al establecimiento de un Estado del Bienestar de clases medias que beneficia tanto a la clase obrera como a los nuevos estratos de empleados.

Lo anterior sintetiza que es la política keynesiana quien crea estos modelos de estado que durante varios años dieron respuestas del capital, planteando un modelo de regulación fordista que permitió contrarrestar la autonomía política alcanzada por los trabajadores⁴ dando paso al escenario del bienestar que institucionalizó el sindicato, el contrato colectivo y la huelga.

³ ESPING-ANDERSEN, Gosta. **Los tres mundos del Estado de Bienestar**. Madrid, (1993). 1ra. parte: 1, 2 y 3.

⁴ NEGRI, Antonio y Michel HART. **Imperio** (2000). Disponible en www.chilevive.cl/especial/imperio/ consulta realizada en noviembre 2004.

Así mismo se debe tener claro que el fundamento de este modelo de regulación otorga al Estado una función interventora, que se podría concretar en los ámbitos siguientes:

- i. La Política económica, por medio de la cual el Estado se convierte en un elemento dinamizador del sistema económico, cuyo objetivo prioritario es el mantenimiento de la actividad, impulsando la producción, orientando la política de gasto y de inversión, y corrigiendo los desajustes que se van produciendo. El Estado adquiere la función de reactivar la economía, especialmente en los momentos en los que el crecimiento constante no está garantizado, debido a las fluctuaciones a las que se encuentra sometido el mercado.
- ii. Política social, a fin de conseguir: a) una distribución de la renta, mediante la financiación de un amplio sistema de servicios sociales de carácter asistencial, y un nuevo sistema de seguridad social, articulado en torno a un principio de reparto, que ha ido sustituyendo al de los seguros privados; b) promover el pleno empleo, estableciendo una política de concertación social que garantice elevados salarios y otras ventajas laborales; y, c) posibilitar los recursos suficientes para fomentar el consumo interno y contribuir al mantenimiento de la productividad.

Ambas políticas, la económica y la social, requieren una política fiscal, basada en un sistema progresivo y personalizado, que permita generar recursos suficientes para financiar la política económica y social.

Finalmente el modelo fordista no sólo responde a una lógica de acumulación sino que también considera que la clase obrera debe ser parte del sistema de administración mediante la institucionalización de los sindicatos y de las contrataciones colectivas, es decir, por intermedio de estas instancias colectivas el Estado puede lograr la regulación de los trabajadores al reconocer el papel de los sindicatos en la negociación colectiva y en la formación de los planes públicos.

2. Crisis del Estado de Bienestar

La crisis del Estado del bienestar comienza a producirse en las sociedades como consecuencia del proceso de globalización y el sometimiento de las políticas económicas, monetarias, laborales, y sociales de cada país a las exigencias de los grandes bloques político-económicos.

En relación con esto se destaca:

Si bien los Estados de Bienestar han representado una considerable aproximación a una sociedad justa no significa que sean perfectos ni que sean, sin más precisiones, la solución definitiva de los problemas sociales. De

hecho, los Estados de Bienestar se desarrollaron en unas condiciones económicas, sociales, políticas e ideológicas que han cambiado profundamente en los últimos años. El Estado de Bienestar debe hacer frente a nuevos retos internos; en primer lugar, las transformaciones que él mismo ha provocado en las sociedades occidentales y, en segundo lugar, la asimilación del impacto que las nuevas tecnologías producirán en todos los órdenes de la vida colectiva. Pero, además, el Estado de Bienestar debe cotejarse con los grandes problemas que afectan a la supervivencia de la humanidad: el drama de los países del “Sur”, donde el hambre y la pobreza hacen estragos; el problema de supervivencia de la humanidad que tiene que mantener los equilibrios básicos del planeta Tierra; el problema de la convivencia y del sentido de la misma en un mundo superpoblado donde sólo la solidaridad podrá orientar hacia formas de vida que hagan posible la supervivencia colectiva”⁵:

Lo enunciado por este autor enfatiza que el modelo fordista de economía de Estado del Bienestar cayó en su etapa de agotamiento político hacia finales de los años setenta argumentado por las siguientes causas: a. Económicas: Debido a la caída de la tasa de beneficio. Los procesos de acumulación rápida de capital, de las décadas anteriores, se vieron reducidos ante la incapacidad del Estado para poder mantener e impulsar la producción de un mercado nacional, cada vez más condicionado por la globalización, y que requiere un mayor volumen de recursos para poder incidir en el mismo, b. Sociales: Derivadas de la nueva situación demográfica que se produce por la caída de la natalidad y el incremento de la esperanza de vida, lo que ha supuesto un envejecimiento de la población con la siguiente repercusión en el incremento de los gastos de protección social y de carácter asistencial, c. Organizativas: Como consecuencia del final del taylorismo, como proceso y forma de organización del trabajo, a causa de la influencia que las nuevas tecnologías tuvieron en el sistema productivo y distributivo, y su repercusión en la estructura ocupacional, d. Políticas: Debido a la crisis financiera del Estado, que no dispone de los recursos suficientes para hacer frente a las exigencias del mundo empresarial, que demanda una política económica que garantice beneficios, y a las demandas ciudadanas que reclaman una ampliación de las coberturas de bienestar, especialmente en los momentos regresivos del ciclo económico, a fin de disminuir sus efectos en los niveles de protección y calidad de vida, e. Ideológicas: Al producirse una deslegitimación del orden político establecido, en la manera en que el Estado deja de responder a las expectativas y demandas de los distintos grupos de presión, y de la población en general. El largo período recesivo

⁵ MIRALLES, J. **El Estado del Bienestar, Debates y Perspectivas** (2003). Disponible en www.fespinal.com consulta realizada en noviembre 2005.

por el que han pasado las economías occidentales no ha permitido que el gasto público, que ha ido aumentando progresivamente, pudiera ser compensado con los ingresos fiscales, lo que ha ocasionado un elevado déficit público en la mayor parte de los estados.

Las causas anteriores, obligan a considerar que la caída de este modelo fue producto, de que el mismo echó abajo sus fundamentos del consumo, los salarios, y el pleno empleo, dando muerte así a su expansión. En todo caso la idea de que el capitalismo pudiera legitimar un desarrollo justo para todos se liquida en la década de los 70. De hecho la historia de los veinte años que siguieron a 1973 es la historia de un mundo que perdió su rumbo y se deslizó hacia la inestabilidad y la crisis.

Así mismo, cabe considerar que si bien es cierto que la economía mundial no quebró, ni siquiera momentáneamente, aunque la edad de oro finalizase en 1973-1975, el hecho central de las décadas de crisis es que las operaciones del capitalismo estaban fuera de control. Había una gran cantidad de nuevos problemas económicos y nadie sabía cómo enfrentarlos.

Frente a este panorama era necesario que el capitalismo iniciase la reestructuración de sus economías, esto se tradujo en que los gobiernos y las empresas produjeron una nueva forma de capitalismo caracterizado por la globalización de las actividades económicas, la flexibilidad organizativa y un mayor poder de las empresas en relación con los trabajadores. En efecto, nace un capitalismo mucho más flexible y dinámico. El cual transforma las relaciones laborales.

Junto a la crisis del capitalismo se da también la crisis de un modelo de producción que hasta ese entonces funcionaba eficientemente (fordismo). Se había quebrado la relación de dominación, es decir, se habían roto los patrones establecidos del control sobre el trabajo por el Estado del Bienestar. Y se había roto el equilibrio social.

A lo anterior se agrega, la presión fiscal que encuentra rebelión por parte de las clases medias, que ya no están dispuestas a pagar con sus impuestos los progresos sociales que benefician a una minoría; mucho más cuando el Estado encargado de administrar esta fiscalidad tiene fama de ineficiente y caro.

La crisis capitalista mezcla: la ruptura de un patrón de dominación de clase relativamente estable. Aparece como una crisis económica, que se expresa en una caída en la tasa de ganancia, pero su núcleo es el fracaso de un patrón de dominación establecido. Desde el punto de vista del capital, la crisis sólo puede ser resuelta mediante el establecimiento de nuevos patrones de dominación que será explicado mas adelante.

Esta situación crea la base social de la actual explosión del neoliberalismo. Son pocos los que han leído a los autores liberales, pero son muchos los que sintonizan espontáneamente con el individualismo que le sirve de base ideológica y que se expresa en sus ideas sobre la disminución de la intervención estatal y las ventajas de la libre competencia.

Ante las dificultades del Estado de Bienestar se pueden dibujar esquemáticamente dos tipos de respuesta: la adaptación pragmática y la crítica teórica. Ciertas políticas económicas actuales se adaptan pragmáticamente a la situación; no se renuncia a los valores fundamentales del Estado de Bienestar (libertad, igualdad de oportunidades, reducción de desigualdades, democratización, extensión de la seguridad social, cohesión social); se intentan encontrar nuevos caminos para realizarlos buscando nuevas formas de interacción entre la sociedad civil y el Estado; cuando no hay más remedio, se acepta que el gasto social crezca más lentamente o que se detenga, al menos temporalmente.

En cambio, las tendencias neoliberales⁶ proponen un cambio de valores y una renuncia al Estado de Bienestar; la prioridad estaría ahora en una sociedad regida casi totalmente por el mercado, una sociedad competitiva y móvil, donde cada uno tuviera que asumir los riesgos de la libertad de la misma manera que acepta sus ventajas. Estas tendencias no han desmontado el Estado de Bienestar en aquellos aspectos en que perjudicaría a las clases medias, electoralmente poderosas, pero sí que han reducido significativamente el gasto social que beneficiaba a los sectores más pobres y desprotegidos.

Finalmente se tiene⁷: La historia del desarrollo capitalista de las décadas de los ochentas y los noventas del siglo XX, es la historia del desmantelamiento de la dimensión social del Estado y de la configuración de un nuevo paradigma económico que sustenta la flexibilización de las relaciones laborales de producción. En esta nueva forma de economía capitalista, el desarrollo de las fuerzas productivas estimula el incremento de la explotación de la fuerza de trabajo y de la productividad. Aquí, el Estado desempeña un papel central. Para comprender este nuevo papel necesitamos comprender la ley del valor/trabajo como base de la mundialización del capital en curso.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, Consumismo y Nuevos Pobres**. Editorial Gedisa (1998) destaca: que el crecimiento económico neoliberal va actualmente unido bajo este contexto a mano de obra flexible, a la sustitución de la seguridad laboral por contratos renovables, empleos temporarios y contrataciones incidentales de mano de obra y a reducciones de personal, reestructuraciones y racionalización.

⁷ VALENCIA, A. **La Reestructuración del Mundo del Trabajo**; superexplotación y nuevos paradigmas de la organización del trabajo (2001). Disponible en la red www.Clacso.org ISBN 968-7943-39-4 Consulta realizada en Noviembre 2004.

2.1 Los sindicatos y La contratación colectiva como mecanismos de regulación del Estado del Bienestar frente a la conflictividad laboral

La institucionalización de los sindicatos durante el Estado del Bienestar en las relaciones laborales constituyen para el modelo fordista de acumulación un marco del equilibrio, los pactos logrados con los sindicatos de los trabajadores mediante las contrataciones colectivas dieron paso a una paz laboral durante esa época. Todo ello a partir del reconocimiento del sindicato por parte de los capitalistas como representación de los trabajadores para negociar las relaciones laborales. Durante este periodo de equilibrio el modelo fordista estableció un régimen jurídico de protección a los sindicatos y a la acción sindical el cual adquirió distintas modalidades que según⁸ se destaca en los siguientes aspectos: i. Existe entre Sindicato y poder político una articulación indirecta no institucionalizada mediante normas jurídicas, pero en los hechos se da una fuerte cooperación con el Estado, a través de la subordinación del Sindicato al partido político que gobierna, esto genera el desconocimiento de otras organizaciones distintas a la que corresponde al partido en el poder, ii. sistemas que regulan y condicionan jurídicamente al Sindicato y la acción sindical, restringiendo el número mínimo de adherentes; imponiendo trabas a la constitución de sindicatos, inscripciones y formas de organización determinadas por la Ley y iii. sistemas que permiten una manifiesta independencia entre el Estado y el Sindicato, limitándose la legislación a enunciar la autonomía sindical y los medios de acción sindical; es un instrumento más permisivo que paternalista, que pone énfasis en la protección de la acción sindical y no en su control.

Además se afirma⁹ que estas modalidades se concretan en 1949 con la creación del convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva que consagra el carácter de derecho universal de las organizaciones de los obreros. Estas afirmaciones de Jagua concretan parte del círculo virtuoso del modelo de acumulación fordista.

Por otra parte parafraseando¹⁰ se tiene que la contratación colectiva no es más que un mecanismo para regular el conflicto capital-trabajo bajo la figura de la autotutela que lleva implícita esta forma de negociación. Bajo este aspecto el Estado da a los empresarios y trabajadores el hecho de negociar las condiciones de trabajo, se

⁸ JAGUA, E. **Del Fordismo a la Flexibilidad Laboral: Supuestos, Crisis, y Realidades de la Regulación Social** (1997). Disponible en <http://ladb.unm.edu/aux/econ/ecosoc/1997/april/fordismo.htm> realizada en noviembre 2004.

⁹ JAGUA, E. Ob. cit.

¹⁰ ARCONADA, S.: **El Papel de la Contratación Colectiva en la Relación Capital-Trabajo**, UCV, (1979). Caracas-Venezuela.

trata de un mecanismo vinculado además a la producción de legislaciones generales del trabajo en los estados y de todo el desarrollo del Derecho del Trabajo alcanzado durante el modelo fordista de bienestar.

Con el surgimiento de este modelo de negociación los trabajadores logran concertar elementos que permiten lograr equilibrio con los empresarios, los cuales se traducen en: Estabilidad, salario, jornada y condiciones idóneas de trabajo y seguridad e higiene industrial de enfermedades ocupacionales.

En fin, la negociación colectiva permitió a los trabajadores grandes logros en materia de Seguridad Social, aumentos salariales, condiciones de trabajo, etc. y, allí donde no se redujo a reuniones burocráticas, sino que implicó una discusión por las bases, ésta logró profundos aportes en la conciencia democrática de los obreros que llevaron a las posiciones que terminaron cuestionando la esencia autoritaria del modelo industrialista a finales de los años sesenta.

El trabajo es, en las sociedades modernas, uno de los mecanismos más importantes de socialización. Por esta razón, uno de los principales ejes de las políticas del Estado del Bienestar ha sido conseguir el pleno empleo como fuente de equilibrio del modelo fordista.

Sin embargo, como se ha citado anteriormente, el equilibrio fordista o círculo virtuoso del estado del bienestar sólo logró mantenerse hasta el principio de la década de los setenta. Fecha en la cual su crisis se ve acentuada por los fenómenos de desestabilización laboral (protestas).

Esta situación surge como producto de las transformaciones tecnológicas inducidas por el nuevo modelo de acumulación liberal capitalista en curso, donde la microelectrónica, con todos los procesos de robotización aplica procesos de flexibilización que reducen los puestos de trabajo tradicionales frente a la creación de nuevos puestos de trabajo por hora.

Pero esta situación no solo debería verse desde una perspectiva económica. Como se ha dicho anteriormente, el trabajo es un importantísimo medio de socialización y la ausencia de trabajo crea situaciones difíciles, social y culturalmente.

La extensión y la duración del paro planteó durante la época un reto importantísimo al Estado de Bienestar que situó a los contratos colectivos como la expresión de toda la lógica del Estado del Bienestar como forma de regulación correspondiente a la producción en masa ante un espíritu de negociación empresarios-trabajadores. Sin embargo, se debe destacar la novedad del fenómeno. El sistema económico

fordista parece incapaz (durante mucho tiempo) de proporcionar plena ocupación con el concepto actual de trabajo; puede dar bienestar a los que tienen trabajo, pero no a todos; según como se mire, el sistema económico no causa pobreza, porque los trabajadores no son pobres; pero, por otro lado, causa exclusión y a partir de aquí causa pobreza.

Como podemos ver, el neoliberalismo actual incide en esta situación con propuestas de flexibilización o desregulación del trabajo¹¹ y de disminución de la cobertura que el Estado de Bienestar había dado al desempleo durante la aplicación de las políticas de pleno empleo del keynesianismo a partir de la crisis económica de 1929.

3. La flexibilidad laboral en el contexto de la era global en América Latina

El surgimiento de políticas de ajuste de corte neoliberal luego de la crisis presentada en el modelo fordista estado del bienestar iniciaron la transformación del mundo del trabajo por varios contextos: En lo laboral, Propiciaron reformas en las condiciones de contratación, uso y despido de la fuerza de trabajo, desmontaron garantías y prestaciones económico-sociales para los trabajadores e introdujeron reformas para regular los salarios de acuerdo con las tasas de productividad y en lo social y sindical: Redujeron el marco de acción legal y político de los sindicatos, disminuyeron su peso en las relaciones obrero-patronales, liquidaron el derecho de huelga y fortalecieron el poder de las gerencias sobre el mundo del trabajo.

Ambos contextos en América Latina, fueron promovidos por los gobiernos bajo la influencia de las políticas acometidas por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) para reestructurar las relaciones laborales a fin de adaptarlas a las nuevas condiciones de acumulación. Esta circunstancia tuvo su punto de origen en la región por los parlamentos latinoamericanos que dieron inicio a los procesos de contrarreformas institucionales encaminadas a desmontar los derechos de los trabajadores e instituir legalmente la flexibilidad del trabajo en sentido regresivo. Así la acción combinada Estado-Capital a finales del siglo XX modificó el mundo del trabajo mediante reformas institucionales que lo volvieron flexible, polivalente y precario, absolutamente moldeable y funcional a las necesidades de compra y venta de fuerza de trabajo, y a la lógica del nuevo modelo de producción del capital.

¹¹ Amy DEÁN (2000, Sindicalista Silicon Valley) “Venimos de una tradición industrial donde las empresas tendían a llenar los vacíos no cubiertos de la demanda social....Ahora se ha producido un divorcio total, las empresas actúan al margen de todo interés social o colectivo”.

Tal como expresamos la flexibilidad laboral¹² fue desarrollada por los neoliberales bajo el discurso de varios contextos que se traducen:

1. *En lo económico*: Destaca un discurso de la flexibilidad en el trabajo, tanto en las formas de contratación como en el uso de la fuerza de trabajo. Este discurso más que una necesidad real de flexibilizar, parece una propaganda para atraer inversión extranjera, diciéndoles que se han saneado las economías de los “monstruosos” contratos colectivos heredados del populismo. Finalmente, el contexto económico en el cual aparece la flexibilidad está signado por el derrumbe del Estado de Bienestar, que fungió como modo de regulación en los “gloriosos treinta años” inmediatos al final de la segunda guerra.
2. *En lo tecnológico*: El discurso neoliberal, aborda el tema de la flexibilidad del trabajo a la luz de las grandes innovaciones tecnológicas que se han vivido en las tres últimas décadas. Efectivamente, ha habido un profundo proceso de transformaciones en ese sentido que inciden directamente en la organización del trabajo. Esto se evidencia en la concreción de redes de información a partir de los correos electrónicos y el teletrabajo; a través de los cuales se puede dirigir la producción a distancia.
3. *En lo político-ideológico y cultural*: En el plano laboral el discurso neoliberal expresa la necesidad de arremeter contra las cargas sociales del Estado de Bienestar y contra la intervención del Estado en las relaciones laborales, a través de las “asfixiantes” legislaciones laborales. Según¹³ Esta institucionalidad se ha expresado en cambios en el ordenamiento jurídico-político, que en el mundo del trabajo han significado la desreglamentación de la legislación laboral, consagrada por el Derecho del Trabajo, a la vez que se promueve el regreso a la legislación civil como fórmula de regular la contratación, bajo el supuesto neoliberal de que la autotutela es la mejor protección para el trabajador.

Finalmente, es necesario señalar que las dos últimas décadas de este violento reacomodo capitalista, han tenido como norte generar un proceso cultural de individualización; un desmembramiento en las organizaciones colectivas y un derrumbe de los referentes teórico-políticos que habían nutrido de fuerza al movimiento de los trabajadores a nivel mundial. Hoy por hoy, la debilidad política de

¹² La flexibilidad laboral es aquel proceso en virtud del cual se manifestó la introducción de nuevas técnicas tendientes a incrementar la competitividad en el mercado y la disminución del poder sindical los cuales influyeron en el debilitamiento de los principios protectorios y por ende al proceso de cambio provocando así mismo modificaciones en la conducta de los individuos.

¹³ HERNÁNDEZ, O.: **La Flexibilidad del Derecho del Trabajo**, en Hernández, A. Oscar (coord.): *La Flexibilización del Trabajo*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, UCLA, (1990). Venezuela.

los trabajadores es el mejor contexto para que la ofensiva del capital pueda imponer sus políticas flexibilizadoras sin mayor oposición.¹⁴

Esta *desintegración del mundo del trabajo*¹⁵ amenaza a la organización sindical e impide su reorganización como ente de lucha para enfrentar y contrarrestar la prolongada fase recesiva de la economía mundial y las ofensivas estratégicas del capital.

3.1 *Pertinencia del debate sobre la flexibilidad laboral en Venezuela*

Son muy pocos los países de América Latina, que se han resistido a la tentación de revisar su legislación laboral o de anunciar que lo harán. El argumento de fondo de este proceso es, por supuesto, la llamada, mundialización, como la ha denominado la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su 85ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1997.

El debate, entre los precursores de la flexibilidad, y los abogados del *garantismo*, no terminan de articular esfuerzos para configurar una propuesta en torno a las interrogantes que plantea el liberalismo en las relaciones laborales actuales y que se traducen en lo siguiente: ¿frente al reto de la mundialización de la economía y de la liberalización de los mercados internos, es posible continuar ofreciendo a la mano de obra las mismas garantías sociales que en las épocas del fordismo proteccionista?; ¿es necesario modificar la reglamentación del trabajo con objeto de estimular la competitividad, o con el objeto de crear empleos y no de desalentar su creación?.

Cuando situamos este debate en el contexto venezolano denotamos que los argumentos y las demostraciones de la flexibilidad laboral mundial en la legislación laboral venezolana retoman la influencia de ideas externas.

Esta argumentación discusional coincide con la referencia expresada¹⁶ en su discurso ante la 81ª reunión de la Conferencia, OIT quien afirma que las discusiones en América Latina sobre flexibilidad laboral han tenido mucho de importado y

¹⁴ HERNÁNDEZ, O. *La Evolución del Derecho del Trabajo en Venezuela*, en Jornadas Jurídicas venezolanas en el umbral del siglo XXI, (1993) Barquisimeto, Lara-Venezuela.

¹⁵ La desaparición del valor central que durante siglos ha tenido el trabajo es el debate en autores como FORRESTER (1996) que en su libro *El horror económico* destaca el “fin de la sociedad de trabajo”, BAUMAN (1999) que se refiere al paso de “la ética del trabajo a la estética del consumo” o LABARDE y MARIS (1999) “la sociedad del trabajo ya no existe. El valor trabajo...se desvanece ahora como una pesadilla”.

¹⁶ Rafael ALBURQUERQUE, en su *discurso ante la 81ª reunión de la Conferencia, 1994*, www.ilo.org/public/spanish/región/ampro/mdtsanjose/papers/pasado.htm-138k o <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/pasado.htm>

poco de autóctono; a lo que agregó que “se puede flexibilizar lo que es rígido”, pero es absolutamente inadecuado que por la mera imitación de lo que acontece en las naciones industrializadas, los países en desarrollo con costos laborales mucho más bajos, transiten por el camino de una desregularización que únicamente los conduciría al viejo arrendamiento de servicios, dominado por el principio de la autonomía de la voluntad, que en los hechos se convierte en una imposición del más fuerte en la relación de trabajo.

Esto induce a concluir que el debate sobre la flexibilización laboral en la Venezuela actual se disputa entre la esencia de un garantismo irreductible gubernamental, argumentado en la nueva Constitución Bolivariana que va contra los esfuerzos de un capitalismo salvaje; sin embargo, debemos reconocer que también existen numerosos actores empresariales quienes piensan que el mundo cambiante en que vivimos requiere cierta dosis de flexibilidad laboral. Por ello, el punto del debate no sólo debe consistir en rechazar o aceptar la flexibilidad laboral sino en saber distinguir, en primer lugar, entre las flexibilidades verdaderamente útiles a la vida de las empresas y aquellas que sólo responden a las preocupaciones de los ideólogos del mercado.

4. La reforma laboral y flexibilidad en las relaciones de trabajo en Venezuela

El Derecho del Trabajo está referido a todas las normas generales y leyes. Se trata de un conjunto normativo cuyo objetivo es regular las relaciones de trabajo que tanto en el plano individual como en el colectivo, se tejen entre empleados-empleador en función de una vinculación jurídica que es el centro: El contrato del trabajo.

En este sentido cabe destacar¹⁷: El sistema de relaciones laborales tradicionales encierra un derecho de trabajo clásico, tradicional protector unilateralmente del trabajador y no del empresario o empleador.

Esta afirmación interna y la existencia de otros fenómenos jurídico-legales que es necesario destacarlos en este apartado, como lo es la aparición de un nuevo poder creador de normas jurídico-laborales; se trata de los convenios colectivos que son expresión de autonomía colectiva. De la relación empleado-empleador. Cabe destacar aquí que el trabajo como actividad humana es tan antiguo como el hombre mismo. Pero esta actividad propia de la necesidad de relaciones sociales dio ori-

¹⁷ ERMIDA, O. **El Futuro del Derecho del Trabajo y Las Relaciones Laborales**. Editorial Nueva Sociedad, (1999) Caracas-Venezuela.

gen a regulaciones jurídicas. La cual tuvo sus inicios a finales del siglo XVIII producto de una repercusión económica mundial denominada *revolución industrial*.

Es a partir de allí que el sistema laboral sufre transformaciones que generan todo un proceso de requerimientos, de luchas y concesiones que prosiguen reconocer la propia dignidad del hombre en sus actividades laborales.

Sobre este aspecto conviene iniciar el apartado de la reforma laboral venezolana en relación con la flexibilización laboral destacándose que la flexibilidad venezolana¹⁸ no se inscribe en la tendencia flexibilizadora que ha inspirado otras reformas legislativas en la región, ya que en la fecha de su aprobación (1990), el tema no tenía aún eco importante en el sector empleador.

Esta afirmación coincide con la siguiente tesis la cual destaca¹⁹: En Venezuela la reforma de la LOT no se alineó abiertamente en la misma corriente reformista desreguladora al contrario, la misma mantuvo un espíritu de reafirmación de la protección unilateral en el nivel de las propias leyes del trabajo.

Los anteriores señalamientos, ubican los intereses que pugnan por la transformación del sistema laboral venezolano entre neoliberales y fuerzas que se oponen como insatisfactorios para ambos. Sin embargo, se puede destacar que la opción flexibilizadora sin lograr modificaciones normativas, introdujo por la vía de hecho cambios que alteran los convenios colectivos y las condiciones de trabajo en general, tanto en empresas pequeñas como en las transnacionales, debido a la debilidad del movimiento sindical así como de la administración del trabajo y la justicia laboral.²⁰

El proceso de reforma laboral venezolano tuvo sus inicios con la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo a finales de 1990 luego de un trámite que se había iniciado cinco años antes, con un Anteproyecto que el entonces Senador vitalicio Rafael Caldera sometió al Parlamento Venezolano. Al respecto se destaca que la legislación laboral venezolana promulgada sistematizó y dio tratamiento coherente a la reglamentación hasta entonces vigente, 1936 y reglamento la de 1973 con dispersión en numerosas leyes especiales.

¹⁸ ERMIDA, O. Ob. cit.

¹⁹ LUCENA, H. **Relaciones de Trabajo en el Nuevo Siglo**. Fondo Editorial Tropykos. (2003). Caracas-Venezuela.

²⁰ LUCENA, H. Ob. cit.

Así mismo, se deja ver por algunos autores entre ellos, Caldera, los cuales clasificaron las disposiciones sustantivas de la LOT en cuatro grupos, a saber el de las disposiciones rígidas de la legislación anterior que se mantenían en la nueva, en número de dieciocho; el de las nuevas manifestaciones de rigidez, en número de diecinueve, el de las manifestaciones tradicionales de flexibilidad, que se mantienen en la LOT, dentro de las que se distinguieron cinco, y el de las nuevas manifestaciones de flexibilidad, en número de diecisiete. Dentro de estas últimas destacaron la eliminación de la llamada estabilidad numérica de la legislación anterior, en virtud de la cual todo empleador que procedía a un despido injustificado estaba obligado a contratar a un nuevo trabajador en el puesto de aquél que había sido despedido, y a pagarle el mismo salario; pero quizás la flexibilización más importante es la que permite que por acuerdo entre el empleador y los trabajadores se modifique la jornada de trabajo, siempre que el total de horas trabajadas no exceda en promedio de cuarenta y cuatro por semana dentro de un periodo de ocho semanas. Aparte de estas flexibilizaciones, como ya se dijo la LOT mantuvo y profundizó el sesgo protector de la legislación hasta entonces vigente.

En 1997 la LOT fue revisada, tras una ardua negociación tripartita, que culminó en el llamado Acuerdo Tripartito sobre seguridad social integral y política salarial. Esta reforma estuvo centrada en cuestiones salariales y en el régimen de prestaciones e indemnizaciones con motivo de terminación del contrato de trabajo por despidos injustificados, las que se abarataron mediante la introducción de un tope. Conviene recordar que en Venezuela el trabajador tiene derecho, con motivo de la terminación de su contrato, a una prestación por antigüedad como derecho adquirido, y a una indemnización por despido si el contrato termina por su despido injustificado o por despido indirecto. Hasta la reforma, la prestación por antigüedad consistía en un crédito que permanecía en la empresa y sólo se podía reclamar al término del contrato de trabajo, con el inconveniente de que aumentaba automáticamente cada vez que los salarios eran aumentados, pues se calculaba sobre la base del último salario. Esto acrecentaba los pasivos de las empresas cuanto mayor era la antigüedad del trabajador. Además, la prestación corría el riesgo de perderse en caso de quiebra de la empresa, si sus activos no alcanzaban para pagarla, lo que es muy frecuente. Con la nueva Ley la prestación por antigüedad se modificó, pasando a ser de 45 días de salarios por el primer año trabajado y de 60 por los posteriores; además se introdujo una prestación adicional, de 2 días de salario por cada año de servicios a partir de la entrada en vigor de la Ley, hasta un tope de 30 días. En contrapartida ya no se toma como base el último salario, sino el que se ha devengado en el mes respectivo. Por otra parte, la prestación ya no se acredita necesariamente en la contabilidad de la empresa, sino en un fideicomiso individual, a nombre del trabajador, o en un fondo de prestaciones por antigüedad, devengando intereses que son capitalizados mensualmente. Si bien,

en principio, el trabajador sólo dispone de su prestación al término de su relación de trabajo, puede recibir anticipos a cuenta de la misma (hasta un 75 por ciento) para atender obligaciones en materia de vivienda, salud o educación. Con respecto a la indemnización por despido injustificado, se establece un tope de 150 días de salarios, más los salarios caídos hasta el momento del pago efectivo de la indemnización. Esta indemnización no se paga (pero sí los salarios caídos) cuando el empleador aceptase reenganchar al trabajador que ha despedido injustificadamente. Por último, la Ley estableció un régimen transitorio para los trabajadores en servicio en el momento de su entrada en vigencia y fijó un nuevo salario mínimo (equivalente a 140 dólares en el momento de su promulgación), el que debe ser reajustado anualmente a propuesta de una comisión tripartita.

El aspecto fundamental de esta reforma de 1997 lo refleja la modificación del régimen de prestaciones sociales, al pasar de la condición de indemnización a la de prestaciones de antigüedad aunado a la aprobación de un sistema de seguridad social que incluye la introducción de los valores del mercado neoliberal, este paso dio mayor espacio a la condición de flexibilización en la normativa laboral venezolana.

4.1 Consideraciones del proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo

Un aspecto importante a destacar aquí, es que la firma de la carta de intención del gobierno de Pérez con el FMI en 1989, como mecanismo de transformación hacia una economía de mercado en Venezuela. Se vio signado por un alto volumen de conflictividad social durante los últimos años de la década del noventa y que concluyó en una nueva reorientación de la tendencia flexibilizadora de las relaciones de trabajo. El desarrollo del referéndum en 1999 para aprobar el nuevo texto constitucional donde la materia laboral prevé el retorno de la legislación tradicional clásica donde el poder del Estado actúa como eje tutelar de las relaciones laborales en aspectos de seguridad social y prestaciones sociales.

En este sentido, la disposición transitoria cuarta de la referida Constitución establece textualmente que dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará una serie de actos legislativos entre los que se encuentra en el numeral 3, lo relativo a la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, a los fines de establecer un nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales consagrado en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado, este mandato constitucional ordena en lo entendido a devolver el recálculo de las prestaciones. Sin embargo, al no especificar que dicho cálculo se haría de conformidad con el último salario a la finalización de la relación de trabajo se denota que nuevamente surgirá una interesante discusión sobre la materia.

De igual forma se establece un lapso para su prescripción de diez años. Durante este lapso, mientras entre en vigencia la reforma de la ley seguirá aplicándose de forma transitoria el régimen de la prestación de antigüedad establecido en la Ley Orgánica del Trabajo vigente. Esta prerrogativa modifica lo contemplado en el artículo 61 de la LOT que establece un año contado desde la terminación de la prestación de los servicios.

En esta disposición se prevé, que durante este lapso, mientras entre en vigencia la reforma de la ley, tendrá carácter de transitorio el régimen contemplado en el artículo 108 de la LOT. Así mismo, la disposición cuarta señala que la misma contemplará un conjunto de normas integrales que regulen la jornada laboral y propendan a su disminución progresiva, en los términos previstos en los acuerdos y convenios de la Organización Internacional del Trabajo suscritos por la República.

Por otro lado, el numeral 4 de la disposición transitoria destaca: El desarrollo de 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 Trabajo²¹ estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez en el proceso.²²

En este mismo orden de ideas actualmente los legisladores de la Asamblea Nacional llevan a efecto la reforma de la LOT²³ (Aprobada en primera discusión en fecha 17/06/2003) y prevista en el texto constitucional cuyo mandato se ordena en la disposición transitoria cuarta. A tal efecto, los legisladores dejan ver la necesidad de desarrollar la reforma para superar la exclusión social estructural que afectó a cientos de miles de personas, producida por las políticas públicas ejecutadas por gobiernos anteriores que acataron lineamientos de corte neoliberal.

Los argumentos esgrimidos sobre la reforma de la LOT de 1990 se debaten en contenidos que disminuyen los derechos laborales y sindicales de los trabajadores, reconocidos expresamente en los Convenios N° 87 y N° 98 de la OIT. Así

²¹ CALDERA, R. **Nueva Ley de Trabajo de Venezuela**, en Derecho Laboral, Montevideo, (1991). Enero-Marzo.

²² GOIZUETA, N. **Aspectos Laborales en la Constitución Bolivariana de Venezuela y Normas Concordantes con la Legislación del Trabajo**. Gaceta laboral Cielda, (2002). Universidad del Zulia, Maracaibo-Venezuela.

²³ Asamblea Nacional Reforma Parcial de la LOT. Presentado por los diputados Luís Franceschi, José Salamat Khan, Nicolás Maduro y Ángel Rodríguez y aprobada en primera discusión en fecha 17/06/2003. Caracas-Venezuela.

como la libre sindicación, la libertad sindical, la huelga, la protección adecuada contra los actos de discriminación e injerencia antisindical y las negociaciones colectivas voluntarias.

De igual manera sostienen que antes de aprobar el referido Proyecto de la LOT, el movimiento sindical así como otras organizaciones nacionales e internacionales denunciaron que ésta contenía artículos que vulneraban abiertamente los derechos humanos de los trabajadores. Normas que imponían obstáculos insalvables y restricciones arbitrarias al ejercicio de los derechos laborales de naturaleza colectiva, despojando a los trabajadores de sus herramientas más importantes para la defensa de sus intereses frente a los patronos. Sin embargo, a pesar de la solidez académica de estas críticas y de los aportes presentados por estos sectores, el extinto Congreso de la República hizo caso omiso de las mismas, aprobando la nueva LOT 1990.

Un aspecto importante a destacar es la reiterada crítica que se hace a la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) que permitió la aprobación de las reformas anteriores bajo un absoluto silencio. Los argumentos anteriores permiten a la República Bolivariana de Venezuela, a través de la Asamblea Nacional y del Poder Ejecutivo Nacional, reconocer que existe una mora de más de doce años con los derechos humanos laborales y sindicales de los trabajadores, especialmente aquellos de naturaleza colectiva. Desde los procesos de reforma desarrollados en la LOT de 1990 y 1997.

Por estas razones, la República Bolivariana de Venezuela, en su condición de Estado comprometido en lograr la plena vigencia de todos los derechos humanos, especialmente de aquellos de naturaleza laboral y sindical, ha decidido realizar una reforma a la LOT de 1997 para adecuarla a los tratados internacionales sobre derechos humanos, especialmente a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y al mandato constitucional contenido en la disposición transitoria cuarta, numeral tercero de nuestra Carta Magna.

En resumen el proyecto de reforma de la LOT se circunscribe a modificar los artículos de esta ley que han sido cuestionados por la Organización Internacional del Trabajo, las organizaciones de derechos humanos nacionales y las organizaciones, corrientes y movimientos sindicales autónomas y libres, a los fines de adecuarlos a nuevas realidades que devuelvan la estabilidad sesgada a los trabajadores por esta corriente neoliberal y flexibilizadora de las relaciones de trabajo.²⁴

²⁴ Asamblea Nacional (1999) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (1999) Caracas-Venezuela.

Finalmente, el actual proyecto de reforma de la LOT de acuerdo a los elementos discutidos anteriormente destaca la intensificación del garantismo estatal en las relaciones laborales lo cual aleja momentáneamente de acuerdo la versión del Estado el fenómeno de la flexibilidad laboral por la vía neoliberal iniciada a partir de 1989.

Reflexiones Finales

Al revisar el contexto de la flexibilidad laboral frente a los procesos de reforma en América Latina y más específicamente en Venezuela subrayamos que producto de la crisis económica de la década de los ochenta el estado venezolano emprendió transformaciones en materia económica y social, que se insertan en la política económica neoliberal.

Esta situación se puede sintetizar, por un lado, la crisis del Estado Benefactor y por el otro, la reforma social en materia laboral, que abarca transformaciones importantes. Ambos escenarios son producto del agotamiento del equilibrio fordista planteado como modelo económico del bienestar que arrastró a las sociedades latinoamericanas y en especial a la de Venezuela a enlodar a su humanidad en grandes desigualdades sociales.

Lo descrito anteriormente da como resultado la aplicación de un nuevo modelo económico cuya expresión se denota en la globalización y las tecnologías de información, las cuales tienen como fundamento la expansión del rol del mercado, y la reducción del tamaño y funciones del Estado así como la flexibilización de las relaciones laborales para aumentar la productividad de los empresarios por la vía de la disminución de los costos laborales.

Dentro de este orden de ideas podríamos resumir que la reforma emprendida en el ámbito social destaca los aspectos siguientes:

1. La reforma laboral se desarrolló en Venezuela a finales de los 90 y 97 y la misma se inserta en los programas económicos el Gran Viraje y Agenda Venezuela, donde el Estado asume el compromiso de la reestructuración capitalista previo acuerdos con el FMI y BM. Esta decisión del gobierno de Pérez y Caldera deja aprobado un paquete de leyes (Privatizadoras) en materia laboral (Seguridad Social y reforma de las prestaciones sociales). Que posteriormente reciben enérgicas críticas de los nuevos factores de poder, y de hecho con la aprobación de la nueva Constitución de 1999, se planteó un nuevo marco conceptual laboral de funcionamiento en términos de un modelo ideológico distinto contra la flexibilización. Dando como resultado el resurgimiento del marco jurídico garantista para los trabajadores.

2. El proyecto de reforma de la LOT previsto en la Constitución de 1999 está circundada por dos grandes obstáculos uno es el altísimo contenido ideológico que dio cabida en la lucha contra la reforma anterior desarrollada por los gobiernos de Pérez y Caldera. Y el otro es el bajo espíritu del diálogo social tripartito el cual es recomendado por la organización internacional del trabajo y que ha sido obviado por este gobierno en la reforma a pesar de que en los argumentos de la Exposición de Motivos de la nueva reforma se señalan violaciones de los derechos laborales. Que a mi juicio no son del todo claras en el verbo descrito porque en la práctica la aptitud gubernamental actual dice mucho de las violaciones que ellos mismos aducen.
3. Así mismo debemos tener claro que el debate actual sobre la flexibilidad laboral mantiene una gran controversia entre sus defensores y fuerzas opuestas con el entendido que las empresas de hoy enfrentan también una dura contradicción en el terreno laboral. Por un lado, requieren de trabajadores autónomos, responsables y comprometidos con su proyecto por lo cual su sentido de pertenencia será difícil sin la permanencia del trabajador y por el otro lado, las empresas requieren flexibilización y disponibilidad de adaptarse y cambiar esto puede significar rotación de los trabajadores. En este sentido en Venezuela se requiere establecer un diálogo que permita lograr acuerdos en este aspecto tan controversial.
4. Finalmente, a pesar de haberse llevado a cabo el proceso de reforma en materia laboral en Venezuela durante los años 1990 y 1997 que dan concesiones a la flexibilización en detrimento de los trabajadores, ésta se prevé resarcir con lo previsto en la Constitución de 1999 devolviendo así la intensificación del garantismo tradicional contenido durante el desarrollo del Estado del Bienestar.

pág. 248 blanca

La formación y el empleo del trabajador en el marco de las relaciones laborales

Magda CEJAS MARTÍNEZ*

SUMARIO

1. **Consideraciones generales.**
 2. **La formación en el contexto global.**
 3. **El componente formativo en los espacios laborales.**
 4. **¿Se vincula la formación y el empleo?**
- Conclusiones.**

1. Consideraciones generales

En un artículo anterior –“La formación por competencia: Empleo y Mercado de Trabajo. Un desafío para los Actores Laborales”¹– presenté un análisis referido a la formación, el empleo y las competencias profesionales. En esa ocasión el énfasis del análisis se centró en la correspondencia que tiene la formación profesional con el desarrollo de las competencias de los trabajadores y la correspondencia o no del empleo en estos aspectos que sobre formación he tratado.

* **Universidad de Carabobo**, Doctora en Empresas y Doctora en Ciencias Sociales, *Facultad de Ciencias Económicas y Sociales*, Profesora e Investigadora en el área de Metodología de pregrado y postgrado.

¹ En Fernando Parra Aranguren, editor: **Estudios de Derecho del Trabajo**, Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 9, Caracas 2003, Vol. I, pp. 313-355.

No queda la menor duda, que los estudiosos del tema sobre formación han hecho prevalecer en todo momento la urgencia de la puesta en práctica de un sistema que garantice la formación de los trabajadores. Por otro lado, han sido muchos los intentos por parte de los actores laborales de encontrar la correspondencia, vinculación o compatibilidad entre la formación y las demandas del sector productivo respecto al perfil deseable del trabajador. La legislación por otro lado de igual forma destaca la relevancia de la formación de los ciudadanos en toda su extensión.

En esta oportunidad sólo he realizado algunas reflexiones y análisis resultantes de mi experiencia en este tema y más específicamente sobre formación y empleo en las relaciones laborales. Entendidas éstas en su sentido más amplio como aquellas que permiten articular distintos actores (las personas, los grupos, las empresas, las asociaciones patronales, las sindicales, el Estado) que tienen alcances individuales, colectivos, sociales y obviamente laborales.

En los últimos años el mercado laboral ha cambiado en forma vertiginosa y radical, tantas han sido las transformaciones que se habla de aspectos como: el fin del trabajo, la desaparición del empleo de larga duración en una misma empresa, de la desaparición de la estabilidad laboral, de la existencia de empleos inestables y pocos duraderos, que pueden ser de calidad buena o mala en cuanto a salarios, calificaciones y condiciones de trabajo; se cuestiona la flexibilidad del trabajo², los tiempos del trabajo, el empleo femenino³, la recurrencia del trabajo parcial o temporal, entre otros.⁴

² Entiéndase que sobre este término existen muchas concepciones y se puede materializar de formas muy diversas, por ejemplo: ajustes de horarios, variaciones salariales en función a los cambios en el ambiente económico, movilidad interna en la empresa, adaptación a los cambios tecno-productivos mediante la formación y cualificación. Sin embargo, al margen que puedan existir planteamientos en pro o en contra de la flexibilidad, lo que pretendo es destacar que la flexibilidad permite abrir oportunidades y posibilidades tanto para el trabajador como para el empresario, en función de los cambios y necesidades que se vayan produciendo en el entorno.

³ El tema del género tiene cada vez más presencia en los escenarios académicos y laborales, es cada vez más evidente la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo. También es evidente la problemática que persiste en este aspecto en el mercado laboral. La mujer reclama oportunidades de trabajo que generalmente no le son concedidas; se observa un mayor incremento de puestos de trabajos el cual permite a la mujer combinar su labor con el de la casa. Un ejemplo de esto lo representa los “*call centers*” y los centros de procesamientos de datos, que cada vez son más, y están ocupados de manera predominantes por mujeres. En informe de la OIT (2002), referido a la modalidad de trabajo para las mujeres, señala lo siguiente: “es posible que esté surgiendo una nueva cultura del trabajo, más informal y más atractiva pero, en los peores supuestos, los “*call centers*” pueden considerarse los nuevos centros de explotación intensiva de la era digital”. Con esta consideración es evidente la presencia de una nueva cultura que se instala en el componente laboral.

⁴ Para Manuel CASTELLS (1999, p. 33-67), en el campo laboral; coexiste un nuevo tipo de trabajo, uno el trabajo auto programable y el otro el trabajo genérico. El primero es que desarrolla aquel

Estas consideraciones del mercado de trabajo, en gran parte se han dado a consecuencia de las grandes transformaciones originadas por el cambio tecno-productivo y por las nuevas tecnologías de información y de comunicación. No obstante, estos cambios han encontrado una contrapartida en la modificación⁵ de las formas de trabajar; originando nuevos modos de producción y una gran variedad de innovaciones que estructuran una nueva organización del trabajo⁶, apareciendo con ello una nueva concepción empresarial.⁷ Se evidencia así una nueva forma de organización del trabajo (NFOT) que conduce a la configuración de un nuevo perfil del trabajador con un mayor número de competencias, así como un mayor contenido técnico y social. Estas NFOT responden a un cambio que se refleja en características muy particulares que determinan un nuevo perfil del trabajador. Me refiero en forma específica por ejemplo; a la exigencia de un trabajador que sea capaz de asumir su compromiso con la empresa.

Ya quedo atrás la connotación de un modelo enmarcado sobre un análisis del mercado de trabajo que identifica una tarea, operación, tiempos, movimientos, métodos, el contexto actual trabaja en torno a otras condiciones donde el trabajador es pieza fundamental para el logro de sus propósitos. Sin embargo, esta dimensión derivada de la evolución de las tecnologías a menudo no es considerada cuando se diseñan políticas o estrategias que atañen a la provisión del personal calificado, como generalmente se deja ver en el análisis y la justificación de las políticas educativas y de formación de los recursos humanos en muchos países.⁸

trabajador que tiene una capacidad instalada en él o ella, de poder tener posibilidad de redefinir sus capacidades conforme va cambiando la tecnología y conforme cambia a un nuevo puesto de trabajo. El segundo –el trabajo genérico– corresponde a la gente que tiene sus capacidades humanas con un nivel de educación más o menos básico que simplemente recibe instrucciones y ejecuta ordenes y a la que incluso no le dejan hacer mas que eso. En ambos la formación es vital.

⁵ Al respecto, Oriol GIARINI y Patrick M. LIEDTKE (1997) en su obra **El Dilema del Empleo**, exponen detalladamente los cambios que ha traído consigo la llamada revolución industrial, los investigadores consideran que el paso de un modo de vida rural dominado por la producción agrícola al nuevo trabajo industrial no fue solamente el cambio de un status laboral por otro, de un estilo de vida por otro, sino más bien el principio de una evolución sin precedentes en una sociedad cambiante, de cara a una devolución industrial donde el trabajo tuvo que adaptarse a los cambios introducidos en el proceso de producción por las innovaciones y los nuevos desarrollos.

⁶ Para MARTÍN ARTILES (1999, p. 80), a consecuencia de las modificaciones que ha tenido la estructura del trabajo, las empresas ensayan la introducción de nuevas formas de organización del trabajo, que introducen nueva tecnología versátil, revisan el grado de división del trabajo y las cualificaciones así como los modos de uso de la fuerza de trabajo.

⁷ Para Anthony GIDDENS (1999; p. 44) los cambios originados por el proceso de la globalización han incidido en el sector dinámico de la economía imponiéndose cada vez más una nueva cultura centrada en el conocimiento. Este nuevo paradigma económico de la intangibilidad y el conocimiento se impone cada vez más. El capital humano cobra cada vez más relevancia.

⁸ LABARCA, Guillermo (1999a). **Demanda de Trabajadores Calificados y Capacitación a los Agroindustriales. El caso de Chile**. Cinterfor. Montevideo.

Así entonces, factores como el cambio tecnológico, la reestructuración buscando capacidades que determinen sus competencias como: trabajo en equipo, comunicación, toma de decisiones, liderazgo, sumado a un trabajador polivalente siendo capaz de desempeñar distintas funciones en su actividad laboral. Ya quedó atrás la connotación de un modelo enmarcado sobre un análisis del mercado de trabajo que identifica una tarea, operación, tiempos, movimientos, métodos, el contexto actual trabaja en torno a otras condiciones donde el trabajador es pieza fundamental para el logro de sus propósitos. Sin embargo, esta dimensión derivada de la evolución de las tecnologías a menudo no es considerada cuando se diseñan políticas o estrategias que atañen a la provisión del personal calificado, como generalmente se deja ver en el análisis y la justificación de las políticas educativas y de formación de los recursos humanos en muchos países.⁹ Así entonces factores como el cambio tecnológico, la reestructuración productiva, las modificaciones del mercado de trabajo orientadas hacia una mayor flexibilidad ha justificado un cambio en las demandas de calificaciones que provoca una necesaria exigencia de personas que demuestren sus capacidades en el puesto de trabajo.

El comportamiento de estos cambios en el sector laboral, es lo que precisamente ha hecho posible argumentar un protagonismo en la formación de la fuerza de trabajo, fundamentalmente por dos ideas principales: la necesidad de responder tanto a la demanda del sistema productivo como a las de los trabajadores con miras a desarrollar sus competencias en consideración a la actividad laboral que desempeñan.

Ambas consideraciones tienen especial connotación en el marco de las relaciones laborales, por cuanto en ellas prevalece el protagonismo que ha alcanzado el componente tecnológico y por otro lado por la prevalecencia del desempeño en el trabajador. Resulta destacable aclarar que estas condiciones no son las únicas a considerar en la cuestión de la formación, y tampoco implica la panacea de los procesos de cambios que se visualizan en el mercado laboral. No queda la menor duda que los objetivos de un programa de formación abarcan diversos aspectos tales como:

El análisis del sistema productivo, considerando para ello la dinámica que se presenta producto del desarrollo tecnológico, lo que conlleva a la definición de perfiles profesionales sobre la base de este cambio tecnológico. Las propuestas en pro de la adaptación de sistemas y subsistemas de formación técnico profesional basados en las verdaderas demandas del sistema productivo. La toma en cuenta de los diversos enfoques tanto prácticos como metodológicos en pro de propuestas

⁹ LABARCA, Guillermo (1999b, p. 20). **Formación para el Trabajo en Industrias Mexicanas**. Montevideo.

innovadoras sobre el análisis del mercado de trabajo que propicie nuevas condiciones y alcances en materia de formación.

Jeremy Rifkin asegura que solo una elite bien informada será la que controlará y gestionará la economía de alta tecnología y por la otra parte, estarán un número creciente de trabajadores que serán desplazados con pocas perspectivas de futuro y donde cada vez más las posibilidades de acceder al sistema educativo y profesional será mas lejana, si considero esta condición es obvio que sería muy difícil en este trabajo final de investigación plantear el tema de la formación profesional al alcance de todas las bondades que ésta pueda ofrecer.¹⁰

Sin embargo, aparte de estas consideraciones de los mercados laborales¹¹ y del mundo global, y situándonos en un escenario formativo desde una perspectiva empresarial, entraría a destacar la necesidad de estrechar la brecha entre el sistema productivo con el educativo, así como la capacidad de asociación, articulación y alianzas estratégicas entre los actores laborales, con énfasis a saber cuáles son las cualificaciones que necesitan los trabajadores para ejecutar las tareas, que tienen que hacer, donde buscarlas, como aprenderlas y como aplicarlas?. Se trata de combinar acciones conjuntas por parte de los actores laborales e instituciones dedicadas a la formación, cuyas actividades generen un desarrollo equilibrado en base a personas y a la tecnología, al respecto un ejemplo de resulta destacable¹²: "...o empleo a esta persona, o utilizo una máquina en lugar de esta persona, o traigo este producto producido por un obrero tailandés que me cuesta diez veces menos".

Esto equivale que el equilibrio entre personas y tecnología no se percibe, es decir día a día se visualiza el acortamiento de las fronteras que permite al empresario disponer de mano de obra barata, igualmente de violar las posibles regulaciones laborales que se tenga en cuanto a la contratación de mano de obra local, en muchos de los casos los grandes productores y empresarios giran su atención a lugares donde las condiciones laborales de los trabajadores son mínimas, en estos ca-

¹⁰ RIFKIN, Jeremy (1996). **El fin del trabajo**. Editorial Paidós. Barcelona.

¹¹ Hay quienes no asocian los mercados laborales como verdaderamente mercados globales, como es el caso de los planteamientos de la economía informacional y los procesos de la globalización. Para CASTELLS (1999), solo existe un pequeño pero creciente segmento de profesionales y científicos. El trabajo así se considera como un recurso global al menos de tres modos: las empresas pueden escoger ubicarse en una variedad de emplazamientos de todo el mundo para encontrar la fuerza de trabajo que necesitan, ya sea en cuanto a cualificación, costes o control social, también pueden solicitar mano de obra calificada de cualquier lugar y la obtendrán si ofrecen la compensación y las condiciones laborales adecuadas; por lo tanto las empresas entrara en cualquier mercado por iniciativa propia y por intereses propios.

¹² CASTELLS, Manuel (1999, p. 35). **La era de la información**. Volumen I. Alianza Editorial. España.

¿se puede hablar de formación? o quizás tendremos que hablar de conveniencia en el logro de los requerimientos productivos a menor costo y mayor utilidad?.

Resulta complejo adecuar las teorías de la formación con la realidad laboral, en tal caso tendríamos en principio de disponer de entornos homogéneos, de empresas con características iguales y de políticas aplicadas a la gestión de personas que se ajusten a todas las organizaciones por igual. A mi parecer esto es imposible, cuando se logra conformar un plan de formación este va dirigido a responder a las necesidades que han sido previamente detectadas en el análisis organizacional, dos podrían ser los planteamientos:

Por un lado la heterogeneidad en que se presentan los cambios del entorno,¹³ nos obliga a distinguir estos planes formativos a los trabajadores: me refiero a decir: ¿A quién van dirigidos, a los ya ocupados, a los desempleados, a los que tienen contrato temporal, al sector femenino, a la dirección de la empresa, a los obreros?.

Por otro lado en cuanto a la empresa, los supuestos sobre formación de los trabajadores las interrogantes van dirigidas a plantearse si la formación profesional atiende las demandas de los recursos humanos que requiere las empresas cuyas características se adecuen a aquellas que posean un factor de innovación tecnológica o bien para aquellas que aun no han adoptado formas modernas de producción. ¿Se diseñan entonces los programas de formación profesional sobre la base de las demandas que vienen de las empresas?, o ¿siguen un patrón tradicional con aquellos contenidos que no han sido ajustados a los cambios de los procesos productivos?.

En la era postindustrial ya era notorio la necesidad de elevar la formación de la fuerza de trabajo como un factor estratégico y determinante, algunas de las características que fundamentan lo anterior¹⁴:

1. El cambio que se produce a consecuencia de la nueva estructura ocupacional, donde los trabajadores de cuello blanco (no manuales) superan cuantitativamente a los de cuello azul (manuales). Crece así, una nueva clase técnico-profesional, cuyo poder está basado en el conocimiento y en la experiencia y no en la riqueza o la propiedad.
2. La primacía que se le confiere al conocimiento teórico y abstracto (opuesto al conocimiento empírico) como una condición fundamental para el

¹³ La brecha tecnológica y la capacidad de cerrarla contribuye a establecer demandas diferenciadas de los recursos humanos. En cuanto a los mercados más abiertos inducen cambios de tecnología y llevan a la desaparición de sectores ineficientes, sin capacidad de competir con economías que usan las tecnologías más avanzadas. Cada nivel tecnológico genera demandas diferentes en materia de recursos humanos.

¹⁴ Daniel BELL y Alain TOURAINE (1974), en documento mimeografiado. UAB. Barcelona. España

desarrollo tecnológico. Es así como se interpreta el nacimiento de un conocimiento postindustrial que no se genera a través de la experiencia personal, sino más bien a través de la combinación de las competencias.

3. La capacidad de planificar y controlar el cambio tecnológico y la llamada tecnología intelectual, son otros de los factores que hacen posible comprender la necesaria condición de la formación en la fuerza de trabajo.

Por otro lado, los temas relacionados con la educación para el trabajo, han estado presentes en las agendas de los actores laborales, en los últimos veinte años, la agenda de la negociación colectiva centraba más su interés en la lucha de las reivindicaciones salariales, dejando a un lado otros aspectos que conforman los derechos de los trabajadores. Las reivindicaciones por formación y calificación se fueron sumando con el tiempo en asignaturas pendientes por parte de los sindicatos ante los empresarios¹⁵, igualmente el Estado asiste a una nueva cultura que le permite promover la formación profesional y la consolidación de proyectos institucionales-empresariales.

En cualquiera de los casos, se destaca en los últimos años la formación de los trabajadores como un hecho laboral, sin dejar de ser al mismo tiempo un hecho educativo. Por un lado se reconoce como uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y por la otra como un instrumento de productividad de las empresas y como ventaja comparativa y potencial de la economía.¹⁶

Aludiendo a estas nuevas modalidades que relacionan los sectores industriales y empresariales, a la articulación de los actores laborales en políticas de formación para el trabajo, al desarrollo de los mercados, a la introducción de las tecnologías, además del desarrollo de un nuevo paradigma centrado en el conocimiento. La inversión en el conocimiento, puede considerarse como un activo de la organización, que le permite afrontar las situaciones de cambios en que se ve sometida cada vez más, es un factor estratégico que acorta las brechas existentes entre las exigencias del puesto de trabajo y el trabajador.¹⁷

¹⁵ No se puede obviar las tendencias disgregativas y la división de los sindicatos. Para Richard HYMAN (1996, p. 9-28) esto implica un viraje del colectivismo hacia el individualismo, que se refleja en las tasas de afiliación de los sindicatos, en una menor receptividad a las políticas y disciplinas determinadas colectivamente, a la polarización de la clase obrera, a la fragmentación dentro de la clase obrera organizada, al debilitamiento de la autoridad de los liderazgos nacionales y las confederaciones centrales. De considerarse esta problemática que padece este actor laboral, se hace evidente que el refuerzo de instalación de políticas orientadas al desarrollo de la formación son cada vez más lejanas.

¹⁶ Corresponde al apartado **Sindicatos y Diálogo Social. Situación actual y Perspectivas. Educación Obrera 2003**. N° 120. BARBAGELATA, BARRETO y HANDERSON (2000) compilado por OIT. 2003.

¹⁷ Cejas, Magda. UB. 2004. **La Formación como Factor Estratégico**. UB. Tesis Doctoral. Barcelona. España.

Las posturas empresariales que apuntan al perfeccionamiento de los recursos humanos, enfatizan en la imperiosa necesidad de incorporar en los sistemas de trabajo personas competentes. Los rasgos propios que se generan de la división del trabajo moldean el paquete de competencias demandas, inclusive puede afirmarse que el concepto de la formación por competencia surge para tratar de identificar la ampliación y el extraordinario enriquecimiento en el conjunto de habilidades, conocimientos y comprensión requeridas para un desempeño laboral satisfactorio. Las redes de trabajo propias del nuevo tejido de interacciones empresariales han contribuido a crear una nueva configuración industrial que demanda nuevas competencias en las personas.¹⁸

Cualquiera que sea el significado que se le otorgue a la formación lo importante es el reconocimiento que ha de hacerse al conjunto de enseñanzas que se den dentro de las empresas para el desarrollo de la preparación de los trabajadores y que estos demuestren a través de sus propias competencias un desempeño efectivo en su función laboral.

2. La formación en el contexto global

Son muchas las connotaciones que se tienen de la formación. Desde la década de los setenta se partió de los supuestos que el desarrollo tecnológico, económico y social acarrearía consigo un argumento generalizado a las exigencias de la formación general de los trabajadores. Las transformaciones que ha tenido el sector productivo ha permitido entender que hoy ya no era posible contar con una masa de obreros no calificados en la industria, sino más bien se requería de responder a una economía industrializada que demandaba trabajadores con habilidades técnicas especializadas, de ensamblaje, montaje y reparación; En este sentido el crecimiento de la organización empresarial exigía una mayor creación de ocupaciones que por ende requerían una mayor formación de parte del trabajador, hoy conocida en la sociedad industrial como una nueva organización del trabajo.

Los principios que caracterizan al taylorismo y al fordismo como forma de una nueva organización del trabajo se encuentran hoy en duda respecto a los nuevos enfoques de la producción, provocando con ello una redimensión que se incorpora a las nuevas tendencias empresariales.¹⁹

¹⁸ VARGAS Z., Fernando (2000). **La Formación hacia las Tendencias Actuales. La Formación por Competencias.** Instrumentos para Incrementar la Empleabilidad. Cinterfor. Uruguay.

¹⁹ Al respecto del nuevo paradigma productivo-trabajo y cualificación Marcia de PAULA LEITE (1999, pp. 4-5) enfatiza en: 1. La sustitución de la lógica de la producción en masa de productos estandarizados por la producción variable, volcada a las exigencias del mercado, impone una importante necesidad de flexibilidad del proceso productivo; 2. La tendencia a la focalización de la

El trabajo calificado en aquella época iría perdiendo su función productora y se iría transformando en una labor dedicada a atender sistemas, para lo que era necesario fomentar sistemáticamente los potenciales de carácter subjetivo en el trabajador (como planificar, ejecutar y controlar), lo que hoy se conoce como sus competencias.

En este sentido el enfoque en materia de formación profesional a partir de esta época de los 80, fue entendida como una expresión de experiencias subjetivas y de competencia comunicativa.²⁰ Es de destacar que en esta época de cambios resurge un mercado de trabajo estructurado de modo dual, es decir, un primer mercado compuesto de trabajos seguros y bien remunerados lo que evidenciaba la seguridad para el trabajador en su puesto de trabajo, y el segundo con puestos de trabajo poco seguro y mal pagado, lo que hace suponer una nueva condición del trabajo que arroja la inestabilidad que se produce en el trabajador con esta situación. Esto indica que no se puede definir una sola tendencia formativa que cubra el sector productivo. La tendencia actual es a la de producirse una activa adquisición de conocimientos en la formación de los trabajadores posterior a su formación profesional.

Esta dualidad evidencia dos escenarios, por un lado un sector estructurado caracterizado por la inestabilidad de los puestos de trabajo y la autonomía de las empresas como fenómenos relativamente nuevos en el mundo del trabajo, mientras que por otro lado está el sector no estructurado o informal (de muchos países) el cual se caracteriza por tener trabajadores no asalariados y no sindicados, existe así unas relaciones laborales centradas en un sector organizado pero no ocurriendo lo mismo para el sector no estructurado, donde no existe igualdad de condiciones en aspectos como: la remuneración, las condiciones de trabajo, las oportunidades de empleo y de formación, depende en definitiva de otros actores.

En este sentido destaco que en el sector no estructurado no existe posibilidad alguna de mediar a favor de la formación, inclusive no existe la posibilidad de mediar una determinada negociación colectiva donde prevalezca la formación de los trabajadores.²¹

producción, estaría llevando a una subcontratación de las distintas partes del proceso productivo y a la extensión de las empresas que trabajan en cadena; y 3. La sustitución del principio taylorista de *one best way* por una búsqueda constante de perfeccionamiento del proceso productivo, implica una nueva lógica que exige la permanente incorporación del conocimiento que el trabajador tiene sobre la producción.

²⁰ KERN y SCHUMANN (1984). **El Fin de la División del Trabajo** y BAETHGE y OBERDECK. **El Futuro de los Empleados** (1986) citados por Rolf (1999). Documento mimeografiado. UAB. Barcelona. España.

²¹ La OIT, en su informe el trabajo en el mundo 1997-1998 el debate correspondiente a la dualidad de los sectores existentes en el mercado de trabajo. En particular hace hincapié a la diversidad de actores y mecanismos que operan en ambos sectores. En particular hacen hincapié en los esfuerzos que se hacen para establecer los dispositivos en materia de relaciones de trabajo en el sector no estructurado.

Quizás habrá que justificar en el sector estructurado existen mayores posibilidades para la formación, quizás por estar más al alcance de los cambios suscitados, también que existe una demarcada demanda de los requisitos profesionales y que se ha intensificado en los últimos años y que ponen en un lugar privilegiado la formación del trabajador.²²

La formación por competencia en la fuerza de trabajo ayudaría a mejorar la alta capacidad de la mano de obra en el sector productivo. Las nuevas filosofías en las empresas conceden al factor humano un peso determinante en el proceso productivo, en consecuencia un personal altamente calificado potencia los otros componentes que conforman la organización. Desde la perspectiva empresarial se debe imponer una cultura afianzada en la formación en el trabajo “on the job training”, así como el definir los nichos ocupacionales y los perfiles de competencias que se requieren para alcanzar el desempeño efectivo de parte de los trabajadores es una de las principales tareas.

Estas condiciones generan nuevas formas de gestión empresarial que determina las nuevas exigencias y la complejidad del mundo laboral.²³

A continuación conviene destacar los componentes que conllevan a la formación profesional y que les permite situarse en un espacio laboral de suma importancia.

²² Vanilda PAIVA (2000) de forma sistemática las consecuencias que ha traído los nuevos patrones económicos en el sector productivo, entre la que destaca la demanda de cualificaciones y competencias, para la investigadora existe una demarcada articulación entre ambos componentes. Por cualificación, entiende la totalidad de conocimientos y capacidades inclusive comportamientos y aptitudes adquiridos por el individuo, en tanto que en las competencias estarían incluidas las cualificaciones. En cambio para ARNOLD (1999) existe una marcada diferencia entre la calificación y las competencias del trabajador, la primera se enfoca a las exigencias y demandas de las profesiones y la competencia apela a la capacidad que tiene el trabajador para poner en práctica su disposición ilimitada e individual de la actuación profesional.

²³ Para Joel BARKER (2001, pp. 10-14). existe una serie de factores que confluyen en el patrón de la complejidad en las organizaciones. El investigador, asume el fenómeno de la complejidad no como una amenaza, al contrario como una ventaja para las organizaciones, en tal sentido hoy las naciones que no son diversificadas en sus estructuras y en sus mercados a largo plazo tienen una desventaja muy grande en comparación con las que sí lo son. BARKER (2001) enfatiza en la necesidad de aprovechar rápidamente la oportunidad, de aceptar la velocidad de los cambios, el primero que llega literalmente es el que va a ganarle a todos los demás, alguien siempre innovará, mejorará y reemplazará con una idea mejor y vendrá otro y seguirá innovando, hay una cascada de cambios y al cambiar, el mundo se hace cada vez más complejo y por ende, las organizaciones. En el artículo Innovación y Nuevos Modelos de Negocio. Liderando Organizaciones en el Siglo XXI. Revista RRHH. Año 3 N° 11. Caracas. Venezuela, pp. 10-13.

3. El componente formativo en los espacios laborales

Hoy por hoy existe una modificación sustancial en las características de los puestos de trabajo²⁴ y de la profesionalidad de los trabajadores²⁵ lo que ha generado en las instituciones de formación profesional una mayor necesidad de satisfacer los requerimientos del sector productivo, en el desarrollo y la recualificación de los trabajadores.

La formación de los trabajadores hasta hace poco se trataba en el mundo laboral como un tema aislado, en la actualidad se ha ido incorporando progresivamente en las relaciones laborales de los trabajadores y en las negociaciones colectivas. Su relevancia ha permitido configurarla en equilibrio con el resto de los subsistemas dentro de la gestión de los recursos humanos, es decir con temas como sueldos y salarios, selección, seguridad industrial entre otros.

Las premisas globales de las que parten los sistemas de formación profesional, giran en torno a varias consideraciones, entre las cuales se encuentran²⁶:

- a. La formación y la enseñanza profesional deben ser objetivos prioritarios.
- b. Las cualificaciones /calificaciones profesionales son cada vez más decisivas para determinar la empleabilidad de un individuo.
- c. La existencia de una población activa bien formada genera más y mejores posibilidades para desarrollar sectores tecnológicamente adelantados y con mayor valor añadido.
- d. Los programas de formación profesional dan resultados óptimos cuando las políticas macroeconómicas fomentan el crecimiento del empleo, y cuando se atienden meticulosamente las necesidades y problemas de trabajadores y empleadores.

²⁴ Hay quienes clasifican el puesto de trabajo en clave y puesto formativo. El primero tiene que ver con aquellos puestos de trabajo que tienen funciones definidas y claves para la empresa, son puestos estables. Y el segundo, puede significar la disponibilidad que proporciona la empresa para que exista un espacio físico ocupado por un trabajador con su herramienta para su formación continua.

²⁵ Se admite el término de profesionalidad como aquel que pretende definir los rasgos esenciales para el establecimiento de los títulos profesionales. Una vez que se identifica los perfiles profesionales que constituyen la referencia del sistema productivo se identifican y seleccionan los mejores programas formativos que construyan las capacidades profesionales y permitan conseguir el nivel de formación de la política de títulos. Se puede organizar el currículo del trabajador con una estructura modular, basada en unidades de competencia profesional, de tal forma que a la vez se define unívocamente al profesional mediante un conjunto de capacidades terminales y criterios de evaluación, al tiempo que permite la adaptación al entorno socioeconómico. FERNÁNDEZ RÍOS (1999) pp. 733-734.

²⁶ Bonifacio PEDRAZA LÓPEZ (2001, pp. 167-1.184). **Hacia una Nueva Formación Profesional de España. ¿Hacia un Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales?**. Boletín 149. Cinterfor. Montevideo.

El proceso formativo se plantea el desarrollo del aprendizaje como parte del sistema de formación, que permite satisfacer eficazmente a un costo mínimo y su aplicación.²⁷ Es necesario obtener a través de ella, buenos resultados tanto en calidad como en productividad, por tanto debe responder a cierto número de condiciones:

- a. Debe estar reglamentada por una legislación que establezca normas definidas respecto a su calidad.
- b. La formación impartida en las empresas debe ser confiada a personal poseedor de las calificaciones y competencias exigidas.
- c. Debe ofrecer a los aprendices y medios complementarios para posibilitarles a la adquisición de una formación más completa, especialmente las disciplinas técnicas y teóricas.
- d. Cuando el sistema comprenda períodos alternados de formación en centros y en empresas, hay que mantener una coordinación para lograr continuidad en la formación.
- e. Debería establecerse un programa de formación que abarque varias empresas donde los trabajadores trabajen sucesivamente siguiendo un plan determinado para obtener la calificación deseada.
- f. El aprendizaje debe estar en correspondencia a las necesidades reales del trabajador y en función de las perspectivas de empleo a corto plazo.

Las nuevas modalidades de aprendizaje²⁸ en la formación de los trabajadores, responden a un nuevo enfoque orientado a la formación por competencias, entendida ésta como la integración del conocimiento, de las habilidades, de la comunicación y de la motivación, que en un momento dado pueden dar la posibilidad del desempeño del trabajador. Este desempeño ya no se concretiza en el manejo de una determinada herramienta sino más bien en la demostración de competencias que permiten a este mismo trabajador comprender y resolver los problemas, en base al trabajo en equipo, al desempeño integral de tareas, a su liderazgo, y a la toma de decisiones en determinadas situaciones.

La tesis que hoy se maneja en torno a la formación apunta hacia las propuestas que configura un sistema de formación profesional y las demandas de un sector productivo que requiere personas con capacidades y competencias integrales. Es

²⁷ Seminario Nacional de Capacitación. Cinterfor. Montevideo.

²⁸ Existe muchas connotaciones respecto al aprendizaje, no obstante entiendo por aprendizaje en el puesto de trabajo la adquisición de conocimientos y de un saber hacer profesional que tiene lugar dentro de la empresa o del centro de trabajo correspondiente lo que permite adquirir nuevas habilidades y conocimientos

necesario conjugar una formación de personas con trabajadores polivalentes y capaces de responder a las demandas y exigencias del sector productivo: En consecuencia se conforma un proceso que integre el saber, el hacer y el ser, es decir que la capacidad de aprender se demuestre también en la capacidad de demostrar el aprendizaje a través de las situaciones propias de toda actividad laboral.

En este sentido la formación adquiere una posición más importante en la llamada sociedad del conocimiento, imponiéndose cada vez más una nueva cultura de trabajo, donde la formación del trabajador es un punto clave en las organizaciones. Es una idea que cada vez más es generalizada, que persigue abordar múltiples perspectivas en pro del desarrollo de los trabajadores, también se concibe como un elemento propio del mercado de trabajo donde confluyen actores sociales, políticos, académicos y gubernamentales.

En el ámbito internacional existe una extensa clasificación en torno a la formación profesional algunas de las cuales defino:

- a. *formación profesional continua*: definida como aquellas acciones formativas dirigidas a la mejora de la cualificación o la recualificación de los trabajadores ocupados, permitiendo, al tiempo, la mejora de la productividad de la empresa y la formación individual del trabajador.
- b. *formación profesional de base*: definidas como aquella que resulta de la integración de la formación profesional de base en las enseñanzas secundarias. Supone introducir en la etapa de la educación secundaria obligatoria objetivos y contenidos que ofrezcan una formación general.
- c. *formación profesional de segundo grado*: equivale a la formación específica de grado superior a efectos formales, aunque con contenidos profesionales en general inferiores (corresponde a lo establecido en la LOGSE-España).
- d. *formación profesional específica*: conjunto de conocimientos y habilidades cuya consecución posibilita un título de formación profesional, formación profesional inicial: de acuerdo con la terminología utilizada por la U.E., cualquier tipo de formación no universitaria incluida la enseñanza técnica y profesional, así como el aprendizaje que permita a los jóvenes obtener una cualificación.
- e. *formación profesional ocupacional*: tiene como objetivo de adaptar a los trabajadores a una actividad laboral determinada mediante el desarrollo de un esquema docente basado en la impartición de cursos prácticos, en horarios y fechas no reguladas académicamente y que en el caso de ser superadas dan derecho a la obtención del título profesional que habilita para el desempeño de la actividad laboral.

- f. *formación profesional reglada*: modalidad formativa sujeta a unas normas estables de contenido, incluye la formación profesional de base y la formación específica que refiere la LOGSE (España)²⁹.

En el ámbito latinoamericano en la formación profesional convergen diferentes acepciones del término, tales como: formación para el trabajo, capacitación laboral, educación vocacional, educación técnica, u otras combinaciones que con frecuencia son expresadas por las instituciones dedicadas a la formación profesional. Estos enfoques dirigen su atención al sistema de formación profesional que se da en el sector productivo-empresarial, e involucran a las personas y llevan a pensar en una reorganización económica que implica continuar en el esfuerzo de introducir nuevas concepciones al logro de la competitividad.

De igual forma los enfoques orientados a la implementación de planes de formación profesional, incorporan y gestionan procesos, métodos, y herramientas necesarias y útiles a la empresa y en general útiles al personal que en ella labora, dando paso con ello a los nuevos procesos tecnológicos y de producción tan presentes en la actualidad empresarial.³⁰

El crecimiento productivo de las empresas se debe a la inversión que se le haga al desarrollo de los trabajadores, este progreso debe colindar con la consecución de los planes estratégicos dirigidos a incorporar y a gestionar los procesos, métodos, y las herramientas necesarias en las empresas; dando paso con ello a los nuevos procesos tecnológicos y de producción tan presentes en la actualidad.

Dos premisas destaco en torno a la formación profesional:

La primera como un instrumento de política activa del mercado de trabajo, que sirve para adaptar las calificaciones profesionales a las necesidades del mercado, por lo que será un elemento clave para flexibilizar el mercado de trabajo.

Como una inversión necesaria que permite aumentar la productividad, sobre todo para facilitar la asimilación y la difusión de las nuevas tecnologías., por tanto los

²⁹ FERNÁNDEZ R., Manuel (1999). **Diccionario de Recursos Humanos. Organización y Dirección.** Ediciones Díaz de Santos. España.

³⁰ CEJAS, Magda (2003). En el III Congreso Iberoamericano de Psicología-Colombia, la autora presentó como seminarista del congreso, la reflexión correspondiente al impacto de las nuevas tecnologías en la formación de los rrrh; la reflexión central se orientó a introducir estas variables tecnológicas como un referente necesario y vital para formar con mayor empeño a los ciudadanos latinoamericanos, se expuso una visión evolutiva de la relevancia de las nuevas tecnologías; así como las múltiples modalidades tecnológicas existentes hoy presentes en el mundo empresarial.

actores laborales deben utilizarla como una herramienta de avance hacia el conocimiento y el crecimiento de las empresas.

Sumado a estas dos consideraciones resulta destacable mencionar las alianzas que pueden articular acciones dirigidas al mejoramiento de la formación profesional en los trabajadores, que a su vez apuntan hacia la articulación existente entre los actores laborales.

Un ejemplo que denota lo anteriormente expresado es el planteado por Weimberg Pedro (1999) quién destaca el papel que juega los Ministerios de Trabajo en el campo de la formación profesional el cual permite una ampliación en sus competencias, desde la perspectiva de la inclusión de políticas activas de empleo, dado que se generan mecanismos eficientes en el diseño de estrategias útiles para la formación de los trabajadores, por otro lado la articulación entre el Estado, la sociedad civil y el sector empresarial, lo que conlleva a involucrar nuevos actores, que se integren en una política coherente en el desarrollo de los recursos humanos que permita darle coherencia, continuidad e integralidad a las estrategias que giran en torno a los planes formativos.

No quisiera ser reiterativa en lo correspondiente a la formación y los procesos de innovación tecnológica, pero desearía puntualizar la necesidad de establecer articulaciones derivadas de estos componentes, las cuales son conceptualmente evidentes dado su alto nivel de prioridades en el sector productivo. Todo lo expuesto en el contexto sobre la formación profesional, supone una consideración respecto al tema orientada desde la demanda que reviste los diferentes escenarios productivos, sin embargo lo que sí está claro es que la formación profesional supone una relación muy estrecha entre el trabajador y los empresarios, en todas las fases de sus proceso de desarrollo, lo cual me lleva a inducir que es utilizada cada vez mas como un elemento coadyuvante de políticas dirigidas a combatir el paro, a mejorar la productividad y a la búsqueda del desarrollo del trabajador.

En este sentido, es necesario destacar los esquemas organizativos y conceptuales de la formación profesional los cuales han sido rebasados por las nuevas tendencias de la organización del trabajo, así como el surgimiento de las nuevas demandas hacia los trabajadores más cualificados y aquellos que requieren ser reconvertidos profesionalmente y que se hacen más evidente en el mundo laboral. Estas dos condiciones merecen la pena ser destacadas:

Se entiende por trabajadores cualificados aquellos que no solo poseen la titulación académica, sino más bien aquellos trabajadores que destacan en su puesto de trabajo las competencias para ejecutarlo efectivamente. En este aspecto la cualifi-

cación se concreta en base a la actividad intelectual que le es exigida a los trabajadores en su puesto de trabajo. Por tanto la cualificación es aquella que guarda relación entre la empresa, el proceso y el puesto de trabajo.³¹

En cuanto a la reconversión profesional que ha de hacerse a los trabajadores, hago especial énfasis a la necesidad que tienen las organizaciones en preparar a sus trabajadores a los nuevos puestos de trabajo en función de las exigencias que se suscitan por la revolución tecnológica, en este sentido, se requiere reconvertir profesionalmente al trabajador es decir adecuarlo con el desarrollo de sus competencias a un nuevo puesto de trabajo.

No existe la menor duda, que en los cambios evolutivos hay una conservación del capital humano, que puede reciclarse para poder operar las innovaciones tecnológicas existentes, sin que se pierda totalmente el conocimiento adquirido. Cuando ya existe en las empresas una ruptura tecnológica, la tendencia es implementar otras técnicas y modalidades, necesitándose calificaciones nuevas., y a veces no se puede aprovechar el capital que ya se tiene. En estos casos ¿puede hablarse de formación o más bien de reconversión profesional? Ambas condiciones se articulan, la cualificación de los recursos humanos sigue estando presente en cualquier circunstancia y la reconversión consiste particularmente en adecuar ese trabajador a los nuevos perfiles ocupacionales.

4. ¿Se vincula la formación y el empleo?

Bajo estas consideraciones, la condición del empleo también representa un lugar protagónico en el marco de la formación de la fuerza de trabajo, el tema de la formación y el empleo es complejo y reviste de varios factores, como lo es: la estabilidad en el empleo, el tipo de contrato que se le otorgue al trabajador (duración, nivel profesional etc.), posibilidades de desarrollo de carrera entre otros.

La correspondencia de la formación y empleo se debe a denominaciones tales como:³²

- a. El contenido y el producto de la formación con el proceso económico, el aumento de la productividad y la mejora individual y colectiva de las condiciones de vida.

³¹ Para ANDREU LOPE y otros (1999). LOPE, **¿Sirve la Formación para el Empleo?** Colección Estudios CES. Madrid.

³² Antonio MARTÍN y HOLA DETLEV KOHLER (2005). **Manual de la Sociología del Trabajo y de las Relaciones Laborales.** Delta Publicaciones. Madrid. España.

- b. La reproducción de las relaciones de producción, los valores culturales e ideológicos, la integración y la selección social.

Para los investigadores esta conexión se presenta en correspondencia a las nuevas exigencias producto del proceso de industrialización, extensión de los mercados e irrupción del capitalismo monopolista durante el último tercio del siglo XIX. A propósito de lo anterior Martín y Detlev Kohler, en la obra citada (pp. 341-344), distinguen tres modelos teóricos y un intento de síntesis respecto al debate: formación y empleo.

En primer lugar se tiene el enfoque funcionalista en Sociología y el neoclásico en Economía, que se expresa en el modelo teórico del capital humano, cuyo auge y dominio data del período de expansión económica y de modernización de finales de los años cincuenta.

En segundo lugar, a mediados de los años sesenta, la repuesta de la escuela-francesa de Sociología, de la que surge el modelo teórico de la producción, que expone un modelo interpretativo que va más allá de la relación educación empleo.

Y en tercer lugar, hacia finales de los setenta, emerge una variante neoweberiana y conflictivista denominada Teoría Credencialista y cuyo origen está relacionado con la crítica al enfoque funcionalista.

En tal sentido hay quienes consideran que no existe correspondencia entre la formación y el empleo, porque en esencia el papel social de la educación y la formación ha trascendido las relaciones de correspondencia con el empleo. No obstante es importante destacar que hay quienes esgrimen la correspondencia estrecha entre la formación y el empleo.

Un primer planteamiento sobre el empleo y la formación gira en torno a la posibilidad de que el empleo se convierta en un medio de mejorar las condiciones de vida de los trabajadores y al mismo tiempo que favorezca su inserción en la economía mundial, modernizando sus economías locales, ampliando la calidad y oferta de bienes y servicios disponibles y promoviendo el desarrollo, permitiendo así y en buena medida jugar con la actualización de los sistemas de formación profesional.

No queda la menor duda que el empleo y la formación son medios para mejorar la vida de los trabajadores, no obstante estas condiciones no son del todo válidas para comprender que el empleo es el único factor destinado al mejoramiento del trabajador.

Igualmente el disponer de trabajadores adecuados, competitivos y competentes, con los conocimientos, habilidades y las capacidades para desempeñarse en su puesto de trabajo, puede considerarse una condición necesaria para ejercer empleos, de igual forma que el desarrollo de las capacidades del trabajador, implique estar muy ligado a la modernización de los sistemas productivos.

Se dice que el rápido progreso de las tecnologías y una competencia sin trabas crearan un nuevo mercado de trabajo, en el que habrá desaparecido la antigua seguridad de un empleo duradero en la misma empresa, dando lugar a empleos temporales o trabajo parcial. El Informe sobre el Empleo en el Mundo 2001 destaca que el escenario del mercado de trabajo es del “tipo Hollywood”, haciendo referencia a los asalariados de tiempos pasados, y que hoy son empresarios; los cuales cambian de trabajo con frecuencia y trabajan para muchos empleadores.

Este modelo quizás logra exagerar los cambios que se observan en el mercado de trabajo, pero tiene una base real, la organización del trabajo es cada vez más diversificada, se observa por ejemplo que el número de trabajadores temporeros y por cuenta propia es cada vez mayor, el intenso ritmo de innovación en el sector de las tecnologías de la información y de la comunicación y el más fácil ingreso en el mismo de empresas en línea fomentan el trabajo en cuenta propia.³³

Se confirma que se están desapareciendo las fronteras entre los tipos de trabajo que se están quedando anticuadas a las descripciones de puestos de trabajo, y que se está pasando de unas tareas repetitivas y largas a otras más cortas y basadas en los proyectos que tenga la organización. Se ha impuesto la flexibilidad en el tiempo de trabajo, en los horarios y en la reglamentación, o bien por la decisión propia de la empresa. Estos elementos son los que hoy configuran una nueva forma de trabajo.³⁴

El énfasis por parte de las empresas de una organización del trabajo en rápida evolución tiene una consecuencia principal y bien conocida: la empleabilidad de los trabajadores. En los países industrializados, la empleabilidad y la formación permanente son dos puntos sobresalientes en el temario y en las agendas políticas, inclusive en la dinámica de los países no industrializados la formación y la empleabilidad igualmente son las grandes preocupaciones que hoy tienen los gobernantes. El énfasis está en la instrucción que se recibe en la educación y se amplía luego mediante la formación profesional y los nuevos métodos de enseñanza

³³ OIT (2002): *Certificação de Competências Profissionais*. Ministério Do Trabalho e Emprego. Brasil.

³⁴ RIFKIN (ob. cit., p. 4) además del desempleo abierto, también existente la precariedad del trabajo como otro de los aspectos que hacen presencia a partir de las transformaciones que sufre el mundo actual, autores como CASTELLS habla de “la nueva cuestión social” entre otros.

en línea y en la propia empresa³⁵. Sin embargo, son cada vez menos las personas que tienen un empleo definido como un trabajo con contrato de duración indefinida, o, bajo condiciones remunerativas acorde a una buena calidad de vida, con prestaciones sociales completas. Tanto en los países desarrollados como los que están en vía de desarrollo o no, la precariedad del empleo sigue presente, quizás soy atrevida en plantear consideraciones tan radicales al respecto; pero cada vez más tal como lo describen especialistas del área coexiste en esta situación: formas de empleo “atípicos” donde existen variadas condiciones laborales distintas y cuya condición genera adquisición de competencias diferentes.

Por otra parte si se considera la formación como un proceso que conlleva a dar respuestas al trabajador en el momento que busca un empleo y éste ponga en evidencia su formación profesional, o bien como aquel proceso que permite desarrollar las capacidades del trabajador que se encuentra empleado y que desea mantener su empleo, mostrando el interés en actualizarse y en desarrollarse profesionalmente, nos permitimos a verla como un factor estratégico para mantener el empleo y para la búsqueda del mismo.

Partiendo de la recomendación 117 de la OIT, la cual establece que la formación profesional es un proceso que permite preparar o readaptar al individuo para que ejerza un empleo, inicial o no, en una rama cualquiera de la actividad económica, en este sentido destaco algunas consideraciones que a modo de ver de otros tratadistas del tema de la formación vs. el empleo, identifican su alcance e incidencia en ambas condiciones.

La condición de empleable de una persona refiere a la habilidad de un individuo para obtener o conseguir empleo. Una definición más amplia señala la relación entre las capacidades de una persona y las capacidades que demanda el mercado laboral. Alguien puede tener un alto grado de cualificación para un puesto (o varios) pero este puesto puede tener escasa o nula demanda en el mercado.³⁶

Si se logra entender las dificultades que hoy se tienen en el mercado de trabajo las cuales giran en torno a la demanda de personas con aquellas competencias que se requieren para un determinado puesto de trabajo, podemos entonces enfatizar que la formación del trabajo incide para la empleabilidad, dado que el mercado laboral demanda mayores competencias por parte del trabajador, la mejor forma de

³⁵ OIT (2001). Modernización de la Formación Profesional de América Latina y el Caribe. Seminario Innovaciones en la Gestión de la Formación Profesional en América Latina y el Caribe. Río de Janeiro. Brasil.

³⁶ LUCENA, Héctor (2003). **Las Relaciones del Trabajo**. Valencia. Venezuela.

abordar dichas necesidades es precisamente a través del mejor desempeño de los trabajadores y la demostración de sus competencias.

Tomando en cuenta lo anterior, se destacan algunos aspectos en correspondencia al alcance que tiene la formación respecto al empleo:

- a. La formación profesional no constituye un fin en sí, solo se justifica cuando existen posibilidades de empleo.
- b. La formación profesional debe ser continua y responder a los constantes cambios tecnológicos en los que se somete a los trabajadores.
- c. La formación profesional es competencia del Estado, de la empresa y de los trabajadores. Debe existir en ellos cooperación y responder a los problemas que en materia de capacitación se tenga en los sectores de la sociedad.
- d. La formación profesional debe tener un alcance de cara a la realidad que se tenga en el sector productivo³⁷.

De esta manera, ha de tenerse en cuenta que la formación profesional involucra por sí misma muchas vertientes con respecto al empleo, no obstante dos condiciones se hace necesario apuntar: la primera la implicación de la formación para la búsqueda del empleo y la segunda tiene que ver con la formación y su alcance en mantener el empleo. Siendo algunas razones que justifican ambos planteamientos giran en torno la formación como un medio que:

Apunta hacia aquella persona que busca por primera vez un empleo.

- a. Para aquellos trabajadores que no poseen ninguna formación y que la requiera para el desempeño de un determinado puesto de trabajo.
- b. Para aquellos trabajadores que tengan la necesidad de aumentar sus capacidades para adaptarse a las continuas transformaciones tecnológicas que da lugar a cambios significativos en los procesos productivos y que requiera cualificarse o recualificarse.³⁸

³⁷ Citado en el Manual de Capacitación Sindical sobre Formación Profesional. Inet. México.

³⁸ Término que se utiliza para referirse a la capacitación general de un trabajador entendido por tal un conjunto de conocimientos, capacidades y competencias que permitan al trabajador no solo comprender y dominar una situación específica y reproducirla en su entorno y en el conjunto del proceso productivo si no también transferir esa situación profesional a otras situaciones de trabajo dentro o fuera de la propia empresa. Un proceso cualificador debe incluir pues la adquisición de capacidades de previsión de diagnóstico.

Definida como el paso de una línea profesional a otra, donde el empleado, cambia de oficio a consecuencia de los cambios (en su mayoría tecnológicos) en que está siendo sometido, ello implica un complejo proceso de formación que capacite al individuo para el desempeño de un nuevo oficio.

- c. Para aquellos trabajadores que requieran salir al mercado de trabajo en busca de un puesto de trabajo y de cara a las exigencias de las nuevas tecnologías.
- d. Para aquellos trabajadores que deseen mejorar su puesto de trabajo en busca de una promoción que requiera mayores competencias o conocimientos específicos.

Nada más cierto que en todo proceso formativo entra en consideración el nivel de cualificación que tiene el individuo. Aunque se puede definir como aquella que identifica una preparación profesional que permite al individuo ejercer determinadas actividades o profesión, consideraremos para la comprensión del término “cualificación efectiva” como aquella que es real y efectivamente requerida y ejercida en el proceso de trabajo, entendida esta para el investigador como³⁹: “...aquella cuyo requerimientos impuestos por el proceso de trabajo y por las exigencias empresariales específicas, relacionados a su vez con la posesión de conocimientos y capacidades de actuación por parte del trabajador adecuados a aquellos requerimientos”.

En cualquier caso, la cualificación admite un significado amplio donde el elemento clave es el trabajador y las relaciones laborales, siendo el elemento común en esta connotación el individuo.

Existe en este sentido clasificaciones respecto a la cualificación que se hacen preciso señalar en este artículo:

- a. Cualificación colectiva: grado de cualificación que poseen los miembros del personal de una empresa.
- b. Cualificación individual: cualificación básica profesional que posee un individuo en particular.
- c. Cualificación profesional: dicese de la cualificación que debe poseer un profesional (potencial de conocimientos, capacidades y competencias) normalmente acreditadas mediante un título oficial para el dominio suficiente de una profesión.
- d. Cualificación adquirida: es el grado de cualificación profesional que tiene un trabajador y que fue adquiriendo en el transcurso de su itinerario educativo, profesional y extraprofesional.
- e. Cualificación requerida: es el grado de cualificación profesional requerida por un puesto de trabajo para alcanzar un nivel medio de rendimiento.
- f. Cualificación atribuida: es el grado de cualificación que se atribuye a un trabajador en virtud del cual es asignada a una determinada categoría profesional su puesto de trabajo es ubicado en un determinado grado o nivel retributivo.

³⁹ LOPE, A. y otros (1999, ob. cit, p. 5).

No se puede dejar de reconocer la importancia indiscutible de las cualificaciones como un componente de lucha contra el desempleo. No obstante este factor no es el único que interviene en esta posible correspondencia de la formación y el empleo.

- a. Se señalan cuatro vías de ascunción:
- b. La primera la administración del trabajo: ya no se puede prescindir de la formación profesional por la importancia estratégica de la educación en general y de la formación profesional para los temas laborales, económicos, y de empleo.
- c. La segunda vía la formación profesional y el sistema de relaciones laborales: en los últimos años existe legislaciones que permite introducir temas de capacitación.
- d. La tercera tiene que ver con una clara tendencia a la descentralización que se da por distintos caminos, por un lado por una mayor participación de los actores sociales, igualmente una fuente de descentralización está dada por la reasignación de recursos a empresas que capacitan para calificación de personal.
- e. La cuarta tiene que ver con la revalorización del contrato de aprendizaje y con la profusión, de otros contratos como: la formación y trabajo, contrato de pasantías, prácticas laborales.⁴⁰

La formación a mi modo de ver adolece de las dos condiciones anteriormente señalada, es decir es capaz de ser un factor clave para ayudar al trabajador a colocarse en un trabajo y por otro lado la formación ayuda al trabajador que tiene empleo a mantener ese empleo, precisamente porque se dedica a la búsqueda de una formación continua que garantice permanentemente y en el tiempo el crecimiento sostenido de su carrera profesional.

Esto implica que el trabajador tiene la condición particular de tener interés en adaptarse a los cambios que se va teniendo en la actividad laboral, sumado a esto el cambio que él tiene a las nuevas demandas de la producción en la que trabaja, lo que permite tener más posibilidades de no quedar fuera por un cambio tecnológico en el componente productivo.

En consecuencia la formación profesional de cara al empleo permite:

- a. A que un trabajador compita mejor con otro y este en mejores condiciones de competir consigo por ese empleo disponible.
- b. A mejorar las condiciones individuales para competir en la búsqueda de un mejor empleo.

⁴⁰ Oscar ERMIDA URIARTE (2000, pp. 251-264). **Formación Profesional en la Integración Regional**. Cinterfor. Organización Internacional del Trabajo. Montevideo.

- c. Tiene que ver con la inserción en el trabajo en el primer empleo. También con la reinserción de los desocupados y la reclasificación de los desocupados, y con la formación continua.

Las políticas de formación y desarrollo de las cualificaciones en las empresas españolas están orientadas a ser un aspecto clave en las políticas de personal, tanto desde el punto de vista de la profesionalización de los trabajadores como para ofrecerles integración. La formación tiene inherencia en función de las situaciones que se presentan en las reestructuraciones tecnológicas organizativas y donde se negocia una readecuación de la plantilla a las nuevas circunstancias.⁴¹

En este aspecto, hay que reconocer que la formación estaría asociada al carácter estratégico y segregado de las políticas de promoción donde se plantean las grandes empresas industriales y de servicios, cuyos complejos organigramas abren posibilidades de carreras profesionales. En este sentido la aplicación de las políticas de formación de las empresas tienen un marcado carácter dualista y selectivo, las inversiones en formación se dirigen preferentemente al núcleo de empleo que ya cuenta con altos niveles de formación reglada inicial, en este sentido la investigación realizada a diferentes empresas españolas demostraron que las políticas empresariales de formación no se dirigen al conjunto de trabajadores, sino a los escasos beneficiados de los procesos de cambio en el ámbito empresarial, en este sentido los trabajadores son calificados por los tratadistas del tema como aquellos que son los perdedores, dado que son excluidos para ser formados por su condición de bajo nivel educativo, y cuando se les destina alguna formación, ésta tiene que ver con los requerimientos laborales.

Por tanto la formación puede tener un papel en la movilidad de la fuerza de trabajo, en el reciclaje y la recolocación de la mano de obra excedentaria desde sectores reestructurados a otros emergentes, pero no permite a su vez la igualdad de oportunidades, lo que a modo de ver de muchos investigadores se requiere de una reconceptualización de la formación dado que fundamentalmente la formación comporta capacidades y conocimientos que el ámbito productivo no utiliza, por tanto debe buscarse vías para la reestructuración no solo del sistema educativo sino de la organización del trabajo en el tejido productivo para aprovechar mejor las capacidades y los conocimientos generados en el ámbito educativo. Se mantiene la tesis que tan importante es la formación formal que se recibe a través de las aulas y en los cursillos, tanto como aquella que se da en relación con el trabajo, entendida la formación como “una construcción social” de cara al papel que juega la pro-

⁴¹ LOPE, A. y MARTÍN, A. (1999, pp. 39-73). *Sirve la Formación para Tener Empleo?* Revista Papers. UAB. N° 58. España.

ducción, con la división del trabajo, con las teorías que explican la realidad, en fin, con una gran cantidad de elementos que por si mismos están inmersos en el proceso.

Por ello, las interrogantes respecto a la formación tales como: ¿puede la formación resultar altamente rentable para el empleo?; ¿Sirve la formación para el empleo?; ¿Existen caminos que permiten diseñar el modo de alcanzar las oportunidades de hacer equitativo la relación entre la formación y el empleo?; forman parte de un gran debate en la actualidad. A mi manera de ver, realmente habría que detenerse en el contexto donde se estudie la relación de la formación con el empleo. Es posible que esta tesis –que plantean los investigadores y analistas del tema– se aplique para los países desarrollados, sin embargo si nos detenemos en otros países, como por ejemplo los países latinoamericanos, los cuales en su mayoría se encuentra con alto índices de desempleo, hablar de la relación de formación vs. el empleo implica por si mismo una condición que sale del contexto.

De esta manera, la reconceptualización de la formación queda relegada en un plano inferior, dado que en estos contextos lo verdaderamente importante sería la reactivación de los mercados y de la economía. Ciertamente que siempre existirá la demanda de empleados y obreros con niveles de cualificación propios de las exigencias del puesto. No obstante el nivel de desempleo es alto en casi todos estos países, inclusive suele ser mucho más difícil para los profesionales formales encontrar un puesto de trabajo acorde a su nivel profesional.

Lo que sí resulta cierto, es que los cambios que demanda la actividad productiva y empresarial implica la revisión de los planes formativos y de la aplicación de los procesos. No vale programar planes de formación tradicionales en empresas que han tenido un desarrollo favorable. La relación de la formación con respecto a las personas jóvenes, obviamente que también representa para todos los países una necesidad imperiosa de revisar y adecuar a las condiciones actuales del mercado laboral. Los jóvenes se les dificulta el acceso a un puesto adecuado a su nivel profesional por falta de experiencia (en la mayoría de los casos) y también por falta de preparación en situaciones determinadas que puedan presentarse en su función laboral. Aquí entra en juego a mi manera de ver con el sector de las competencias, es decir formar jóvenes en función del desarrollo de sus propias competencias podría significar un salto relevante para el campo laboral y más aun para el momento de la búsqueda de empleo.

En cuanto a los desocupados, lo correspondiente a mayor formación mayor oportunidad, no parece ser la panacea. En mi opinión si el mercado laboral está contraído no vale formación para encontrar empleo, dado que de esto no depende el combatir y superar la situación que tiene el sector laboral en muchos países (caso

ejemplo América Latina: Venezuela, Perú, Ecuador, Colombia). No obstante puede implicar un punto a favor la formación ante aquellos que no la tienen.

En el caso de América Latina, existe por parte de los agentes involucrados en materia de formación la preocupación de redefinir los planes de formación técnica y práctica, omitiendo quizás una preparación explícita para el empleo, y quizás se opta por una preparación académica con cierto grado de concentración en categorías ocupacionales amplias y no específicas. Si nos detenemos en el contexto actual, este planteamiento que realizo pierde de vista la necesidad de resaltar las prioridades que trae consigo un determinado perfil ocupacional.

Así mismo se destaca que uno de los elementos claves que se constituyeron en los años setenta fue la necesidad de contar con una mano de obra bien formada, en este sentido hoy el concepto de la formación se transforma progresivamente, y se asocia con aquella capacidad de los individuos de movilizar sus capacidades innatas o adquiridas (también aquellas a través de su formación) para la resolución de los problemas en la actividad profesional que desempeña en su puesto de trabajo, esto pone de manifiesto que no solo se requiere la formación con un título profesional, sino de aquellas competencias subjetivas o subyacentes en el individuo.⁴²

Es por tanto lo que en palabras de los especialistas del área se diría que no siempre la persona más formada es la persona más competente. El enfoque de las competencias es vivido como un obstáculo más para la inserción, ya que sus largos esfuerzos formativos no son suficientes, y se les requiere una competencia que no han podido adquirir por falta de oportunidades laborales.

Se mantiene igualmente la posición de que la formación profesional sí sirve para el empleo, y en ese sentido señalan que la formación sirve para garantizar al trabajador la búsqueda de un puesto de trabajo, sirve para combatir el desempleo, a través de certificaciones que le acredite que está preparado para desempeñar un cargo, el estar formado garantiza el empleo y garantiza cubrir las necesidades de su puesto de trabajo con las cualificaciones requeridas en él.⁴³

Es por ello que se insiste en que la formación no sólo requiere que el individuo tenga aptitudes precisas para ello y que éste sea orientado adecuadamente, por el contrario se requiere de un proceso continuo que le garantice un desarrollo profe-

⁴² HOMS, O. (1999). **Las Relaciones de Empleo en España**. Editorial Siglo XXI. España Editores. España, pp. 167-190.

⁴³ Otras investigaciones respecto a la formación, a las competencias, a su aplicabilidad en el empleo y para el empleo, son las de los autores PÉREZ y Rodrigo MOYA (1998, pp. 39-73).

sional o técnico según sea el caso, evitar la obsolescencia profesional que se produce cuando trabajador no cubre con las exigencias de los cambios científicos y tecnológicos hoy presentes.

Se ratifica en este sentido que la formación ayuda a combatir el desempleo, cada vez más las exigencias formativas cobran mayor importancia en el mundo del trabajo, no obstante habrá que considerar en este sentido que estas dependerán de las exigencias formativas que suelen en algún caso ser permanentes y en otras coyunturales.

En la bibliografía consultada respecto al tema, existen algunas consideraciones de cara a la formación para el empleo que vale la pena destacar:

- a. Sustitución del empleo por el trabajo.
- b. Crecimiento continuado del número de trabajadores del sector servicios a costa de sendos decrementos en los sectores agrícolas e industrial.
- c. Aparición del subsector de la información.
- d. Crecimiento del paro.
- e. Desarrollo progresivo de formas de trabajo caracterizadas por su mayor autonomía, flexibilidad de condiciones laborales, autoempleo, eventualidad etc.
- f. Crisis en sectores industriales y de servicios, provocando paros de personal especializado y necesidades de actualización de los trabajadores.
- g. Impacto producido por las nuevas tecnología de la información (NTI) en los procesos de producción, de comunicación, de acceso al conocimiento.
- h. Aparición del multiculturalismo, no sólo cultural y educativo, sino también en el seno de la cultura laboral.

Estos y otros fenómenos generan nuevos significados del “trabajo”, y es evidente que las demandas que puedan producirse no pueden ser todas atendidas suficientemente por las funciones que tengan que asumir los diferentes centros de capacitación, o bien el sistema educativo. La formación y el aprendizaje en general se interrelacionan en un conjunto de instituciones y relaciones tanto no formales como formales a lo largo de toda la vida y a lo largo de un proceso de educación permanente que a su vez permite al trabajador acceder a un puesto de trabajo con los requerimientos y exigencias de las empresas, así mismo este proceso le permite estar de cara con los cambios tecnológicos y las necesidades que este requiere que se cubran.

De esta forma el empleo puede lograrse toda vez que este trabajador alcance estos niveles de exigencias y de requerimientos, teniéndose en cuenta: "...la exigencia permanente arranca de la consideración del trabajo como espacio propio y principal, junto con el ocio, para la realización humana, pero desde la perspectiva de la crisis que hoy se vislumbra en el mundo del trabajo, se identifican fenómenos que exigen la formación continuada".⁴⁴

La relación entre la educación-formación y el mundo del trabajo, es compleja y abarca una pluralidad de áreas de interés que son objeto de estudio desde muy diversos ángulos y con finalidades muy distintas.⁴⁵ A su modo de ver son cuatro las principales áreas temáticas que hoy concitan más interés dentro de este campo, tanto desde el punto de vista de las políticas económicas y sociales como desde el de las reformas educativas, entre las que destacan:

- a. Las exigencias que el sistema productivo plantea al mundo de la educación.
- b. La problemática del trabajo y sus repercusiones sobre la inserción laboral.
- c. Necesidad de cambio y transformación en el funcionamiento interno del propio sistema educativo.
- d. Participación concertada de centros educativos y empresas en la formación profesional de los jóvenes.
- e. Estas cuatro áreas configuran un entramado de relaciones entre el mundo de la educación y del trabajo bastante más complejo de lo que a veces parece darse a entender.⁴⁶

En general la postura en torno a la formación respecto al empleo está inmersa en la complejidad del mundo laboral y depende del ámbito en el que se mire, hoy por hoy la política laboral no puede ni debe prescindir de la formación profesional dado que es un factor estratégico de máxima relevancia tanto para las empresas, como para la educación en general. De la formación profesional puede derivarse muchísimas alternativas y respuestas de cara a los temas económicos, empresariales, culturales y sociales.

En cuanto a la relación con el empleo, cada vez más se evidencia la marcada distinción que se hace entre la formación previa al empleo y el perfeccionamiento de

⁴⁴ COLOM, A., SARRAMONA, Jaime y VÁSQUEZ, Gonzalo (2000, p. 12). **Estrategias de Formación en la Empresa**. Narcea Ediciones. Madrid. España.

⁴⁵ Antonio DE PABLO (1999, pp. 63-85) en su artículo "Hacia una formación profesional concertada". Revista Sociológica del Trabajo. Nueva Época. Nº 22. Otoño. España.

⁴⁶ *Idem*.

los conocimientos. La formación para la búsqueda de empleo dependerá indudablemente de muchos factores y en especial del contexto en que se mire: La formación en el empleo pierde importancia a medida que las empresas optan por contratar servicios, proveedores e inclusive instituciones. Por otro lado según el BID, las empresas que brindan formación se están orientando cada vez más a mejorar las calificaciones de sus empleados, inclusive perfeccionándolos en técnicas y concentrándose menos en la formación de base.

La excepción quizás sea las empresas que operan en sectores económicos donde la tecnología es compleja o cambia con rapidez, no obstante, hay que reconocer que estas empresas cuentan con costosos y ambiciosos programas de formación.

Sin embargo, cabe destacar algunos interrogantes que formarían parte del desarrollo futuro del punto aquí tratado: ¿responde la formación profesional a las demandas del sector productivo?; ¿se vincula la formación profesional con el sector educativo y en correspondencia se revisa con regularidad los planes curriculares adaptándolo a los cambios?; ¿la formación profesional o la formación en la empresa responde ante el trabajador con los resultados esperados para garantizar su puesto de trabajo?; ¿en cuanto al empleo, es la formación profesional una herramienta que le permite al trabajador acceder al empleo?.

En consideración a lo expuesto, tres hipótesis a mi modo de ver se pueden plantear sobre el análisis y la configuración de la formación para el empleo o en el empleo.

Una primera es que “la formación profesional responde por las vías tradicionales de una educación reglada a la problemática del empleo y a las formas “atípicas del empleo” que se incrementan en el mercado laboral, o quizás la continuidad de un proceso formativo centrado en competencias alcance a responder al cambio productivo. Una segunda hipótesis alcanza con su oferta a todo tipo de trabajador o bien está centrada a un colectivo privilegiado y que excluye a otros como resultado de una demanda que emerge desde las empresas y cuya oferta se limita a responder a ciertos requerimientos y ciertas actividades formales dejando relegado la continuidad de la actividad formativa.

Y una tercera hipótesis sería: la nueva organización del trabajo tiene contemplado como prioridad los planes formativos de cara a la demanda de las nuevas competencias originadas por los cambios tecnológicos, incidiendo esto en forma considerable en las políticas en torno a la actividad formativa que emergen de los actores laborales, o solamente tienen repercusiones en aquellos colectivos que cuenta ya con planes formativos producto de la negociación colectiva de su empresa.

Conclusiones

En el ámbito de la formación de los trabajadores son muchas las conjugaciones que pueden componerse, puesto que su contenido y su esencia subyacen fundamentalmente en el trabajador y sus capacidades.

He mencionado con antelación términos como: competencias, formación, desarrollo, cualificación. Todos estos conceptos tienen su complejidad. Sin embargo, de cara a la formación a las exigencias y a los requerimientos de un puesto de trabajo, la terminología que más se está usando es la llamada formación por competencias. No existe a mi manera de ver una definición única, no obstante, la formación por competencias constituye un componente que está muy relacionado con la gestión de los recursos humanos que labora en una empresa, refiriéndose en forma puntual a las capacidades de los individuos en su puesto de trabajo en búsqueda de un desempeño efectivo.⁴⁷

No obstante se hace necesario destacar que la formación y las competencias no están asociadas a una titulación determinada del trabajador. Hace énfasis en las capacidades que éste demuestre y desarrolle en su puesto de trabajo. Inclusive se puede considerar a la competencia como una base particular perteneciente al trabajador para el desarrollo de sus capacidades.

Lo anterior nos indica que en las competencias laborales existe una ausencia de colectivos –entendidos como sindicatos u órganos de representación de los trabajadores– que evidencia la falta de regulación y de intervención de sujetos colectivos en el proceso formativo⁴⁸, lo que hace suponer que estamos en presencia de un nuevo debate que traspasa las relaciones laborales y conlleva a la reflexión de quienes plantean lo contrario.⁴⁹

⁴⁷ CEJAS, Magda y GRAU, Carlos (2005). **La Formación como factor Estratégico en las Organizaciones**. Ediciones Gráfica Rey. Barcelona. España.

⁴⁸ MARTÍN y HOLM- Detlev Kohler (2005) MARTÍN, Antonio y HOLM Detlev Köhler (2005). **Manual de la Sociología del Trabajo y de las Relaciones Laborales**. Delta Publicaciones. Madrid. España.

⁴⁹ Como MERTENS (2000), VARGAS (2000), STEFFEN (2002) entre otros.

pág. 278 blanca

Respuestas a algunas interrogantes sobre la aplicación de la nueva Ley de Alimentación para los trabajadores

Gabriela FUSCHINO VEGAS *

Introducción

El pasado 27 de diciembre de 2004 fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.094 la nueva Ley de Alimentación para los Trabajadores (en adelante la “Ley Alimentación”), que derogó a la anterior Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.538 del 14 de septiembre de 1998 (en adelante la “Derogada Ley Programa de Alimentación”).

A continuación presentamos respuestas a algunas de las principales interrogantes que muchos se han formulado con ocasión a la aplicación del beneficio de alimentación conforme a la Ley Alimentación.

1. ¿Quiénes son los acreedores del beneficio de alimentación previsto en la Ley Alimentación?

Son acreedores del beneficio de alimentación conforme a la Ley Alimentación los trabajadores que devengan un salario normal mensual hasta de tres (3) salarios

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogada. *Mención Cum Laude*. **Universidad Central de Venezuela**. Especialización en Derecho del Trabajo (pendiente tesis de grado). Asistente de Cátedra Derecho del Trabajo I, **Universidad Católica Andrés Bello**. (1998-2004).

mínimos mensuales urbanos¹ y prestan servicios para patronos que empleen veinte (20) o más trabajadores. Para la determinación del número de trabajadores que laboran para los patronos obligados, se debe tomar en cuenta la figura del grupo de empresas.

Tanto el número mínimo de trabajadores que prestan servicios en una empresa (o grupo de empresas) como el número de salarios mínimos que se utiliza para determinar quiénes son los trabajadores acreedores del beneficio, pueden ser aumentados por el Ejecutivo Nacional mediante Decreto, cuando lo estime pertinente. En este sentido, si el Ejecutivo Nacional lo considerase prudente, podría establecer, por ejemplo, que el beneficio ampare a aquellos trabajadores que laboren en empresas con diez (10) o más trabajadores y que devenguen hasta cuatro (4) salarios mínimos.

La determinación de los acreedores del beneficio de alimentación bajo la Ley Alimentación representa una modificación importante en relación con la Derogada Ley Programa de Alimentación, ya que ésta establecía que los trabajadores beneficiarios del programa de alimentación eran aquellos que devengaban un salario igual o menor de dos (2) salarios mínimos y que lo perdían cuando llegaban a devengar un salario equivalente a tres (3) o más salarios mínimos mensuales, mientras que bajo la Ley Alimentación un trabajador que devenga un salario normal mensual equivalente a más de dos (2) y hasta tres (3) salarios mínimos urbanos se hace acreedor del beneficio de alimentación.

La Derogada Ley Programa de Alimentación no especificaba cuál era el salario que se debía tomar en cuenta para determinar la aplicabilidad o no de ese beneficio sino que se refería genéricamente al “salario”, por lo que podía interpretarse que se trataba del salario en sentido amplio. Sin embargo, consideramos que por lo que respecta al período de vigencia que tuvo la Derogada Ley Programa de Alimentación, lo propio era utilizar como referencia el salario normal que devengaba el trabajador, porque de lo contrario se podían presentar situaciones en las que un mismo trabajador se encontrara por debajo o por encima de los límites para ganar y perder el beneficio entre un mes y otro, debido a la percepción de beneficios salariales no devengados en forma regular y permanente.

La Ley Alimentación sí establece expresamente que el salario que se debe tomar en cuenta para determinar la aplicabilidad o no de ese beneficio es el salario nor-

¹ De acuerdo con el Decreto N° 3.628 publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.174 del 27 de abril de 2005, el salario mínimo aplicable para trabajadores urbanos que prestan servicios en empresas con veinte (20) o más trabajadores es de Bs. 405.000,00.

mal de los trabajadores. Aún así, se continúa presentando un inconveniente con los trabajadores que devengan un salario variable, porque para ellos el salario normal de un mes puede ser muy diferente al del mes anterior y/o al del mes siguiente, y muchas veces no hay forma de determinar el número de jornadas que trabajan. En este caso, la solución podría consistir en otorgar el beneficio de alimentación únicamente en aquellos meses en los que su salario normal (por ejemplo, salario básico más variable) no exceda de los tres (3) salarios mínimos urbanos mensuales, y por el número de días hábiles que se supone ellos debieron haber laborado.

Este mismo criterio fue adoptado por la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo en su Dictamen N° 2 de fecha 4 de febrero de 1999, refiriéndose a la para aquél entonces vigente Derogada Ley Programa de Alimentación y que también puede ser aplicado bajo la Ley Alimentación. En efecto, en esa oportunidad el Ministerio del Trabajo expresó:

Respecto a los trabajadores que devengan un salario de tipo variable, el otorgamiento del beneficio que dispone la LPAT, se verificará atendiendo al promedio del salario mensual que éste perciba, el cual servirá de referencia a los fines de considerar si podrá ser beneficiario. En consecuencia, los trabajadores aludidos podrán “emigrar” o “inmigrar” al ámbito subjetivo de validez de la LPAT, según la variabilidad de su salario, en repetidas ocasiones. Este supuesto –reconocemos– deriva en importantes complicaciones prácticas que las partes deben prevenir, pues la fluctuación salarial implicaría la totalización de los ingresos mensuales del trabajador, frente a un beneficio de cumplimiento por jornada de trabajo (Énfasis añadido).

2. ¿El beneficio de alimentación previsto en la Ley Alimentación es salario?

No. La Ley Alimentación establece expresamente el beneficio de alimentación que allí se prevé no forma parte del salario, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo (en adelante la “LOT”), a menos que se establezca lo contrario en las convenciones colectivas, acuerdos colectivos o en los contratos individuales de trabajo.

3. ¿Los patronos pueden conceder voluntariamente el beneficio de alimentación?

Sí. Los patronos con menos de veinte (20) trabajadores pueden aplicar voluntaria o concertadamente el beneficio de alimentación previsto en la Ley Alimentación. Del mismo modo, cualquier patrono puede extender el referido beneficio, volun-

taria o concertadamente, a los trabajadores que devenguen un salario normal mensual mayor a tres (3) salarios mínimos urbanos mensuales. El estímulo que tienen los patronos en la extensión de este beneficio en los términos previstos en la Ley Alimentación, es que tampoco forma parte del salario de los trabajadores que reciben el beneficio en forma convencional o concertada.

4. ¿Mediante qué modalidades se puede dar cumplimiento a la Ley Alimentación?

Conforme a la Ley Alimentación, el beneficio de alimentación sólo puede ser concedido a través de las siguientes modalidades, según elija el patrono: 1) instalación de comedores propios de la empresa; 2) contratación del servicio de comida elaborada por empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales; 3) entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación con los que el trabajador puede obtener comidas o alimentos en restaurantes o establecimientos de expendio de alimentos o comidas elaboradas; 4) provisión o entrega de una tarjeta electrónica de alimentación, para la compra de comidas y alimentos, la cual puede ser utilizada únicamente en restaurantes, comercios o establecimientos de expendio de alimentos; 5) instalación de comedores comunes por parte de varias empresas cercanas al lugar de trabajo; y 6) utilización de los servicios de comedores administrados por el órgano competente en materia de nutrición.

El patrono tiene prohibido otorgar el beneficio de alimentación previsto en la Ley Alimentación mediante la entrega de dinero en efectivo o su equivalente, o mediante cualquier otro medio que desvirtúe el propósito de dicha Ley. Los patronos que no observen dicha prohibición, corren el riesgo de que el dinero entregado o su equivalente se considere como salario y, además, a conceder en forma apropiada el beneficio conforme a la Ley Alimentación.

Adicionalmente, la Ley Alimentación dispone que en caso de que el beneficio de alimentación esté consagrado en convenciones colectivas de trabajo, la modalidad de cumplimiento deberá ser escogida de mutuo acuerdo entre el patrono y los sindicatos que suscriban dicha convención.

5. ¿Existe algún límite en cuanto al monto mensual de cupones, tickets o tarjetas electrónicas?

Sí. Cuando el beneficio de alimentación se otorga a través de cupones, tickets o tarjetas electrónicas, la provisión mensual de estos suministros no debe exceder del treinta por ciento (30%) del monto resultante de sumar al salario mensual del trabajador el valor de los cupones, tickets o tarjetas electrónicas recibidas por éste

en el respectivo período mensual. Por ejemplo, si un trabajador devenga un salario normal mensual de Bs. 800.000 y recibe tickets de alimentación por la cantidad de Bs. 200.000 mensuales, la concesión de los tickets está dentro del límite previsto en la Ley Alimentación, porque la cantidad mensual que recibe en tickets (Bs. 200.000) es menor que el treinta por ciento (30%) de la sumatoria de su salario normal mensual y el monto que recibe en tickets (Bs. 800.000 + Bs. 200.000 = Bs. 1.000.000 * 30% Bs. 300.000).

En los casos en que para el momento de la entrada en vigencia de la Ley Alimentación, 27 de diciembre de 2004, los trabajadores recibían un beneficio de alimentación que excediera los límites establecidos en esa Ley, dichos trabajadores conservan el beneficio, pero los patronos de esos trabajadores deben tomar las previsiones necesarias para que gradualmente y en sucesivos ajustes del salario y del beneficio se apliquen los correctivos necesarios para ajustar el beneficio al límite máximo del treinta por ciento (30%) antes referido.

6. ¿Qué requisitos deben cumplir los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación para dar cumplimiento a la Ley?

El cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica que se entregue por cada jornada trabajada no puede ser menor del equivalente a 0,25 Unidades Tributarias (en adelante “UT”) ni mayor de 0,50 UT. De acuerdo con la Providencia N° 0045 publicada en la Gaceta Oficial N° 38.116 el 27 de enero de 2005, el valor actual de la UT es de Bs. 29.400. En consecuencia, el cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica que se entregue por cada jornada no puede ser inferior a Bs. 7.350, ni superior a Bs. 14.700.

Además, los cupones, tickets o tarjetas electrónicas deben contener las siguientes especificaciones: (i) la razón social del empleador que concede el beneficio; (ii) la mención: “Exclusivamente para el pago de comidas o alimentos, está prohibida la negociación total o parcial por dinero u otros bienes o servicios”; (iii) el nombre del trabajador beneficiario; (iv) la fecha de vencimiento; y (v) la razón social de la empresa especializada en la administración y gestión de beneficios sociales que emite el instrumento. Adicionalmente, los cupones o tickets deben indicar el valor que será pagado al establecimiento proveedor. Las tarjetas electrónicas permiten acceso a la consulta del saldo disponible por el trabajador beneficiario.

7. ¿Es procedente la concesión del cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación por el trabajo efectuado durante guardias?

El artículo 2 de la Ley Alimentación establece la obligación de otorgar el beneficio de comida balanceada “durante la jornada de trabajo”. En tal sentido, a los

finde de determinar si un patrono está obligado a otorgar el beneficio de comida balanceada durante las guardias que laboran sus trabajadores, es preciso determinar si en ese caso estamos en presencia de una jornada de trabajo.

De acuerdo con el artículo 189 de la LOT, la jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrono y no puede disponer libremente de su actividad ni sus movimientos. La jornada legal tiene como límite y tope general 8 horas diurnas, y en los casos excepcionales, previstos en el artículo 198 de la LOT, la jornada de trabajo puede ser hasta de once (11) horas diarias incluyendo un descanso mínimo de una (1) hora.

En cambio, la prolongación de la jornada ordinaria de trabajo, mejor conocida con el término de “horas extras”, consiste en un período durante el cual el trabajador debe continuar prestando sus servicios por encima de la jornada de trabajo que le corresponde con motivo de una eventualidad o circunstancia ocasional. De hecho, según el artículo 207 de la LOT, cuando un trabajador labora horas extras: (i) la duración efectiva del trabajo (incluyendo las horas extras) no puede exceder de 10 horas diarias, salvo las excepciones previstas en la LOT; y (ii) las horas extraordinarias no pueden exceder de 10 horas semanales ni de 100 por año. Cuando un trabajador presta servicios en tiempo extraordinario no tiene derecho a recibir el cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación porque no se trata de una nueva jornada de trabajo sino de una extensión o prolongación de su jornada.

Con base en todo lo antes expuesto, si por ejemplo las guardias en referencia tienen una duración de 8 horas, estas guardias deben considerarse como una jornada de trabajo. Por esta razón, los trabajadores cuyo salario normal es igual o menor que 3 salarios mínimos mensuales y que realizan estas guardias tienen derecho a recibir un cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación por cada guardia.

8. ¿Los patronos deben conceder cupones, tickets o cargas de las tarjetas electrónicas de alimentación por lo que respecta a las “guardias a disponibilidad” o “guardias no presenciales”?

Existen trabajadores que laboran “guardias a disponibilidad” o “guardias no presenciales”. Estas guardias generalmente consisten en que el trabajador no se encuentra en las instalaciones del patrono y no está prestando efectivamente servicios. Sin embargo, los trabajadores en “guardias a disponibilidad” deben mantenerse en su casa o dentro de un área geográfica determinada y deben estar disponibles para atender al llamado eventual que les haga el patrono. Generalmente cuando estos trabajadores son efectivamente llamados a prestar sus servicios trabajan durante un corto período de tiempo.

Tal como lo indicamos anteriormente, la Ley Alimentación establece la obligación de otorgar el beneficio de una comida balanceada “*durante la jornada de trabajo*”. Cuando la Ley Alimentación se refiere a la jornada de trabajo hace alusión a aquellos días en los que el trabajador presta efectivamente sus servicios para el patrono, porque el propósito primordial de la Ley Alimentación es garantizarle el suministro total o parcial de una comida al trabajador durante los días laborados. La Ley Alimentación no obliga a conceder este beneficio durante los días en los que, por cualquier razón, el trabajador no preste sus servicios. Por ello es importante precisar si el supuesto enunciado constituye una jornada efectiva de trabajo.

Consideramos que el tiempo durante el cual los trabajadores se encuentran en su casa o dentro de una zona geográfica determinada y distinta a las instalaciones del patrono, prestos al eventual llamado del patrono para prestar un servicio, no debe computarse como jornada efectiva de trabajo.

Según el artículo 189 de la LOT, se entiende por jornada efectiva de trabajo el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrono y no puede disponer libremente de su tiempo y realizar sus actividades personales. En nuestro criterio esta disposición se refiere al tiempo en que el trabajador debe estar en el lugar donde normalmente cumple su jornada ordinaria de trabajo, pero no a la disponibilidad que tiene un trabajador en un período durante el cual puede disponer de su tiempo libre pero debe estar presto a atender llamadas eventuales. El tiempo efectivo de trabajo comienza en el momento en que el trabajador atiende efectivamente el llamado del patrono y ejecuta la prestación de un servicio.

Así lo ha señalado la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 21 de julio de 2004 (caso: Fernando Llorente y otros vs. AEROPPOSTAL ALAS DE VENEZUELA, C.A.). Así, en esa oportunidad la Sala resolvió:

La frase legal el trabajador está a disposición del patrono debe interpretarse en el sentido de que el trabajador debe estar en la oficina, taller, hospital o sitio donde normalmente cumple su jornada ordinaria de trabajo. En este caso la hora de trabajo debe remunerarse como se remunera la jornada efectiva de trabajo, y si está fuera de los límites legales o convencionales de la jornada, debe remunerarse como hora extraordinaria de trabajo.

Por otra parte y como bien lo asienta el Tribunal de alzada *debe distinguirse el estar a disposición previsto en la norma, antes referido, de la disponibilidad, ubicabilidad o localizabilidad como situación fáctica, en la cual el trabajador puede disponer de su tiempo libre, aunque debe estar presto para atender eventualidades que se presenten y por las cuales puede ser llamado a prestar servicio, caso en el cual tiene derecho a recla-*

mar el pago como hora efectiva de trabajo, inclusive como hora extraordinaria si está por encima de los límites legales o convencionalmente establecidos, previa comprobación que realmente laboró o prestó servicios.

En tanto *durante este período en que el trabajador debe ser ubicable o está disponible no hay prestación efectiva de servicios*, el mismo no se remunera, salvo por acuerdo entre el patrono y los trabajadores o por uso o práctica del empleador, como en el caso bajo examen (Énfasis añadido).

Sin embargo, el patrono podría convenir con los trabajadores en pagarles una asignación especial por el tiempo en el que ellos se encuentren haciendo las “guardias a disponibilidad” o “guardias no presenciales”, independientemente de que el patrono los llame o no a prestar sus servicios.

En relación con la procedencia o no de la concesión del cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación por el tiempo de servicio prestado por estos trabajadores una vez que atienden al llamado del patrono cuando están en “guardias no presenciales”, en nuestro criterio, visto que el efectivo llamado del patrono a estos trabajadores obedece a una eventualidad y que además el período durante el cual los trabajadores prestan servicios una vez atendido el llamado es relativamente corto, este tiempo no debe entenderse como una jornada de trabajo. En consecuencia, estimamos que en estos casos el patrono tampoco se encuentra obligado a concederles el cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación.

9. ¿Es posible fraccionar el valor del cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación cuando el trabajador tiene una jornada parcial?

La Ley Alimentación señala que los empleadores del sector público y del sector privado que tengan a su cargo veinte (20) o más trabajadores, deben otorgar el beneficio de una comida balanceada *durante la jornada de trabajo*. Sin embargo, la Ley Alimentación no especifica cómo debe otorgarse el beneficio cuando el trabajador presta servicios a tiempo parcial ni exige una duración mínima de la jornada para que el trabajador sea acreedor al beneficio.

Por otro lado, dada la naturaleza especial e indivisible del beneficio de alimentación, existen argumentos para sostener que no es posible fraccionar el beneficio de alimentación al trabajador que preste servicios a tiempo parcial, no obstante, la previsión consagrada en el artículo 194 de la LOT. Como sabemos, la referida disposición establece que cuando la relación de trabajo se haya convenido a tiempo parcial o por una jornada menor a la permitida legalmente, el salario que corresponda al trabajador se considerará satisfecho cuando se dé cumplimiento a la alícuota respectiva, salvo acuerdo entre las partes más favorable al trabajador.

Sin embargo, estimamos que debe estudiarse cada caso concreto a los fines de no cometer injusticias o arbitrariedades, pues podría suceder, por ejemplo, que un trabajador preste servicios diariamente para varios patronos durante un reducido número de horas para cada uno de ellos, y de aplicarse a rajatablas la anterior conclusión pudiera suceder que ese trabajador se vea más beneficiado que otro que presta servicios durante una jornada ordinaria de trabajo para un mismo patrono, e inclusive, que reciba el beneficio de alimentación excediendo los límites previstos en la Ley Alimentación, la cual tiene por objeto la provisión total o parcial de *una comida balanceada durante la jornada de trabajo*.

Si bien los dictámenes o consultas emanados de las autoridades administrativas no tienen carácter vinculante, resulta interesante conocer al menos algunos de los pronunciamientos que al respecto ha hecho la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo.

En este sentido, en el Dictamen N° 2 del 4 de febrero de 1999, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo expresó que los trabajadores que prestan servicios en jornada parcial tienen derecho a recibir un ticket alimentación en forma íntegra por considerar que se trata de un beneficio único e indivisible. Aun cuando este Dictamen hacía referencia a la Derogada Ley Programa de Alimentación, consideramos que sus conclusiones resultan igualmente aplicables a la Ley Alimentación. En esta oportunidad, esa Consultoría Jurídica expresó lo siguiente:

En opinión de esta Consultoría Jurídica, *cuando el empleador otorgue el beneficio a que se refiere la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores, mediante la entrega al trabajador de “cupones” o “tickets”, los trabajadores que laboran una jornada inferior a la legalmente establecida, tienen derecho a percibir un cupón o ticket alimentario de forma íntegra, atendiendo a la naturaleza única e indivisible del beneficio*. Teniendo siempre presente el carácter prohibitivo de la norma de que en “ningún caso el beneficio de alimentación será otorgado en dinero”, a fin de no desvirtuar el espíritu, propósito y razón de ser de la Ley.

(...)

A nuestro juicio, tal interpretación se desprende igualmente del *artículo 2 de la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores*, el cual al referirse a la jornada de trabajo, *no hace énfasis a las condiciones en que esta jornada debe ser laborada, ni al tiempo mínimo necesario para que el trabajador pueda ser beneficiario del mismo*. Simplemente establece que el trabajador será acreedor del beneficio de alimentación cuando cumpla con cada jornada de trabajo, independientemente de las horas trabajadas. De manera que, no debemos distinguir donde la ley no lo hace.

(...)

En efecto, tomando en cuenta que el Instituto Nacional de Prevención y Salud Laborales, ha contratado trabajadores que laboran jornada a tiempo parcial, menor a la jornada ordinaria diurna legalmente establecida en el artículo 195 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual dispone que ..., significa entonces, atendiendo el criterio antes mencionado, que a los mismos debe corresponderle el beneficio en su totalidad, no teniendo aplicación en este sentido lo estipulado en el artículo 194 de la Ley Orgánica del Trabajo, que establece el principio de proporcionalidad, en virtud del cual, el salario que corresponda al trabajador, será directamente proporcional a la jornada trabajada; principio que no se ajusta al caso en estudio, por cuanto estamos hablando aquí de un beneficio no salarial incompatible con la norma en referencia” (Énfasis añadido).

Del mismo modo, en el Dictamen N° 5 de fecha 12 de marzo de 2003, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo expresó que si el beneficio de alimentación se entrega mediante cupones o tickets, debe entregarse un cupón o ticket por cada jornada de trabajo independientemente de su duración. Específicamente, la Consultoría Jurídica manifestó:

cuando el empleador otorgue el beneficio a que se refiere la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores, *mediante la entrega al trabajador de “cupones” o “tickets”, los trabajadores que laboran una jornada inferior a la legalmente establecida, tienen derecho a percibir un cupón o ticket alimentario de forma íntegra*, atendiendo a la naturaleza única e indivisible del beneficio (Énfasis añadido).

Por otro lado, el 2 de noviembre de 1999 la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo se pronunció sobre un caso de trabajadores docentes que laboraban jornadas parciales de dos (2), cuatro (4) o seis (6) horas diarias y manifestó que se da cumplimiento a la ley cuando se entrega en cupones o tickets la alícuota que corresponde a la jornada efectivamente trabajada. En cambio, cuando se sirve directamente la comida en un comedor, los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a recibirla en las mismas condiciones que el resto del personal. Este Dictamen señala textualmente:

siendo el consultante un instituto privado de educación superior, en el cual se contrata a personal docente cuya jornada de trabajo es por un número reducido de horas, pudiendo variar la jornada diaria y en cada semestre de acuerdo a la variabilidad que puede sufrir el pensum académico en período lectivo, que trae como consecuencia la apertura o no de las materias, se manifiesta la interrogante si habrá que cancelar el bono de alimento que

establece la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores a estos docentes y en caso de ser cierto, especificar de qué manera hay que promediárselo.

Esta Consultoría Jurídica considera que posterior a la verificación de los supuestos jurídicos necesarios para el nacimiento y cumplimiento que establece la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores *para otorgar el beneficio alimentario, se deberá, en los casos de los docentes con jornadas menores a la legalmente permitida, cumplir con una modalidad que le permita al patrono satisfacer el beneficio de acuerdo a la alícuota correspondiente por su jornada de trabajo efectivamente laborada.*

(...)

La jornada que laboran estos trabajadores docentes del IT es menor a la jornada ordinaria diurna legal permitida, que a saber, es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales, pues éstos pueden variar las horas laboradas en cada semestre dependiendo de la apertura o no de la materia en cuestión, dándose el caso de docentes que laboren dos (2) horas o tres (3) en la semana, dependiendo del supuesto anterior.

Es por ello que este Despacho, considerando el objeto de la Ley bajo estudio, el cual según su artículo N° 1 es “Crear un programa de alimentación para mejorar el estado nutricional de los trabajadores a fin de fortalecer su salud, prevenir las enfermedades profesionales y propender a una mayor productividad laboral” beneficio éste que será satisfecho con una provisión total o parcial de una comida balanceada “durante la jornada de trabajo” (artículo 2 LPAT); así como el escenario en que ciertamente se encuentra enmarcada esta Ley, *la cual está referida a una jornada clásica de trabajo, es decir, que el sujeto acreedor es todo trabajador que se encuentre cumpliendo las cuarenta y cuatro (44) horas semanales, de acuerdo a la establecida como jornada legal diurna, en el cual es evidente el desgaste energético acaecido por una jornada completa. Sin embargo, el legislador parece obviar aquellas jornadas extraordinarias o las que dependiendo de la naturaleza de la relación de trabajo se puedan pactar con un carácter especial; y a los fines de establecer un criterio acorde a la situación actual del país y con la determinación de dar fiel cumplimiento al mandato legal establecido en esta Ley, consideramos que a los trabajadores como a los del caso bajo examen, cuya jornada de trabajo sea de dos (2), cuatro (4), seis (6) horas o simplemente con una jornada inferior a la legal, de manera excepcional, le corresponderá la aplicación del beneficio alimentario, calculado con base al artículo 194 de la LOT, el cual reza:*

(...)

De manera que, siguiendo el objeto de nuestra Ley, no se verán vulnerados aquellos trabajadores que excepcionalmente ejecutan una jornada de trabajo dependiente de una relación laboral sui generis. Asimismo, es importante destacar que el criterio anteriormente expuesto se basa en el principio contenido en el literal g), artículo 60 de la LOT, vale decir, principio de equidad, definido por la Doctrina como “Prius del Derecho, el ideal que deben realizar las instituciones jurídicas, en virtud que una Ley equitativa es una ley justa.

(...)

Con el criterio anteriormente expuesto, desistimos parcialmente de la opinión asumida con anterioridad en el Dictamen N° 2, de fecha 04 de febrero de 1999, por esta Consultoría en cuanto a la indivisibilidad del beneficio, por considerarlo correctamente aplicado, cuando la modalidad de cumplimiento de esta Ley sea por medio de un suministro de una comida preparada; ya que evidentemente, por la esencia y naturaleza de la misma, en virtud de que el suministro de alimentos no se puede fraccionar, más cuando sea por medio de tickets, nada obsta, para que de manera equitativa el patrono siguiendo el espíritu de la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores y la LOT, lo distribuya de acuerdo a la alícuota que le corresponda por su jornada de trabajo²” (Énfasis añadido).

Este último criterio fue reiterado por la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo en Dictamen de fecha 6 de septiembre de 2000³.

10. ¿Cómo se concede el cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación en caso de llegadas tarde, asistencia al trabajo en la mitad de la jornada y otros casos similares?

Estimamos que la procedencia o no de la concesión del cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación, en estos casos dependerá del tratamiento que le dé el patrono a cada situación y teniendo siempre en cuenta que, en cumplimiento de la Ley Alimentación, el patrono debe otorgar el beneficio de una comida balanceada por cada jornada efectiva de trabajo.

A manera de ejemplo, si el patrono le permite el acceso a un trabajador que llega tarde a prestar sus servicios y éste presta servicios en ese día a cambio de su sala-

² PORRAS RANGEL, Juan F. y PORRAS SANTANA, Juan David. **Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento**. Ediciones Jurisprudencia del Trabajo. Caracas, 2002. Tomo III, pp. 629 a 632.

³ *Ibid.*, pp. 632 a 634.

rio, el trabajador debería recibir el cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación correspondiente a ese día. No obstante, si conforme a sus políticas y reglamentos internos debidamente conocidos por los trabajadores, el patrono no permitiera el acceso a los trabajadores que no llegan a tiempo en reiteradas oportunidades a prestar sus servicios y les descontara el salario correspondiente a esa jornada no trabajada, al trabajador no le correspondería recibir el cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de ese día.

Del mismo modo, si un trabajador presta servicios durante la mitad de su jornada pero el patrono le paga ese día completo de salario, el trabajador también debería recibir el cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación correspondiente a ese día. No obstante, si el patrono le descuenta la mitad de su salario por no haber prestado sus servicios durante media jornada, existen argumentos para sostener que el patrono podría fraccionar igualmente el cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación de ese día.

Conclusiones

- A. Son acreedores del beneficio de alimentación conforme a la Ley Alimentación los trabajadores que devengan un salario normal hasta de tres (3) salarios mínimos urbanos y prestan servicios para patronos que emplean veinte (20) o más trabajadores. Para la determinación del número de trabajadores que laboran para los patronos obligados, se debe tomar en cuenta la figura del grupo de empresas. El beneficio de alimentación sólo puede ser concedido a través de las modalidades y en cumplimiento con los requisitos que establece la Ley Alimentación. El beneficio concedido bajo la Ley Alimentación no forma parte del salario. Los patronos no obligados pueden aplicar voluntaria o concertadamente el beneficio previsto en la Ley Alimentación a sus trabajadores, así como los patronos obligados por esa Ley pueden conceder el beneficio a los trabajadores que devengan un salario normal mayor que el equivalente a tres (3) salarios mínimos mensuales urbanos. Cuando el beneficio de alimentación se otorga a través de cupones, tickets o tarjetas electrónicas, la provisión mensual de estos suministros no debe exceder del treinta por (30%) ciento del monto resultante de sumar al salario mensual del trabajador el valor de los cupones, tickets o tarjetas electrónicas recibidas por el trabajador en el respectivo período mensual.
- B. A los fines de determinar si un patrono está obligado a otorgar el beneficio de comida balanceada durante las guardias que laboran sus trabajadores, es preciso determinar en cada caso si estamos en presencia de una jornada de trabajo o si se trata de una prolongación de la jornada, ya que el beneficio de

alimentación debe concederse por cada jornada efectiva de trabajo y no por su prolongación.

- C. La concesión del cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación no procede en el caso de las “guardias a disponibilidad” o “guardias no presenciales”. Por un lado, el tiempo durante el cual los trabajadores se encuentran en su casa o dentro de una zona geográfica determinada y distinta a las instalaciones del patrono, prestos al eventual llamado del patrono para prestar un servicio no debe computarse como jornada efectiva de trabajo. Por el otro, visto que el efectivo llamado del patrono a estos trabajadores obedece a una eventualidad y que además el período durante el cual los trabajadores prestan servicios una vez atendido el llamado es generalmente corto, este tiempo tampoco debe entenderse como una jornada de trabajo.
- D. Dada la naturaleza especial e indivisible del beneficio de alimentación, existen argumentos para sostener que no es posible fraccionar el beneficio de alimentación al trabajador que preste servicios a tiempo parcial. Sin embargo, debe estudiarse cada caso concreto ya que podría suceder, por ejemplo, que un trabajador preste servicios diariamente para varios patronos durante un reducido número de horas para cada uno, y de aplicarse a rajatablas la anterior conclusión pudiera suceder que ese trabajador se vea más beneficiado que otro que presta servicios durante una jornada ordinaria de trabajo para un mismo patrono, e inclusive, que reciba el beneficio de alimentación excediendo los límites previstos en la Ley Alimentación.
- E. La procedencia o no de la concesión del cupón, ticket o carga de la tarjeta electrónica de alimentación en casos de llegadas tarde, asistencia al trabajo en la mitad de la jornada y otros similares dependerá del tratamiento que le dé el patrono a cada situación y teniendo siempre en cuenta que, en cumplimiento de la Ley Alimentación, el patrono debe otorgar el beneficio de una comida balanceada por cada jornada efectiva de trabajo.

Reflexiones sobre la Seguridad Social a propósito de la Sentencia N° 03/2005 de la Sala Constitucional (Caso: CANTV)

Antonio J. GARCÍA GARCÍA*

SUMARIO

Premisa introductoria.

- 1. Aproximación y antecedentes históricos del concepto de seguridad social.**
- 2. Evolución de la institución en Venezuela.**
- 3. Definición de la seguridad social:** 3.1. *Características generales.*
3.2. *Perspectiva constitucional.*
- 4. La Sentencia No. 03/2005 de la Sala Constitucional.**

Premisa introductoria

En respuesta a una solicitud de revisión constitucional presentada por un grupo de trabajadores contra una sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal

* **La Universidad del Zulia**, Abogado. **Universidad Santa María**, *Especialista en Derecho Laboral*. **Universidad Fermín Toro**, Profesor, además de Docente invitado en varias Universidades nacionales. **Tribunal Supremo de Justicia**, Sala Electoral, Magistrado (1999-2000), Sala Constitucional, Magistrado (2000-2005), Magistrado Emérito. Autor Doctrina 2000-2003, **Tribunal Supremo de Justicia**, Colección Doctrina Judicial N° 7, Caracas 2004, y de varios ensayos difundidos en publicaciones especializadas y arbitradas.

Supremo de Justicia, en la que se resolvía el planteamiento de que se ajustasen las pensiones que venían recibiendo los jubilados y pensionados de la empresa Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), según los aumentos contractuales obtenidos por los trabajadores activos, la Sala Constitucional de ese mismo Tribunal, mediante Decisión N° 03 del 25 de enero de 2005, declaró que había lugar a la solicitud de revisión interpuesta y al hacerlo asentó lo siguiente:

El concepto de seguridad social consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe ser entendido como un sistema que abarca toda una estructura que integra entes de derecho público –sistema de asistencia y seguridad social, configurado bajo el régimen único de seguro social entendido, en su acepción tradicional– al igual que el régimen privado, cuyo objeto común es garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones. En consecuencia, resulta obligatoria la aplicación del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los diferentes entes del derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrante del actual sistema de seguridad social, inclusive aquellos derivados de las contrataciones colectivas o laudos arbitrales, como es el caso, determinando que, según lo dispuesto en dicha norma, el monto que pagan los sistemas alternativos de jubilaciones y pensiones a sus beneficiarios no puede ser inferior al salario mínimo urbano (...).

Como quiera que para arribar a tal conclusión la Sala Constitucional debió determinar el contenido, alcance, extensión y aplicación del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, preciso es determinar, en primer lugar, si de conformidad con dicha norma, el concepto de seguridad social debe ser entendido en su acepción tradicional como sinónimo del sistema de asistencia y seguridad social, traducido en un régimen único de seguro social, o si, por el contrario, comprende un sistema que abarca una estructura mucho más amplia integrada por todos los mecanismos implementados tanto por personas jurídicas de derecho público como privado, cuyo objeto sea el garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones, así como las de sus familias.

La segunda cuestión que precisar está referida al alcance y extensión de la participación solidaria de la familia y la sociedad en el desarrollo y ejecución de la obligación de respeto a la dignidad humana de los ancianos y ancianas por parte del Estado y, por otra parte, si en el término “sociedad” se puede enmarcar a los entes de derecho público o privado, distintos de la República.

Por último, debe establecerse si es procedente la aplicación del artículo 80 del Texto Fundamental a las diferentes personas de derecho privado o público distintas de la República “que hayan implementado mecanismos alternativos de jubilaciones y pensiones, por ser considerados como parte integrante del actual sistema de seguridad social, inclusive aquellos derivados de las contrataciones colectivas”, considerando que, según lo dispuesto en dicha norma, el monto que pagan los sistemas alternativos de jubilaciones y pensiones no puede ser inferior al salario mínimo urbano.

La referida norma constitucional establece:

Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la Seguridad Social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho de un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello.

La disposición transcrita preceptúa entonces el derecho constitucional de los ancianos y ancianas a que se respete su dignidad humana y autonomía, además de la garantía a la atención integral y a disfrutar de los beneficios de la Seguridad Social. De allí que igualmente establezca dicha norma la obligación por parte del Estado, de garantizar, con la participación de la sociedad y la familia, la efectividad de los derechos de los ancianos y ancianas, en particular el derecho a una pensión mínima de vejez uniforme, equivalente al salario mínimo urbano, debido a que el constituyente reguló en forma novedosa, clara y precisa la implementación de tal derecho.

Esbozado el anterior esquema, la duda que nos embarga está referida fundamentalmente al significado mismo de la Seguridad Social y a si la participación solidaria de la familia y la sociedad en el cumplimiento de la obligación de garantizar la dignidad humana de los ancianos y ancianas por parte del Estado, abarca también a los entes distintos de la República que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, inclusive aquellos derivados de la convención colectiva, esto es, si el monto que pagan los sistemas alternativos de jubilación y pensiones no puede ser inferior al salario mínimo urbano, todo lo cual, eventualmente originó la admisión y posterior procedencia de la solicitud de revisión incoada.

1. Aproximación y antecedentes históricos del concepto de la seguridad social

Es importante precisar qué debe entenderse por Seguridad Social. En tal sentido, Guillermo Cabanellas señala siguiente:

El primero de los vocablos, que encierra las ideas genéricas de exención de peligro, daño o mal, y las de confianza y garantía, se utiliza por este sentido de protección más que en el de indemnidad absoluta que escapa a las posibilidades humanas de la magnitud y frecuencia de las catástrofes, desgracias, accidentes y enfermedades sobre la previsión y la defensa de los hombres. En cuanto al calificativo, dentro de la multiplicidad de significados, se valora lo de social en la escala que va desde restricciones ya superadas que lo hacían exclusivos de trabajadores y únicamente los obreros, los dedicados a los trabajos manuales hasta amplitud de todo lo concerniente a la sociedad. La definición y el contenido permitirá más adelante concretar la definición y su esfera en la actualidad (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires 1981, p. 331).

En efecto, la Seguridad Social asume hoy, en todo el mundo, el compromiso de garantizar a todos los miembros de la sociedad una plataforma que abone a su dignidad, asentada en el principio de la solidaridad. Las primeras aplicaciones de este principio adoptaron la forma de asistencia pública, evolucionando luego hacia los sistemas de Seguro Social y, más tarde hacia los primeros regímenes de Seguridad Social. Cada nación, de acuerdo a sus orígenes, historia y cultura, entiende y aplica su propio concepto de Seguridad Social, conceptos éstos que, por otra parte, fueron modificándose a través del tiempo.

Así, de las antiguas formas de protección, como las *collegias* romana, las *gildas* germanas y los hospicios creados bajo la inspiración de las ideas cristianas se pasa a la protección de los sectores más necesitados, a través de las *leyes de p'obres* de Inglaterra en el siglo XVII, para arribar a medidas de carácter asistencial, pero no como una obligación, sino como una liberalidad por parte de las autoridades. La asistencia social como instrumento de la Seguridad Social, primero se inspiró en las ideas llevadas a la práctica por caridad o filantropía de parte de algunas instituciones, esencialmente la iglesia para aliviar las necesidades sociales y económicas de los sectores pecuniariamente más débiles de la población, pero que hoy ha pasado a constituir un verdadero derecho, el derecho a la asistencia social reconocido, en la mayor parte de las leyes y de las constituciones, para aquellos sectores de la población que carezcan de medios económicos que permitan hacer frente a los estados de necesidad.

Aunado a lo anterior, finalizando el siglo XIX, en el año 1893 nace en Alemania el Seguro Social obligatorio. Esta estructura conformada por los aportes de los patronos, de los trabajadores y del Estado se mantiene en esencia hasta hoy. Por esta razón puede afirmarse que, el Seguro Social ha representado el instrumento fundamental para la realización de la Seguridad Social, en la mayoría de los casos, dentro de la relación jurídica de trabajo subordinado, es por lo que muchos sostienen, no sin razón histórica, que el Seguro Social es equivalente a Seguridad Social.

2. Evolución de la institución en Venezuela

En el caso venezolano, sus antecedentes más remotos se encuentran en las denominadas Leyes de Indias, las cuales corresponden a la recopilación de reales cédulas, cartas, leyes y reglamentos, codificadas por Carlos Segundo de España en el año 1760, aproximadamente, en las que se establecía la prohibición de trabajadores indígenas en pescas y desagües de perlas; se prohibía a los menores de 18 años, realizar cualquier clase de trabajo y, dentro de las regulaciones de la Seguridad Social, se estableció, como principio, la obligación de los patronos de curar a los niños enfermos y tener en funcionamiento centros hospitalarios para cubrir las contingencias.

Con posterioridad, en el año 1917, se promulga la Ley de Talleres y Establecimientos Públicos; en ella se regulaba la prestación del servicio y las condiciones en que debían laborar los trabajadores, así como las reglas atinentes a la higiene y seguridad en el trabajo.

Durante el siglo XX, y aun cuando la Ley del Trabajo de 1928 no tuvo vigencia práctica, la Ley del Trabajo promulgada el 16 de julio de 1936 constituyó, por el contrario, una de las leyes de carácter social con más aplicación y eficacia en toda nuestra historia, al incorporar toda una concepción en materia de Seguridad Social en sus diversas contingencias; se estableció la normativa encaminada a proteger al trabajador frente a los infortunios de trabajo; se estableció la indemnización por incapacidad, incluyendo la indemnización por fallecimiento del trabajador. Este instrumento legal fue complementado por la Ley del Seguro Social en el año 1940, en la que se logró la cobertura de la pensión médica integral para los asegurados y sus familiares, la cobertura de los riesgos de enfermedad, las incapacidades, la invalidez, la vejez, la jubilación y, como consecuencia de la reforma de la Ley del Seguro Social de 1966, reguló además la contingencia de Seguro de Paro Forzoso.

El concepto integral de Seguridad Social en Venezuela ha sido programado en las Constituciones de 1947, 1961 y 1999. Los textos constitucionales de los años 1937, 1945 y 1953 no preceptuaron normas que garantizaran este derecho.

En la Constitución de 1947 se establecieron, por primera vez, los derechos a la salud, a la educación, al trabajo y, particularmente en su artículo 52, se dispuso:

Los habitantes de la República tienen derecho a vivir protegidos contra los riesgos de carácter social que puedan afectarlos y contra la necesidad que de ellos se deriva. El Estado establecerá en forma progresiva un sistema amplio y eficiente de Seguridad Social y fomentará la construcción de viviendas baratas destinadas a las clases económicamente débiles.

Por su parte, el artículo 94 de la Constitución de 1961 estableció lo siguiente:

En forma progresiva se desarrollará un sistema de Seguridad Social tendiente a proteger a todos los habitantes de la República contra infortunios del trabajo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, desempleo y cualesquiera otros riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la carga familiar. Quienes carezcan de medios económicos y no estén en condiciones de procurárselos, tendrán derecho a la Asistencia Social mientras sean incorporados al sistema de seguridad social.

Es de observar que dicha norma era de carácter esencialmente programático, por lo que al preferirse al desarrollo en forma progresiva de un sistema de Seguridad Social se partía de una base real como era la imposibilidad de implantar, de una sola vez, dicho sistema. Pero, al disponer el mencionado texto constitucional, en el Capítulo de los Derechos Sociales, aquellos relativos a la protección de la familia, salud, educación, trabajo, recreación y vivienda, ya se incorpora, sin duda alguna, a la marcha en ascenso de la garantía de un sistema integral y universal de la Seguridad Social en el que, por supuesto, estaban presentes dos de sus instrumentos fundamentales como el Seguro Social y la Asistencia Social, al mismo tiempo que la Previsión Social para lo relativo a las cargas familiares.

De tal forma que, la Seguridad Social ha estado imbuida en el orden constitucional desde la Carta Magna de 1961, no solamente sobre los conceptos universales que sobre esta materia existen, sino también, sobre la orientación histórica de solidaridad humanitaria y la razón de ser de la Seguridad Social, la cual ha sido planteada en términos de carácter universal que no difieren de un país a otro, lo que si es diferente es la forma de implementarlo, el grado de sensibilidad de los gobiernos y la reclamación constante que hacen los pueblos.

Como es notorio, en el marco normativo antes expuesto, las orientaciones hechas sobre el concepto de Seguridad Social habían estado siempre aplicadas restrictivamente a los trabajadores, con respecto a la satisfacción que ellos esperan de su derecho frente a la obligación del Estado.

Por ello, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgada en 1999, desarrolla el derecho a la seguridad social dentro del Título III, referido a los Derechos Humanos, a través de los artículos 76 (maternidad y paternidad); 80 (relación de las pensiones con el salario mínimo); 81 (protección de las personas discapacitadas); 82 (vivienda); 83 (protección de la salud); 84 (integración del sistema de Seguridad Social); 86 (derecho de la Seguridad Social); 88 (protección de las amas de casa) y 147 (régimen de jubilaciones de funcionarios públicos), representando de esta forma un avance sustantivo respecto a lo establecido en el artículo 94 de la Constitución de 1961. Así, se pasó de una visión programática y de expectativa de derecho, a una visión protectora y garantista de los distintos componentes y sujetos del derecho a la Seguridad Social.

3. Definición de la seguridad social

La Constitución vigente establece entonces, un sistema de Seguridad Social configurado dentro de los principios fundamentales que rigen al Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, de los principios del sistema socio-económico, de los principios generales de los derechos humanos y garantías así como los deberes y derechos económicos sociales y de las familias. Por ello, la Seguridad Social se concibe como un derecho humano, cuyo goce y disfrute debe ser garantizado por el Estado.

Así, se evidencia que al reglamentarse en el artículo 80 de la Constitución, los derechos de los ancianos y ancianas, aplicando el principio de la no discriminación y en retribución con los años prestados por estos ciudadanos a la productividad del país, el constituyente ordena al Estado venezolano garantizarles una atención integral, enmarcada principalmente dentro de la asistencia médico-hospitalaria, por un lado, y por el otro, la garantía constitucional de beneficios emanados de la Seguridad Social, principalmente el establecimiento de una pensión cuyo monto no puede ser inferior al salario mínimo urbano decretado por el Ejecutivo Nacional.

En este orden de ideas, cabe destacar que la garantía contenida en la norma bajo análisis, no puede ser interpretada en forma aislada de todo el texto constitucional y, en este sentido, se abrevia que, el derecho a la Seguridad Social se encuentra regulado en la Constitución para todas las personas, incluyendo a los ancianos y ancianas, cuyo principio está contenido fundamentalmente en el artículo 86 *eiusdem*, pues, esta norma constitucional es la que establece el derecho de una Seguridad Social integral y lo hace en una forma, por demás, amplia, clara y precisa, al disponer:

Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la Seguridad Social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, viviendas, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de Seguridad Social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la Seguridad Social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médico-asistenciales y demás beneficios de la Seguridad Social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la Seguridad Social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de Seguridad Social será regulado por una ley orgánica especial.

3.1 Características generales

En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se perfilaron los principios que definirían no sólo el carácter solidario y de servicio público de la Seguridad Social, sino que claramente el artículo 86 de la Constitución, antes transcrito, lo define como un derecho humano. La nueva Constitución amplía, indudablemente, el concepto de la seguridad social y, como notas fundamentales innovadoras, deben mencionarse las siguientes:

1. La Seguridad Social es de carácter no lucrativo, cualidad ésta inherente a cualquier servicio público, dado que la finalidad es la de ejercer una potestad pública o suministrar un bien o un servicio a la población, considerado de interés general. En el mismo sentido, el artículo 86 de la Constitución establece, expresamente, que los recursos financieros de la Seguridad Social no podrán ser destinados a otros fines, con lo cual se limita el fin último de los aportes y recursos del sistema a la investigación, desarrollo tecnológico e inversión en el propio servicio o actividad prestacional. El carácter de la Seguridad Social como servicio público no lucrativo, viene a robustecer la tesis, de que ella es uno de los cometidos esenciales del Estado.
2. Se garantiza la protección de las contingencias o infortunios, además de las ya conocidas vejez, maternidad y desempleo, dispone la discapacidad, las ne-

cesidades especiales y los riesgos laborales, y en forma completamente novedosa, a las enfermedades catastróficas.

3. En dicha norma quedan incluidos, aparte de ser regulados en otras normas constitucionales, los derechos del trabajo, vivienda, salud y educación.
4. Se dispone el concepto de “cargas derivadas de la vida familiar” como una auténtica previsión social. Dentro de este importantísimo campo, la ley especial respectiva, deberá desarrollar lo relativo a los subsidios familiares, disminución de impuestos para familias numerosas, tratamiento especial en cuanto a los niños, jóvenes y adolescentes, así como construcción y fomento de viviendas accesibles, entre otros.
5. El concepto de salud tiene rango preferente en esta disposición rectora, lo cual es lógico al derivarse del mismo la posibilidad que el ser humano pueda rendir dignamente en el medio social.
6. Siguiendo la doctrina universal de una Seguridad Social integral, se destacan como características del sistema de Seguridad Social, las siguientes:

- a. La *universalidad* del sistema de Seguridad Social implica el libre acceso de toda persona a los servicios que forman parte del sistema, sin discriminación alguna, teniendo derecho a recibir suministros o prestaciones de bienes y servicios determinados en las leyes especiales de la Seguridad Social, para la atención de cada contingencia. Ello significa que la Seguridad Social va mucho más allá del derecho al trabajo, al perseguir esa protección para toda la comunidad.

Adicionalmente, al reconocerse el principio de universalidad en la norma constitucional, estableciéndose el derecho que tienen “todas las personas” de gozar de la Seguridad Social y ordenar la atención de aquellos que no tengan capacidad contributiva, se deja a un lado la tesis “laboralista” que permitía proteger sólo a los trabajadores contribuyentes y dejaba la asistencia social a los no contribuyentes.

- b. La *integralidad* del sistema de Seguridad Social garantiza, bajo una sola concepción, las previsiones y la atención de todas las contingencias, orientadas al desarrollo humano integral. Está entendida en dos sentidos: suficiencia en la protección frente a cualquier estado de necesidad y la oportunidad en la prestación recibida.
- c. La *solidaridad* del sistema de Seguridad Social implica un compromiso colectivo, que se expresa a través del financiamiento proveniente de contribuciones de los patronos, trabajadores o de otras categorías de actores sociales, así como del Fisco Nacional y demás recursos que determinen

las leyes especiales de la Seguridad Social. En tal sentido, el financiamiento solidario se manifiesta mediante distintas expresiones, tales como:

- c.1. La solidaridad intergeneracional: cotización de las personas activas –trabajadores– a favor de las personas pasivas –jubilados–.
- c.2. La solidaridad redistributiva de fondos colectivos: cotización de las personas para cubrir sus propias necesidades y las de los que no tienen capacidad contributiva.
- c.3. La solidaridad redistributiva de ingresos fiscales: utilización de mecanismos de redistribución de la riqueza, a través de asignaciones presupuestarias a los programas de asistencia social, todo de conformidad con lo que dispongan las leyes especiales de la Seguridad Social.

A tal efecto, los medios para hacer efectivo el financiamiento solidario se vinculan a los principios constitucionales de universalidad, corresponsabilidad y de participación, así como con los deberes constitucionales de responsabilidad social y de coadyuvar en la satisfacción de los gastos públicos. Por ello, dispone el artículo 86 de la Constitución, la obligación de las contribuciones directas o indirectas y que “la ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección y que los recursos financieros no podrán ser destinados a otros fines”. Esta parte de la norma, determina para el Estado una carga económica ilimitada y, por ello, ha de establecerse una cuota impositiva especial entre toda la población, directamente proporcional a los ingresos de las sociedades y personas, es decir, todos pueden contribuir en la medida de sus posibilidades, para satisfacer las necesidades de la colectividad.

- d. La *unicidad* del sistema de Seguridad Social se caracteriza por ser un complejo jurídico e institucional único, que compromete a la integración de un solo conjunto estructurado de políticas, planes, regulaciones, organización, funciones, procedimientos y prestaciones, limitando de este modo la creación de sistemas paralelos y de regímenes públicos diversos. Este principio está referido no a que la Seguridad Social no permita la descentralización, sino a que exista una administración del sistema bajo una gestión rectora que la norma constitucional atribuye al Estado, lo que permite, como está dispuesto en la misma, el elemento participativo de los trabajadores y la sociedad. Sin embargo, en virtud del interés general que revisitan las actividades correspondientes al sistema de Seguridad Social, la Constitución permite –y así ha desarrollado la Ley Orgánica respectiva– que las prestaciones y actividades de los subsistemas que lo integran, sean prestados por el Estado en un régimen de concurrencia con los particula-

res, a fin de garantizar la atención de las previsiones y contingencias sociales, bajo el principio participativo.

- e. La *participación* en el sistema viene dada por el carácter derecho-deber de la Seguridad Social. En consecuencia, todas las personas están obligadas a contribuir en su financiamiento de acuerdo a su capacidad contributiva y a velar por su correcto y adecuado desarrollo.
- f. El principio de *eficiencia* que impone el artículo 86 de la Constitución al sistema de Seguridad Social, obliga a la mejor utilización de los recursos disponibles y a la sustentabilidad del sistema y sus componentes, para que las actividades y prestaciones sean ejecutadas en forma oportuna, adecuada y suficiente, con la evaluación del desempeño y los controles pertinentes.
- g. El sistema de Seguridad Social está obligado a respetar el *equilibrio presupuestario y fiscal*, como lo exige el artículo 311 de la Constitución. Esto supone que los gastos presupuestarios en el sistema deben corresponderse con los ingresos previstos, lo que contribuye a garantizar la sustentabilidad y eficacia del sistema.
- h. La norma es *programática*. Demostración de ello es que, en su parte final, expresa que el sistema de Seguridad Social será regulado por una ley orgánica especial.

3.2 *Perspectiva constitucional*

Según las especificaciones anteriores, la Seguridad Social, tal como fue concebida por nuestro constituyente, es un servicio público no lucrativo, que el Estado debe garantizar mediante la creación de un sistema de Seguridad Social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas, siendo igualmente responsabilidad del Estado, la rectoría de la administración de recursos provenientes de las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y trabajadoras para cubrir los beneficios de la Seguridad Social. Por ello, debe entenderse que el artículo 86 de la Constitución concibe a la Seguridad Social, por una parte, como un derecho constitucional de naturaleza social y como un servicio público, cuyo único ente obligado a prestarlo resulta ser el Estado y, por la otra, proyecta al sistema de Seguridad Social como el mecanismo regulador de dicho servicio, cuyo objetivo es asegurar la efectiva aplicación de este derecho, que necesariamente debe ser regulado por ley especial, bajo los principios que la propia Constitución establece.

Por consiguiente, la terminología “Seguridad Social” empleada por el constituyente en el texto del artículo 80 de la Carta Magna, se identifica con la utilizada en el

artículo 86 *eiusdem*, en el sentido de que cuando la norma, objeto del presente análisis, menciona los beneficios de la Seguridad Social, se está refiriendo a un servicio público que debe garantizar el Estado como nación, por lo que el derecho que como garantía tienen los ancianos y ancianas de una pensión o jubilación no inferior al salario mínimo urbano, es una obligación del Estado venezolano, a través del sistema de Seguridad Social que a los efectos se cree, con ocasión de la entrada en vigencia de la futura Ley de Seguridad Social que sancione la Asamblea Nacional.

En este sentido, mediante una interpretación literal, sistemática y armónica, se concluye que el término “Seguridad Social” empleado por el constituyente en la norma bajo análisis, se corresponde con el aspecto estático de Seguro Social, como sistema único de Seguridad de Asistencia Social, pues, no fue la intención –y tampoco lo ha sido a través de la historia–, darle a dicha expresión un significado o una interpretación extensa, extrayendo del término la aplicación más amplia para enmarcar a todos aquellos sistemas implementados por parte de entes públicos distintos del Estado venezolano, privados o privatizados.

Entiéndase, en consonancia con lo antes señalado que, la interpretación que debe darse a la referida norma constitucional, es de tipo eminentemente restrictivo, puesto que interpretarla en forma extensiva, sería crear una situación jurídica no querida por el constituyente. Así, se evidencia que cualquier acuerdo entre particulares o cualquier norma legal distinta de aquella que regule el sistema de Seguridad Social, que generen beneficios de pensiones y jubilaciones, se encuentra al margen de la Seguridad Social a que se refieren los artículos 80 y 86 de la Constitución, dado que los planes privados alternos de pensiones y jubilaciones no responden a los criterios propios del sistema de Seguridad Social como un servicio público unitario creado por el Estado.

Determinado lo que debe entenderse como Seguridad Social en la norma constitucional bajo examen, se observa que, el carácter restrictivo que a la misma se le da, permite distinguir claramente cuál es el sujeto obligado a mantener un sistema de Seguridad Social público de carácter no lucrativo.

En este sentido, resulta importante destacar que en el establecimiento de cualquier derecho en el orden constitucional, debe indicarse claramente quién es el obligado y en que consiste la obligación, esto es, debe tenerse en cuenta el llamado “*principio de la alteridad*”, en el sentido de que si la norma prevé un titular de derecho –sea uno o varios los sujetos de derecho–, necesariamente tiene que haber un obligado, pues, un derecho constitucional implica, a su vez, una obligación de alguien, ya que es un principio de Derecho no puede haber derecho sin su correlativa obligación.

En efecto, es un principio de Derecho común que el mandatario sólo puede hacer aquello para lo que se halla expresa o implícitamente autorizado en su mandato, principio éste que sirve de base a la interpretación de los poderes en el orden constitucional. En el esquema privado, sólo a las personas naturales es aplicable el principio de que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no mande ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe; pero, a los órganos del Poder Público no se les puede reconocer la facultad de hacer lo que la Constitución no les prohíbe expresamente, sin invertir los papeles respectivos de mandante y mandatario, y atribuirle poderes ilimitados. Así, es de la esencia del sistema constitucional que nos rige, la limitación de los poderes públicos a sus atribuciones y facultades expresamente asignadas, deslindadas como consecuencia de la soberanía del pueblo, por su expreso consentimiento.

El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida al sistema de Seguridad Social, supone que éste se configure como un régimen en el que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vengán determinadas no por un acuerdo de voluntades, sino por las reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca.

Por consiguiente, las potestades públicas, como la regulación y rectoría del servicio público de la Seguridad Social, corresponden exclusivamente al Estado y su ejercicio compete a órganos estatales y no puede ser delegado a los particulares. En consecuencia, los planes privados de los beneficios de pensiones y jubilaciones establecidos en las convenciones colectivas, no han sido instaurados con el fin de cubrir la contingencia de la vejez sino como un mecanismo de previsión social, generado por el premio a la labor prestada de manera ininterrumpida a la empresa, durante el tiempo establecido en dicho convenio. Tales planes privados tienen una naturaleza distinta a los planes provisionales que se derivan del sistema de Seguridad Social, siendo que aquellos no son una especie de éste, sino que responden a principios y regulaciones distintas, debido a que representan el producto de la expresión de una actividad de carácter extra-estatal que no se debe incluir dentro del sistema de Seguridad Social, preceptuado en los artículos 80 y 86 de la Constitución, por lo que debe concluirse que los patronos y sus trabajadores no pueden sustituirse en un cometido de naturaleza estatal y, mucho menos, pretender otorgarle cualidad de derecho público a un sistema de derecho privado, voluntario y optativo, pues, la Seguridad Social es un sistema de carácter obligatorio, regido por normas y principios de derecho público.

Ahora bien, como en otros cometidos del Estado, la participación de la familia y de la sociedad en el sistema de Seguridad Social se realiza en cada caso a través

de la asistencia y los cuidados que, dentro de sus núcleos familiares, deben proporcionarse a los ancianos y ancianas, así como mediante el pago de las cotizaciones que los patrones y trabajadores aportan para el financiamiento y mantenimiento del sistema de Seguridad Social, respectivamente, sin que por ello la Seguridad Social pierda su especial condición de ser un objetivo garantizado y ejecutado por el Estado como un servicio público. En este contexto, es el Estado el obligado a garantizar el ejercicio y disfrute del derecho a la Seguridad Social, correspondiéndole, por consiguiente, la rectoría de la administración de las cotizaciones obligatorias que realizan los trabajadores y patrones. De manera que, es el Estado al que le corresponde garantizar los beneficios de la Seguridad Social a los ancianos y ancianas, y que las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no sean inferiores al salario mínimo urbano, de conformidad con el artículo 80 de la Constitución, por lo que como garante de esos beneficios está obligado a aportar las cantidades que sean necesarias para asegurar que el monto de esas pensiones y jubilaciones cumplan con la disposición constitucional.

Es importante señalar que, dentro de esta interpretación del artículo 80 de la Constitución, quienes están beneficiados por la Seguridad Social serán con tal condición, los que puedan exigir al Estado el pago de las cantidades de dinero necesarias para que la pensión o jubilación no sea inferior al salario mínimo urbano.

En efecto, la disposición constitucional examinada no abarca cualquier ciudadano beneficiado de cualquier pensión o jubilación, por cuanto, en primer lugar, deja claro que la obligación sólo se refiere a las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social y, por la otra, comprende exclusivamente la protección de los ancianos y ancianas. Por tal razón, los sujetos titulares de los derechos dispuestos en el artículo 80 de la Constitución son los ancianos y ancianas que disfruten de una pensión y jubilación que les hubiese sido otorgada mediante el sistema de Seguridad Social y, por ende, son los únicos que pueden exigir al Estado que las mismas no sean inferiores al salario mínimo urbano.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, es forzoso concluir que la interpretación que debe atribuirse al artículo 80 de la Constitución, en cuanto se refiere al término de Seguridad Social, es que éste se corresponde con el concepto estático de Seguro Social como sistema único y tradicional de Seguridad y Asistencia Social, como servicio público de carácter no lucrativo. En consecuencia, la referida norma tiene como sujetos tutelados a los ancianos y ancianas, en cuanto a sus derechos inherentes, reflejados en varias vertientes, correspondiendo al Estado venezolano garantizarle todos los derechos, sin discriminación alguna, que la Constitución les concede a las personas, pero haciendo énfasis en lo siguiente:

1. El deber que tiene el Estado de garantizar a los ancianos y ancianas su dignidad humana y autonomía, en donde el espíritu de la norma creado por el constituyente está encaminado igualmente a garantizar la no discriminación de aquellas personas que, por el transcurso del tiempo, se encuentran en una posición de desgaste físico, emocional e intelectual, con respecto a aquellos que no han sufrido de esos infortunios naturales.
2. El deber que tiene el Estado a garantizar a los ancianos y ancianas la atención integral y los beneficios de la Seguridad Social.
3. El deber que tiene el Estado a garantizar a los ancianos y ancianas el derecho al trabajo acorde con su deseo y capacidad para ello. Con respecto a esta garantía solo quiero señalar que es un ribete del derecho constitucional al trabajo que tiene toda persona, según lo estipulado en el artículo 87 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la salvedad que para los ancianos y ancianas ya no se trata de un deber, sino derecho, en virtud del deseo y capacidad física e intelectual para laborar.

4. La Sentencia N° 03/2005 de la Sala Constitucional

Como vemos, la sentencia de la Sala Constitucional que hemos aludido, asumió de la norma constitucional –que sólo está referida a las pensiones y jubilaciones “*otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social*”–, el derecho a un aumento progresivo, proporcional a los incrementos salariales producidos a favor de los trabajadores activos, sin que a ello, haga referencia alguna la disposición constitucional comentada.

La conclusión a la que arriba la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tendrá consecuencias, de suyo importantes.

La primera de estas consecuencias está representada en la incidencia que en la estructura de costos en la actividad del sector privado debe tener, pues prácticamente impone al empleador una especie de nómina doble, la cual además de antieconómica, resulta injustificada.

Por otra parte, se convierte en un elemento distorsionador que desestimula el otorgamiento de pensiones y jubilaciones por parte de los patronos del sector privado, pues la interpretación hecha por la Sala Constitucional insufla a la estructura de costos un imponderable, representado por la actualización de las pensiones y jubilaciones en forma proporcional; en la práctica, tal hecho resulta contraproducente pues, si bien es cierto que en la actualidad las pensiones y jubilaciones en el sector privado pudieran ser reducidas, en un futuro inmediato serán de difícil concepción.

Por último y, aun cuando entiendo que, el aspecto ha de ser desarrollado a profundidad en el futuro, sólo quiero consignar una reflexión. La telefonía en Venezuela era desarrollada en forma monopolística por el Estado venezolano, hasta el momento en que dicho monopolio se extinguió, lo cual originó la privatización de la empresa mediante la cual el Estado lo ejercía, es decir, CANTV. La transferencia de CANTV del sector público al privado se hizo mediante un contrato que contiene las condiciones bajo las cuales la referida transferencia opera, siendo una de ellas su estructura de costos, que como vemos hoy se ve modificada por el imponderable que representa la sentencia y siendo que dicho contrato contiene un acuerdo de voluntades informado por determinadas condiciones que hoy se ven alteradas en razón de la sentencia en cuestión, nos preguntamos: ¿No será procedente una eventual responsabilidad del Estado frente a la CANTV?

La prescripción cuando las actuaciones judiciales que logran la interrupción fueron anuladas por una reposición o por una perención

Juan GARCÍA VARA *

SUMARIO

Introducción.

1. **La prescripción como instituto de derecho sustantivo.**
2. **Posiciones doctrinales y jurisprudenciales en relación con los actos anulados.**
3. **La importancia en nuestra disciplina de dar valor a los hechos que interrumpen la prescripción:** 3.1 *Formas de interrumpir la prescripción de las acciones laborales.* 3.2 *La demostración de los hechos que interrumpen la prescripción:* 3.2.1 Los hechos cuando se declaró el desistimiento. 3.2.2 Los hechos cuando se declaró la reposición.

Conclusión.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado. Ampliación de estudios en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Magister Scientiarum* en Derecho del Trabajo, Doctorado en Derecho (pendiente presentación de tesis), Profesor en Postgrado. **Juzgado Cuarto Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas**, Juez Titular por Concurso de Oposición. **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. Autos de varias publicaciones y ensayos. Expositor en congresos, jornadas y talleres en materia laboral.

Introducción

El tema que nos ocupa se relaciona directa y concretamente con la procedencia del alegato de prescripción, esgrimido en un juicio laboral por el demandado, cuando le corresponde contestar la demanda, luego que la causa ha debido reiniciarse desde el comienzo o en un estado del juicio en que anula el o los actos interruptivos de la prescripción. No nos proponemos argumentar en contra de la prescripción y su valor a favor del accionado. Es una institución jurídica muy importante, sólo que no debemos desechar, por artificios o fantasías, algunas causas de interrupción.

Tiene preferente atención la cuestión objeto de este trabajo de colaboración, porque venimos observando –con mucha preocupación– el alegato de esta defensa perentoria, muy socorrida por los demandados, con la única intención de anular las pretensiones de los trabajadores, que luego de sumar largos años de servicio y reclamar el pago de su antigüedad y demás derechos laborales, le son arrebatadas con la afirmación de que “hasta este momento no tenía conocimiento de que el laborante estuviera interesado en reclamar sus derechos”, esto es, que a pesar de haber intervenido en el juicio, e incluso en no pocas veces hasta contestar la demanda, por el sólo hecho de la nulidad de las actuaciones, se le olvido al empleador que el trabajador solicitó oportunamente su pago.

El trabajo pretende, como fin, destacar que si bien en los casos de reposición con anulación de las actuaciones del proceso, estas actuaciones no pueden producir efectos jurídicos a los fines de considerar interrumpida una prescripción, no es menos cierto que el demandado, al acudir a alguna de las etapas del proceso –que luego resultaron anuladas– tuvo conocimiento del interés o pretensión del accionante, lo que impide calificar el desinterés o la “inercia del acreedor”.

Se busca ofrecer argumentos para convencer que esa concurrencia del acreedor al juicio lo ha puesto en mora frente a su deudor, y que no es la notificación “que luego resultó anulada” o la comparecencia a juicio interviniendo en diferentes fases del mismo “que luego resultaron anuladas” lo que interrumpió la prescripción, sino que el demandado se enteró de que el accionante reclamaba contra él alguna conducta y por el hecho de las anulaciones no puede traerse como ficción jurídica que el demandado ignoraba la pretensión del actor.

Nos proponemos precisar si las actuaciones que cursan al expediente y que fueron o quedaron anuladas –o mejor: los hechos reflejados en las actuaciones anuladas– son suficientes para interrumpir la prescripción evitando que ésta opere, o si, por el contrario, a pesar de estar enterado el demandado por haber sido notificado de la acción en su contra, debemos, por exceso de apego a la letra de la Ley, suponer

que con el desistimiento o con la perención, ignora un procedimiento en el que se le reclamaba el pago de derechos laborales.

1. La prescripción como instituto de derecho sustantivo

El instituto de la prescripción es materia del derecho sustantivo –no es tema del derecho adjetivo, en cuyo caso, el texto que rige en materia de prescripción laboral, son las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo.

La figura de la prescripción no está contemplada en los textos de procedimiento, porque no es una norma procedimental, no es el método o forma para solicitar o ejecutar algo, sino una defensa que se opone conjuntamente con las otras defensas, si las hubiere, en el escrito contentivo de la contestación de la demanda. En Venezuela, por ejemplo, la disciplina laboral no la encontramos en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo –texto adjetivo–, sino en la Ley Orgánica del Trabajo –texto sustantivo–; en materia civil, no está en el Código de Procedimiento Civil –texto adjetivo–, sino en el Código Civil –texto sustantivo–; en la jurisdicción penal, salvo alguna excepción, está en el Código Penal –texto sustantivo– y no en el Código Orgánico Procesal Penal –texto adjetivo–.

De esta manera consideramos a la prescripción –extintiva, no a la adquisitiva (usucapión)–, como cualquier defensa de fondo, que se interpone como perentoria, con el objeto de dejar sin efecto la pretensión del accionante. En este sentido pudiera compararse, en sus consecuencias, con el pago, la cosa juzgada, prohibición de admitir la acción propuesta, la caducidad, entre otras.

2. Posiciones doctrinales y jurisprudenciales en relación con los actos anulados

La doctrina ha abordado el tema, así tenemos que el autor Francisco Ricci ha señalado:

“La citación hecha ante un Juez incompetente es válida en cuanto a su forma, y es acto jurídico que vale para revelar la intención del propietario o del acreedor de ejercitar su derecho; por el contrario, el acto nulo por incompetencia del funcionario o por defecto de forma, no es eficaz para revelar la intención de quien ha procedido al mismo para reclamar el derecho que le compete, porque debiendo considerarse como jurídicamente no existente, no puede lógicamente estimarse como manifestación de una volun-

tad determinada. Por esta razón, el primero que existe jurídicamente interrumpe la prescripción, mientras el segundo no produce tal efecto.”¹

No participamos de ese criterio por varias razones, entre las que podemos destacar, que en los procedimientos del trabajo el accionante regularmente es el trabajador que reclama sus derechos laborales, que el bien tutelado en los juicios del trabajo es otro distinto al puramente civil, que hay actuaciones que resultan anuladas por vicios del procedimiento atribuibles al tribunal no siendo justo –de justicia– que el accionante corra con las consecuencias, que aplicando ese criterio se ignoran muchos de los principios que orientan la doctrina que inspiró a la Constitución vigente, en los derechos sociales.

Por su parte, el tratadista Florencio Ramírez ha expuesto: “(...) quien intenta una demanda está manifestando sin lugar a dudas su voluntad de no abandonar lo que le pertenece”; pero, continúa este autor señalando, que al desistirse de la demanda o por haber perención de la instancia “se advierte en el actor un propósito contrario al que lo indujo a intentar la acción”,² criterio que evidentemente tampoco compartimos, porque, entre otras razones, de aceptarlo se traduciría en admitir la aplicación del ordinal 1º del artículo 1.972 del Código Civil, lo que equivaldría a que sostuviéramos que el reclamado no sabía o no estaba enterado de la causa incoada en su contra.

También en la judicatura se ha considerado el tema. Hay una decisión de la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia que avala la idea de que la nulidad de los actos no puede materializar la interrupción de la prescripción, por el principio de que un acto nulo no puede producir consecuencias jurídicas. En tal sentido se ha pronunciado la mencionada Sala del Tribunal Supremo de Justicia, por sentencia de fecha 11 de marzo de 2004.³

3. La importancia en nuestra disciplina de dar valor a los hechos que interrumpen la prescripción

Como bien entendemos, a la luz de la norma sustantiva vigente –artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo– las acciones provenientes de la relación de trabajo,

¹ RICCI, Francisco. **La Prescripción**. Caracas, Ediciones Fabretón, 1982, p. 419.

² RAMÍREZ, Florencio. **La Prescripción**. Caracas, Editorial Fabretón, 1982, p. 139.

³ “(...) al haber quedado definitivamente firme la decisión que declaró la nulidad de todas las actuaciones realizadas en el juicio, ordenando su reposición al momento de interponer nuevamente la demanda, dentro de las cuales –obviamente– se encontraba la comparecencia del abogado apoderado de la demandada, éstas eran inexistentes, por lo que no se puede interrumpir la prescripción con una actuación inexistente (...)” (Expediente N° AA20-C-2002-000984, Sentencia 00182).

prescriben al año de finalizada la relación de trabajo; además, las acciones para reclamar indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales –o como se propone denominar a estas últimas en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo: enfermedades ocupacionales–, prescriben a los dos años a partir de la fecha del accidente o de la constatación de la enfermedad; las acciones para reclamar cantidades en concepto de participación en los beneficios –también llamadas utilidades–, prescriben al año computable a partir de la exigibilidad del beneficio, esto es, vencidos los dos meses siguientes al cierre del ejercicio económico del patrono; las acciones para reclamar el otorgamiento de una jubilación, prescriben a los tres años, contados a partir de la finalización de la relación de trabajo; las acciones contra el patrono sustituido por los derechos nacidos antes de la sustitución, prescriben al año después de la sustitución, siempre que se cumpla lo prescrito en el artículo 91 *eiusdem*, para mencionar las más importantes. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –1999– establece, en la Disposición Transitoria Cuarta, 3, la carga para el legislativo de aprobar, mediante la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, un lapso de prescripción de 10 años; no ha sido promulgada la reforma, no es derecho positivo en nuestra disciplina.

Considerando, por doctrina, legislación y jurisprudencia, que la declaratoria de prescripción se traduce –como efecto o consecuencia jurídica–, en la pérdida del derecho a reclamar una determinada indemnización, o el cumplimiento de una precisa conducta, resulta en nuestra materia –laboral– de vital importancia su consideración, de manera que su aplicación esté referida a los casos en que evidentemente, y sin duda alguna, el actor no haya demostrado, oportunamente, su interés concreto en mantener el reclamo sobre el derecho que exige. La prescripción extingue un derecho que no fue ejercido en el período hábil para ello (...) el tiempo (de la inercia) es el factor que afecta la existencia del derecho⁴, o como señalara la doctrina de casación “La prescripción extintiva o liberatoria es un medio de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo y bajo las condiciones determinadas por la ley. La prescripción supone la inercia del acreedor para exigir el cumplimiento del crédito por parte del deudor”⁵. El accionar tiene como finalidad mantener el derecho laboral, quien demanda manifiesta su intención de hacer valer su derecho, no de rendirlo.

3.1 Formas de interrumpir la prescripción de las acciones laborales

A través del tiempo, los procesalistas han mantenido una aplicación estricta de este instituto, con poca o ninguna flexibilidad, apegados a la normativa sobre el

⁴ ALFONSO-GUZMÁN, Rafael J. *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. Editorial Melvin, 12ª edic., 2001, p. 546.

⁵ Sala de Casación Social, 09 de agosto de 2000, Sentencia 376, expediente 99-640.

tema, sin posibilidad de interpretaciones distintas a la precisa, recta, exacta, letra de la ley; sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la caducidad, se han previsto varias formas de interrupción, de manera que el acreedor de un derecho pueda en un momento dado disponer de un mayor tiempo para ejercer una acción determinada.

La extinta Corte Federal, por sentencia de fecha 19 de mayo de 1952, refiriéndose al artículo 1969 del Código Civil, señaló:

“La *mens legis* del texto que se analiza aparece claramente determinada en él y en los demás artículos que integran el rubro del Código Civil que los comprende: ‘De las causas que interrumpen la prescripción’; y ella no es otra cosa que la constitución en mora de cumplir la obligación a la persona respecto de la cual se requiere impedir el curso de la prescripción, lo que resulta de la notificación que se le haga el cumplimiento que se reclama”⁶.

La suprimida Corte de Casación, en fallo de fecha 08 de noviembre de 1955, sentó:

“Los actos a que la Ley atribuye el efecto de interrumpir la prescripción, ya sean judiciales o no, tienen la característica común de consistir en un reclamo directo al deudor obligado, antes de consumarse la prescripción, que releve la intención del acreedor de obtener el reconocimiento o la ejecución del derecho en litigio”⁷.

Pero en oportunidades –no pocas– se advierte que la prescripción pareciera ser un aliado muy fuerte para el accionado, cuando ocurren casos de reposición o de perención, y la decisión del juez, por aplicación de la Ley, se traduce o pudiera interpretarse como la nulidad de todas aquellas actuaciones que lograron interrumpir la prescripción, en cuyo caso, la futura actuación del demandado va a consistir en alegar como defensa perentoria la prescripción de la acción, por el transcurso del tiempo, estimulado porque las actuaciones que impidieron que operara la prescripción fueron invalidadas, perdieron valor.

En materia del trabajo esta situación se hace más grave, habida cuenta que todas o casi todas las acciones laborales son incoadas por los laborantes, en reclamo de sus derechos por la prestación de servicios personales, sumado a las disposiciones novedosas de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Primero hay que determinar las formas de interrumpir y luego los efectos de la declaratoria de nulidad de la forma utilizada para interrumpir la prescripción. La

⁶ Tomo XI de la primera etapa, pp. 305 a 307.

⁷ Tomo X de la segunda etapa, p. 77.

interrupción de la prescripción es una figura de *vieja data*, prevista en nuestro Derecho, tanto en doctrina, como en la jurisprudencia.

De esta forma, la prescripción de las acciones provenientes de la prestación de servicios se puede interrumpir por la introducción de la demanda laboral, siempre que se interponga la acción antes del vencimiento del lapso de prescripción y se notifique al demandado dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del lapso de prescripción; por la reclamación intentada ante el organismo ejecutivo, siempre que se trate de demandas contra la República o entes públicos; por la reclamación ante la autoridad administrativa del trabajo, siempre que se introduzca antes de la expiración del lapso de prescripción y que la notificación del empleador se lleve a cabo dentro de los dos meses siguientes al lapso de prescripción; por el registro de la demanda en una Oficina Subalterna de Registro, siempre que se haga antes de expirar el lapso de prescripción; por la notificación de un decreto o acto de embargo, siempre que se haga a la persona del demandado; por cualquier acto que constituya al deudor en mora de su obligación; por el cobro extrajudicial.

En nuestro ordenamiento jurídico laboral, como se expresara *supra*, está prevista la figura de la prescripción, y también se contempla la de la interrupción de la prescripción⁸, sólo que sobre la interrupción también surge como texto supletorio el Código Civil⁹, en cuyo contenido se lee, para los efectos del tema objeto de este trabajo, que se interrumpe la prescripción en virtud de cualquier acto que constituya al deudor en mora de cumplir la obligación¹⁰ y, en caso de créditos, es suficiente el cobro extrajudicial.

En correspondencia con lo expuesto, hay actuaciones que interrumpen la prescripción de las acciones y hay actuaciones que impiden que la prescripción de la acción se conforme, se materialice. La interrupción no impide que la acción posteriormente prescriba, porque con la interrupción lo que se logró fue que se iniciara un nuevo lapso de prescripción, que pudiera, eventualmente, agotarse para declararse prescrita la acción.

En cualquiera de los casos –se interrumpió el lapso de la prescripción o se realizó el acto que impide opere la prescripción– la carga de demostrar la interrupción de

⁸ Artículo 64 de la LOT.

⁹ Artículo 1.969.

¹⁰ “(...) 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 N° 376 del 09 de agosto de 2000, expediente 99-640.

la prescripción o el cumplimiento del acto que impide se consuma la prescripción, es siempre del accionante, mediante cualquier prueba; pero antes, como se expusiera, debe ser opuesta esta defensa por el demandado, en la oportunidad legal para ello, no procediendo de oficio.

Pero también de manera contundente, el legislador, en el Código Civil consideró que no se causaría interrupción de la prescripción en los casos de desistimiento de la demanda o cuando se dejare extinguir la instancia¹¹.

Como se dijera *supra*, la prescripción se interrumpe de varias maneras. ¿Qué pasa cuando esa “manera” quedó anulada por una decisión jurisdiccional? ¿Qué valor tiene entonces un acto que luego resulta anulado? ¿Qué pasa con la reposición que anula el acto que interrumpió la prescripción?

3.2 *La demostración de los hechos que interrumpen la prescripción*

En la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se establecen varias situaciones que, dados los supuestos contemplados en la misma, pudieran traer como consecuencia inmediata la finalización del procedimiento. Veamos.

En el nuevo texto adjetivo se contempla la celebración de una audiencia preliminar para mediar el pleito, con la imposición, para las partes, de comparecer; así como las consecuencias procesales en caso de no concurrir oportunamente.¹² Si no comparece el accionante “se considerará desistido el procedimiento, terminado el proceso” pudiendo demandar nuevamente *–ex novo–*, transcurridos como sean noventa días continuos¹³, con nuevo libelo, aperturándose también nuevo expediente.

En efecto, la Ley adjetiva mencionada en precedencia obliga al demandante a concurrir puntualmente a la audiencia preliminar, luego de efectuadas las gestiones de notificación que ponen al demandado a derecho en la causa, con la consecuencia jurídica que de no acudir oportunamente, se entiende “desistido el procedimiento”.¹⁴

Cuando opera la interrupción de la prescripción, el tiempo transcurrido queda sin efecto *–borrado literalmente expresado–*, para iniciar un nuevo lapso o período

¹¹ Artículo 1.972, ordinal 1º.

¹² Artículo 130 de la LOPT.

¹³ Artículo 130, Parágrafo Primero de la LOPT.

¹⁴ Cuando se habla de desistimiento, estamos aludiendo al del proceso no al de la acción; porque si se trata de éste, ante una futura demanda lo que hay que oponer *–lejos de la prescripción–* es la cosa juzgada.

que debe interrumpirse de nuevo para evitar la prescripción, o lograr la notificación (en civil citación) para que aquella no opere.

Ahora bien, para que un acto resulte interruptivo de la prescripción se requiere que lo reclamado se haga del conocimiento de la parte a quien se reclama, para lo cual ha de cumplirse con algunos requisitos. No cualquier acto –administrativo o judicial– es suficiente para interrumpir el lapso de prescripción. En el administrativo se exige notificar al representante legal, o, por jurisprudencia, a la persona encargada de recibir las notificaciones, mientras que en el judicial, si se trata del registro, debe incluirse con la demanda la orden de emplazamiento, con la providencia que acordó la expedición de las copias certificadas para su registro; también la notificación efectuada conforme pauta la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, impide que se cause la prescripción.

Cuando el acto que interrumpió la prescripción es anulado, ¿puede considerarse el hecho que originó tal acto como “cualquiera otro acto que la constituya en mora de cumplir la obligación o un acto”¹⁵ o puede asimilarse para los efectos interruptivos a un cobro extrajudicial?¹⁶

Para dar una opinión sobre el punto, debemos considerar dos supuestos: uno, el actor no concurre a la audiencia preliminar –al inicio o alguna de sus prolongaciones–, deberá esperar noventa días consecutivos o continuos para intentar de nuevo su acción, resultando inadmisibles *pro tempore* si lo hace antes del vencimiento de dicho lapso; el otro, el propio tribunal de la causa o la alzada acuerdan una reposición para un momento o estado anterior a la notificación, por razones de un vicio o error que requiere una corrección.

En ambos casos, cuando se inicia de nuevo el proceso, la demandada opone la defensa de prescripción. ¿Puede considerarse interrumpida la prescripción con las actuaciones cumplidas en el expediente?.

Se declara el desistimiento porque el actor no acudió al inicio o a la prolongación de la audiencia preliminar, pero estuvo el demandado en el inicio de dicha audiencia preliminar, al haberse notificado del juicio incoado en su contra, disponiendo ante éste de por lo menos diez días hábiles para estudiar la petición. Cuando se demanda de nuevo, ¿puede oponerse la prescripción por la accionada, aduciendo que no se le reclamó anteriormente y que se entera de la pretensión por esta nueva demanda? o ¿por estar anulado el acto que interrumpió la prescripción pue-

¹⁵ Por razones de precisión se colocó la palabra “acto” repetidamente en un mismo párrafo.

¹⁶ Artículo 1.969 del Código Civil.

de ahora el accionado sostener que ignoraba que el actor pretendía o reclamaba un derecho?.

El asunto a resolver estriba en precisar ¿qué pasa cuando se anula el acto que interrumpió o evitó –según se trate– la prescripción?.

3.2.1 Los hechos cuando se declaró el desistimiento

Cuando la anulación de las actas proviene de la declaratoria del desistimiento del procedimiento por incomparecencia del accionante.

Cuando el demandado acudió a la audiencia preliminar fue porque estaba notificado de acuerdo con la disposición legal correspondiente¹⁷, cuando acudió a la o las prolongaciones de la audiencia preliminar fue porque estaba acordado en el acta que suscribió al efecto. Si el demandado no cumple compareciendo al inicio o a la prolongación de la audiencia preliminar, a tenor de la disposición adjetiva¹⁸, el Juez tiene que declarar desistido el procedimiento.

Como consecuencia de la declaratoria de desistimiento del procedimiento, el actor, de mantener su voluntad de reclamar lo que considera le corresponde por la prestación de sus servicios laborales, debe incoar de nuevo una acción, quedando sin valor jurídico las actuaciones cursantes al expediente contentivo de la causa que se declaró desistida.

Ahora bien, ¿puede el accionado, en el nuevo juicio, oponer la defensa perentoria de prescripción, por haber transcurrido más del tiempo establecido para prescribir, sin que la notificación efectuada en el primer juicio sirva para interrumpir el lapso de prescripción?.

3.2.2 Los hechos cuando se declaró la reposición

Cuando la anulación de las actas proviene de la declaratoria de reposición, para corregir un error o vicio en el procedimiento.

Aquí hay que distinguir si la reposición se acordó para un momento en el cual no se había notificado, ni efectuado ningún acto capaz de interrumpir el lapso de prescripción, o si por el contrario, se acuerda la reposición luego de haberse efectuado actos interruptivos, pero la reposición los deja sin efecto al acordar la nulidad de

¹⁷ Artículo 126 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

¹⁸ Artículo 130 *eiusdem*.

todo lo actuado con posterioridad al momento o al estado que se acordó la reposición. Este último supuesto es el que nos interesa a los efectos de la interrupción.

Si se había cumplido algún acto capaz de interrumpir la prescripción, porque con el mismo se enteró al demandado de la causa que fue intentada en su contra, pero luego –aquel acto– quedó anulado ¿podría el accionado, en la oportunidad de la continuación del juicio, concretamente en la contestación de la demanda, oponer la defensa perentoria de prescripción, por haber transcurrido más del tiempo establecido para prescribir, sin que la notificación anulada, efectuada en el juicio, sirva para interrumpir el lapso de prescripción?.

Cualquiera de los casos de que se trate –desistimiento o reposición– ciertamente al quedar anulado el acto jurídico-procesal que interrumpió la prescripción, éste –el acto– no puede producir los efectos como si estuviera con plena fuerza; pero resulta contrario a la realidad de los hechos, si el demandado acudió al Tribunal para la realización de la audiencia preliminar, sostener que por la anulación del acto, el demandado se olvidó o quedó, por una ficción, sin conocimiento del reclamo, no enterado, desinformado, no instruido de la acción, no impuesto, ni advertido y que, por tanto, no se interrumpió la prescripción, cuando claramente establece el legislador que se interrumpe por haber puesto en mora –al patrono en este caso– de cumplir su obligación.

Si el empleador no tenía conocimiento del interés del laborante en reclamarle sus derechos, entonces, ¿por qué acudió para iniciar la audiencia preliminar, si no estaba enterado que se le había demandado? ¿por qué acudió a las prolongaciones de la audiencia preliminar si no conocía de la acción interpuesta en su contra por quien se dice trabajador de él? ¿los actos, aunque anulados, no lo enteraron del reclamo, pudiendo esa forma constituir un acto de poner en mora al obligado?.

Conclusión

Somos del criterio, por múltiples razones –justicia, interpretación en favor del trabajador, que resulta ser el débil económico y otras expuestas en precedencia– que es posible considerar interrumpido el lapso de prescripción, al haberse declarado el desistimiento del procedimiento o la reposición de la causa, cuando el obligado (empleador) fue enterado, de alguna forma –entre las que se cuentan aquellos que lo hicieron concurrir al Tribunal para la realización del acto–, del interés del accionante (trabajador) en reclamar lo que le corresponde por la prestación de servicios laborales. Si el cobro extrajudicial interrumpe la prescripción, con mayor razón cuando el obligado se entera por la actuación de un Tribunal, que lo emplaza a defenderse.

La prescripción surge para castigar de alguna manera al titular de un derecho en contra de su deudor, que lo mantiene –el derecho– en expectativa indefinidamente en el tiempo, haciendo incómoda e indeterminada la situación del obligado, por lo que compartimos la aplicación de la institución de la prescripción; en estos casos estamos completamente de acuerdo. Pero no cuando ese titular del derecho ha demostrado su interés en reclamarlo, pero que por razones distintas a ese interés, en algunas oportunidades, debe intentar nuevamente o reiniciar su reclamo; ha demostrado indubitadamente su interés al poner en mora a su deudor.

Perfil jurisprudencial del derecho a la negociación colectiva

Ana Cecilia GERSON ANZOLA¹

SUMARIO

- Introducción.**
- 1. Derecho a negociar colectivamente.**
- 2. Carácter de los sindicatos en la negociación colectiva.**
- 3. Representatividad de los sindicatos para negociar colectivamente.**
- 4. Administración de la convención colectiva.**
- 5. Obligación de negociar una convención colectiva.**
- 6. Naturaleza de las convenciones colectivas.**
- Conclusión.**

Introducción

El Tribunal Supremo de Justicia a través de varias de sus Salas, se pronunció en los últimos años sobre diversos casos que plantearon problemas relacionados con la negociación colectiva y con la convención colectiva, que es su producto más representativo. Los análisis judiciales de esos casos, dieron como resultado interpretaciones que inciden en diversos aspectos de esas materias.

Las sentencias del máximo Tribunal que referimos en este trabajo, tratan fundamentalmente del derecho a negociar colectivamente y de la naturaleza de la con-

¹ **Universidad Central de Venezuela.** Abogado. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho*, Profesora de Derecho del Trabajo y de Sociología Jurídica.

vencción colectiva. La doctrina contenida en esas decisiones se vincula e influye sobre aspectos como la titularidad del derecho a negociar colectivamente, el carácter que corresponde a los sindicatos en la negociación, el ejercicio de la libertad sindical, la administración de la convención, la obligación de negociar y el carácter normativo de la convención colectiva de trabajo.

1. Derecho a negociar colectivamente

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, desarrolló el tema de la titularidad del derecho a negociar colectivamente y de él derivó una serie de consecuencias relacionadas con el ejercicio de este derecho.²

La Constitución de Venezuela de 1961, no señalaba quienes eran los titulares del derecho a negociar colectivamente, ni del derecho a celebrar convenciones colectivas, como sí lo hace la Constitución vigente. La Ley Orgánica del Trabajo sin embargo, sí contempla provisiones sobre este particular.

La Sala Constitucional estimó que la Ley citada, contiene disposiciones de cuya interpretación se podía deducir, aún antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que los trabajadores son los titulares del derecho a negociar colectivamente, y que los sindicatos sólo actúan como representantes de sus miembros en los procesos de negociación (LOT: artículos 396, aparte único; 408, literal “b”). Esta distinción tuvo relevancia práctica, con motivo de casos en que organizaciones sindicales se arrogaron ciertos derechos que sólo correspondían a los trabajadores, por ser éstos los titulares del derecho a la negociación colectiva, como se verá más adelante.³

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señaló expresamente que los trabajadores son los titulares de los derechos a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la Ley (artículo 96). Esta disposición constitucional vino entonces a empalmarse armónicamente con las referidas provisiones de la Ley Orgánica del Trabajo.

La disposición constitucional mencionada, también se concatenó coherentemente con un supuesto previsto por el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y des-

² Sentencia número 149 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 13 de febrero de 2003, caso M. Muñoz y otros en amparo, con ponencia del magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

³ *Idem.*

tacado por la Sala Constitucional, como lo es la negociación colectiva ejercida por trabajadores no sindicalizados. Si son los trabajadores quienes tienen derecho a negociar colectivamente, es lógico que puedan hacerlo aunque no estén organizados sindicalmente.

La principal diferencia está, en que los trabajadores no sindicalizados no están legitimados legalmente para celebrar las convenciones colectivas de trabajo reguladas en el Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo, cuya negociación, celebración y control de su ejecución, están reservados a las organizaciones sindicales. Las coaliciones o grupos de trabajadores no obstante, pueden celebrar otro tipo de contratos o acuerdos colectivos de trabajo, siempre que se trate de empresas donde no hubiere trabajadores sindicalizados o el número de éstos fuere insuficiente para constituir una organización sindical (CRBV: artículo 96; LOT: artículo 396, aparte único; RLOT: artículos 144, 164 y siguientes).⁴

2. Carácter de los sindicatos en la negociación colectiva

Algunas organizaciones sindicales, interpretaron que eran las titulares del derecho a negociar colectivamente, con base en lo establecido por la Ley Orgánica del Trabajo sobre las atribuciones y finalidades de los sindicatos, entre las cuales se cuentan las de promover, negociar, celebrar, revisar y modificar convenciones colectivas de trabajo y exigir su cumplimiento (LOT: artículo 408, literal “c”). La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, calificó de errónea esa interpretación, porque incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la misma Ley Orgánica del Trabajo dejaba claro cual era el carácter de los sindicatos en la negociación colectiva.

La Ley en efecto, establece que el Estado garantizará a los trabajadores la negociación colectiva, y dentro de las mismas atribuciones y finalidades de los sindicatos, señala también que éstos “representan” a los trabajadores en tales negociaciones. Al interpretar todas esas disposiciones en su conjunto, la Sala Constitucional concluyó que de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica del Trabajo, los sindicatos actúan con el carácter de representantes de los trabajadores en los procedimientos de negociación colectiva (LOT: artículos 396 aparte único, 408, literales “b” y “c”).⁵

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, también se pronunció sobre otro tipo de organizaciones, en el caso de las asociaciones que representan a

⁴ *Ibidem*, p. 2.

⁵ *Ibidem*, p. 2.

jubilados y pensionados. El máximo Tribunal señaló al respecto, que tales asociaciones no tienen legitimación para negociar y celebrar convenciones colectivas, puesto que no se les reconoce esa condición por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ni por la Ley Orgánica del Trabajo. Son las organizaciones sindicales que representan a la mayoría absoluta de los trabajadores, las legitimadas para negociar colectivamente. Esa legitimación constituye materia de estricta reserva legal, y por tanto no puede ser modificada por vía jurisdiccional (CRBV: artículos 96 y 156, numeral 32).⁶

3. Representatividad de los sindicatos para negociar colectivamente

El sindicato más representativo según la Ley, es el legitimado para actuar en nombre de los trabajadores en el proceso de negociación colectiva. Este es el sindicato que puede obligar al patrono a negociar (LOT: artículo 514). La representatividad requerida a los sindicatos para que puedan actuar en procesos de negociación colectiva, también fue materia examinada por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional.

El sindicato legitimado para negociar es el que cuenta entre sus afiliados, con la mitad más uno de los trabajadores de una determinada empresa, explotación, establecimiento, industria o corporación. Para determinar la representatividad de los sindicatos existentes, cuando ésta se encuentra en duda, debe tomarse en cuenta a todos los trabajadores sindicalizados o no, que participen en el referéndum sindical por el cual se pretenda la verificación de la representatividad, y que se encuentran bajo una misma situación de subordinación o dependencia.⁷

Con relación al referéndum como medio para dilucidar cual es la organización sindical más representativa, entre dos o más que se disputan esa condición, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, interpretando los artículos 219, 221 y 227 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, indicó que éste también es el procedimiento a seguir, cuando son dos o más confederaciones las que se disputan la mayor representatividad, por considerar que se trata de un conflicto intersindical.⁸

⁶ Sentencia número 1.334 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 14 de julio de 2004, caso Asociación de Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional y otros en amparo, con ponencia del magistrado José Manuel Delgado Ocando.

⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁸ Sentencia número 683 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 17 de junio de 2004, caso Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) y otros, con ponencia del magistrado Omar Alfredo Mora Díaz.

4. Administración de la convención colectiva

La administración de la convención colectiva, corresponde al sindicato más representativo. Pero la jurisprudencia ha hecho algunas precisiones al respecto. El sindicato más representativo conserva la administración de la convención colectiva, sólo mientras mantenga esa condición. Esto significa que el sindicato que suscribió la convención colectiva, por representar a la mayoría absoluta de los trabajadores para el momento de su celebración, puede ser desplazado de su administración en el curso de la ejecución de la convención, por otro sindicato que adquiera la mayor representatividad. Esto es una consecuencia del derecho de los trabajadores a ejercer la libertad y la democracia sindical.⁹

Los titulares primarios de la libertad sindical son los trabajadores. En el ejercicio de esa libertad, en su dimensión individual específicamente, pueden afiliarse, no afiliarse o desafiliarse de cualquier organización sindical, en cualquier tiempo y sin ningún tipo de obstáculo. Por eso, pueden cambiar en cualquier momento sus preferencias en cuanto al sindicato que va a representarlos. Los trabajadores como titulares de la libertad sindical, son en consecuencia, quienes tienen el derecho de definir cual es el sindicato más representativo, mediante su afiliación. (CRBV: artículo 95; LOT: artículo 401; RLOT: artículo 143, literal “a”, ii y iii).¹⁰

Se conocieron casos en que organizaciones sindicales se arrogaron el derecho a negociar y celebrar convenciones colectivas, basándose en la norma según la cual son atribuciones de los sindicatos promover, negociar, celebrar, revisar y modificar convenciones colectivas de trabajo y exigir su cumplimiento (LOT: artículo 408, literal “c”). Esas organizaciones sindicales, incorporaron cláusulas en las convenciones colectivas suscritas por ellas, por las cuales se reservaron su administración de manera exclusiva, durante toda su vigencia.

Esto sucedió a pesar de que la misma Ley Orgánica del Trabajo como se anotó anteriormente, aún antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contenía disposiciones que reconocían a los trabajadores el derecho a negociar colectivamente, y por extensión el derecho a celebrar convenciones colectivas (CRBV: artículo 96; LOT: 396 y 408-b).

Sentencia número 545 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 31 de mayo de 2005, caso Coordinadores Nacionales de la Unión Nacional de Trabajadores (UNT) y otros, con ponencia del magistrado Omar Alfredo Mora Díaz.

⁹ *Ibidem*, p. 2.

¹⁰ *Idem*.

Esas cláusulas por las cuales sindicatos, federaciones o confederaciones, pretendieron atribuirse la exclusividad en la administración de la convención colectiva que suscribieron en representación de los trabajadores, fueron declaradas inconstitucionales. Mediante esas cláusulas, las organizaciones sindicales desconocieron el derecho de los trabajadores a decidir cual organización debía administrar su convención colectiva, por lo que fueron consideradas violatorias de los derechos constitucionales a la libertad sindical, a la negociación y a la celebración de convenciones colectivas (CRBV: artículos 95 y 96).¹¹

Hay que recordar que el derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, consagrado en el artículo 96 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es considerado de “expreso interés constitucional” por la doctrina y la jurisprudencia.¹²

5. Obligación de negociar una convención colectiva

El derecho de los trabajadores a elegir y sustituir a la organización sindical que administra su convención colectiva, no implica sin embargo, que el patrono pueda ser obligado a negociar una nueva convención, cada vez que el sindicato que detenta la administración de la misma pierda su condición de más representativo y la ceda al sindicato que adquirió la mayor representatividad.

El Tribunal Supremo de Justicia en sentencias de la Sala Constitucional y de la Sala Político-Administrativa estableció esa interpretación, señalando que el patrono no puede ser obligado a negociar una nueva convención colectiva mientras esté vigente una anterior. De lo contrario, se perdería la seguridad jurídica, la estabilidad de las relaciones laborales y se afectaría la actividad productiva, porque cualquier sindicato podría atraer las afiliaciones necesarias, con la sola promesa de discutir una nueva convención colectiva.^{13 14}

¹¹ *Ibidem*, p. 2.

¹² Sentencia número 2.043 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 31 de julio de 2003, caso Asociación de Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional y otros en amparo, con ponencia del magistrado José Manuel Delgado Ocando.

¹³ Sentencia número 861 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 13 de abril de 2000, caso Federación Nacional de Sindicatos de Profesionales Universitarios de la Industria Eléctrica de Venezuela contra Director de Inspectoría Nacional y Asuntos Colectivos del Trabajo del Ministerio del Trabajo, con ponencia del magistrado José Rafael Tinoco.

¹⁴ *Ibidem*, p. 2.

6. Naturaleza de las convenciones colectivas

La convención colectiva según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tiene la naturaleza de una convención-ley. Su cualidad de convención deriva de tener como fundamento un acuerdo de voluntades; y su condición de ley se basa en su eficacia normativa, que le permite establecer anticipadamente y de manera abstracta, las condiciones a las que deben ajustarse los contratos individuales, en ser de obligatorio cumplimiento para las partes y oponible a terceros.

Por tales características, la convención colectiva priva sobre el derecho estatal, siempre que respete las condiciones mínimas previstas en beneficio del trabajador. En su naturaleza sin embargo, a juicio de la Sala, predomina el aspecto contractual. Por eso no es posible resolver un caso no previsto en una convención colectiva, aplicando por analogía las disposiciones contenidas en una convención colectiva similar. Tampoco puede la convención colectiva, modificar la ley en perjuicio del trabajador, ni incidir en normas destinadas a preservar el interés general.¹⁵

La Sala de Casación Social por su parte, adoptó la doctrina del carácter normativo de la convención colectiva,¹⁶ abandonando su interpretación anterior que la consideraba un instrumento público¹⁷. De acuerdo con la doctrina adoptada por la Sala de Casación Social, acerca de la condición jurídica de la convención colectiva, si

¹⁵ Sentencia número 756, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 16 de mayo de 2001, caso Gregorio Alirio Narváz y otros en amparo, con ponencia del magistrado José Manuel Delgado Ocando.

Sentencia número 1.820 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 06 de agosto de 2002, caso Transportes Especiales A.R.G. de Venezuela C.A. en amparo, con ponencia del magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

Sentencia número 2.361 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 03 de octubre de 2002, caso Municipio Iribarren del Estado Lara en amparo, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

¹⁶ Sentencia número 4 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 23 de enero de 2003, caso Angel Luis Puerta Pinto contra Ejecutivo del Estado Guárico, con ponencia del magistrado Juan Rafael Perdomo.

Sentencia número 535 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 18 de septiembre de 2003, caso Mercedes Benguigui Bergel contra Banco Mercantil C.A. S.A.C.A. y Arrendadora Mercantil C.A., con ponencia del magistrado Juan Rafael Perdomo.

¹⁷ Sentencia número 156 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 26 de junio de 2001, caso Rómulo Enrique Funes Tuárez contra Ingeniería y Servicios Técnicos Newsca, S.A., con ponencia del magistrado Omar Alfredo Mora Díaz.

Sentencia número 223 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 19 de septiembre de 2001, caso Robert Cameron Reagor contra Compañía Occidental de Hidrocarburos, Inc. o Compañía Occidental de Hidrocarburos (OXY), con ponencia del magistrado Omar Alfredo Mora Díaz.

bien ésta se origina en un acuerdo de voluntades, debe cumplir con especiales requisitos de formación, que la diferencian de los demás contratos y que permiten asimilarla a un acto normativo. Esos especiales requisitos consisten en que debe suscribirse y depositarse ante un órgano con competencia pública como lo es el Inspector del Trabajo, para que produzca plenos efectos jurídicos.

De acuerdo con esta interpretación de la Sala de Casación Social, la convención colectiva es derecho. Y aunque está señalada como una de las fuentes del Derecho del Trabajo, la Sala hizo la distinción de que una fuente es aquella de donde emana el derecho, mientras que la convención colectiva es el derecho mismo (LOT: artículo 60, literal “a”).

Este enfoque de la convención colectiva, lógicamente tiene importantes repercusiones en materia probatoria, que no vamos a desarrollar porque no es el objeto de este trabajo. Pero obviamente, si la convención colectiva es derecho, queda comprendida en el principio “*iura novit curia*”, se presume que el Juez debe conocerla y no requiere ser alegada ni probada por las partes. Si las partes, aún sin tener la carga de la prueba la alegan, el Juez podrá en cualquier estado y grado del proceso, conseguirla valiéndose de todos los medios a su alcance.

Conclusión

El Tribunal Supremo de Justicia estableció una serie de interpretaciones sobre la negociación colectiva y la convención colectiva de trabajo, que se relacionan e influyen sobre diversos aspectos de las mismas, como se reseña a continuación.

La negociación colectiva es un derecho de los trabajadores y no de los sindicatos. Esto fundamenta el derecho de los trabajadores no sindicalizados a negociar colectivamente. Estos trabajadores, si bien no pueden celebrar convenciones colectivas de las contempladas en el Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo, si pueden celebrar otro tipo de acuerdos o contratos.

En los procesos de negociación colectiva, los sindicatos actúan como representantes de sus miembros. Están legitimados para negociar, siempre que representen a la mayoría absoluta de los trabajadores.

La administración de la convención colectiva corresponde en principio, al sindicato más representativo. Sin embargo, el hecho de que un sindicato tenga la mayor representatividad para el momento de suscribir una convención colectiva de trabajo, no significa que pueda reservarse la administración exclusiva de ésta.

Son los trabajadores, como titulares del derecho a negociar colectivamente, los únicos que pueden decidir a cual organización sindical favorecen mayoritariamente con su afiliación y en consecuencia, cual organización sindical administra su convención colectiva. Esto en ejercicio de la libertad y de la democracia sindical.

Las cláusulas por las cuales, algunas organizaciones de primer, segundo y tercer grado se reservan con exclusividad la administración de convenciones colectivas, son inconstitucionales por violar los derechos a la libertad sindical, a la negociación y a la celebración de convenciones colectivas.

Cuando el sindicato que suscribió la convención colectiva, pierde la condición de ser el más representativo durante el curso de su ejecución, debe ceder la administración de la convención al sindicato que la adquirió.

El hecho no obstante, de que una organización sindical deba ceder la administración de la convención colectiva de trabajo por haber perdido el respaldo de la mayoría absoluta de los trabajadores, no implica que el patrono pueda ser obligado a negociar una nueva convención colectiva. Esto pondría en peligro la seguridad jurídica, la estabilidad de las relaciones laborales y la actividad productiva.

La convención colectiva tiene la naturaleza de un acto normativo, en virtud de sus particulares requisitos de suscripción y depósito, que la diferencian de otros contratos y de los cuales depende su plena eficacia.

La convención colectiva es derecho y aunque la Ley Orgánica del Trabajo la cita entre las fuentes del Derecho del Trabajo, la convención colectiva es el derecho mismo.

pág. 330 blanca

Las Novaciones Objetivas y/o Subjetivas en el Contrato de Trabajo

Mervy Enrique GONZÁLEZ FUENMAYOR*

SUMARIO

Introducción.

1. **Modificación de las condiciones de trabajo:** 1.1 *Nociones generales sobre el contrato de trabajo.* 1.2 *Tipología de las modificaciones contractuales.*
2. **Modificaciones unilaterales del contrato de trabajo. *Jus variandi.***
3. **La novación en el contrato de trabajo:** 3.1 *Novación civil:* 3.1.1 Definición. 3.1.2 Clases. 3.1.3 Requisitos: 3.1.3.1 Existencia de una obligación anterior. 3.1.3.2 Existencia de una obligación distinta de la primitiva. 3.1.3.3 Voluntad o intención de novar. 3.1.4 Efectos. 3.2 *Novación laboral:* 3.2.1 Antecedentes. 3.2.2 Concepto. 3.2.3 Tipos: 3.2.3.1 Novación subjetiva. 3.2.3.2 Novación objetiva: 3.2.3.2.1 Locativa o geográfica. 3.2.3.2.2 Funcional. 3.2.4 Novaciones producidas entre los contratos mercantiles y laborales. 3.3. *Limitaciones.* 3.4 *Procedimientos.* 3.5 *Efectos.* 3.6 *Doctrina divergente con la novación.* 3.7 *La novación como principio del Derecho del Trabajo.*

* **La Universidad del Zulia**, Abogado. Diplomado en Docencia en Educación Superior, Doctor en Derecho. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Centro de Investigaciones y Estudios Laborales y Disciplinas Afines (CIELDA), Director. División de Estudios para Graduados, Postgrado de Derecho Laboral y Administración del Trabajo, Nivel Maestría, Comité Académico, Miembro. Profesor de Pre y Postgrado. Autor de varias obras y ensayos difundidos en publicaciones especializadas y arbitradas. Dirección Electrónica: gofuem@hotmail.com – yvrem@yahoo.com.mx

Introducción

El presente trabajo tiene por norte desarrollar con cierto detalle una figura jurídica, que aunque no está regulada en la Ley Orgánica del Trabajo, sí encuentra una normativa en el reglamento de esa ley, específicamente en su artículo 8. No pretende este estudio cubrir todas las áreas en las cuales se proyecta la importancia de la novación que, no obstante haberse venido practicando en el tiempo; en nuestra legislación y jurisprudencia no había sido tomada con la importancia y la trascendencia que tienen en el mundo de las relaciones laborales sobre todo por algunos efectos perversos que la misma pudiera materializar. En este ensayo ha sido importante la investigación realizada por un grupo de mis estudiantes del Programa de Postgrado en Derecho Laboral y Administración del Trabajo Nivel Maestría, y muy especialmente de la Cátedra Derecho Individual del Trabajo, que dicto en el referido programa; este agradecimiento se dirige más concretamente a quienes prestaron su concurso junto con mi trabajo para desarrollarlo en el mes de junio del año 2003. Por demás está agradecerle a esos maestrantes y al lector la crítica benevolente al momento de efectuar las observaciones y disidencias que pudieran tener.

1. Modificación de las condiciones de trabajo

1.1 *Nociones generales sobre el contrato de trabajo*

El contrato es la figura jurídica fundamental del Derecho del Trabajo, ello debido a que representa uno de los elementos que lo originan y la razón de su existencia como disciplina jurídica autónoma; sin duda, delimita el campo de aplicación de las normas laborales y en gran medida de la normativa de Seguridad Social.

Pérez Botija lo define como “acuerdo expreso o tácito, por el cual una persona realiza obras o presta servicios por cuenta de otra, bajo su dependencia, a cambio de una remuneración, presta profesionalmente servicios a otra, transfiriéndole su resultado”¹. Mientras que Alonso Olea dice que el contrato de trabajo es “una relación jurídica, por virtud de la cual los frutos del trabajo pasan *ab initio* desde el momento mismo de su producción, a integrar el patrimonio de persona distinta del trabajador”². En las dos últimas definiciones se hace especial énfasis en la

¹ PÉREZ BOTIJA, Eugenio. **Curso de Derecho del Trabajo**. Chile. Editorial Nascimento. Madrid. 1989, p. 53.

² ALONSO OLEA, Manuel. **Introducción al Derecho del Trabajo**. Madrid Editorial Civitas S.A. 1991, p. 72.

“ajenidad” del resultado o frutos del trabajo, como nota definitoria del contrato de trabajo, frente a otras, que resaltan más el estado de dependencia o subordinación. La verdad es que no es una sola, sino varias, las notas que configuran el contrato de trabajo.

El artículo 67 de la Ley Orgánica del Trabajo venezolana (LOT) lo define como “...aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y mediante una remuneración”.

Asimismo, citando la legislación laboral española a través del artículo 1 del Estatuto del Trabajo encontramos que el mismo establece lo siguiente: “la presente ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena, y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Según este artículo el contrato de trabajo será la relación jurídica que surge entre los trabajadores que prestan voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica y esta otra persona, denominada empleador o empresario.

En este orden de ideas, puede destacarse que todos los conceptos de contrato de trabajo dados por el Derecho positivo convergen en ciertos parámetros básicos que le otorgan sustancia laboral y los diferencian a su vez de contratos de otra naturaleza, tal como civil o mercantil. Tales parámetros o requisitos concurrentes se encuentran adecuadamente señalados por Juan Garay como: “a) *prestación* de un servicio; b) *remuneración* por el servicio prestado; y c) *subordinación* de quien presta el servicio con respecto a quien lo paga”³. Al respecto resulta importante indicar que nuestro Tribunal Supremo de Justicia ha sido conteste con tales exposiciones, y así lo ha ratificado en numerosas decisiones que serán objeto de posterior estudio en la presente investigación, pudiendo anticipadamente señalar la sentencia de fecha 16 de marzo de 2000 efectuada por la Sala de Casación Social la cual reza:

Por todo ello esta Sala considera que la existencia de un contrato de compra-venta mercantil entre dos personas jurídicas y la prestación del servicio personal por otra persona distinta a los demandantes, de manera ocasional, no son suficientes para desvirtuar la existencia de la relación de trabajo, pues de las pruebas examinadas por el Juez de Alzada se evidencia que no fueron destruidos los elementos característicos de la relación de

³ GARAY, Juan. **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo**. Caracas. Editorial Librería CIAFRÉ. 2001, p. 197.

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 un tercero y la prestación accidental del servicio por otra persona, por aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y de primacía de la realidad, antes referidos, para desvirtuar la presunción laboral, sino que debió el patrono demostrar con plena prueba que la prestación personal del servicio se efectuó en condiciones de independencia y autonomía, que permitieran al juez arribar a la absoluta convicción de que la relación jurídica que los vincula es de una condición jurídica distinta, circunstancia esta última ausente en el caso examinado, y, como se ha demostrado en el caso de autos, que los actores prestaban un servicio personal a la demandada y que ésta no desvirtuó la presunción legal, ha debido el Juez aplicar la norma al caso concreto, porque de no ser así evadirían fácilmente el cumplimiento de las normas en materia de Derecho Laboral”.

Con fundamento a lo anterior puede concluirse que el *contrato de trabajo*, es el acuerdo de voluntades en virtud del cual el trabajador se compromete a prestar sus servicios por cuenta ajena, bajo la dirección que corresponde a la persona física o jurídica que le contrata, a cambio de una remuneración. En la actualidad y sobre la base de la constatada disparidad de fuerzas entre empresario y trabajador, las normas reguladoras del referido contrato tienden a ser normas imperativas en su mayoría y, como tales, sustraídas a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, de las que resultan condiciones laborales más dignas en el ámbito de lo posible.

En adición a lo anterior se alude que cabe presumir que existe un contrato de trabajo entre todo el que presta un servicio por cuenta y dirección de otro, y el que lo recibe a cambio de la retribución que lo satisface; por ello, en tales casos y aunque no medie una expresa declaración contractual verbal o escrita, se está en presencia de un comportamiento concluyente, en el orden jurídico relevante; todo ello gracias a los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y de primacía de la realidad, que hacen que sea carga probatoria para el patrono el demostrar que la prestación personal del servicio se efectuó en condiciones de independencia y autonomía, por lo que la relación jurídica que lo vincula es de una condición jurídica distinta.

El contrato de trabajo es un contrato para el que vale, en principio, el concepto de contrato del Código Civil (artículo 1.133), pero se trata de un contrato singular que no puede reconducirse a ninguna de las variedades contractuales previstas en el mismo. La singularidad radica en la prestación de la actividad, inseparable de

la persona que la presta. Se da en el contrato de trabajo una íntima conexión entre el sujeto del contrato (el trabajador) y el objeto del mismo (la prestación de la actividad laboral), en cuanto esta prestación es inseparable de la persona del trabajador. El trabajador está personal, directa e inmediatamente implicado en la prestación de su actividad, cuyos frutos hace suyos el empresario. Por ello se dice que la prestación laboral es una prestación personalísima con carácter *sui generis*, específico, distinto de los demás, en el que sin dejar de valorarse los aspectos patrimoniales se estiman también y, en mayor medida, los aspectos jurídico-personales de la relación laboral.

Por otra parte, en el contrato de trabajo, como en todo contrato, hemos de distinguir dos aspectos: una *función constitutiva o creadora* de la relación jurídico-laboral que es el pacto o acuerdo de voluntades entre empresario y trabajador, que consienten en obligarse recíprocamente, y una *función reguladora o normativa* de los efectos de la relación jurídica creada que, por su carácter de contrato de ejecución continuada, prolonga estos efectos en el tiempo, y en tanto subsiste la relación jurídica laboral.

En su primera función, la autonomía de la voluntad de las partes es fundamental para la constitución de la relación obligacional, esta autonomía de la voluntad pierde relevancia en lo que se refiere a la función reguladora de los efectos de la relación, por la extensa ordenación estatal de las relaciones laborales, que, con carácter imperativo, se impone “desde fuera” a la autonomía de las partes y que es lo que se conoce como regulación heterónoma del contrato de trabajo.

En este sentido, las modificaciones que se pueden introducir a un contrato de trabajo, que serán objeto de estudio a continuación, pueden distinguirse en modificaciones unilaterales que puede realizar el empleador, y modificaciones que requieren del consentimiento del trabajador.

Finalmente puede decirse que el contrato de trabajo, como contrato *sui generis*, se puede diferenciar de los siguientes contratos:

El carácter personalísimo de la prestación laboral aleja al contrato de trabajo del de *compra-venta*. En ésta el objeto del contrato, la cosa vendida, es claramente distinto y separable del sujeto contratante.

Tampoco se puede asimilar al contrato de *sociedad* ya que éste armoniza intereses coincidentes de las partes, mientras que el contrato de trabajo, por definición, trata de armonizar intereses contrapuestos, los del trabajador y los del empresario

(por ejemplo, al trabajador le interesa cobrar lo máximo posible, reducir la jornada, y al empresario reducir el costo de personal, etc).

Tampoco el contrato de *mandato* es asimilable. Este contrato contempla la realización de negocios por cuenta de otro, en su lugar, y el trabajador no trabaja en lugar del empresario. Además en el mandato el mandatario puede ser sustituido mientras que el trabajador no puede serlo dado el carácter personalísimo del contrato de trabajo.

Más afinidad presenta con la figura del *arrendamiento de servicios o contrato de obras* regulada en el Código Civil. El contrato de trabajo no es sino un desarrollo perfeccionado del arrendamiento de servicios civil y constituye una zona fronteriza, de no siempre fácil delimitación, objeto, aún hoy, de copiosa jurisprudencia.

Para la doctrina laboral, la diferencia radica básicamente en la traslación de la propiedad de los frutos, que en el contrato de trabajo pertenecen *ab initio* al empresario, nota que no es característica del arrendamiento de servicios.

El contrato de trabajo es una figura contractual típica que goza de una regulación unitaria y con unos principios informadores propios y distintos de cualquier otro contrato contemplado en el Código Civil.

En este sentido sus *caracteres* o notas definitorias son:

- a. Es un contrato *bilateral* ya que genera obligaciones para ambas partes.
- b. Es un contrato *oneroso* pues supone que cada parte (trabajador y empresario) experimenta una carga o sacrificio, con la prestación a la que se obliga: prestación de servicios al trabajador y retribución del empresario.
- c. Tiene carácter *sinagmático*, dado el carácter recíproco de las prestaciones de las partes.
- d. Es *conmutativa* en cuanto que cada parte, al contratar, tiene como ciertas las prestaciones a las que se obliga.
- e. Es un contrato de *tracto sucesivo* o de ejecución continuada ya que sus efectos no se agotan en el mismo acto del contrato sino que se prolongan y dilatan en el tiempo.
- f. Es un contrato *consensual* que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.

Todas estas notas son predicables del concepto impuesto por nuestra Ley del Trabajo, mediante el artículo 67 ya señalado, del que además se observan como sus elementos típicos los siguientes:

- a. *Voluntariedad*: Los servicios a que el trabajador se obliga han de realizarse voluntariamente.
- b. La *prestación de servicios* constituye la obligación básica del trabajador y es al mismo tiempo el objeto del contrato de trabajo. Se trata de una prestación de actividad, no de resultado. En el término de servicios comprende cualquier tipo de trabajo. Se trata en todo caso de servicios prestados personalmente por el trabajador contratante, dado el carácter personalísimo de la prestación laboral.
- c. *Retribución*: Los servicios se prestan por cuenta ajena. Se prestan para otro que es el empresario, quien adquiere, por el contrato, la titularidad de los frutos o resultados del trabajo. Existe una cesión anticipada, o *a priori* por el mero hecho de celebrar el contrato. Gran parte de la doctrina laboral, hoy dominante, ve en la ajenidad la nota definitoria y esencia misma del contrato de trabajo, frente a la nota de dependencia o subordinación.
- d. *Dependencia o subordinación*: Los servicios del trabajador se prestan dentro del ámbito de organización y dirección del empresario o empleador, pero pudieran también prestarse en un espacio físico distinto (el “*tele-trabajo*”). La moderna noción de dependencia, está no como una subordinación rigurosa y absoluta del trabajador a su patrono, sino que basta para que haya que apreciarla, que se halle comprendida dentro del círculo rector y disciplinario de éste.

1.2 Tipología de las modificaciones contractuales

El contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, vale decir, sus efectos se producen en el tiempo, de manera tal que cobra respecto de éste, especial importancia la posibilidad de introducir modificaciones en su contenido. La modificación del contrato de trabajo puede definirse como aquella variación de las condiciones pactadas en el contrato de trabajo o en el convenio colectivo.

Suponiendo la existencia de una relación laboral, ésta puede sufrir cambios en algunas de sus condiciones de trabajo que han sido impuestas en virtud de normas legales, convencionales y pactos bilaterales (contratos de trabajo). Estos cambios en las condiciones de trabajo pueden tener su origen en un nuevo pacto entre las partes, es decir, surgen directamente de la voluntad de las partes, son las denominadas novaciones contractuales, que habiéndose gestado dentro del marco que la ley permite (no modificarán condiciones establecidas legal o convencionalmente), no encontrarán ninguna dificultad para su aplicación. Únicamente surgirán problemas cuando ese pacto no sea un pacto real, es decir, cuando venga precedido de un vicio en el consentimiento: la prestación de dicho consentimiento ha sido impuesta. Estaríamos, por tanto, asumiendo una imposición como un pacto lo que tendrá como consecuencia la nulidad de dicho pacto al faltarle uno de los elemen-

tos esenciales de todo acuerdo. De este modo, la imposición significa que una parte da una orden que la otra debe cumplir obligatoriamente, será pues el empresario que utilizando los poderes que tiene asignados impondrá unas determinadas modificaciones a las condiciones de trabajo que el trabajador deberá cumplir obligatoriamente. Estaremos pues ante una modificación impuesta unilateralmente conocida doctrinariamente como *jus variandi*.

Nunca podrá el trabajador imponer modificaciones de las condiciones al empresario. Únicamente, en determinados casos, el trabajador podrá tomar la iniciativa, siendo finalmente el empresario quien acepte o no.

El artículo 5 inciso 3° del Código del Trabajo chileno, señala que “los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”, por otra parte, el artículo 11 inciso 1° de este Código indica que “las modificaciones del contrato de trabajo se consignan por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en documento anexo”.

Desde el punto de vista de esta legislación será necesario que para realizar modificaciones en las cláusulas del contrato pactadas se cuente con el consentimiento de ambas partes. Por lo tanto, no será lícito que alguna de las partes imponga, de forma unilateral a la otra, modificaciones en las cláusulas del contrato convenido. De hecho, la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo de tal país ha señalado lo siguiente: Ord. N° 3.279/88 de 2 de mayo de 1991: “El empleador no puede, sin acuerdo de sus trabajadores, dejar de dar cumplimiento a una cláusula convenida en un contrato colectivo, a cuya suscripción ambas partes concurren, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Código del Trabajo, toda alteración, supresión o complementación de las estipulaciones de dicho contrato, requiere el consentimiento de ambas partes”.

Por otra parte, resulta relevante destacar que, los derechos laborales tienen el carácter de irrenunciables, por lo tanto, las modificaciones que se introduzcan en el contrato no podrán afectar los derechos laborales mínimos, garantizados por la legislación laboral. De esta forma, no es lícito que se convenga una modificación en el monto de la remuneración que signifique que el trabajador perciba un ingreso inferior al mínimo legal. Lo mismo es aplicable, por ejemplo, para una modificación en la jornada de trabajo que supere la extensión de la jornada máxima legal.

En este sentido cabe acotar que nuestra legislación venezolana con ocasión de las modificaciones del contrato establece, en su artículo 69, el cual regula el contrato de trabajo con ausencia de estipulaciones expresas respecto al servicio que deba

prestarse y la remuneración, que cuando a juicio del trabajador las labores excepcionales encomendadas por el patrono no sean de las que está obligado a ejecutar, deberá cumplirla siempre que no sea manifiestamente improcedente y no lo coloque en situación de peligro. Igualmente el legislador faculta al trabajador para que manifieste su no conformidad, acotando que el hecho de haber cumplido la orden no implica su aceptación a las modificaciones de las condiciones de trabajo, si fuere el caso. Al respecto añade el Reglamento de la LOT (RLOT) en su artículo 18, que el no acatar las instrucciones del patrono no implica un perjuicio del deber de obediencia, siempre que las labores ordenadas sean improcedentes, considerando el legislador que la improcedencia se deriva de la lesión a la dignidad del trabajador y la exposición del mismo al peligro de su vida, salud o preservación de la empresa. Igualmente adiciona el RLOT, dentro de un carácter procesal, que el patrono debe brindar respuesta explicativa ante el comunicado de inconformidad del patrono, en los 5 días siguientes y que de no hacerlo su omisión equivaldrá a una aceptación de las circunstancias.

La misma normativa jurídica del trabajo (LOT), ya dentro del ámbito colectivo de la relación laboral, especifica en su artículo 512, del Capítulo IV que trata de la “Convención Colectiva de Trabajo”, que aun cuando la convención colectiva no puede estipular condiciones menos favorables a las establecidas por la legislación (artículo 511 *eiusdem*), puede modificar las condiciones de trabajo vigentes siempre que las partes así lo convengan y siempre que en su conjunto consagren beneficios más favorables al trabajador.

En este sentido, aunque el legislador laboral venezolano no se dedica a regular con especificidad y detenimiento lo relativo a las modificaciones contractuales, como sí lo hacen otros países, si presenta elementos dentro de los que deben encuadrarse tal modificación como lo son:

- a. Que no contraríe normas de orden público y por tanto no establezca condiciones menos favorables a las establecidas por el legislador.
- b. Que no sean manifiestamente improcedentes, es decir, incompatibles con la dignidad del trabajador o riesgosa para su vida, salud o preservación de la empresa, establecimiento o explotación del patrono.
- c. Que las partes así lo convengan y consagren en su conjunto beneficios más favorables al trabajador, en el caso de las Convenciones Colectivas.

No podrían darse por terminadas estas consideraciones sin traer a colación el Párrafo Primero del artículo 103 de la LOT, el cual presenta aquellos cambios o modificaciones en la relación laboral que no son admisibles y que por tanto acarrearán que se gesticione la figura de despido indirecto. En resumen estos son:

- a. Labor de índole manifiestamente distinta a la ordenada por contrato o por ley.
- b. Labor incompatible con la dignidad y capacidad profesional del trabajador.
- c. Cambio de residencia cuando el contrato no lo convenga, no cuando no sea justificado o cuando acarree perjuicio al trabajador.
- d. Reducción del salario.
- e. Traslado a puesto inferior (excepto si opera lo contemplado en el Parágrafo Segundo del citado artículo 103).
- f. Cambio arbitrario del horario de trabajo.
- g. Hechos semejantes que alteren las condiciones de trabajo.

Asimismo debe recordarse que existe la obligación del Estado, impuesta por vía de mandato constitucional (artículo 89), de disponer legalmente lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores, para lo cual debe valerse de los Principios: *Primacía de realidad sobre los hechos* (también señalado por el reglamento de la LOT en el artículo 8 literal “c”), *Irrenunciabilidad de los Derechos del Trabajo* (regulado a su vez por el artículo 8 literal “b” del Reglamento de la LOT), *In dubio pro operario* (encuadrado dentro del principio protectorio o de tutela a los trabajadores encuadrado en el artículo 8 literal “a” del Reglamento de la LOT y el artículo 59 de la LOT), *Nulidad Absoluta de los actos del patrono que menoscaben los derechos constitucionales*, *No Discriminación Arbitraria en el empleo* (consagrado igualmente por el artículo 8 literal “e” del Reglamento de la LOT y por los artículos 26, 48, 379 y 394 de la LOT) y *Prohibición del trabajo de Adolescentes en labores que afecten su desarrollo integral*.

En este sentido, el Estado debe garantizar en todos los aspectos, las mejoras de las condiciones de los trabajadores para lo cual se valdrá de las normativas jurídicas, por esta razón cuando el patrono unilateralmente cercene o viole dichas disposiciones, la consecuencia acarreada será la nulidad de tales actuaciones, la cual puede ser de tipo absoluta si se trata de una norma de rango constitucional o de orden público. De igual forma, si el patrono, valiéndose de su posición privilegiada, conviene con el trabajador nuevas condiciones de trabajo que menoscaben sus derechos adquiridos o los parámetros mínimos de la legislación vigente, la consecuencia también será la nulidad de tales convenciones aun cuando medie una supuesta autonomía de la voluntad, todo ello gracias a los principios laborales y de carácter constitucional ya expuestos.

En definitiva, para finalizar este tema, se señala que las modificaciones del contrato de trabajo se fundamentan en dos tipos básicos que a su vez presentan una

subdivisión interna:

- a. Según quién tiene la facultad para imponerlas se clasifican en *Modificaciones Unilaterales (Jus Variandi)* y *Modificaciones Bilaterales* (comúnmente denominadas Novaciones). Estas serán objeto de estudio detallado en puntos posteriores de la presente investigación.
- b. Según el elemento del contrato de trabajo que alteren o modifiquen se subdividen en: *Subjetivas*, las cuales se refieren a la variación del sujeto de la relación laboral, que en este caso sólo puede ser el patrono debido al carácter *sui generis* de la prestación de servicio y *Objetivas*.

2. Modificaciones unilaterales del contrato de trabajo. *Jus variandi*

Para algunos estudiosos del Derecho del Trabajo, el *jus variandi* del empresario es una facultad integrada en el contenido del poder de dirección que puede definirse como la facultad que tiene el empresario de variar o modificar, dentro de ciertos límites, las condiciones de trabajo; de alterar, unilateralmente, los límites de la prestación laboral, adaptando ésta a los cambios estructurales u organizativos de la empresa.

Asimismo, indica la doctrina que es el derecho por parte de la empresa a realizar modificaciones no sustanciales en el contenido del contrato de trabajo, siempre que sean éstas necesarias para adaptarlo a las necesidades de la empresa.

En conclusión, puede decirse que el derecho de variación es una facultad más de las que integran el contenido del poder de dirección del empresario y se puede definir como la facultad que tiene éste de variar o modificar unilateralmente, dentro de ciertos límites, las condiciones de la prestación laboral, adaptando los puestos de trabajo a los cambios estructurales organizativos de la empresa. Parece razonable reconocerle esta facultad al empresario, ahora bien, el ordenamiento jurídico lo permite sujeto a ciertos principios de equidad:

- a. El trabajador debe sufrir el mínimo perjuicio.
- b. Si el perjuicio se produce porque es inevitable la modificación de las condiciones laborales el trabajador debe tener una adecuada compensación en todos los órdenes.

Esta facultad puede afectar al objeto, lugar o tiempo de realización de la actividad del trabajador. Su razón está en que la prestación laboral se extiende en el tiempo y durante este tiempo, es posible que se den cambios organizativos importantes derivados de los cambios necesarios para adaptarse a las necesidades del mercado

y para sobrevivir.

Parece razonable reconocer al empresario ciertas facultades de variar o modificar la forma y el modo de realizar las prestaciones que le son debidas en virtud del contrato; pero como quiera que el ejercicio de esta potestad incide de modo directo sobre la persona del trabajador, inseparable de la actividad que presta, resulta igualmente razonable arbitrar determinadas garantías a favor de éste. Si el ejercicio de todo derecho del empresario está sometido a ciertos límites, el ejercicio de este *jus variandi* debe rodearse de especiales cautelas.

La potestad derivada del poder disciplinario sobre la fuerza de trabajo, de la cual se deriva el *jus variandi* no resulta ilimitada, sino que se ve afectada por una serie de condicionamientos; entre otros, se define como inadmisibles el *jus variandi* cuando se afecten elementos esenciales de la relación laboral, tal sería el caso del salario (descenso), la jornada de trabajo y la categoría profesional; o bien cuando tratándose de elementos no esenciales (lugar, modo de la prestación u horario) se cause al trabajador un grave o gravísimo perjuicio.⁴

El ejercicio abusivo del *jus variandi* implica un incumplimiento contractual grave del patrono, que conforme a nuestra Ley da lugar a la terminación de la relación con responsabilidad patronal. Con ello se definió el incumplimiento patronal gravísimo como un despido indirecto, que genera indemnización al trabajador.

Para limitar el poder disciplinario del patrono debe tenerse claro el concepto de condiciones de trabajo. Por ella se entienden, según Vázquez Vialard, todas las que integran el contenido del contrato de trabajo, en cuanto éste se despliega en múltiples circunstancias de tiempo, lugar, modo, forma de retribución, entre otros, que inseparablemente acompañan a la prestación laboral básica.⁵

Sin duda unas son más importantes que otras para el trabajador, por lo que se distingue estatutariamente entre condiciones de trabajo “sustanciales” y “no sustanciales”.

En la legislación laboral española, específicamente en el artículo 41, numeral 1 del Estatuto de Trabajo, se consideran como *modificaciones sustanciales* de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afectan a las materias de: Jornada de trabajo; horario; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración; sistemas de trabajo y rendimiento; movilidad funcional. Todo ello presupone una enumeración no taxativa. El *jus variandi* se reconoce incondicionalmente al empresario

⁴ CARRO IGELMO, Alberto José. Barcelona. Casa Editorial Bosch. 1978.

⁵ VÁSQUEZ VIALARD, Antoni. **Manual de Derecho del Trabajo**. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1981.

respecto de las condiciones de trabajo “no sustanciales”, cuya modificación puede aportar unilateralmente y sin procedimiento alguno. Tales modificaciones sustanciales son las que poseen carácter leve y poco relevante.

Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo pueden ser de carácter *individual* o *colectivo*. Se consideran de *carácter individual* las modificaciones de aquellas condiciones de que disfrutaban los trabajadores a *título individual*, en tanto que se consideran de *carácter colectivo* las modificaciones de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores, en virtud de acuerdo o pacto colectivo, o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral de empresario de efectos colectivos.

La distinción es importante porque varían los requisitos exigidos para la adopción de la decisión empresarial.

La modificación de las condiciones establecidas en los *convenios colectivos* sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, cuando se trate de horario de trabajo, régimen de turnos, sistema de remuneración, o de trabajo y rendimiento.

Las modificaciones de horario de trabajo o funciones, aun cuando sean establecidas colectivamente mediante Convenio, se reputan legalmente modificaciones sustanciales de carácter individual, a las que se asimilan en cuanto a requisitos y efectos (artículo 508 LOT).

El acuerdo de modificar las condiciones sustanciales de trabajo debe seguir un *procedimiento* distinto según sean de carácter colectivo o individual:

Si la modificación afecta a las condiciones disfrutadas por el trabajador a título individual, no derivadas de Convenio o pacto colectivo, las modificaciones de horario de trabajo y funciones aún derivadas de Convenio, los requisitos que condicionan la validez de la decisión empresarial se reducen a su notificación al trabajador.

Ahora bien, si las modificaciones sustanciales son de carácter colectivo, la decisión de modificación irá precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores. Dicho período de consultas debe versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

3. Novación del contrato de trabajo

La novación o modificación del contrato es una figura civilista que proyecta su influencia en el campo de las relaciones laborales, razón por la cual para iniciar su estudio debe comenzar por analizarse la figura de la novación en el Contrato Civil. No obstante, anticipadamente se dará su connotación conceptual general según la cual Novación es la "...acción o efecto de novar"⁶, tal como se expone en el Diccionario Enciclopédico Grijalbo (2000: p. 1.320), siendo novar "En der., cambiar una obligación anterior sustituyéndola por otra".⁷

3.1 Novación civil

3.1.1 Definición

Según Anibal Dominici, citado por todos los estudiosos del Derecho Civil, la Novación "...es un medio por el cual se extingue una obligación, a la vez que se produce otra nueva; o, en otros términos, es la sustitución de una obligación por otra obligación".

Asimismo, Eloy Maduro Luyando indica que constituye un modo voluntario de extinción de las obligaciones mediante la cual una obligación se extingue suplantándose por una obligación nueva, de allí que algunos autores la definen como la transmisión de una obligación en otra.⁸

Como característica fundamental debe señalarse la circunstancia de extinguir una obligación anterior. Cuando no se extingue esa obligación anterior y se reemplaza con una obligación nueva no estaremos en presencia de una novación sino de cualquier otra figura jurídica.

La novación requiere de un cambio sustancial en la obligación, es decir, un cambio que recaiga sobre los sujetos de la misma (cambio de acreedor o deudor), o sobre el objeto o prestación de la misma.

Otros autores explican que la Novación es el convenio *latu sensu*, solemne, celebrado entre dos o más personas que guardan entre sí el carácter previo de un acreedor y

⁶ **Diccionario Enciclopédico Grijalbo**. Editorial Grijalbo. 2000, p. 1.320.

⁷ *Ídem*.

⁸ MADURO LUYANDO, Eloy. **Obligaciones**. Caracas. Editorial UCAB. 1989.

deudor, y en ciertos casos interviene un tercero, y por el cual extinguen el derecho de crédito convencional que los liga, y los sustituyen, con animo de novar (*animus novandi*) por otro que difiere del extinguido en uno de sus elementos de existencia.

De igual forma, esos autores clasifican la novación junto a la remisión y la renovación del negocio, como *un modo no satisfactor* de la extinción de la relación obligatoria.

Igualmente agrega que la novación resulta de un convenio expreso entre las partes y no del cumplimiento normal de la prestación prometida, que hace consistir exclusivamente en el pago.

Sus elementos esenciales son:

- a. Existencia de una obligación previa (que se extingue por la creación de otra obligación).
- b. Creación de otra obligación.
- c. Un elemento de esencia diferente entre la primera y la nueva obligación.
- d. Exteriorización *solemne* de la voluntad de las partes o *animus novandi*.

3.1.2 Clases

La doctrina distingue dos clases de novación: la llamada novación subjetiva, que consiste en un cambio de los sujetos de la obligación y puede ser por cambio de acreedor o de deudor; y la novación objetiva, mediante la cual entre los mismos sujetos de la relación obligatoria se cambia el objeto (presentación) por uno nuevo que la reemplaza o por cambio de causa. Por cambio de objeto, cuando el deudor conviene con su acreedor en entregarle una cosa distinta, una cosa a la que originalmente debía y el acreedor consiste en extinguir el vínculo anterior. Por cambio de causa, cuando ambas partes convienen en extinguir la obligación original con una nueva: A adeuda Bs. 2.000,00 por pensiones de arrendamiento a B y conviene con éste en deber esos Bs. 2.000,00 por razón de un préstamo a interés.

La doctrina y la jurisprudencia discuten mucho acerca de la naturaleza novatoria de los diversos supuestos de hecho que puedan darse en la realidad. En general se exige, para que exista novación, un cambio sustancial en la nueva obligación, de modo que ésta no sea una simple modificación de la presentación anterior. Según este criterio, algunos autores opinan que no produce novación la simple alteración en la forma del título, ni el cambio del lugar del pago, la condonación o sustracción de garantías, ni la adición de una cláusula penal. Por el contrario, si produce

novación quitar o añadir una condición o modo, sustituir una prestación de una cosa por otra, la conversión del capital en una renta vitalicia, el cambio de la causa devenida.

3.1.3 Requisitos

Los requisitos generales de la novación son:

3.1.3.1 Existencia de una obligación anterior

Es necesario la existencia de una obligación anterior, la cual debe ser válida, pues de ser nula, es igualmente nula la obligación nueva, puesto que aquélla es causa de ésta. Así lo dispone el artículo 1.324 del Código Civil: “La novación carece de efecto si la antigua obligación era nula, a menos que la nueva haya sido contraída en mira al mismo tiempo de confirmar la antigua, conforme a las reglas legales, y de reemplazarla”.

Observe que si la obligación primitiva estaba viciada de nulidad absoluta, la novación que se diere será siempre nula, pues los actos afectados de nulidad absoluta no pueden confirmarse. Si estaba afectada de nulidad relativa es necesario distinguir; si no ha cesado el vicio que la obligación primitiva, si ha cesado el vicio y se confirma la obligación primitiva, la nueva será válida.

Cuando la obligación primitiva es una obligación natural, la doctrina moderna se inclina a considerar que estas obligaciones no pueden ser novadas, pues no puede extinguirse lo que nunca ha existido en el campo de lo jurídico.

Si la obligación primitiva es una obligación condicional, la obligación nueva que la sustituye es también condicional, a menos que se desprenda lo contrario de la voluntad expresa de las partes.

3.1.3.2 Existencia de una obligación nueva distinta de la primitiva

La obligación nueva debe ser distinta de la anterior, bien porque existe un cambio en los sujetos, acreedor o deudor, o en el objeto (presentación) o de causa. Esa obligación nueva debe ser también una obligación válida, porque de no serlo, subsiste entonces la obligación primitiva.

3.1.3.3 La voluntad o intención de novar

Es la llamada por los tratadistas *animus novandi*, es decir, la intención de las partes de extinguir la obligación primitiva y sustituirla por una nueva. Esto no signi-

fica que la voluntad de novar deba aparecer de un modo expreso, ya que puede deducirse de la propia naturaleza del acto, pero siempre que se desprenda en forma clara e inequívoca, pues en caso de deuda, el intérprete deberá pronunciarse por la existencia de dicha voluntad de novar. Así lo expone el artículo 1.315 del Código Civil: “La novación no se presume: es necesario que la voluntad de efectuarla aparezca claramente del acto”.

3.1.4 Efectos

Desde un punto de vista general, produce un doble efecto:

3.1.4.1 Extingue la obligación anterior, lo que se denomina en doctrina efectos liberatorios. Efecto liberatorio: Se extingue la obligación anterior o antigua, desapareciendo todas las acciones de que disponía el acreedor, así como las excepciones que en relación a ella tenía el deudor. Desaparecen también las obligaciones accesorias a esa obligación antigua extinguida, tales como las de la mora.

3.1.4.2 Nace una nueva obligación con régimen propio y característico

3.2 *Novación laboral*

3.2.1 Antecedentes

En el derecho romano clásico, la novación, del latín *novatio-onis*, era una forma voluntaria de extinguir las obligaciones del Derecho Civil, ya que tiene por causa la voluntad de las partes y es el resultado del acuerdo entre acreedor y deudor. Ulpiano consideraba que la novación consiste en hacer pasar a una obligación nueva el contenido de una obligación anterior (*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio*).

La novación romana exigía la concurrencia de los siguientes elementos:

- a. Que hayan de emplearse en ella las formas prescritas por el Derecho Civil, es decir, en la estipulación, en las *nomina transcriptia*, en la *dictio dotis* y hasta en la *litis contestatio*. También en forma más discutible, en los pactos de *constitutio* y en los *receptum argentarii*.
- b. La emergencia de un elemento nuevo (porque de otra forma sería una ratificación o el reconocimiento de la deuda).
- c. La identidad en el objeto, ya que los antiguos romanos no admitieron, como en el derecho mexicano, una obligación distinta en este aspecto, aunque ya el

derecho pretorio atenuó en alguna forma tan rígido principio.

- d. El *animus novandi*, requisito de características subjetivas que surgió en la época de Justiniano, quien posteriormente en una disposición prescribió la necesidad de la voluntad expresa de las partes en tal sentido.

La importancia de esta figura en el derecho antiguo era manifiesta, ya que posibilitaba la extinción de la obligación originaria con todas sus consecuencias, es decir, incluso con todas las garantías que a la misma se le hubieren incorporado, así como los intereses y beneficios de la mora. Además igual que al pago, el mutuo disentimiento, la pérdida de la cosa debida, la muerte o *capitis diminutio*, la confusión, la sentencia, etc.

Esta institución operaba *ipso iure* y, por tanto, ni siquiera necesitaba ser alegada por parte del deudor. Sin embargo, su importancia ha sido drásticamente disminuida en el derecho merced a su desplazamiento por la cesión moderna de derechos y obligaciones al grado de que el Código Civil alemán prefirió suprimirla.

En Venezuela, el Código Civil, tal como se ha expuesto, la incorporó como una forma de extinción absoluta de las obligaciones al igual que la compensación, la confusión de derechos y la remisión de la deuda. Posteriormente, la doctrina laboral la subsumió como cambio en el contrato de trabajo efectuada por las partes, que lo altera substancialmente sustituyendo en el mismo una obligación antigua por una nueva, pero manteniendo en algunos casos la relación inicial, asimismo por vía reglamentaria se le otorgó el carácter de principio del Derecho laboral, en función del principio de Conservación de la Relación Laboral.

3.2.2 Concepto

En líneas generales, para el Derecho Civil, la novación es siempre pactada o acordada por las partes del contrato. Para el Derecho del Trabajo –hijo legítimo de aquél–, no es más que la modificación del contrato, subjetiva u objetivamente, bien impuesta algunas veces *ope legis*, es decir, por imperativo legal.

El contrato de trabajo crea un vínculo jurídico entre dos partes concretas: el empresario y el trabajador. Este contrato, por su naturaleza de contrato de ejecución continuada, y, en principio, de duración indefinida, tiende a pervivir en el tiempo, resistiendo vicisitudes que pueden afectar ya al objeto y contenido de contrato (modificación o novación objetiva), ya a los sujetos contratantes (novación o modificación subjetiva).

Al analizar la novación laboral contractual y definirla como aquella que cambia o

altera, mediante acuerdo entre las partes, los aspectos fundamentales o sustanciales de la relación laboral, pudiesen surgir dudas respecto a tal caracterización, ya que es posible que se crea que tales elementos no pudieran configurar lo que realmente es una novación, en tanto que la misma es aquella que, tal como hace referencia su nombre, incluye en el contrato aspectos nuevos y diferentes, medie o no la voluntad de las partes, tan novedosos que incluso no se encuentran regulados legalmente, aspectos éstos que pueden ser incorporados gracias a los principios de conservación de la relación laboral y el de supremacía de la realidad sobre las formas.

No obstante, no puede aceptarse considerar una novación carente de la autonomía de la voluntad de las partes o del consenso, ya que no se estaría en presencia de la misma sino del *jus variandi*, figura ya estudiada.

Asimismo, la novación debe entenderse como la alteración de las condiciones de trabajo y no una simple variación, lo cual realmente guarda relación con la connotación de su nombre y no el hecho de que la novación incorpore hechos novedosos a la regulación jurídica laboral. En este sentido, una simple variación haría operar la figura del *jus variandi* que versa sobre las condiciones no sustanciales del trabajo, en tanto que la novación sí afecta tales condiciones sustanciales pues ese hecho es el que presupone una real alteración de las condiciones contractuales, y no una simple variación.

Tampoco debe considerarse, tal como se expuso precedentemente, que la novedad de la figura recae en traer al contrato aspectos no encontrados en la regulación jurídica laboral, ya que debe tenerse presente que la misma, en su afán de proporcionar mejores condiciones al trabajador, cumpliendo con ello el mandato constitucional del artículo 89, debe sentar parámetros jurídicos que regulen ciertos tipos de novaciones contractuales a los fines de que no se cercenen los derechos de los trabajadores, los cuales, con el objeto de asegurar y mantener su medio de subsistencia, acceden en ocasiones a peticiones y acciones del empleador que menoscaban sus derechos. Al efecto pueden citarse las estipulaciones referidas a la sustitución de patrono desarrolladas por la LOT en sus disposiciones 88 al 92.

Finalmente, debe argumentarse que aun cuando la novación descansa en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, debe dejarse claro que la misma es inoperante y sus cláusulas nulas cuando contraríen preceptos constitucionales, disposiciones legales o reglamentarias o cuando menoscaben los derechos adquiridos de los trabajadores.

3.2.3 Tipos

Existen doctrinariamente dos grandes clases principales de novaciones, la llamada novación subjetiva, que consiste un cambio en los sujetos de la obligación, aclarando que la misma resulta imposible respecto del sujeto trabajador dado el carácter personalísimo de la prestación laboral, carácter éste que no se da en la contraprestación que debe el sujeto-empleador, cuya prestación es fungible.

En cuanto a la segunda clase de novación, ésta se encuentra representada en la novación objetiva del contrato de trabajo. La novación o modificación objetiva contractual, que afecta al contenido del contrato e implica cambio de las condiciones de trabajo en que el contrato se desenvuelve, tiene mayores posibilidades.

A su vez, esta clasificación se encuentra subtipificada mediante otras formas de novación, las cuales serán desarrolladas a continuación.

3.2.3.1 Novación subjetiva

Supone una alteración en la titularidad de la figura del empleador, que es uno de los sujetos del contrato de trabajo y el único, como ya se explicó, en el que es factible la novación subjetiva del contrato.

A tales efectos esta novación supone la sustitución total de la figura del empleador, o la inclusión de nuevos empleadores a la relación laboral.

En cuanto a la figura de sustitución de patrono debe decirse que opera la pervivencia y mantenimiento del contrato, pese al cambio de empresario. Ello deviene de aplicación obligatoria por ministerio de la Ley.

En este sentido, la LOT, en su artículo 90 de la LOT indica que tal sustitución no afectará la relación laboral y que el patrono sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrono de las obligaciones que se deriven de la ley, de los contratos y de aquellas obligaciones contraídas antes de la sustitución, hasta por el término de prescripción que impone el artículo 61 *ejusdem*, dado que una vez que éste concluya subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrono, salvo que existan juicios laborales anteriores y sólo por el lapso de un año contados a partir de la fecha de la sentencia definitivamente firme. Tal regulación se conoce como “*Garantías por cambio de empleadores*”.

Lo anterior enmarca lo llamado “*Sucesión de empresas o empleadores*”, sin embargo, no se trata propiamente de una sucesión de empresas sino de titulares de empresa. La garantía fundamental es la subsistencia del contrato que se da no sólo en caso de transmisión de la empresa en su integridad, sino también de un centro

de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma.

El centro de trabajo tiene una definición o concepción legal en el artículo 38 de la LOT como el lugar "...de donde partan o a donde converjan las actividades de un número considerable de trabajadores y que estén ubicados fuera del lugar donde normalmente la mayoría de ellos tenga su habitación, sin exceptuar campamentos especiales construidos para alojarlos."

El efecto fundamental del cambio de titularidad es la subrogación empresarial que supone una novación subjetiva que afecta al sujeto-empresario y que consiste, *ope legis*, en que una persona sustituye y asume la posición del primitivo empresario, tanto en cuanto el acreedor del trabajo como el deudor del trabajo. El cambio de titularidad no extingue el contrato, el nuevo empresario o empleador asume los derechos y obligaciones del anterior.

Según el artículo 88 existirá sustitución de patrono al producirse la transmisión de la propiedad, titularidad o explotación de una empresa y siempre que continúen realizándose las labores de la empresa, o cuando el nuevo patrono continúe el ejercicio de la actividad anterior con el mismo personal e instalaciones materiales, independientemente del cambio de titularidad (artículo 89 LOT). Amplía el Reglamento de la LOT (artículo 36) diciendo que supone la transmisión por cualquier título de la explotación de una empresa o parte de ésta susceptible de organizarse autónomamente, siempre que el patrono sustituto preserve la actividad productiva sin solución de continuidad.

En principio, la novación subjetiva del empresario opera automáticamente y sin necesidad de consentimiento del trabajador, se trata de garantizar la estabilidad en el empleo del trabajador. No obstante, la Ley (artículo 91) y su Reglamento (artículo 37) señalan que la sustitución debe informarse por escrito al trabajador, a la Inspectoría del Trabajo y al sindicato al cual se encuentra afiliado el trabajador, sin embargo, la falta de notificación no perjudica al trabajador, sino que se exige para ofrecerle la oportunidad de que él mismo decida, si considera inconveniente la sustitución, poner fin a la relación laboral en virtud del artículo 101 de la LOT, para ello tiene los treinta días siguientes a la notificación.

Resulta igualmente importante indicar que el Reglamento incorpora la figura de transferencia o cesión del trabajador. La misma según el artículo 38 se verifica cuando el patrono acuerde con el trabajador la cesión o le requiriese la prestación de servicios de carácter definitivo bajo la dependencia y por cuenta de otro, con el consentimiento de éste último.

En tal sentido, aun cuando opera una novación subjetiva por transferencia del trabajador, el efecto legal es la aplicación del régimen de sustitución del patrono. Finalmente, debe concluirse que todos los derechos y obligaciones laborales en que se subroga el cesionario o nuevo empresario comprenden todas las condiciones de trabajo de que venían gozando los trabajadores con el empresario anterior.

Otra forma de novación subjetiva puede darse cuando varios patronos deciden agruparse conformando así lo conocido por vía reglamentaria como grupo de empresas.

Dicho Grupo se encuentra desarrollado por el artículo 21 del Reglamento de la LOT y es un caso en el que aparentemente el mismo ha ido más allá de la ley, pues los grupos mencionados no aparecen expuestos expresamente en la misma. No obstante, de la lectura e interpretación de los artículos 15 y 16 si se encuentran en el concepto de establecimiento, empresa o explotación que describe el artículo, sobre todo si se enfatiza en la expresión del artículo 15 que explica que estarán sujetos a la ley toda prestación de servicios personales donde haya patronos y trabajadores, sea cualquiera la forma que adopte.

Lo más importante de este grupo de empresas es que los patronos que la integren responden solidariamente, es decir, por el total, de las obligaciones laborales que cualquiera de ellos contraiga con los trabajadores. Cada uno responde por los demás.

Ahora bien, el artículo 21 presenta los supuestos en los cuales se presume, *iuris tantum*, la existencia de un grupo de empresas, tales casos son los siguientes:

- a. Cuando hay una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de la misma.
- b. Cuando los órganos de administración son prácticamente los mismos.
- c. Cuando utilicen idéntica denominación, marca o emblema.
- d. Cuando desarrollen en conjunto actividades que evidencien integración.

A los efectos de que se presuma la existencia de un grupo de empresas, basta que opere cualquiera de las características expuestas, La presunción no es total e inapelable ya que los patronos pueden probar, por los medios legales, que se trata de empresas totalmente independiente la una de la otra.

En función de las precedentes exposiciones sobre sustitución de patronos y grupo de empresas, puede traerse a colación la Sentencia del 6 de octubre de 1994 del Juzgado Superior Cuarto del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas

(J. Goicoechea contra Ceteco de Caracas, S.A. y otra) sobre la sustitución de patrono en caso de un grupo empresarial que forma una unidad económica.

De la misma se desprende que la existencia de un grupo empresarial no hace aplicable la existencia del supuesto de la sustitución de patrono conforme al principio particularmente esgrimido de la novación subjetiva de la relación laboral, consistente en una cesión personal, en razón de la cual una empresa sustituyó en la posición jurídica que tenía la otra en dicha relación laboral, asumiendo la condición de nuevo patrono.

En este sentido, el grupo de empresas conforma una única unidad económica desde el punto de vista laboral, que indudablemente tiene implicaciones legales en el ámbito de competencia del Derecho que rige esta materia, como consecuencia del hecho social trabajo; independientemente que tales empresas estén constituidas como entes comerciales con personalidad jurídica propia en cuanto a lo que compete a la esfera del Derecho Mercantil. En presencia de tal circunstancia y observando que las accionadas han alegado la caducidad en lo que respecta a la codemandada, sobre la base de una presunta sustitución de patronos, como suerte de pretender una excepción en cuanto a la responsabilidad que se le atribuye en los conceptos demandados en este juicio, se determina que tal supuesto no puede configurarse de la manera que se ha expuesto, en virtud de que mal puede alegarse esa sustitución patronal dentro de un grupo de empresas que constituyen una unidad económica desde el punto de vista laboral, ya que lo que ha podido surgir es simplemente el traslado del trabajador de una empresa a otra, sin que ello constituya fórmula de solución de continuidad del vínculo jurídico laboral que las unió con el laborante, ni mucho menos que se haya configurado la pretendida sustitución patronal con las implicaciones que a la misma se le ha querido atribuir en este juicio.

De esta manera, ante las actividades mancomunadas desplegadas por el grupo empresarial al que pertenecen las empresas accionadas, luce totalmente improcedente conforme a derecho la alegada caducidad, dado que no se cumplieron los extremos legales exigidos en la jurisdicción laboral. De tales actividades más bien emana, *ex lege*, una verdadera solidaridad empresarial por la confusión palpable en que se diluye la representación y dirección de los entes mercantiles accionados en este juicio, que indudablemente dan la impresión de constituir una sola unidad patronal dentro del ámbito de regulación de la cuestión laboral abatida en el caso que nos ocupa, puesto que están revestidas de actuaciones con características propias como si se tratara de una singular manifestación empleadora en cuanto al vínculo jurídico que las unió con el trabajador demandante.

Igualmente, a los efectos de profundizar sobre la Novación Subjetiva, se recurre a la Sentencia del magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, Sala de Casación Social,

N° 223 del 19/09/2001. Dicho Magistrado en la misma deja por sentado el siguiente criterio, que a continuación se resume:

Con respecto a la figura de la sustitución de patrono, acude a las exposiciones de Rafael Alfonzo-Guzmán, en su obra *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana*, que considera la existencia de sustitución de patrono cuando el propietario o poseedor de una empresa, establecimiento, explotación o faena, transmite sus derechos a otra persona natural o jurídica, que continúa la misma actividad económica o que la prosigue sin alteraciones esenciales. Igualmente cita a Mario de la Cueva, quien expone con ocasión de la sustitución de patronos que, no basta que los productos de la negociación o parte de la maquinaria, útiles o enseres, se vendan, sino que es preciso que se transmita la empresa misma, como unidad económica-jurídica o una parte de la propia empresa que, a su vez, constituya una unidad económica-jurídica; en el primer caso, la sustitución de patronos es total, en el segundo, sólo se opera con relación a los trabajadores que prestan sus servicios en la sucursal o dependencia cedida.

De igual forma la doctrina mexicana, fuente de inspiración del Derecho Laboral venezolano, indica que pueden existir dos tipos de sustitución de patrono, las cuales a saber, como lo indica Mario de la Cueva, son, por una parte, la sustitución total, la cual se materializa cuando se transmite la empresa misma, como unidad económica-jurídica y, por la otra, una parte de la propia empresa que, a su vez, constituya una unidad económica.

Al adminicular el criterio expresado al caso en estudio, podemos determinar que lo que demostró el demandante es que existió una sustitución de patrono, criterio que la Sala comparte, pues, tal y como se evidencia de autos, el demandante, al ser trasladado a Venezuela, continuó prestando sus servicios en una sucursal de la empresa domiciliada en los Estados Unidos de Norteamérica, existiendo en tal sentido, la continuidad de la relación laboral.

Es por los motivos expuestos, que la Sala estima que en el presente caso si se materializó la figura de Sustitución de Patrono y que por ese mismo motivo no era necesario proceder a la citación de las demás empresas, pues, las mismas no son las demandadas.

Al transcribir la Sala ciertos pasajes del fallo recurrido constató que el mismo versó sobre lo siguiente:

Se puede evidenciar de las actas procesales y de las diferentes correspondencias que existen a tal efecto, una relación organizacional entre la demandada y las empresas, al utilizar las mismas en su papelería el emblema

(OXY); así mismo dicha circunstancia se puede evidenciar de comunicación enviada por el actor en fecha (...) la OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION INC, respondida por el (...) Supervisor de Recursos Humanos de OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY, empresa diferente a la cual fue remitida la comunicación al actor, evidenciándose como consecuencia una coordinación o correlación entre las diferentes empresas, encuadrándose perfectamente con los supuestos de hecho relativos a la Unidad Económica o Grupo de Empresas, en la forma ya expresada.

A tal respecto, resulta evidente del análisis de la documentación presentada no sólo por el demandante, sino también por la demandada, que el actor comenzó a prestar servicios en (...) para la empresa OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION INC. (OXY) a través de su empresa Filial OCCIDENTAL OIL AND GAS CORPORATION (OXY) (...) y que en fecha (...) fue transferido a laborar en Venezuela por su patrono para ese momento, OCCIDENTAL INTERNATIONAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY (OXY) a la empresa CIA. OCCIDENTAL DE HIDROCARBUROS (OXY), relación de trabajo ésta que según confesión de la parte demandada terminó en fecha (...) en la cual OCCIDENTAL INTERNATIONAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY (OXY) le ofrece al actor en Venezuela un traslado a Bakersfield, Estado de California de los Estados Unidos de norteamérica y de comunicación de fechas (...) y (...) en la cual el actor responde en papelería de CIA. OCCIDENTAL DE HIDROCARBUROS, INC (OXY) a OCCIDENTAL INTERNATIONAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY (OXY) que no desea su transferencia a los Estados Unidos (...). Establecida previamente la Unidad Económica o Grupo de Empresas y reconocido y admitido por la demandada que el actor laboró para la empresa OCCIDENTAL INTERNATIONAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY (OXY), se evidencia plenamente que el actor mantuvo una relación laboral con la demandada y consecuentemente con la Unidad Económica o grupo de empresas que la conforman. De las comunicaciones antes referidas se evidencia (...) la relación organizacional que existe entre las empresas, al dirigir el actor en papelería de la empresa para la cual trabajaba en Venezuela CIA. OCCIDENTAL DE HIDROCARBUROS, INC (OXY) respuesta de la proposición de traslado presentada por OCCIDENTAL INTERNATIONAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY (OXY) en los Estados Unidos de norteamérica, teniendo todas dichas empresas según se evidencia de su papelería el emblema (OXY),

es decir que utilizan una idéntica denominación, marca o emblema y desarrollan en conjunto actividades que demuestran su integración.

Observa la Sala que tal como se desprende del contenido del fallo parcialmente transcrito, en el cual se evidencia que el Juez de Alzada, en efecto no realiza un pronunciamiento expreso sobre la figura de sustitución de patronos, planteada por el demandante en el libelo de la demanda y que fue rechazada por el demandado en su escrito de contestación. No obstante a esto, si se desprende de manera evidente, que el Juez de la recurrida utilizó como medio de inducción para la determinación de la continuidad laboral y, por lo tanto, para la determinación de la existencia de la figura de sustitución de patrono el previo análisis de la figura de la Unidad Económica o Grupo de Empresas, para de esta manera evidenciar de manera indubitada la materialización de la figura de sustitución de patronos, lo cual es procedente y adecuado conforme a derecho. Además añade la Sala que el Grupo Empresarial presupone la existencia de personas jurídicas diferentes, con patrimonio y capacidad procesal propios, pero responsables solidariamente frente al trabajador. Esa solidaridad tiene su origen en la Ley, concretamente en el artículo 90 de la Ley Orgánica del Trabajo. La unicidad sólo existe en cuanto a la responsabilidad frente al trabajador acreedor y está expresada en términos legales, en la solidaridad de codeudores del artículo 1.221 del Código Civil.

Respecto al punto en cuestión, la Sala dejó constancia así como lo ha hecho en las denuncias anteriores, que cuando el Juez de Alzada procede a declarar la existencia de la Unidad Económica o Grupo de Empresas, lo hace única y exclusivamente con el objeto de demostrar la responsabilidad solidaria entre ese Grupo de Empresas, así como la continuidad de la relación laboral y la materialización de la figura de sustitución de patronos, lo cual es jurídicamente admisible. En tal sentido, es sólo por esas específicas razones y no otras por las que el Juez de la recurrida declara la Unidad Económica o Grupo de Empresas.

3.2.3.2 Novación objetiva

Este tipo de novación consiste en acuerdos modificativos o pactos novatorios entre las partes, que alteran las condiciones del contrato de trabajo, afectando su aspecto sustantivo (jornada de trabajo, categoría profesional, alteración de salario).

Se puede catalogar a la novación objetiva como una novación sustancial de las condiciones de trabajo, cuyo efecto es alterar y transformar los aspectos fundamentales de la relación laboral.

El problema, al respecto recae en encontrar el punto donde se diferencian lo sus-

tancial de lo no sustancial, razón por la cual se debe acudir accesoriamente a la doctrina y jurisprudencia.

En términos generales deberemos tener en cuenta varios factores:

- a. La cantidad de cambio respecto a lo anterior.
- b. La prolongación de la situación distinta a la anterior, que también matiza la cantidad de cambio.

Con estos valores son con los que se mueve la judicatura para definir el punto de inflexión teniendo en cuenta dos detalles:

- a. La sustancialidad nada tiene que ver con el perjuicio. Es decir, una modificación que perjudique no tiene porqué ser sustancial, y viceversa. Será sustancial o no, independientemente de como afecte la medida a cada uno de los trabajadores. Por ejemplo, un cambio de jornada continua a jornada fragmentada puede ser muy perjudicial para unos (hijos pequeños) y muy beneficiosa para otros.
- b. Las condiciones de trabajo pueden derivar de la Ley, del Código Civil, de un Acuerdo de Empresa, del contrato, de modo que una persona puede estar afectada por diferentes normas que marquen sus condiciones de trabajo.

El régimen debe aplicarse teniendo en cuenta el origen de la condición que se quiere modificar, con la excepción que diga la Ley, pues el empresario al convenir un cambio con el trabajador, no puede incumplir la Ley. Es decir, aquello que venga impuesto por Ley no podrá ser modificado.

Con todo ello estaremos hablando de cambios de cierta entidad, que se prolongan en el tiempo que no irán relacionados con el perjuicio y con independencia de donde provengan.

Entre las novaciones objetivas más importantes podemos mencionar a manera de enunciación:

- a. Alteración de las condiciones del Sitio o Recinto donde se prestan los servicios. La alteración no debe significar menoscabo para el trabajador.
- b. Alteración de la Distribución de la Jornada de Trabajo. La alteración debe fundarse en circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento, o alguna de sus unidades o conjuntos operativos y no a trabajadores en particular. Deberá respetar los parámetros legales exigidos a tales fines (artículos 194, 195, 196 LOT).

Al respecto resulta importante señalar que la LOT permite la prolongación de la jornada a través de su artículo 199, fundamentada principalmente por moti-

vos técnicos, de producción y labores especiales. Igualmente permite la Ley la celebración de modificaciones a la jornada (artículos 196 y 206). Por una parte se permite que la jornada exceda diariamente a 9 horas siempre que exceda el límite semanal de 44 días, y por otra parte, permite la novación siempre que sea acordada por las partes de la relación laboral y siempre que se establezcan previsiones compensatorias en caso de exceso, siendo condición al efecto que el total de horas trabajadas en 8 semanas no exceda en promedio 44 horas por semana.

- c. Régimen de trabajos o turnos. Dentro de este régimen se encuentra la figura de las horas extras, a la cual le es aplicable, además de la normativa desarrollada para la jornada de trabajo, la siguiente: Para efectuar una prolongación de la jornada ordinaria mediante horas extras se debe solicitar autorización del Inspector del Trabajo y se deben respetar límites establecidos como topes. Asimismo, desde el punto de vista del contrato colectivo, el Ejecutivo puede variar, previa consulta de las organizaciones sindicales, los referidos topes máximos, para determinadas actividades (artículo 207 LOT). En el sentido inicial, el Inspector deberá comunicar su decisión sobre la prolongación dentro de 48 horas contadas a partir del recibo de la solicitud (artículo 208 *eiusdem*). Dicha autorización podrá omitirse en caso imprevisto o urgente debidamente comprobado, debiendo informar el patrono tal hecho a la Inspectoría el día hábil siguiente (artículo 210).
- d. Sistema de trabajo y rendimiento.
- e. Sistema de remuneración siempre que no contraríen los topes mínimos exigidos legalmente.

Existe a su vez otros tipos de novaciones objetivas, que dada su amplitud, importancia y trascendencia, ameritan más detenimiento en su estudio, razón por la cual nuestro análisis se efectuará con más detalle y esmero. Las mismas son:

3.2.2.2.1 Novaciones locativas (geográficas): ocurren cuando el trabajador deba cambiar su residencia, ello puede ocurrir internamente en el territorio nacional o fuera del mismo. Se le otorgarán carácter sustancial y no leve, cuando el trabajador no puede volver a casa para pernoctar, comer, etc.

Al respecto nuestra LOT señala que aquellos cambios de residencia no estipulados por las partes mediante contrato, se considera un despido indirecto (Parágrafo Primero, literal “a” del artículo 103).

El artículo 40 del Estatuto de Trabajo español entiende por movilidad geográfica el cambio o modificación del lugar donde se realiza la prestación laboral y com-

prende dos conceptos distintos: el traslado y el desplazamiento.

El *traslado* implica la existencia de al menos dos centros de trabajo de la misma empresa y supone un cambio definitivo. El *desplazamiento* supone un cambio de lugar de trabajo temporal. En ambos se da un cambio de lugar de trabajo y de residencia pero lo fundamental es que mientras que en el traslado es definitivo, en el desplazamiento es temporal.

Es principio general que “la empresa puede modificar el lugar en que se presta el trabajo de modo definitivo (traslado) o temporal (desplazamiento), condicionada esta decisión a que existan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial que lo justifiquen. Se entenderá que concurren estas causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa, a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

Al respecto, el artículo 103 en su Parágrafo Primero literal “a” señala que sólo será admisible si así se ha convenido, si la naturaleza del trabajo implica cambios sucesivos de residencia o si el cambio es justificado y no acarrea perjuicio a éste.

No obstante, lo anterior deben analizarse con más profundidad al respecto aquellos casos de movilidad externa que trastoca la esfera del Derecho internacional y que ha resultado doctrinaria y hasta jurisprudencialmente controvertido.

Tal movilidad externa del trabajador se produce en virtud de las manifestaciones de la globalización de la economía. Una de estas manifestaciones, y que tiene repercusiones directas en el Derecho de Trabajo, está constituida por el cúmulo de problemas e interrogantes jurídicas que se generan a propósito del desplazamiento de trabajadores de un país a otro.

Esta cuestión, por cierto, no es trivial, pues lo que está en juego son los derechos laborales de las personas que pueden verse afectados en su esencia.

En efecto, puede suceder que un venezolano sea contratado en Venezuela para prestar servicios bajo subordinación y dependencia en el extranjero, en un país cuya legislación laboral es menos beneficiosa que la venezolana y que, con ocasión de la ejecución del contrato en el extranjero, se suscite una controversia respecto a cuál legislación es la que se debe aplicar: ¿La venezolana, que es más beneficiosa, o la extranjera, que no lo es tanto?.

Las soluciones a este problema jurídico las brinda el Derecho Internacional Privado del Trabajo que, corrientemente, ha sido definido como el conjunto de normas

destinadas a resolver los conflictos de leyes del trabajo.

Esta rama del Derecho responde las preguntas precedentemente planteadas, mediante la denominada norma de conflicto de leyes que determina la legislación aplicable a una relación jurídica de Derecho Internacional Privado.

La función de la norma de conflicto es determinar la legislación, nacional o extranjera, que va a regir la relación jurídica.

Vista estructuralmente, la norma de conflicto es aquella que contiene un elemento esencial que engarza o anuda la relación jurídica de que se trate, con una legislación determinada. Este elemento, denominado “*factor de conexión*”, varía según la categoría de las materias de que se trate.

Los factores de conexión más usados son:

- a. Nacionalidad, personas naturales o jurídicas, o de algunos bienes a quienes se les asigne también este atributo (naves y aeronaves);
- b. El domicilio, en cuanto vincule a las personas, o a algunos bienes, al territorio de un Estado determinado;
- c. La situación o lugar en que se encuentre una persona; un bien mueble o inmueble; o se realice un acto; y,
- d. La autonomía de la voluntad.

A tales efectos resulta importante deslindar los de Derecho Internacional Privado del Trabajo del Derecho Internacional del Trabajo.

Este último se define generalmente como el conjunto de normas y principios jurídicos laborales emanados de fuente internacional, destinados a uniformizar e internacionalizar el Derecho del Trabajo; en tanto que el primero, como el conjunto de normas y principios que tienen por objeto resolver los conflictos que se presenten con ocasión de la aplicación de las leyes laborales en el espacio.⁹

Las diferencias entre uno y otro son, pues, substanciales.

El Derecho Internacional del Trabajo pertenece al amplio dominio del Derecho Internacional Público, en cuanto implica la vigencia de un sistema jurídico aceptado por la Comunidad Internacional, en la perspectiva de regular las interacciones

⁹ VALENZUELA, Arturo. **Derecho Procesal del Trabajo**. S/L Editorial José M. Cajigal. 1957, p. 323.

jurídicas entre los Estados, creando derechos y obligaciones entre ellos.

El Derecho Internacional Privado del Trabajo, por su parte, tiene por objeto principal no el establecer derechos y obligaciones entre los Estados, sino el determinar cuál es la jurisdicción competente o la ley que debe aplicarse en caso de concurrencia simultánea de dos o más jurisdicciones o de dos o más leyes en el espacio, que reclaman su observancia.

El Derecho Internacional Privado del Trabajo se ha ido formando a lo largo de los años, mediante una variedad de leyes que los Estados han dictado con el objeto de resolver los conflictos espaciales de leyes laborales.

Lo determinante para distinguir la existencia de este Derecho en los ordenamientos jurídicos, es, como se advierte, la localización en su interior de leyes que resuelvan los conflictos espaciales de leyes laborales que pudieran suscitarse.

En este orden de ideas, a los fines de explicar lo que la legislación y doctrina establecen en el caso venezolano se traerá a colación una sentencia del máximo Tribunal de Justicia, específicamente de la Sala de Casación Social, Sentencia N° 223 del 19/09/2001, mediante la cual la Sala se aparta del criterio jurisprudencial establecido por la Sala de Casación Civil, y asume como nueva doctrina el hecho de que para el caso de trabajadores extranjeros que hayan sido contratados en el exterior y posteriormente trasladados a Venezuela, país éste donde finaliza la relación laboral; al realizarse el cálculo de lo que corresponda al trabajador por concepto de prestaciones sociales, deberá tomarse en cuenta única y exclusivamente para dicho cálculo, el tiempo de servicio efectivamente prestado en el territorio nacional, sin poder en ningún caso, hacerse extensivo al período o lapso de duración de la prestación de servicio que haya realizado el trabajador en otro u otros países distintos a Venezuela.

Los aspectos más importantes de la sentencia se resumen a continuación:

El recurrente alegó la existencia de un error de interpretación (Ord. 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil), por parte de la recurrida, del artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo, fundamentando ello en que dicha disposición debe interpretarse de la forma siguiente: Las normas laborales son de orden público, por tal motivo, cuando el trabajador extranjero es contratado en el exterior para prestar sus servicios en Venezuela, efectivamente debe aplicarse la normativa del trabajo venezolana. Sin embargo, resulta contrario a la norma que cuando una relación laboral finaliza en Venezuela, deba reconocérsele el tiempo de servicio supuestamente prestado en el extranjero al trabajador.

El hecho de la disposición en cuestión indique que las normas de la LOT son de orden público y que se aplican territorialmente, significa que la misma sólo puede aplicarse a quienes se encuentren en la República de Venezuela, es decir, dentro de su demarcación geográfica –incluyendo aquellas zonas que por razones diplomáticas son consideradas territorios bajo soberanía venezolana–. Continúa la norma que se analiza, expresando que las disposiciones de la LOT rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo PRESTADO O CONVENIDO en el País. De ello sólo puede interpretarse, en primer lugar, que rige a los venezolanos y extranjeros, que no obstante, haber suscrito un contrato de trabajo o haber iniciado una relación laboral en el extranjero, se encuentren prestando sus servicios en el País; y en segundo lugar, que dichas disposiciones también rigen a los venezolanos y extranjeros que hayan convenido el trabajo dentro del País.

En el presente caso, el contrato de trabajo fue pactado en los Estados Unidos de América, por lo que el mismo, en principio se rige conforme a las leyes de dicho país, salvo en el momento en que el trabajador comienza a prestar servicios en Venezuela, ya que desde ese momento el contrato original sufre una modificación tácita que relaja las condiciones originales del contrato de trabajo, para dar entrada a las disposiciones de orden público venezolanas.

Por tal razón, sería una contradicción el incluir dentro de la normativa venezolana, el tiempo que ROBERT CAMERON prestó sus servicios fuera de Venezuela, ya que en las épocas en que ello ocurrió, dicho ciudadano pudo haber prestado sus servicios en Estados Unidos de América, momento en el que se aplicaba la ley de dicho país; o pudo haber prestado servicios en Libia y entonces el contrato de trabajo se regiría por la ley de este país. Ello significa que la relación del trabajo debe seccionarse, pues existe un conflicto de leyes entre la ley venezolana cuando el actor trabajó en Venezuela, y las leyes de otros países donde el actor trabajó antes de llegar a Venezuela, que hace imposible que se aplique a los servicios prestados en el exterior, la Ley venezolana, y por tanto, no puede computarse para la antigüedad o cualquier otro beneficio laboral.

Producto de lo antes expuesto, es que el artículo 10 de la LOT debe interpretarse en el presente caso, en el sentido de que las disposiciones de orden público del citado texto legal “...rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el País...” y por lo tanto los beneficios, cargas, obligaciones, reglas y derechos que consagra la Ley Orgánica del Trabajo deben limitarse al tiempo real y efectivo prestado en el País, que en el caso son aproximadamente dos años, sin que se pueda incluir o imputar a la empresa venezolana el tiempo de servicio en el extranjero, pues en esas épocas, no regía la ley venezolana y los espec-

tos de la relación laboral son desconocidos por la empresa venezolana, la cual no debe asumir tales obligaciones, pues no puede defenderse de las mismas al no conocerlas.

Se observa claramente que la Sala considera que la recurrida en su contenido acoge el criterio clásico, que hasta los momentos ha resuelto el tema de la territorialidad de la relación laboral, en cuanto a su aplicación para los trabajadores extranjeros contratados en el exterior (trabajadores expatriados) y que presten sus servicios en Venezuela, para lo cual, en el caso de que la relación de trabajo finalice en el territorio nacional, deberá aplicarse la Legislación Laboral venezolana por todo el tiempo que perduró la prestación de servicio, es decir, tomando como uno solo el periodo de dicha prestación en el extranjero con el periodo de la prestación de servicio en Venezuela.

En tal sentido, y con fundamento en las exposiciones de Rafael Alfonzo-Guzmán, en su obra **La Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo**, que desarrolla el principio de la territorialidad de la Ley Laboral venezolana se indica que su territorialidad se explana en el artículo 10 de la LOT, al indicar que sus disposiciones “son de orden público y de aplicación territorial; rigen a los venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país”. Es decir, que según la referida norma, una doble noción territorial delimita la vigencia de las disposiciones de esa ley: en primer lugar, porque ella alude al territorio como limitado asiento material del Estado, en donde su soberanía se ejerce al dictar y hacer cumplir las disposiciones de la ley; y, en segundo término, porque según esa misma norma, el territorio es el lugar donde acaecen o suceden las situaciones y relaciones jurídicas que dicha ley regula; o sea, aquéllas surgidas con ocasión del trabajo prestado (*lex loci executionis*), o convenido (*lex loci celebrationis*) en el territorio nacional venezolano.

En principio, los contratos de trabajo para organizar y dirigir la actividad de una empresa que presta servicios en diversos países, se hallan sujetos a la legislación laboral del lugar de su celebración. Dado que esos acuerdos han de ejecutarse normalmente en países diferentes del lugar donde fueron celebrados, es lógico pensar que ambos contratantes se vincularon a sabiendas de la existencia de reglas de orden público propias de los territorios donde el contrato habría de ejecutarse, reglas ante las cuales las estipulaciones del convenio de trabajo celebrado han de ceder, temporalmente, su prelación.

La aplicación casuística de la ley extranjera (sólo en cuanto resulte más favorable que lo pactado), y temporal (sólo a los hechos y situaciones que se realizan durante la permanencia del trabajador en territorio extranjero), lejos de significar la des-

integración del contrato celebrado en fragmentos independientes de tiempo, modo y lugar, es expresión de la unidad inescindible del mismo y de la verdadera intención de los contratantes.

La conservación del contrato, impuesta por el respeto a la voluntad de sus celebrantes, excluye, consecuentemente, que una legislación territorial distinta de la del país de su celebración, se aplique en sustitución de ésta. Si el contrato fue celebrado en Estados Unidos de América para ser ejecutado parcialmente en Venezuela, Colombia y España, por ejemplo, el trabajador no puede aspirar a que el contrato rijan íntegramente sus efectos por la ley venezolana, como si todo el tiempo de trabajo que sirve de base a las prestaciones e indemnizaciones en ella previstas hubiera transcurrido en Venezuela, y, como si la ley norteamericana que sirvió de marco al acuerdo, ni las demás leyes extranjeras efectivamente aplicadas, no tuvieran influencia alguna en el proceso lógico de la interpretación del contrato.

En el caso que sirve de ejemplo, existe la unidad del contrato a todos los efectos legales, no obstante, la segmentación de los servicios prestados bajo el imperio de diversas leyes territoriales y de orden público, pero los efectos de esa unidad convencional han de ser demandados de conformidad con la ley del lugar de su celebración. Quien pretenda reclamar las prestaciones preceptuadas por la ley de un país diferente, debe limitarse al período de tiempo servido en ese país, en el entendido de que los pagos recibidos por tal concepto han de descontarse del adeudo final según la legislación del lugar de celebración del contrato. Cuando el artículo 10, parcialmente transcrito, de nuestra Ley Orgánica del Trabajo, delimita el imperio de esa ley al trabajo que se presta efectivamente en Venezuela, o que se conviene en Venezuela para ser prestado en el extranjero, descarta la posibilidad de que puedan reclamarse las prestaciones preceptuadas en la ley laboral venezolana sin estar sirviendo en Venezuela para el momento de la demanda, con base en todo el tiempo de servicio fuera del territorio nacional.

Un argumento adicional habrá de resaltar el acierto de nuestro razonamiento sobre esta materia: las cláusulas del contrato contrarias a la ley territorial de turno habrán de quedar automáticamente sustituidas por la disposición legal imperativa. Mas, dicha sustitución no es definitiva, sino temporal, mientras el trabajo se ejecuta dentro del territorio de la ley concurrente. Una vez bajo la vigencia de otra ley territorial, la cláusula recobra su eficacia normal, si la ley del nuevo territorio donde el trabajo se realiza no la reemplaza por otra disposición de orden público que la sustituya igualmente.

La conclusión anterior destaca igualmente la unidad del contrato, que conserva su originaria identidad, no obstante, las periódicas mutaciones parciales y temporales de su contenido; de otra parte, la sucesiva pérdida y recuperación de la efica-

cia de las estipulaciones del acuerdo celebrado, a medida que el trabajador se desplace de uno a otro país, explica hasta la evidencia que toda ley laboral rige únicamente en el territorio en que el trabajo se convino o se realiza, tal como lo precisa el artículo 10 del ordenamiento venezolano sobre la materia.

El principio de aplicación territorial corrige, por tanto, la tradicional posición de nuestra jurisprudencia, según la cual bastaba la prueba del servicio continuado en el exterior del país, cumplido bajo la vigencia de otras leyes laborales, para merecer las prestaciones sociales previstas en la Ley del Trabajo venezolana, con base en el salario devengado por el empleado durante su estadía en Venezuela. Influidos por un mal entendido principio de favor al trabajador, así como por un exacerbado criterio sobre el valor de lo nacional, nuestros tribunales han recurrido a una supuesta solidaridad entre las diferentes empresas a las cuales alega el trabajador haber servido. La solidaridad no debe confundirse con la subsidiaridad. La primera es cualidad de un derecho o de una obligación comunes a varios acreedores o deudores, de modo que el pago hecho por uno de los deudores liberte a los otros, o que el pago total a uno de los acreedores liberte al deudor para con todos (artículo 1.221 Código Civil), mientras que subsidiaridad es condición de lo que es parte accesoria de algo principal, de lo cual depende.

Al concebir la subsidiaridad de empresas como solidaridad de obligaciones, nuestros tribunales han extendido indebidamente esta especial cualidad del nexo obligatorio, sin la prueba del pacto expreso de las partes que la haya convenido, y sin la existencia de una disposición de ley que terminantemente la declare, pasando por alto el hecho de que suponer vinculadas solidariamente a empresas que no son más que partes de una misma unidad organizativa y funcional, accesorias de una firma principal, es suponer a un único deudor, solidario consigo mismo.

Además de la sustitución de patronos, la LOT crea la solidaridad de deudores únicamente en dos ocasiones distintas, a saber: a) En su artículo 54, cuando obliga al beneficiario de las obras o servicios realizados por el intermediario a quien aquél hubiera autorizado expresa o tácitamente; y b) cuando obliga al dueño de la obra o beneficiario del servicio, frente a los trabajadores de los contratistas o subcontratistas que utilice (artículo 56 *ejusdem*).

Pensamos que sólo en estos tres casos, o cuando exista pacto expreso que establezca la responsabilidad solidaria entre las empresas asentadas en distintos países, podrían ser reclamadas las prestaciones sociales preceptuadas por la ley de un país diferente al de la celebración del contrato, con base en todo el tiempo en que haya prestado servicios para las referidas empresas. De no ser así, se da el absurdo de que cualquier empresa venezolana habría de responder solidariamente de las utilidades que deban a sus trabajadores las empresas vinculadas económi-

camente a ella, asentadas en otros países; como también de los accidentes o enfermedades profesionales, recargos de horas extras, jornada nocturna, vacaciones vencidas, etc., ocurridos en el extranjero, pues los codeudores solidarios deben la misma cosa. La empresa nacional, incluso, quedaría obligada en caso de que los pretendidos derechos del trabajador hubieren sido cancelados según las leyes territoriales aplicables, mediante el pago de una suma menor a la que la legislación venezolana prevé para supuestos semejantes. ¿Luce coherente con la seguridad jurídica y con el principio de orden público territorial propio de la ley laboral de cada país, que ningún derecho causado según la legislación extranjera pueda tenerse como cierto y seguro hasta que el mismo sea revisado a la luz de la legislación venezolana? ¿No se ve claro que aplicar la Ley nacional al tiempo transcurrido bajo la vigencia de otras leyes de idéntico carácter imperativo, pero distintos efectos, es atribuirle a la ley venezolana una naturaleza supranacional que no posee?.

En un orden conexo de ideas, ¿habría que aplicar la indexación a tales pagos, no obstante que según el artículo 1.227 del Código Civil, la mora de uno de los deudores (el extranjero que ha pagado incompleto conforme a la ley venezolana, pero que ha cumplido correcta y puntualmente según su respectiva ley), no tiene efecto con respecto a los otros? Si la indexación obra como un correctivo de la morosidad del deudor, ¿por qué habría de pagarla la empresa venezolana, si ella no ha entrado en situación de mora? El principio civil de la independencia de la obligación de cada deudor solidario, salvo para el pago, queda sin explicación con la posición tradicional de nuestra jurisprudencia. Y si se responsabiliza, en nombre de una presunta solidaridad, a la empresa nacional por el cumplimiento de leyes vigentes en territorios extranjeros, el trabajador acreedor de una obligación amparada en esas leyes podría demandar solidariamente su cumplimiento en Venezuela. Eso, según el artículo 1.226 del Código Civil, no le impediría proponer la demanda contra los otros deudores en Venezuela o en sus países, siempre que la acción no se hubiera extinguido.

A modo de conclusiones, puede entonces, afirmarse:

- a. La Ley venezolana no es aplicable más que a los servicios prestados o convenidos en Venezuela (artículo 10 de la LOT).
- b. La solidaridad, como nexos entre deudores de una misma obligación, no proviene más que de pacto expreso o de regla legal.

Tal y como se evidencia del criterio *supra* transcrito, el tratadista en cuestión, sostiene que el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo, conlleva en sí mismo una doble noción de territorialidad, la cual está sometida en primer término al territorio como delimitación geográfica del Estado, en donde rige al mismo tiempo el

principio de la soberanía, el cual permite la creación y cumplimiento de las leyes; y en segundo lugar, el sometimiento de dichas normas al lugar donde se suscitan las situaciones jurídicas que la misma ley regula, es decir, aquéllas surgidas con ocasión del trabajo prestado o convenido en el territorio nacional venezolano. En tal sentido, estima el referido autor, que cuando las partes contratantes celebran un contrato para que el mismo sea ejecutado en distintos países, lo hacen a sabiendas que en éstos, existen reglas de orden público propias de cada ordenamiento jurídico y, que por tales motivos las estipulaciones establecidas en el contrato celebrado, cederán ante éstas, claro está, por el tiempo en que perdure la ejecución de la actividad pactada en el territorio extranjero. Es así pues, como lo considera el Dr. Alfonso-Guzmán, "...quien pretenda reclamar las prestaciones preceptuadas por la ley de un país diferente, debe limitarse al período de tiempo servido en ese país..." para de esta forma dar fiel cumplimiento a las normas de orden público de ese lugar de ejecución. Razonamiento éste que para la Sala, se encuentra acorde con el principio básico de soberanía de los Estados y con el de aplicabilidad territorial de las leyes nacionales, que en el presente caso son las venezolanas.

Del contenido del artículo 10 de la LOT podemos determinar 1°) el carácter de orden público de la norma laboral; 2°) su aplicación territorial; 3°) el hecho de que la misma rige a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado en el país. Tal y como allí se establece y para el caso que nos ocupa, extraeremos del artículo in comento, lo relativo a la aplicabilidad de la Ley Laboral a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado en el país, de lo que sólo podemos admitir una sola y única interpretación, la cual, se encuentra ceñida al contexto literal de lo allí establecido, como lo es el hecho de que la Ley Laboral venezolana sólo será aplicable a venezolanos y extranjeros por la relación laboral efectivamente prestada dentro del territorio de la República, interpretación ésta que para la Sala resulta conforme a derecho, pues, se ajusta a la letra del artículo en estudio. Pero cabría preguntarse ¿debe la Ley Laboral venezolana tener aplicabilidad a los trabajadores extranjeros, que habiendo sido contratados en el exterior, son trasladados a nuestro país para continuar con la prestación de servicios y ésta finaliza en el Territorio Nacional? y en caso de ser así, ¿debe computarse para efecto de las prestaciones sociales todo el tiempo que perduró la relación laboral, es decir, tanto el tiempo de servicio prestado en el exterior como el prestado en Venezuela? Para el entender de la Sala, la primera de las interrogantes encuentra su respuesta en el propio artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo, ya que la norma es clara al admitir tal aplicabilidad. Ahora bien, para dar respuesta a la segunda interrogante, la Sala debe indicar en primer lugar, qué pretendió establecer el legislador con la utilización del término "ocasión", señalado en el artículo 10 de

la Ley Orgánica del Trabajo, para lo cual procede a definirlo. Efectivamente, el Diccionario de la Lengua Española, entiende por “Ocasión” la “Oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa. Causa o motivo porque se hace o acaece una cosa...”. En su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Caballeras lo define como la “Oportunidad. || (...) || Causa de hecho o acción.”¹⁰

Tal y como se desprende de la primera de las definiciones, la misma está referida al tiempo o lugar para realizar una acción; y, en cuanto a la segunda, se refiere a la causa de hecho o acción propiamente dicha. En tal sentido, la Sala infiere que el vocablo “ocasión” no es otro, que la oportunidad o tiempo determinado para la realización de una acción por medio de la cual se obtendrá uno o varios resultados sean éstos de cualquier naturaleza.

Ahora bien, al adminicular el análisis *supra* realizado al caso que nos ocupa, esta Sala de Casación Social no tiene dudas en admitir que la Ley Laboral venezolana además de ser aplicada a venezolanos y extranjeros, dicha aplicación estará ceñida a la ocasión del trabajo prestado o convenido en el país, por lo que sólo estará sometida a la oportunidad o tiempo determinado de duración de la prestación de servicio en el Territorio Nacional, sin que pueda, por tales motivos, hacerse extensiva a las prestaciones de servicio que haya podido realizar el trabajador en el país extranjero donde contrató o en cualquier otro si fuere el caso.

Así pues, esta Sala de Casación Social, se aparta del criterio jurisprudencial establecido por la Sala de Casación Civil, y asume como nueva doctrina el hecho de que para el caso de trabajadores extranjeros que hayan sido contratados en el exterior y posteriormente trasladados a Venezuela, país éste donde finaliza la relación laboral; al realizarse el cálculo de lo que corresponda al trabajador por concepto de prestaciones sociales, deberá tomarse en cuenta única y exclusivamente para dicho cálculo, el tiempo de servicio efectivamente prestado en el territorio nacional, sin poder en ningún caso, hacerse extensivo al período o lapso de duración de la prestación de servicio que haya realizado el trabajador en otro u otros países distintos a Venezuela, por lo que declara la procedencia de la presente denuncia.

3.2.2.2.2 Novaciones funcionales

¹⁰ CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. Buenos Aires. Editorial Heliasta 2003.

La mayoría de los tratadistas hacen referencia a la clase de trabajo que el trabajador está obligado a prestar por el contrato y está vinculada a la clasificación y categorías profesionales. La movilidad funcional “en el seno de la empresa” implica que el empresario puede encomendar al trabajador funciones o trabajos distintos a los que son propios de su categoría profesional.

Según los autores la novación consiste en ocupar a los trabajadores en diferentes actividades de la empresa según las necesidades de ésta. Siguiendo sus lineamientos podemos explicar con respecto a la misma lo siguiente:

Las características de tal tipo de novación se fundamenta en:

- a. Se ha de respetar titulaciones académicas y profesionales.
- b. La retribución ha de ser correspondiente a las funciones realizadas.
- c. Ha de realizarse sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación, vida, salud u actividad.
- d. No se puede causar despido por ineptitud o falta de adaptación al puesto.

Asimismo se puede señalar que existen dos clases principales de novación funcional a saber:

- a. Interna: dentro del grupo o categoría profesional.
- b. Externa: fuera del grupo o categoría profesional.

En tanto que se manifiesta a través de la siguiente forma:

- a. Ascenso: movilidad a categoría superior, siempre que existan razones técnicas u organizativas que las justifiquen, dichas funciones se desarrollaran por el tiempo imprescindible para su atención, si éstas duran 6 meses en un año u 8 meses en dos años, permite al trabajador al ascenso y la retribución correspondiente.
- b. Descenso: movilidad a categoría inferior debida a necesidades empresariales justificadas. El trabajador mantendrá su salario.

Tales novaciones, son aquellas referidas a las funciones o tareas que debe realizar el trabajador en su prestación laboral. Para ello, como se ha explicado, será esencial el diferenciar que novaciones funcionales serán sustanciales. A falta de estipulación legal expresa en nuestra legislación laboral, podemos acudir al Estatuto español, el cual en su artículo 39 indica que son aquellas que suponen una modificación de funciones fuera de su grupo profesional (extragrupo) y será no sustan-

cial la que se produzca dentro del mismo grupo profesional.

Es decir, el criterio gira entorno al concepto de grupo profesional que el propio Estatuto del Trabajo español define en su artículo 22: “se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales.”

Con respecto al requerimiento de la titulación el empresario no podrá dar la orden que constituya una situación de movilidad funcional cuando el puesto que se pretende que ocupe el trabajador requiera una titulación específica. Un ejemplo sería el licenciado en derecho contratado en un hospital. Está en el mismo grupo profesional que el médico: licenciados, sin embargo el empresario no podrá dar la orden al abogado para que se dedique a realizar curas a los enfermos. No decimos que suponga una modificación sustancial sino que es imposible. Por ello la Ley distingue entre titulación académica y titulación profesional. La académica estaría constituida por los títulos oficiales (universitarios, FP, bachillerato, etc.).

Por lo que respecta a la titulación profesional, existen determinadas profesiones en las que es necesario obtener otros títulos como pueden ser: el carnet de manipulador, el carnet de conducir, los permisos de armas o los cursos en materia preventiva para realizar actividades penosas, nocivas o peligrosas. Siempre estará por encima el estar habilitado académica o profesionalmente a saber si la modificación es sustancial o no. *Es una norma de orden público laboral*, está por encima y no se puede evitar: el empresario no podrá dar una orden que implique que el trabajador deba realizar unas tareas para las que no está habilitado.

Por último, encontramos en el último párrafo del artículo 39 *ejusdem*, una indicación para que podamos definir el criterio en caso de que no existan los grupos profesionales. Debiendo utilizar entonces el criterio de categoría profesional equivalente, según el cual si llegamos a la conclusión que las categorías son equivalentes será una modificación no sustancial y si no lo son será sustancial.

Este concepto es similar al de grupo profesional y se encuentra recogido en el artículo 22.3 ET: “Se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar prestaciones laborales básicas de la segunda, previa realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación”, y lo son o no con independencia de quien las ocupa y de la capacidad específica de quien los ocupa, es decir, no se debe valorar en función de la persona (criterio subjetivo de valoración), sino objetivamente según el puesto.

Una vez identificada la modificación funcional, veremos como la misma ha sido desarrollada por el ordenamiento jurídico venezolano.

A tales efectos el artículo 69 de la LOT y el artículo 18 de su Reglamento, estipulan el derecho que tiene el trabajador de no acatar instrucciones cuando éstas fueran manifiestamente improcedentes, es decir, incompatibles con su dignidad o que impliquen peligro a su vida, salud o preservación de la empresa.

Ello implica que tales modificaciones sólo serán posibles si existen razones técnicas u organizativas que la justifiquen, lo cual plantea lo siguiente:

- a. Este requerimiento no significa que las modificaciones funcionales no sustanciales puedan ser arbitrarias, lo que ocurre es que las causas se presumen en las no sustanciales, sin embargo, en las sustanciales debe existir una causa que pueda probarse fehacientemente, causas con un carácter más extraordinario y menos relacionable con el comportamiento habitual de la empresa.
- b. El elenco de causas es más reducido en este tipo de modificaciones que en el resto. En los restantes tipos de modificaciones las causas pueden ser: económicas, técnicas, organizativas, de producción y de contrataciones referidas a la actividad de la empresa. Mientras que en las modificaciones funcionales sustanciales las causas sólo pueden ser: técnicas y organizativas.

Por tanto, deberemos definir cuando una causa es de un tipo u otro. La Ley no lo define en ningún lugar y el concepto de causa varía según el empresario quiera, basándose en ella, despedir al trabajador o simplemente modificar el contenido de su relación laboral.

Podemos agrupar los tipos de causas en dos según su naturaleza en económicas, productivas y en técnicas y organizativas.

Una causa económica es la que se relaciona con la situación financiera o los resultados económicos de la empresa.

Una causa productiva se relaciona con lo que se produce, ya sea, desde la cantidad, desde la calidad o desde la variación de lo producido.

Como vemos están relacionadas, aunque puestos a reducir, podríamos decir que todo es una causa económica, no obstante, hay que diferenciar, pues si no sería imposible la movilidad funcional.

Las causas técnicas y organizativas se relacionan con decisiones estratégicas de

reordenación del sistema de producción. No se trata de los resultados sino de cómo se produce. Se pretende organizar de otra manera la cadena, trabajar en menos centros, etc. La diferencia entre las dos estriba en que las técnicas parten de la innovación en materia técnica en el proceso, por ejemplo: cambiar una máquina que necesitaba tres operarios por una máquina que necesita un sólo operario, los otros dos se recolocan en otros puestos en los que es posible que realicen funciones distintas (movilidad funcional). Las organizativas se basan más en una reordenación sin necesidad de incorporar nuevas tecnologías, por ejemplo, una fusión bancaria: dos entidades se fusionan y resulta que cuentan con dos sucursales prácticamente juntas. Pueden plantearse el cerrar una de ellas o bien pueden especializarlas, dedicando cada una a un tipo determinado de clientes (grandes empresas/pequeñas y medianas empresas). Para ello es posible que los trabajadores deban reciclarse para adquirir esa especialización, sería un caso de movilidad funcional por causas organizativas.

Con todo ello sólo las causas técnicas y las organizativas justifican legalmente la movilidad funcional sustancial. No es posible, por tanto, resolver situaciones de pérdidas o aumentar la producción sobre la base de la movilidad funcional sustancial.

Asimismo puede señalarse que tal movilidad puede generar, si son ascendentes ascensos y si son descendentes degradaciones. Situación ésta no admitida legalmente aun cuando medie el principio de la voluntad de las partes.

El ascenso es un cambio de categoría siempre voluntario. Nadie puede ser obligado a ascender. Si se le puede obligar a realizar funciones de una categoría superior sobre la base de la movilidad funcional, pero no a ascender.

El supuesto de degradación es muy raro porque existe como sanción frente a incumplimientos muy graves del trabajador. Para ello debe estar recogida en el régimen disciplinario del convenio colectivo y los negociadores no suelen incorporarla pues prefieren otros tipos de sanciones para las faltas muy graves, como el despido, el bloqueo de ascensos, etc.

Por último, en el caso de encomienda de funciones inferiores, ésta debe estar justificada por causas perentorias e imprevisibles, está por tanto más limitada la movilidad funcional descendente que la ascendente, ya que por ejemplo, un trabajador deberá realizar las funciones de categoría superior de otro accidentado y también si fuera de categoría inferior pues un accidente es algo imprevisible. Sin embargo, en el caso de la maternidad el trabajador deberá realizar las funciones si la trabajadora sustituida es de categoría superior, pero no podrá ser objeto de modificación funcional descendente pues la baja por maternidad es previsible.

Finalmente, puede citarse la Sentencia N° 72 de Juan Rafael Perdomo, de fecha 03 de mayo de 2001 mediante la cual se deja por sentado el criterio de que la posibilidad de introducir cambios, convenidos o impuestos por el patrono, en las condiciones de trabajo, que generalmente se dan mediante el mejoramiento de algunas en desmedro de otras, pudiendo darse el caso de que el conjunto resulte definitivamente desfavorable al trabajador, es una hipótesis prevista y regulada en el ordenamiento laboral, sin que pueda entenderse que la aceptación de los mismos constituya en sí una violación al principio de irrenunciabilidad de las disposiciones y normas que favorecen a los trabajadores, desarrollado en los artículos 3 y 10 de la Ley Orgánica del Trabajo, salvo por supuesto, cuando las nuevas condiciones contraríen disposiciones legales de orden público. En cuanto a esa regulación, el artículo 103 de dicha ley califica como despido indirecto y como tal, causa justificada del retiro del trabajador, la alteración en las condiciones de trabajo, y el 101 *ejusdem*, otorga al trabajador (y al patrono en su caso) el derecho a dar por terminada la relación laboral invocando dentro de los 30 días continuos siguientes esa causa de retiro, con los efectos patrimoniales de un despido injustificado. Conforme a ello, pues, el trabajador tiene la opción, bien de poner fin a la relación, en cuyo caso esos efectos patrimoniales se calcularán con base al régimen anterior a los cambios no aceptados, o bien de continuar prestando servicios bajo las nuevas condiciones, las que en consecuencia determinarán los cálculos respectivos en la oportunidad en que se produzca la finalización de las labores.

En el caso, no fue planteado que el demandante se acogiera a la opción de considerarse despedido indirectamente y por efecto de ello a la aplicación del citado “Reglamento Interno” de la empresa BAUXIVEN, ni tampoco que las nuevas condiciones de trabajo resultaran violatorias de disposiciones legales y por tanto inaplicables en sustitución del régimen anterior.

3.2.4 Novaciones producidas entre los contratos mercantiles y laborales

La inquietud deriva de la estrecha relación que guarda nuestra disciplina laboral con el derecho comercial. Ambas son partícipes de relaciones cuyos elementos integrantes son similares, razón por la cual, si se produce una variación en alguno de tales contratos que implique la asunción de características propias al otro, se tendrá una novación y por ende determinadas consecuencias jurídicas.

En este sentido debe comenzar por indicarse que existen relaciones laborales de carácter especial, entre las que se encuentra la de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas. En este sentido aun cuando existe una relación mercan-

til, se hace posible a su vez una relación laboral, ya que en la misma convergen sus características.

El hecho de que la relación sea exclusivamente mercantil depende de la asunción o no del riesgo y ventura de la operación mercantil. Si se responde personalmente del buen fin de la operación, es una actividad excluida, si no se responde personalmente, ni se asume el riesgo y ventura de la operación mercantil, es laboral. Resulta indiferente que se trabaje por cuenta de uno o más empresarios.

La asunción del riesgo y ventura se produce cuando el agente mediador o representante de comercio responde del buen fin de las operaciones o las consecuencias del impago. Esta obligación, es la que confiere a su gestión una autonomía que es incompatible con la dependencia propia de toda relación laboral.

Responder del buen fin de las operaciones es la nota característica del contrato de comisión mercantil. No es infrecuente que se encubra una relación laboral bajo la apariencia de un contrato de comisión mercantil.

Asimismo, podemos citar el ejemplo de las personas que prestan servicio de transporte con vehículos comerciales, cuya propiedad o poder directo de disposición ostentan.

Esta relación especial abarca aquellas relaciones en virtud de las cuales una persona natural, actuando bajo la denominación de representante, mediador o cualquiera otra con la que se le identifique en el ámbito laboral, se obliga con uno o más empresarios, a cambio de una retribución, a promover o convertir personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones. Dicha actividad principal puede ir o no acompañada de la distribución o reparto de los bienes objeto de la operación. Se excluyen:

- a. Los trabajadores de empresas, que aún dedicándose a promover operaciones mercantiles, lo hagan en el centro de trabajo o locales de éstos y sujetos al horario laboral de la empresa ya que son trabajadores de régimen común.
- b. Los que promuevan o concierten operaciones mercantiles, como titulares de una organización empresarial autónoma, que cuenten con instalaciones y personal propio ya que son trabajadores autónomos.
- c. Los corredores de seguros y corresponsales no banqueros cuando su normativa específica los configura como sujetos de una relación mercantil excluyéndolos del ámbito laboral.

Las características de esta relación especial son:

- a. La retribución puede consistir en una cantidad fija o por comisiones sobre las operaciones en que haya intervenido el trabajador o un sistema mixto (cantidad fija + comisiones) pero en todo caso se debe garantizar el salario. Salvo pacto en contrario el derecho a la comisión nace en el momento del pago al cliente.
- b. Se establece el reconocimiento del derecho a la clientela entendiendo por tal la captación de nuevos clientes que el trabajador haya conseguido como consecuencia de su trabajo y los que la empresa le asignase al inicio de su gestión.
- c. Implica además, la variación unilateral por el empresario de la zona o demarcación territorial o relación de clientes asignados en el contrato.

No obstante, el conjunto de explicaciones precedentes, resulta importante indicar que la LOT no trata especialmente esta materia por estimar que ha quedado resuelta por la doctrina judicial, como en efecto ha quedado; razón por la cual a veces se dan casos en que es difícil determinar si se está ante un contrato mercantil o laboral, o si el cambio en las condiciones del contrato pueden originar la aparición de la relación laboral (novación del contrato mercantil) o la desaparición de la misma (novación del contrato laboral).

Esta clase de aspectos han originado muchas controversias judiciales, en los cuales la jurisprudencia ha sido uniforme en señalar que para la existencia de la relación laboral, resulta necesaria la concurrencia de tres requisitos:

- a. Prestación del servicio.
- b. Remuneración por el servicio prestado.
- c. Subordinación de quien presta el servicio con respecto a quien lo paga.

A tales efectos el trabajador deberá demostrar que prestó el servicio, una vez probado esto se presume, salvo prueba en contrario, que el servicio es remunerado.

Los precedentes argumentos cobran mayor explicación y rigor jurídico mediante las siguientes sentencias:

- a. Sentencia N° 26. Sala de Casación Social, Sala Accidental, magistrado Omar Alfredo Mora Díaz de fecha 9 de marzo de 2000. Relación laboral de los Productores de Seguros.
- b. Sentencia N° 204. Sala de Casación Social, magistrado Omar Alfredo Mora

Díaz de fecha 21 de junio de 2000. Relación laboral de los Agentes de Seguros.

- c. Sentencia N° 366. Sala de Casación Social, magistrado Omar Alfredo Mora Díaz de fecha 09 de agosto de 2000. Relación laboral de un trabajador de transporte.

Sobre tales sentencias, en el texto del presente punto, no se efectuará más consideraciones por cuanto se invita al lector a trasladarse a la sección de anexos si se encuentra interesado en profundizar sobre tal tema, aclarando que al final de la sentencia se encuentra una apreciación de los autores de la presente investigación con respecto a la misma.

3.3 *Limitaciones*

Cuando se trataron las clases de novaciones, se analizó con detenimiento la regulación aplicable a cada una. En este sentido nos encontramos con normas que regulaban la novación subjetiva, la funcional, la sustancial (caso de las jornadas, horas extras, etc), la locativa, en fin, las cuales deben respetarse.

Asimismo, podemos señalar que el trabajo como hecho social goza de protección por parte del Estado, el cual, por vía legal debe disponer lo necesario para mejorar las condiciones del trabajador (artículo 89). En este sentido el texto constitucional toca dos aspectos importantes a saber: el primero es la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador y segundo es la nulidad de los actos contrarios a la Constitución.

De igual forma debe señalarse que el artículo 10 de la LOT impone carácter de orden público a sus normas y no permite que las mismas puedan ser renunciadas o relajadas por convenios particulares, salvo aquellas que de su propio contexto releven el propósito del legislador de no darles carácter imperativo.

En este orden ideas, se admiten novaciones pactadas por las partes que afecten aspectos sustantivos del contrato de trabajo siempre que las mismas no violen preceptos constitucionales, no menoscaben normas de orden público o no cercenen derechos adquiridos por el trabajador, configurando por tanto una desmejora en sus condiciones de trabajo, lo cual contradice la naturaleza inserta en el artículo 89 del texto constitucional.

Finalmente se menciona que el legislador, en su artículo 103 (LOT), puntualiza los casos en los que considera que operan desmejoras de las condiciones del trabajador, configurándose así por vía legal el despido indirecto.

3.4 Procedimientos

En nuestra legislación se encuentran una serie de procedimientos, tanto de carácter individual, como de carácter colectivo, que condicionan algunas clases de novaciones. Aunque las mismas ya fueron expuestas con anterioridad se presenta un resumen esquemático de las más importantes:

- a. Novaciones Subjetivas: El procedimiento se encuentra previsto en el artículo 91 de la LOT y el artículo 37 de su reglamento. Tales disposiciones explican que el patrono debe notificar su sustitución con antelación y por escrito, pero que no obstante, si no lo hace ello no perjudica al trabajador. La ley le da la opción al mismo de solicitar, dentro de los treinta días siguientes a la notificación, que la relación laboral culmine.
- b. Novaciones Funcionales: El procedimiento está regulado en el artículo 69 de la LOT y 18 de su reglamento. A tales efectos el trabajador debe manifestar su disconformidad al patrono mediante escrito que el patrono deberá responder dentro de los cinco días siguientes.
- c. Novación del Régimen de Horas Extras: Para efectuar una prolongación de la jornada ordinaria mediante horas extras se debe solicitar autorización del Inspector del Trabajo y se deben respetar límites establecidos como topes. Asimismo, desde el punto de vista del contrato colectivo, el Ejecutivo puede variar, previa consulta de las organizaciones sindicales, los referidos topes máximos, para determinadas actividades (artículo 207 LOT). En el sentido inicial, el Inspector deberá comunicar su decisión sobre la prolongación dentro de 48 horas contadas a partir del recibo de la solicitud (artículo 208 *eiusdem*). Dicha autorización podrá omitirse en caso imprevisto o urgente debidamente comprobado, debiendo informar el patrono tal hecho a la Inspector.

3.5 Efectos

El efecto principal de las novaciones objetivas y subjetivas es alterar la relación laboral, mediante la incorporación de un elemento nuevo, pero sin la extinción de la misma. Ello en principio, ya que se observan casos en los cuales, por una parte, existe la ruptura de la relación como es el caso de los trabajadores que prestan sus servicios en distintos países para un “grupo de empresas”, o casos en los cuales se extingue la relación laboral, tal y como ocurriría si una relación laboral se convierte en mercantil.

En virtud de las consecuencias de las novaciones, las mismas pueden tener efectos favorables o desfavorables al trabajador.

Sobre los favorables no existe ninguna controversia. El problema se origina con aquellas novaciones que son desfavorables para el trabajador. En este sentido, si las mismas son pactadas y admitidas por la ley (tal como es el caso del cambio de lugar de trabajo aceptado por el trabajador) no existe violación jurídica.

La violación se da, lo cual acarrea la nulidad de la novación, si la convención contraria normas constitucionales, normas de orden público o derechos adquiridos. En este sentido, aun cuando el trabajador haya pactado, por ejemplo, un salario inferior al mínimo, dado el principio de la irrenunciabilidad de las normas laborales, puede oponerse a la convención.

3.6 Doctrina divergente con la novación

Existen autores que consideran que la teoría de la novación debe eliminarse del cuadro de facultades del contrato de trabajo, en el sentido de que no se le permita a las partes modificar aspectos sustantivos de la relación laboral.

Ello tiene el fundamento en que la novación constituiría una concesión de poderes a las partes que le permitiría al patrono utilizar su posición ventajosa dentro de la relación, a los fines de constreñir indirectamente al trabajador a que acceda por vía contractual, a desmejorar sus condiciones de trabajo renunciando así a sus derechos adquiridos o beneficios impuestos por ley, lo cual es manifiestamente contrario a lo que persigue nuestra Carta Magna.

Además, en aquellos casos en que la alteración tuviera cierta entidad, la novación implicaría una transferencia parcial de los riesgos de la empresa al trabajador y hasta en ocasiones el carácter de trabajador, si su relación con el patrono pasa a ser netamente mercantil.

En función de ello cabría abrir una dudosa razonabilidad sobre la constitucionalidad de las normas que legalizaran la novación en cuanto esa facultad podría oponerse a los principios constitucionales de igualdad y de protección especial del trabajador subordinado.

La idea de que el contrato de trabajo lleva implícitamente la facultad de variar las condiciones del trabajo no resuelve el problema en cuanto que tal cláusula estaría viciada de nulidad en virtud del principio de irrenunciabilidad.

No obstante, los argumentos anteriores debe recordarse que la novación no siempre acarrea desmejoras para el trabajador, ya que del libre consenso de las partes de la relación contractual podrían resultar, tal como ocurre en la dinámica laboral, que se mejore al trabajador en sus condiciones. Igualmente debe recordarse que el principio de autonomía de la voluntad, del que participa la novación, no puede estar ajeno a lo que es la naturaleza del contrato de trabajo, pues el mismo nace de ella, lo que debe tenerse en cuenta es respetar las limitaciones legales al respecto para que ello no cercene los derechos del trabajador.

3.7 La novación como principio del Derecho del Trabajo

El artículo 8 del Reglamento de la LOT, al esbozar los principios universalmente admitidos por el Derecho del Trabajo, principios estos aludidos en el artículo 60 de la LOT como fuente del Derecho Laboral, revela el principio de la conservación de la relación del trabajo, del cual se deriva la Admisión de la Novaciones Subjetivas y Objetivas del Contrato de Trabajo, objeto del presente estudio.

Si bien todos los principios se entrelazan en la búsqueda de un objetivo tutelar del trabajador, el denominado principio de continuidad cumple un papel preponderante. Este principio introduce una restricción importante al mercado de la contratación laboral, admisible sólo cuando previamente se ha admitido la abierta y válida intervención del Estado en las relaciones privadas; con ello se pretende brindar un mínimo de estabilidad a los trabajadores, obligados a la venta de su fuerza de trabajo como medio de subsistencia.

De ello deriva que la regla general será que el contrato de trabajo es a tiempo indefinido, y sólo excepcionalmente y ante circunstancias muy calificadas, se admiten las contrataciones a tiempo definido.

Una segunda derivación del principio de continuidad, implica que las relaciones laborales se conciben dentro de un marco de extremada o persistente resistencia.

Esta derivación del principio de continuidad tiene a su vez al menos tres ámbitos de expresión:

- a. En primer lugar se establecen como simples suspensiones lo que en otros ámbitos sería considerado como verdaderas interrupciones de la relación entre los sujetos. Ello lleva sin duda al legislador a admitir como válidas las denominadas suspensiones de la relación laboral (colectivas e individuales) y en aras de la protección de la continuidad en el empleo, se llega a señalar incluso

que las mismas no afectan la antigüedad del trabajador.

- b. En segundo lugar, se produce una restricción importante en materia de las modificaciones unilaterales –por parte del patrono– de la relación laboral. A pesar que el patrono ejerce un poder disciplinario, el cual le faculta de disponer de la fuerza de trabajo, tal poder no deviene en ilimitado. De tal manera, el ejercicio abusivo del denominado *jus variandi* se revela como un incumplimiento contractual grave de su parte y da lugar a las indemnizaciones que proceden para el caso de despido injustificado.

En lo que aquí interesa, el Estado interviene también en el seno de las relaciones laborales restringiendo la facultad patronal de disposición de la fuerza de trabajo, en protección del trabajador y en aras de la continuidad de la relación.

- c. Finalmente tal rigidez lleva a que la sustitución del empleador no se considere un evento que afecte la continuidad de la relación, por el contrario expresamente la ley señala que en tal circunstancia el nuevo empleador asume las obligaciones derivadas de la antigüedad de los trabajadores.

También el principio de continuidad genera una tendencia del ordenamiento laboral hacia la resistencia a admitir la terminación de la relación. De esta forma, la finalización de todas las relaciones laborales es un suceso de alta relevancia para nuestra Ley laboral, objeto como tal de una exhaustiva regulación y dotada de características particulares.

Si bien este principio de conservación de la relación de trabajo no se encuentra definido taxativamente en nuestra constitución, la cual incorpora en su nuevo texto algunos principios laborales, si se encuentra enmarcado quizás tácitamente en el principio desarrollado vía constitucional a través de la progresividad e intangibilidad de los derechos y beneficios laborales (artículo 89, N° 1 de la Carta Magna), que persigue una proporción entre el tiempo trabajado y las prestaciones laborales.

A tales efectos, tal progresividad sólo es posible si el Estado en su función tutelar garantiza el mantenimiento y conservación de la relación laboral, brindándoles instrumentos tales como la irrenunciabilidad.

Ahora bien, considera el legislador que una forma de preservar la conservación laboral es a través de la admisión de las novaciones objetivas y subjetivas del contrato de trabajo.

Así pues, por todos es conocido que el Derecho del Trabajo, y por tanto las convenciones que de él se deriven, poseen carácter dinámico, ya que están sujetas a

constantes cambios. Dicho dinamismo quiso incorporarlo el legislador mediante la admisión de las novaciones, lo cual no es fortuito, casual o caprichoso.

Se incorpora el dinamismo a través de la novación ya que la misma presupone el consenso de voluntades entre el patrono y el trabajador, y no la simple manifestación unilateral del primero. Entonces, como el legislador está en conocimiento de que jurídicamente existen una gama de instrumentos que rigen y limitan ese principio de autonomía de la voluntad, tales como las normas constitucionales y las normas de orden público que establecen parámetros mínimos que deben ser otorgados al trabajador y principios básicos como el de la irrenunciabilidad de sus derechos, es que introduce, como en efecto lo hace, la admisión de las novaciones subjetivas y objetivas como principio admitido por el Derecho del Trabajo con el fin de incorporar en la relación laboral que se pretende conservar, aquellos elementos que vayan variando en la relación laboral con ocasión del dinamismo que caracteriza a la misma.

Como una muestra de la complejidad que involucra la novación, citemos literalmente una decisión que por lo reciente y revolucionaria ha trastocado los cimientos de algunas instituciones de carácter jurídico, como lo son, entre otros, la personalidad jurídica, la solidaridad, y un largo etcétera.

En sentencia de la Sala de Casación Social, de fecha 12 de abril de 2005, con ponencia de Juan Rafael Perdomo, se expresa:

En cuanto a la solidaridad del ciudadano Rosalio Castillo Reyes, no fue contradicho que el referido ciudadano se desempeñó como patrono del fallecido José Graciano Giménez Castillo, quien en su condición de chofer de la empresa demandada, murió a consecuencia de un accidente de trabajo el 14 de febrero de 2002. Son hechos establecidos por la Alzada, que el ciudadano Rosalio Castillo Reyes es socio mayoritario y además Presidente de la empresa ahora demandada; que la parte actora demandó solidariamente a la empresa Transporte Rosalio Castillo y al mencionado ciudadano; que el Tribunal *a quo* al admitir la demanda, ordenó emplazar a ambos para dar contestación a la demanda; que se citó al mencionado ciudadano en su carácter de patrono y en su carácter de representante de la empresa demandada. Por tanto, en conformidad con los artículos 94 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y jurisprudencia de la Sala Constitucional, puede condenarse a alguno de los miembros de la empresa demandada, siempre que se pruebe que esa persona es parte integrante del grupo económico, por ser solidariamente responsables. En consecuencia, se condena al ciudadano ROSALIO CASTILLO REYES a pagar a la parte actora las cantidades que se indicarán en el dispositivo del fallo.

Es nuestra interrogante si con esta disposición se crea un nuevo régimen legal en términos de novación en materia laboral, y si con esta sentencia se rompe el principio –el cual es norma expresa en nuestra legislación– que nos señala que las

pág. 382 blanca

Relaciones de trabajo encubiertas. Su tratamiento en el Derecho Laboral venezolano

Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ*

SUMARIO

- 1. Recientes enfoques sobre la relación de trabajo y el encubrimiento de la misma. Discusión del tema en la Organización Internacional del Trabajo (OIT).**

* **Universidad Lisandro Alvarado**, Profesor de Derecho del Trabajo. Profesor invitado en varias Universidades nacionales y extranjeras. **Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, Miembro Correspondiente. **Asociación Venezolana de Profesores Universitarios de Derecho del Trabajo**, Presidente. **Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, Vice-Presidente.

Este tema ha venido siendo tratado por el autor desde 1983, fecha en la cual presentó, conjuntamente con el Profesor Héctor Lucena, de la Universidad de Carabobo, una ponencia sobre la materia al VI Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Relaciones del Trabajo, en Kyoto, Japón. Posteriormente, estudios suyos sobre el tema fueron publicados en Estudios Laborales en Homenaje al Profesor Rafael Alfonzo-Guzmán, UCV, 1986, y en diversas Revistas extranjeras (1986-1990). Por último, en el libro **El Trabajo sin Tutela en Venezuela: Nuevas y viejas formas de desprotección laboral**, UCV, 2002, escrito conjuntamente con la Profesora Jacqueline Ritcher, de la Universidad Central de Venezuela, se hace un estudio actualizado del tema, que incluye el análisis de la Sentencia N° 61 dictada por la Sala de Casación Social el 16 de marzo de 2000, cuya evolución jurisprudencial, mediante actuaciones de la misma Sala, es, conjuntamente con la referencia al tratamiento internacional del tema, el aporte fundamental de este artículo, que dedico a la memoria de mi fraterno amigo Ricardo González Rincón, destacado laboralista, quien fuera Profesor de la Universidad del Zulia y cuyas ideas sobre el tema del fraude laboral constituyeron importante orientación a mi investigación sobre el tema.

2. **El fraude laboral como un medio de evadir los costos de la protección legal del trabajo.**
3. **Fraude laboral y simulación.**
4. **Fraude laboral e incumplimiento de la Ley.**
5. **Principales prácticas de encubrimiento.**
6. **Consecuencias del encubrimiento de la relación de trabajo:** 6.1 *Ausencia de normas protectoras.* 6.2 *Las condiciones de empleo y remuneración.* 6.3 *Las condiciones de higiene y seguridad.* 6.4 *La seguridad social.* 6.5 *La libertad sindical.*
7. **Principios laborales que sirven como mecanismos de defensa del trabajador para lograr la aplicación de la legislación laboral a las relaciones fraudulentas o encubiertas:** 7.1 *La irrenunciabilidad de las normas laborales.* 7.2 *La presunción de la relación de trabajo.* 7.3 *El principio de la primacía de la realidad.*
8. **Normas legislativas destinadas a combatir el fraude laboral.**
9. **La jurisprudencia venezolana en materia de simulación del contrato de trabajo, fraude a la ley y encubrimiento de la relación laboral.**
10. **Jurisprudencia de la Sala de Casación Social a partir del año 2.000:** 10.1 *Félix Ramón Ramírez vs. DIPOSA C.A.* 10.2 *Enrique Rondón y Jesús Del Valle Ramos vs. DIPOSA C.A.* 10.3 *Mireya Orta de Silva vs. FENAPRODO-CPV.* 10.4 *Acta de mediación y conciliación.* 10.5 *Rafael Agustín Valera vs. DIPOSA C. A.*
11. **Acceso a la justicia.**
12. **Conclusión: Propuestas para una reforma legislativa.**

1. Recientes enfoques sobre la relación de trabajo y el encubrimiento de la misma. Discusión del tema en la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

El panorama mundial del trabajo a la finalización del siglo XX se caracteriza por el abandono de la tendencia a homogeneizar las formas de prestación laboral mediante esquemas uniformes repetitivos concebidos dentro de lo que se denominó “la organización científica del trabajo”, dando lugar a una realidad flexible y plural que favorece la adopción de muy variadas formas de prestación del trabajo. Este pluralismo de manifestaciones laborales ha impactado los fundamentos mismos del sistema de tutela jurídica laboral que se vino gestando desde el último tercio del siglo XIX y que en el primer tercio del siglo XX se consolidó mediante una disciplina jurídica especializada que conocemos como Derecho del Trabajo o Derecho Laboral. En el centro mismo de esa disciplina se encuentra la relación de trabajo, concebida al mismo tiempo como instrumento jurídico mediante el cual

se produce la prestación de trabajo humano y el intercambio de obligaciones entre quien presta un servicio dependiente a otra persona que se beneficia del mismo y paga a cambio una remuneración y como ámbito dentro del cual el Derecho del Trabajo desarrolla la especial tutela jurídica que constituye su objeto. La discusión sobre el impacto que las nuevas formas de organización laboral crean en la relación de trabajo y sobre el ámbito mismo de aplicación del Derecho Laboral ha tenido una gran repercusión en la última década.

En 1998 la OIT al tratar de elaborar un instrumento normativo sobre un ámbito temático que trató de englobarse bajo la denominación de subcontratación, se topó con el tema de la redefinición de la relación de trabajo y el ámbito de las fronteras de la protección laboral. No hubo consenso para elaborar la norma, pero, lo que es más delicado, ni siquiera para delimitar conceptualmente el tema que ésta debía regular. De allí que continuaron los estudios en un ámbito tripartito e internacional, que tuvieron una primera expresión en un documento acordado una reunión de expertos celebrada en mayo de 2000 (Informe de la reunión de expertos sobre trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección. Véase en <http://www.ilo.org/spanish/standards/relm/gb279/pdf/gb-2.pdf>.) cuyas conclusiones apuntan a la necesidad de delimitar el ámbito personal de la relación de trabajo, para poder precisar los límites y la extensión de la protección debida a la misma. El XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, reunido en Jerusalén en septiembre de 2000, trató sobre las similitudes y diferencias entre contratos laborales, civiles y mercantiles, lo cual no es sino un aspecto de las fronteras entre las tres disciplinas jurídicas. El V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, reunido en Lima, en septiembre de 2001, trató el mismo tema. Antes, en Barquisimeto, Venezuela, el IX Encuentro del Grupo Bologna/Castilla-La Mancha, debatió ampliamente sobre el tema, destacándose la necesidad de precisar los conceptos básicos para determinar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

En la 91ª Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de 2003, se llevó a cabo una discusión general sobre el ámbito de la relación de trabajo. En la discusión se constató que el concepto de relación de trabajo es común a todas las tradiciones y sistemas jurídicos del mundo, pero que una de las consecuencias asociadas a los cambios de estructura del mercado del trabajo, de la organización del trabajo y la aplicación deficiente de la Ley es el fenómeno cada vez más frecuente de trabajadores que en realidad son empleados pero que no cuentan con la protección que ofrece una relación de trabajo. La Conferencia observó que la OIT debería prever la adopción de una respuesta internacional sobre este tema. Se consideró que una recomendación sería una respuesta adecuada. La recomendación debería centrarse en las relaciones de trabajo encubiertas y en la necesidad de contar con mecanismos para garantizar que las personas que son parte de una relación de trabajo

tengan acceso a la protección que les corresponde en el plano nacional. El empleo encubierto, dice una de las conclusiones de la conferencia, se produce cuando un empleador considera a una persona que es un empleado como si no lo fuese, con el fin de ocultar su verdadera condición jurídica. Esto puede hacerse a través de la utilización inadecuada de acuerdos civiles o comerciales. Perjudica los intereses de los trabajadores y de los empleadores y constituye un abuso de efectos adversos para el trabajo decente, y no debería tolerarse. El falso trabajo por cuenta propia, la falsa subcontratación, la creación de seudo cooperativas, el falso suministro de servicios y la falsa reestructuración empresarial son algunos de los medios que más se utilizan para encubrir la relación de trabajo. Recurrir a esta clase de prácticas puede suponer que se priva de protección laboral al trabajador y se evitan costos, entre otros, el pago de impuestos y las cargas de seguridad social. Se ha constatado que el encubrimiento de la relación de trabajo es más común en algunas áreas de actividad económica, pero los gobiernos, los empleadores y los trabajadores deberían dedicarse activamente a prevenir las prácticas de este tipo allí donde se produzcan.

En opinión de la Conferencia, la recomendación que se adoptare debería brindar orientación a los Estados Miembros, sin definir universalmente la esencia de la relación de trabajo. Debería ser lo suficientemente flexible para tener en cuenta las diferentes tradiciones económicas, sociales, jurídicas y de relaciones laborales, y abordar los problemas de género. Esta recomendación no debería interferir con los auténticos contratos comerciales y arreglos contractuales con los trabajadores independientes (Conclusiones relativas a la relación de trabajo, Actas Provisionales, núm. 21, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, pp. 21/57-63).

En seguimiento a las conclusiones de la Conferencia de 2003 se incluyó en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2006 un punto relativo a la relación de trabajo, para cuyo análisis la Oficina Internacional del Trabajo elaboró un estudio identificado como “Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Informe V (1) La relación de trabajo. Primera edición 2005”. En dicho estudio se mantiene la centralidad del tema del encubrimiento de las relaciones de trabajo, ya establecido en las conclusiones de la Conferencia en 2003. Se reconoce que toda persona puede ofrecer sus servicios en virtud de una relación de trabajo bajo las órdenes de un empleador y por una remuneración o en virtud de una relación independiente de índole civil o comercial y mediante un pago. Cada una de esas modalidades responde a ciertas características que varían de un país a otro, con base en las cuales es posible determinar si la prestación de un servicio se realiza según una relación de trabajo o una relación civil o comercial. Se advierte que los empleadores, cada vez más están contratando a trabajadores en virtud de diversas modalidades, lo que les permite utilizar sus servicios del modo más eficiente posible. Estas formas contractuales pueden existir *dentro* del marco de la

relación de trabajo, o mediante relaciones civiles o comerciales en virtud de las cuales las empresas pueden procurarse los servicios de trabajadores independientes conforme a arreglos y condiciones que no son los de una relación de trabajo.

Admite, pues, el estudio que comentamos que no necesariamente toda prestación de servicios supone una relación de trabajo. Para verificar, en un caso concreto, si se está o no frente a una relación de trabajo es necesario guiarse por los *hechos*, y no por la denominación o forma que las partes le hayan dado. Por eso se dice que la existencia de una relación de trabajo depende de si se han satisfecho o no ciertas condiciones objetivas, y no de la manera como cada una de las partes o ambas califiquen la relación entre ellas. Se destaca que en algunos sistemas jurídicos se recurre a determinados *indicadores* para averiguar si existen o no los *factores* pertinentes que permiten determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos *indicadores* figuran el grado de integración en una organización, quién supervisa las condiciones de trabajo, el suministro de herramientas, materiales y maquinaria, el dictado de cursos y si la remuneración se paga en forma periódica y si constituye una proporción importante de los ingresos del trabajador.

El estudio distingue entre aquellas situaciones en las cuales la relación de trabajo es disfrazada con otro ropaje, civil o mercantil por lo general, y aquellas en las cuales la naturaleza de la relación es objetivamente ambigua, pues principales factores que caracterizan esa relación no saltan a la vista con claridad. En esos casos no ha habido una intención deliberada de disimular la realidad, sino que más bien puede haber la duda genuina acerca de si hay o no una relación de trabajo. En ambos casos surge la incertidumbre respecto de cuál es el alcance de la ley.

Disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley o evadir impuestos o las obligaciones de la seguridad social. Se trata pues de una acción destinada a ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta. Una relación de trabajo encubierta también puede servir para ocultar la *identidad del empleador*, cuando la persona designada como tal en realidad es un intermediario que libera al empleador de aparecer como parte en la relación de trabajo y, de esta manera, de la responsabilidad que debiera asumir ante su personal.

Conviene destacar que, más allá de su importante valor teórico, el informe que comentamos constituye un notable esfuerzo de la OIT para afrontar la necesidad de dar un inicial cauce normativo a la preocupación por preservar los límites auténticos del Derecho del Trabajo en momentos en que enfrenta fuertes presiones para reducir su ámbito de aplicación, lo cual conllevaría consecencialmente una reducción de la tutela tradicionalmente brindada por esta disciplina. Este esfuerzo

es especialmente relevante en nuestro ámbito nacional, en el cual recientes planteamientos de parte de la doctrina y la jurisprudencia, con motivaciones pragmáticas de conveniencia empresarial pública y privada, están facilitando el arrollador impulso que vienen experimentando en nuestro país las diversas modalidades de encubrimiento de la relación de trabajo.

2. El fraude laboral como un medio de evadir los costos de la protección legal del trabajo

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

3. Fraude laboral y simulación

En muchas obras de Derecho del Trabajo se estudia este problema, haciéndolo la mayoría de las mismas bajo el acápito de la simulación. Sin embargo, se ha señalado que la calificación mercantil o civil establecida para ocultar la verdadera naturaleza laboral de una relación jurídica, no constituye un acto de simulación en la acepción que este vocablo tiene en el derecho común, pues no se trata, como lo señala acertadamente Rafael Alfonzo-Guzmán¹ de un acto voluntariamente simu-

¹ ALFONZO-GUZMÁN, Rafael (1994). **Didáctica del Derecho del Trabajo**.

lado, mediante el cual las partes declaran una voluntad aparente y ficticia que oculta un negocio verdadero, el cual corresponde a su voluntad real no declarada, de naturaleza secreta o confidencial. 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 prevalido 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 la aplicación de una ley imperativa. En este orden de ideas, la simulación en materia del trabajo se reduce a otros supuestos, de menor importancia práctica, en los cuales las partes, de común acuerdo, declaran en el orden laboral, situaciones que no corresponden a la realidad verdadera que se oculta tras el acto simulado. Este sería el caso de que una persona declarase ficticiamente tener con otras personas relaciones laborales que no existen en los hechos o que se estableciese un salario o tiempo de antigüedad diferente a los verdaderos, con lo cual podría perseguirse un fraude a terceros acreedores del patrono o al seguro social o bien facilitar la obtención de un crédito o de un contrato de arrendamiento por parte del trabajador cuyo salario o antigüedad se falsea.

4. Fraude laboral e incumplimiento de la Ley

Tampoco pueden confundirse los casos de fraude a la Ley laboral con los de mero incumplimiento de la misma. En estas últimas situaciones, el patrono no niega o encubre mediante artificios la relación de trabajo que mantiene, sino que, simplemente, no da cumplimiento a las obligaciones que la Ley le impone como consecuencia de dicha relación.

En fin, es conveniente precisar que el incumplimiento, entendido como la falta de aplicación de la ley, puede lograrse mediante la simple inobservancia de la misma —incumplimiento puro y simple, que puede ser total o parcial— o mediante el empleo de artificios destinados a lograr tal inaplicación (fraude). A su vez, el fraude puede estar destinado a negar la relación de trabajo dándole la apariencia de una relación de distinta naturaleza, en cuyo caso nos encontraríamos frente a un encubrimiento, o a crear la apariencia formal de que el trabajador realizó ciertos actos que en la verdad nunca cumplió (por ejemplo, la firma en blanco de una hoja para

ser utilizada posteriormente como carta de renuncia) o que ha disfrutado de beneficios que en la práctica nunca recibió (por ejemplo, la firma de formatos de recibo en los cuales aparece que un trabajador a comisión percibió, además de sus comisiones, el pago correspondiente a días de descanso y días feriados que nunca le fueron pagados).

Es de observar que, independientemente de que se trate de un incumplimiento puro y simple o por medios fraudulentos, el grado de incumplimiento de la legislación laboral constituye un grave problema social en Venezuela, al igual que en el resto de países de América Latina.

5. Principales prácticas de encubrimiento

Diversas han sido las formas utilizadas por algunos patronos para enmascarar sus relaciones de trabajo bajo otras apariencias jurídicas a fin de sustraerlas de la aplicación de la normativa laboral. Se trata de disfrazar la relación de trabajo con el aspecto de una relación de *naturaleza jurídica* diferente, para lo cual se usa la forma de contratos civiles, mercantiles, cooperativos etc. Si bien puede variar el tipo de contratación, siempre hay dos notas en común: el contrato empleado no se corresponde con la naturaleza real de la relación jurídica que se pretende regular y su empleo está sustentado en una serie de artificios destinados a aparentar que se está frente a un servicio prestado en forma independiente fuera del marco de la relación de trabajo. Es de señalar que no todos los contratos de distribución de productos a través de vendedores constituyen relaciones de trabajo encubiertas, pues en muchas ocasiones la actividad de venta y reventa se presta en condiciones de autonomía característicamente mercantiles.

Una de las formas más generalizadas de fraude es la de dar al contrato de trabajo la apariencia de una compraventa mercantil. El trabajador no es calificado como tal, sino como un “comerciante” que “compra” mercancía a una empresa y luego “la vende” en las condiciones determinadas por ésta, obteniendo una “ganancia” o “comisión mercantil”. Especies de este género son los contratos que las empresas hacen firmar a los “concesionarios” o “distribuidores” de cerveza, refrescos, gas doméstico, agua potable y a los vendedores ambulantes de helados, perros calientes y productos similares. En estos casos, como señala Caldera las modalidades que acompañan al contrato (reventa por la misma persona del vendedor, exigencia de revender dentro de determinado radio, en determinadas condiciones y bajo la vigilancia de la empresa), sirven frecuentemente para demostrar la existencia de un nexo de dependencia característico del contrato de trabajo².

² Rafael CALDERA. **Derecho del Trabajo**, Editorial Librería El Ateneo, Buenos Aires, 1961, p. 280.

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

El contrato de arrendamiento ha sido frecuentemente utilizado para encubrir relaciones laborales. En este sentido, puede registrarse una gran variedad de casos, desde el “arrendamiento de un vehículo”, por parte de quien en realidad es un conductor subordinado hasta “el arrendamiento de una silla” por parte de un barbero dependiente o el “arrendamiento de sillas y mesas”, por parte del mesonero que presta servicios a una fuente de soda. El contrato de cuentas en participación, el mandato y el contrato de obras, son otras de las figuras que se han utilizado para evadir la aplicación de las normas laborales.

Un sistema de fraude se ha venido generalizando en las líneas aéreas venezolanas, que obligan a sus pilotos y personal de cabina, quienes prestan servicios bajo condiciones de típica subordinación, a que individualmente constituyan sociedades mercantiles con las cuales realizan “contratos de servicios”. Mediante tales contratos las referidas “compañías” (en realidad pilotos y azafatas), se obligan los unos a pilotear los aviones y las otras a atender los pasajeros.

Es posible señalar que en algunos sectores de la economía venezolana se encuentra generalizado el sistema de prestación de trabajo mediante relaciones encubiertas o fraudulentas, así como también que en los últimos años se observa una tendencia expansiva del fenómeno. Así, en los sectores dedicados a la distribución masiva de bebidas y productos alimenticios (refrescos, cerveza, agua potable, helados, perros calientes) tradicionalmente se han empleado contrataciones fraudulentas del personal. Recientemente estas modalidades se han venido implementando en otros sectores, tales como, venta de libros, pilotos y personal de cabinas de las líneas aéreas. Como el más reciente aporte venezolano a la tendencia de encubrimiento de las relaciones laborales, podemos señalar la existencia de contrataciones aparentemente civiles (prestación de servicios a cambio de “honorarios profesionales” que se vienen empleando en algunas dependencias estatales [fundaciones y empresas públicas, “misiones”, Programa IURIS 2000 dependiente de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura etc.]).

En otros casos el fraude no está destinado a enmascarar la naturaleza laboral de la relación, sino a crear una falsa apariencia sobre ciertas modalidades o circunstancias de la misma, de manera de despojar a los trabajadores de determinados beneficios que les corresponden en función de las modalidades y circunstancias reales que pretenden ser disfrazadas mediante mecanismos de artificio. Así, un contrato a tiempo indeterminado puede ser disfrazado bajo modalidad de una contratación a término; un despido puede ocultarse bajo la modalidad de una renuncia o un trabajador ordinario puede ser disfrazado como un empleado de dirección. Con ello el empleador persigue privar al trabajador de determinadas protecciones que le corresponden en función de su auténtica realidad laboral, pero de las cuales no goza en virtud de su situación disfrazada. Una modalidad fraudulenta muy extendida es la de obligar al trabajador, en el momento de la asunción del empleo y como condición para proporcionárselo, a firmar una carta de renuncia con la fecha en blanco.

Por último, el fraude puede tener por objeto el ocultar el verdadero papel que una persona juega en una relación de trabajo. Así, mediante el empleo de formalidades artificiosas puede dotarse al verdadero empleador de la apariencia de un propietario de la obra, o quien es intermediario de la apariencia de una empresa de trabajo temporal.

6. Consecuencias del encubrimiento de la relación de trabajo

Dos tipos de trabajadores conviven en el mercado laboral venezolano: los *altamente protegidos* y los *absolutamente desprotegidos*. Esta segmentación muy vinculada a la informalización de la economía y a una arraigada cultura patronal de incumplimiento de la ley determina una tendencia hacia la desprotección de los trabajadores, la cual comprende no sólo a los trabajadores bajo relaciones encubiertas, sino también aquellos cuya relación de trabajo es formalmente reconocida y a los trabajadores autónomos.

El incumplimiento de la ley ha incidido fuertemente en que la segmentación no se presente sólo entre trabajadores formales protegidos e informales desprotegidos, sino que la desprotección se manifiesta dentro del sector formal, una de cuyas manifestaciones más notorias es el trabajo en condiciones de fraude a la ley. En estos casos, la desprotección presenta las siguientes características específicas:

6.1 Ausencia de normas protectoras

Dado que los mecanismos de fraude tienden a darle a las relaciones laborales encubiertas una apariencia civil o mercantil, los trabajadores sujetos de las mismas

están en la práctica excluidos de la legislación laboral, razón por la cual carecen de la tutela mínima que el Estado venezolano garantiza a los trabajadores subordinados. En consecuencia, a tales relaciones le son usualmente aplicables sólo las normas establecidas por la legislación civil y mercantil y por los contratos por ellos celebrados, los cuales en la práctica les son unilateralmente impuestos. Tal normativa es inadecuada para prestar una protección suficiente a dichos trabajadores, quienes se ven obligados a acudir a la administración de justicia si desean hacer valer sus derechos conforme a la legislación laboral. El recurso a los tribunales, con todo lo que ello implica en dificultades de acceso, costos y en la dilación causada por el retardo procesal, normalmente se produce luego del rompimiento de la relación de trabajo, por lo cual la acción estatal de reparación ocurre, cuando ocurre, al finalizar la relación encubierta y no durante su vigencia.

6.2 Las condiciones de empleo y remuneración

El encubrimiento de la relación de trabajo no necesariamente conlleva a condiciones de empleo y remuneración precarias. Por ejemplo, los conductores de camiones de las empresas de bebidas reciben salarios muy por encima del mínimo legal, su jornada suele ser menor que la máxima legal y disfrutan de una estabilidad superior a la usual en el mercado. Entre los vendedores a comisión suelen observarse ingresos medianos y altos. Los trabajadores de las peluquerías y gimnasios trabajan normalmente jornadas superiores a las 44 horas semanales, pero sus ingresos son superiores al mínimo legal.

Muchas de las empresas que utilizan las formas típicas de encubrimiento de la relación de trabajo están ubicadas en las áreas más competitivas del sector formal de la economía y por ende son las que ofrecen mejores condiciones de trabajo a sus trabajadores. De ahí, que el fraude tiene como finalidad justamente disminuir las incidencias secundarias que ese nivel de ingresos tuviese de ser considerado salario, pero no necesariamente precarizar las condiciones de trabajo. Por ser empresas del sector formal, sus remuneraciones suelen estar muy por encima del salario mínimo. Justamente el hecho de que sus trabajadores reciban ingresos medianos y altos es el incentivo para que suscriban los documentos necesarios para sustentar el mecanismo de fraude.

Sin embargo, no puede generalizarse como propia de las relaciones encubiertas la existencia de buenas condiciones de empleo y remuneración. En algunos sectores, como la venta de helados y perros calientes, en los cuales se hace uso frecuente de los mecanismos fraudulentos, la remuneración es muy baja y las condiciones de trabajo son deficientes.

6.3 *Las condiciones de higiene y seguridad*

Por la misma razón de que muchos de los casos de encubrimiento se dan en empresas competitivas del sector formal, no es infrecuente que trabajadores sujetos a dichas relaciones se beneficien de condiciones de higiene y seguridad aceptables. Sin embargo, contra la vigencia de buenas condiciones de higiene y seguridad en las relaciones encubiertas conspira el hecho de no estar sujetas en la práctica a los procedimientos de inspección propios de las relaciones de trabajo subordinadas. En algunos casos, como es el de la venta de helados y de perros calientes, las condiciones de trabajo son especialmente duras, caracterizándose por jornadas prolongadas, frecuente sometimiento a condiciones climáticas desfavorables, realización de largos trayectos a pie empujando el vehículo respectivo, a lo cual se suelen unir inconvenientes con las autoridades de policía y con el propio público.

En dos de los casos estudiados sobre relaciones encubiertas hay reportes de condiciones de higiene y seguridad riesgosas. Nos referimos a las pequeñas empresas de transporte aéreo y a los conductores de empresas de gaseosas y bebidas. En transporte aéreo, las avionetas que cubren rutas nacionales hacia destinos turísticos son las que menos respetan las medidas de seguridad para sus trabajadores y usuarios. En el transporte de bebidas suelen observarse deficientes condiciones de los camiones y los trabajadores, sobre todo el ayudante, deben cargar pesos muy considerables.

6.4 *La seguridad social*

La seguridad social venezolana, aunque prevé la incorporación de los trabajadores autónomos, está fundamentalmente diseñada para los trabajadores asalariados. En consecuencia, los trabajadores que prestan servicios en condiciones de fraude, al tomar la apariencia de trabajadores autónomos, encuentran las dificultades que éstos experimentan para obtener la protección de la seguridad social.

6.5 *La libertad sindical*

La negación del carácter laboral de las relaciones encubiertas comporta el desconocimiento de los derechos sindicales y de negociación colectiva de los trabajadores sujetos a las mismas. Es de señalar que en aquellos sectores de trabajadores sujetos a relaciones encubiertas que tienen mayores ingresos, la motivación por los temas de organización profesional y de negociación de condiciones de trabajo es menor que en los sectores de ingresos bajos, así como también lo es su convicción de pertenencia a la clase trabajadora. En todo caso, la existencia de un gran contingente de trabajadores que prestan servicios en condiciones de fraude o en-

cubrimiento de las relaciones de trabajo, sumado a la informalización de la economía, son factores que han favorecido la disminución de la tasa de afiliación sindical que no alcanza en la actualidad al 20% de los asalariados, mientras que para su mejor momento, en los años 80, rondaba alrededor del 45% de éstos.

En uno de los casos estudiados, el de una conocida línea aérea venezolana, la utilización del recurso del fraude a la ley tuvo como objeto el debilitar una organización sindical que afiliaba a los pilotos de una compañía matriz que contaba con un fuerte sindicato y una negociación colectiva que contemplaba la mayoría de los beneficios típicos de las empresas de transporte aéreo.

En el caso de los chóferes de las empresas de cerveza y bebidas gaseosas han existido intentos de sindicalización, pero sin gran éxito. A inicios de los noventa, se creó un sindicato de los chóferes de la empresa de la Polar del Zulia, pero no logró reconocimiento por parte de ésta. El Ministro del Trabajo revocó la inscripción del sindicato y los trabajadores tuvieron que recurrir ante la Corte Suprema de Justicia. La Corte³ revocó la decisión del Ministro por vicios de forma, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto. El Ministerio del Trabajo no ha acatado la decisión de la Corte Suprema de Justicia y las prácticas de encubrimiento de la relación de trabajo han continuado.

7. Principios laborales que sirven como mecanismos de defensa del trabajador para lograr la aplicación de la legislación laboral a las relaciones fraudulentas o encubiertas

Descritas como han sido algunas de las situaciones creadas para evadir la normativa laboral, es necesario señalar que en el Derecho del Trabajo se ha hecho un notable esfuerzo para que su aplicación no sea impedida por las contrataciones fraudulentas. Ricardo González Rincón resume con gran claridad lo que ha sido considerado como mecanismos defensivos de la normativa laboral frente al fraude: El principio de irrenunciabilidad de las normas laborales; la presunción de la relación laboral; y el principio de la primacía de la realidad⁴.

La Constitución de 1999 refuerza la protección contra el fraude laboral al señalar que *el Estado establecerá, a través del órgano competente, la responsabilidad del empleador en casos de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar,*

³ Sentencia del 21 de marzo de 1996. Ponente: Magistrado Alfredo Ducharne Alonso.

⁴ Ricardo González Rincón. **La simulación y el fraude a la ley en el contrato de trabajo**, ponencia presentada a las II Jornadas Zulianas de Derecho Laboral, Maracaibo, 1983, en nota 5, pp. 15 a 19.

desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral (artículo 94). Dicha norma no constituye un programa de acción legislativa, sino que es un mandato de obligatorio cumplimiento para los tribunales del trabajo y los órganos administrativos del trabajo. Es dentro de este contexto que debe analizarse una reciente sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, a la cual ya haremos en breve referencia.

Los principios que permiten desvelar la relación encubierta han sido desarrollados por normas jurídicas de diferente rango. A continuación haremos una breve referencia a ellos.

7.1 *La irrenunciabilidad de las normas laborales*

Mientras que en el Derecho común la generalidad de las normas son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes, es decir, establece una regulación aplicable en aquellos casos en que las mismas no han convenido otra regulación *ad hoc*, en el Derecho del Trabajo, por el contrario, priva el principio según el cual sus normas, por considerarse de orden público, son irrenunciables, de modo que tienen un *carácter imperativo*, que priva aún sobre la voluntad de las partes. El principio que 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 consiente condiciones menos favorables a las que le concede la ley o incluso el contrato colectivo, ha sido consagrado por la doctrina como principio fundamental universal del Derecho del Trabajo y es explícitamente formulado por las legislaciones de diversos países, mereciendo destacarse, por el especial énfasis con que se sanciona con la nulidad la renuncia de los derechos de los trabajadores las normas de los Códigos de Trabajo de Honduras, Guatemala, Panamá y Brasil⁵. En Venezuela, el principio de irrenunciabilidad y el carácter de orden público de la legislación laboral están consagrados en el artículo 89 de la Constitución aprobada en diciembre de 1999, además en los artículos 3 y 10 de la Ley Orgánica del Trabajo y 8 y 9 de su Reglamento.

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

⁵ El artículo 3 del Código de Trabajo de Honduras dice: "Son nulos *ipso jure* todos los actos o estipulaciones que impliquen renuncia, disminución o tergiversación de los derechos que la Constitución, el presente Código, sus reglamentos o las demás leyes de trabajo o de previsión social otorguen a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato de trabajo u otro pacto cualquiera." Una disposición muy similar está contenida en los Códigos del Trabajo de Guatemala y de Panamá y en la Consolidación de Leyes del Trabajo de Brasil.

la vinculación jurídica existente entre quien presta subordinadamente un servicio y quien lo recibe, estará sujeta a las disposiciones de la legislación laboral y de la seguridad social aun cuando el propio trabajador haya convenido en declarar que dicha relación tiene una naturaleza jurídica diferente a la laboral. Tal declaración, generalmente impuesta por el patrono y aceptada por el trabajador en virtud de la necesidad económica del empleo, constituye una renuncia a los derechos que a éste último otorga el derecho laboral y carece por tanto de eficacia jurídica.

7.2 *La presunción de la relación de trabajo*

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

De acuerdo a este mecanismo de protección, del hecho demostrado de la prestación personal del servicio, el legislador infiere la existencia de un negocio jurídico, cuya demostración no requiere el contrato de trabajo. En estos casos se presume que la vinculación entre quien presta el servicio y quien lo recibe está regida por un contrato de esta naturaleza. Esta presunción no es absoluta, pues admite prueba en contrario, es decir, puede quedar desvirtuada mediante la prueba hecha por el interesado, de que el servicio se presta en condiciones tales que no configura una relación de trabajo, por la ausencia de los otros elementos característicos de la misma. Establece, pues, esta presunción una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que no se aplica al contrato de trabajo la regla general según la cual quien afirma una obligación debe probarla. En efecto, 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. En todo caso, la prueba no podrá consistir

en meras declaraciones formales de voluntad, ni siquiera cuando las mismas hayan sido suscritas espontáneamente por las partes. De allí que la presunción de la relación laboral sea otro mecanismo importante en defensa de la legislación laboral contra los actos fraudulentos tendientes a evadir su aplicación. En efecto, presumiéndose el contrato de trabajo cuando se demuestra la prestación personal de servicios, las declaraciones fraudulentas en que los trabajadores hayan convenido, espontáneamente o por presión patronal, no son suficientes para desvirtuar la presunción de existencia de la relación laboral.

En Venezuela la referida presunción está contenida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo que dice: “Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba. Se exceptuarán aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se preste servicio a instituciones sin fines de lucro, con propósitos distintos de los de la relación laboral.” En algunas legislaciones para que opere la presunción no basta la sola prueba de la mera prestación de servicios, sino que se necesitan algunos requisitos especiales como podría ser cierto lapso de duración de la misma o la existencia de determinados indicadores de la relación de trabajo. En Portugal, la regulación de la presunción es particularmente compleja, porque para que la misma proceda se requieren varios requisitos acumulativos como lo son que: a) el trabajador esté inserto en una estructura organizativa del beneficiario de su actividad y realice su prestación bajo las orientaciones de éste; b) el trabajo sea efectuado en la empresa beneficiaria o en lugar controlado por ella y dentro del horario previamente definido; c) el trabajador sea remunerado por el tiempo dedicado a la ejecución de la actividad, o dependa económicamente del beneficiario de la misma; d) los instrumentos de trabajo sean suministrados esencialmente por el beneficiario, y e) haya una prestación de servicios por un período ininterrumpido de noventa días.

7.3 El principio de la primacía de la realidad

El Derecho del Trabajo está concebido para regular realidades. Esta importancia de la realidad fáctica ha sido destacada por la doctrina juslaboralista, por la legislación y la jurisprudencia. De allí que la realidad de los hechos, tal como ocurren en la práctica cotidiana, tenga primacía frente a las apariencias formales que puedan adoptar las partes mediante declaraciones de voluntad, independientemente de que las mismas sean espontáneas o producto de la presión ejercida sobre una de ellas o de que sean emitidas en ausencia de dolo o de que envuelvan una intención fraudulenta. Es en este sentido que el referido estudio de la OIT sobre la relación de trabajo afirma que “La determinación de la existencia de una relación de trabajo debe ser guiada por los hechos de lo que realmente fue convenido y

llevado a cabo por las partes, y no por la manera como una de las partes o las dos partes describen la relación de trabajo.” La primacía de realidad frente a la apariencia ha permitido que la jurisprudencia haya resuelto en favor de la aplicación del Derecho del Trabajo, muchos casos de simulación o fraude a la ley, aplicando los denominados criterios o factores de control o el llamado “haz de indicios de laboralidad” para determinar la existencia de una relación de trabajo en situaciones a las cuales las partes formalmente le habían dado otra calificación jurídica, pero que en la realidad de los hechos presentaban las características propias de una relación laboral. Este principio, al fundamentar la aplicación de la legislación laboral en los supuestos de hechos que determinan la prestación subordinada del trabajo, otorga una amplia posibilidad de excluir la vigencia de contratos falsamente civiles o mercantiles, con los cuales algunos patronos pretenden ocultar la existencia de una verdadera relación de trabajo.

Este principio es consagrado en el texto constitucional venezolano de 1999, que expresamente señala en su artículo 89 que en “... *las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias*”. De similar manera había sido incorporado por el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, que en su artículo 8, ordinal “c”, consagró el principio de “*la primacía de la realidad o de los hechos, frente a la forma o apariencia de los actos derivados de la relación jurídica laboral*”.

Mediante el uso de los mecanismos de defensa anteriormente referidos, la legislación laboral ha logrado ser aplicada en muchos casos en los cuales las partes, fundamentalmente el patrono, pretendieron evadir su normativa a través de situaciones de fraude o de simulación. Debemos observar, sin embargo, que no siempre en Venezuela han sido anulados los actos fraudulentos y lograda la aplicación del régimen jurídico laboral a todos aquellos contratos mediante los cuales se da calificación jurídica, civil o mercantil a verdaderas relaciones subordinadas de trabajo. Existen lamentablemente, sectores completos de la economía en donde los mecanismos fraudulentos de evasión a la legislación laboral son una realidad permanente y generalizada. Tales son los citados casos de la distribución masiva de bebidas, servicios de transporte aéreo y otros, pudiendo señalarse que en los últimos años la prestación laboral encubierta está avanzando en áreas distintas de aquellas en las cuales su uso era tradicional.

8. Normas legislativas destinadas a combatir el fraude laboral

La importancia creciente que el encubrimiento de las relaciones de trabajo tiene en el mercado laboral, ha determinado que, en algunos países, más allá de la aplicación de los principios de Derecho del Trabajo anteriormente mencionado, se hayan promulgado normas legislativas concebidas expresamente al combate de este

fenómeno. En estos casos y fundamentándose en los principios y conceptos que hemos comentado, el legislador explicita su voluntad de que la relación de trabajo sea objeto de la tutela legalmente debida, no obstante, el empleo por las partes de artificios formales destinados a evadir tal tutela.

Así, en Venezuela, el artículo 94 de la Constitución dice: “El Estado establecerá, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en general, en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.”

En Panamá las disposiciones anti fraude son particularmente severas. El artículo 63 del Código del Trabajo dice: “Para la determinación de la relación de trabajo, o de los sujetos de la misma, se prescindirá de los actos y contratos simulados, de la participación de interpuestas personas como supuestos empleadores, y de la constitución u operación simulada de una persona jurídica en calidad de empleador”. El artículo 92 establece que, cuando por actos simulados o fraudulentos y a través de la creación u operación de la persona jurídica se elude el cumplimiento de las obligaciones laborales de una persona jurídica, el trabajador de dicha persona jurídica podrá, además, reclamar sus créditos laborales a los accionistas, socios o miembros. El artículo 93 dispone que la participación simulada de una persona jurídica en la prestación del servicio o en la ejecución de la obra no impide que la persona física correspondiente sea considerada como trabajador.

En Argentina, un contrato es nulo si ha sido celebrado mediante simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio; en tales casos la relación queda regulada por la Ley de Contrato de Trabajo. También en Argentina la ley se refiere al uso fraudulento de la figura de la cooperativa para evadir la aplicación de la legislación del trabajo y estimula la regularización de la relación de trabajo mientras al mismo tiempo desestimula la evasión a través de la imposición de multas y exenciones a las contribuciones y multas en caso de cumplimiento voluntario.

En Chile, además de la responsabilidad solidaria entre el empleador y los terceros, el Código prevé la imposición de multas al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros y a quienes utilicen cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales. A este efecto, subterfugio significa cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos. Además, el plazo de prescripción

para intentar acciones y reclamar derechos en esta materia ha sido extendido a cinco años.

9. La jurisprudencia venezolana en materia de simulación del contrato de trabajo, fraude a la ley y encubrimiento de la relación laboral

Desde los primeros años de vigencia de la Ley del Trabajo de 1936, nuestros tribunales afrontaron diversos casos en los cuales ante la pretensión de una persona que decía haber sido trabajador de un determinado patrono y en consecuencia demandaba el pago de diversos beneficios laborales, el demandado desconocía haber tenido una relación laboral con el demandante, alegando una vinculación de orden civil o mercantil. En estos casos, en buena parte relativos a personas que prestan servicios a empresas de distribución masiva de alimentos y bebidas, correspondía al Juez determinar la naturaleza jurídica de la relación entre actor y demandado, es decir, si efectivamente se trataba de una relación laboral o si, por el contrario, la relación era efectivamente de naturaleza civil o mercantil. Las sentencias que de esta manera entraban a calificar la naturaleza de la relación y, si fuere el caso, de descubrir la relación de trabajo artificialmente encubierta, eran fundamentalmente sentencias de instancia, pues que por diversos motivos, entre ellos el de que sostenedores de los sistemas de encubrimiento, al ver que un juicio les podía resultar adverso, preferían ponerle fin mediante transacciones y evitar que la casación se pronunciara sobre el espinoso tema.

Una de las más antiguas sentencias que conseguimos en nuestra búsqueda es del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo del Distrito Federal de fecha 11 de mayo de 1942 que resuelve el caso de unos distribuidores de bebida en los siguientes términos:

En efecto, la compra-venta (tanto la civil como la mercantil) se caracterizan, como es sabido, por el ánimo existente entre las partes de transmitir plena y definitivamente la propiedad de la cosa, del vendedor al comprador. Quien compra, lo hace ya para disfrutar por sí mismo de la cosa comprada o para retenerla y luego venderla con fines de lucro; pero en uno y otro caso con ánimo de entrar en pleno dominio de la cosa, pudiendo incluso cambiar a voluntad el destino de la misma, una vez comprada. Siendo de advertir especialmente que, en cuanto el pago del precio o la venta es al contado y entonces el pago es inmediato, o aquellas es a crédito y entonces el comprador queda, desde el momento mismo de la venta, comprometido a pagar la totalidad del precio convenido, no estando obligado el vendedor a recibir de nuevo la cosa ... Fácilmente se echa de ver, en consecuencia, que el caso analizado difiere sustancialmente del de un "cliente" que compra periódicamente cierta cantidad de mercancía a una empre-

sa para su propio negocio, pues en tal caso, efectuada la compra-venta, la mercancía pasa, como se deja dicho al pleno dominio del comprador, quedando a cargo de éste todo el riesgo futuro, y debiendo pagar íntegramente el precio, cualquiera que sea el destino de la mercancía adquirida. Y carece de valor jurídico el concepto del Sentenciador, toda otra calificación que al contrato de compra-venta den los particulares, desnaturalizando las instituciones establecidas de manera expresa por el Legislador. La verdad es que, en el caso de autos, la mercancía en ningún momento entraba a formar parte del patrimonio de O., sino que pasaba directamente, de la empresa al establecimiento expendedor, siendo O., sino que un simple repartidor, o a lo más un agente vendedor.”

El 24 de mayo de 1944 el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo del Distrito Federal resolvió así el caso de un vendedor de helados:

Consta de autos que la actividad de L. consiste en servir de intermediario entre la empresa fabricante de los helados y el público consumidor. Y es evidente, por tanto, que esa actividad constituye un servicio de innegable valor para la empresa, sin que base a desnaturalizar esa prestación de servicios el que se le califique de compra-venta. En efecto: no se trata de una operación aislada de compra venta civil o mercantil, sino de una actividad permanente consistente en recibir la mercancía de la empresa y venderla al público en un margen de utilidad, situación ésta esencialmente distinta de la creada por una operación aislada de compra-venta. Resumiendo, pues, considera el Sentenciador, y así lo declara, que la actividad desarrollada por el actor L. en las condiciones dichas constituye una prestación de servicios bastante a determinar la existencia de un contrato de trabajo de ser cierto que concurren también los otros dos elementos: salario y subordinación.

Salario: Toda forma de remuneración pecuniaria del servicio prestado constituye un salario con tal tenga un carácter permanente y sea proporcional a la labor realizada. En el caso de autos el autor percibe un porcentaje fijo (15%) sobre el producto bruto de la venta de mercancías que efectúe, que es la forma ordinaria de remuneración de todo vendedor a comisión, y constituye un caso típico de salario calculado “a destajo”. Y la circunstancia de que el señor N.N. perciba un porcentaje igual al de L. como contraprestación por el aporte de su vehículo para el expendio de los helados no quita el carácter de salario a la remuneración percibida por L., ni tampoco altera en absoluto el carácter de prestación de servicios de que está revestida la actividad desplegada por el actor.

Concurre, pues, también el segundo elemento constitutivo del contrato de trabajo.

Subordinación: Según tiene establecido este Tribunal en diversos fallos confirmados por el Superior, la subordinación como elemento integrante del contrato de trabajo no puede estar sometida a un concepto definido, ya que depende, en naturaleza y grado, de la clase de servicios que presta el trabajador. Muy diferente ha de ser, en efecto, la subordinación en el caso de un obrero de construcción y en el de un trabajador cuya labor consiste, como en el caso de autos, en vender mercancías al detal, realizando esa labor con absoluta libertad, sin estar sometido a condiciones de lugar, forma de trabajo, etc.

En el caso de autos aparece comprobado, por los diversos medios probatorios que cursan en el expediente, que el actor L. concurre diariamente a la fábrica de Helados marca X a recibir cierta cantidad de helados, los cuales sale a vender al detal en un vehículo perteneciente al señor N.N. (Gerente de la misma Fábrica) entrega cuentas a dicha empresa semanalmente del resultado de esas ventas. Consta asimismo que L. vende solamente los productos de la fábrica mencionada, y que durante el tiempo en que realiza su labor lleva puesta una blusa blanca que lleva bordada en rojo la marca de Fábrica X, blusa que es similar a la que usan los demás vendedores de la misma empresa. Todo lo cual establece una presunción de la existencia de una subordinación, en el caso de L.: igual a la que existe respecto a los otros vendedores, siendo de advertir, además que esa presunción existe en todo caso de prestación de servicios, en virtud de lo establecido en el artículo 30 de la Ley del Trabajo, y no ha sido desvirtuada suficientemente, en la opinión del Sentenciador, por la parte demandada.

Concurriendo, pues, en el caso presente los tres elementos antes aludidos, es forzoso concluir que se trata de un contrato de trabajo, y así se declara..

El 18 de agosto de 1944 el Juzgado Superior del Trabajo se pronunció en sentido contrario

Ahora bien, en el caso de autos no aparecen determinados precisamente los citados elementos característicos del contrato de trabajo. Por el contrario, los elementos probatorios, que pormenorizadamente se examinan en esta decisión, incluso la confesión del actor, contribuyen a demostrar que las relaciones que existieron entre las partes no eran las que forman el objeto de los contratos de trabajo. Se evidencia que la intención de ellas fue la de celebrar sucesivamente contratos de compra-venta mercantil, en virtud de los cuales el actor obtenía el producto de la fábrica del demandado con el propósito de revenderlos al público. Los documentos privados producidos por el actor; por la demandada, consistentes en facturas expedidas por el demandado a nombre del actor, corroboran la situación jurídica; es-

tas facturas demuestran diferentes operaciones de venta al contado de helados que se le hacían al demandante. Considera el tribunal que la circunstancia de que estas operaciones de compra-venta se efectuasen de una manera permanente y sucesiva, no es suficiente para desnaturalizar la figura jurídica de contrato distinto del de trabajo... Sólo puede establecerse que se está en presencia de un determinado contrato, cuando la relación contractual contiene todos los elementos necesarios para tipificarlos, independientemente a que sea realizado una sola vez o en diferentes oportunidades; lo contrario sería admitir que la simple repetición de un mismo acto jurídico pudiese alterar la naturaleza de dicho acto.

El Juzgado Superior Segundo del Estado Mérida resolvió el 17 de septiembre de 1979 uno de los típicos casos de concesionarios de refrescos diciendo:

Mientras que el demandante sostiene su condición de trabajador de la demandada; éste sostiene que en la relación contractual entre ellos existente, no se da ninguno de los elementos esenciales señalados constitutivos del contrato de trabajo. Este Tribunal encuentra, sin embargo, que el actor se atribuye en el libelo la condición de distribuidor de bebidas gaseosas producidas por la demandada; y que ésta no le niega al actor esa condición, sino que por el contrario de manera expresa se la reconoce en las facturas por ella misma emitidas y traídas al proceso en la que le atribuye ese carácter, pero alega que esa actividad la cumplía no como trabajador a su servicio, sino como comerciante revendedor de dichos productos y por ende intermediario entre el productor y el consumidor.

Establecido que el demandante actuaba como distribuidor de las bebidas gaseosas producidas por la demandada, es claramente aplicable la presunción consagrada en el artículo 46 de la Ley del Trabajo, según el cual “se presume la existencia del contrato de trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe”. Tal presunción ampara al actor y revierte la carga de la prueba sobre la demandada, la cual debe así acreditar la relación comercial por ella invocada, veamos si las pruebas aportadas durante el debate probatorio por la demandada, resultan suficientes para desvirtuar dicha presunción.

El representante legal de la demandada, cuando absolvió las posiciones juradas, al responder la tercera pregunta, confesó que el camión que manejaba el actor para la distribución, se lo tenía alquilado la Embotelladora a la C.A. Occidental de Transportes; de donde se deduce que no era el actor quien lo tenía alquilado, como se asevera en la contestación de la demanda; al responder la octava pregunta, confiesa que cuando el actor no llegaba para comprar producto y salir a vender, podía suceder que cubriera su

ruta un chofer de avance de la Embotelladora; lo que revela que el actor era un simple distribuidor de los productos de la demandada a los clientes de ésta, no un comerciante que le revendía dichos productos a sus propios clientes; al responder la décima séptima pregunta, asevera que todo concesionario firma un contrato con la empresa, en el que se fija el territorio o ruta respectivos; y de ser esto cierto, no se explica cómo la demandada no aportó al proceso el documento correspondiente al actor; y, al responder la vigésima primera pregunta, señala que los concesionarios podían cancelar sus facturas en el acto de entrega de producto o podían dejar crédito abierto hasta que volvían por más producto, lo cual en unos casos ocurría diariamente y en otros cada dos o tres días. Lo primero está en contradicción con las facturas y lo segundo corrobora la conclusión antes establecida con base en las propias facturas, de que el actor no compraba los productos de contado.

En definitiva, este Tribunal concluye, que las pruebas de la demandada aportadas durante el debate probatorio, no acreditan hecho alguno capaz de desvirtuar la presunción legal de que los servicios que el actor prestaba a la C.A. Embotelladora Mérida como distribuidor de sus productos correspondían a la ejecución de un verdadero contrato de trabajo.

El mismo caso de concesionarios de refrescos fue objeto de una prolija sentencia del Juzgado Superior Segundo del estado Lara de fecha 04 de abril de 1984:

La parte demandada trajo a los autos original del Contrato celebrado entre ella y el actor, documento que corre inserto a los folios 81 y 82 de este expediente, el cual sostiene las Cláusulas que regularon las relaciones jurídicas entre el actor y la demandada, de las cuales esta alzada destaca las siguientes:

“...Primera: “La Embotelladora” otorga a “El Concesionario” el derecho a la explotación de una concesión para distribuir y vender bajo el sistema de “Ruta” Número Cuatro Barquisimeto los productos señalados en la Cláusula Sexta en el territorio que en lo adelante se denominará “La Zona o Ruta”... Tercera: La cesión de este derecho de distribuir y vender en “La Zona o Ruta” anteriormente descrita, se hace con carácter de exclusividad y, en consecuencia, “La Embotelladora” no podrá, durante la vigencia de este Contrato, celebrar con otras personas Contratos de distribución y venta bajo el sistema de Ruta o Concesión dentro de “La Zona o Ruta” que se concede aquí “El Concesionario”, salvo casos de incumplimiento de cualquiera de las Cláusulas de este Contrato. Sexta: “El Concesionario” se obliga a comprar de contado a “La Embotelladora”, puesto en el local de la fábrica o depósito y previa facturación, el (los) productos(s) indicado(s) en esa

misma Cláusula, por un monto total mínimo de ocho mil con 00/00 bolívares (Bs. 8.000,00) semanales. Es entendido que las ventas son estrictamente de contado y, por lo tanto, “El Concesionario” se obliga a cancelar diariamente el importe de las compras que le haga a “La Embotelladora”. Si llegara a ocurrir que “El Concesionario” tuviese una mora hasta de veinticuatro (24) horas en el pago de sus compras, “La Embotelladora” no le hará entrega de nuevos productos al vencimiento de dicho lapso; y si la mora llegare a cuarenta y ocho (48) horas, el contrato quedará rescindido por incumplimiento en el pago, aplicándose al caso lo estipulado en la Cláusula Décima Quinta de este Contrato... Novena: “El Concesionario” podrá encomendar temporalmente a un tercero, aceptado por “La Embotelladora”, la atención de su clientela y las demás obligaciones que contrae por este Contrato cuando por cualquier causa no pudiese o no quisiere hacerlo personalmente, pero dicho tercero deberá someterse íntegramente a las estipulaciones de este Contrato. En caso de que no designare persona o que la designada no cumpliera cabalmente, “La Embotelladora” podrá atender directamente la demanda del producto en “La Zona o Ruta”. Décima: El Transporte de la mercancía comprada será por cuenta y riesgo de “El Concesionario”, quien podrá realizarlo en camiones de su propiedad o que posea en arrendamiento, o por cualquier otro justo título. Décima Cuarta: El presente Contrato podrá ser cedido por “El Concesionario” o sus herederos, a título gratuito u oneroso, total o parcialmente, a terceras personas, siempre que el Concesionario se sometiere íntegramente a sus estipulaciones y con el consentimiento previo de “La Embotelladora” otorgado por escrito”...

... Analizadas las pruebas producidas por las partes en este proceso, esta alzada llega a la conclusión de que la parte demandada demostró de manera fehaciente que las relaciones jurídicas que la ligaron al actor eran de naturaleza mercantil y no laboral, como aquél ha pretendido en este proceso. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia venezolana han establecido que los requisitos para que exista una relación de trabajo son los siguientes: a) la prestación de un servicio por parte de un trabajador para un patrono; b) el pago de un salario que hace el patrono al trabajador, como contraprestación por el servicio prestado; c) una relación de subordinación jurídica del trabajador para con el patrono, en el sentido de que el primero está sujeto a las órdenes e instrucciones que le imparta el patrono para el cumplimiento de las tareas inherentes al servicio prestado. En el caso *sub júdice* esta alzada considera que las pruebas instrumentales producidas por la parte demandada y que han sido debidamente analizadas y valoradas en esta motiva, han puesto en evidencia la inexistencia de ninguno de los tres elementos a que antes se ha hecho referencia, sino por el contrario, ha quedado demostrado que el actor es un comerciante que trabaja por su cuenta

y riesgo; de allí que las relaciones jurídicas que lo ligaron a la demandada son de naturaleza esencialmente mercantil, por las razones siguientes:

1º) Existe un contrato de compra-venta, en virtud del cual la demandada vendía al actor bebidas refrescantes de determinadas marcas de fábrica, y el actor podía distribuirlas y venderlas en una zona determinada, obligándose, mediante ese contrato de Concesión, a comprar un mínimo de gaveras de refrescos semanalmente y a un precio estipulado.

2º) La distribución y venta de las bebidas refrescantes, compradas por el actor, la hacía por su cuenta y riesgo en camiones de su propiedad utilizando chóferes o ayudantes que contrataba a su servicio, circunstancias que evidencian que no se trataba de un contrato de trabajo, ya que en éste los riesgos de la empresa corren por cuenta del patrono...

3º) La prestación del servicio, o mejor dicho, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el actor para con la demandada, no implica la prestación de un servicio personal, puesto que conforme a una de las cláusulas del Contrato de Concesión, esas obligaciones podían ser realizadas por un tercero, hecho que contradice una de las características del contrato laboral, el cual es *intuitu personae*.

4º) La ejecución de las obligaciones contraídas por el autor en virtud de contrato de concesión que lo ligó a la demandada, no estaba sometida a horario de ninguna clase, ni a cumplir un determinado monto en cuanto a la venta de producto que había adquirido en propiedad y mediante el pago al contado. El monto de sus ganancias dependía exclusivamente de la mayor o menor actividad que desplegase para colocar su mercancía entre clientes comprendidos en la Zona o Ruta que le había sido asignada conforme al Contrato de Concesión, y la cual tenía que ser respetada por la demandada, en el sentido de que ésta se obligaba a no celebrar otros contratos de concesión con otros vendedores o concesionarios, o mediante la atención directa a los clientes ubicados en esa Ruta o Zona, salvo las excepciones previstas en el mismo Contrato de Concesión.

5º) Conforme a la Cláusula Décima Octava del Contrato de concesión, en caso de incumplimiento total o parcial de ese contrato o rescisión del mismo, sin causa justificada, ambas partes fijan el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios, con el carácter de Cláusula Penal, por un monto de Bs. 3.000,00. Esta estipulación contractual es extraña a la relación laboral, porque en ésta el incumplimiento de las obligaciones produce para el patrono el derecho al despido justificado del trabajador, y al trabajador el derecho al retiro justificado del trabajo.

6º) Conforme a las pruebas instrumentales producidas por la parte demandada, no existe la fijación de ningún salario que se hubiese obligado la de-

mandada a pagar al actor, ni quedó demostrado en autos que ellos hubiese ocurrido durante el lapso de duración de la relación mercantil que ligó a las partes litigantes. Las ganancias percibidas por el actor provenían, conforme lo alegó y probó la parte demandada, de que aquel compraba diariamente determinada cantidad de bebidas refrescantes a un precio fijo, y podía colocarla entre su clientela a un precio superior.

En orden a las consideraciones que anteceden, esta alzada concluye que quedó plenamente demostrado en autos, que las relaciones jurídicas que mantuvieron el actor y la demandada eran de naturaleza mercantil y no laboral, y que, por tanto, se ajusta a derecho la excepción de inadmisibilidad planteada por la parte demandada, en base al ordinal 1° del artículo 257 del CPC, en el sentido de que ni el actor ni la demandada tienen cualidad o interés para sostener el presente juicio.

La Corte Suprema de Justicia, con fecha 29 de mayo de 1986 decidió el caso de unos vendedores de cerveza en los siguientes términos:

“En el caso concreto, indiscutiblemente, existe una prestación de servicio de parte del demandante hacia la empresa cuya verdadera naturaleza jurídica es el punto fundamental a resolver en este proceso.

La prestación de servicio consiste en la obligación de que la empresa concedió al comerciante, con carácter de exclusividad, el derecho de revender al por mayor cerveza y malta polar a todos los comerciantes detallistas con negocios establecidos dentro del área de una zona distinguida con el N° 222 y delimitada en el plano general de Caracas, comprometiéndose la empresa a no celebrar con terceras personas de la zona concedida exclusivamente por el Comprador.

De las posiciones juradas absueltas por Presidente de la Compañía DISTRIBUIDORA POLAR METROPOLITANA S.A., ampliamente analizadas, no existe mérito probatorio alguno favorable al demandante; como también de los testigos presentados en el debate probatorio por dicho demandante y debidamente analizados no arrojan prueba alguna probatoria.

El elemento fundamental del contrato de trabajo es la “subordinación o dependencia”. En el referido contrato sí es verdad que existen ciertas obligaciones impuestas por la empresa al comerciante, tales como no vender ni negociar el producto fuera de la zona, a comprar de contado y a revenderlo a los precios vigentes a que requiere en el futuro, si hubiere alguna alteración por razones del mercado nacional o internacional que lo hagan obligante; también es cierto, que en el mismo contrato existen ciertas obligaciones a cargo de la empresa que van en beneficio directo y exclusivo

del vendedor, al conceder con carácter de exclusividad, el derecho de revender cerveza y malta polar a todos los comerciantes detallistas con negocios establecidos, no pudiendo celebrar la empresa con terceras personas otros contratos de venta o distribución de los mismos productos dentro de la zona asignada al comerciante, una y otras relaciones, se consideran como obligaciones recíprocas e indispensables y acostumbradas entre comerciantes que van en interés y garantía de ambas partes contratantes. Tales obligaciones recíprocas no pueden configurar la subordinación exigida en el contrato de trabajo y así se decide.

La Corte no puede examinar directamente las actas y los instrumentos del proceso, para censurar la valoración de las pruebas o calificación jurídica de los hechos, sino a través de la sentencia impugnada. *A juicio de la Sala, examinado el contrato transcrito textualmente en el fallo recurrido, las actividades cumplidas por el actor son estrictamente comerciales, como con acierto lo decidió la recurrida.*” (Las fronteras del Derecho del Trabajo, pp. 15 y 16).

El Juzgado Superior Sexto del Trabajo del Área Metropolitana, en sentencia de fecha 05 de marzo de 1999 dijo:

“... El problema central que se plantea en la presente controversia, no es un tema nuevo en el campo del Derecho laboral, pues la discusión acerca de la simulación del contrato de trabajo que en este caso expuso la parte actora en su libelo de demanda, ha sido ardua y añeja, sin embargo, es de destacar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mantiene el principio general de que no está negado *a priori* que aún existiendo la constitución de una empresa mediante la cual se presta el servicio, puede estarse en presencia de una relación de trabajo regulada por la ley de la materia, pero que es necesario en cada caso determinar, si en el mismo se dan las condiciones que permiten calificar a dicha relación como de carácter laboral. De lo anterior se evidencia que para verificar tal condición, es menester que estén presente los requisitos básicos que configuran el contrato de trabajo.

Sin entrar en las citas de definiciones doctrinarias o legales, es de todos suficientemente conocido, que los elementos esenciales para configurar una relación como de carácter laboral son universalmente tres: una prestación personal de servicio, el pago de un salario o remuneración y la subordinación jurídica del trabajador respecto del patrono, que viene a ser el elemento más característico del contrato de trabajo. Por otra parte es un hecho plenamente aceptado y de allí su incorporación a la doctrina del derecho del trabajo, el de que aún con la existencia formal de un contrato regido

por las normas civiles o mercantiles, puede verificarse una verdadera relación laboral, ya que el contrato de trabajo es lo que muy propiamente también la doctrina ha denominado contrato-realidad; es decir, que existe al darse los elementos esenciales del mismo, el más importante de los cuales es el de la subordinación. Sostiene el demandante en su libelo de demanda que comenzó a prestar servicios en fecha 4 de febrero de 1993, en calidad de vendedor, en forma personal y subordinada para la empresa Industria, y que para simular una relación mercantil o civil, en lugar de una relación de trabajo, es decir, disfrazar su condición de trabajador por la de un comerciante, se le exigió que constituyera una compañía de nombre Representaciones mediante el cual se realizarían las operaciones de ventas y cobranzas.

Como quiera que la accionada negó en forma expresa la existencia de la relación laboral, alegando que dicha relación era solamente de estricto orden comercial y la empresa Representaciones, la cual estaba representada legalmente por el actor ciudadano, en su condición de director, correspondía al demandante la carga absoluta de comprobar la existencia del elemento subordinación, para desvirtuar los efectos del contrato de comercio, que tenía suscrito con la demandada a través de Representaciones, para prestar el servicio y que configuraba su alegato central de existencia de una simulación, puesto que es completamente aceptado por las partes, que entre ellos existió un tipo de vinculación que le permitía al accionante colocar sus productos en el mercado, de manera que el actor era el encargado de la venta y cobro de productos elaborados por la accionada, pero, para tal actividad el demandante constituyó y registró conjuntamente su firma mercantil. Esta materia de los vendedores para las empresas ha sido sumamente debatida, puesto que tal como acontece en este juicio, el demandante se inscribe en el registro mercantil con un fondo de comercio que se dedica a la venta y es precisamente lo que produce la demanda. Ahora bien, si en el caso del accionante en el presente proceso, como así lo alegó, para llegar a vincularse con la demandada para la prestación del servicio debió constituirse en comerciante, indudablemente que la condición de comerciante era indispensable para llegar a prestar el servicio. Esa condición de comerciante es exigida por la empresa y cumplida por el demandante, quien posteriormente si quiere desdibujar esa condición alegando otra de índole laboral, tiene imperiosamente que demostrar la subordinación.

Todo contrato que supone compromisos por cada una de las partes, establece los supuestos que cada parte necesita de la otra; sin embargo, no es posible dudar que en el mercado de los negocios la empresa es económicamente más poderosa que algunos de los individuos con quienes contrata,

verbigracia el trabajador pero eso no quiere decir que esos individuos tengan necesariamente que adherirse a la voluntad de las empresas; puede pensarse que si no se adhieren se quedan sin entradas económicas y es cierto, pero es cierto también, que una vez escogido el mundo del comercio, para tener esas entradas ha podido escoger el de las relaciones obrero-patronales sin equívocos de ninguna naturaleza, pues es perfectamente posible que el trabajador para obtener mayores ganancias opte por la vía de hacerse comerciante aunque pierda su condición de trabajador en su vínculo con la empresa. Si la intención del demandante fue hacerse comerciante, como lo demuestra su inscripción en el registro de comercio; como lo demuestra su actividad de comisionista en el cual devenga un porcentaje por las ventas y cobranzas realizadas a través de una persona jurídica, se hace típicamente comerciante y debe asumir las obligaciones que esta condición acarrea y las consecuencias que de ella se derivan, a menos que pueda demostrar que efectivamente se encontraba en relación de dependencia con la demandada. Por modo alguno logró demostrar el ciudadano ... que hubiere estado personalmente sometido a condiciones y directrices de la demandada, en ejecución de las actividades de su empresa Representaciones ... y en cumplimiento de la obligación de la prestación del servicio, puesto que de todas las documentales apreciadas solo se constata que siempre se vincula la accionada con la empresa Representaciones ..., jamás directamente con el actor, así como tampoco pudo al menos demostrar el reclamante que su empresa no podía actuar libre y unilateralmente en el cumplimiento de la prestación del servicio. No pudo entonces el actor como debía, declinar características precisas del elemento subordinación para que se le pudiera considerar trabajador, vale decir, que estaba sujeto a las órdenes e instrucciones del patrono, sobre las modalidades en cuanto a la ejecución del servicio, que su accionar le estaba estrictamente condicionado, pues la subordinación es la potestad del patrono de dirigir y vigilar la prestación del servicio y de someter al trabajador a las reglas técnicas o de conductas que estime necesarias en relación con el trabajo. En el presente caso es indudable que el demandante no suministró los suficientes elementos de juicio, que permiten llegar a la convicción a este Juez y por ende determinar, la subordinación como elemento esencial del vínculo jurídico habido entre las partes, y por consiguiente poder dictaminar, que el accionante estaba bajo la dependencia jurídica de la empresa demandada. En consecuencia y como quiera que no quedó comprobada en el proceso la relación de trabajo alegada por el actor en su libelo de demanda, esta Superioridad tiene forzosamente que estimar procedente la defensa de falta de cualidad e interés para sostener el presente juicio opuesta por la demandada como punto previo de fondo. Exp. N° 998.” (Ramírez & Garay, Tomo CLII, marzo 1999, pp. 126 a 128).

Podríamos, a riesgo de hacernos aburridos, multiplicar el número de sentencias citadas, pues el tema de las relaciones laborales encubiertas no ha sido extraño a nuestra jurisprudencia. En realidad han abundado sentencias en uno y otro sentido, pero no hubo oportunidad para que la casación fijase una doctrina que canalizara definitivamente los criterios jurisprudenciales sobre el tema. De la investigación jurisprudencial realizada podemos extraer tres conclusiones: Primera: La calificación jurídica acordada formalmente por las partes no es determinante para precisar la naturaleza laboral o no de la actividad de quien presta personalmente un servicio para otra persona. Para precisar tal naturaleza corresponde al juez examinar las circunstancias del caso concreto y decidir en función de las mismas. Segunda: el criterio predominante empleado por la jurisprudencia para determinar la naturaleza laboral o no de los casos sometidos a su examen ha sido el de la subordinación o dependencia. Así, si el examen de las circunstancias del caso permitía determinar que quien prestaba el servicio lo hacía bajo la dependencia o subordinación de quien lo recibe, el juez concluía que se estaba frente a una relación de trabajo. El criterio de ajenidad también ha sido empleado a estos efectos, especialmente por recientes decisiones. Sin embargo, su uso ha sido y, en el fondo, sigue siendo complementario al de la subordinación. Tercero: Entre las sentencias que deciden casos dudosos pueden encontrarse muchas que deciden su naturaleza laboral y muchas que deciden su naturaleza civil o mercantil. En los casos de distribuidores de bebidas, agua potable y helados, puede encontrarse un importante número de sentencias, especialmente de instancia, que establecen que en los mismos existe una relación de trabajo. No abundan sentencias de casación en este sentido.

10. Jurisprudencia de la Sala de Casación Social a partir del año 2000

10.1 Félix Ramón Ramírez vs. DIPOSA C.A.

Como acabamos de ver, el tema del fraude laboral o encubrimiento de las relaciones laborales estuvo siempre presente en nuestra jurisprudencia sin que pudiese observar una tendencia ideológica predominante frente al mismo. Por eso reviste especial importancia la sentencia de fecha 16 de mayo de 2000 (Félix Ramón Ramírez y otros vs. Distribuidora Polar S.A. DIPOSA) mediante la cual la Sala de Casación Social declara la naturaleza laboral de una relación entre una empresa y sus distribuidores en uno de los sectores que justamente han perfeccionado sus sistemas de encubrimiento de la relación de trabajo. Nos referimos al conocido caso de los chóferes de una empresa cervecera que viene tradicionalmente operando mediante relaciones laborales encubiertas. Por la importancia de la sentencia, realizaremos un breve comentario sobre la misma.

La referida sentencia, con ponencia del magistrado Juan Rafael Perdomo, el Tribunal Supremo de Justicia casó de oficio un recurso en contra de la sentencia de

segunda instancia que declaraba comercial y no laboral la relación que unía a la empresa POLAR con sus vendedores de cerveza y malta.

El Tribunal Supremo de Justicia utilizó dos tipos de argumentos para considerar laboral y no mercantil dicha relación jurídica. El primer argumento es el *principio de relatividad de los contratos*, consagrado en el artículo 1.166 del Código Civil. En opinión del Tribunal Supremo de Justicia, los derechos y obligaciones que nacen del contrato mercantil celebrado entre las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada, creadas por los trabajadores por imposición de la empresa, y la sociedad mercantil POLAR S.A. (DIPOSA) no son vinculantes para los trabajadores que ejecutaban el objeto de dicho contrato. Para el Tribunal, los contratos sólo obligan a las partes que lo celebran y no a los terceros, catalogando a los trabajadores como terceros para dicha relación, a pesar de que el trabajador es el socio fundador de la compañía. Bajo ese argumento se entra a analizar la prestación de servicio de los vendedores. A los vendedores, la empresa POLAR les asigna una zona geográfica de venta, en camiones con logotipo de la POLAR y les impone el precio de venta del producto. Estos elementos hacen constituir la relación de trabajo, independiente del contrato comercial celebrado entre compañías mercantiles.

El segundo argumento es de índole laboral y se refiere a la simulación del contrato de trabajo. La voluntad declarada por las partes ha sido producto de la imposición de la voluntad del patrono al trabajador. En este caso, el patrono prevalido de su situación de superioridad frente a la hiposuficiencia económica del trabajador hace que éste acepte dar a la relación laboral que los vincula, una calificación distinta que permite eludir las limitaciones y costos que para el patrono supone la legislación del trabajo.

El Tribunal valora las modalidades que acompañan a este contrato simulado, señalando que el hecho de la reventa por la persona misma del revendedor, la exigencia de revender dentro de determinado radio, en determinadas condiciones y bajo vigilancia de la empresa son situaciones que permiten demostrar la existencia de un nexo de dependencia característico del contrato de trabajo.

El Tribunal Supremo de Justicia considera que de la aplicación del *principio de relatividad de los contratos*, consagrado en el artículo 1.166 del Código Civil y de los principios laborales de *irrenunciabilidad de las normas laborales*, de *la presunción de la relación de trabajo* y de *la primacía de la realidad*, se puede concluir que:

... la existencia de un contrato de compra-venta mercantil entre dos personas jurídicas y la prestación del servicio personal por otra persona distinta

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

Esta sentencia que, como hemos visto, tenía antecedentes en decisiones de instancia, muchas de las cuales no llegaron al conocimiento de casación, pues las empresas afectadas suelen lograr transacciones cuando se ven ante la posibilidad de una decisión final adversa, dio lugar a un intenso debate que se expresó en discusiones y publicaciones que se llevaron a cabo no sólo en el ámbito forense y académico, sino también en medios empresariales y periodísticos. Mientras parte de la doctrina saludó la sentencia como la esperanza del inicio de una política judicial que enfrentase las prácticas fraudulentas⁶ y otorgó a la sentencia “especial relevancia por cuanto recae en un sector que se ha caracterizado por utilizar mecanismos de fraude que ha ido perfeccionando a través del tiempo, incluso “aprendiendo” de las sentencias”... y ... “ que tradicionalmente ha opuesto importantes obstáculos al cumplimiento de las normas laborales, convirtiéndose en “privilegiados” dentro del ámbito patronal”⁷ otra parte consideró que la sentencia contiene errores de juzgamiento⁸, que al desbordar las fronteras del Derecho del Trabajo termina por devolverse en contra de los intereses de los trabajadores autónomos o independientes⁹, que “existen razones económicas lo suficientemente importantes como para establecer que las relaciones que mantenía la empresa con los vendedores independientes es de carácter comercial y no laboral debido tanto a la naturaleza y características de la relación como a la eficiencia relativa del sistema de distribución”¹⁰, que incurre en una incompatibilidad de argumentación al *sugerir*

⁶ Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ y Jacqueline RICHTER, **El Trabajo sin Tutela en Venezuela: nuevas y viejas formas de desprotección laboral**, Caracas, UCV. 2000, p. 33.

⁷ Ana GERSON, **Comentarios sobre la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, de fecha 16-05-2000, referida a los distribuidores de cerveza** en Revista de Derecho, N° 1, TSJ, Caracas, 2000, p. 304

⁸ Rafael ALFONSO-GUZMÁN, **Análisis de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social**, en Revista de Derecho, TSJ, Caracas, 2001, Número 3, p. 420

⁹ Victorino MÁRQUEZ FERRER, El desbordamiento del Derecho del Trabajo en **Las Fronteras del Derecho del Trabajo**, Caracas, UCAB, 2.000, p. 7 y Estudios Sobre la Relación de Trabajo, UCAB, Caracas, 2002, p. 121.

¹⁰ Ángel ALAYÓN y Richard OBUCHI. ¿Son los contratos laborales diferentes de los contratos comerciales? en **Las Fronteras del Derecho del Trabajo** Ob. cit. Nota 8, p. 70.

que en el caso decidido se incurrió en prácticas simulatorias al establecer un contrato mercantil entre DIPOSA y las compañías distribuidoras y luego al casar el fallo fundamentándose en que tales contratos (los firmados por las empresas distribuidoras) no son oponibles a terceros¹¹. Es de señalar que con ocasión de esta sentencia, algunas empresas que emplean sistemas de organización de trabajo similares al afectado por ella, analizaron la posibilidad de “laboralizarlos”, es decir de sustituir las relaciones calificadas como “mercantiles” con concesionarios y distribuidores con relaciones laborales efectivas, ajustando condiciones de trabajo y remuneración, a fin de tratar de evitar los ingentes costos que supone la aplicación imperativa y retroactiva, mediante sentencias, de la legislación laboral a unas relaciones cuyos costos habían sido originalmente calculados sobre la base de la no aplicación de esta normativa. Esta posibilidad encontró un gran obstáculo en la norma constitucional que prohíbe hacer transacciones laborales durante la vigencia de la relación de trabajo. En todo caso, cuando la Sala de Casación Social dio muestras de cambio en su orientación, tales análisis fueron abandonados.

A nuestro juicio, la discusión sobre la sentencia de DIPOSA no aportó mayores novedades al viejo debate planteado en la doctrina y en la jurisprudencia en relación al tema de las contrataciones laborales encubiertas o hechas en fraude a la ley laboral y en el cual los argumentos que se esgrimen en uno y otro sentido dependen de la posición ideológica que se tenga ante estas manifestaciones. Se dice que se desvirtúa el sentido de la presunción laboral, pues los demandantes no actuaban a título personal, sino en representación de compañías mercantiles debidamente constituidas, que eran las que compraban la cerveza, de manera que la actividad personal de distribución de los actores no se cumplía para DIPOSA sino para las compañías distribuidoras que los actores representaban. Ante ello se podría argumentar que, en la realidad de las cosas (principio de primacía de la realidad que los críticos de la sentencia consideran radicalizado por la misma) tales compañías distribuidoras no eran empresas en el sentido técnico de la expresión (organización de bienes y servicios destinados a la realización de una actividad económica con fines lucrativos), ya que carecían de ese sustrato organizativo real, sino que se trataba de simples construcciones jurídicas formales, exigidas por la empresa cervecera como condición *sine qua non*, de manera que eran los vendedores, las personas físicas que demandaron, quienes en la práctica cumplían la actividad de distribución de la cerveza producida por DIPOSA. Se señala que los actores venían desempeñando su actividad a título personal, pero luego constituyeron unas compañías que celebraron contratos mercantiles con DIPOSA, de donde debe concluirse que cualquier relación laboral cesó en el momento en que se cons-

¹¹ César Augusto CARBALLO MENA y Humberto VILLASMIL PRIETO, El Objeto del Derecho del Trabajo en **Las Fronteras del Derecho del Trabajo**, Ob. cit. nota 8, p. 112.

tituyeron estas compañías y celebraron el contrato mercantil de distribución. Puede contrargüirse que la constitución de la compañía fue una exigencia de DIPOSA a la cual no podían negarse los actores, pero que el cumplimiento de este formalismo jurídico no alteró la realidad sustancial de la relación existente, pues eran los mismos actores quienes seguían manejando los camiones, en las áreas y condiciones fijadas por DIPOSA y eran ellos quienes distribuían la cerveza. Se argumenta que en la economía moderna existen diversas formas de contratos de colaboración empresarial que se encuentran ubicados en el ámbito mercantil y no en el laboral. Se puede contraargumentar que si bien es cierta la existencia de relaciones de colaboración empresarial, no lo es menos que tales relaciones sólo puede darse entre empresas y que no puede llamarse “empresa” a la actividad personal que desempeña un señor que maneja un camión y distribuye cerveza. Se alega que los vendedores de cerveza no pueden ser trabajadores porque, en virtud del tipo de contrato que han celebrado disfrutaban de mejores condiciones económicas que las que usualmente corresponden a los chóferes de camiones. Frente a este planteamiento puede decirse que, en primer lugar, la existencia de mejores o inferiores condiciones económicas no es un criterio aceptado por la doctrina ni por la jurisprudencia para determinar la naturaleza laboral o no de una determinada relación. Existen relaciones de trabajo en las cuales el prestador de servicio gana mucho dinero, como también, existen aquellas en las cuales las condiciones remuneratorias son precarias. Por otra parte, es muy relativo decir que los trabajadores que realizan este tipo de contratación tienen condiciones mucho más favorables que aquellos que son titulares de un contrato de trabajo común y corriente. Es cierto que los distribuidores de cerveza y algunos distribuidores de refrescos tienen buenas y, en ocasiones, altas remuneraciones. Pero no puede decirse lo mismo de azafatas, vendedores de helados, y vendedores de perros calientes que tienen el mismo tipo de contratación. En todo caso, quienes prestan servicios laborales mediante una relación encubierta pueden tener buenos ingresos mientras trabajan, pero carecen absolutamente de protección social, debido a que deben personalmente asumir los riesgos de enfermedad, desocupación, vejez, muerte etc., de manera que, en la verdad de las cosas no es cierto que su situación sea tan favorable. Se critica a la sentencia porque no toma en cuenta sus efectos económicos, perjudiciales a un sector productivo de la economía que genera mucho empleo. A ello podría responderse que si en el país existen sectores productivos y generadores de empleo que cumplen con la legislación laboral ¿por qué en algunos sectores la productividad y generación de empleo deben estar sujeta a la evasión de dicha legislación?

En fin, ante la existencia de prestaciones de servicios amparadas por contratos civiles o mercantiles formalmente adoptados por las partes, siempre cabrá la inquietud de sí realmente se trata, como ocurre en muchos casos, de relaciones que se llevan a cabo en condiciones diferentes de las propias de una relación laboral o de

sí, por el contrario, se trata en el fondo de una relación laboral disfrazada. Siempre habrá argumentos para sostener una u otra posición y corresponderá, en última instancia, al Juez el determinar la verdadera naturaleza de la relación. En ese proceso de tomar decisiones en esta materia, tendrá, necesariamente, un gran peso la posición ideológica que tenga el juez en relación al extendido fenómeno del encubrimiento de las relaciones de trabajo.

10.2 Enrique Rondón y Jesús Del Valle Ramos vs. DIPOSA C.A

Con fecha 31 de mayo de 2001, con ponencia del magistrado Omar Mora Díaz, la Sala de Casación Social casó una sentencia que había declarado el carácter mercantil de la relación de estos dos vendedores de cerveza con Diposa C.A. Los actores habían demandado su carácter de trabajadores alegando que ellos habían prestado servicios personales bajo la dependencia de Diposa, no obstante que, en apariencia, la relación con esta empresa era de naturaleza mercantil y se había establecido entre ella y sociedades mercantiles de las cuales los actores eran representantes legales. En otras palabras, los actores alegaban la existencia de una relación de trabajo encubierta. El Juez Superior, ratificando una sentencia de primera instancia, y basándose en la apreciación de varios contratos y documentos mercantiles suscritos por los actores y presentados por la demandada, apreció que dichos documentos constituían una confesión espontánea de los actores respecto de las condiciones bajo las cuales prestaban servicios, de donde concluyó que “las relaciones habidas con la demandada fueron bajo el ámbito de aplicación de un contrato de venta mercantil, para la adquisición de Cerveza y Malta al por mayor, a fin de revenderla al comercio detallista o al detal la DISTRIBUIDORA LISMARY S.R.L. y LA CAVA DE JESÚS DEL VALLE S.R.L. , de la cual, como se ha dicho reiteradamente, tanto Rondón como Jesús Del Valle, eran socios y administradores respectivamente.”

Como punto previo a su decisión, la Sala advierte que sentenciará este caso en los mismos términos en que se decidió el caso de Félix Ramírez y otros, que venimos de comentar. En efecto, la Sala decidió, al igual que en el referido caso, que más allá de las apariencias formales creadas por las partes para evadir la legislación laboral, en este caso también se estaba ante una relación de trabajo. Pero la fundamentación de la sentencia no es idéntica, pues en esta ocasión la Sala da poca importancia al tema de la relatividad de los contratos y, con una argumentación más coherente, centra el fundamento de su decisión en el hecho de que estando probada la prestación de un servicio personal por parte de los actores, se había establecido la presunción de la relación laboral, la cual no puede ser desvirtuada con la sola presentación de los contratos y documentos de apariencia mercantil promovidos por la demandada.

Así, la sentencia dice:

Considera la Sala, luego de examinar la sentencia impugnada, que estando debidamente probado que los actores prestaban un servicio personal para la demandada, pues la decisión impugnada señala que los actores compraban cerveza y malta a la accionada y que debían vender estos productos en una zona determinada; de donde queda establecido una prestación personal de servicios, y de acuerdo con la propia sentencia, los accionantes afirmaron que se trataba de una relación laboral y que ese hecho no fue desvirtuado por los documentos constitutivos estatutarios de unas sociedades mercantiles, ni por los contratos de compra-venta mercantil celebrados entre unas sociedades mercantiles y la demandada, porque, en primer lugar esas sociedades mercantiles no son partes en este juicio, y, en segundo lugar, en la realidad de los hechos eran los actores quienes personalmente ejecutaban la labor de compra venta de cerveza y malta, cuestión que realizaban en condiciones particulares, pues estaban obligados a comprar los productos que la demandada obtenía de Cervecería Polar C. A. a revender dichos productos a los comerciantes detallistas que figuraban en la cartera geográfica que forma parte del contrato y a no vender ni negociar cerveza, malta o bebidas refrescantes de otras empresas, a pintar los vehículos que utilice para la reventa de la cerveza y malta Polar; a pagar de contado a la demandada los productos y a revenderlos a los precios que ésta indicara, razón por la cual, ha debido el juez aplicar correctamente el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo¹² y no como lo hizo... Para concluir: Por todo ello esta Sala considera que la existencia de un contrato de compra venta mercantil entre dos personas jurídicas y la prestación del servicio personal por otra persona distinta, no es suficiente para desvirtuar la existencia 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 irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y de primacía de la realidad, antes referidos, para desvirtuar la presunción laboral, sino que debió el patrono demostrar con plena prueba que la prestación personal del servicio se efectuó en condiciones de independencia y autonomía absoluta, que permitieran al juez arribar a la completa convicción de que la relación jurídica que los vincula es de una condición jurídica distinta, circunstancia esta última ausente en el caso examinado, y, como se ha demostrado en el caso

¹² Artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo: “Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien presta un servicio personal y quien lo reciba. Se exceptuarán aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a instituciones sin fines de lucro con propósitos distintos de los de la relación laboral.”

de autos, que los actores prestaban un servicio personal a la demandada y que ésta no desvirtuó la presunción legal, ha debido el Juez aplicar la norma al caso concreto, porque de no ser así evadirían fácilmente el cumplimiento de las normas en materia de Derecho Laboral. En conclusión, las faltas en que incurre el juez en la sentencia examinada, al considerar que la relación existente entre los actores y la demandada era de carácter mercantil, en violación de las normas antes indicadas, constituye un error de juicio que se manifiesta en la errónea interpretación del artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo y la falta de aplicación del artículo 1.397¹³ del Código Civil. Por los motivos anteriormente indicados, esta Sala de Casación Social casa de oficio la sentencia impugnada.

10.3 Mireya Orta de Silva vs. FENAPRODO-CPV.

Con fecha 13 de agosto de 2002 la Sala de Casación Social, con ponencia del magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, dictó una sentencia en la cual declara el carácter no laboral de la relación existente entre la actora y la Federación Nacional de Profesionales de la Docencia-Colegio de Profesores de Venezuela. En ese caso la actora alegaba que realizaba para la demandada labores de intermediación de seguros en condiciones de dependencia que constituían una relación de trabajo, mientras que ésta se defendía diciendo que la intermediación de la demandante tenía una clara naturaleza mercantil. La Sala casó la sentencia del Juez Superior que declaraba con lugar la demanda. La importancia de esta sentencia a los efectos del tema que nos ocupa, es que realiza una serie de consideraciones acerca de los criterios empleados por la jurisprudencia para diferenciar las relaciones laborales de las mercantiles y hace una fuerte crítica al criterio de la subordinación o dependencia, predominantemente empleado por la jurisprudencia.

Dice la referida sentencia:

La dependencia o subordinación, si es que se manejan como sinónimos, tradicionalmente ha sido estimada como referencia esencial de la relación jurídica objeto del Derecho del Trabajo. Empero, los cambios suscitados mundialmente en los últimos años, orientados en las formas de organización del trabajo y los modos de producción, han devenido en demandar la revisión del rasgo “dependencia”, como criterio axiomático para la categorización de la relación de trabajo. Para continuar más adelante: “De ordinario, todos los contratos prestacionales mantienen intrínsecamente a la subordinación como elemento para la adaptación conductual de las par-

¹³ Artículo 1.397 del Código Civil venezolano: “La presunción legal dispensa de toda prueba a quien la tiene en su favor.”

tes, esto, a los fines de garantizar la concreción del objeto mismo del negocio jurídico...”.

De tal manera, la dependencia no puede continuar considerándose el eje central y casi exclusivo para calificar una relación como de naturaleza laboral. Pero entiéndase, que no por ello disipa su pertinencia, pues el hecho de que no concorra como elemento unívoco de la relación laboral, al resultar también común en otras que tienen igualmente por objeto la prestación de un servicio, perdura sin embargo como elemento indubitable en la estructura de ésta. En efecto, no toda manifestación de la dependencia o subordinación se identifica exclusivamente con la laboralidad, y en tanto, decae su eficacia como criterio denotativo, diseminando su alcance a otras relaciones jurídicas. A pesar de lo asentado, la subordinación concebida en el marco de una prestación personal de servicios por cuenta ajena y por tanto remunerada; es decir, entendida como el poder de organización y dirección que ostenta quien recibe la prestación, fundado por la inserción del prestatario del servicio en el proceso productivo organizado por éste, lo cual a su vez, concreta el aprovechamiento originario de los dividendos que produce la materialización de tal servicio, asumiendo por ende los riesgos que de dicho proceso productivo dimanen, y lo que en definitiva explica el deber de obediencia al que se encuentra sujeto el ejecutor del servicio en la dinámica de su prestación; resulta un elemento categórico en la relación jurídica que protege el Derecho del Trabajo. Así, entenderemos a la dependencia como una prolongación de la ajenidad, pero sin la cual esta última podría comprenderse.

En fin, concluye la sentencia:

Ahora bien, la utilidad de la ajenidad como elemento calificador de las relaciones enmarcadas en el Derecho del Trabajo, sin lugar a dudas que viene a suplir las inconsistencias que presenta la dependencia como eje medular para tal misión, propiciada por su presencia en otros tipos de relaciones jurídicas que tiene por objeto la prestación de un servicio. Mas, no por ello, se puede estigmatizar a la subordinación o dependencia como un elemento inútil, pues, por el contrario, sobreviene a ser indispensable, toda vez que al incorporarse el prestatario del servicio en el seno de una unidad productiva ordenada por otro, de ella (la subordinación) precisamente dependerá la posibilidad para que ese otro concrete la causa que lo motivó a relacionarse, a saber, el obtener la titularidad del resultado del servicio. De modo que, el trabajo dependiente deriva del hecho de prestar un servicio por cuenta de otro, y concretamente, de la inserción del ejecutante del mismo en un ámbito productivo que lo organiza y ordena el ajeno, garantizando tal dinámica, la causa y objeto de la vinculación jurídica.

En nuestro criterio el esfuerzo teórico que hace la sentencia para reforzar la importancia del concepto de “ajenidad” en desmedro del concepto de “subordinación” no es esencial. Es cierto que en la relación de trabajo, el trabajador presta sus servicios por cuenta del patrono, es decir, por cuenta ajena. En efecto, forma parte de la esencia del contrato de trabajo la convención, asumida aún antes de que el trabajador preste sus servicios personales, de que el producto de los mismos nace ya de propiedad del patrono, quien, además, asume los riesgos del trabajo. Esta característica de ajenidad es generalmente aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia como propia del contrato de trabajo. No obstante ello, pensamos que la discusión, en ocasiones planteada con el ánimo de excluir la validez del criterio de la subordinación, acerca de si ésta tiene una dimensión autónoma o si es una consecuencia de la ajenidad, no es fundamental, pues lo cierto es que subordinación y ajenidad parecieran constituir dos caras de la misma moneda y que ambas son necesarias para la caracterización de la laboralidad.

A nuestro juicio, cuando se afirma, como lo hace la sentencia que comentamos, que no toda manifestación de subordinación se identifica con laboralidad pues en todos los contratos prestacionales aquella existe, se está dejando a un lado la característica específica de la subordinación laboral que la distingue de la subordinación o adaptación de la conducta de las partes a las obligaciones contraídas en otras relaciones jurídicas, cual es el sometimiento personal del prestador de servicios a la autoridad jerárquica de quien se beneficia de ellos. Esta sujeción de la persona del trabajador a la del empleador, característica de la relación de trabajo, es, conjuntamente con la desigualdad económica existente entre las partes, uno de los elementos fundamentales que justifican la existencia del Derecho Laboral como disciplina jurídica tutelar y especializada. En todo caso, es necesario observar igualmente que no toda actividad prestada por cuenta ajena constituye una relación de trabajo. Un ejemplo emblemático está constituido por el contrato civil de mandato, en el cual, por definición misma de la ley, el mandatario es aquella persona que en virtud de contrato actúa por cuenta ajena, es decir del mandante¹⁴. Por otra parte, es conveniente señalar el concepto de ajenidad, aún siendo esencial, no parece, en cambio, que hoy sea particularmente apto para capturar a los “fugados” del Derecho del Trabajo, ya que muchos de estos ocultan o desdibujan la ajenidad junto con la subordinación. Cuando se “disfraza” a un trabajador de autónomo, co-contratante civil o comercial, “empresa unipersonal”, socio cooperativista, etc., no sólo se intenta borrar la subordinación, sino también la ajenidad, porque se supone que ese trabajador autónomo, ese comerciante, esa “empresa unipersonal”

¹⁴ Artículo 1.684 del Código Civil venezolano: “El mandato es un contrato por el cual una persona se obliga gratuitamente, o mediante salario, a ejecutar uno o más negocios *por cuenta de otra*, que le ha encargado de ello.”

o esa cooperativa asume todos los riesgos de su emprendimiento. Es probable que en estas hipótesis sea más factible probar la subordinación que la ajenidad, ya que la existencia de una “empresa” en lugar de un “trabajador” supone la asunción de riesgos y que no se está vendiendo trabajo sino productos o servicios terminados. En estas circunstancias pues, la ajenidad no ayudaría a reconstituir el vínculo laboral, aunque, sin duda, su alegación desnuda las connotaciones éticas negativas de estas “externalizaciones”, “tercerizaciones” o “descentralizaciones”: luego de haber legitimado su derecho a retener todas las ganancias a cambio de la asunción total de los riesgos, el empleador transfiere los riesgos, con lo cual se vacía de contenido ético la relación entre capital y trabajo.

Por último, en relación a esta sentencia, queremos destacar, que no obstante la marginalización teórica que hace del criterio de subordinación, en el momento de decidir la calificación jurídica de la relación existente entre las partes litigantes, opta por acudir a la teoría denominada del “test de dependencia o examen de indicios” en los términos esbozados por Arturo Bronstein y complementados por la propia Sala, a fin de analizar si la actora prestó sus servicios de manera autónoma o subordinada. Así, aplicando a los autos el referido “test de dependencia” concluye: “En resumen, de la actividad realizada, esta Sala arriba a la conclusión de que en la presente controversia la parte actora prestó servicios a la demandada de manera autónoma y laboralmente independiente, procediendo por tanto, la aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Trabajo, toda vez que fue desvirtuada la presunción de la relación de trabajo. Así se decide.”¹⁵

10.4 Acta de mediación y conciliación

Con fecha 17 de diciembre de 2002 se firmó, en la sede de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia un acta de mediación y conciliación, mediante la cual la empresa DIPOSA y ochenta y un personas que la habían demandado en diversos tribunales alegando una relación laboral encubierta, acuerdan ponerle fin al juicio mediante desistimiento de la acción por parte de los demandantes y el pago, por parte de la demandada, de “una indemnización dirigida a cubrir a esas sociedades mercantiles” (se refiere a las sociedades constituidas por los actores para distribuir los productos cerveceros) “o a LOS DEMANDANTES

¹⁵ Ley Orgánica de Trabajo, 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 II del mismo Título, en cuanto sean aplicables; serán incorporados progresivamente al Sistema de Seguridad Social y a las demás normas de protección de los trabajadores, en cuanto fuere posible.”

cualquier daño o perjuicio que hayan podido sufrir como consecuencia de la ejecución o terminación de la relación contractual”. Es de observar que de todos los juicios involucrados, sólo uno cursaba ante la Sala de Casación Social.

En el acta, luego de describir las posiciones contrarias mantenidas por ellas, hacen referencia a la anteriormente citada sentencia de FENAPRODO y acuerdan aplicar a las controvertidas relaciones la teoría del “test de dependencia”, en consecuencia de lo cual las partes concluyen:

Al haber las partes realizado el análisis anterior, con base en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, han concluido que en tales circunstancias no es posible considerar a LOS DEMANDANTES como trabajadores dependiente de LAS DEMANDADAS, ni aun si las actividades invocadas no se hubiesen realizado en cumplimiento de los Contratos de Concesión Mercantil celebrados entre LAS DEMANDADAS y las Sociedades Mercantiles representadas por LOS DEMANDANTES, sino en cumplimiento de una relación directa, pero independiente entre LOS DEMANDANTES respectivos y LAS DEMANDADAS respectivas. Por ello, concluyen las partes que a LOS DEMANDANTES no les corresponde recibir ninguna de las cantidades que fueron demandadas pues de las actividades descritas no es posible deducir la existencia de una relación de trabajo bajo dependencia de LAS DEMANDADAS.

Esta acta es un curioso instrumento jurídico. No se trata propiamente de una transacción, pues en ella las partes no se hacen recíprocas concesiones a fin de dar por terminado su litigio, sino que una de ellas, los actores, en una declaración unilateral cuya lectura fuera de contexto reflejaría cierta candidez, manifiesta haberse dado cuenta de que estaba equivocada y de que no le correspondía nada de lo que reclamaba, se arrepiente y decide dar por terminado el juicio. La otra parte, la demandada, no hace ninguna concesión sobre los puntos demandados, pero, magnánima, reconoce que los buenos comerciantes cuya relación mercantil ha quedado disuelta contribuyeron con su actividad a la prosperidad de la empresa y resuelve pagarles una compensación por ello, cuyo monto no se especifica. Esta compensación no puede ser considerada como una “recíproca” concesión en el sentido del artículo 1.713 del Código Civil¹⁶, pues su causa no es el desistimiento de la acción por parte de los actores, sino la contribución que ellos y las sociedades mercantiles que representan hicieron al mantenimiento y consolidación de una clientela. Tan no es una transacción la referida acta de mediación y conciliación, que

¹⁶ Artículo 1.713 del Código Civil venezolano: “La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”

las partes expresamente señalan que los juicios en curso deberán ser terminados por desistimientos o transacciones que deberán ser debidamente homologadas.

Pero más curioso que el acta de mediación y conciliación es el auto de homologación que la calza. No tratándose de una transacción ni de un desistimiento, no alcanzamos a comprender porque la Sala de Casación Social tenía que emitir un auto de homologación, el cual tiene sentido en nuestro sistema jurídico cuando se produce uno de estos medios de auto composición procesal, cuya plena vigencia se asegura mediante el auto mediante el cual el funcionario, bien sea el Juez o el Inspector del Trabajo, según los casos, los examina, revisa cuidadosamente y determina que están hechos de acuerdo con la Ley, que no suponen meras renunciaciones a los derechos del trabajador y no violan normas de orden público. Un acta como la que comentamos, en la cual las partes no se hacen recíprocas concesiones y en la cual no hay especificación de los derechos en ellas comprendidos (simplemente los actores declaran que no tienen derecho a lo reclamado y las demandadas dicen que en virtud de la contribución hecha al mantenimiento y consolidación de una clientela les van a pagar una compensación que no se determina) no podía ser homologada, ya que, evidentemente, del acta se desprende una declaración de voluntades que por no cumplir con los requisitos de los artículos 3 y 10 de la Ley Orgánica del Trabajo, 9 y 10 de su Reglamento y 1.713 del Código Civil, no pueden causar cosa juzgada, lo cual es justamente, el efecto cuyo logro justifica el acto de homologación. Señala la Sala al homologar el acta, que la misma no contiene “renuncia alguna a ningún derecho irrenunciable derivado de una relación de trabajo”.

A nuestro juicio, la lectura del acta no puede ser interpretada sino como una renuncia de los actores a los derechos que demandaron. No otra cosa puede concluirse cuando en el acta se dice, por una parte,

En todas las causas objeto de esta Mediación y Conciliación, LOS DEMANDANTES han alegado que entre ellos y LAS DEMANDADAS correspondientes existió una relación de trabajo que según ellos era la verdadera realidad jurídica y que los contratos mercantiles celebrados entre las Sociedades Mercantiles representados por ellos y LAS DEMANDADAS, generaban para ellos personalmente obligaciones y derechos de índole laboral por realizarse esas actividades de manera subordinada

y por la otra se dice “concluyen las partes que a LOS DEMANDANTES no les corresponde recibir ninguna de las cantidades que fueron demandadas pues de las actividades descritas no es posible deducir la existencia de una relación de trabajo bajo dependencia de LAS DEMANDADAS”.

El hecho de que esta conclusión de las partes esté fundamentada en una serie de razonamientos, que por lo demás coinciden con los elementos claves de la defen-

sa judicial de las demandadas, no despoja al acta de su naturaleza, evidentemente renunciatoria. Por último, es curioso que la Sala diga que los acuerdos alcanzados por las partes “se adaptan a los criterios jurisprudenciales que han sido establecidos por la Sala”, cuando existe una evidente contradicción entre estos acuerdos y el criterio sostenido por ella en las comentadas sentencias del 16 de mayo de 2.000 y del 31 de mayo de 2001.

10.5 Rafael Agustín Valera vs. DIPOSA C. A.

Con fecha 23 de noviembre de 2004 (Rafael Agustín Valera Rodríguez vs. Distribuidora Polar S.A.), la Sala de Casación Social dictó, con ponencia del magistrado Juan Rafael Perdomo, una sentencia en la cual declara el carácter no laboral de la relación existente entre el actor y la empresa DIPOSA. La lectura de la descripción que la sentencia hace de los alegatos de las partes y de las circunstancias del caso, el análisis de las pruebas promovidas y evacuadas por las partes, el hecho de que la sentencia estableciera el carácter personal de la prestación de servicios del actor, no obstante que la demandada alegase que la actividad que dio lugar al juicio fuese desarrollada por una compañía contratada a tal efecto, llevan a pensar de que el caso decidido en dicha sentencia es igual a los miles de casos de “distribuidores” o “concesionarios” de cerveza y refrescos a los cuales nos hemos referido anteriormente y a la cual se refería la anterior sentencia del 16 de mayo de 2000. En efecto, la sentencia dice:

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

Para decidir, con vista a las pruebas promovidas, la Sala hace las siguientes argumentaciones:

aparecen demostrados a juicio de la Sala elementos que concordados entre sí enervan la pretensión de naturaleza laboral de la relación que existió entre las partes, según las consideraciones siguientes: Conforme a los contratos mencionados suscritos entre las demandadas y Comercial Rafamiri, S.R.L., las facturas acompañadas y la experticia evacuada, ésta adquiría generalmente de contado los productos y los revendía a los clientes de la zona que tenía asignada, cuya actividad la realizaba con el vehículo de su propiedad y con el personal que considerara necesario, asumiendo los riesgos, responsabilidades y costos del transporte, siendo también de su responsa-

bilidad, con la que cumplía, las obligaciones fiscales y laborales que corresponden a una sociedad. Pagaba efectivamente las cuotas por concepto del fideicomiso previsto para garantizar sus obligaciones frente a las demandadas y por concepto del seguro colectivo asumido con mediación de las demandadas, así como pagó lo correspondiente al vehículo adquirido a través del referido arrendamiento financiero, el cual pasó plenamente a su propiedad en definitiva, al punto que lo vendió a una de las demandadas por la cantidad de cuarenta millones de bolívares (Bs. 40.000.000,00) al finalizar la relación, sin que la contratación implicase una obligación en ese sentido. Recibió al finalizar la relación según lo previsto en los contratos, una remuneración calculada con base en el movimiento de litros de productos Polar implicados en la actividad, de veinte y nueve millones ochocientos cuarenta y nueve mil trescientos veinticuatro bolívares con cuarenta y cinco céntimos (Bs. 29.849.324,45). Recibió en cesión de otras contratantes de las demandadas, cupos de venta de productos. Todo ello desdibuja el aspecto salarial de una relación de trabajo y las condiciones de subordinación, dependencia y ajenidad. Especial mención requieren las participaciones del actor a las demandadas, en nombre de Comercial Rafamiri, S.R.L., en el sentido de designar diversas personas para sustituirlo al frente de la misma y en las actividades contratadas, dado que para el año 2000 la sustitución se prolongó por el lapso de seis (6) meses, en 1996 por tres (3) meses y en 1994 por dos (2), sin que ello interrumpiera el curso contractual, circunstancias que ciertamente no son compatibles con la dependencia y subordinación personal que se alega. Observa adicionalmente la Sala, que las sumas percibidas por el actor por la diferencia entre el precio de su adquisición de productos a las demandadas y el precio obtenido de los clientes, cubrían los costos del vehículo y el personal que utilizaba al efecto, de modo que no podrían en ningún caso aquellas considerarse en su totalidad como un salario percibido personalmente. De acuerdo, pues, con esos elementos y circunstancias, la Sala concluye en que quedó desvirtuada la presunción de relación laboral de los servicios alegados por el demandante, en virtud de lo cual, no podrá prosperar su demanda. Así se declara.

Esta sentencia constituye, evidentemente, un cambio de orientación en el criterio empleado por la Sala de Casación Social en relación a las relaciones mantenidas por los “distribuidores” o “concesionarios” con las empresas embotelladoras de cerveza y que, en esencia, son iguales a los empleados por otras empresas de distribución masiva de bebidas y alimentos, como lo son las empresas que distribuyen refrescos, agua potable, gas doméstico, helados y perros calientes. Curiosamente, la Sala de Casación Social, al cambiar el criterio empleado en una sentencia que causó tanta conmoción como la de DIPOSA 16 de mayo de 2000,

no señala, como es de costumbre, las razones de tal cambio y ni siquiera hace referencia alguna al criterio antecedente que se modifica.

Para entender el alcance de estas dos sentencias contradictorias, es necesario tomar en cuenta que ellas afectan indirectamente el destino laboral de decenas de miles de personas que prestan servicios como “concesionarios” o “distribuidores” de cerveza, refrescos, gas doméstico, agua potable, helados y perros calientes, mediante un sistema que en lo esencial es igual en todos estos sectores y el cual fue colocado por la sentencia DIPOSA 16-05-2000 dentro del ámbito de la relación de trabajo, mientras que la sentencia DIPOSA 23-11-2004 lo coloca fuera de dicho ámbito. Resulta asimismo conveniente describir en que consiste el sistema de trabajo empleado en estos sectores, el cual en líneas generales y con determinadas variantes, responde a un patrón similar, el cual ha ido evolucionando con el tiempo, especialmente en los sectores cervecero y de refrescos, incorporando elementos de mayor sofisticación que pretenden reforzar la apariencia de autonomía en relaciones que, como se desprende de la descripción que haremos de seguidas, son fundamentalmente subordinadas.¹⁷

Para obtener el empleo los “distribuidores” o “concesionarios” son obligados a constituir una firma mercantil la cual suscribe contrato de apariencia comercial de concesión o distribución del producto y muchas veces un contrato de arrendamiento del vehículo con el cual se va a atender la distribución. En algunas empresas el contrato mercantil se firma a título personal.

En aquellas empresas en las cuales se ha sofisticado más el sistema, el concesionario “compra” el vehículo, aun cuando no desembolsa directamente el precio, sino que la empresa lo retiene de sus supuestas “ganancias” es decir de la diferencia entre el precio de “compra” y el precio de “venta del producto.”

Los “concesionarios” o “distribuidores” deben presentarse ante los empleados dispuestos por la empresa a fin de cargar los respectivos vehículos con los productos

¹⁷ Para describir el sistema de trabajo empleado en estos sectores de distribución masiva utilizamos información obtenida de las siguientes fuentes: Jesús Enrique Sanabria Tucker, Los distribuidores de refrescos son trabajadores, en Revista del Instituto Venezolano de Derecho Social N° 42, Caracas, 1976; Héctor Lucena y Oscar Hernández Álvarez, encuestas contenidas en ponencia presentada al VI Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo, Kyoto, 1983; Antonio Romero Milano, Relaciones laborales encubiertas en el sector de los servicios en Venezuela. Un estudio de caso, tesis de doctorado, Universidad de Carabobo, Valencia, 2004; David y Alirio Villegas, varios libelos de demanda contra Embotelladora Lara; Jesús Cordero Giusti, Oscar Hernández Álvarez y Jack Pérez Viacaba, libelo de demanda Naudy Virgüez y otros vs. Embotelladora Lara; Oscar Hernández Álvarez, libelo de demanda Elpidio José Hernández y otros vs. Embotelladora Marbel, 1999.

que le indiquen y de acuerdo a las instrucciones establecidas por estos para la operación de carga. Posteriormente, los “concesionarios” o “distribuidores” deben chequear el camión y la mercancía para luego conducirlo hasta un lugar determinado donde un empleado de la empresa verifica si se han cumplido las instrucciones y autorizaba o no la salida del camión. Si alguno de los “concesionarios” o “distribuidores”, no acude a la hora establecida, la empresa indica a otro de sus trabajadores que tome el camión del «concesionario» ausente y atienda de acuerdo a las instrucciones que se le imparten la ruta que le está asignada, haciendo uso de los llamados avances.

Los “concesionarios” o “distribuidores” están obligados a vender productos en la ruta que le señala la empresa, ajustándose en todo momento a las instrucciones que ésta establece para el desempeño de tal actividad. La empresa señala a los “concesionarios” o “distribuidores” no solamente la ruta en que deben vender, sino la “hoja de ruta” o secuencia con que deben atenderla, estableciendo el orden y frecuencia de visita a los clientes. Están obligados, entre otras cosas, en el caso de distribuidores de bebidas, a recolectar las botellas, gaveras o envases vacíos propiedad de la empresa, a acomodar y limpiar los depósitos, neveras o enfriadores de los clientes, siguiendo para esta operación las instrucciones que expresamente se les señalan y cuyo cumplimiento es estrictamente vigilado por los supervisores de la empresa. Dichas instrucciones consisten, entre otras, en realizar el denominado “tapizado” de los productos de la competencia, es decir colocar éstos en los lugares menos visibles y accesibles, de tal manera que los productos del grupo fuesen los mejores exhibidos y de más fácil acceso. Los “concesionarios” o “distribuidores” deben cobrar los productos vendidos, así como también las botellas o gaveras que no fuesen restituidas por el cliente. Pueden recibir el pago en dinero en efectivo o en cheque a nombre de la empresa, estándoles prohibido aceptar cheques al portador o a nombre de ellos mismos. Dentro de la ruta, no pueden vender productos sino a aquellos clientes que reuniesen los requisitos fijados por la empresa, así como tampoco pueden establecer puestos o locales de venta, ya que las ventas deben hacerlas siempre en los camiones que le fueron asignados. Los “concesionarios” o “distribuidores” están obligados a atender personalmente la ruta que les es asignada, deben reportar en formularios diseñados por la empresa cualquier desperfecto o falla que notasen en los vehículos, cuyos servicios de mantenimiento y reparación deben ser realizados en los talleres establecidos al efecto por ella. Todas estas actividades deben ser obligatoriamente cumplidas por los “concesionarios” o “distribuidores”, aun cuando en los denominados contratos de “concesión” o “distribución” se estableciesen normas distintas.

Al terminar la jornada, los “concesionarios” o “distribuidores” deben rendir un informe pormenorizado de la misma, en los formatos especialmente diseñados por

la empresa. Deben regresar a la empresa en el horario fijado por ésta, presentarse en el lugar establecido para que trabajadores de la misma contarán la cantidad de productos vendidos, ir a las oficinas de liquidación, a la cual deben entregar el producto de la venta, no pudiendo, bajo ningún concepto llevarse el dinero fuera de la sede. La liquidación se realiza de acuerdo a las instrucciones establecidas por la empresa y si los funcionarios encargados de liquidar encuentran algo que no se ajuste a tales instrucciones, pueden ordenar que se impida a los “concesionarios” o “distribuidores” la salida al día siguiente.

Cuando la empresa lo considera conveniente, los “concesionarios” o “distribuidores” están obligados a trabajar los domingos y días feriados, pudiendo la empresa disponer que un trabajador de “avance” atendiese la ruta asignada a los “concesionarios” o “distribuidores”, en caso de que no compareciesen al lugar del trabajo en la hora indicada. En general, cuando por alguna razón los “concesionarios” o “distribuidores” no pueden asistir al trabajo, los empleadores designan a un trabajador de “avance” para que atienda la ruta.

En muchos casos, los “concesionarios” o “distribuidores” deben asistir obligatoriamente a las reuniones de trabajo, charlas, cursos y seminarios que la empresa indique, además de trabajar activamente en programas promocionales o campañas de venta, para lo cual deben realizar las tareas que les señalaren los empleadores. Durante estas campañas, la empresa puede disponer que otros trabajadores adicionales colaboren con los “concesionarios” o “distribuidores” en la atención de las rutas que regularmente le están asignadas, a fin de que presten mayor dedicación a las tareas extraordinarias de la campaña.

Las obligaciones anteriormente descritas son características del sistema de trabajo establecido por los empleadores para una categoría de trabajadores a la cual denomina “concesionarios” y frente a quienes se ha pretendido desconocer sus obligaciones patronales, calificando de mercantil una relación cuyo contenido, tal como se desprende del análisis de dichas obligaciones, constituye una prestación subordinada de trabajo.

Los “concesionarios” o “distribuidores” son trabajadores a destajo, cuya remuneración consiste en un porcentaje sobre las ventas realizadas, el cual les es pagado diariamente en las oficinas de Liquidación de la Embotelladora. A fin de disimular la relación laboral y aparentar la naturaleza mercantil con que se pretenden disfrazar los contratos de trabajos, los empleadores tienen establecidas peculiares modalidades para determinar el salario de sus trabajadores “concesionarios”. En efecto, a los “concesionarios” o “distribuidores” se les impone firmar un formato de liquidación (facturas de compra) en el cual aparecen como “comprando” una

cantidad de productos a un precio determinado. Y “pagando” determinadas cantidades mediante descuentos fijados por la empresa sobre las ventas realizadas, los cuales tienen por objeto sufragar determinados conceptos como venta o arrendamiento de vehículos, pago de ayudantes, fondos de reserva, etc. Se les hace pagar, mediante descuento o entregar en efectivo el salario de los trabajadores que les acompañaban en el cumplimiento de sus labores, con lo cual se pretende fundamentar la ficción de que la relación laboral existía entre el “concesionario” y su “ayudante” y no, como efectivamente ocurre, entre ambos y la empresa.

Todo ello constituye un artificio con el cual se pretende disimular la realidad de los hechos. Los “concesionarios” o “distribuidores” como “concesionarios” son trabajadores al servicio de empresas productoras de cerveza, refrescos, agua potable, gas doméstico, helados o perros calientes. No le compran productos a éstas, sino que los reciben a fin de venderlos a los precios fijados por las mismas, cobran el importe de la venta, lo entregan en las oficinas de las respectivas empresas, reciben allí su salario, el cual está constituido por un porcentaje sobre el monto de la venta (comisión), del cual se le hacen una serie de retenciones siguiendo para ello una serie de procedimientos contables y administrativos que están dirigidos fundamentalmente a esconder la naturaleza laboral de la remuneración que perciben.

Tal como hemos referido anteriormente los “concesionarios” o “distribuidores” cumplen las labores que les encomiendan las empresas en compañía de otros trabajadores a sus órdenes, los cuales se encontraban dentro de la categoría laboral denominada “ayudantes” o “auxiliares de ventas”. Aun cuando el contrato no lo establece, los patronos en virtud del poder directivo que ejercen sobre los “concesionarios” o “distribuidores”, les imponen la utilización de un “ayudante” al cual le asignan sus funciones y cuyo salario y demás prestaciones es fijada por ellas.. El “ayudante” estaba sujeto a las órdenes e instrucciones que le imparten las empresas, puede ser cambiado de ruta por disposición de las mismas o utilizados temporalmente por éstas en funciones distintas a la atención de la ruta a la cual está normalmente asignado. Si por alguna circunstancia alguno de los “concesionarios” o “distribuidores” tiene problemas con el “ayudante”, debe manifestarlo a la empresa para que ésta tome las decisiones pertinentes al caso.

Lo anteriormente expuesto describe las diferentes tareas que los “concesionarios” o “distribuidores” están obligados a cumplir y que, como hemos dicho, integran un sistema de trabajo subordinado establecido y aplicado por las empresas de los ramos mencionados a una categoría de trabajadores que denomina “concesionarios” y frente a los cuales pretende desconocer su carácter patronal. El cumplimiento de tales tareas es estrictamente supervisado por los empleadores, quienes disponen de un cuerpo de supervisores o “coordinadores de venta” que vigilan

que las labores de los trabajadores “concesionarios” se ejecuten en conformidad a las instrucciones y órdenes emanadas de ellos.

De todo lo indicado resulta evidente que el sistema empleado por las empresas de los mencionados ramos para que los “concesionarios” o “distribuidores” cumplan sus actividades es laboral y no mercantil. Ellos no son comerciantes; en el desempeño de sus labores están subordinados a las empresas y carecen de la autonomía de gestión característica de los comerciantes. Ellos venden conforme las instrucciones que se les da y a los clientes que la empresa les indica. La administración de las operaciones que realizan está a cargo de las empresas, las cuales llevan la respectiva contabilidad. Es, pues, claro que entre los “concesionarios” o “distribuidores” y las empresas que los usan existe una relación laboral. En todo caso, aun en el supuesto de que no pudiesen probar los elementos de la subordinación y el monto de su remuneración; el sólo hecho de la prestación de servicios hace presumir la relación laboral, en conformidad con lo establecido en el artículo 65 LOT. Es de advertir que tal presunción, en virtud del principio de primicia de la realidad establecido por el artículo 8 del Reglamento de la LOT, no puede ser desvirtuado por las apariencias formales creadas por las empresas de los ramos mencionados al establecer su sistema de encubrimiento de las relaciones laborales.

La sentencia DIPOSA 11 de noviembre de 2004, a pesar de que la demandada alegó que los celebrados por ella no lo fueron con el actor sino con una compañía de la cual éste era socio, declaró el carácter personal del servicio que el actor prestó a la demandada y, en consecuencia, estableció la existencia de la presunción de la relación de trabajo. No obstante ello, la Sala no aplicó el principio de relatividad de los contratos empleados en la sentencia DIPOSA 16-05-2000, sino que consideró que la presunción estaba desvirtuada basándose en algunas modalidades de ejecución que juzgó incompatibles con la relación de trabajo. Disentimos del contenido de esta sentencia la cual, a nuestro juicio, adolece de dos fallas. En primer lugar, pensamos que la constatación de que la prestación de servicios del actor era personal a pesar de la existencia de un contrato, opuesto por la demandada y mediante el cual ésta pretendía fundamentar la existencia de una relación mercantil entre ambas compañías contratantes, debía haber servido para establecer la intencionalidad de la demandada de encubrir la relación de trabajo y, en consecuencia, establecer, al lado de la presunción de la relación de trabajo una presunción de fraude laboral por parte de la demandada, que debía orientar la labor del sentenciador en la búsqueda de la verdadera naturaleza de la relación más allá de los artificios formales presentados por la demandada, lo cual habría podido lograr mediante la aplicación del método del “haz de indicios”, empleado por la Sala de Casación Social en otras importantes decisiones. En lugar de ello, la Sala sin hacer un análisis detallado de todas las circunstancias de la relación entre el actor y

la demandada, las cuales, en general son las que venimos de describir, enfocó su examen en algunos de los mecanismos de artificio empleado por la demandada para encubrir la relación de trabajo y, obviando un análisis profundo de los mismos, se basó en ellos para considerar desvirtuada la presunción de la relación de trabajo. Como hemos visto, la circunstancia de que la empresa haga descuentos de los importes de las ventas hechas por el “distribuidor” o “concesionario”, es un mecanismo de artificio empleado para reforzar el encubrimiento de la relación de trabajo y no debería ser suficiente para desvirtuar la naturaleza salarial de la remuneración que éste percibe, la cual está constituida por el beneficio líquido que recibe como consecuencia de su labor y el cual es calculado conforme a reglas determinadas por la empresa, las cuales incluyen la aplicación de descuentos, que justamente por ser unilateralmente establecidos, no debería dar lugar a desvirtuar la presunción de la relación de trabajo. Igual ocurre con la referencia que se hace a la designación de terceros para el cumplimiento de la labor del “concesionario” o “distribuidor”, la cual ignora que es práctica generalizada en este tipo de empresas el hacer firmar al trabajador autorizaciones para que su vehículo y su ruta sean atendidas por los denominados “avances”. En fin, la orientación ideológica de DIPOSA 2004 es diferente a las de DIPOSA 2000 y DIPOSA 2001, pues mientras aquellas anunciaban el inicio de una lucha judicial contra las prácticas de encubrimiento de la relación de trabajo, ésta aprecia algunos de los elementos fundamentales del sistema empleado para el encubrimiento como expresiones de incompatibilidad con este tipo de relación.

11. Acceso a la justicia

En la generalidad de los casos, los trabajadores que prestan servicios bajo condiciones de fraude a la legislación laboral toleran su situación por la necesidad de conservar el puesto de trabajo, tanto más sentida en momentos de recesión como el que está viviendo Venezuela. Si bien es cierto que, como hemos visto, el Derecho del Trabajo otorga a los trabajadores mecanismos de defensa contra el fraude, durante la vigencia de la relación laboral, ellos temen hacer uso de los mismos, pues podrían poner en riesgo su empleo. Por su parte, la Administración del Trabajo en Venezuela, ni durante la vigencia de la relación laboral ni después de concluida la misma, realiza ninguna gestión destinada a descubrir o sancionar los casos de encubrimiento de la relación de trabajo. Parecería ser que, paradójicamente, la Administración del Trabajo entiende que su obligación de vigilar por el cumplimiento de la legislación laboral no comprende aquellos casos más graves de incumplimiento de la misma, como son aquellos en los cuales, mediante mecanismos de artificio, se aplican normas civiles o mercantiles a una relación sustancialmente laboral.

Lo que sí suele ocurrir es que, una vez concluida la relación laboral, el trabajador sujeto a fraude se siente en mayor libertad de acudir a los tribunales del trabajo a

reclamar los beneficios que como trabajador le correspondían pero que le fueron negados mediante artificios fraudulentos. Así, en los tribunales laborales, aun cuando no son mayoritarios, no son infrecuentes los juicios por fraude.

A las dificultades generales que el acceso a la justicia presenta en Venezuela, podemos agregar otras, propias de los trabajadores que pretenden hacer valer judicialmente su condición de tales, desenmascarando las condiciones de fraude a la ley a que han estado sometidos:

- a) Los sistemas de fraude generalizado llegan, en algunos sectores, a internalizarse en los propios trabajadores, al punto de que muchos de ellos desarrollan un alto grado de convicción en cuanto a su pertenencia a la condición de «trabajador independiente» o «comerciante». En encuestas que fueron aplicadas a vendedores de cerveza, gaseosas y gas doméstico, el 100%, 71% y 83%, respectivamente, de los entrevistados se identificaron como «comerciantes» o «trabajadores independientes». Por el contrario, los que se dedican a la distribución de agua potable, helados y perros calientes tienden a considerarse trabajadores. La mayoría de los entrevistados en estas ocupaciones señalan que esta forma de trabajo es una política fijada por el patrono, que ellos se vieron obligados a aceptar para obtener el empleo. Este nivel de internalización de la condición aparentemente civil o mercantil empleada para disfrazar la relación laboral, no sólo desestimula la posibilidad de acudir a instancias judiciales para hacer valer la condición de trabajador, sino que, incluso, constituye un obstáculo para el buen desarrollo del juicio por fraude, en aquellos casos en los cuales el trabajador objeto del mismo se decide finalmente a demandar. En efecto, para un abogado, suelen presentarse dificultades para demostrar al juez que su cliente es un «trabajador» y no un «comerciante», cuando su propio cliente, durante años, ha estado convencido de lo contrario.
- b) El desconocimiento que muchos trabajadores suelen tener de sus derechos y el alto grado de informalidad con que se desarrollan las relaciones de trabajo en Venezuela, especialmente en algunos sectores, es un inconveniente adicional para enfrentar judicialmente el fraude. Muchas veces los trabajadores no tienen noción clara de cual es la naturaleza de las modalidades de trabajo pactadas con la persona a quien prestan sus servicios. Tales modalidades no suelen constar por escrito o constan en documentos a los cuales el trabajador no tiene acceso.
- c) En otros casos el encubrimiento de la relación de trabajo se basa en apariencias formales de elaborada sofisticación y en continuo perfeccionamiento, lo cual dificulta el «desvelamiento» del mismo a través del proceso judicial. En algunos sectores, como el de la distribución de bebidas, los sistemas fraudulentos están institucionalizados desde hace varias décadas y, en varias ocasio-

nes, han sido objeto de juicios. Fruto de la experiencia de dichos juicios, los empleadores han incorporado elementos tendientes a perfeccionar el sistema. La incorporación de “ayudantes” que aparecen como trabajadores subordinados de los chóferes denominados “concesionarios”, la venta a éstos de vehículos que anteriormente le eran arrendados, la compra y venta de “rutas comerciales”, el cobro por el uso del logotipo y otros más, son elementos que constituyen un elaborado sistema de apariencias formales de naturaleza civil o mercantil, destinado a dificultar que el juez pueda, dejando a un lado estas apariencias, descubrir la verdadera naturaleza laboral de la relación.

- d) En la generalidad de los casos, excepción hecha de algunas categorías subpagadas y con condiciones muy duras de trabajo, como es el caso vendedores de helados y “perros calientes”, el trabajador que presta servicios mediante una relación encubierta dura mucho tiempo en su relación. A esta circunstancia se unen la de su propia convicción de pertenencia a la categoría de “trabajador autónomo “ o “comerciante” y el hecho de que no suelen proporcionarse al trabajador documentación propia a su relación de trabajo, tal como contratos, comprobantes, recibos, etc. Todo ello, favorece que el abogado encuentre grandes dificultades probatorias, cuando el trabajador, después de haber finalizado una relación sujeta a fraude durante varios años, acude al tribunal pretendiendo hacer valer sus derechos como tal.
- e) Si en la generalidad de los casos la desigualdad económica es una clara desventaja del trabajador frente al empleador en cuanto a la posibilidad de costear un proceso, en algunos sectores donde prevalecen las relaciones de trabajo encubiertas, la desventaja es aún mayor. Algunas grandes empresas, especialmente en los ramos de la distribución masiva de bebidas y otros alimentos y, más recientemente, en el transporte aéreo, mantienen un sistema de encubrimiento bajo el cual prestan servicios centenares e, incluso, millares de trabajadores. Este sistema le aporta a tales empresas ventajas operativas y grandes ahorros en relación con lo que pudieran gastar si aplicasen la legislación laboral. Por eso, dichas empresas se organizan para enfrentar los juicios que se hagan como consecuencia del encubrimiento de las relaciones laborales y no escatiman gastos para llevar adelante su defensa en tales juicios. Ello, evidentemente, es una gran dificultad para el trabajador que aisladamente intenta una acción por fraude laboral.

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

lizado, como es el mencionado caso de la distribución de bebidas y otros alimentos de consumo masivo y del transporte aéreo.

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

Conclusión: Propuestas para una reforma legislativa

Como se desprende de lo anteriormente expuesto puede constatarse la persistencia generalizada e incluso el crecimiento del fenómeno del encubrimiento de las relaciones de trabajo, especialmente en determinados sectores de la economía venezolana. Es necesario observar que esta realidad no puede atribuirse a la inexistencia de mecanismos legales de defensa contra dicho fraude, sino a las dificultades que los trabajadores enfrentan para emplear dichos mecanismos y a la falta de una decisión ideológica de superación de este fenómeno que sea compartida por la administración del trabajo, la jurisdicción laboral y las organizaciones sindicales. En efecto, el problema del encubrimiento de las relaciones de trabajo, así como el de otras manifestaciones de fraude laboral, no puede ser resuelto fácilmente por los jueces del trabajo aplicando la legislación nacional. Por el contrario, dada la extensión del problema, que aun cuando tiende a ser ignorado, constituye una de las expresiones más importantes de deficiencia en el sistema tutelar de los trabajadores, la solución del mismo supone una acción que exceda la iniciativa individual de trabajadores y jueces, y que comprometa la acción colectiva de las organizaciones sindicales y una actuación eficiente de la administración del trabajo. Así, el combate contra la exclusión fraudulenta de la protección de la legislación laboral que se hace a centenares de miles de trabajadores de Venezuela, no podrá llevarse a cabo con éxito sino mediante una acción colectiva que cuente con la participación activa de las organizaciones sindicales y de la administración del trabajo, que hasta este momento han sido indiferentes frente al problema. En la lucha contra el fraude laboral no debería excluirse la participación, incluso normativa, de la Organización Internacional del Trabajo. Una acción conjunta de este tipo favorecería que la jurisprudencia laboral llegase a desarrollar de manera co-

herente y constante los criterios establecidos por algunas sentencias que, a lo largo de las décadas, se han tomado el trabajo de rescatar la verdadera identidad de relaciones de trabajo artificiosamente enmascaradas bajo las apariencias de relaciones civiles o mercantiles,

Nos permitimos proponer un articulado que coadyuvaría a hacer eficaz una acción de combate contra el encubrimiento de las relaciones de trabajo.

Artículo: Las disposiciones sobre el trabajo son de orden público. En consecuencia estarán afectadas de nulidad absoluta y de pleno derecho, todos los actos o estipulaciones, cualquiera que sea su forma, que impliquen una renuncia a la aplicación de las normas laborales, aun cuando se trate de contratos firmados voluntariamente por las partes ante Notarios; Registradores o cualquier otro funcionario.

Artículo: Se entiende por relación de trabajo la vinculación existente entre una persona que presta un servicio en forma dependiente y otra persona que lo recibe. La relación de trabajo estará amparada por la legislación laboral independientemente de la causa que la origine y existirá por el hecho mismo de la prestación del servicio en forma dependiente y remunerada. Serán objeto de nulidad absoluta y de pleno derecho todos los actos destinados a encubrir la relación de trabajo bajo la apariencia de un contrato civil, mercantil o de otra naturaleza.

Artículo: El solo hecho de la prestación de servicios a una persona natural o jurídica hará presumir la existencia de una relación de trabajo entre quien presta el servicio y quien lo recibe. Esta presunción opera aún en aquellos casos en los cuales el prestatario de los servicios haya suscrito contratos o documentos de cualquier naturaleza, ya sean privados o públicos, mediante los cuales se establezcan para el mismo las condiciones de arrendatario, concesionario, distribuidor mercantil o cualquier otra figura no laboral. La presunción establecida en este artículo dejará de surtir sus efectos si el presunto patrono demuestra la naturaleza gratuita del servicio o que éste se presta en forma autónoma.

Artículo: Si un grupo de personas, en el número requerido por la legislación laboral, presenta una solicitud para formar un sindicato, la administración del trabajo no podrá desestimarla alegando que los solicitantes están sujetos a un contrato no laboral, salvo que un órgano jurisdiccional así lo haya declarado mediante sentencia definitivamente firme. Si el patrono de los solicitantes alegare que éstos no son trabajadores sino sujetos de relaciones jurídicas no laborales, deberá intentarse ante el juez del trabajo de la jurisdicción la respectiva acción de nulidad, de acuerdo con las normas procesales laborales.

Los deberes de prevención y seguridad en el cuadro de la estructura jurídica del contrato de trabajo¹

Francisco ITURRASPE (UCV)²

“Questo é il primo compito, che deve proporsi una trattazione scientifica della materia: inquadrare la responsabilità dell'imprenditore per gli infortuni professionali nella struttura giuridica del rapporto di lavoro.”

Francesco CARNELUTTI

Infortunati sul lavoro,

p. VIII, Tomo I, Athenaeum, Roma, 1913

SUMARIO

Introducción.

- 1. Pago del salario como obligación principal del patrono en el contrato de trabajo según la doctrina tradicional.**

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco de la tesis doctoral del autor. Debo agradecer la orientación de los Profesores José Melich Orsini, Napoleón Goizueta Herrera y Antonio Ramírez Jiménez y la invitación del Profesor Fernando Parra Aranguren a participar de este libro.

² **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 del Investigador del FONACIT, nivel 3, Investigador en el área de laboral y de Seguridad Social. Ha publicado varios libros y artículos científicos sobre el tema del presente artículo.

2. **Deberes del patrono relativos a la prevención y seguridad de sus trabajadores en la normativa venezolana anterior al Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo, a la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo y a la Ley Orgánica del Trabajo.**
3. **Normativa que establece los deberes de prevención y seguridad como obligaciones fundamentales del patrono.**
4. **Deberes de Prevención y Seguridad en el Derecho Comparado.**
5. **Deber de prevención y deber de seguridad: dos deberes diferenciados, pero dos caras de una misma moneda.**
6. **Deberes de prevención y seguridad como deberes principales del patrono.**
7. **Fundamento contractual del deber de seguridad en el Derecho Comparado.**
8. **Conceptos de deber de prevención y de seguridad.**
9. **Fundamentos. Evolución.**
10. **Contenido.**
11. **Naturaleza Jurídica (I): Obligaciones de medio, de resultado y de garantía.**
12. **Naturaleza Jurídica (II): orden público, irrenunciabilidad y subrogación.**
13. **Críticas a las teorías contractualistas.**
14. **Coexistencia de fuentes de los deberes de prevención y seguridad en la legislación venezolana.**
15. **Teoría del riesgo social: Subrogación parcial por la seguridad social de la responsabilidad objetiva del empleador.**
16. **Los deberes de prevención y seguridad en la estructura del negocio jurídico laboral.**

Introducción

La adopción, en especial a partir de la década de ochenta, de normas laborales internacionales y nacionales relativas a un nuevo esquema de obligaciones del empleador en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo y la consagración en la Constitución de 1999 de los deberes de seguridad y prevención nos proporcionan un relevante campo de investigación sobre este cambio substancial en la estructura jurídica del contrato de trabajo y de la normativa jurídico-laboral. Intentamos poner de relieve algunos aportes nacionales y comparados sobre la materia y realizar algunas proposiciones para la elaboración doctrinaria y la discusión de este interesante tema.

1. Pago del salario como obligación principal del patrono en el contrato de trabajo según la doctrina tradicional.

La doctrina y la legislación comparada en general, y la venezolana en particular, han venido sosteniendo que el objeto³ de las obligaciones emergentes del contrato laboral es, fundamentalmente, por parte del trabajador, la prestación de servicios y, por parte del patrono, el pago del salario.

Esta idea que la prestación principal a cargo del patrono es el *pago del salario* es casi unánime en la doctrina extranjera tradicional; citamos brevemente a algunos autores de varias procedencias:

Para Planiol y Ripert⁴: “Le louage de travail est le contrat par lequel une personne s’engage á travailler pendant un temps par une autre, moyennant un prix proportionnel au temps appelé *salarie*” (negritas de los autores, énfasis nuestro).⁵

Luigi de Litala⁶ define el contrato de trabajo como: “l’ accordo tra colui che presta il lavoro e colui che lo riceve, diretto a costituire un vincolo giuridico, che consiste

³ La doctrina comparada ha tenido una rica discusión relativa a la relación entre objeto del contrato y objeto de la obligación que nos limitamos a describir someramente para no desviarnos del objeto central de nuestro estudio. En una primera formulación, tanto en la doctrina francesa como en nuestros autores hay una identificación entre objeto de la obligación y del contrato: MELICH ORSINI señala en esta primera aproximación que: “Estudiar, pues, el objeto del contrato será simplemente estudiar el objeto de la obligación”. J. MELICH ORSINI (1997). **Doctrina General del Contrato**. Editorial Jurídica Venezolana-Marcial Pons. Caracas, pp. 213 y siguientes. Esta identificación entre objeto del contrato y de la obligación ha sido revisada por MELICH en un reciente texto aún inédito (2003) realizado en homenaje al Doctor Fernando Hinestroza. En esta obra se describe la idea más reciente de la doctrina seguida en algunos Códigos Civiles latinoamericanos según la cual el objeto del contrato (que algunos autores italianos llaman “contenido”) es la creación, regulación, modificación o extinción de las obligaciones, mientras que el objeto de éstas son las prestaciones de dar, hacer y no hacer. A su vez, según esta concepción, el objeto de las prestaciones es el que asume una materialidad concreta: por ejemplo, el objeto de la prestación del vendedor en el contrato de compra-venta es el bien que se vende. Sobre el objeto del contrato de trabajo ver: R. J. ALFONZO-GUZMÁN. **Nueva didáctica del Derecho del Trabajo**. Séptima edición. Litográfica Melvin. Caracas. (2000), p. 75. También G. PERONE. **Retribuzione. Enciclopedia di Diritto**. Volumen XL, N° 1, p. 34 y N° 2, p. 39 (pp. 34 y 39) y M. GRANDI. **Rapporto di lavoro. Enciclopedia di Diritto**. Volumen XXIII, N° 1, (pp. 315 y 348), p. 607.

⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT. **Traité élémentaire de Droit Civil**. 9na. Ed. LGDJ, Paris, 1923.

⁵ ALFONZO-GUZMÁN en su **Estudio Analítico de la Ley del Trabajo de Venezuela** (Tomo I, p. 289) después de adherir a la definición del Proyecto del 60 copiada *ut supra* señala que “igualmente simpatizamos con la concepción de PLANIOL y RIPERT, por cuanto al enfatizar la prestación del empleado u obrero en poner su actividad profesional a disposición de la persona bajo cuya dirección la rinde, contribuye a explicar múltiples situaciones en que aparentemente no existe correlación de obligaciones entre el trabajador y el patrono, pues éste debe en tales supuestos retribuirle el trabajo a pesar de que no haya sido lealmente prestado”.

⁶ L. DE LITALA, **Il Contrato de lavoro**, TIP, 3ra. edición, Torino 1937, p. 43.

pel primo nell'obbligo di lavorare e pel *secondo nell'obbligo di pagare la retribuzione*" (énfasis añadido).

De acuerdo a Eugenio Pérez Botija⁷: "un acuerdo expreso o tácito, por virtud del cual una persona realiza obras o presta servicios por cuenta de otra, bajo su dependencia, *a cambio de una retribución*" (énfasis añadido).

Mario Deveali⁸ lo define como: aquel en cuya virtud una persona se obliga a ejecutar personalmente una obra, o a prestar un servicio por cuenta de otra, *mediante una remuneración* (énfasis añadido).

Un rápido repaso por los autores patrios nos confirma la posición generalizada de la doctrina que pone al *pago del salario* como la principal obligación del patrono en el sinalagma del contrato de trabajo:

Rafael Caldera⁹ lo define como: "aquel contrato mediante el cual un trabajador se obliga a prestar sus servicios a un patrono, bajo su dependencia y *mediante una remuneración* (énfasis añadido).

Rafael Alfonso Guzmán¹⁰ sostiene que: "la relación de trabajo es una relación de cambio, caracterizada por *relaciones recíprocas de trabajo y salario*" (énfasis añadido).

Rafael Mujica Rodríguez¹¹ señala que: "El contrato de trabajo lo podemos definir como: negocio jurídico existente entre un patrono y un trabajador, dirigido y condicionado por el Estado, mediante el cual el trabajador cumple una prestación de servicios subordinada, *y el patrono paga un precio como retribución*" (énfasis añadido).

Nosotros mismos, estudiando el contrato de trabajo desde la teoría del negocio jurídico, ensayamos en el *Libro Homenaje al Profesor José Melich Orsini* la siguiente definición:

El contrato de trabajo es 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,

⁷ E. PÉREZ BOTIJA. **Curso de Derecho del Trabajo**. Sta. Ed. Editorial Tecnos, Madrid. 1957, p. 124.

⁸ M. DEVEALI. **Lineamientos de Derecho del Trabajo**. Depalma. Buenos Aires, 1989, p. 205.

⁹ R. CALDERA. **Derecho del Trabajo**. El Ateneo. Buenos Aires, 1979, p. 267.

¹⁰ R. J. ALFONZO-GUZMÁN. Ob. cit en 5, 1985/88. Tomo I, p. 297.

¹¹ R. MUJICA RODRÍGUEZ. **Las obligaciones en el Contrato de Trabajo**. Fondo Editorial Lola de Fuenmayor, Caracas, 1985, p. 34.

denominada patrono, persona física o jurídica que tiene derecho a utilizarla y la obligación de pagar por ello una remuneración que recibe el nombre de salario; la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra limitada por una serie de prescripciones de orden público que establecen garantías mínimas irrenunciables por el trabajador contenidas en normas legales, contratos colectivos, reglamentos internos, usos y costumbres laborales etc.; teniendo este contrato como fin económico social la regulación jurídica de las relaciones laborales, estableciéndose a tal efecto la presunción de su existencia para regirlas.¹²

Más recientemente Napoleón Goizueta Herrera señala que:

el patrono deberá *pagar el salario, que es su principal obligación y la causa por la cual el trabajador le presta su servicio personal; proporcionar de ser posible, el trabajo convenido;* y proteger integralmente al trabajador, tanto en su dignidad humana, como en lo referente a su integridad física, proporcionándole condiciones de seguridad, salud y bienestar, en un medio ambiente de trabajo adecuado y propicio para el ejercicio de sus facultades físicas y mentales.¹³

Los proyectos venezolanos de reforma o codificación mantienen esa orientación al igual que la vigente Ley Orgánica del Trabajo (LOT).

El Proyecto de Código del Trabajo de 1938 proponía la siguiente definición: “El contrato individual de trabajo es una convención entre un patrono y un empleado u obrero, por el cual éstos se obligan a ejecutar cualquier labor o servicio, intelectual o manual, bajo la dependencia de un patrono o de la persona que éste designa y mediante el pago por el patrono de un salario” (énfasis añadido).

El Proyecto de Reforma de 1960 (artículo 33) define el contrato en estudio: “Contrato individual de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona presta a otra un servicio personal subordinado, mediante remuneración sea cual fuere la forma o clase...” (énfasis añadido).

El Proyecto de 1966 adopta la misma definición que su antecedente de 1960.¹⁴

¹² F. ITURRASPE. **El contrato de trabajo a la luz de la teoría del negocio jurídico**, en Libro Homenaje a José Melich Orsini, Universidad Central de Venezuela. Caracas 1983. Vol. II, p. 589.

¹³ N. GOIZUETA HERRERA. *Título II De la Relación de Trabajo*, en O. Hernández Álvarez, **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo**. Pp. 67 a 153. Tipografía y Litografía Horizonte, CA. Barquisimeto 1999. P. 75, negritas del autor.

¹⁴ V. HERNÁNDEZ TOVAR. **Curso de Derecho del Trabajo**. Universidad de Carabobo. Valencia 1971, p. 245.

Y finalmente, el artículo 67 de la LOT establece que el contrato de trabajo: “es aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y *mediante una remuneración*” (énfasis añadido).

Una revisión minuciosa de la legislación comparada –como la realizada por Alfonso Guzmán en su *Estudio Analítico*– demuestra que la conceptualización legal que pone al pago del *salario como la obligación primordial del patrono es generalizada en el Derecho Comparado*¹⁵.

2. Deberes del patrono relativos a la prevención y seguridad de sus trabajadores en la normativa venezolana anterior al Convenio 155 de la OIT, a la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) y a la LOT

Encontramos en los Códigos de Minas y normas estatales del siglo XIX y comienzos del XX¹⁶ los primeros antecedentes de atribución de deberes u obligaciones legalmente impuestas al patrono relativas a la seguridad y salud de sus trabajadores. Estas normas surgen al comienzo mismo del largo proceso de la aparición entre nosotros del Derecho del Trabajo como tal¹⁷ y podríamos decir que preceden a la elaboración doctrinaria y legal de la figura jurídica del contrato de trabajo.

Así, Parra Aranguren nos enseña que “en 1893 nuestro legislador esbozó la teoría del riesgo profesional, teoría ésta aceptada en forma indubitable por los legisladores de 1915”¹⁸. Según este enjundioso estudio de los orígenes de nuestra legislación del trabajo, esta normativa es la fuente de la regulación en la materia de las primeras leyes del trabajo de 1928 y 1936.

El artículo 123 de la Ley del Trabajo de 1936 vigente hasta 1990 establece que “El patrono estará obligado a tomar las medidas que sean necesarias a fin de que el trabajo se realice en las condiciones expresadas en el artículo anterior¹⁹, de acuer-

¹⁵ R. J. ALFONZO-GUZMÁN. Ob. cit. en 5, Tomo I, p. 289.

¹⁶ F. PARRA ARANGUREN. *Antecedentes del Derecho del Trabajo en Venezuela 1830-1928*. Universidad del Zulia. Maracaibo, 1965. Cita el caso de la legislación del Estado Táchira de 1905, p. 259.

¹⁷ F. ITURRASPE. *El trabajo en la autocracia*, en Revista del Consejo de la Judicatura. Año 9, Enero-Marzo, pp. 207 y sgts. Caracas, 1984.

¹⁸ F. PARRA ARANGUREN. Ob. cit. en 15, p. 259.

¹⁹ Artículo 122 de la Ley de Trabajo: “El trabajo deberá prestarse en condiciones: 1° Que permitan a los obreros y empleados su desarrollo físico normal; 2° Que le dejen tiempo libre suficiente para el descanso e instrucción y para sus expansiones lícitas; 3° Que presten suficiente protección a la salud y a la vida de los obreros y empleados contra los accidentes y las enfermedades profesiona-

do con las disposiciones que determine el reglamento y en el plazo que fije el respectivo Inspector del Trabajo”. Creemos que esta norma –que es fuente de la actual en la LOT– establece claramente entre nosotros la base del deber de prevención y seguridad.

Desarrollando esa normativa, se dicta en 1968²⁰ el Reglamento de las Condiciones de Higiene y Seguridad en el trabajo (RCHYST) el cual establece un amplio conjunto de normas (868 artículos) de cumplimiento obligatorio para patronos y trabajadores (RCHYST, artículo 1).

Si bien es cierto que se habían sancionado normas muy importantes, también es inocultable que nuestro esquema de relaciones laborales se desarrolló dentro de una perspectiva básicamente “economicista”²¹, que el RCHYST constituía en muchas regiones y ramas de actividad un instrumento escasamente conocido y menos aún aplicado y que en nuestra doctrina era incipiente la elaboración del concepto de que el empleador se constituía en un “*deudor de seguridad*”.

3. Normativa que establece los deberes de prevención y seguridad como obligaciones fundamentales del patrono.

En los últimos veinte años, cuatro instrumentos legislativos han contribuido a poner de relieve la *importancia jurídica de los deberes de prevención y seguridad del patrono* entre nosotros: en la década de los ochenta se produjeron la ratificación del Convenio de la OIT número 155 sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores de 1981²² y la sanción de la LOPCYMAT²³; y a comienzos de los noventa, la sanción de la LOT²⁴ y, más recientemente, de la nueva Constitución de 1999.

3.1 Convenio 155 de la OIT ratificado por Venezuela en 1984

Por el artículo 4 del Convenio:

les; y 4º Que pongan a las mujeres y a los menores al abrigo de todo atentado a la moral y a las buenas costumbres”.

²⁰ Decreto número 1.290 del 18 de diciembre de 1968 modificado parcialmente mediante decreto 1.564 del 31 de diciembre de 1973 vigente hasta la fecha sin modificaciones.

²¹ En los contratos colectivos las reivindicaciones fundamentales eran –y aún lo son– las salariales y en muchos casos se “monetarizan” las condiciones peligrosas mediante el pago de “primas” por trabajos riesgosos.

²² Ratificado el 25-06-1984. F. ITURRASPE. **Los derechos de los trabajadores en la era de la mundialización**. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1999, p. 390.

²³ Sancionada en julio de 1986 y reformada en 2005.

²⁴ Sancionada en noviembre de 1990 y modificada en 1997 sin afectar los aspectos a que nos referimos en este trabajo.

Todo miembro deberá, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores interesadas y habida cuenta de las condiciones y prácticas nacionales, formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente, una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo.

Y el artículo 6 *ejusdem* señala la necesidad de que la formulación de esa política “debería precisar las funciones y responsabilidades respectivas (...) de los empleadores, de los trabajadores y otras personas interesadas, (...)”.

El Convenio al abordar en su *Parte IV Acción a nivel de la empresa* establece varios deberes patronales específicos:

Artículo 16:

1. Deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones y procesos que estén bajo su control son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y la salud de los trabajadores.
2. Deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los agentes y las sustancias químicas, físicas y biológicas que estén bajo su control no entrañan riesgos para la salud cuando se toman medidas de protección adecuadas.
3. Cuando sea necesario, los empleadores deberán suministrar ropa y equipos de protección apropiados a fin de prevenir, en la medida en que sea razonable y factible, los riesgos de accidentes o de efectos perjudiciales para la salud.

Artículo 17: Siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente Convenio.

Artículo 18: Los empleadores deberán prever, cuando sea necesario, medidas para hacer frente a situaciones de urgencia y a accidentes, incluidos medios adecuados para la administración de primeros auxilios.

Asimismo, en esta misma Parte IV se establecen derechos de los trabajadores que constituyen verdaderos deberes patronales que conforman parte de la esencia del deber de prevención y seguridad y que serán desarrollados por la legislación nacional en forma amplia, como veremos más adelante.

Artículo 19: “Deberán adoptarse disposiciones a nivel de empresa en virtud de las cuales:

- a. los trabajadores, al llevar a cabo su trabajo, cooperen al de las obligaciones que incumben al trabajador;

- b. los representantes de los trabajadores en la empresa cooperen con el empleador en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo;
- c. los representantes de los trabajadores en la empresa recibirán información adecuada acerca de las medidas tomadas por el empleador para garantizar la seguridad y la salud y puedan consultar a sus organizaciones representativas acerca de esta información a condición de no divulgar secretos comerciales;
- d. los trabajadores y sus representantes en la empresa reciban una formación apropiada en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo;
- e. los trabajadores o sus representantes y, llegado el caso, sus organizaciones representativas en la empresa estén habilitados, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, para examinar todos los aspectos de la seguridad y la salud relacionados con su trabajo, y sean consultados a este respecto por el empleador; con tal objeto, y de común acuerdo, podrá recurrirse a consejeros técnicos ajenos a la empresa;
- f. el trabajador informará de inmediato a su superior jerárquico directo acerca de cualquier situación de trabajo que a su juicio entrañe, por motivos razonables, un peligro inminente y grave para su vida o salud; mientras el empleador no haya tomado medidas correctivas, si fuere necesario, no podrá exigir de los trabajadores que reanuden una situación de trabajo en donde *exista con carácter continuo un peligro grave e inminente para su vida o salud*".

Se trata de la consagración de los *derechos fundamentales del trabajador* (derecho a condiciones de seguridad, salud y ambiente de trabajo adecuados y los tres derechos básicos que lo desarrollan: derecho de información y formación, derecho de participación y consulta, y derecho de rehusarse a trabajar en condiciones peligrosas o insalubres) y de los *correlativos deberes del empleador*.

3.2 La LOPCYMAT

Esta ley, sancionada en julio de 1986²⁵, estableció en su artículo 1 que: "El objeto de la presente Ley es garantizar a los trabajadores, permanentes y ocasionales,

²⁵ En el proceso de adopción de la LOPCYMAT tuvo mucha importancia la acción de las centrales sindicales y un *lobby* de técnicos en seguridad y profesores universitarios. Ya en 1977 se creó una Comisión Presidencial (Decreto 2.260 del 25 de julio) y en el Congreso de Parlamar de la Confederación de Trabajadores de Venezuela (1980) se presentó un anteproyecto que, en líneas generales, reflejaba lo que seis años después sería la nueva Ley. Sin embargo, un desastre de grandes magnitudes como fue el incendio de la planta de Tocoa de la Electricidad de Caracas con gran cantidad de víctimas entre los trabajadores de la compañía, bomberos, periodistas etc., fue un ele-

condiciones de seguridad, salud y bienestar, en un medio ambiente de trabajo adecuado y propicio para el ejercicio de sus facultades físicas y mentales”.

Precisando en su artículo 2 que: “El cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo 1 será *responsabilidad de los empleadores, contratistas, subsidiarios o agentes*” (énfasis añadido).

De esta manera, se da cumplimiento al Convenio 155 y se enfatiza en nuestra legislación la importancia de los deberes de prevención y seguridad: la garantía de que el servicio al que está obligado el trabajador por el contrato se preste en *condiciones de seguridad, salud y bienestar, en un medio ambiente de trabajo adecuado y propicio para el ejercicio de sus facultades físicas y mentales y las garantías de reparación en caso de accidentes o enfermedades*.

Los *deberes de prevención y seguridad están establecidos como obligaciones fundamentales del patrono* y, dado el carácter de los mandatos legales, conforma un verdadero *deber bajo su responsabilidad*, sin perjuicio de las obligaciones y deberes complementarios a cargo de los trabajadores, de la Seguridad Social y del Estado.

Estas obligaciones de los empleadores son ampliamente desarrolladas en los artículos 19 y concordantes de la LOPCYMAT.

3.3 La LOT de 1990

Esta Ley –que en la intención de algunos de sus proponentes pretendía derogar la LOPCYMAT– la ratificó en su artículo 246 y estableció una serie de normas concordantes que ratifican el deber de prevención y seguridad. En efecto, el artículo 185 (cuya fuente como vimos es el ya citado artículo 122 de la Ley del Trabajo derogada) establece que

El trabajo deberá prestarse en condiciones que: a) permitan a los trabajadores su desarrollo físico y psíquico normal; b) les dejen tiempo libre suficiente para el descanso y cultivo intelectual y para la recreación y expansión lícita; c) presten suficiente protección a la salud y a la vida contra enfermedades y accidentes, y d) mantengan el ambiente en condiciones satisfactorias.

De gran importancia técnica y teórica en nuestra materia es la consagración del *derecho de rehusarse a trabajar en condiciones peligrosas o insalubres* establecido

mento coyuntural de gran importancia para fundamentar la sanción de este instrumento legal. Recientemente se ha sancionado una reforma de este instrumento legal, para adaptarla a la Constitución de 1999 y la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, pero al momento de redactarse este artículo no se ha publicado en Gaceta Oficial su contenido.

en el artículo 69 *in fine* LOT y 102, parágrafo único, numeral B, que desarrollan cabalmente el artículo 19, f del Convenio 155. Las reformas posteriores de la LOT no modificaron su contenido en esta materia.

3.4 Constitución de 1999 (CRBV)

La nueva constitución tiene dos normas fundamentales en la materia:

- a. La que establece el deber patronal y el papel del Estado en la segunda parte del artículo 87: “Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado tomará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones”.
- b. El artículo 86 C RBV señala que:

Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que *garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social*. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas e indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social, podrán ser administradas sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial (énfasis añadidos).

La C RBV establece, pues, tres deberes fundamentales que constituyen la contrapartida del *derecho a la seguridad, higiene y medio ambiente de trabajo adecuado* que tienen los trabajadores:

1. A cargo del empleador, el deber de prevención (garantizará a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. Artículo 87),

2. a cargo del Estado *el deber de control y promoción de las condiciones y medio ambiente de trabajo* (el Estado tomará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones. Artículo 87) y,
3. a cargo de la Seguridad Social, el *deber de seguridad*, es decir, asegurar la protección en contingencias de riesgos laborales²⁶, entre otras (artículo 86).

4. Deberes de prevención y seguridad en el Derecho Comparado

La legislación extranjera tiene formulaciones diferentes. En Québec (Canadá)²⁷ se establece que el empleador “debe tomar todas las medidas necesarias para proteger la salud y asegurar la seguridad y la integridad física del trabajador”; en España²⁸, se instaura el “deber de protección del empresario” que se traduce en garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio; en Argentina²⁹, el deber de prevención, después de reformarse la Ley de Contrato de Trabajo, se circunscribió “a observar las normas legales de higiene y seguridad del trabajo, y hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal”; en Italia³⁰ el patrono “debe adoptar las medidas que según las particularidades del trabajo, la experiencia y la técnica son necesarias para tutelar la integridad física y la personalidad moral de los prestadores del trabajo”; en Suiza³¹, se obliga al patrono “en cuanto a las condiciones particulares del contrato y la naturaleza del trabajo permiten equitativamente exigirlo, a tomar las me-

²⁶ El constituyente utiliza el término *riesgos laborales* en una acepción que ha sido criticada por la nueva doctrina prevencionista toda vez que el riesgo consiste en la *posibilidad* de pérdida de la vida o daños en las personas y en la propiedad y el deber de seguridad establecido constitucionalmente tiene como finalidad amparar al trabajador en caso de la contingencia de accidente o enfermedad, es decir, cuando el riesgo se ha materializado y por lo tanto, ya no es una posibilidad, sino un daño concreto: un siniestro laboral. En los Estados Unidos se utilizan los términos *hazard* por condiciones peligrosas (causas) y *risks (risk analysis)* para denotar la probabilidad de ocurrencia del daño. En castellano se utiliza el término riesgo frecuentemente haciendo alusión tanto a las causas posibles como a los efectos: ver G. CABANELLAS, **Derecho de los Riesgos del Trabajo**. Bibliográfica OMEBA. Buenos Aires, 1968, y en Italia Enzo Cataldi (s/f). **Enciclopedia del Diritto** N° 10, p. 503, justificó el uso de la expresión riesgo.

²⁷ Loi sur la santé et la sécurité du travail, artículo 51.

²⁸ Ley de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 14.2.

²⁹ Ley de Contrato de Trabajo, artículo 75. En la redacción original era concebido en forma más amplia como la *obligación del empleador de observar las regulaciones a fin de tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores* lo que había dado lugar a frecuentes reclamaciones por responsabilidad contractual del empleador más allá de los límites de las disposiciones laborales sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

³⁰ Código Civil, artículo 2.087.

³¹ Código Suizo de las Obligaciones, artículo 339.

didas de seguridad propias de prevenir los riesgos de la explotación, a cuidar que el trabajo se ejecute en locales convenientes y sanos”; en Alemania³²,

el acreedor de los servicios debe organizar y mantener los locales, instalaciones y utensilios que debe proveer para la ejecución del trabajo, como así mismo organizar la prestación de los servicios que deben efectuarse bajo sus órdenes y dirección, de tal manera que el obligado esté protegido contra todo peligro de su vida o su salud, en cuanto lo permita la naturaleza de los servicios a prestarse.

5. Deber de prevención y deber de seguridad: dos deberes diferenciados, pero dos caras de una misma moneda

Ya Krotoschin³³ distinguía entre *deber de previsión (o prevención)* “que no debe confundirse” con el *deber de seguridad* “que consistiría en devolver al trabajador sano y salvo a su hogar”. “Este último – señala– *no es inherente al contrato de trabajo sin más ni más*. Ocurre que existe como deber legalmente establecido en los casos en que la ley impone al patrono una responsabilidad llamada ‘objetiva’³⁴ (énfasis añadido), o simplemente presume la responsabilidad del patrono (...)”.

Más adelante señala que este “deber de garantía o seguridad”, “sólo puede considerarse en un sentido amplio comprendido en deber de previsión”... pero remarca que este deber “no es, regularmente, contractual sino legal”.

Tendríamos entonces que el deber de prevención comprende –en sentido amplio– el deber de seguridad. Entendemos que ambos deberes son complementarios, mecanismos jurídicos diversos para llegar a fines concurrentes.

Ahora bien, siguiendo los lineamientos del artículo 6 del Convenio 155 es menester: “precisar las funciones y responsabilidades respectivas, en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, de las autoridades públicas, de los empleadores, de los trabajadores y otras personas interesadas, (...)”.

³² BGB, artículo 618.

³³ E. KROTOSCHIN. **Instituciones de Derecho del Trabajo**. 2da. edición. Depalma, Buenos Aires. 1968, p. 500.

³⁴ Es el caso de nuestra Ley del Trabajo y de la Ley Orgánica del Trabajo (que se aplica en las zonas del país donde no está extendido el Seguro Social). En los lugares del país donde la seguridad social progresivamente fue amparando a los trabajadores, el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) se subroga del deber patronal de seguridad. En la nueva Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social dictada en diciembre del 2002 esa obligación es asumida por el Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo que está en proceso de desarrollo legislativo.

Ya hemos señalado el papel que en la CRBV se establece a cargo del Estado y de la Seguridad Social. Veamos el papel del empleador que, en forma concurrente, asume en ambos deberes:

1. En el artículo 87 última parte *el deber de prevención*, a cargo del patrono o empleador, pero conjuntamente con *deber de control y promoción por parte del Estado*.
2. En el artículo 86 *ejusdem*, *el deber de seguridad*, en el cual hay una subrogación parcial de la obligación del empleador por parte de la seguridad social, *servicio público de carácter no lucrativo* que debe asegurar la protección –entre otras contingencias– de los “riesgos laborales”.

El *deber de prevención* es el de *garantizar*³⁵ “condiciones” de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados, es decir, que el trabajo deberá desarrollarse y organizarse de acuerdo al artículo 185 de la LOT que establece que deberá prestarse en condiciones que: *a) Permitan a los trabajadores su desarrollo físico y psíquico normal; b) Les dejen tiempo libre suficiente para el descanso y cultivo intelectual y para la recreación y expansión lícitas, c) presten suficiente protección a la salud y a la vida contra enfermedades y accidentes y c) mantengan el ambiente en condiciones satisfactorias.*

En una primera fase, el deber de prevención consistía en generar las condiciones para *prevenir la ocurrencia de accidentes o enfermedades ocupacionales: era simétrico al deber de seguridad.*

Pero la evolución de nuestra materia hace que este deber abarque dos exigencias humanas. La primera es la ya mencionada relativa a la *integridad física y psíquica del trabajador*: no ser dañado, herido o intoxicado; la segunda es el *confort*, palabra clave de la Ergonomía, que consiste en la adaptación de los medios, ambientes y procesos de trabajo al trabajador, evitando las cargas excesivas, las posiciones incómodas, las tareas repetitivas, la fatiga y el estrés³⁶.

³⁵ La palabra “garantizar”, reiteradamente utilizada en nuestra normativa legal como parte de la idea precisamente “garantista” o protectora del Derecho del Trabajo, no debe inducirnos a la confusión de que los deberes creados por estas normas deban técnicamente asimilarse a las obligaciones de garantía de las que habla J. MELICH ORSINI. Ob. cit. en 3, 1997, p. 484, propias, por ejemplo, del contrato de venta en el cual el vendedor está obligado no solamente a transmitir la propiedad de la cosa vendida, sino de garantizarla contra los riesgos de evicción (CC, artículo 1.504) y de vicios ocultos (CC, artículo 1.518).

³⁶ La casación italiana ha reconocido la responsabilidad contractual del empleador (de acuerdo al artículo 2.087 del CCI) por un infarto producido por exceso de trabajo ocasionado por la falta de adecuación de la organización de la empresa al trabajador según los principios ergonómicos. Cass,

El empleador *cumple con su obligación creando las condiciones y medio ambiente de trabajo que permitan el desarrollo integral de los trabajadores, organizando el trabajo en función de la adaptación de los procesos productivos al trabajador*³⁷, por lo cual parecería tratarse de una obligación de medio, como veremos más adelante.

En cambio, el *deber de seguridad*, que es el de *asegurar la indemnidad del trabajador*, parecería ser una obligación de garantía.

Sin embargo, como ya señalamos, *ambos deberes son concurrentes, dos caras de una misma moneda*, y constituyen respuestas del sistema jurídico laboral a los derechos de los trabajadores a su vida, a su salud y a un medio ambiente de trabajo adecuado para el ejercicio de sus facultades físicas y mentales, y más allá, a su desarrollo como seres humanos. Estos derechos forman parte del núcleo fundamental de los derechos sociales consagrados internacional y constitucionalmente.

6. Deberes de prevención y seguridad como deberes principales del patrono

La doctrina en general –como veremos *ut supra*– considera al principio protectorio como una de las fuentes del deber de prevención y seguridad: nuestro deber va a ocupar así, junto –y en algunos casos por sobre– el deber de pagar el salario o de remuneración, un lugar fundamental dentro del sinalagma contractual laboral.

Krotoschin³⁸ señala que: “Desarrollando esta idea hasta sus últimas consecuencias, insistiendo sobre todo en el carácter jurídico personal del contrato de trabajo, se llegaría a sostener que también el *deber de previsión es un deber principal y sustantivo del patrono*, y no sólo un deber accesorio o secundario” (énfasis añadido).

En la doctrina comparada, autores como Kaskel-Dersch³⁹ y Pérez Botija⁴⁰ consideran al deber de prevención y seguridad *un deber principal del contrato*. El último, señala que esta obligación “puede ofrecer, en verdad ofrece, rumbos insospe-

1 septiembre de 1997, n. 8.267, confirmada por sentencia del 5 de febrero del 2000, n 1.307 doctrina nuevamente repetida en fallo del 2 de enero de 2002. M. LAI. **La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva**. G. Giappichelli Editore. Torino, 2002, p. 29

³⁷ El artículo 5 de la LOPCYMAT establece que el trabajo *deberá desarrollarse en condiciones adecuadas a la capacidad física y mental de los trabajadores*, lo cual constituye la base fundamental de la idea de Ergonomía.

³⁸ E. KROTOSCHIN. Ob. cit., p. 501.

³⁹ W. KASKEL y H. DERSCH. **Derecho del Trabajo** (traducido por E. Krotoschin). Editorial Depalma. Buenos Aires. 1961, p. 132.

⁴⁰ E. PÉREZ BOTIJA. Ob. cit., p. 247.

chados para un replanteamiento, no por más justo menos eficaz, del binomio capital-trabajo⁷⁴¹.

Ya en su *Estudio Analítico* Alfonzo-Guzmán⁴² pone de manifiesto la importancia, en el cuadro de las obligaciones del patrono, de lo que denomina “Protección económica y resguardo de la salud y la vida del trabajador (*Deberes de Previsión*)”⁴³ (énfasis añadido). Más adelante señalaremos su postura en lo relativo al fundamento de estos deberes del patrono.

Uno de los primeros autores que en Venezuela utiliza la terminología que señala que el patrono es *deudor de seguridad* en el cuadro de las obligaciones propias del contrato de trabajo, es Osvaldo Mantero en su *Estudio sobre la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*⁴⁴.

Alfonzo-Guzmán, en la séptima edición de su *Didáctica*, su obra más difundida, “adaptada a la Ley Orgánica del Trabajo”⁴⁵ cambia de posición. Comienza criticando la definición de contrato de trabajo establecida en el artículo 67 de la LOT.

La definición contenida en el artículo transcrito, acaso la más común en doctrina, nos merece las siguientes observaciones especiales (...):

1. La remuneración o salario no es, en el nuevo texto legal en el cual está inserta, la más trascendente obligación del empleador o patrono, ni el más trascendente derecho correlativo del trabajador. En efecto:
 - A. Los artículos 236 y 237 prevén la obligación del patrono de garantizar la salud y el desarrollo de las facultades físicas y mentales del empleado u obrero, bajo amenaza de sanción;
 - B. El artículo 102 parágrafo único, declara, por primera vez en un texto legal venezolano, el derecho del trabajador a negarse a realizar cualquier labor que entrañe un peligro inminente y grave para su vida y su salud (letra B);

⁴¹ Citado por KROTOSCHIN. Ob. cit., p. 501.

⁴² ALFONZO-GUZMÁN. Ob. cit. en 5, 1967, p. 326.

⁴³ ALFONZO-GUZMÁN también destaca la importancia de los deberes de probidad y de respeto y consideración al trabajador –íntimamente ligados en nuestro concepto al deber de prevención y seguridad– señalando que “constituyen obligaciones de naturaleza recíproca entre el operario y su empleador, que desbordan el marco de la relación estrictamente laboral” ob. cit. en 5, 1967, p. 326.

⁴⁴ O. MANTERO, *Estudio sobre la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, pp. 7 y 31.

⁴⁵ R. J. ALFONZO-GUZMÁN. Ob. cit. en 3, 1994, p. 58.

- C. La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, del 18-7-86, cuya vigencia se enfatiza en los artículos 246 y 408, E de la LOT, contempla sanciones administrativas y penales en casos de infracción del patrono o sus representantes, contra el dispositivo garante de la salud y la vida del trabajador preceptuado en la citada Ley; y
- D. La suficiencia del salario, para permitir el sustento del trabajador y su familia (artículo 138), convierte la obligación salarial a cargo del empleador en sólo un aspecto de la obligación de salud y resguardo de la vida del trabajador.”

Sobre la base de estas observaciones, nuestro autor redefine el contrato de trabajo como:

“...aquel mediante el cual el trabajador se obliga a prestar personal y directamente sus servicios por cuenta de un patrono o empleador, y con tal fin, a permanecer personalmente a disposición de éste, *quien se obliga a cambio, a mantener condiciones ambientales y de higiene y seguridad para garantizar a ese trabajador el bienestar, la salud y la vida, y a pagarle el salario estipulado*” (énfasis añadido).

Como puede observarse, *los deberes de prevención y seguridad pasan a primer plano en esta definición como la obligación principal del patrono*. En las últimas ediciones de la misma obra, siguiendo esa línea doctrinaria Alfonso-Guzmán⁴⁶ agrega con afán didáctico de simplificar (“todavía más sencillamente...”) una nueva definición, que se suma a la anteriormente elaborada, en la cual el contrato de trabajo: “es aquel mediante el cual el trabajador se obliga a permanecer a disposición de un patrono o empleador con el fin de prestarle sus servicios manuales o no manuales, *en condiciones que le aseguren el bienestar, la salud y la vida en el trabajo*, a cambio de una remuneración o salario” (énfasis añadido).

Obsérvese que en la estructura lógica de la nueva definición “las condiciones que le aseguren el bienestar, la salud y la vida” *se relacionan con la prestación del trabajador* y no aparecen, después del “a cambio de” propio del esquema sinalagmático, junto o antes de la remuneración o salario en el esquema prestacional del patrono o empleador como en la primera definición del maestro ucevista transcrita *ut infra*. Esta nueva definición parece poner énfasis en el papel de la cooperación creditoria que explica nuestro deber para la doctrina italiana *ut supra* comentada.

⁴⁶ R. J. ALFONZO-GUZMÁN. Ob. cit. en 5, 2000, p. 69.

En Italia podemos observar una evolución doctrinaria similar en la interpretación del artículo 2.087 CCI en el sentido que la “obligación de seguridad”, que era considerada como una relación entre el empleador y el Estado, y los derechos de los trabajadores como meros “intereses legítimos”⁴⁷, ha pasado mayoritariamente a considerarse que la norma deriva para el trabajador en un específico *derecho subjetivo de crédito* a que el empleador tome las medidas necesarias para salvaguardar la integridad física y la personalidad moral, *derecho subjetivo que se coloca en el centro de las obligaciones negociales influenciando la totalidad del desarrollo de las prestaciones y condicionando el ejercicio de los poderes empresariales*. Obligación a cargo del empleador en el plano de la relación de trabajo a la que se corresponde un verdadero y propio derecho subjetivo del trabajador a condiciones seguras y no perjudiciales. *Reconducido el artículo 2.087 CCI en el ámbito de las obligaciones principales del contrato de trabajo*, las violaciones de la norma por la parte patronal entran plenamente en el área de la responsabilidad contractual⁴⁸.

7. Fundamento contractual del deber de seguridad en el Derecho Comparado

Si bien entre nosotros esta posición parecería una innovación, en realidad se trata de una antigua doctrina sustentada en Europa en el siglo XIX.

Cabanellas⁴⁹ señala, que en 1883 Saucet en Francia (y casi simultáneamente –1884– Sainctelette en Bélgica) sustentan la idea de la base contractual del deber de seguridad: “el contrato de trabajo impone al patrono, entre otras obligaciones, la de velar por la seguridad de sus obreros y, por tanto, la de restituirlos sanos y salvos a la salida del trabajo, como un porteador se encuentra obligado a entregar intactos en su destino los objetos transportados”.

Sainctelette señala que “La presunción, en caso de accidente de la culpa del patrono, tiene su fundamento en la misma naturaleza del contrato.”⁵⁰

En esta doctrina encontramos las fuentes de la idea que han desarrollado autores alemanes, españoles y argentinos por la cual el deber de prevención y seguridad es la obligación *principal y sustantiva del patrono*, basada sobre todo en el carácter jurídico-personal del contrato de trabajo.⁵¹

⁴⁷ G. ZANOBINI. *Interessi legittimi nel diritto privato*, en Studi in memoria di F. Ferrara. II, pp. 702 y sgts. Milano. 1943, p. 702.

⁴⁸ M. LAL. Ob. cit. en 36, 2002. p. 5.

⁴⁹ Ob. cit. en 26.

⁵⁰ SAINCTELETTE. *Responsabilité et garantie*, Bruselas, 1884 cit. en Cabanellas, Ob. cit. 1968, p. 28.

⁵¹ E. KROTOSCHIN. Ob. cit., p. 501. En el mismo sentido cita a W. KASKEL y H. DERSH (1961) Ob. cit. en 39, p. 132 y E. PÉREZ BOTIJA. Ob. cit. en 7, 1957, p. 247.

Krotoschin⁵² establece que “la responsabilidad del patrono debería no sustraerse a la esfera contractual, ya que los posibles daños irrogados al trabajador se producen en ocasión de la relación contractual y a causa de ella. En principio, tal responsabilidad hasta tendría que ser exclusivamente contractual.”

En Italia –como hemos señalado– la doctrina ha encuadrado al deber de seguridad en la categoría de las obligaciones de protección del empleador *en el ámbito de la estructura del contrato de trabajo subordinado*⁵³. Luisa Montschi⁵⁴ coloca la obligación de seguridad en el área de la *cooperación creditoria*, esto es, las actividades por las cuales el empleador tiene que realizar para hacer posible la prestación del trabajador dentro del sinalagma contractual.

8. Concepto de deber de prevención y seguridad

Ernesto Krotoschin⁵⁵ lo denomina “deber de previsión” y nos suministra una definición amplia como: “la obligación del patrono de conducirse en la configuración y ejecución concretas de la relación de trabajo, en cuanto de él dependan, según la debida consideración a los intereses legítimos del trabajador”.

El maestro germano-argentino explica que esta obligación del patrono por una parte *restringe los derechos formales del patrono*, en especial, el derecho de dirección y, por otra parte, impone al patrono “obligaciones adicionales basadas en la esencia misma del contrato de trabajo, (...) v. gr. que el patrono ha de tomar medidas adecuadas, conforme a las condiciones especiales del trabajo, para evitar que el trabajador sufra daño en su persona o en sus bienes.”

Sin embargo –como ya hemos señalado– nuestro autor deslinda el concepto de deber de previsión del deber de seguridad⁵⁶ que consistiría en “devolver al trabajador sano y salvo a su hogar” señalando que usualmente *este deber “de garantía” no es, regularmente, contractual sino legal*⁵⁷.

Ya hemos señalado nuestro punto de vista según el cual ambos deberes patronales –aunque diferenciados– constituyen una misma unidad conceptual, aunque como veremos, admitimos como Krotoschin que puedan tener diferentes fuentes.

⁵² E. KROTOSCHIN. Ob. cit., p. 498.

⁵³ M. LAI. Ob. cit., p. 2.

⁵⁴ L. MONTSCHI. **Diritto alla salute e organizzazione del lavoro**. Angeli Ed. Milano. 1986, p. 66.

⁵⁵ E. KROTOSCHIN. Ob. cit., p. 497.

⁵⁶ *Idem*, p. 500.

⁵⁷ Ver GRANDI, N° 3, pp. 316-320 y N° 17, P. 348. Sobre la integración del contrato por la ley (CC, artículo 1.160), ver MELICH ORSINI (1997). Ob. cit. en 3, pp. 425 y ss.

Aunque la doctrina nacional no ha elaborado una definición del deber de prevención y seguridad, nuestros autores han realizado importantes aportes a su conceptualización. Así Osvaldo Mantero⁵⁸ explica que: “el criterio tradicional es que el empleador es responsable de la seguridad de los trabajadores” y que “se impone al empleador la obligación genérica de organizar el trabajo en forma tal que garantice la salud y seguridad de los trabajadores”.

Alfonzo-Guzmán⁵⁹ lo describe como “mantener las condiciones ambientales y de higiene y seguridad para garantizar (...) el bienestar, la salud y la vida”.

Se trata del deber del empleador de garantizar a los trabajadores condiciones de salud, higiene, seguridad y bienestar en el trabajo en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los tratados internacionales suscritos por la República, en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, en la Ley Orgánica del Trabajo y en las demás disposiciones establecidas en Leyes, Reglamentos, Convenios Colectivos de Trabajo, así como en las cláusulas de los contratos de trabajo celebrados con sus trabajadores.

En virtud de este deber, el empleador –por una parte– ve limitado su poder de dirección y debe organizar el proceso de trabajo⁶⁰ de acuerdo al desarrollo tecnológico, en condiciones adecuadas a la capacidad física y mental de los trabajadores (Ergonomía), a su dignidad como personas humanas y a sus hábitos y creencias culturales y –por otra parte– está relacionado con el deber de seguridad, lo responsabiliza por las consecuencias al producirse un daño que afecte la vida o la salud del trabajador.

9. Fundamentos. Evolución

Los fundamentos de los deberes de prevención y seguridad fueron modificándose con el desarrollo histórico de nuestras instituciones jurídicas: antes que el ejercicio positivo del deber (organizar el trabajo de acuerdo a los avances tecnológicos en función de normas higiénicas y de seguridad teniendo en cuenta la dignidad del trabajador como persona humana), comenzaron con la responsabilidad por el incumplimiento por parte del patrono de las primeras normas de orden público laboral que protegían a los trabajadores o algunos grupos de trabajadores especialmente vulnerables como menores y mujeres.

⁵⁸ O. MANTERO. Ob. cit., p. 41.

⁵⁹ R. J. ALFONZO-GUZMÁN. Ob. cit. en 3, 2000, p. 69.

⁶⁰ Comprendiendo en el proceso de trabajo el tiempo y los ritmos de la prestación de los servicios, el ambiente en el cual se prestan y los medios y la estructura jerárquica y tecnológica dentro de las cuales se desarrollan.

El deber estaba, pues, fundamentado en la necesidad de adaptar la conducta de organización del trabajo y la producción a la normativa vigente y la responsabilidad se basa en el no cumplimiento de la Ley, en la ilicitud. El patrono responde entonces por el *daño causado al trabajador por no haber cumplido con la normativa legal*, lo que constituye un *ilícito laboral* (así está tipificado, como en el caso de la LOPCYMAT, ilícito penal o delito).

En efecto, después de muchos años, la LOPCYMAT –junto y acumulable con el sistema objetivo de reparación establecido por la seguridad social⁶¹– establece indemnizaciones especiales a cargo del empleador (artículo 33, párrafos segundo y tercero) en caso que éste no cumpla con la normativa de seguridad, salud y ambiente de trabajo: “a sabiendas que los trabajadores corren peligro en el desempeño de sus labores y se ocasionase la muerte por no cumplir con las disposiciones ordenadas en la presente Ley (...)”.

Como hemos señalado *ut infra* a fines del siglo XIX comienza a fundamentarse nuestro deber en el *marco contractual*, ya que los daños a la salud del trabajador (accidentes y enfermedades que por entonces eran llamados “infortunios”) se producen en el marco de la ejecución del contrato de trabajo y causa del trabajo.

En primer lugar se recurrió como fundamento a la *buena fe* contractual: cumplir el contrato de trabajo de buena fe implicaría hacerlo de tal manera de asegurar los derechos y la vida misma de la persona que presta sus servicios.

Pero la *bona fides* antes que fundamento de una obligación se refiere a la ejecución de la misma⁶², a la interpretación de las cláusulas del contrato⁶³. Tiene que ver fundamentalmente con el cumplimiento de los deberes jurídicos a cargo de ambas partes.

La doctrina entonces le atribuyó el fundamento de nuestros deberes patronales en estudio al *carácter tuitivo del Derecho del Trabajo*.

Pérez Botija⁶⁴ señala razones de orden político-sociológico (de solidaridad social), político-económico (mantenimiento y elevación de la salud y elevación del nivel de vida en interés de la economía en general), ético social y hasta religioso.

⁶¹ I. RODRÍGUEZ DÍAZ. *De los infortunios del trabajo*, en O. HERNÁNDEZ ÁLVAREZ (editor). **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo**. Tipografía y litografía Horizonte, Barquisimeto, 1999.

⁶² J. MELICH ORSINI. Ob. cit. en 3. 1997, p. 126.

⁶³ *Idem*, p 127.

⁶⁴ E. PÉREZ BOTIJA. Ob. cit., p. 186.

Barassi⁶⁵ considera que el deber de protección tiene su fundamento en el deber mutuo de colaboración y de la integración equitativa del contenido del contrato.

En nuestra opinión los deberes de prevención y seguridad del empleador se fundamentan en dos bases principales:

1. Las *características jurídico-personales del contrato de trabajo* que derivan fundamentalmente de la *esencia de la prestación del trabajador como una obra humana, como extensión de su personalidad*, y que es reconocida por la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo de 1944 al establecer *que el trabajo no es una mercancía*⁶⁶.

De esta suerte, el sistema jurídico laboral regula la prestación del trabajador en consonancia con los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de las personas (artículo 3) y a la salud y el bienestar (artículo 25), contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y desarrollados por la CRBV.

Por ello, el trabajador estará obligado (LOT, artículo 69, literal A) solamente a *desempeñar los servicios que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición* (...) y –por ende– el patrono sólo podrá utilizar la fuerza de trabajo puesta a su disposición de manera compatible con las aptitudes, dignidad y condiciones del trabajador y deberá organizar el trabajo *garantizando las condiciones y medio ambiente adecuados a la capacidad física y mental de los trabajadores* (LOPCYMAT, artículo 6).

2. Al carácter de la *subordinación jurídica* con que se presta el trabajo y que implica que se realice *además por cuenta ajena, bajo la dependencia del empleador* (LOT, artículo 67), es decir, cumpliendo sus órdenes, poniendo la fuerza de trabajo a su disposición para ser utilizada dentro de su esfera de organización.

Esta facultad del empleador genera un conjunto de prerrogativas patronales para que el empleador pueda organizar el proceso trabajo, pero, simétricamente, *genera el deber de llevar a cabo esa organización teniendo en cuenta cuatro elementos básicos*:

- a. *La dignidad del trabajador como persona humana y sus características físicas, fisiológicas, culturales, psicológicas, etc.* lo que constituye además de la base del deber de prevención el principio fundamental de la Ergonomía.

⁶⁵ L. BARASSI. **Tratado del Derecho del Trabajo**. Tomos I y II. Editorial Alfa. Buenos Aires. 1949, II, p. 302.

⁶⁶ F. ITURRASPE. Derecho de la Salud y Seguridad del Trabajo: un informe comparativo entre Venezuela y Canadá, en F., Iturraspe (editor) **Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo (CYMAT)** Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1999, p. 36.

- b. Las *características y particularidades propias del proceso de trabajo* de cada uno de los lugares de trabajo, los instrumentos, materias primas e insumos que se utilizan y la organización del trabajo y el ambiente laboral.
- c. Las *condiciones, factores o agentes peligrosos presentes en el puesto de trabajo* y los probables riesgos que los mismos puedan acarrear para el trabajador y el ambiente en general.
- d. Los *conocimientos tecnológicos en general* y en particular los alcanzados en el manejo de esos agentes⁶⁷, así como la experiencia desarrollada en su control. Señala la doctrina italiana que las medidas a adoptar no son solamente aquellas típicas resultantes de la legislación especial o de las prescripciones de los entes administrativos de control sino también aquellas genéricas de prudencia, diligencia y observancia de las normas técnicas y de la experiencia conocida.⁶⁸

Todo esto lleva consigo una obvia tendencia a *limitar los poderes y prerrogativas patronales de organización del trabajo* en una época en la cual el Derecho del Trabajo tiende a “flexibilizarse” y hasta “desregular” las relaciones entre el trabajo y el capital, frente a los embates de la reorganización económica, las tendencias globalizadoras y sus requerimientos de productividad y competitividad, que por el contrario, conducen al deterioro de las limitaciones jurídicas y fácticas a los poderes empresariales en el microcosmos de la relación laboral, en la sociedad en su conjunto y en las relaciones internacionales mundializadas.

10. Contenido

Ya hemos señalado que el contenido de los deberes en análisis tiene dos aspectos fundamentales:

- a. Uno que podríamos llamar *positivo* y que consiste, atendiendo a las regulaciones que se imponen por normas de orden público al contenido del contrato⁶⁹ y a la propia naturaleza del negocio jurídico laboral en *organizar la producción de bienes y servicios y ejercer el poder de dirección con sujeción a tal normativa, atendiendo al desarrollo tecnológico sustentable, al carácter jurídico-personal del contrato de trabajo y a la dignidad de la persona humana del trabajador (deber de prevención) y en devolver al trabajador sano y salvo a su hogar (deber de seguridad)*.

⁶⁷ La jurisprudencia italiana habla de una obligación de “aggiornamento scientifico”, de puesta al día científica sobre el desarrollo de la técnica relativa a los aspectos riesgosos del trabajo a cargo del empleador que podrá eventualmente recurrir a expertos para cumplirlo. Cass. pen., 20 ottobre 1981, en C. Valsecchi, cit. por LAI. Ob. cit., p. 19.

⁶⁸ M. LAI, ob. cit., p. 15.

⁶⁹ Normas que provienen de la Constitución, Tratados Internacionales, Leyes y Reglamentos o Convenios Colectivos.

- b. Un segundo aspecto proveniente del incumplimiento de lo anterior (por ello lo podríamos denominar *negativo*) y que deriva en *las responsabilidades (subjetivas) del empleador por el no acatamiento de las normas de orden público (deber de prevención) y en la cobertura (objetiva) de las contingencias derivadas de los riesgos ocupacionales (deber de seguridad)* y que dan origen a las responsabilidades⁷⁰, reparaciones, sanciones a las que se somete el deudor de prevención y seguridad.

Por otra parte, tienen un aspecto general, *deber genérico de prevención y seguridad*, que se establece como lineamiento general de la conducta del empleador y una serie de *deberes derivados*, que desarrollan los anteriores.

10.1 Deberes fundamentales relacionados con el deber de prevención

Entre estos deberes debemos destacar tres que son considerados internacionalmente como arquetípicos por su carácter instrumental en el sentido de constituirse en mecanismos claves para la aplicación del deber genérico a la realidad cotidiana de los ambientes laborales. Como es lógico, estos tres deberes se corresponden a derechos específicos de los trabajadores.

- a) Deber de *informar, consultar y capacitar a los trabajadores y a sus organizaciones*. Artículo 19 c), d) y e) del Convenio 155 desarrollados en el artículo 6, párrafos uno y dos y artículo 19, numerales 3 y 6 de la LOPCYMAT.
- b) Deber de *participar en los Comités de Higiene y Seguridad y de asegurar que los trabajadores participen en la determinación y el control de las condiciones y medio ambiente de trabajo*. Artículo 19, b) del Convenio 155, artículo 19, numeral 5 y artículo 35 y siguientes de la LOPCYMAT.
- c) Deber de *no exigir a los trabajadores que reanuden una situación de trabajo en donde exista un peligro grave o inminente para su vida o su salud*. Artículo 19, f) del Convenio 155, artículos 69 y 102 de la LOT. Se trata de la contraparte del derecho de los trabajadores de autotutela, de rechazar trabajar en condiciones que, de acuerdo a sus conocimientos y experiencia, puedan afectar su vida o su salud.

10.2 Deberes relacionados con el deber genérico de seguridad

La responsabilidad por los deberes relacionados con el deber de seguridad aparece distribuida entre el patrono y el Estado. Hemos visto que la Constitución esta-

⁷⁰ Parte de estas responsabilidades, según las normas jurídicas vigentes, son asumidas por la seguridad social, como veremos más adelante.

blece que la cobertura de los riesgos laborales corresponde a la Seguridad Social, sistema público que es desarrollado por la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (que crea a tal efecto en su Capítulo V el Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo “*responsable*”, en concordancia con los principios del sistema público nacional de salud, de la promoción del trabajo seguro y saludable; del control de las condiciones y medio ambiente de trabajo, de la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, de la promoción e incentivo del desarrollo de programas de recreación, utilización del tiempo libre, descanso y turismo social, y el fomento de la construcción, dotación, mantenimiento y protección de la infraestructura recreativa de las áreas naturales destinadas a sus efectos y de la atención integral de los trabajadores ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional y de sus descendientes cuando por causas relacionadas con el trabajo nacieren con patologías que generen necesidades especiales; mediante prestaciones dinerarias y no dinerarias, políticas, programas, servicios de intermediación, asesoría, información y orientación laboral y la capacitación para la inserción y reinserción al mercado de trabajo; desarrollados por este régimen o por aquellos que establezca la Ley y la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

Como puede observarse, el Estado –a través del Régimen Prestacional– se “responsabiliza” de acuerdo al citado artículo 94 de la LOSSS –entre otras materias– del *deber de seguridad*, es decir, “de la atención integral de los trabajadores ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional y de sus descendientes cuando por causas relacionadas con el trabajo nacieren con patologías que generen necesidades especiales; mediante prestaciones dinerarias y no dinerarias, políticas, programas (...)”.

Esta responsabilidad del Estado debe entenderse complementaria de la responsabilidad del empleador establecida en el artículo 87 de la CRBV y desarrollada por la LOPCYMAT y LOT y diversas normas reglamentarias.

En efecto, la responsabilidad del empleador se manifiesta en cuatro elementos fundamentales:

1. El mantenimiento o sostenimiento del Régimen Prestacional (y, por ende, el financiamiento de las pensiones y demás prestaciones que ocasionen los accidentes y enfermedades) a cargo de cotizaciones de los empleadores⁷¹.

⁷¹Así, el artículo 96 (LOSSS) establece que: Las pensiones por discapacidad parcial o total permanente y gran discapacidad, las pensiones de viudedad y orfandad, así como los gastos funerarios causados por el fallecimiento del trabajador o pensionado y las indemnizaciones por ausencia laboral causada por discapacidad temporal, todas ellas debido a enfermedad ocupacional o accidente

2. El deber de prestar primeros auxilios y tomar las acciones necesarias para la recuperación del trabajador lesionado o enfermo⁷².
3. El deber de reinsertar al trabajador en su puesto de trabajo u otro adecuado a tenor del artículo 535 de la LOT.
4. La posibilidad de sanciones penales, administrativas y de “indemnizaciones sancionatorias”⁷³ en caso de responsabilidad del empleador establecidas en el artículo 33 de la LOPCYMAT y la indemnización del daño moral reiteradamente admitida por nuestra jurisprudencia.

11. Naturaleza Jurídica (I): Obligaciones de medio, de resultado y de garantía

El *deber de prevención* establecido en la CRBV (artículo 87 *in fine*) –y desarrollado por la LOPCYMAT (artículos 1, 2 y concordantes) y la LOT (artículos 185 y concordantes)– obliga al patrono a *garantizar* “condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados.”

de trabajo, serán financiadas con cotizaciones del empleador en los términos, condiciones y alcances que establezca la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. Las prestaciones en dinero previstas en esta Ley y en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo serán pagadas por la Tesorería de la Seguridad Social, a cargo de los fondos de este Régimen, y administrados por la misma. Las prestaciones de atención médica integral, incluyendo la rehabilitación del trabajador, y las prestaciones de capacitación y reinsertión laboral serán financiados por el Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el trabajo a los Regímenes Prestacionales de Salud y Empleo respectivamente (subrayados nuestros).

Igualmente, el artículo 98 *ejusdem* establece: El Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo será financiado mediante cotizaciones obligatorias a cargo del empleador que serán determinadas en función de los niveles de peligrosidad de los procesos productivos de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo; y de financiamiento fiscal para cubrir lo concerniente a los programas de recreación, utilización del tiempo libre, descanso y turismo social.

⁷² “Los empleadores deberán prever, cuando sea necesario, medidas para hacer frente a situaciones de urgencia y a accidentes, incluidos medios adecuados para la administración de primeros auxilios”. Artículo 18 del Convenio 155 de la OIT y 23 de la Recomendación 171. Y el artículo 30 de la LOPCYMAT establece que “Cuando se practicasen exámenes de despistaje o diagnóstico precoz de las enfermedades profesionales y se concluyere que se han manifestado las primeras fases del proceso patológico, se practicará una exhaustiva investigación de las condiciones ambientales, y se tomarán las medidas pertinentes de corrección del medio, y las acciones necesarias para la recuperación del trabajador.

⁷³ “El artículo 33 de la LOPCYMAT establece una serie de sanciones para los patronos que incumplan con los preceptos preventivos de este ordenamiento legal, estas penas van desde prisión hasta multas y cierre total o parcial de la empresa con pago de salarios pasando por lo que hemos llamado “sanciones indemnizatorias o indemnizaciones sancionatorias”. L. RODRÍGUEZ ROJAS (1999). *Asegurabilidad de las indemnizaciones previstas en el artículo 33 de la LOPCYMAT*, en Francisco Iturraspe (Editor). *Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo (CYMAT)*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1999, p. 111.

De esta manera, lo que debe *garantizar* el empleador son las *condiciones*, es decir, los medios necesarios que, a su vez, permitan no solamente la salud y la seguridad, sino el desarrollo físico y psíquico normal del trabajador.

El contenido del deber es, pues, dictar las órdenes y organizar la prestación del servicio (y el descanso necesario) generando un ambiente sano y seguro, adaptando el proceso de trabajo al trabajador.

Enseña Melich Orsini⁷⁴ que “desde el punto de vista de la utilidad subjetiva que persigue el acreedor, toda obligación puede verse como tendiente a un resultado”, pero sin embargo, distingue entre las obligaciones que colocan ese resultado directamente *como objeto de la obligación*, u *obligaciones de resultado*, de las *obligaciones de medio*, “cuando dicho resultado es incierto en la práctica y lo único que cabe incluir como objeto de la obligación son las conductas del deudor, potencialmente encauzadas por la dirección y condiciones en las que ellas deben ser puestas a fin de obtener el proyectado resultado”. Ejemplo clásico de una obligación de resultado es la que normalmente emerge del contrato de transporte o de obra.

Esta diferenciación tiene una consecuencia procesal muy evidente en relación con la carga de la prueba por parte del acreedor: *en las obligaciones de resultado, basta probar la existencia del vínculo obligacional y la inejecución de la obligación*⁷⁵. En cambio, *en las obligaciones de medio, es necesario probar la culpa o negligencia del deudor en poner los medios adecuados para el cumplimiento*.

Díaz Moliner⁷⁶ –referido a la legislación española– señala que para una corriente doctrinaria “el deber del empresario es conseguir en la práctica que no se produzcan daños para la seguridad y salud del trabajador, de forma que, producido un daño de origen laboral, existe una responsabilidad del empresario. Se inicia así la incursión en el terreno de la responsabilidad objetiva, es decir, de aquella que es independiente de la voluntariedad y diligencia del sujeto”.

⁷⁴ J. MELICH ORSINI. Ob. cit. en 3. 1997, p. 220.

⁷⁵ Recordemos al profesor Belga que establecía que “el contrato de trabajo impone al patrono, entre otras obligaciones, la de velar por la seguridad de sus obreros y, por tanto, la de restituirlos sanos y salvos a la salida del trabajo, como un porteador se encuentra obligado a entregar intactos en su destino los objetos transportados”. SAINCTELETTE. Ob. cit.

⁷⁶ Ob. cit. 1999, p. 93.

Clichela, Lafontaine y Mailhot⁷⁷ citan jurisprudencia québécoise que considera que el deber de prevención establecido en el ya citado artículo 51 de la Ley sobre la salud y la seguridad del trabajo establece una obligación de resultado⁷⁸.

Creemos con Melich Orsini⁷⁹ que “no debe exagerarse la oposición entre estas dos especies de obligaciones. Aparte de que en todo contrato se mezclan para cada una de las partes obligaciones de medio y de resultado, lo que en definitiva se persigue en una obligación de medio es también un resultado. La prestación debe siempre responder al interés del acreedor.” En los deberes de prevención y seguridad se combinan ambas especies: el deber de prevención –que entendemos fundamentalmente *de medio*– requiere que esos medios desarrollados por el patrono “garanticen un ambiente adecuado” (que no deja de ser un resultado constatable) y están encaminados al resultado de la preservación de la vida y la salud del trabajador (deber de seguridad).

El deber de seguridad parecería pertenecer al tercer género de obligaciones que describe la doctrina: *las de garantía*. Más allá de cualquier circunstancia, los mecanismos de la seguridad social –que como veremos se subrogan parcialmente el caso de incumplimiento de este deber– responden objetivamente ante la ocurrencia de accidentes o enfermedades ocupacionales, exista o no “causa extraña”.

12. Naturaleza Jurídica (II): orden público, irrenunciabilidad y subrogación

Sea cual fuere el origen de los deberes de prevención y seguridad y de las consecuentes responsabilidades del empleador, la doctrina se pone de acuerdo en punto al carácter de eminente orden público de estos deberes, y la imposibilidad de pactar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad individual en el contrato de trabajo o de la autonomía colectiva en la convención colectiva, cláusulas que permitan evadir esas responsabilidades.

Conjuntamente con esa idea y, con fundamento constitucional, encontramos que:

- a. Los derechos que le asisten a los trabajadores como acreedores de los deberes del patrono son irrenunciables⁸⁰ con la única posibilidad de la transacción de acuerdo a las condiciones constitucional y legalmente establecidas.

⁷⁷ B. CLICHELA, S. LAFONTAINE y R. MAILHOT. *Traité de Droit de la Santé et de la Sécurité au Travail*. Les éditions Yvon Blais Inc., Cowansville (Québec). Canadá, 1993, p. 288.

⁷⁸ En el caso C.S.S.T. contra J. M. Asbestos Inc. (19 de mayo de 1989). Sin embargo, nuestros autores opinan que no es el resultado lo que debería ser objeto de examen sino la conducta del empleador para la obtención de ese resultado.

⁷⁹ J. MELICH ORSINI. Ob. cit. en 3, 1997, p. 282.

⁸⁰ R. J. ALFONZO-GUZMÁN. Ob. cit. en 3, 2000, p. 59 señala que la irrenunciabilidad es más exacta si se la entiende como prohibición expresa de desistir de la titularidad de un derecho mediante

- b. El poder de policía que ejerce el Estado para controlar el ejercicio de los deberes del empleador en nuestra materia es también independiente de la voluntad de los trabajadores y sus organizaciones, toda vez que se trata de un deber jurídico del cual es beneficiaria toda la comunidad.

De Luca Tamajo⁸¹ elabora para este derecho (y los deberes que le corresponden) la idea de *derecho subjetivo "super protegido"*, no solamente por su inderogabilidad e irrenunciabilidad, sino también por el concurso de responsabilidad contractual y extracontractual.

Alfonzo-Guzmán⁸² establece que la obligación *de dotar de condiciones de seguridad* es una obligación de hacer de naturaleza fungible, es decir, susceptible de ser cumplida por un tercero. En nuestra legislación el *deber de seguridad*, más que una obligación de naturaleza fungible es generalmente objeto de una subrogación legal en caso de incumplimiento: la Constitución (artículo 86) y la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (Capítulo V) establecen esta subrogación por parte de la Seguridad Social.

En cambio, en cuanto al *deber de prevención*, no parece posible que un tercero cumpla con las obligaciones que emergen del mismo, dada la clara definición del artículo 2 de la LOPCYMAT y normas concordantes y la naturaleza misma de las responsabilidades del patrono que consiste, fundamentalmente, en limitaciones a su facultad de organizar el trabajo, dirigir y dar órdenes. El empleador podrá asesorarse en materia de prevención y mejoramiento de las condiciones y medio ambiente de trabajo, podrá contratar servicios externos, pero su responsabilidad continúa siendo indelegable.

13. Críticas a las teorías contractualistas

Planiol Y Ripert⁸³ entienden que el deber de prevención y seguridad proviene de la Ley.

La obligación del patrón de garantizar la seguridad a sus obreros, no deriva del contrato, es decir no tiene un origen contractual, porque es la misma

pacto, expreso o tácito, con el patrono. Señala también que podría enunciarse la regla desde su aspecto reverso: todas las obligaciones legales y contractuales a cargo del patrono, son de fatal, imperioso cumplimiento, no obstante cualquier convenio en contrario.

⁸¹ R. DE LUCA TAMAJO. *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*. Jovene, Napoli. 1976, p. 28.

⁸² R. J. ALFONZO-GUZMÁN. Ob. cit. en 3, 2000, p. 140.

⁸³ M. PLANIOL et G. RIPERT (1996). Ob. cit., pp. 1.023 a 1.027.

ley la que lo crea y cuando una obligación es legal, no se transforma en contractual porque las partes lo expresan en sus convenciones. La obligación de seguridad, no es otra cosa que el deber general que tiene todo habitante de no comprometer la vida de otro por negligencia o falta de cuidado y esta obligación existe independientemente del contrato y es preexistente al mismo.

Bielsa⁸⁴ señala que “para ser contractual la obligación de seguridad, ésta debe nacer de una cláusula del contrato, pues si fuera impuesta por la ley como inderogable entonces la responsabilidad sería legal y no contractual.”

Cabanellas⁸⁵ razona que “nadie sostendrá que el patrono consiente voluntariamente en contraer una responsabilidad provocada por accidentes...”. Por ello, De La Cueva⁸⁶ señala que la responsabilidad del patrono “*tendría un origen legal y no contractual*”.

En la doctrina nacional, Ramírez Jiménez⁸⁷ señala que

...las obligaciones concernientes a los dos sujetos de la relación laboral en materia de higiene y seguridad no nacen como consecuencia, ni como derivadas de la relación de trabajo, sino que se constituyen *ex lege*; es decir, son anteriores a la misma relación de trabajo, y no puede existir arreglos o convenciones entre las partes para modificar lo establecido por la Ley...

Otra parte de la doctrina italiana coloca el derecho del trabajador a la seguridad en la categoría de *derechos de la personalidad*, y califica su violación como responsabilidad extracontractual.⁸⁸

14. Coexistencia de fuentes de los deberes de prevención y seguridad en la legislación venezolana.

En nuestra opinión los deberes en estudio no pueden entenderse como provenientes de una fuente única, sino que por el contrario, en él se articulan armónicamente las instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Hay una con-

⁸⁴ R. BIELSA. **La culpa en los accidentes de trabajo**. Ed. Lajouane, Buenos Aires. 1926, p. 24, citado por J. L. FREDRIKS. **El deber de seguridad en la Ley de Contrato de Trabajo**. Buenos Aires. 1987

⁸⁵ G. CABANELLAS. Ob. cit., p. 287.

⁸⁶ M. DE LA CUEVA. **Derecho Mexicano del Trabajo**. Tomos I y II. Editorial Porrúa. México DF. 1964, tomo II, p. 35.

⁸⁷ A. RAMÍREZ JIMÉNEZ. **Régimen legal de seguridad industrial y condiciones y medio ambiente de trabajo en Venezuela** (trabajo de ascenso mimeografiado). Universidad Central de Venezuela, Caracas. 1996, p. 58.

⁸⁸ M. LAI, Ob. cit. en 36. LAI citando a FRANCO, SMURAGLIA y otros autores.

fluencia de fuentes jurídicas (Constitución, Leyes, Reglamentos, Convenios Colectivos) que coexisten con el contrato de trabajo *estricto sensu*.

El deber de prevención y seguridad –tanto en nuestra historia jurídico-laboral como en el Derecho Comparado– es cronológicamente anterior a la aparición de la idea del contrato de trabajo y la fuente principal es la normativa jurídica protectora. Se trata, en primer lugar, de un deber impuesto por Ley, *ex lege* e inmediatamente uno de los elementos que permitirá la elaboración de uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo: el principio protector o tuitivo.

Pero el efecto de esta normativa implica modificaciones profundas en el modelo jurídico que regula la relación entre empleadores y trabajadores tanto colectiva como individualmente: el convenio colectivo y el contrato de trabajo tienen la impronta del principio protector en general y del deber de prevención y seguridad.

Los acreedores del deber de seguridad serán pues, según la fuente del mismo, un complejo de sujetos jurídicos: la comunidad –y el Estado como su representante– los trabajadores individualmente considerados (y en caso de fallecimiento, sus derechohabientes) y colectivamente a través de las organizaciones de trabajadores. Estos sujetos lo son por un complejo de normas que crean derechos subjetivos “súper protegidos”⁸⁹ no solamente por el concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual a que hace referencia Lai⁹⁰ al hablar del carácter “bifrontale” del artículo 2.087 de la legislación italiana sino también por el respaldo de la seguridad social y en algunos casos de la cobertura de los seguros mercantiles privados.⁹¹

En cuanto a la comunidad, recordemos que la doctrina es unánime en considerar que se trata de normativa de estricto *orden público*⁹². Por ende, el Estado, la Administración del Trabajo, a través de los mecanismos creados⁹³, tienen la facultad (y el deber) a exigir su cumplimiento. Se trata de la protección de intereses que

⁸⁹ R. DE LUCA TAMAJO. Ob. cit., p. 28.

⁹⁰ M. LAI. Ob. cit., p. 8.

⁹¹ No podemos pasar por alto que esta supuesta teórica superprotección se acompaña con una verificable grave desprotección práctica que, por diversas razones, coloca a nuestros trabajadores en condiciones de vida y de trabajo muy difíciles, mucho más graves cuando se producen los accidentes y enfermedades profesionales y el acceso a la justicia muestra uno de sus capítulos de mayor inequidad.

⁹² A. RAMÍREZ JIMÉNEZ. Ob. cit., p. 58; M. Lai. Ob. cit., p. 28.

⁹³ La LOPCYMAT creó en su Capítulo IV el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales como organismo centralizador de la aplicación de la normativa en nuestra materia. Sin embargo, con posterioridad una norma de rango sublegal atribuyó importantes facultades de vigilancia e inspección a una nueva figura denominada Supervisores del Trabajo adscritos a las Inspectorías.

van más allá de los de la propia estructura del Estado y que tienen que ver con la protección del ambiente, del bienestar general, de la salud pública, no solamente de los ciudadanos actuales sino de las futuras generaciones.

Las normas de orden público que regulan las condiciones y ambiente de trabajo, la seguridad y salud ocupacional, el bienestar de los trabajadores etc. no se convierten en cláusulas de los contratos respectivos: son *preceptos de orden público* que se imponen a esos contratos para regularlos.

Sostiene Parra Aranguren: Las normas creadas por el decreto⁹⁴ –como las de la convención colectiva de trabajo– no se “integran” al contrato de trabajo, lo regulan; siendo jerárquicamente superiores privan –gracias a la noción de orden público– sobre lo estipulado en el negocio jurídico. Esto es, limitan la voluntad de los sujetos participantes del mismo y, por ello, cualquier inconsistencia entre las reglas de éste y las de aquél, debe resolverse a favor de las últimas (salvo, por supuesto, que las negócias sean más favorables al trabajador).

Existe pues un doble campo para la creación de obligaciones relativas a la prevención y seguridad no legal ni reglamentaria, no estatales o *extraetáticas* en la terminología de Plá Rodríguez⁹⁵:

1. Las emanadas de la autonomía colectiva que pueden tener como fuente a los convenios colectivos o a los órganos paritarios institucionalizados en nuestra materia como los Comités de Higiene y Seguridad.
2. Las negociadas en virtud de la autonomía de la voluntad en los contratos de trabajo.

Las primeras, también por las normas que estructuran el orden público laboral que le confieren carácter de obligatorias *erga omnes* y “efecto expansivo” también se imponen y regulan obligatoriamente a las emanadas de la autonomía de la voluntad, con la consabida salvedad de que éstas no sean más favorables.

Como puede observarse, no se trata de fuentes de la misma jerarquía las que conforman las bases del deber de prevención y seguridad por lo cual es necesario articularlas debidamente en el momento de la interpretación.

⁹⁴ F. PARRA ARANGUREN. *Comentarios sobre algunas disposiciones del título I de la Ley Orgánica del Trabajo*, en **Revista de la Facultad de Derecho**, N° 42. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 1991, p. 167: el autor señala el mecanismo de incorporación de las normas de orden público a los contratos de trabajo refiriéndose a otra normativa relativa a salarios, pero a nuestro criterio aplicable a la normativa en cuestión.

⁹⁵ Plá Rodríguez. **Los principios del Derecho del Trabajo**. Editorial Depalma, Buenos Aires. 1978, p. 26.

Por ello, consideramos que el deber de prevención y seguridad no es solamente una prestación a cargo del empleador (asimilable al pago del salario) sino un *deber jurídico*⁹⁶ que –como hemos visto– limita las prerrogativas del patrono en la organización del trabajo.

Si el patrono, en virtud del contrato individual de trabajo, contrae obligaciones adicionales (más beneficiosas para los trabajadores) estas obligaciones de origen negocial se integran jurídicamente a las impuestas por las normas de orden público laboral establecidas por las leyes, reglamentos y convenciones colectivas⁹⁷.

15. Teoría del riesgo social: Subrogación parcial por la Seguridad Social de la responsabilidad objetiva del empleador

La idea de los partidarios de esta teoría, adoptada entre nosotros en la década de los cuarenta por la Ley del Seguro Social⁹⁸ y en la actualidad por la CRBV (artículo 86) y por la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Capítulo V, artículos 94 al 99, es que la *reparación de accidentes y enfermedades no esté a cargo de los empleadores individualmente*⁹⁹ *considerados, sino en su conjunto*.

De esta manera, la tendencia que manifiesta en el Derecho Comparado y la doctrina es la evolución de una parte importante de los mecanismos de reparación del esquema propio del Derecho del Trabajo al de la Seguridad Social.¹⁰⁰

⁹⁶ Conforme, C. SMURAGLIA, 1965, p. 78 citado por LAI. Ob. cit., p. 11.

⁹⁷ Esta aplicación de la norma más beneficiosa es característica básica de la interpretación de las normas laborales y constituye uno de los aspectos relevantes del principio de favor o protectorio y se aplica también a otros contratos en el ámbito del Derecho Social (Alquileres, protección al consumidor etc.).

⁹⁸ F. ITURRASPE. **Venezuela: Seguridad Social en las puertas de un cambio institucional**. UCV. Caracas 2002. En otros países el sistema de riesgo social adoptado establece mecanismos de “compensación” (Worker’s Compensations) u otras modalidades de aseguramiento con el mismo fin de la asunción colectiva de la responsabilidad.

⁹⁹ Un remanente de la teoría del riesgo objetivo la encontramos en la LOT que establece la responsabilidad individual del patrono en caso de accidentes y enfermedades profesionales (artículo 560) (que denomina genéricamente en su Título como “infortunios en el trabajo”) y que establece una serie de indemnizaciones sumamente reducidas. Sin embargo, el artículo 585 *ejusdem* establece que “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 (VIII) tendrán en ese caso únicamente carácter supletorio para lo no previsto por la Ley pertinente.

¹⁰⁰ “En la actualidad, la reparación de los riesgos del trabajo, mejor dicho el problema de los riesgos del trabajo se considera un evento más dentro del sistema de seguridad social, y, por eso, esta materia pasaría del Derecho del Trabajo al Derecho de la Seguridad Social”. J. E. MARC. **Los riesgos del trabajo**. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1978, p. 5.

En efecto, nos encontramos con una subrogación de carácter personal¹⁰¹. El Código Civil de Venezuela establece que la subrogación personal puede ser convencional¹⁰² o legal, en nuestro caso nos encontramos con esta última¹⁰³. En efecto, por mandato de la Ley, el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en la actualidad, y, en el sistema sancionado en diciembre del 2002, el Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, se subrogan parcialmente de las responsabilidades del empleador relativas al deber de seguridad.

De esta manera, la CRBV considera en su artículo 86 entre las contingencias que debe cubrir la seguridad social la relativa a los *riesgos laborales*, y el artículo 94 de la LOSSS crea el *Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo*, responsable “(...) de la atención integral de los trabajadores ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional y de sus descendientes cuando por causas relacionadas con el trabajo nacieren con patologías que generen necesidades especiales; mediante prestaciones dinerarias y no dinerarias, (...)”.

El artículo 96 *ejusdem* establece que

Las pensiones por discapacidad parcial o total permanente y gran discapacidad, las pensiones de viudedad y orfandad, así como los gastos funerarios causados por el fallecimiento del trabajador o pensionado y las indemnizaciones por ausencia laboral causadas por discapacidad temporal, todas ellas debido a enfermedad ocupacional o accidentes de trabajo, serán financiadas por cotizaciones del empleador en los términos, condiciones y alcances que establezca la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. (...).

Sin embargo, la subrogación es parcial toda vez que la cobertura por la seguridad social es la relativa a la *responsabilidad objetiva y material* del empleador, proveniente del deber de seguridad.

Si existiere *negligencia o dolo del empleador* (incumplimiento del deber de prevención y de la normativa pertinente), jurídicamente –según la jurisprudencia y la

¹⁰¹ La subrogación puede ser real (una cosa ocupa el lugar de otra como objeto de la prestación) o personal, que consiste en la sustitución jurídica de una persona por otra que se beneficia de los derechos o se obliga a cumplir los deberes de la primera.

¹⁰² La subrogación convencional es aquella que proviene del acuerdo de voluntades del tercero que paga y del acreedor (subrogación por voluntad del acreedor), o de dicho tercero y el deudor (subrogación por voluntad del deudor). En ambas es necesario el consentimiento del tercero que paga.

¹⁰³ La subrogación legal es aquella que está contemplada en la Ley y se deriva expresamente de la voluntad del legislador.

LOPCYMAT– se regresa a la responsabilidad “*individualizada*” del patrono a través de las indemnizaciones que establece la propia LOPCYMAT.

Igualmente para el caso de *daño moral*, de acuerdo a la jurisprudencia, los jueces competentes de la jurisdicción especial del trabajo aplican la normativa sobre responsabilidad del Código Civil¹⁰⁴.

16. Los deberes de prevención y seguridad en la estructura del negocio jurídico-laboral

Es evidente que nuestra regulación jurídica¹⁰⁵ ha puesto de relieve como *derechos laborales fundamentales* los relacionados directamente con la prevención, seguridad salud y el medio ambiente de trabajo e indirectamente con el medio ambiente en general y con la calidad de vida del trabajador y su familia.

De esta suerte, la concepción jurídica del contrato de trabajo y su ejecución como contrato de tracto sucesivo se ha transformado radicalmente por la incidencia de una impresionante cantidad de normas de orden público laboral que tienen como objetivo fundamental *establecer limitaciones jurídicas a los poderes patronales de organización del trabajo en la empresa*.

A comienzos de este proceso de cambio normativo a nivel mundial, las facultades del patrono para establecer el ámbito de organización de las actividades de producción de bienes y servicios era prácticamente ilimitado: en ejercicio del poder de dirección y de organización correlativo a la subordinación jurídica o dependencia del trabajador, característica esencial del contrato de trabajo, el patrono adquiría un poder omnímodo, prácticamente ilimitado: se convertía en un verdadero autócrata de las relaciones laborales¹⁰⁶.

Todo el Derecho del Trabajo –como regulación estatal y como acción de los propios actores de las relaciones laborales– tiende a tratar de “balancear” este pro-

¹⁰⁴ Para citar solamente algunos de los casos últimamente sentenciados ver José Francisco Tesoro Yáñez contra Hilados Flexilon SA (7 de marzo del 2002) y Ciro Enrique Márquez Peña contra Alfarería el Sombrero CA (26 de julio de 2001), sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social.

¹⁰⁵ Comprendiendo en la regulación, además de las Leyes, las normas constitucionales e internacionales, también una importante cantidad de normas sublegales, provenientes de regulaciones técnicas y de la autonomía normativa colectiva de gran importancia por su carácter específico y su vocación de aplicación cotidiana.

¹⁰⁶ S. MAGRINI. Lavoro (Contratto Individuale). **Enciclopedia di Diritto**. Volumen XXIII, N° 1, pp. 369-372, sobre los orígenes de nuestra concepción del trabajo individual.

fundo desequilibrio que afecta la cohesión social y la idea de democracia de las sociedades que fueron adoptando la idea de Estado Social de Derecho.

Por ello De La Cueva¹⁰⁷ puede afirmar que “Los viejos derechos del hombre fueron la conquista de la libertad frente al Estado, los nuevos derechos de los trabajadores son la defensa de lo humano y su dignidad frente a las fuerzas económicas; en el primer aspecto, fueron defensa contra los poderes políticos, en el segundo, son defensa contra los poderes económicos que son, además, los auténticos poderes políticos”.

Conclusión

El contrato de trabajo es un negocio jurídico bilateral, de carácter patrimonial pero con una impronta personal esencial¹⁰⁸, 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 *empleador o patrono*, persona física o jurídica que tiene derecho a utilizar esa fuerza de trabajo subordinándola a sus objetivos, métodos y procesos productivos (dependencia), *dentro de las limitaciones de prescripciones de orden público que establecen condiciones de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo y garantías mínimas irrenunciables por el trabajador contenidas en normas constitucionales, internacionales, legales, convenios colectivos, reglamentos, normas técnicas, usos y costumbres laborales etc.*, y la obligación de pagar una remuneración que recibe el nombre de salario, teniendo este contrato como fin económico social la regulación jurídica de las relaciones sociales laborales, estableciéndose a tal efecto la presunción de su existencia para regirlas.

Por ello, los deberes de prevención y seguridad constituyen deberes fundamentales de los empleadores, *exigibles por los trabajadores* (dentro del sinalagma contractual por la propia naturaleza del negocio jurídico laboral), *por los sindicatos o colectivos de trabajadores* (como producto de las obligaciones emanadas de la autonomía colectiva que por mandato legal incorpora esas responsabilidades al contrato individual de trabajo) y *por el Estado*, por el carácter de orden público de estas normas.

¹⁰⁷ M. DE LA CUEVA. Ob. cit., p. 209.

¹⁰⁸ La Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo de 1944 establece que “el trabajo no es una mercancía”. Por ello KROTOSCHIN ob. cit., p. 374, señala que el contrato de trabajo se caracteriza por su penetración con *elementos jurídico-personales y ético-comunitarios* que se agregan a los simplemente patrimoniales y en parte los modifican. Dos de los elementos básicos de esta característica son el carácter alimentario del salario y los deberes de prevención y seguridad del patrono.

Estas obligaciones tienen carácter de verdaderos deberes jurídicos, exigibles no solamente por los trabajadores sino por la comunidad. Como establece Mantero¹⁰⁹ “tienen a la vez carácter de obligaciones legales y públicas y obligaciones contractuales y privadas. En consecuencia, su cumplimiento puede ser exigido tanto por los órganos de la administración pública, como por los propios trabajadores actuando individual o colectivamente”. Alfonso-Guzmán¹¹⁰ señala: “Paralela a la serie de obligaciones derivadas del contrato o relación de trabajo, existe otra, de carácter jurídico público, impuesta por el Estado con el fin de garantizar la celebración y ejecución del contrato por cuenta ajena en las condiciones deseadas por él”.

Consideramos, pues, que los deberes de prevención y seguridad *son impuestos por las normas de orden público al contrato de trabajo* y lo regulan generando diversas obligaciones por parte del patrono. Sin embargo, sin dudar de la importancia de estos deberes, el pago del salario continúa siendo –dentro de un cuadro más amplio de obligaciones que genera el contrato de trabajo– el objeto de la obligación del empleador¹¹¹ y uno de los componentes esenciales de las condiciones de empleo y de vida de los trabajadores.

ANEXO

Aporte del autor al Proyecto de reforma de la LOPCYMAT

Deberes de los empleadores

Artículo:

Son deberes de los empleadores:

1. Garantizar a los trabajadores condiciones de salud, higiene, seguridad y bienestar en el trabajo en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los tratados internacionales suscritos por la República, en la presente Ley, en las demás disposiciones establecidas en Leyes, Reglamentos, Convenios Colectivos de Trabajo así como en los contratos de trabajo celebrados con sus trabajadores.
2. Organizar el trabajo en condiciones adecuadas a la capacidad física y mental de los trabajadores, a sus hábitos y creencias culturales, a su dignidad como personas humanas y al desarrollo tecnológico disponible.

¹⁰⁹ O. MANTERO. Ob. cit., p. 41.

¹¹⁰ R. J. ALFONZO GUZMÁN. Ob. cit. en 3, 2000, p. 143.

¹¹¹ Quizás aquí podría ser útil la categoría de objeto del contrato (diferente de la de objeto de las obligaciones que emergen del mismo) y podríamos en este caso afirmar que en la relación sinalagmática el deber de seguridad se constituiría, más que en el objeto de la prestación del empleador, en *objeto del contrato de trabajo*.

3. 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, 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 al trabajador de acuerdo a sus capacidades y antecedentes y evitar la aplicación de sanciones no justificadas o desproporcionadas y una sistemática e injustificada crítica contra el trabajador o su labor.
4. Tomar las medidas adecuadas para evitar cualquier forma de acoso sexual y establecer una política destinada a erradicar el mismo de los lugares de trabajo.
5. Abstenerse de toda discriminación contra los aspirantes a obtener trabajo o contra los trabajadores y, dentro de los requerimientos de la actividad productiva, respetar la libertad de conciencia y expresión de los trabajadores.
6. Tomar todas las medidas adecuadas para asegurar la privacidad de la correspondencia y comunicaciones de los trabajadores y el libre acceso a todos los datos e informaciones referidos a su persona.
7. Garantizar la confidencialidad de los exámenes médicos y toda información relativa al trabajador y tomar todas las medidas necesarias para evitar que se comuniquen los mismos a otras personas u organismos sin el expreso consentimiento previo del trabajador debidamente informado de sus derechos al respecto.
8. Informar por escrito a los trabajadores y al Comité de Salud y Seguridad Laboral las condiciones peligrosas a las que están expuestos los primeros, por la acción de agentes físicos, químicos, biológicos, meteorológicos o a condiciones ergonómicas adversas o psicosociales que puedan causar daño a la salud, de acuerdo a los criterios establecidos por el Instituto Nacional de Salud de los Trabajadores.
9. Consultar a los trabajadores y a sus organizaciones, y al Comité de Salud y Seguridad Laboral, antes de que se ejecuten, las medidas que prevean cambios en la organización del trabajo que puedan afectar a un grupo o la totalidad de los trabajadores o decisiones importantes de seguridad e higiene y medio ambiente de trabajo.
10. Informar por escrito a los trabajadores de los principios de la prevención de las condiciones peligrosas o insalubres, tanto al ingresar al trabajo como al producirse un cambio en el proceso laboral o una modificación del puesto de trabajo e instruirlos y capacitarlos respecto a la promoción de la salud y la seguridad, la prevención de accidentes y enfermedades profesionales así como también en lo que se refiere a uso de dispositivos personales de seguridad y protección.

11. Notificar al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, con carácter obligatorio, las enfermedades profesionales, los accidentes de trabajo y cualesquiera otras condiciones patológicas que ocurrieren dentro del ámbito laboral previsto por esta Ley y sus reglamentos y llevar un registro de los mismos.
12. En caso de actividades que por su peligrosidad sean consideradas por el reglamento como susceptibles de controles especiales por los daños que pudiera causar a los trabajadores o al ambiente, informar por escrito al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales las condiciones peligrosas y las medidas desarrolladas para controlarlas de acuerdo a los criterios que éste establezca,
13. Elaborar, con la participación de los trabajadores, el Programa de Prevención y Promoción de la Seguridad y Salud Ocupacional, las políticas y compromisos y los reglamentos internos relacionados con la materia así como planificar y organizar la producción de acuerdo a esos programas, políticas, compromisos y reglamentos.
14. Organizar y mantener los Servicios de Prevención y Promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo previstos en esta Ley.
15. Incorporarse activamente a los Comités de Prevención, Seguridad y Salud Laboral establecidos por la presente Ley.
16. Oír de los trabajadores sus planteamientos y tomar por escrito las denuncias que éstos formulen en relación con las condiciones y medio ambiente de trabajo tomando las medidas que el caso requiera.
17. Abstenerse de despedir o sancionar de cualquier manera al trabajador por haber hecho uso de los derechos consagrados en esta Ley.
18. Colocar periódicamente en carteles fijados en sitios visibles de la empresa, explotación o establecimiento, los registros e índices de accidentes y enfermedades ocupacionales acaecidos en dichos lapsos.
19. Registrarse en el Sistema de Seguridad Social y afiliarse a los trabajadores bajo su dependencia.
20. Cotizar oportuna y correctamente el porcentaje que corresponda al Régimen Prestacional de Salud y Seguridad en el Trabajo, de conformidad con esta Ley.
21. Notificar periódicamente a la Tesorería de la Previsión Social las novedades laborales que ocurran en su empresa, explotación o establecimiento tales como la incorporación, desincorporación, cambios, nivel de ingreso y demás movimientos y novedades de nómina, de conformidad con los criterios establecidos por la Superintendencia de Seguridad Social y mantener actualizado el registro del personal a su servicio.

22. Suministrar la información que requiera el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, la Tesorería de la Previsión Social, la Superintendencia de Seguridad Social y los demás entes legalmente facultados.
23. Cancelar los intereses de mora causados por el atraso en el pago de las cotizaciones y las multas correspondientes.
24. Responsabilizarse por los daños morales que hubieren sufrido el trabajador, su cónyuge o familiares en caso de accidentes o enfermedades ocupacionales en los términos establecidos por el Código Civil.
25. Habiéndose comprobado su dolo o culpa, pagar las indemnizaciones sancionatorias que establece la presente Ley.
26. Los demás que determine la Superintendencia de Seguridad Social, el Ministerio con competencia en Seguridad Social y el Instituto Nacional de Salud de los Trabajadores dentro de sus atribuciones.

La empresa y los grupos de empresa

Héctor Armando JAIME MARTÍNEZ*

SUMARIO

- Introducción.**
- 1. Cuestionamiento del modelo jurídico tradicional de la empresa.**
 - 2. La empresa, ¿sujeto del Derecho del Trabajo?**
 - 3. La noción de empresa en la legislación venezolana.**
 - 4. La empresa y los grupos de empresa en la jurisprudencia nacional anterior al Reglamento de 1999.**
 - 5. Grupos de empresa: Elementos y caracteres.**
 - 6. La unidad del grupo de empresas.**
 - 7. La unidad empresarial en el Derecho Comparado.**
 - 8. Consecuencias de la unidad de los grupos de empresa:** 8.1 *Consecuencias en el plano del derecho individual del trabajo:* 8.1.1 Existencia de una sola relación de trabajo del trabajador con el grupo. 8.1.2 Isonomía salarial y de condiciones de trabajo. 8.1.3 Responsabilidad solidaria del grupo. 8.1.4 Beneficios sociales. 8.2 *Consecuencias en el plano del derecho colectivo del trabajo.*
 - 9. La regulación de los Grupos de Empresa.**
 - 10. Jurisprudencia posterior al Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Conclusiones.**

* **Universidad Católica del Táchira**, Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo. **Universidad de París I**, Postgrado en Derecho del Trabajo. Profesor Invitado en el postgrado de varias Universidades del país. **Comisión Redactora del Proyecto de Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo**, Miembro. Autor de ensayos difundidos en publicaciones especializadas y arbitradas.

Introducción

En el campo de las ciencias sociales, la empresa se manifiesta como un concepto inacabado cuyos límites no aparecen definidos, un concepto inalcanzable que pareciera escudarse en su propia indefinición para evitar ser aprehendido y regulado por el derecho.

Esa inasibilidad manifestada por la empresa, eje de la vida económica actual, parece agravarse debido a las profundas transformaciones que ha experimentado a la par que se transforma la economía, como consecuencia de los procesos de concentración y movilización del capital, de la internacionalización y globalización de la economía, de los cambios introducidos en el proceso productivo por el desarrollo de nuevas tecnologías.

Al pretender reflexionar sobre la empresa y el contenido de tal término, tropezamos con una primera y grave dificultad pues el mismo se aplica a realidades las más diversas; así, denominamos empresa tanto a gigantescas corporaciones que se dedican a la producción de una variada gama de bienes: automóviles, aviones, motores, centrales eléctricas, cuyas ventas anuales son billonarias (Mitsubishi, General Motors y, en nuestro medio, el Grupo de Empresas Polar, bien podrían ser un ejemplo de ello), como igualmente podríamos aplicarlo a un pequeño taller de confección, o a una casa de abastos con modestas instalaciones y con aún más modestos ingresos.

Alain Supiot destaca que el término empresa se identifica, en primer lugar, con una actividad, la acción de aquel, que en ejercicio de la libertad de emprender desarrolla una actividad, y sólo en un segundo sentido y derivado designa la organización jurídica de esta acción, es decir, “la empresa instituida”.¹

Podemos afirmar que en un principio, el Derecho, y en especial, el Derecho del Trabajo, no percibió a la empresa como tal, sino al empresario, su titular, cuya libertad de emprender limitó para garantizar protección a los trabajadores sometidos a su poder de dirección, le bastaba al Derecho del Trabajo el concepto de empleador como sujeto al cual, en el marco de una relación jurídica generada por la prestación de servicios de una persona a favor de otra, pudiese imputársele la obligación de responder por los derechos y obligaciones que de tal relación se derivaban.

¹ SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Edition Quadrige. Presses Universitaires de France. Paris 2004, p. XXXIII.

La idea tradicional de empresa está fundamentada sobre dos bases: la propiedad de los bienes por parte del empresario, lo que conllevaría a reconocerle el poder de dirigirla y el de la propiedad de los bienes y servicios que ella produce, y al mismo tiempo sobre la idea del contrato (contrato de trabajo) que le permite al propietario de los bienes obtener el concurso de la mano de obra necesaria para la producción. Bajo este modelo se constituyeron las grandes empresas industriales, dotadas de una estructura piramidal, integrada y jerarquizada, y en la cual se desarrollaba íntegramente el proceso productivo, sometida a una dirección única y actuando bajo las leyes de un solo Estado.

Este esquema clásico se ha visto cuestionado, al menos en las grandes empresas en donde el capital se encuentra disperso y el papel de las asambleas de accionistas se ve reducido a una mera formalidad, limitándose tan sólo a la elección de los cuadros directivos y a la supervisión de la gestión del equipo dirigente, en cuyas manos se concentra el poder de decisión y dirección. El accionista que invierte en la adquisición de un número de acciones de una empresa, lo hace más con el ánimo de realizar una colocación que con la intención de “emprender”, de allí que no tenga sentido de pertenencia sobre la empresa en la cual invierte. Por otra parte, las “nuevas empresas” han experimentado una transformación de sus estructuras y han pasado de una colectividad piramidal y homogénea a una red dotada de una estructura policéntrica en la cual sus elementos interactúan con una cierta autonomía pero al mismo tiempo sin perder el norte de los intereses del conjunto.

Robert Reich, quien fuera Ministro del Trabajo en la primera administración de Clinton, citado por Néstor De Buen, destaca que las viejas empresas fundadas en un sistema piramidal son sustituidas por redes de empresa que además han perdido el concepto de nacionalidad pues se encuentran dispersas por todo el mundo.²

Estas transformaciones experimentadas por las empresas, a lo que hay que agregar las transformaciones en los modelos productivos, el vertiginoso desarrollo de las empresas multinacionales, la externalización de la mano de obra con el auge de la subcontratación y de las empresas de trabajo temporal, no sólo hacen aún más difícil la tarea de lograr un concepto uniforme de empresa, sino también la de lograr identificar al verdadero empleador responsable frente a los trabajadores.

La empresa moderna, además, ha disminuido sus dimensiones en lo que a personal empleado se refiere, pues se reserva para sí la actividad principal del negocio y contrata con terceros la ejecución de actividades secundarias o derivadas. Po-

² DE BUEN, Néstor. **Grupos de Empresa en el Derecho del Trabajo**. En “Trabajo y Seguridad Social, Relaciones”. Ucab. Caracas. 1999, p. 99.

dríamos decir que el modelo de empresa de dimensiones colosales que producía todos los elementos requeridos, como lo fueron las grandes empresas del sector automotor ubicadas en Detroit, prácticamente ha desaparecido.

La economía tradicional percibe la empresa tan sólo como una unidad de producción, destinada a lograr un lucro, sin embargo, la empresa es mucho más que eso, “La empresa es al mismo tiempo la fuente principal de creación de riquezas y de empleos y el marco de la vida cotidiana de millones de franceses” afirma el informe Sudreau.³

La empresa tiene pues dos dimensiones igualmente importantes: la producción de riqueza, fin económico de la misma, pero a su vez es el marco en el cual se desarrollan relaciones humanas de gran importancia, lo que hace que al lado de los fines económicos la empresa persiga igualmente otros de naturaleza social.

1. Cuestionamiento del modelo jurídico tradicional de la empresa

Mientras en el campo económico es más fácil concebir la empresa como una unidad que reúne medios encaminados a la producción de bienes y servicios, en el campo del Derecho se presenta como una “noción difusa que parece irreductible a una definición única”⁴. Resulta pues, extremadamente difícil lograr una definición de empresa que sea válida para todas las ramas del Derecho. Así, el Derecho Mercantil hará énfasis en los aspectos patrimoniales, en la forma jurídica que adopte, sin conceder mayor importancia al elemento humano que la compone, y a las relaciones que entre ellos se dan. Así, Messineo define la empresa como “desenvolvimiento profesional de una actividad económica organizada para un determinado fin”. Para él el concepto de empresa se encuentra incluido en el del empresario como titular de la empresa.⁵ El Derecho Tributario la percibirá en su carácter de sujeto de contribuciones; el Derecho del Trabajo por su parte, deja de lado los aspectos lucrativos para conceder especial importancia a la promoción de las relaciones humanas de la empresa, y muy especialmente, a la protección de los trabajadores.

³ En 1975 el gobierno francés designó un comité para el estudio de la reforma de la empresa, el comité estuvo presidido por Mr. Pierre Sudreau, de allí que se le conozca con el nombre de “Rapport Sudreau”. Union Générale D’Éditions. París. 1975, p. 13.

² CATALÁ, Nicole. “L’entreprise” *Traité du Droit du Travail*. Sous la direction de G. H. Camerlynck. Dalloz. París 1.980, P. VII.

⁵ MESSINEO, Francesco. *Derecho Civil y Comercial*. EJEA. Buenos Aires. 1971. Tomo II, pp. 214 y ss.

La primera oportunidad en la que aparece utilizado el término empresa en un texto legal, es en el Code de Commerce francés de 1807, pero más que un acto de comercio, las empresas son consideradas como profesiones comerciales, de manera que, quien las ejerce debe ser considerado como comerciante.

Por su parte, la noción subjetiva de la empresa tiene su fuente en la legislación alemana. Para ello se vale de la expresión genérica o previa de “negocio” (G. Gewerbe), en el sentido de actividad peculiar basado en la vieja *negotiatio*. En virtud de la enumeración de operaciones distinguidas por un objeto (*ratione mercaturae*), la referida actividad genérica se concreta en modalidades de actividad típicamente mercantil. La noción de Gewerbe introduce la nota de profesionalidad en el concepto de comerciante y se concibe la empresa como la forma o modo de ejercer la actividad.

Surgida en el campo económico, la empresa es un elemento fáctico que el Derecho aprehende como una universalidad de hecho más que como un ente jurídico, de allí que: “La empresa, en nuestro sistema jurídico, no sea un sujeto de Derecho”, como lo afirma Catalá⁶, o como igualmente es señalado por Supiot: “la noción de empresa no ha logrado nunca suplantarse las nociones de comerciante (empresario individual) o la de sociedad comercial. La empresa ha vivido como un fantasma omnipresente e inaprensible, capaz de franquear los muros del derecho de sociedades, pero incapaz de tomar cuerpo en la vida del derecho.”⁷ De allí que más que un concepto, para el Derecho, la empresa sea tan sólo una referencia.

Los esquemas tradicionales se han visto desbordados frente a las nuevas realidades económicas que presenta la empresa moderna, y que se caracteriza por la concentración e internacionalización de los capitales, así como por la despersonalización, de manera que, de acuerdo al criterio de Néstor De Buen “La personalidad jurídica, en lugar de servir para identificar las nuevas estructuras, de hecho empezó a operar sólo como instrumento de delimitación indebida de la responsabilidad del empresario, en el orden civil y mercantil y, en mayor medida, en los campos más exigentes del Derecho Fiscal, de la Seguridad Social y del Derecho del Trabajo.”⁸

⁶ CATALÁ, Nicole. “L’entreprise” *Traité du Droit du Travail. Sous la direction de G. H. Camerlynck*. Dalloz, París 1.980, p. VI

⁷ SUPIOT, Alain, “Informe Francés” en *Empresa y Derecho Social*. Coordinado por Antonio Marzal. Editorial J. M. Bosch. Barcelona, p. 19.

⁸ DE BUEN, Néstor. En *Los grupos de empresas nacionales y multinacionales y el Derecho del Trabajo*. Unan, México 1982, p. 13.

En lo que corresponde a la aprehensión de la empresa y, a su tratamiento, el derecho de las sociedades ha evolucionado más que el Derecho del Trabajo, habida cuenta de que la empresa como fenómeno económico, es analizada en primer lugar por el Derecho Mercantil.

Pese a que la empresa se manifiesta más como una actividad que como una institución o una organización, el Derecho se empeña en pretender encasillarla dentro de las tradicionales formas jurídicas contenidas en el derecho de las sociedades, en correspondencia con la idea de la exigencia de una personalidad para poder ser sujeto de atribución de derechos y obligaciones.

El Derecho del Trabajo, por su parte, concibe la empresa con una fisonomía diferente de la que ésta presenta en las otras ramas del Derecho por lo que el concepto de célula social, al que se refiere Catalá, resulta fundamental para el estudio de la empresa en esta rama del Derecho; de allí que Paul Durand la asimilara a una Institución, quien la consideraba “una célula elemental en la cual se organiza la colaboración del capital y el trabajo”.⁹

En una aproximación inicial, la empresa se manifiesta como objeto de explotación por parte del empresario, de allí que el Derecho perciba a éste como sujeto de derechos y obligaciones y, en el campo del Derecho del Trabajo, las primeras disposiciones se orienten a limitar los poderes que se derivan del derecho de propiedad que ejerce sobre la empresa, con la finalidad de garantizar una cierta protección a los trabajadores que se someten a su poder de dirección y organización. Colocados en el plano de las relaciones colectivas, la empresa es percibida como “el campo” en el que interactúan los intereses opuestos del empresario y las organizaciones gremiales que representan los intereses colectivos de los trabajadores.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el Derecho al analizar la empresa coloca el acento en el aspecto de la organización que la caracteriza más que en el objeto perseguido por ella, de manera que no existe una frontera entre la actividad económica y la actividad social de la empresa así por ejemplo en una decisión del 11 de marzo de 1997 (affaire Suzen), la casación francesa define la empresa como: “conjunto organizado de personas y de elementos que permiten el ejercicio de una actividad productiva”, de donde se concluye que el fin de lucro no es determinante para la noción de empresa, en tanto que la estructura organizacional sí lo es.¹⁰

⁹ DURAND et JAUSSAUD. *Traité du Droit du Travail*. Dalloz, Paris, 1947. Vol. I, p. 454.

¹⁰ Recueil Dalloz. Marzo, 1997. C. 13. 95.

Conforme al criterio de Antonio Marzal como un efecto secundario de esa compleja interacción de las relaciones colectivas en el plano de la empresa que conlleva una compleja configuración institucional de la representación de los trabajadores, aparece “una configuración funcional de la empresa, en cuanto espacio común e interactivo regido por unas reglas que regulan las relaciones entre el empresario y los trabajadores, delimitando una cierta comunidad (jurídica, o social o sólo económica) que configuraría a la empresa”.¹¹

No quiero en este trabajo ahondar en el debate acerca de la naturaleza de la empresa, ni acerca de las críticas que se formulan por parte de quienes la consideran como el campo de batalla en el cual se confrontan el capital y el trabajo y por tanto niegan que la misma persiga un objetivo común, lo que pretendo concluir es que el concepto de empresa difícilmente se adapta a los esquemas jurídicos tradicionales de allí que un sector de la doctrina haya venido planteando que la empresa es un ente que carece como tal de personalidad jurídica.

La dificultad de reducir la empresa a alguna de las categorías jurídicas conocidas ha llevado a desarrollar interesantes tesis que pretenden verla como un nuevo sujeto de derecho, una persona moral *sui generis*, como lo ha sostenido Despax en Francia, para quien la empresa viene a ser una especie de “sujeto de derecho ‘naciente’ que no puede gozar aún de todos los atributos de la personalidad jurídica.”¹²

En este sentido resulta por demás interesante la posición de Messineo para quien la empresa “no puede ser definida optando entre la categoría de los sujetos y la categoría de los objetos, para asignarla a la una o a la otra; escapa a los términos de tal alternativa, porque es un *tertium genus*. Resulta obvio que no se trata de objeto, porque actividad no es objeto; la empresa por consiguiente no puede ser materia de derechos subjetivos (especialmente reales), como lo es, en cambio, la hacienda. Pero, igualmente, hay que negar que se trate de sujeto: sujeto es el empresario; y por eso, no puede ser tal la empresa, de la cual el titular es el sujeto y la cual es, en cambio, el operar del sujeto. A lo sumo, se debe admitir que se trata de algo subjetivo, porque consiste en una actividad, la que, como cualquier otra actividad, debe necesariamente emanar de un sujeto (titular de la empresa).”¹³

¹¹ MARZAL, Antonio. **Empresa y Derecho Social**. Coordinado por Antonio Marzal. Editorial J. M. Bosch. Barcelona, p. 11.

¹² DESPAX, Michel. **L’Entreprise et le Droit**. Toulouse. 1957, p. 377, p. 215.

¹³ Op. cit. Tomo II.

2. La empresa, ¿sujeto del Derecho del Trabajo?

Dentro del esquema del Derecho clásico, sólo las personas pueden ser sujetos de derecho. En este sentido, al referirse a las personas jurídicas, el artículo 19 de nuestro Código Civil reserva a éstas la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones.

En un sentido similar el Código de Comercio dispone en el artículo 10: “Son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual, y las sociedades mercantiles”, y en el artículo 201: “Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios”.

Morles Hernández sostiene que las empresas para poder funcionar adecuadamente adoptan la forma societaria, y cita a Brunetti para quien la forma jurídica típica de la empresa económica es la sociedad.¹⁴

Aún en nuestra legislación laboral se encuentra presente el requisito de la personalidad, así, al definir el patrono o empleador, el artículo 49 de la LOT lo define concibe “la persona natural o jurídica”.

Ahora bien, la realidad de los hechos nos lleva a concluir la existencia de la empresa independientemente de que revista la forma de sociedad. Es más, el requerimiento de la forma societaria para que la empresa pueda ser sujeto de atribución patrimonial, puede resultar en extremo perjudicial para los intereses de los trabajadores que prestan sus servicios en ella. Esta situación es atinadamente señalada por Carlos De Buen Unna quien sostiene: “La personalidad jurídica se presenta como el medio idóneo que permite al patrón el hacer más compleja la estructura de una empresa, creando nuevas sociedades aparentemente independientes para desligar las responsabilidades de unas y otras y procurar sus propios beneficios que redundarán en perjuicio para los trabajadores.”¹⁵

La necesidad de considerar la empresa como sujeto de la relación de trabajo ha sido destacada por De Buen, quien sostiene que ella se pone de manifiesto en tres niveles primarios: “en primer término, a la cuestión de la responsabilidad; en segundo lugar a la nivelación de las condiciones de trabajo de los trabajadores pertenecientes a los distintos miembros del grupo. En tercer lugar a la acción sindical.”¹⁶

¹⁴ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. **Curso de Derecho Mercantil**. UCAB, Caracas, 1986. Tomo II, p. 424.

¹⁵ DE BUEN UNNA, Carlos. **Los grupos de empresas nacionales y multinacionales y el Derecho del Trabajo**. Unan, México 1982. Prólogo, p. 7.

¹⁶ Op. cit., p. 35.

Por lo que respecta al primer aspecto, la posibilidad de atribuir responsabilidad a la empresa, con independencia de que se la considere o no una persona moral, reviste capital importancia para garantizar la satisfacción de los derechos de los trabajadores cuando el empleador aparente –sociedad que lo contrata directamente– se encuentra en situación de insolvencia. Podría llegar a pensarse que el problema podría ser solucionado sin tener que recurrir a la elaboración de un nuevo concepto de un ente despersonalizado, o a una nueva categoría jurídica, puesto que la normativa que regula las figuras del intermediario y del contratista que realiza obras o servicios inherentes o conexos con la actividad del principal, podría resolver los problemas de la responsabilidad, pero dejaría insolutos los otros dos aspectos que son igualmente importantes.

En lo que corresponde a la isonomía de condiciones para los trabajadores de los entes conformantes de la empresa, si bien nuestro legislador previó la existencia de la misma en la intermediación (artículo 54), o de la subcontratación (aparte único del artículo 56), no obstante dejaría de lado muchos casos en los cuales una unidad de la empresa, con personalidad jurídica propia, y hasta quizá gozando de cierta autonomía de gestión, por el tipo de actividad que realiza, no pueda ser considerada ni como intermediaria ni como contratista.

Por último, en lo atinente a la acción sindical dentro del grupo de empresas, nuestra legislación no contiene disposición alguna que contemple tal situación, como sí lo hace el artículo 439-1 al 5 del Código de Trabajo francés que ha previsto la existencia de un comité de grupo.¹⁷

El concepto de empresa como una célula social y como una unidad económica exige superar las limitaciones que impone la personalidad jurídica de manera que, como una aplicación concreta del principio de la primacía de la realidad, el Derecho del Trabajo encuentre en los elementos que integran dicha célula social y en sus características, los medios que permitan asimilar la empresa al verdadero patrono y, por ende, como el responsable frente a los trabajadores y sujeto de atribución de las obligaciones que el contrato de trabajo le impone. A propósito de esto, al comentar algunas decisiones de la Casación francesa Lyon-Caen, señala que la

¹⁷ La Unión Europea ha presentado un avance interesante en este sentido. Los Estados signatarios del Acuerdo Social de Maastricht aprobaron el 22 de septiembre de 1994 una directiva que los obliga a adoptar en sus legislaciones nacionales, la institución de un “Comité de Empresa Europeo”. El comité sería obligatorio para aquellas empresas que empleen más de 1.000 trabajadores en los Estados de la Unión Europea, y que posean en el territorio de esos mismos Estados, dos o más establecimientos o empresas en cada una de las cuales empleen más de 149 trabajadores. El Acuerdo Social de Maastricht fue firmado por todos los países de la Unión Europea excepción hecha de la Gran Bretaña.

tendencia que en ellas está presente es la de “manifestar la indiferencia del Derecho del Trabajo a la técnica de la personalidad jurídica.”¹⁸

Conforme al criterio de De Buen ello es signo de que en el Derecho del Trabajo existe una clara tendencia a abandonar la concepción personalista para asumir una concepción patrimonialista del derecho, “esto es, ajena a la presencia de personas en la que predominan, por encima de los sujetos, los intereses económicos.” Más adelante agrega: “El problema se plantea tanto en orden a contemplar a los grupos de empresa como un factor que hace nacer responsabilidades solidarias de todo orden, sin que el grupo asuma en sí mismo una identidad jurídica (salvo el caso de las empresas holding) como en cuanto a considerar con virtualidad jurídica y, consecuentemente aptas para protagonizar relaciones jurídico-laborales a meros conjuntos patrimoniales desprovistos de personalidad pero que valen por sí mismos, sin necesidad de vincularlos a otros centros de decisión.”¹⁹

Al comentar la jurisprudencia francesa, Jean-Claude Javillier expresa que la noción de empresa construida a partir de tales decisiones judiciales es de carácter relativo y funcional puesto que varía de acuerdo a la función para la cual se la pretende aplicar. De allí que afirma: “Es a propósito de cada problema planteado para lo que convendrá aportar una respuesta.”²⁰

Nicole Catalá percibe que la empresa se presenta en el Derecho del Trabajo “como una célula social fundada en una actividad común bajo una autoridad única”. Como célula social que es, está compuesta por dos elementos: el humano, constituido por los hombres que actúan dentro de la empresa, y el económico, o sea la actividad perseguida en común.²¹

3. La noción de empresa en la legislación venezolana

La Ley del Trabajo de 1936, sin entrar a definirlo, utiliza el término empresa en el sentido que el Derecho clásico le atribuía, de allí que en la definición de patrono se atribuyera a éste el tener a su cargo la explotación de una empresa. De acuerdo con ello la empresa es objeto de explotación del patrono-empresario, por lo que mal puede ser la empresa un sujeto de relaciones jurídicas, cuando es considerado

¹⁸ LYON-CAEN, Gerard. **Les principes Généraux du Droit du Travail**. En Tendences du Droit du Travail Français Contemporain. Dalloz, París. 1978, p. 43.

¹⁹ Op. cit., p. 35.

²⁰ JAVILLIER, Jean-Claude. **Manuel du Droit de Travail**. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París 1999, p. 195.

²¹ CATALÁ, Nicole. **L'Entreprise. Traité de Droit du Travail** publicado bajo la Coordinación de G.H. Camerlynck. Dalloz, París 1980, p. 3.

como un objeto que explota el empresario (patrono) en nombre propio o ajeno, por cuenta propia o ajena.

Con base en lo anterior habría que concluir que quien viene a resultar responsable, con base en la prestación de servicios que un trabajador haga a una empresa, es su titular, o sea, el empresario. Así, Rafael Caldera expresa: “El vocablo ‘empresa’ se emplea con frecuencia, pero en la definición de patrono se lo usa como simple término de una locución que quiere ser lo más amplia posible”²². Más adelante, al referirse a la dificultad de la noción de empresa y, en concreto, a la teoría institucional, agrega: “Pero entre nosotros todavía esta idea no ha tomado arraigo, ni hay motivo para sostener que en ella se haya basado el legislador laboral”.²³

El Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973, contiene una importante innovación, que permitió luego desarrollar por parte de la jurisprudencia el concepto de grupos de empresa. El artículo 151, dispuso: “la determinación definitiva de utilidades de una empresa se hará atendiendo al concepto de unidad económica de la misma, aún en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada.”

Nótese que en este caso, el concepto de empresa empleado por el Reglamento difiere del contenido en la definición de la Ley de 1936, para ésta la empresa es un objeto de explotación por parte del patrono, en tanto que aquel identifica la empresa con la persona responsable de la participación individual del trabajador en los beneficios obtenidos por ella, es decir la identifica con el patrono.

No obstante lo anterior, el artículo del Reglamento considera la empresa como una unidad y como sujeto de atribución de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Con base en la disposición reglamentaria que comentamos se produjeron interesantes decisiones judiciales que, partiendo del concepto de la empresa como unidad económica, reconocieron el concepto de grupos de empresa y la responsabilidad solidaria de las sociedades integrantes de dichos grupos.

²² CALDERA RODRÍGUEZ, Rafael. **Derecho del Trabajo**. Ateneo, Caracas, 1972. 3ª edición, 2ª reimpresión, p. 236.

²³ Op. cit., p. 236.

4. La empresa y los grupos de empresa en la jurisprudencia nacional anterior al Reglamento de 1999

La transformación de la empresa comienza a darse con el desarrollo de las transnacionales a partir de los años 50, sin embargo, el problema de la identificación de los grupos de empresa por el Derecho y, en especial, por el Derecho del Trabajo es de data posterior. Ya en los años 60 François Bloch-Lain publicó un ensayo denominado “Pour un Reforme de l’Entreprise” en el que plantea, sobre todo, la necesidad de encontrar un nuevo esquema para encuadrar la empresa moderna y los grupos de empresa.

En la década de los 80, a varios años de vigencia del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1973, los tribunales competentes en materia de trabajo comienzan a aceptar la figura de los grupos de empresa.

El 13 de agosto de 1981 el Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo del Distrito Federal y Estado Miranda dicta una decisión que diferencia los conceptos de empresa y de patrono y acoge el concepto de la empresa como una unidad orgánica, como “una unidad vertebrada de personas que trabajan sujetos a criterios directrices únicos sobre producción y mercadeo de los bienes; sobre la administración de los recursos, control de la gestión administrativa y sobre la utilización del capital humano.” Y luego agrega: “Esa unidad no es jurídica, pero no puede pasar inadvertida para el Derecho del Trabajo, como disciplina atenta a la realidad más que al imperio de las formas... (*omissis*)”.²⁴

El Juzgado Tercero de Primera Instancia del Trabajo del Distrito Federal y Estado Miranda, a propósito de una reclamación en contra de un consorcio, figura que no contempla nuestro Código de Comercio, en sentencia del 9 de junio de 1987, le da el tratamiento de una sociedad irregular y determina la responsabilidad solidaria de las empresas que lo componen. En un sentido similar se pronuncia el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo del Estado Bolívar, el 26-6-87, y agrega además, que aun cuando en el documento constitutivo del consorcio, las empresas que lo conforman hayan limitado su responsabilidad, tal limitación no es oponible frente a los trabajadores.²⁵

²⁴ Citada por ALFONZO-GUZMÁN, Rafael. *En Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas 1996, p. 87.

²⁵ PORRAS RENGEL, J. F. *Compendio Práctico de Jurisprudencia de la Ley del Trabajo*. Tomo VI, pp. 12 y 13.

Una muy bien documentada sentencia dictada por la titular del Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo en el Estado Zulia, Nayda Nava de Esteva, el 27 de octubre de 1987, se apoya expresamente en el artículo 151 del Reglamento para concluir que “la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo es una consecuencia de la unidad del conjunto, un efecto del carácter unitario del grupo empresarial. Si estamos ante un empleador único también estamos ante un único deudor.”²⁶

Por su parte, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo del Distrito Federal y Estado Miranda, señala los elementos que conforman al grupo empresarial: “El Sentenciador estima que las empresas demandadas en este juicio constituyen un Grupo Económico Único en el cual una de ellas tiene efectivamente el control de las otras, y permite así el manejo coordinado de todas, sin que el hecho de tener diferentes personalidades jurídicas suponga entre ellas una diferenciación absoluta o una independencia de objetivos y propósitos.” (Sentencia del 17-10-88)²⁷

No fue ajena la Corte a este criterio. En la célebre sentencia *Goncalvez Rodríguez vs Transportes Aéreos Portugueses* (16 de enero de 1985) si bien la materia resuelta se refería más a la aplicación de la Ley venezolana a una relación de trabajo que comenzó a desarrollarse en el exterior, se encuentra presente la noción de empresa como unidad económica, pues toma en consideración todo el tiempo que duró la relación laboral, pese a que la misma comenzó en Portugal, continuó en otro país europeo y culminó en Venezuela. La relación laboral se dio entre sociedades constituidas de acuerdo a las legislaciones de los países en las cuales el trabajador prestó servicios, pero que sin embargo constituían una única empresa.²⁸

Interesante resulta la decisión de la Corte de fecha 20 de enero de 1993, la cual confirma el criterio de la recurrida en el sentido de “establecer la existencia material de la empresa antes de su registro, pues la inscripción de una sociedad en el registro es diferente a su existencia como patrono.”²⁹

²⁶ La sentencia comentada señala además lo siguiente: “En este aspecto debemos concluir la consideración unitaria de la empresa como una unidad económica es hoy, un principio general de Derecho Laboral, lo que por un lado incide en la determinación del empleador y por otro explica un efecto típico del grupo empresarial como lo es la responsabilidad solidaria” La sentencia se refiere, aun cuando no es muy clara la posición que asume, a las dos posiciones de la doctrina en cuanto a sí, en caso de un grupo empresarial, estamos en presencia de un solo empleador o por el contrario, son varios los empleadores pero que se encuentran solidariamente obligados. Ver. Porras Rengel. Op. cit. Tomo VI, pp. 3 y ss.

²⁷ Porras Rengel. Op. cit., pp. 5 y ss.

²⁸ Pierre Tapia. **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**. Tomo 1-95, pp. 93 y ss.

²⁹ Ramírez & Garay. **Jurisprudencia**. Tomo CXXIV, p. 412.

Por último, el 3 de mayo de 1995 la Sala de Casación acepta la noción de grupo económico de empresas, considerando que, si bien el grupo carece de personalidad jurídica, no obstante, las empresas que lo conforman resultan solidariamente responsables.³⁰

A manera de corolario podríamos decir que la noción de grupo de empresas había sido acogida en forma pacífica y constante por la jurisprudencia nacional con anterioridad a que la misma fuera regulada por el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo en 1999.

5. Grupos de empresa: Elementos y caracteres

El desarrollo de los grupos de empresa obedece a los procesos de concentración e internacionalización de capitales. Bueno Magano afirma que: “se deben caracterizar inicialmente como fenómenos de concentración, es decir, como una actividad económica desenvuelta por grandes unidades con amplia disponibilidad de los factores de producción y haciendo uso intenso de la tecnología, lo que contrasta con el atomismo de los primeros tiempos del liberalismo”.³¹

Los grupos de empresa surgen como una consecuencia de las nuevas formas de organización de las empresas, las cuales, al adoptar este tipo de estructuras desconcentradas, buscan especializar la producción y, a la vez, identificar y controlar los riesgos.

Néstor De Buen sostiene: “La concepción del grupo de empresas en realidad responde a una idea de integración hacia un fin específico de carácter económico en el que el denominador común es la dirección conjunta y una actividad concurrente, quiere decir que todas tienden al mismo resultado final aunque con diferentes acciones.”³²

Al explicar la razón de ser del concepto de grupos de empresa, Santiago Pérez del Castillo sostiene: “La idea de conjunto económico o grupo de empresas nace como un resultado más de advertir que la noción de empleador como sujeto del contrato de trabajo no necesariamente coincide con una persona jurídica en el sentido tradicional del Derecho común. El quiebre de la personalidad jurídica importa tal modificación de los principios fundamentales del ordenamiento que requiere de

³⁰ Ramírez & Garay. Op. cit. Tomo CXXXIV, p. 373.

³¹ BUENO MAGANO, Octavio. “Grupos económicos nacionales e internacionales. Su responsabilidad en cuanto a los derechos de los trabajadores. En **Los Grupos de Empresa y el Derecho del Trabajo**, p. 49.

³² Ob. cit. “Grupos de Empresas en...”, p. 113.

normas especiales que permitan hacer excepciones, cosa que ha ocurrido en buen número de países.”³³

Paralelo al concepto de grupo de empresas encontramos el de empresas multinacionales, que constituyen un tipo de grupo económico que plantea, además, otro tipo de problemas específicos que no son tratados en este trabajo.

Un grupo de empresas o grupo económico, como algunos lo llaman, es un conjunto de empresas, sociedades dotadas de personalidad jurídica, que actúan en forma autónoma o independiente, al menos de manera aparente, pero que conforman una estructura económica unitaria de carácter permanente al responder a un interés común y al estar sometidas a un control común.

De la definición anterior podemos desarrollar sus características:

- a) carácter pluralista del grupo: el grupo está compuesto por varias sociedades que poseen personalidad jurídica propia. De acuerdo con este carácter no podríamos considerar que existe un grupo económico cuando una empresa se encuentra dividida en diferentes establecimientos o unidades productivas. Es de hacer notar que nuestra Ley Orgánica no emplea el término establecimiento en el mismo sentido en que lo hacen la mayoría de las legislaciones y en especial las europeas, las cuales consideran al establecimiento como una parte de la empresa, o como la define el derecho francés como una “unidad técnica de producción desprovista de personalidad jurídica propia”.³⁴
- b) Autonomía de sus componentes: El hecho de estar dotadas de personalidad jurídica propia les permite actuar, al menos de manera formal y aparente en forma autónoma.
- c) Interés común: las empresas conformantes del grupo no buscan cada una un interés propio, sino que responden a un interés común. Ello hace que el poder económico se concentre y se ubique a nivel de grupo y no de cada una de las empresas que lo integran. Plá Rodríguez sostiene que en realidad se trata de una empresa más que de un conglomerado de empresas, lo que deja ver que bajo la apariencia de varias empresas existe una unidad: la empresa.³⁵

³³ PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. **Conjunto Económico o Grupos de Empresas** en “Cuarenta y Dos Estudios sobre La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo.” Grupo de los miércoles. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2000, p. 177.

³⁴ LYON-CAEN, Pélissier et Supiot. **Droit du Travail**. Dalloz, Paris, 1996, p. 504.

³⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Curso de Derecho Laboral**. Montevideo 1.975, pp. 151 y ss.

d) Dominancia o control: Las relaciones que se dan entre las distintas empresas del grupo no son de coordinación, sino que hay una de ellas que domina a las otras, las que se consideran filiales respecto a la empresa dominante. La estructura accionaria resulta a veces mucho más compleja, pues no hay una sola sociedad que posea la mayoría de las acciones de todas las filiales sino que el capital social se encuentra distribuido entre las distintas sociedades de manera que una posee acciones en otra y viceversa. En este sentido no podrían considerarse como un grupo de empresas aquellas en las que no existe relaciones de subordinación a un control común, sino de coordinación, como sería el caso de las empresas que se ponen de acuerdo para establecer determinadas reglas de competencia, precios de distribución de mercados. Así Messineo distingue los “grupos” (concentración) de los “Kartells” (coordinación).³⁶ De igual manera la existencia del control no implica que necesariamente éste siempre se ejerza, basta con que exista la posibilidad de ejercerlo. Es de hacer notar que hoy en día se presentan otras formas de organización como son las redes de empresas y la filialización, en donde se diluye aún más las formas de control.

Parece existir una contradicción entre dos de las características anotadas: el control y la autonomía. Bueno Magano resuelve la cuestión de la siguiente manera: “La superación de la oposición entre autonomía y control se logra con base en la distinción entre la vida externa y la vida interna de las personas jurídicas”.³⁷ Así frente a terceros las sociedades integrantes del grupo poseerían plena autonomía, pero internamente se pone de manifiesto el dominio o control ejercido por una de ellas. Encontramos otra aparente contradicción entre el carácter pluralista del grupo y el interés común que le confiere unidad, pero de igual forma la cohesión unitaria se manifiesta al interior del grupo, en tanto que el carácter plural, y aparentemente autónomo, resalta frente a terceros.

Con respecto a la dominancia se impone además una precisión; lo usual, es que una sociedad posea una participación accionaria mayoritaria, lo cual, evidentemente le permitirá ejercer el dominio o control sobre las demás sociedades integrantes del grupo. Ahora bien, una participación minoritaria puede permitir el control de una sociedad cuando la mayoría se encuentra atomizada en el sentido de que el capital se encuentra disperso en un universo de accionistas, de manera que el porcentaje minoritario concentrado permita el ejercicio del poder decisorio. En otras ocasiones el control se ejerce a través de varias sociedades de control o mediante otros métodos como el sindicato de acciones, la convención de votos, la restric-

³⁶ Op. cit. Tomo VI, p. 15.

³⁷ Op. cit., p. 53.

ción de circulación de acciones, etc., lo que dificulta a veces la determinación de la existencia del grupo económico o de empresas.³⁸

Oscar Ermida Uriarte, refiriéndose más que todo a las empresas multinacionales, alude a ciertas formas de control externo o contractual, el cual “se logra a través de vinculaciones convencionales entre la empresa dominante y las dominadas, que en general se denominan *contratos de empresa* y entre los cuales pueden mencionarse: a) restricciones contractuales a la distribución de dividendos; b) contratos de asistencia técnica; c) contratos de transferencia de tecnología en sus diversas modalidades (‘Know How’); d) contratos de agencia y de distribución, de suministro, de concesión, de patentes; e) contratos de autorización o concesión de patentes (‘royalties’); f) contratos de ‘leasing’, etc.”³⁹

La Ley española 10 del 24 de abril de 1997 que regula los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, permite definir los grupos de empresa como el formado por una empresa que ejerce el control y aquellas que son controladas por la primera y en el artículo 4 considera “empresa que ejerce el control a aquella que pueda ejercer una influencia dominante sobre otra que se denominará ‘empresa controlada’, por motivos de propiedad, participación financiera, estatutos sociales u otros.”

6. La unidad del grupo de empresas

Pese al carácter pluralista del grupo de empresa, frente a los demás, la tendencia dominante en el Derecho del Trabajo es ya considerarlo como una unidad. Parece ser éste el criterio de la casación francesa la cual, partiendo en principio de la existencia de un fraude a la Ley, cuando la existencia de varias sociedades distintas ha sido hecho para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, por ejemplo, en materia de comités de empresa, la Corte francesa ha considerado que la representación del personal debe hacerse en función del grupo considerada como una empresa única⁴⁰, otras decisiones posteriores entre las cuales destaca la de la Sala Social del 19 de diciembre del 72, han considerado innecesario el supuesto de fraude a la Ley por considerar al grupo como un sólo conjunto económico o una sola unidad económico-social, si ello conviene a un mejor ejercicio del derecho a la representación del personal. Así, de acuerdo con el criterio de Lyon-Caen

³⁸ BUENO MAGANO, Octavio. *Os grupos de empresas no direito do trabalho*. Sao Paulo. 1979, pp. 102 y ss.

³⁹ ERMIDA URIARTE, Óscar. *Empresas Multinacionales y Derecho Laboral*. FCU. Montevideo, 1.981, p. 83.

⁴⁰ Sala criminal arrêt del 23 de abril de 1970. LYON-CAEN. *Les principes...*, p. 44.

“Es la colectividad de los hombres en el trabajo por una parte, y el centro de decisión por la otra, que son tomados en cuenta, sin que se considere el ropaje jurídico que constituye una sociedad, su dirección y sus empleados”.⁴¹

La doctrina ha tomado partido casi mayoritariamente por considerar al grupo como una unidad, de manera que la vinculación del trabajador sea con el grupo, en su condición de empleador único y real.

La estrecha vinculación de las empresas componentes del grupo, una estrategia económica común, y el control ejercido sobre cada una de ellas por el grupo (a través de una o de varias sociedades), permite, pese a la aparente autonomía e independencia, concebir el grupo como una “unidad económica y social” a la que a menudo se refiere la jurisprudencia francesa, o encontrar la “unidad subyacente” del grupo a la que aluden Plá Rodríguez y Ermida⁴². Esta posición resulta mucho más favorable al trabajador quien, a la hora de tener que acudir ante los tribunales, podrá elegir entre los distintos componentes la o las sociedades frente a las cuales le resulte más fácil y segura la reclamación.

La doctrina de los tribunales franceses retiene como criterios para considerar al grupo como una sola unidad económica y social los siguientes elementos:

- a) en el plano económico se concederá importancia a la existencia de personas comunes en la dirección, administradores o comisarios comunes; o la utilización común de medios tales como la contabilidad, los servicios de informática, o locales comunes; comunidad de intereses: ausencia de concurrencia, participaciones financieras; y, a la actividad común: actividades complementarias, inherentes o conexas;
- b) en el plano social se observarán, por ejemplo, la transferencia de personal, la existencia de similares condiciones de trabajo, de planes de seguridad social complementarios muy parecidos, la existencia de una gestión de personal unificada, etc.⁴³

La autonomía de las distintas empresas conformantes del grupo que deriva de la personalidad jurídica de las que han sido dotadas, les permite aparecer frente a terceros, como sociedades independientes, como una pluralidad de personas o sujetos de derecho perfectamente distintas. Ahora bien, esa autonomía e independencia no pasa de ser aparente, no constituye otra cosa que un ropaje que disfruta

⁴¹ LYON-CAEN. *Les principes...*, p. 44.

⁴² ERMIDA URIARTE. *Ob. cit.*, p. 87. Plá Rodríguez citado por Ermida.

⁴³ Lyon-Caen, Pélisier et Supiot. *Op. cit.*, p. 508.

za la cohesión del conjunto y la realidad o unidad subyacente del grupo a la que hicimos alusión.

Ermida Uriarte llama la atención acerca de la crisis de la noción de personalidad jurídica que da lugar a la teoría “según la cual *el carácter instrumental* de la personalidad jurídica admite la posibilidad de que la misma sea ‘apartada’ o ‘traspasada’ para alcanzar al sujeto o interés real escondido tras ella, al menos cuando la personería en cuestión determine una situación no arreglada a derecho.”⁴⁴

En esta teoría se han fundamentado algunas decisiones de la Corte de Justicia de la Unión Europea al restarle importancia a la personalidad jurídica de las empresas filiales de una multinacional y ver en el conjunto una única empresa.

7. La unidad empresarial en el Derecho Comparado

La unidad empresarial ha sido recogida por algunas legislaciones, aun cuando no todas le otorgan el mismo alcance.

El artículo 2 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo del Brasil establece: “Siempre que una o más empresas, teniendo, no obstante, cada una de ellas, personalidad jurídica propia, estuvieren bajo la dirección, control o administración de otra, constituyendo un grupo industrial, comercial o de cualquier otra actividad económica, serán, para los efectos de la relación de trabajo, solidariamente responsables tanto la empresa principal como cada una de las subordinadas.” Nótese que para la norma en comento, el elemento coherente del grupo es la dirección o control común, y que de acuerdo al criterio de De Buen “falta la determinación de los factores objetivos que hagan presumir el hecho que se reconoce”.⁴⁵ Por otra parte, el alcance de la norma prácticamente la limita al reconocimiento de la responsabilidad solidaria, y la aplicación, por parte de la jurisprudencia, de dicha norma se ha visto igualmente encuadrada dentro de éste solo aspecto.

Una de las legislaciones que contiene una disposición más amplia en este sentido es el Código de Trabajo de Panamá, cuyo artículo 14 amplía los efectos del concepto de unidad empresarial del grupo, y así dispone: “En ningún caso afectarán los derechos y acciones de los trabajadores, ni alterarán la unidad del empleador, el fraccionamiento económico de la empresa en la que presten sus servicios, ni los contratos, arreglos o combinaciones comerciales que tiendan a disminuir o distribuir las responsabilidades del empleador.”

⁴⁴ Op. cit., p. 88.

⁴⁵ Op. cit. Empresas..., p. 37.

El Código de Trabajo de la República Dominicana luego de definir la empresa, en su artículo 3º, destacando su carácter unitario, hace lo propio con el término establecimiento, dándole un sentido muy diferente al que nuestra legislación le atribuye, como “la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma, se integra y contribuye a la realización de los fines de la empresa”. No tendrían estos conceptos mayor consecuencia en la práctica, si no estuviesen complementados por la disposición contenida en el artículo 13, el cual dispone:” Siempre que una o más empresas, aunque cada una de ellas tuviese personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico, a los fines de las obligaciones contraídas con sus trabajadores, serán solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas.” La norma analizada refleja el pensamiento de uno de sus más destacados proyectistas, el Secretario de Estado de Trabajo de la República Dominicana, Rafael Albuquerque, para quien sólo cuando se esté en presencia del fraude podrá hacerse caso omiso de la personalidad jurídica de cada una de las sociedades integrantes de un grupo.

En un sentido muy similar se orienta la Ley del Contrato de Trabajo de Argentina, sólo que al lado del supuesto del fraude agrega el de la conducción temeraria del grupo económico y la exigencia del carácter permanente de éste.

El Código Sustantivo Colombiano del Trabajo dispone en el artículo 194 que “Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.” Pese al carácter tan amplio que el legislador colombiano pretende darle, similar al del Código panameño, no obstante, la propia Ley se encarga de limitar notablemente la extensión del término, pues para el caso de la paridad salarial y de otras condiciones de trabajo de fuente extralegal que pudieren ser aplicables a los trabajadores de las filiales, el propio artículo requiere que ello haya sido previsto en las convenciones colectivas de trabajo, o que la filial subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal.

La Ley española 10 de 1997, a la que antes hicimos referencia, establece la presunción *iuris tantum*, de dominio de una empresa hacia otra cuando la empresa dominante, directa o indirectamente, posea la mayoría del capital suscrito de la empresa, o la mayoría de los derechos de voto correspondientes a las acciones emitidas por la empresa, o tenga la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control.

Curiosamente la legislación francesa ha mostrado preocupación sólo por regular los casos de representación del personal frente al grupo, así la Ley del 28 de octubre de 1982, previó el comité de grupo de empresas, y ha dejado campo a la jurisprudencia para que sea ésta quien acoge el criterio de la unidad del empleador único.⁴⁶

La Ley Federal mexicana no contiene una disposición tan precisa como las de otros países que hemos revisado, sin embargo, Néstor De Buen ve en el artículo 15 una norma que permite solucionar el problema que plantean las uniones de empresas. El artículo en cuestión es del tenor siguiente:

En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, se observarán las normas siguientes:

- a) La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores; y
- b) Los trabajadores empleados en la ejecución de las obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo proporcionadas a las que disfruten los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria. Para determinar la proporción, se tomarán en consideración las diferencias que existan en los salarios mínimos que rijan en el área geográfica de aplicación en que se encuentren instaladas las empresas y las demás circunstancias que puedan influir en las condiciones de trabajo.⁴⁷

8. Consecuencias de la unidad de los grupos de empresa.

La unidad de los grupos de empresa y su aprehensión por parte del Derecho del Trabajo como un único y real empleador, repercute de manera importante tanto en el campo del derecho individual como en el colectivo.

8.1 Consecuencias en el plano del derecho individual del trabajo

8.1.1 Existencia de una sola relación de trabajo del trabajador con el grupo

Cuando un trabajador presta sus servicios a una empresa que forma parte de un grupo económico, de una unidad, debe considerarse que existe una sola relación de trabajo; esto tiene que ver con dos problemas fundamentales: la consideración del

⁴⁶ Si bien la Corte de Casación francesa ha acogido el criterio de la unidad de empresa, no obstante considera responsable de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, a la sociedad para la cual prestó servicios el trabajador.

⁴⁷ Op. cit., p. 40.

tiempo de servicios en caso de transferencia y la situación que se puede plantear cuando el trabajador presta servicios a dos o más empresas del grupo, al mismo tiempo.

Es práctica común en los grupos de empresa la transferencia de un trabajador de una sociedad a otra dentro del mismo grupo. Napoleón Goizueta Herrera sostiene que pese a que la transferencia no ha sido regulada expresamente por la Ley, no obstante ello es posible con el consentimiento del trabajador.⁴⁸

En la sentencia del 16 de enero del 85 (Transportes Aéreos Portugueses), a la que hicimos alusión anteriormente, la Corte acoge la tesis de que el tiempo de servicios prestados a la empresa en el exterior se suma al desarrollado en el país, de manera de considerar que no existe sino una única relación de trabajo. En este mismo sentido encontramos la decisión del 27 de enero de 1993, dictada por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia del Trabajo del Distrito Federal, la cual consideró que existía una sola relación de trabajo cuando el trabajador había prestado sus servicios consecutivamente a dos empresas de un mismo grupo, pese a haber percibido la liquidación de los derechos que le correspondían a la terminación de la prestación de servicios con la primera empresa.⁴⁹

Por lo que respecta a la prestación de servicios para más de una empresa del grupo, la consideración de que existe una única relación de trabajo, lleva a rechazar la tesis de la coexistencia de dos contratos de trabajo, que fuera sostenida por algunos tribunales de instancia en el país y por la propia Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo.⁵⁰

8.1.2 Isonomía salarial y de condiciones de trabajo

Existiendo un solo patrono, es lógico concluir que los trabajadores que prestan servicios para éste (el grupo de empresas) deben disfrutar de las mismas condiciones de trabajo, y en caso de que uno de ellos desempeñe la misma labor que otro trabajador que presta servicios en otra de las empresas del grupo, tendrá derecho a percibir idéntico salario. En nuestra Ley Orgánica encontramos una disposición que sirve de fundamento a esta solución. En efecto el literal a) del artículo 69 dispone: “La remuneración deberá ser adecuada a la naturaleza y magnitud de los servicios y no podrá ser inferior al salario mínimo ni a la que se pague por trabajos de igual naturaleza en la región y en la propia empresa.” (subrayado nuestro).

⁴⁸ BERNARDONI, GOIZUETA, HERNÁNDEZ, Jaime, Zuleta. **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo**. Barquisimeto. 1991, p. 68.

⁴⁹ Porras Rengel. Op. cit. Tomo VII, p. 134.

⁵⁰ Véase en Porras Rengel. Op. cit. Tomo I, p. 228.

8.1.3 Responsabilidad solidaria del grupo

La unidad de empresa plantea el problema de quien resulta ser responsable frente a los trabajadores: ¿el grupo considerado como un sólo y único empleador o cada una de las empresas o sociedades que lo conforman vendrá a ser solidariamente responsable?.

El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, como veremos, al consagrar la figura del grupo de empresas, acoge el criterio dominante en nuestra Jurisprudencia que se había inclinado por el criterio mas generalizado, es decir, el que sostiene la responsabilidad solidaria de las empresas conformantes del grupo, así se puede ver, por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Casación del 3 de mayo de 1985, a la cual hicimos alusión antes.

De igual manera el criterio es acogido por varias de las legislaciones que comentamos, entre las que destacan la brasileña, la argentina, el Código de Panamá y el de la República Dominicana, entre otros.

En el campo procesal es bueno tener presente que nuestro Código de Procedimiento Civil ha previsto la representación en juicio de las asociaciones que no tienen personalidad jurídica, a las cuales pueden ser asimilados los grupos de empresa. Así, el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil dispone:

Las sociedades irregulares, las asociaciones y los comités que no tienen personalidad jurídica, estarán en juicio por medio de las personas que actúan por ellas o a las cuales los asociados o componentes han conferido la representación o la dirección. En todo caso aquellos que han obrado en nombre y por cuenta de la sociedad, asociación o comité, son personal y solidariamente responsables de los actos realizados.

La disposición anterior constituye una innovación del legislador en el Código de Procedimiento Civil de 1986 y tiene su antecedente tanto en los artículos 40 y 41 del Código Civil y el 75 del Código de Procedimiento Civil italianos, así como en el 50 del ZPO alemán.⁵¹

A este respecto el procesalista colombiano Devis Echandía expresa: “hay una tercera clase de partes procesales, que no encuadran en ninguna de las dos especies de personas naturales y jurídicas que hemos estudiado; por circunstancias especiales la ley y la doctrina reconocen capacidad para ser partes en el proceso civil,

⁵¹ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. **Código de Procedimiento Civil**. Caracas. 1985. Tomo I, p. 409.

a pesar de carecer de personalidad propia, a ciertas *uniones* y a algunas masas de bienes y patrimonios autónomos.”⁵²

Con base en lo anterior podríamos decir que en el caso de los grupos de empresa cabe la aplicación de esta disposición y considerar a los mismos como dotados de capacidad procesal, pese a la ausencia de la personalidad jurídica, pues tales grupos son susceptibles de ver afectado su patrimonio en caso de ejecución de la sentencia. Al comentar la disposición del artículo 740 de la Ley Federal mexicana, el cual, cuando no se haya indicado en la demanda el nombre del patrón, permite que la citación se practique en el centro de trabajo, entendiéndose que la notificación se ha hecho directamente al patrón aun cuando se ignore el nombre.⁵³ De Buen afirma que ello constituye una manifestación de la tendencia a despersonalizar las relaciones de manera que puedan establecerse frente a patrimonios y no frente a personas, y que la norma procesal comentada “objetiva la relación laboral sobre los bienes en cuestiones tan delicadas como la notificación de la demanda.” Y más adelante agrega: “En todo caso la presencia viva de las coaliciones en materia colectiva, como sujetos actuantes sin personalidad jurídica, es un hecho evidente, que comprueba la capacidad de ser parte al margen de la personalidad.”⁵⁴

La acción del trabajador va dirigida contra la empresa, independientemente de que ésta posea o no personalidad jurídica propia, sin embargo, desde el punto de vista procedimental se dirige contra la o las personas jurídicas que formalmente aparecen como titulares de tal patrimonio.

8.1.4 Beneficios sociales

La reforma de la Ley Orgánica del Trabajo introduce el concepto de “beneficio social no remunerativo” el cual es tomado de la Ley del Contrato de Trabajo argentina.⁵⁵ Algunos de esos beneficios tienen en cuenta el tamaño de la empresa

⁵² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de Derecho Procesal Civil**. Bogotá. 1985. Tomo I, p. 373.

⁵³ El texto del artículo es del tenor siguiente: “Cuando en la demanda no se haya expresado el nombre del patrón o de la empresa en que trabaja o trabajó el trabajador, la notificación personal de la misma se sujetará al procedimiento establecido en el artículo 743 en lo conducente, debiendo cerciorarse el actuante de que el lugar en donde efectúa la notificación es precisamente el del centro de trabajo donde presta o prestó sus servicios el demandante y la notificación se entenderá hecha al patrón, aunque al hacerla se ignore el nombre del mismo.”

⁵⁴ De Buen Lozano, Néstor. **Derecho Procesal del Trabajo**. México 1.997, pp. 223 y 224.

⁵⁵ El artículo 103 bis de la citada Ley los define como: “prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social no remunerativas, no acumulables ni sustituibles en dinero, que brinda el empleador al trabajador por sí o por medio de terceros, que tiene como objeto mejorar la calidad de vida del dependiente, o de su familia a cargo.”

medido en función del número de trabajadores que en ella prestan servicios. De allí que habrá que acudir al concepto de “unidad económica” (*empleador único*) con el fin de determinar si existe o no obligación para el patrono de otorgar el beneficio social al trabajador.

Así, en materia de guarderías la Ley impone tal obligación a aquellas empresas que tengan más de veinte (20) trabajadores, y por lo que respecta al beneficio de la alimentación, la Ley para la alimentación de los trabajadores, establece como supuesto para la obligación de proveer total o parcialmente una comida balanceada a sus trabajadores, el hecho de que el empleador tenga a su cargo más de veinte trabajadores teniendo en cuenta que dicho número se determina, en caso de grupos de empresa, en consideración a la totalidad de los trabajadores empleados por las distintas sociedades componentes del grupo.

8.2 Consecuencias en el plano del derecho colectivo del trabajo

Si analizamos la estructura sindical en Venezuela y sus formas de organización, observaremos que la forma más frecuente de organización sindical es a nivel de la empresa. Ahora bien, no conocemos, que se hayan conformado sindicatos que afilien a los trabajadores pertenecientes a las distintas empresas que conforman un grupo económico.

Nuestra legislación no contiene previsión alguna en este sentido, como si lo ha hecho la ya referida Ley francesa de 1984, por lo que respecta a los comités de grupo. No he encontrado en la jurisprudencia administrativa revisada, alusión a caso alguno de agrupaciones sindicales que hayan exigido que se tome en consideración el grupo de empresas para establecer la cuantía de los trabajadores (en función del empleador único) a los efectos de establecer, por ejemplo, el número de miembros de la junta directiva de un sindicato que poseen fuero sindical conforme lo prevé el artículo 451 de la Ley Orgánica del Trabajo.

De igual manera en materia de negociación y conflictos colectivos no ha habido una aplicación del concepto de unidad económica, el cual resulta ser de gran utilidad a la hora de determinar el porcentaje de trabajadores que apoyan una negociación o un conflicto colectivos.

Nada se opone, en mi concepto, a que si se ha admitido la noción de empleador único, de unidad económica en el plano del derecho individual, igualmente el concepto sea aplicable en el plano de las relaciones colectivas.

9. La regulación de los Grupos de Empresa

El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999, consagra la figura de los grupos de empresa, acogiendo, de esta manera la posición dominante en la jurisprudencia nacional para la época.

Conforme lo establecido por el Reglamento, existe un grupo de empresas cuando “éstas se encuentren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de las mismas.” La norma en cuestión, establece una serie de elementos que llevan a presumir la existencia de un grupo de empresas:

- a) La existencia de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes. Las relaciones entre las diversas empresas conformantes del grupo son de subordinación, no de coordinación, de allí que se distinga los “Kartells o Carteles” en donde las relaciones entre las distintas empresas son de coordinación de los grupos caracterizados por el control ejercido por una o varias empresas sobre otras. Por otra parte hay que tener presente que la estructura accionaria a veces se presenta de manera extremadamente compleja; a veces no resulta tan simple que una empresa posea el control accionario de varias otras, sino que en ocasiones el capital se encuentra distribuido entre distintas sociedades de manera que una empresa posee acciones en otra y esta a su vez posee acciones en la primera.
- b) Que las juntas administradoras u órganos de dirección de las distintas empresas estén integrados, en proporción significativa, por las mismas personas. Es esta una clara muestra de dominancia o control.
- c) La utilización de una misma denominación, marca o emblema. Este hecho es considerado como una manifestación externa de que las actividades de las distintas sociedades se encuentran estrechamente relacionadas
- d) Cuando desarrollen en conjunto actividades que evidencien su integración, es decir cuando los objetivos y propósitos de las empresas fueren interdependientes.

Respecto de estos elementos que llevan a presumir la existencia de grupos de empresa, se imponen dos precisiones; la primera, acerca del carácter de la presunción, pues el propio texto reglamentario aclara que se admite prueba en contrario por lo que, pese a la presencia de uno o varios elementos puede desvirtuarse la existencia de un grupo de empresas. La segunda se refiere a que los supuestos mencionados como determinantes de la existencia de un grupo de empresas, no

necesariamente deben darse en forma conjunta o concurrente. Así, por ejemplo, es posible que una sociedad conformante de un grupo se dedique a una actividad que no se encuentra relacionada con las actividades que desarrollan las otras, sin embargo, la integración se puede determinar por la dominancia, o porque su política es determinada por la coordinación del grupo.

Por lo que respecta a la responsabilidad del grupo de empresas, el Reglamento se inclina por la tesis de la solidaridad de los patronos que conforman el grupo de empresas y no por la tesis del responsable único. Con base en ello si un trabajador ha prestado servicios en forma sucesiva a varias de las empresas del grupo, podrá demandar a una sola o a varias de ellas entendiéndose que la relación laboral es una sola.

En los trabajos de la comisión que redactó el proyecto de Reglamento se planteó la necesidad de mantener el criterio de la unidad subyacente del grupo, sin embargo, en el seno de la comisión tripartita que discutió luego el proyecto, con base en la política de dialogo social practicada para el momento, se inclinaron por la tesis de la solidaridad de las sociedades componentes del grupo.

De igual manera el Proyecto de Reglamento había contemplado otro elemento para la presunción de la existencia de un grupo de empresas, como lo era el hecho de que las sociedades confortantes del grupo compartieron una sede física común, no obstante, este elemento fue desechado en la redacción final de la norma.

10. Jurisprudencia posterior al Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo

La Jurisprudencia actual ha continuado aplicando el concepto de grupos de empresa y precisando el alcance y naturaleza de la solidaridad entre las sociedades que conforman un grupo de empresas.⁵⁶

La Sala de Casación Social en fecha 10 de abril del año 2003 en el caso Rafael Oscar Lara Rangel contra Distribuidora Alaska, C.A. y otros con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, estableció sobre la noción de grupo de empresas, lo siguiente:

Sin embargo, y con ánimo exclusivamente pedagógico, la Sala conviene como de real importancia apuntar ciertos indicadores en nuestro derecho sustantivo del trabajo ligado a la noción del grupo de empresas

Abundando sobre el concepto de Unidad Económica, apreciamos que en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo, se establece dicho precepto

⁵⁶ Toda la información acerca de las sentencias referidas en este punto han sido tomadas directamente de la página www.tsj.gov.ve.

sólo en aplicación para la distribución de las utilidades de una empresa, no obstante la doctrina patria ha ampliado su ámbito de aplicación, en beneficio de los trabajadores, en el caso de que el patrono contrarie derechos contenidos en la mencionada normativa laboral; lo cual se traduce en que es extensible el empleo de la norma en referencia a los casos en que no puede el trabajador satisfacer el derecho al cobro de sus prestaciones sociales, una vez agotados todos los recursos y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo; por ejemplo, en los supuestos de quiebra o cierre fraudulento de la empresa, caso en que no puede hacer valer el privilegio que los ampara, vid. artículo 158 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo. (Dictamen N° 33 del 03 de junio de 1996. Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo). ...

Así pues, el principio de unidad económica de la empresa está consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo y el Reglamento lo desarrolla estableciendo los parámetros dentro de los cuales existe la mencionada unidad, por lo que el sentenciador al aplicarlo y establecer la relación de equivalencia de los hechos con el supuesto de la norma no incurre en falsa aplicación del artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica de Trabajo ni en la falta de aplicación del artículo 151 del Reglamento derogado, pues el supuesto legal del cual parte es el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual contempla, como se explicó, el principio de unidad económica de la empresa y el cual estaba en vigencia al momento de ocurrir los hechos. (...)

(...) Por lo tanto, en este caso, el sentenciador no incurre en una errónea interpretación sino que determina el alcance y contenido del principio de la unidad económica de la empresa establecido en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo con apoyo de la doctrina y la jurisprudencia. Así se decide. (Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 22 de febrero de 2001)".

Del texto anterior se infiere la tendencia manifiesta que se ha inclinado por la tesis de la unidad subyacente de la empresa, pese a que la misma no fue la acogida por el Reglamento.

Tal criterio puede igualmente inferirse de la sentencia de la Sala Social del 18 de septiembre de 2003 (Luis Duran Gutiérrez contra las sociedades mercantiles Inversiones Comerciales, S.R.L., Mervacol, S.R.L., Confecciones Arenal, S.R.L., Sastre-ría Santa Rosa, C.A., Promociones Arcam, C.A.) en la cual se sostiene lo siguiente:

En este sentido, el derecho laboral venezolano partiendo de la aplicación del artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo entendida ésta bajo los criterios de uniformidad explicadas en la sentencia *ut supra* comentada, para aquellas situaciones en las que se configure un grupo de empresas, como

en el caso *sub iudice*, dicho criterio de uniformidad puede hacerse extensible a otras modalidades que devienen de la relación de trabajo, puesto que dicho precepto aún y cuando expresamente es de aplicación para la distribución de las utilidades de una empresa, no obstante la doctrina patria ha ampliado su ámbito de aplicación, en beneficio de los trabajadores en los casos en que el patrono trate de evadir ciertos derechos contenidos en el ordenamiento laboral, impidiéndole por consiguiente al trabajador, satisfacer el derecho que tiene de percibir las prestaciones sociales, así como otros conceptos de índole laboral.

En una decisión del 22 de febrero de 2005 (Félix Rafael Castro Ramírez, contra las empresas Agropecuaria La Macagüita, C.A., Consorcio Inversionista Mercantil Cima, C.A., S.A.C.A y S.A.I.C.A. y Promotora Isluga C.A.) la Sala Social determinó el alcance de la solidaridad y la distribución de la carga probatoria de los componentes del grupo en la siguiente forma:

Por otra parte, con relación al desacertado argumento esgrimido por la parte recurrente, relativo a la imposición que se le hiciera de una doble carga probatoria por el sentenciador de la recurrida ante la defensa opuesta por la co-demandada Agropecuaria la Macagüita, C.A., es decir, la inexistencia de la relación de trabajo y de la Unidad Económica, la Sala precisa hacer las siguientes consideraciones:

En decisiones anteriores se ha establecido que el alcance del principio de la Unidad Económica de la empresa refrenda no sólo el reconocimiento de los grupos de empresa, sino el de la solidaridad pasiva que entre los integrantes de dicho grupo deviene en las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

De allí que, al existir una obligación indivisible o equiparable, cada uno de los miembros del grupo contrae y está obligado por la totalidad (artículo 1.254 del Código Civil) por lo que el pago y el cumplimiento efectuado por uno de los miembros del grupo libera a los otros. (...)” (Sentencia de la Sala Constitucional N° 903 de fecha 14 de mayo de 2004).

En el caso concreto, admitida por una de las empresas co-demandadas la relación de trabajo y demostrada la unidad económica entre el grupo accionado, el efecto con respecto a la distribución de la carga probatoria las abarca a todas por igual, en tal sentido, la defensa opuesta por la sociedad Agropecuaria la Macagüita, C.A., mediante la cual negó la relación laboral, no puede como pretende la parte actora recurrente exonerarla de la demostración del trabajo realizado en horas extras, días feriados y de descanso semanal impuesta por el juzgador, quien atendiendo a la doctrina jurisprudencial de la Sala distribuyó la referida carga correctamente.

La tendencia a consagrar la tesis de la unidad del grupo, puesta de manifiesto en la Jurisprudencia de la Sala Social, encuentra acogida en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, de diciembre de 2004, la cual en el artículo 9 dispone: “Cuando existan grupos empresariales, en los términos contenidos en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento; y en éstas laboren en conjunto más de veinte (20) trabajadores, será de obligatorio cumplimiento el otorgamiento del beneficio previsto en esta Ley”.

Con base en la anterior disposición, los grupos de empresa se deben considerar como una sola unidad, de allí que para determinar si los trabajadores empleados por las empresas del grupo tienen o no derecho a que se les suministre una comida por jornada de trabajo, o el beneficio sustituto del cesta ticket, debe ser tomada en cuenta la totalidad de los trabajadores empleados por el grupo y no los empleados individualmente por cada una de las empresas que la conforman.

Vale la pena destacar en decisiones de instancia la sentencia del extinto Juzgado Superior Segundo del Distrito Federal de fecha 18 de septiembre de 2000, la cual, al analizar la legitimación procesal de los grupos de empresa expresa:

Legitimación procesal de la Unidad Económica: Desde el punto de vista procesal, cualesquiera de las empresas integrantes del holding por el hecho de estar afectadas a la unidad económica o empresarial y encontrarse dentro del ámbito del fin común del grupo, pueden ser válidamente demandadas conjuntamente o en forma individual.

Conclusiones

La cada vez más frecuente concentración e internacionalización de capitales, ha provocado nuevas formas de organización empresarial, lo cual ha traído consigo una reestructuración de las relaciones de trabajo para adaptarse a tales realidades.

El Derecho del Trabajo no puede mantenerse ajeno a ello, y aún en ausencia de normas expresas, la doctrina y la jurisprudencia han venido admitiendo unánimemente la existencia de la unidad de empresa en los casos de grupos económicos. La autonomía del Derecho del Trabajo y el principio de la primacía de la realidad lo autorizan para la adopción de fórmulas propias que, apartándose de lo estipulado en otras ramas del Derecho, le permita hacer frente a los retos que la realidad económica y social, cada vez mas mudable, le impone.

Por otra parte, la internacionalización creciente de la economía reserva un papel cada día más importante, a las empresas multinacionales, lo que plantea serios problemas al Derecho del Trabajo, tradicionalmente circunscrito a un ámbito espa-

cial muy reducido, impuesto por su carácter de orden público. Ante tales realidades se impone la revisión de ciertos conceptos, ante la despersonalización de las relaciones jurídicas, que no ya tan sólo en el plano laboral, de manera que la teoría, hasta ahora desechada por los civilistas, de que las obligaciones constituyen vínculos entre patrimonios y no entre personas, requiere de un nuevo planteamiento, con el fin de aportar nuevas soluciones jurídicas para nuevas situaciones jurídicas.

Asistimos en la actualidad a un cambio impresionante en la estructura de las empresas que se revela especialmente en las organizaciones multinacionales que han encontrado en la globalización de la economía el caldo de cultivo favorable para su desarrollo. La Europa industrial se enfrenta al fenómeno de la deslocalización de las industrias, lo que ha llevado a los sindicatos franceses, alemanes e italianos a ceder para evitar la pérdida de empleos. Los sindicatos franceses que hasta hace poco mostraban orgullosos su “Loi Aubry” que reducía la jornada de trabajo a 35 horas semanales, se han visto obligados a negociar jornadas de trabajo garantizadas de 48 horas semanales a cambio de evitar que las industrias sean mudadas a la Europa del Este o a China, en donde la reglamentación legal de la mano de obra es menos costosa.

Las empresas multinacionales, grupos de empresas de dimensión internacional, o mejor, mundial, muestran a los “Estados Soberanos” indefensos al no poder controlar la gestión de las mismas ante la ausencia de una legislación internacional y de un control supranacional eficiente, pues la flexibilidad organizativa y en la distribución de la producción les permite evadir cualquier control nacional que se les pretenda imponer. De nada valen las reglamentaciones nacionales de los grupos de empresa frente a la posibilidad de estas organizaciones para escapar a los controles en el ámbito del territorio de cada estado.

La realidad que plantean las nuevas organizaciones empresariales constituye un reto mayor para el futuro del derecho del trabajo que a corto plazo no permite mostrarse optimista.

pág. 508 blanca

El derecho de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva en España

Andreu LOPE PEÑA y Antonio MARTÍN ARTILES¹

SUMARIO

Introducción.

1. **Posicionamiento de los actores sociales:** 1.1 *La posición de los sindicatos* 1.2 *La posición de las organizaciones empresariales.* 1.3 *Las empresas punteras en conciliación. Estudio de casos.*
 2. **Desarrollo del derecho sustantivo en la negociación colectiva:** 2.1 *La función impulsora de las directivas europeas respecto a la legislación española.* 2.2 *La conciliación en la negociación colectiva.* 2.3 *La estructura centralizada de la negociación colectiva y la mayor cobertura en materia de conciliación.* 2.4 *Los límites de la gestión de la conciliación desde la empresa.*
- Conclusiones.**

Introducción

El objetivo de este capítulo es estudiar el desarrollo del derecho sustantivo de la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. El derecho

¹ Doctores en Sociología. Profesores titulares del Departamento de Sociología de la **Universidad Autónoma de Barcelona** (España). Miembros del Grupo de Estudios Sociológicos sobre la Vida Cotidiana y del Trabajo (QUIT). Investigan y cuentan con numerosas publicaciones sobre: relaciones laborales, cualificaciones, estrategias empresariales, organización del trabajo, etc.

sustantivo, entendido como el contenido de la norma negociada y acordada por los agentes sociales en el ámbito sectorial y en el ámbito de la empresa, nos ofrece una visión dinámica del proceso normativo. En este sentido de la interpretación y aplicación de la norma, presentamos en estas páginas el posicionamiento de los actores sociales y sus estrategias, a partir del análisis de los documentos que han producido y de entrevistas con miembros significativos de las organizaciones sindicales y empresariales. Con ello queremos poner de relieve que el significado de la norma, e incluso del concepto conciliación, es diferente para los actores sociales. Esa cuestión se refleja en el desarrollo de la negociación colectiva a nivel de sector y se refleja, también, en el terreno de la empresa. En este último ámbito, analizaremos brevemente tres casos específicos de empresas que vienen desarrollando políticas, calificadas como de “buenas prácticas”, en el terreno de la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

Vale la pena comenzar indicando que el tema de la conciliación está adquiriendo una creciente importancia en la UE. Aumentar el grado de incorporación de la mujer al mercado de trabajo es un elemento básico en las políticas europeas de empleo; y hacer que esa incorporación se produzca en condiciones de igualdad con los hombres es un elemento que está impulsando en la UE, y en el conjunto de países que la componen, el desarrollo de medidas que faciliten conciliar la vida laboral y la familiar.

En este capítulo examinaremos la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral (Ley 39/1999) a través de los convenios colectivos. La Ley supone la transposición de las directivas comunitarias sobre maternidad y permisos parentales (92/85/CEE de 19 de octubre de 1992² y 96/34/CEE de 3 de junio de 1996³). Dichas directivas nacen en el marco de las políticas de igualdad en el trabajo entre hombres y mujeres, como un mecanismo para ayudar a estas últimas a superar el handicap de tener que cargar con los “deberes domésticos” al tiempo que intentan entrar o mantenerse en el mercado de trabajo. En la práctica, las directivas dotan de una serie de criterios mínimos a las políticas de conciliación, que se concretan de forma muy diversa en los estados miembros a través de su legislación y por medio

² La Directiva 92/85/CEE tiene por objetivo la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, o en período de lactancia. La directiva dispone, principalmente, medidas relativas a la exposición a actividades de riesgo para la mujer embarazada durante su trabajo, el trabajo nocturno, el permiso de maternidad, los exámenes prenatales, y la prohibición de despido por motivo de embarazo.

³ La Directiva 96/34/CEE relativa al Acuerdo Marco sobre “permisos parentales” alcanzado por las organizaciones empresariales y sindicales europeas, establece una duración mínima de 3 meses y una duración máxima de 8 años para los “permisos parentales” o excedencias para el cuidado de hijos e hijas, dejando a cada Estado la regulación concreta de los mismos, en lo que se refiere a la retribución y a su concreción en los casos de trabajo a tiempo parcial.

de los avances en ese orden de la negociación colectiva⁴. Hay que subrayar, en cualquier caso, la importancia de las directivas comunitarias para impulsar desarrollos legislativos en el tema que nos ocupa en diversos países. Y más todavía cuando, actualmente, la Estrategia Europea de Empleo, define como un objetivo fundamental el aumento de la tasa de actividad y de la tasa de empleo de las mujeres.

Siguiendo esas directivas, la Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral introduce diversos cambios respecto la legislación anterior vigente en España⁵. Los cambios introducidos en la Ley suponen avances importantes aunque se limita, en gran medida, a legislar permisos que resultan insuficientes en muchos terrenos.

Regulación de las licencias parentales en España

<i>Supuestos</i>	<i>Duración</i>	<i>Remuneración</i>	<i>Flexibilidad</i>
Licencia por maternidad.	16 semanas. 2 semanas más por cada hijo o hija, a partir del segundo caso de parto múltiple. 2 semanas más en caso de adopción.	100% de la base reguladora.	Antes y después del parto (obligatorio 6 semanas tras el parto). 10 semanas pueden transferirse al padre. Reducción ½ hora de jornada en período de lactancia o ausencia de una hora divisible en 2 fracciones.
Permiso por paternidad, adopción y acogimiento.	2 días (4 si se requiere desplazamiento a otra ciudad).	100% del salario.	
Excedencia dada por razones de maternidad/paternidad, adopción y acogimiento.	Hasta 3 años de excedencia por hijo/hija hasta los 3 años (o hasta los 6 años si es discapacitado/a).	No	Ampliación de la reserva de puesto de trabajo hasta 15 ó 18 meses en caso de familia numerosa.
Reducción de jornada por guarda legal.	Reducción de jornada hasta los 6 años del hijo.	Reducción proporcional de la jornada.	Reducción entre el 30% y el 50% de la jornada.
Licencias por motivos familiares.	Permiso de 2 días. Excedencia de 1 año.	Sí No	Ampliación permisos si consta en la negociación colectiva.

Fuente: Consejo Económico y Social, *Panorama sociolaboral de la mujer en España*, Boletín N° 38, 2004

⁴ Véase LÓPEZ, M^a T. y VALIÑO, A., **Conciliación Familiar y Laboral en la UE**, Madrid, Consejo Económico y Social, 2004.

⁵ Las disposiciones principales de la Ley son: 1) mayor protección frente al despido durante los períodos de maternidad, riesgos durante el embarazo y frente al cuidado de familiares; 2) creación de

En efecto, muchas de las demandas sindicales y de las organizaciones feministas no fueron incluidas en el texto finalmente adoptado. Por ejemplo, la Ley hace posible que los hombres⁶ asuman responsabilidades familiares, pero no impulsa ni incentiva activamente este hecho⁷. Una de sus limitaciones más claras es que su aparente neutralidad esconde en realidad una fuente de desigualdades de género importante. La Ley no incorpora medidas de discriminación positiva en materia de permisos o excedencias que incentive a los hombres a asumir responsabilidades; de modo que, España, pese a ampliar las recomendaciones comunitarias, está situada en los puestos menos privilegiados en ese sentido en la UE-15. Así, por ejemplo: las excedencias en el caso español son siempre sin remuneración; Suecia, Gran Bretaña, Finlandia o Dinamarca facilitan hasta 2 ó 3 semanas por nacimiento del hijo. El gasto social por prestaciones económicas por licencias parentales se sitúa claramente por debajo de la media de la UE-15 e, igualmente, son diversos los países que limitan menos que la legislación española las licencias por motivos familiares urgentes (Consejo Económico y Social, *ibidem* p. 3).

La situación del gasto público español vinculado al fomento a la conciliación no es, tampoco, positiva en términos comparativos con otros países europeos. Sin embargo, en otro orden de cosas, la administración del estado⁸, ha iniciado el pro-

un nuevo supuesto de suspensión del trabajo, con prestación económica a cargo de la Seguridad Social, por riesgo durante el embarazo cuando no sea posible un puesto de trabajo alternativo; 3) derecho a la reducción de jornada o excedencia para cuidar a familiares; 4) ampliación del permiso de maternidad, adopción o acogimiento a 16 semanas de las cuales 6 son de obligado disfrute por la madre inmediatamente después del parto, así como la ampliación hasta 10 del número de semanas que la madre puede transferir al padre; 5) mayores garantías para el trabajador para concretar, en horario y periodo, el disfrute del permiso de lactancia y reducción de jornada; 6) ampliación del permiso de maternidad por partos múltiples, con 2 semanas más por cada hijo/a; 7) ampliación del permiso de adopción y acogimiento hasta 16 semanas para menores de seis años, ampliable a dos semanas más por cada hijo/a; 8) cuatro semanas de permiso previo a la resolución judicial o administrativa en los casos de adopción internacional

⁶ Una reciente encuesta inserta en el trabajo de GPI Consultores, Estudio sobre la conciliación de la vida familiar y laboral: situación actual, necesidades y demanda, Madrid: Instituto de la Mujer 2005, pone de relieve que tan sólo un 2,5% de los hombres han hecho uso de las bajas por maternidad-paternidad; mientras que en el mismo estudio la respuesta de las empresas es más baja aún: 1,5%.

⁷ Uno de los aspectos a considerar es el de la controvertida cuestión salarial: el menor salario femenino desincentiva que los hombres soliciten permisos de maternidad/paternidad, excedencia o reducción de jornada, más aún en los casos de permisos no retribuidos o que impliquen una reducción salarial.

⁸ La administración pública de algunas Comunidades Autónomas, como la de Cataluña entre otras, hace algún tiempo que han desarrollado, y siguen impulsando, diversas medidas para favorecer las posibilidades de conciliación entre la vida laboral y familiar de sus funcionarios. Además, dos terceras partes de las Comunidades Autónomas proporcionan ayudas económicas en función de los hijos (Cataluña desde el primer hijo, Navarra y el País Vasco desde el segundo y Castilla-León desde el tercero) con cuantías, requisitos y períodos variables en cada caso.

ceso de promover entre los funcionarios medidas tendentes a hacer compatibles para hombres y mujeres el desarrollo de una carrera profesional con la atención y el cuidado a la familia; aunque, como es conocido, quienes acaban acogiendo a ese tipo de medidas son casi exclusivamente mujeres. Con ello, afirma querer servir de ejemplo al sector privado y seguir el criterio de la Ley de Conciliación, que atribuye al poder público el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. En concreto, y tras aprobarse en Consejo de Ministros del 4 de marzo de 2005, se contempla aplicar una serie de medidas en la administración pública que, previa negociación con los sindicatos, permita impulsar la jornada flexible, así como la jornada reducida por el cuidado de hijos, de personas mayores o de discapacitados.

Más concretamente, en el texto exploraremos cinco hipótesis ligadas con el desarrollo de la Ley española de conciliación y su implantación a través de la negociación colectiva. Seguiremos esas hipótesis, en el apartado 2, tras analizar las posiciones de las organizaciones sindicales y empresariales respecto a la conciliación. Son las siguientes:

- 1) Sostenemos la idea de que las directivas europeas han jugado un importante papel para incluir la conciliación en la agenda de la negociación colectiva
- 2) A pesar de estar la conciliación incluida en la agenda, este tema sólo juega un papel secundario en la negociación de los convenios sectoriales o de empresa.
- 3) Consideramos que la capacidad de difusión de la conciliación entre los temas a debatir depende de la estructura de la negociación colectiva. Una estructura centralizada permite una mejor articulación, difusión y administración de los objetivos propuestos y los acuerdos alcanzados. Una estructura descentralizada obstaculiza la difusión de los objetivos, de modo que los resultados en las mesas de negociación son más dispersos.
- 4) Consideramos que la significación de la conciliación es muy distinta para los actores involucrados. La dirección de recursos humanos tiende a gestionar de forma individualizada los temas relacionados con la conciliación entre la vida laboral y familiar, mientras que los sindicatos tratan de impulsar esta temática desde la acción colectiva y con un significado tendente a conciliar también la vida personal y no exclusivamente la familiar.
- 5) Finalmente, mantenemos que las “buenas prácticas” de algunas empresas suponen cierta mejora de lo dispuesto por la Ley, pero se trata de prácticas limitadas y exclusivas a ciertos segmentos del empleo o bien de prácticas destinadas a facilitar la legitimidad social de las empresas.

1. Posicionamiento de los actores sociales

La posición de las organizaciones sindicales y empresariales respecto a la conciliación, es un elemento fundamental para analizar la evolución de la negociación colectiva sobre esta cuestión; una evolución que, de alguna forma, debe recoger esas posiciones en razón, además del marco legal que regula la conciliación, de las posibilidades de los agentes sociales para concretar sus estrategias en los convenios. Como señalábamos en la Introducción, describiremos esas posiciones a partir de la documentación elaborada por dichos agentes sociales, así como a través de entrevistas⁹ que hemos llevado a cabo con motivo de nuestra investigación. Comenzaremos analizando la posición de los sindicatos, que en tanto que representantes de los intereses de los trabajadores son las organizaciones que muestran más interés (de ahí que hayamos realizado más entrevistas a miembros significados de los mismos) en introducir la conciliación como un tema a considerar en la negociación colectiva.

1.1 La posición de los sindicatos

Los principales sindicatos españoles CCOO (Comisiones Obreras) y UGT (Unión General de Trabajadores), tienen una posición respecto a la conciliación que no se aleja de la que mantiene la CES (Confederación Europea de Sindicatos), la organización que reúne a los principales sindicatos de cada país europeo. El sindicalismo europeo tiene una visión favorable de las políticas de conciliación entre la vida laboral y familiar promovidas desde las instancias europeas ya en los años noventa. Estas políticas emanan de directivas impulsadas desde la UE, y de las que hemos hecho mención en la Introducción (véase notas 2 y 3).

⁹ Los responsables entrevistados aparecen referenciadas a lo largo del texto según el siguiente detalle:

Sindicatos.

- | | |
|---|---|
| E1. Secretaría de la Mujer de CCOO. | E6. Negociación Colectiva UGT. |
| E2. Secretaría de la Mujer. Sector Comercio CCOO. | E7. Secretaría Igualdad de Oportunidades UGT. |
| E3. Acción Sindical y Seguridad Laboral de CCOO. | E8. Federación de Comercio UGT. |
| E4. Secretaría de la Mujer. Sector Químico CCOO. | E9. Federación de Química UGT. |
| E5. Secretaría de la Mujer Fiteqa CCOO. | E10. Federación de Comercio, Sector Juego UGT |

Asociaciones Empresariales.

- E11. Fomento Nacional de Cataluña (miembro de CEOE). Federación Comercio.
E12. Fomento Nacional de Cataluña (miembro de CEOE). Federación FEDEQUIM.

Empresas.

- | | |
|---|--------------------------------------|
| E13. Nestlé. Dirección Recursos Humanos | E14. Nestlé. Responsable sindical |
| E15 Bayer. Dirección Recursos Humanos | E16. Bayer. Responsable sindical |
| E17. Novartis. Dirección Recursos Humanos | E18. Novartis. Responsable sindical. |

Como indican algunos autores,¹⁰ las directivas comunitarias han sido la base para los posteriores cambios legales en aquellos países de la UE que carecían de políticas al respecto o cuyas políticas vigentes no se adaptaban al nuevo marco. Ejemplos de estas trasposiciones de las directivas europeas al ámbito nacional los encontramos, además del caso español con la Ley de Conciliación, en la legislación sobre permisos parentales aprobada en Gran Bretaña en 1999, o en Italia y Alemania en el año 2000. En todos esos países la legislación ha sido considerada positiva aunque insuficiente por parte de los sindicatos, mientras que las organizaciones empresariales han sido más reticentes o incluso contrarias.¹¹

El posicionamiento del sindicalismo europeo sobre las políticas de conciliación de la UE, debe enmarcarse en el análisis más general del que mantiene frente a la política europea de empleo. La posición del sindicalismo europeo sobre la política de empleo, y también en la cuestión de la conciliación, puede resumirse en un “acompañamiento crítico” de las directrices adoptadas. Es decir, de apoyo a las mismas e incluso de participación en el diseño de sus contenidos, al tiempo que éstos se consideran insuficientes o su aplicación poco satisfactoria. Así, la CES considera que la directiva sobre permisos parentales y las medidas que se han derivado de la misma en los países de la UE son positivas y suponen pasos adelante en la conciliación entre vida laboral y familiar. Sin embargo, en opinión de la CES, los permisos son solamente uno de los aspectos de las políticas de conciliación y deben acompañarse de medidas más generales, como la promoción de servicios sociales para el cuidado de niños y ancianos que hoy no se dan de forma suficiente. Estas políticas, tal y como se establece en el *Plan de Igualdad de Género* y en el *Programa de Acción* aprobado en el Congreso de la CES realizado en mayo del 2003 en Praga, deberían trascender su actual etiqueta de medidas sobre conciliación para pasar a formar parte integral de las políticas del Estado del Bienestar. Algunos autores, desde un enfoque más crítico, recuerdan que las medidas de conciliación nacen en un contexto, el de los años noventa, marcado por la hegemonía de las políticas neoliberales que insisten en la flexibilización del mercado de trabajo y en la individualización de las responsabilidades. Al mismo tiempo, también se ha señalado que las tendencias actuales en el mercado de trabajo y en el empleo (desregulación horaria, precariedad en el empleo, etc.) van en sentido contrario a las necesidades de las personas de conciliar la vida personal y la laboral.¹²

¹⁰ MIGUÉLEZ, F. y otros, “Los sindicatos ante la conciliación de la vida laboral y familiar-personal”, en *Papers*, próxima publicación, en un trabajo del que es deudor este apartado.

¹¹ Véase TRENTINI, M. “New Law Adopted on Parental Leave” en www.eiro.eurofund.ie, 2000 para Italia, y SCHULTEN, T. “New Provisions on Parental Leave and Childcare Payments” en www.eiro.eurofund.ie, 2000, para Alemania.

¹² Entre esos textos críticos puede citarse a HEINEN, J. *L’Union européenne face aux inégalités de genre*, en *ContreTemps*, nº 9, 2004 y Rubery, J. “What Do Women want from Full Employment?”, en Philpott, J. (eds.), *Working for full employment*, London, Routledge, 1997.

La CES considera positivo el impulso de la UE de políticas de igualdad entre hombre y mujer, incorporado desde 1999 a la Estrategia Europea de Empleo. Así, más allá de las políticas de género específicas, las de igualdad forman parte del cuarto pilar de las políticas de empleo (el de “igualdad de oportunidades”), al tiempo que se contemplan de forma transversal en los otros tres pilares, “empleabilidad”, “fomento del espíritu emprendedor” y “adaptabilidad”.

Más concretamente, analizamos ahora la posición de los sindicatos españoles al respecto a partir de las entrevistas realizadas y de los documentos producidos por ellos¹³. Desde ese análisis se determina, en primer lugar, la importancia que tiene la cuestión para los sindicatos, así como una determinada concepción de lo que en general se considera que es y lo que significa la conciliación. En segundo lugar, se señalan cuáles son las medidas concretas que proponen para facilitar dicha conciliación. Finalmente, en tercer lugar, se definen las estrategias y los frentes de acción para conseguir que se establezcan medidas para la conciliación.

En los documentos aparece una cierta tensión entre las distintas concepciones de la conciliación. Aparece como una forma de organización laboral, con especial atención al tiempo de trabajo, pero también figura junto a otras medidas que priorizan los mecanismos de no discriminación en el puesto de trabajo y que pueden entenderse como medidas de apoyo a la integración laboral de las mujeres. Además, la demanda de una mayor regulación y de un incremento de bienes y servicios asistenciales identifica muchas de las reivindicaciones asociadas a la conciliación con medidas externas al mercado laboral. Esta tensión conceptual, al no cuestionar realmente el rol social de las trabajadoras en la división sexual del trabajo, puede derivar en reforzar el mantenimiento de éstas en una posición subordinada.

Por otra parte, la conciliación aparece como un objetivo a conseguir en la negociación colectiva, pero siempre en un segundo plano respecto a los objetivos prio-

¹³ Se han revisado los documentos que se indican seguidamente. En lo que respecta a CCOO: Balance de la Negociación Colectiva 2001, Secretaría Confederal de Acción Sindical CCOO, 2002; La conciliación de la vida laboral y familiar en los convenios colectivos, Secretaría Confederal de la Mujer CCOO 2003; Informe General, Programa de Acción y Estatutos del VIII Congreso Confederal CCOO, 2003; Informe General, Estatuts i Propostes d'Acció del VII Congrés de la CONC, 2004; Informe general de FITEQA, CCOO, 2002 ; Resolución del II Congreso de FITEQA, CCOO sobre el Plan de Igualdad, 2000.

Por lo que se refiere a UGT: Programa de Acción, 38º Congreso Confederal de UGT, 2000; Resoluciones de l'Últim Congrés d'UGT- Catalunya, 2000; y Resoluciones del Congreso de FIA, UGT, 2000. Además se han revisado dos de ambos sindicatos: Objetivos prioritarios para la negociación colectiva y la renovación del ANC 2005, CCOO y UGT y Consideraciones generales y buenas prácticas sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva, Comisión de seguimiento del acuerdo sobre Negociación Colectiva, 2003.

ritarios de crear o de mantener el empleo, así como a cuestiones relativas a las condiciones de trabajo. Este orden de prioridades se refleja en los documentos de cada sindicato, así como en el documento común de UGT y CCOO, *Objetivos prioritarios para la negociación colectiva del 2005*. Para ambas organizaciones, la organización del trabajo y la del tiempo que de ella deriva son cuestiones centrales para enfrentar la satisfacción de las necesidades de conciliación. La reducción y reorganización del tiempo de trabajo se consideran básicos para fomentar el empleo y también para favorecer la conciliación. Por eso, los sindicatos intentan conseguir una mayor participación y control en las decisiones empresariales sobre la organización del trabajo.

Las medidas con que intentan obtener avances en materia de conciliación pasan por dos canales. Por un lado, a través de la negociación colectiva, mediante la introducción en los convenios colectivos de los derechos reconocidos por Ley y, si es posible, aumentándolos. De hecho, ambos sindicatos consideran la Ley de Conciliación como insuficiente y la negociación colectiva como un ámbito donde mejorar sus contenidos. Por otro lado, ambas organizaciones sindicales pugnan por conseguir que las administraciones públicas ofrezcan más y mejores servicios sociales que faciliten que las personas puedan conciliar su vida laboral con la familiar. En este sentido, se subraya la importancia de los servicios de guarderías y de atención a las personas mayores, o la mejora del transporte público para facilitar el acceso de los trabajadores/as a los polígonos industriales y, también, durante los horarios nocturnos. Cabe señalar, en este orden, la diferente posición que mantienen CCOO y UGT acerca de las guarderías de empresa. Mientras que CCOO se muestra contraria a esta medida por los efectos perversos que se le asocian, UGT cree que es una medida útil que puede complementar la insuficiencia de la oferta pública existente.

En las estructuras de los sindicatos, particularmente en las “Secretarías de la mujer” o “Secretarías de la igualdad” predomina una concepción amplia de la conciliación, entendiendo que debe incluir a hombres y mujeres y recorriendo transversalmente el conjunto del convenio colectivo sin centrarse en un apartado específico. De las entrevistas mantenidas (E1, E2, E4 E7) también se deriva que la conciliación debe incluir la vida laboral y la personal, como algo más amplio que lo familiar. Por su parte, los sindicalistas de empresa tienden a actuar como si las medidas de conciliación afectaran principalmente a las mujeres porque éstas tienen obligaciones familiares que cumplir (atención a los hijos –cosa que contempla la ley de conciliación– y a familiares de edad avanzada): “*Es útil para facilitar el acceso de la mujer al trabajo*” (E14), por ejemplo, o “*de lo contrario la solución está en las abuelas que se han de encargar de las tareas*”(E18). Esta posición presupone mantener las tareas domésticas como obligaciones estrictamente

de las mujeres y, por tanto, asumir que seguirán en posición subordinada en el trabajo, al menos por dos motivos. El primero porque siempre estarán pendientes de que las empresas quieran conceder ese derecho y quizá lo hagan con restricciones o en horarios poco oportunos. El segundo porque en el mejor de los casos, si ese derecho se consigue sólo para que las mujeres puedan cumplir mejor con sus deberes familiares, estos seguirán suponiendo una barrera en la igualdad de oportunidades laborales con los hombres.

Esta concepción dominante en el lugar de trabajo deriva en buena medida de que así siguen pensando la mayoría de asalariados. “Son pocos los trabajadores hombres que se deciden a ejercer ese derecho (permisos en caso de nacimiento de hijos), ni siquiera compartidamente con sus mujeres.... Pero son más las mujeres que tienden a pensar que ese es un derecho de ellas, por haber parido” (E18). Lo que sucede en la práctica diaria es que la reducción de la jornada la toma la mujer, porque con frecuencia su salario es menor y ello afectará menos a la economía doméstica. Por lo cual el derecho a la conciliación va inseparablemente unido a la igualdad de derechos y condiciones laborales entre hombres y mujeres. Pero la argumentación también podría ser hecha a la inversa, esto es, si la mujer durante seis años –o más si encadena varios hijos– convierte su jornada en parcial, se le esfuman las posibilidades de formarse, de promocionar y de conseguir un salario más alto. Con todo una realidad aparece con fuerza en nuestra investigación: quienes piden tiempo para conciliar su trabajo con “obligaciones familiares” siguen siendo muy mayoritariamente las mujeres.

En cualquier caso, la traslación a la empresa de los contenidos (escasos según los sindicatos) de la Ley es problemática. Para los sindicatos, la Ley de Conciliación no está dotada de instrumentos que permitan que todos los trabajadores se acojan a los derechos que concede, principalmente porque su disfrute suele condicionarse al hecho de que no perjudique a otros trabajadores o al funcionamiento de la empresa. Aún así, consideran que es muy importante que los convenios de sector y de empresa recojan (si no pueden ampliar) los derechos establecidos por la Ley para poder hacerlos extensivos a los trabajadores, ya que es más probable que estos sean conscientes de sus derechos si se vinculan a la negociación –con toda seguridad en el caso del convenio de empresa– que si sólo se recogen en una ley: “Los trabajadores pueden conocer el convenio, que se distribuye por escrito, mucho más fácilmente que la Ley”(E16). Además, a través de la negociación colectiva los trabajadores, organizados colectivamente, pueden intervenir en la planificación efectiva del disfrute de sus derechos mejorando, en el caso de los convenios de empresa, las posibilidades reales de ejercer aquellos derechos.

Por otro lado, el punto nuclear en el ejercicio de la conciliación está en la organización del trabajo, que sigue siendo una fortaleza infranqueable a la negociación

en casi todas las empresas: “Sin poder intervenir en la organización del trabajo, tenemos que olvidarnos de consolidar la conciliación del trabajo y la vida familiar” (E14). Lo conseguido hasta ahora en la negociación se califica de escaso en casi todas las entrevistas a sindicalistas. Ello es así en parte porque los sindicatos no presionan suficientemente en este terreno porque no es una prioridad para muchos trabajadores/as. Pese a la creciente importancia que le conceden los sindicatos, la conciliación aún no está consolidada en la negociación de forma prioritaria y, con frecuencia, el derecho individual a la conciliación no aparece en los convenios en forma suficientemente vinculante. Ello puede revestir varias formas. En algunos casos los convenios se limitan a transcribir la Ley, sin otra concreción ni adaptación que tuviera en cuenta las características sectoriales, lo que convierte el convenio en un principio general de aplicación problemática. Otras veces, aparece en algún tipo de programa al margen del convenio, lo que fácilmente lo deja en manos de la sección de Recursos Humanos dando a la empresa discrecionalidad sobre su aplicación. Más adelante abordaremos los casos de empresas que se significan por sus políticas entorno a la conciliación y veremos los límites de las mismas.

En definitiva, los sindicatos intentan profundizar en la temática de la conciliación a partir de la negociación colectiva. Lo consiguen, sobre todo en los convenios sectoriales. Pero menos en el caso de los convenios de empresa. Antes de ver esas cuestiones, conviene afrontar la perspectiva con que las organizaciones empresariales afrontan el tema de la conciliación.

1.2 La posición de las organizaciones empresariales

Cabe recordar que las directivas de la UE al respecto de la conciliación se concretan en medidas como las referidas a permisos parentales basadas, estas últimas en el acuerdo marco previo firmado por las organizaciones empresariales europeas UNICE y CEEP, y la Confederación Europea de Sindicatos. Con ello, observamos que el empresariado europeo asume la negociación de este tipo de cuestiones sólo desde la segunda mitad de los años noventa.

De hecho, la propia idea de conciliación de la vida laboral, familiar y personal ha estado ausente hasta fechas muy recientes en el discurso empresarial en España y no es hasta los últimos años del siglo XX que se aprecia una creciente atención a esa temática, por lo que puede afirmarse que hoy no resulta extraña en ámbitos empresariales. Para comprender mejor el significado que adquiere la idea de conciliación entre el empresariado, resulta conveniente recordar cuáles han sido las principales vías que han motivado su consideración. Estas son dos. La primera vía ha sido la transposición a la legislación española de las directivas europeas: esta vía adquiere un carácter impuesto, en tanto obliga a las empresas a adaptarse a los

supuestos que prevé. La segunda vía es discrecional: la conciliación entra a tratarse en determinados círculos empresariales en cuanto se piensa que ofrece nuevas oportunidades en la gestión de personal.

Las dos vías son importantes para entender las interpretaciones y prácticas en torno a la conciliación por parte de las empresas. De ellas, se extraen los referentes y estrategias más novedosas, a menudo referenciadas por parte de la literatura managerial como “buenas prácticas”. Así, por lo que se refiere a las empresas españolas en general, se entiende que las medidas de apoyo a la conciliación suponen un coste adicional; básicamente en términos organizativos. Si sus posibles beneficios no alcanzan el importe de los costes, la conciliación sólo se asume en lo que obliga la legislación. De ahí las tendencias empresariales para que la negociación colectiva no generalice entre las plantillas más allá de las disposiciones en esta materia que establece la legislación. Pero, como apunta la segunda vía antes mencionada, la conciliación también puede revertir en mayor motivación y compromiso del empleado con la organización y, por tanto, en una optimización de su productividad y eficiencia.

En este sentido, trataremos los casos que hemos estudiado a modo de ejemplos en el marco de las experiencias de las empresas que desarrollan prácticas sobre la conciliación. Antes de eso, situaremos la posición de las organizaciones empresariales y analizaremos los convenios sectoriales en que se ubican las empresas escogidas para dicho estudio. Más concretamente, observaremos la posición de la gran patronal CEOE ante la conciliación y estudiaremos los casos de tres empresas: Nestlé, Bayer y Novartis, que abordaremos en el siguiente apartado número 1.3. A las dos últimas, elaboradoras de productos farmacéuticos, les atañe el convenio del sector químico y a la primera el del sector de productos dietéticos y preparados alimenticios. También analizaremos el convenio del sector de comercio, por regular un tipo de actividades con unos horarios que intervienen de forma manifiesta sobre la conciliación en una doble vía: a) sobre las posibilidades de conciliar la vida laboral y familiar de los empleados del sector y b) sobre las posibilidades del conjunto de la población de conciliar ambas cuestiones, pudiendo acceder a la compra de productos necesarios para la actuación cotidiana en horarios no ocupados por la actividad laboral. Finalmente, expondremos los argumentos más significativos esgrimidos por los responsables de las organizaciones empresariales del sector químico y del comercio, expresadas a través de sendas entrevistas en profundidad, con el fin de ampliar la perspectiva sobre la posición de esas organizaciones empresariales sectoriales.

La Ley 39/1999 sobre la Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, ha sido tildada porque las organizaciones sindicales de tímida e incompleta por no incorporar,

entre otras cuestiones, una política integral que incluyera cuestiones relativas al desarrollo de guarderías, residencias y centros de día públicos. Estas organizaciones intentan, por otra parte, profundizar en los contenidos de la ley a través de la negociación colectiva. Por su parte, las alusiones de CEOE (Confederación Española de Organizaciones Empresariales) y CEPYME (Confederación Española de Pequeñas y Medianas Empresas, ligada a su vez a CEOE) a la conciliación de la vida laboral y familiar son escasas. En un primer momento, tras la aprobación de la Ley, la posición manifestada por ambas patronales es considerar la conciliación como una obligación externa que amenaza la contención de costes laborales y, en consecuencia, la competitividad de las empresas. Así, por ejemplo, en la *Circular para la Negociación Colectiva* del 2001 de CEOE se advierte de los costes para las empresas que puede suponer cualquier acuerdo sobre esta materia. No obstante, en años posteriores se matiza dicha posición y las organizaciones empresariales abogan, junto con los sindicatos, por un tratamiento de la jornada laboral, vacaciones, programación de la formación, etc., que permita conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar, como queda recogido en el *Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2005 entre CCOO, UGT y CEOE*.

Apuntábamos en el apartado anterior, que la negociación colectiva no ha proporcionado avances sustanciales con respecto a la legislación en términos de promover la conciliación de la vida laboral y familiar. En este orden de cosas, el balance hecho por la CEOE de la negociación colectiva en el 2003 indica que un 19% de los convenios mejora las disposiciones legales sobre licencias y permisos para promover la conciliación; aunque dichas mejoras las más de las veces son modestas¹⁴. Lo más usual es la inclusión de cláusulas que repiten las disposiciones legislativas. Esa repetición no es ociosa, ya que el que un convenio recoja los principales elementos de la Ley de Conciliación sirve para aumentar su grado de conocimiento entre los trabajadores y los empresarios y, por tanto, facilita el uso de los derechos que proporciona. El análisis que sigue a continuación de los convenios de los sectores en que se insertan las empresas que hemos estudiado, añade precisión a las tendencias hasta aquí indicadas.

El convenio de preparados alimenticios¹⁵ mejora algún aspecto establecido por la Ley, como:

¹⁴ Véase ARGÜELLES, A.R., MARTÍNEZ, C. y MENÉNDEZ, P., Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares: Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva, Madrid, Consejo Económico y Social 2004 o Instituto de Estudios Laborales, Informe Randstad. Calidad del Trabajo en la Europa de los Quince, Madrid, ESADE, 2004.

¹⁵ El convenio del sector de "Productos dietéticos y preparados alimenticios" para los años 2003-2004, en los que se desarrolla nuestra investigación, es firmado por las federaciones implicadas de los sindicatos UGT y CCOO y por la Asociación Española de Fabricantes de Preparados Alimenticios Especiales, Dietéticos y Plantas Medicinales (AFEPADI).

–Jornada: limitación a un máximo de cinco horas la jornada del sábado para el personal administrativo y comercial.

–Permisos: amplía a 3 días el permiso retribuido por muerte o enfermedad grave de familiares. Se facilitan 4 horas de permiso por asuntos propios que se extiende a un día (8 horas) a partir del 2005. Los permisos por matrimonio pueden vincularse parcialmente al período vacacional y se podrá acompañar, con justificación documental, a los hijos de hasta catorce años a visitas médicas urgentes.

–Situación de riesgo por embarazo: se recoge la obligación de las empresas de complementar las prestaciones económicas de la Seguridad Social con motivo de declaración de incapacidad temporal por riesgo de embarazo.

–Ayudas por hijos o cónyuges disminuidos físicos o psíquicos y ayuda escolar: se establecen ayudas por ambos motivos, siendo sensiblemente más reducidas las ayudas escolares para hijos de entre 6 y 16 años.

Por su parte, el convenio del comercio¹⁶ es menos beneficioso para los asalariados, ajustándose a la legislación y reproduciendo parte de los derechos que la misma establece en materias como: licencias por nacimiento o por enfermedad grave de familiares (en este caso la licencia se extiende hasta tres días); licencias por lactancia; reserva de puesto de trabajo por excedencia de maternidad; etc. Sin embargo, se fijan severas limitaciones al ejercicio de esa excedencia mientras que, por otro lado, se concede un día de permiso para asuntos propios.

Finalmente, el convenio del sector químico¹⁷ se reconoce como uno de los más avanzados en el sentido de que, desde hace años, en sus cláusulas se recogen temas que después se abordan en otros convenios y se recogen, además, de forma más amplia que en otros sectores. A tenor de esa tradición, visible desde hace años en aspectos como el empleo o la formación, el convenio de químicas muestra una presencia mucho mayor que en los anteriormente tratados (y, en general, que en el conjunto de convenios sectoriales) de aspectos vinculados a la conciliación.

Destaca especialmente el compromiso de crear un “Plan sectorial para promover la igualdad de oportunidades” en el que, a partir de un estudio de la situación de esa cuestión en la química, se arbitrarán medidas para hacer del sector uno de los

¹⁶ El convenio del sector del “Comercio de Cataluña” para los años 2003-2004 lo firman las federaciones de comercio de CCOO y UGT y la patronal Confederación del Comercio de Cataluña.

¹⁷ El XIV convenio de la “Industria Química” para el período 2004-2006 lo firman las federaciones sindicales pertinentes de CCOO (FITEQA) y de UGT (FIA) y la Federación Empresarial de la Industria Química Española (FEIQUE).

más avanzados en el desarrollo de políticas de igualdad. Además, el convenio recoge las regulaciones establecidas por la Ley de Conciliación, detallándolas de forma notoria para cada circunstancia (en el extenso capítulo VI del convenio sobre desplazamientos, dietas, licencias y excedencias) y ampliando en ocasiones el alcance de sus disposiciones. Las mejoras más significativas se dan en las siguientes cuestiones:

- Regulación de la reducción de jornada por motivos familiares
- Reserva de puesto de trabajo por maternidad
- Excedencia por cuestiones familiares y licencias sin sueldo con motivo de la atención a familiares por enfermedad.

Aunque el convenio de química es el que dedica más atención a esta temática, vale la pena subrayar que sus cláusulas más que mejorar la legislación lo que fundamentalmente hacen es recogerla y concretarla. El convenio de comercio es mucho más limitado y restrictivo, mientras que el de preparados alimenticios se sitúa en una posición intermedia. La situación contrapuesta de la química y del comercio es igualmente visible en las argumentaciones sobre la conciliación que realizan los responsables de las organizaciones empresariales sectoriales que hemos entrevistado. Brevemente expuestas, conviene resaltar algunas consideraciones que derivan de esas entrevistas, siendo de particular interés las que tienen que ver con las hipótesis que guían la investigación y que se abordan en el siguiente apartado.

De este modo, los entrevistados tienen un escaso conocimiento de las directivas europeas que dan pie a la Ley de Conciliación y no creen que hayan tenido incidencia sobre la negociación colectiva. Mayor peso ha tenido la propia Ley en el convenio de químicas aunque, como señala el responsable entrevistado de la patronal sectorial, es sobre todo la insistencia sindical la que ha dado lugar a la inclusión de cláusulas relativas a la conciliación. De hecho, este tema tiene poca relevancia en el convenio de comercio, mientras que se le otorga más en el de químicas.

–“(Los temas de conciliación) son peticiones que están recogidas en la plataforma de los sindicatos, que plantean una serie de peticiones concretas en este bloque y se discuten (...) Lógicamente desde el 99, con la Ley, ha habido avances muy importantes porque...los sindicatos han querido incorporar esos temas en los convenios (...) Además, ha habido una incorporación de la mujer al mercado de trabajo y también un incremento de la natalidad por tanto es un tema que se ha de afrontar de manera seria y concreta” (E12).

–“No, no hay en el convenio (cláusulas relativas a la conciliación). Hay cosas en temas de bodas, necesidades familiares (...) Los sindicatos no lo

han planteado. Hace poco hemos renovado el convenio y la conciliación no es un tema que se haya planteado” (E11).

Por otro lado, aunque se defiende una conciliación válida para hombres y mujeres, en la práctica se alude a su mayor incidencia en la gestión de las políticas de personal relativas a éstas últimas. Esto es especialmente relevante, ya que tiene que ver con la concepción del significado de la conciliación y permite situar mejor la posición de las organizaciones empresariales al respecto:

–“No se discrimina en principio (...) hablamos tanto de la mujer como del hombre. Pero aunque no sea solo para las mujeres, realmente las mujeres son las más afectadas nos guste o no (...). En la conciliación se trata de adoptar las medidas adecuadas para que, sobre todo las mujeres que son las más afectadas por el tema doméstico, puedan compatibilizar lo que es su trabajo con su obligación como madre o como lo que sea. Piensa que la vida familiar no es solo el tema de los hijos, también puede ser el de la gente mayor” (E12).

En este mismo sentido, el responsable de la Confederación de Comercio entiende la conciliación desde las exigencias que el conjunto social efectúa sobre las empresas del sector en términos de horarios, con el fin de que los ciudadanos puedan efectuar sus compras sin que se lo imposibilite su desempeño laboral. Su discurso es muy elaborado, está ampliamente estructurado y muestra la preocupación de la organización que representa sobre la cuestión:

–Creemos que los horarios comerciales son una falsa polémica cuando se plantea su liberalización (...) la actividad comercial es tan importante en nuestra sociedad que sus horarios no pueden organizarse sólo desde el punto de vista del consumidor. El efecto sobre el conjunto de la ciudadanía de una liberalización de horarios iría más allá de lo que es el consumo puro y duro (...) Somos un sector clave, un sector que preserva la cultura, las tradiciones, da vida a las ciudades, configura modelos de convivencia y, por tanto, aportamos muchos valores sociales (...) En el tema de la conciliación, en Europa, por la tradición europea, habría que reservar los domingos como el día prioritario de descanso de todos los sectores productivo e intentar conseguir que al menos un día a la semana la gente, los ciudadanos europeos puedan encontrarse para mantener relaciones familiares, de amistad, etc.” (E11).

El extracto anterior es un mínimo resumen de los argumentos desarrollados en la entrevista. Esos argumentos, dan cuenta del interés de la organización empresarial en defender los intereses de la mayoría de sus representados, pequeñas y pequeñí-

simas empresas, imposibilitadas para abrir sus instalaciones en festivos como deseaban algunas grandes firmas. Tan interesante como esa concepción de la conciliación es el hecho de que cuando se advierte de las dificultades en ese orden que pueden tener las personas empleadas en el sector, la conciliación desaparece como cuestión importante. De ahí, la poca relevancia que se le da en la negociación colectiva:

–“Si lo miramos desde dentro, desde la gente que trabaja, es un sector que está absolutamente sacrificado en beneficio del consumidor (...) ¿cuando podrá ir a comprar el trabajador?, porque si todos cerramos a las 8, ¿cuando comprará la dependienta que tenemos? Pero resulta que no se como se lo hacen, en el buen sentido, como se organizan, pero en las casas de nuestros trabajadores tienen productos y todos van bien vestidos y todos compran cotidianamente. Eso quiere decir que existen mecanismos propios...quiere decir que hay planteamientos de rotación y alternativas del propio sector” (E11).

Según el entrevistado no parece que haya problemas para las personas que trabajan en el sector, cuando es uno de los que mantienen horarios que dificultan en mayor medida la posibilidad de combinar la vida laboral, familiar y personal. Sin embargo, alguna de las reflexiones del responsable de la Confederación del Comercio entronca con una idea de conciliación particularmente importante, en tanto que va más allá de la interacción trabajo/familia y se extiende al conjunto de aspectos que componen los elementos vitales de la persona. Así, cuando se refiere a las dificultades de contratación de personal que experimenta el sector indica que, al margen de los salarios, el problema es que los jóvenes no desean los horarios que se les marcan en el centro de trabajo. Esta cuestión apunta a la importancia de la empresa como el lugar primordial en que se concretan las dificultades para conciliar la vida familiar y laboral (o los tiempos laborales con los tiempos que configuran la vida de las personas). A continuación, y abundando en la concreción en el terreno de la empresa, explicitamos los principales resultados del estudio que hemos realizado sobre tres casos concretos.

1.3 Las empresas punteras en conciliación. Estudio de casos

En nuestra investigación preveíamos la existencia de casos significativos de empresas que impulsan políticas de conciliación. Pero, al mismo tiempo, nos planteábamos la hipótesis de que esas políticas, tienen un alcance limitado y no se extienden en absoluto a la mayor parte del tejido empresarial¹⁸.

¹⁸ De los pocos estudios sobre el tema, el de CHINCHILLA, N., Índice de Empresas Familiarmente Responsables, Pamplona, IESE, 2004, destaca que apenas el 20% de las empresas españolas tiene un

Si bien el estudio de las prácticas más innovadoras es un elemento capital para saber lo que acontece en las empresas en materia de conciliación por su creciente difusión en los principales círculos empresariales, los análisis al respecto son escasos y tienen un fuerte sesgo normativo de corte managerial. Tampoco abundan estudios que planteen los grandes modelos internacionales sobre esta temática. Destacan entre esos modelos, el más ambicioso en lo que se refiere a las políticas de conciliación, conocido como *Work Life Balance* y el denominado *Family-friendly* que, por razones de espacio no podemos describir aquí¹⁹.

En general, las prácticas sobre conciliación que aplican las empresas de forma proactiva e inscritas en el marco de la gestión de los recursos humanos son modestas y están poco extendidas. Además, algunas de esas prácticas tienden también, al menos como objetivo subsidiario, a hacer aparecer a la entidad como una empresa “socialmente responsable” y que entiende que ese carácter debe ser ampliamente publicitado. En efecto, los estudios que enfatizan esas medidas lo hacen calificándolas con frecuencia de “buenas prácticas”, una idea difundida desde la UE que estima que, para difundir en el tejido empresarial determinado tipo de políticas, cabe hacer conocer al conjunto social las iniciativas positivas en ese terreno emprendidas por algunas de ellas. De este modo, las empresas que las promueven se benefician de formas de reconocimiento que mejoran su imagen corporativa.

En la actualidad hay diversas iniciativas que promueven la difusión de medidas de conciliación impulsadas por las empresas. Las iniciativas que finalmente se publicitan y se dan a conocer recogen la presencia de un limitado número de empresas. Así, el *Programa Óptima*, promovido por el Instituto de la Mujer, impulsa políticas para compatibilizar las responsabilidades laborales y familiares. En el programa participan más de 60 empresas, muchas de las cuales aparecen con frecuencia mencionadas por el desarrollo de “buenas prácticas” en términos de conciliación o de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres; aspectos que, aunque no

conjunto de políticas familiarmente responsables. Menos optimista es el Instituto de Estudios Laborales, Informe Randstad. Calidad del Trabajo en la Europa de los Quince, Madrid, ESADE, 2004, o el estudio *Work and Life Balance*, de ESADE y CREADE (en *Capital Humano*, 149/2001; 166/2003), según los cuales las empresas españolas se sitúan en el grupo de países que ofrecen menos políticas para facilitar la adaptación de la vida laboral, familiar y personal. También en GPI Consultores (ob. cit), se muestra la excepcionalidad de medidas empresariales proactivas relevantes.

¹⁹ Ambos modelos se inscriben en determinados tipos de enfoque sobre la gestión de recursos humanos. Para una aproximación a ellos puede consultarse BAILYN, L., DRAGO, R. and KOCHAN, T., *Integrating Work and Family Life: A Holistic Approach*, Cambridge, MIT Sloan School of Management, 2001 y RIGBY, M., “Equilibrio entre trabajo y vida no laboral: ¿Un concepto útil?”, Ponencia en Seminario “L’organització social del temps: conciliació de la vida laboral i familiar”, Grupo de Estudios Sociológicos sobre la Vida Cotidiana y el Trabajo (QUIT), Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2004.

implican lo mismo, son frecuentemente identificados entre sí. Buena parte de las empresas con prácticas relevantes de conciliación, que cita el informe elaborado por el Instituto de Estudios Laborales, *ob. cit.*, participan en el Programa mencionado: Danone, El Pozo, Banco Santander-Central-Hispano o Mercadona, entre otras. Lo mismo ocurre con las medidas en pro de la conciliación recogidas por otros estudios que citan entre otros los casos de: IBM, Caja Madrid, Procter-&Gamble, Nestlé, Unión Fenosa, La Caixa de Pensions, Nestlé, o Novartis²⁰. Algunas de esas empresas, como es el caso del Banco Santander-Central-Hispano, o el de Repsol, han llegado a acuerdos con los sindicatos para desarrollar medidas vinculadas con la conciliación; acuerdos que no suelen ser habituales en las empresas que impulsan políticas de este tipo.

Aunque podríamos describir otros casos (Novartis, uno de los que estudiamos es de los más conocidos y publicitados), insistimos en que las empresas que desarrollan políticas de conciliación son poco numerosas. Más relevante es todavía el que las políticas que impulsan suelen dirigirse a una parte limitada de sus plantillas. Como subraya el estudio elaborado por *GPI Consultores (ob. cit.)*, los empleados más desfavorecidos, poco cualificados y que ocupan las categorías profesionales inferiores, utilizan recursos internos de la familia (sobre todo la asistencia de la abuela materna para atender a los hijos menores de edad), reconocen un mayor peso de la madre como responsable de dispensar cuidados familiares y una menor participación del padre y, asimismo, consideran que las necesidades de conciliación inciden en los abandonos del mercado de trabajo. Los mejor ubicados en términos laborales, generalmente empleados considerados centrales por la dirección, son aquellos a quienes se destina en mayor medida prácticas que permiten compatibilizar mejor las responsabilidades laborales y las familiares.

De los estudios de casos que hemos realizado sobre centros de trabajo ubicados en Cataluña de las transnacionales Bayer, Nestlé y Novartis, nos encontramos con empresas de distinto perfil. Las dos primeras aplican políticas de recursos humanos en las que vienen adoptando medidas afines a la conciliación desde hace bastantes años, en un marco de relaciones laborales regulado por un convenio para los diversos centros de trabajo de la empresa. Nestlé goza de cierta reputación en materia de conciliación, al ser una de las empresas del *Programa Óptima* del Instituto de la Mujer. Por su parte, la división española de la farmacéutica de origen suizo Novartis reviste el especial interés de ser una empresa que, sujeta al mismo convenio colectivo que Bayer, el de química (Nestlé tiene como referente el de

²⁰ Véase: Cuenca, N., "Conciliar para vivir mejor", en Muface, nº 198, Ministerio de Administración Pública 2005, o IESE, Guía de buenas prácticas de la empresa flexible, Madrid, Comunidad de Madrid, 2004.

alimentación también analizado anteriormente) elabora una iniciativa específica en materia de conciliación, el *Proyecto Trébol*, que goza de gran predicamento en círculos empresariales. Exponemos seguidamente y de forma esquemática las políticas de conciliación que se aprecian en esas empresas.

A) *Bayer Hispania S.A.*

La empresa había desarrollado años atrás prácticas que pueden considerarse ligadas a la conciliación, como es el caso de la creación de una guardería de empresa, aunque la dirección la consideraba una prestación social más. En la actualidad, como indica un responsable de recursos humanos “la empresa no hace otra cosa que aplicar la legislación” (E15) y suple el servicio de guardería que ya ha anulado con el pago parcial de los costes que ese servicio supone para sus empleados. En la actualidad, no utiliza prácticas directamente ligadas a la conciliación.

Esta lectura de las acciones vinculadas a la conciliación de la dirección de Bayer coincide parcialmente con la que proporciona CCOO, sindicato mayoritario en las oficinas centrales. Si bien es una empresa cumplidora con la legislación, con una relativamente buena interlocución con los sindicatos y condiciones de empleo, no aborda la conciliación de forma adecuada. Así:

–“Lo que nosotros estamos intentando aplicar, es conciliar nuestra vida personal, con el trabajo, en un momento en que el trabajo cada vez ocupa más tiempo, más espacio en nuestra vida. Hay que buscar reglas de juego para conciliar los dos ámbitos.(...). Por ejemplo, el tiempo que necesitan las mujeres preparto, que quiere decir marchar en horas de trabajo; estar fuera no sé cuantas semanas del parto; cuando vuelves, con el crío pequeño, el tiempo de lactancia y la reducción de jornada. Todo esto son reducciones del tiempo de trabajo en un momento en el que hay presión del trabajo, exigencia de resultados. Entonces esto lo hemos vivido como problema y ha habido gente que ha tenido “pressing” del jefe”(E16).

B) *Nestlé España S.A.*

De acuerdo con Recursos Humanos, “Nestlé ha aplicado tradicionalmente un conjunto de iniciativas vinculadas a la conciliación” (E13). Hasta 1997, con el impulso de un servicio de guardería, que ya no se facilita por la escasa demanda de la plantilla, y posteriormente con la cofinanciación de este servicio a sus empleados. A ello se une la flexibilidad horaria de entrada y de salida y la concentración de jornada los viernes y vigilias de fiestas; así como la ubicación de servicios de banca, viajes y seguros en la empresa. Asimismo se facilita la carrera profesional de las mujeres, evitando desplazamientos largos a centros de trabajo lejanos al domici-

lio para favorecer sus posibilidades de promoción. Desde 1998 Nestlé se inscribe en el *Programa Óptima*, desarrollando medidas de igualdad de género, entre las que destacan evitar el lenguaje sexista para tipificar las categorías profesionales y ahondar en medidas que faciliten el desarrollo de la carrera profesional de las mujeres. Con posterioridad, se ha promovido la reducción de jornada para empleados con hijos menores de seis años y se fomenta el empleo a tiempo parcial para los empleados de producción.

Pero la mayor parte de esas medidas tienen una aplicación limitada a los empleados considerados centrales por la dirección, excluyendo de las mismas a los trabajadores de producción. En este último sentido, como indica la responsable sindical (E14), la empresa destina y aplica la conciliación de forma casi exclusiva a directivos, técnicos, comerciales y administrativos de los servicios centrales. Sus medidas se entienden, además, como iniciativas de potestad empresarial; no se negocian con los sindicatos. Más concretamente, la medida principal que se promueve es que el personal comercial y ejecutivo femenino no tenga que hacer traslados largos desde el domicilio hasta el centro de trabajo, ubicando a esas personas en centros más próximos a su domicilio para poder hacer compatible la vida familiar y laboral.²¹

C) *Novartis España S.A.*

Novartis desarrolla desde el 2003 el *Proyecto Trébol*, dirigido exclusivamente a la conciliación y muy conocido en este terreno. De acuerdo con Recursos Humanos, su formulación, rompe con la tradicional lectura de la conciliación como derivada de las nuevas necesidades familiares para entenderla como un problema personal, social y familiar vinculado con empleos con tareas por objetivos, de alto rendimiento y dedicación temporal y que se han de afrontar primando una mejor gestión del tiempo (E17). La empresa tiene un planteamiento filosófico formulado mediante la idea del trébol: la primera hoja es la parte social y laboral, la segunda hoja es la parte personal y la tercera hoja es la parte familiar. El reto es armonizar los tiempos de estas tres hojas del trébol para desarrollar las premisas del proyecto:

–“*La empresa se ha dado cuenta que vale la pena favorecer y facilitar la vida de las personas en temas que podían ayudar en las tres áreas, perso-*

²¹ Los beneficios de esa acción son, en cualquier caso, limitados, ya que la empresa puede facilitar la elección entre unos pocos centros de trabajo a sus empleadas. Otras empresas también han implantado acciones similares, pero pueden alcanzar mayor calado cuando así lo facilita su localización territorial. Es el caso, por ejemplo, de Caja Madrid. Esta empresa procura ubicar a las mujeres que emplea y que tienen cargas familiares en centros cercanos a su domicilio. La profusión de oficinas bancarias en el territorio facilita la eficacia de aquella acción en mayor medida que en el caso de Nestlé.

nal, social y familiar, entendiendo que no podemos añadir más tiempo a nuestras vidas pero sí podemos hacerlas de mayor calidad, y más eficientes; por ejemplo, una de nuestras acciones es eliminar la burocracia, la gente aquí está trabajando muchas horas, funciona por objetivos (...). Aquí hay un horario establecido, pero lo que hay básicamente son unos objetivos y la gente va a cumplir los objetivos, si estas personas son capaces de cumplirlos con menos tiempo, perfecto, y esto la empresa lo facilita en todos los aspectos. Ésta es la teoría que hay debajo del Trébol”(E17).

El proyecto se basa en cuatro grandes pilares:

- 1) *Aumentar la eficiencia y eliminar la burocracia.* Con las siguientes acciones: -no realizar reuniones durante la primera hora de jornada laboral ni más tarde de las cinco (hora de finalización de la jornada); -tipificar los correos electrónicos en función de su importancia y urgencia y página web accesible a algunas secciones.
- 2) *Mentalidad positiva y equilibrada de los empleados.* La acción más destacada en este sentido es la posibilidad de trabajar con vestuario informal los viernes.
- 3) *Mejora del entorno laboral a nivel social y de la comunidad. Acciones de Work Life Balance.* Comprende acciones como: -Curso “Desconexión” con la finalidad de evitar el estrés; -Curso “Liderando reuniones efectivas”; y -*Club Trébol*: acciones para mejorar las relaciones sociales entre el personal, entre las que destacan facilitar prendas para actividades deportivas, descuentos en las entradas para algún evento cultural, organización de excursiones, etc.
- 4) *Recursos y servicios al colaborador.* Supone: -Servicios de una empresa para asistencia sanitaria y atención pequeños y mayores con descuentos; -Servicio de catering del menú de la empresa del mediodía para la cena en casa a precios reducidos; -Concesión de coches familiares a los comerciales; -Servicios de yoga y de masajes.

De hecho, el Proyecto no se ha difundido de forma integral a la plantilla, sino dando a conocer las acciones puntuales. Aunque la empresa desconoce el número total de trabajadores atendidos por el Proyecto, su valoración es positiva; fundamentalmente en tanto que sus medidas mejoran la satisfacción laboral aunque, como contrapartida, son notablemente caras: “A la empresa le es muy caro, cada curso de estos vale una burrada, 1000 euros un curso de 4 horas, si haces 20 cursos, o las entradas de Trébol o la misma web vale una burrada. En suma, todo el coste es muy caro, esperemos que los beneficios sean que la gente realmente lo aproveche” (E17). También cabría indicar que alguna de esas medidas no tiene acogida real entre los empleados, como es el caso del servicio de comidas para llevar (con

la pretensión de que los empleados no pierdan tiempo cocinando) que proporciona la empresa y que apenas se utiliza.

Por su parte, el responsable sindical del centro de trabajo de oficinas centrales (E18) valora de forma relativamente positiva las iniciativas emprendidas, pero de forma muy negativa su falta de negociación y la escasa aplicación del Proyecto Trébol en muchos departamentos, ya que da una gran discrecionalidad a los directores de los mismos en su difusión. La empresa no tiene convenio propio y las relaciones laborales se rigen por un pacto firmado en 1998 que la dirección no ha querido renegociar, como tampoco ha negociado ningún aspecto del Proyecto que se lanzó directamente desde el departamento de recursos humanos como una iniciativa de la dirección. De hecho, Trébol nació ante el exceso de trabajo y malestar entre los empleados surgidos después de la fusión con otra empresa. Hoy el proyecto Trébol tiene una importante función en la imagen pública de la empresa, así como en la construcción de la legitimidad interna entre los empleados de las oficinas centrales. Sin embargo, la presión de la economía de tiempos persiste, sólo que ahora interiorizada en forma de autogestión del propio tiempo de trabajo. Otra forma de presión es a través de la dirección por objetivos. Una parte del salario depende de los objetivos alcanzados anualmente y el sistema de incentivos por objetivos obliga a la autodisciplina, a interiorizar y autogestionar la administración del tiempo.

El lema de la empresa “*facilitar los recursos que apoyen el balance entre la vida laboral, familiar y personal*”, simplificado en la idea del trébol, constituye una verdadera ideología para la integración de sus empleados bajo criterios neopaternalistas. Dicha ideología parece enmascarar la dedicación de mucho tiempo a las actividades de la empresa. La sutilidad estriba en la interiorización de la disciplina temporal: de hecho los empleados no parecen ser muy críticos con Trébol, pero perciben que hacen muchas horas de trabajo (E18). Por consiguiente, de la lectura entre líneas de esta “filosofía del trébol” y de sus objetivos, podemos colegir una interpretación neo-funcionalista de la gestión empresarial expresada mediante un discurso de integración armoniosa y sin conflicto de los trabajadores, que participan y a la vez generan los valores de la cultura de la empresa como una comunidad de intereses e identidades compartidas. Poco que ver, en cualquier caso, con la conciliación.

2. Desarrollo del derecho sustantivo en la negociación colectiva

Retomamos ahora las hipótesis que pretendíamos confrontar en nuestra investigación, una vez analizadas las posiciones de los agentes sociales implicados y las características que adoptan las prácticas más novedosas en materia de concilia-

ción en las empresas. Recordemos que aquellas hipótesis son cinco: 1) Las directivas europeas y su transposición han jugado un importante papel en la difusión de la conciliación; 2) La conciliación ocupa un lugar secundario en la negociación colectiva; 3) la estructura centralizada de la negociación colectiva favorece la inclusión de los objetivos de conciliación y su irradiación; 4) la conciliación se tiende a gestionar de forma individualizada desde los departamentos de recursos humanos y 5) Las “buenas prácticas” de conciliación constituyen acciones positivas, pero sólo en términos relativos y no presentan un gran alcance.

2.1 La función impulsora de las directivas europeas respecto a la legislación española

La transposición a la legislación española de las directivas europeas citadas con anterioridad, ha jugado un papel inductor en las relaciones laborales. El desarrollo de los temas de conciliación entre la vida laboral y familiar en la negociación colectiva ha tenido efectos positivos, aunque también contradictorios. Los representantes sindicales entrevistados estiman que las directivas europeas y la Ley de Conciliación han jugado un papel difusor en el tema de la conciliación: ha facilitado su inclusión en la agenda de negociación. Este hecho es formalmente importante en términos de difusión y sensibilización de los actores en esa cuestión. Como nos indican algunas de las personas entrevistadas: “La redundancia del articulado de la Ley en los convenios colectivos es una estrategia para la difusión y consolidación de la propia Ley. El cumplimiento de la Ley no es automático” (E3). Este proceso de difusión de los objetivos de la Ley y su articulación hacia los niveles inferiores de negociación (sector, empresa y centro de trabajo) es fundamental para la “*gobernanza multinivel*.” En términos de la gobernanza, la representante sindical de una multinacional subraya la importancia que han tenido la directiva y la Ley a efectos de establecer políticas comparativas entre los distintos centros europeos, tales como encuestas sobre los códigos de conducta de la multinacional y las políticas de igualdad: “la comparación con otros centros del mismo grupo multinacional permite presionar aquí y criticar indirectamente la gestión paternalista. Eso influye en la posición de la dirección de recursos humanos de aquí” (E14). La actuación de los Comités de Empresas Europeos abre una oportunidad para establecer elementos comparativos y a la vez presionar sobre la dirección de recursos humanos de los centros que no cumplan con la media general del grupo.

Asimismo, la Ley ha tenido diferentes consecuencias en la práctica de los actores sociales. Elocuencia de ello son las siguientes observaciones realizadas en las entrevistas. En primer lugar, la Ley ha constituido un respaldo notable para los sindicatos a la hora de reclamar ante los tribunales determinados derechos asociados a la conciliación y negados por la contraparte empresarial. En segundo lugar, ha

sido importante para reclamar la aplicación de derechos adquiridos, como es el caso de los derechos de maternidad: “Sólo basta mencionar que antes de la Ley muchas mujeres no agotaban la baja por maternidad por las presiones y para hacer mérito en la empresa y poder promocionar” (E14). En tercer lugar, la Ley y su desarrollo en la negociación colectiva han abierto una oportunidad para modificar el vocabulario y el lenguaje sexista en algunas empresas, cuestión en la que coinciden en señalar algunos representantes sindicales y también empresariales (E13). No obstante, algunos responsables empresariales entrevistados han señalado que no era necesaria esta Ley porque tiende a “judicializar” asuntos propios de la gestión de recursos humanos (E13). Es decir, bajo su punto de vista, coarta la capacidad de gestión de la empresa en un tema cuyos contenidos entienden como propios de la gestión de recursos humanos y no como un derecho de carácter general.

Las personas entrevistadas señalan que, además de las directivas europeas sobre conciliación, también han jugado un papel inductor las directrices relacionadas con el desarrollo del cuarto pilar de la UE sobre la política de igualdad de oportunidades. En este sentido, diversos estudios confirman esta idea sobre el efecto que ejercen las instituciones jurídicas europeas, al tiempo que clasifican sus directivas según su capacidad inductora y distinguen entre “directivas fuertes” y “directivas débiles”²². Las primeras se refieren a directivas que han sido negociadas a nivel supranacional y ejercen una fuerte influencia en la legislación de los estados miembros y en la negociación colectiva. Mientras que las segundas son directivas que no tienen especial influencia en la legislación ni en la negociación colectiva. Entre las directivas fuertes se encuentran aquellas que están relacionadas con la igualdad de oportunidades y la conciliación.

2.2 La conciliación en la negociación colectiva

Un indicador del escaso grado de extensión y del papel secundario que tienen los temas de conciliación en la negociación colectiva nos lo ofrecen los datos del Consejo Económico y Social, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral en España 2002*, Madrid, CES, 2003. La información que aporta entremezcla cláusulas sobre igualdad de oportunidades con otras referidas estrictamente a conciliación. Las cláusulas de no discriminación o promoción de la igualdad entre sexos aparecían en el 16,1% de los convenios colectivos y cubrían al 39,8% de las trabajadoras en el año 2002. En el mismo año, los complementos por maternidad

²² BONINO, C. y ARAGÓN, J., *La negociación colectiva como instrumento para la igualdad laboral entre mujeres y hombres*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; y Gallardo, R. y otras, *Los acuerdos fuertes y débiles frutos del Diálogo Social Europeo*, Barcelona, Fundación para el Diálogo Social, Working Paper 2003.

aparecen en el 11,9% de los convenios colectivos. En relación directa con la conciliación, se indica que las cláusulas más extendidas son las licencias, permisos, excedencias por maternidad y lactancia, excedencias para el cuidado de familiares y otras cláusulas relacionadas con la flexibilización del tiempo de trabajo.

Otro estudio reciente (GPI Consultores, *ob. cit.*) y basado en una encuesta a 200 empresas con políticas de conciliación, pone de relieve que las principales medidas (no recogidas por la Ley) son la flexibilidad en la hora de comienzo y fin de jornada (35%); elección libre de turnos e intercambio (31,6%); tiempo parcial con posibilidad de retomar a tiempo completo (26%); distribución flexible de horas a lo largo del tiempo (24,6%); permisos de maternidad más allá de lo que obliga la ley (8%); teletrabajo (5,3%); ayudas económicas para el cuidado de dependientes (2,8%) y guarderías en el centro de trabajo (1,4%). Pero sin duda esta es una visión optimista que refleja la realidad de unas empresas significadas en este terreno pero que se aleja de los contenidos de la conciliación que se encuentra en los convenios colectivos.

En efecto, de hecho la prioridad en la negociación colectiva la tienen los considerados temas clásicos en la negociación, como son las cuestiones salariales y el empleo. Más específicamente, desde los sindicatos se matiza que la prioridad la constituye la “*conservación, mantenimiento y ampliación del empleo*” (E7).

Los temas vinculados con la conciliación ocupan un lugar secundario y suelen encuadrarse en el capítulo de igualdad de oportunidades. Asimismo, el significado de la conciliación es distinto para sindicatos y empresarios. Por un lado, los sindicatos considera la conciliación como una armonización de la vida laboral, familiar y personal capaz de ser abordada y regulada de forma colectiva, en tanto es una cuestión que afecta al conjunto de las plantillas. Por otro lado, el empresariado tiende a entender la conciliación como una cuestión personal, individual, por las distintas situaciones y cargas familiares de cada cual. Estas dos formas diferentes de entender la cuestión de la conciliación ya constituye de por sí un obstáculo para la negociación colectiva.

No obstante, cabe añadir que la dificultad para darle una mayor relevancia en la negociación colectiva se debe tanto a la reticencia empresarial (especialmente en la pequeña empresa) como también a la de la representación sindical. En cierto modo, ambas son deudoras de una concepción según la cual la temática de la conciliación excede el ámbito laboral y se remite a las peculiaridades de la mano de obra femenina. Algunas de las explicaciones formuladas por las personas entrevistadas sobre las dificultades para la implementación de la conciliación son:

- La gran mayoría de los componentes de las mesas de negociación son hombres.
- La cultura sindical en la empresa está anclada en valores tradicionales patriarcales.²³
- A veces el freno a la conciliación proviene de los propios trabajadores ya que la demanda de conciliación por parte de algunos (mayoritariamente, algunas) plantea conflictos con el resto de la plantilla, puesto que la dirección de la empresa puede redistribuir la carga de trabajo entre quienes permanecen trabajando; esta situación se hace especialmente patente en el caso de las plantillas altamente feminizadas.
- Los empresarios son reacios porque introducir la conciliación en la negociación puede trastocar la organización del trabajo, los horarios y la concepción de la jornada laboral. Además, los empresarios consideran que el desarrollo de la conciliación mediante permisos puede derivar en aumento de los costes laborales, en particular en los casos de fuerte presencia femenina, como podría ser el caso del sector del comercio.
- Por último, la propia debilidad del estatus contractual del empleo temporal debilita la posición sindical a la hora de negociar.²⁴

La vía principal por la cual se introduce la conciliación en la negociación colectiva es a través de la igualdad de oportunidades, ya que este concepto está directamente relacionado con el acceso al empleo, con la formación y la promoción profesional. La estrategia de los sindicatos consiste fundamentalmente en priorizar la política de igualdad a partir de la cual hacer irradiar el tema de la conciliación. Pero sin duda, el principal reto que plantea la conciliación es abordar la organización del trabajo. En el ordenamiento jurídico la organización del trabajo es potestad exclusiva de los empresarios: el meollo de la cuestión es el poder de decisión. Una oportunidad para influir en la organización del trabajo e introducir el tema de la conciliación aparece cuando se negocia la reorganización y flexibilización de la jornada laboral y la del tiempo de trabajo en la empresa. En este sentido, las cláusulas relacionadas con la conciliación resultantes de la negociación más frecuentes son: la reducción de jornada, el trabajo a tiempo parcial, la flexibilidad en la entrada y salida del trabajo, el horario comprimido de trabajo con la finalidad de liberar alguna tarde entre semana y las bolsas de tiempo de trabajo. Sin embargo,

²³ En algunas entrevistas también se apuntan ciertas diferencias entre los grupos generacionales de sindicalistas y también por su nivel cultural, de modo que, posiblemente los y las sindicalistas más jóvenes y con un cierto nivel de estudios valoren de forma más positiva la conciliación (E1, E7).

²⁴ La debilidad sindical derivada de la inestabilidad del empleo ha sido una cuestión especialmente manifestada en el caso del sector del comercio (E8, E10).

las cláusulas más difundidas son las relativas a permisos por maternidad, los permisos complementarios de uno o dos días más de lo estrictamente regulado por Ley, los permisos por accidente, fallecimiento o enfermedad de familiares, así como las ayudas económicas de guardería por hijos menores de seis años. Es decir, salvo excepciones ligadas a una cierta negociación de la flexibilidad del horario y de la jornada laboral, en realidad los contenidos de la conciliación se remiten a un abanico más o menos amplio de permisos.

Con todo, las personas entrevistadas observan que la negociación colectiva tiene sus límites como impulsora de la conciliación. Eso depende también de la provisión de servicios que la negociación colectiva no tiene como función proveer. Esta sería una tarea de las instituciones públicas que deberían facilitar servicios tales como guarderías o servicios de atención a las personas mayores, que contribuyan a aligerar las cargas domésticas; verdadero eje de la cuestión en términos de una conciliación que de respuesta a una doble carga de trabajo mayoritariamente femenina. Sin embargo, como hemos visto, algunos de estos servicios o prestaciones sí que se contemplan en algunas empresas, aunque no suelen abordarse en la negociación colectiva.

En definitiva, la transposición de las directivas europeas a la legislación española ha sido de mínimos. Se ha acatado el mandato en lo que supone de objetivo político, pero se limita su alcance en términos de actuación en la materia. La propia limitación de las actuaciones previas al mandato europeo, fruto en buena medida de una cultura patriarcal que impregna la sociedad española ha contribuido a ello. En España, la conciliación se ha venido leyendo como un problema de la mano de obra femenina a “solucionar” desde la óptica del permiso laboral.

2.3 La estructura centralizada de la negociación colectiva y la mayor cobertura en materia de conciliación

Uno de los retos que presenta la gobernanza multinivel (la gestión de los acuerdos en los distintos niveles de negociación) es la articulación de la estructura de negociación a efectos de irradiar y coordinar los objetivos de las directivas europeas y de la Ley de Conciliación, así como desarrollar los acuerdos alcanzados en los convenios colectivos. Un dato interesante y quizás elocuente de la importancia de la estructura centralizada nos lo ofrece la memoria del Consejo Económico y Social, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2003*, Madrid, CES 2004: 270: “Alrededor del 60 por 100 de los convenios estatales presentan algún tipo de regulación entre la vida laboral y familiar”. Los convenios centralizados, como el de químicas, pastas de papel y cartón, banca, textil-confeción y marroquinería, son los que mejor han incorporado la ley sobre conciliación

de la vida familiar y laboral. Asimismo, son los que han incorporado cláusulas de interés relativas a permisos para preparación del parto y permisos parentales. Mientras que en los convenios descentralizados, como los territoriales (sobre todo los provinciales) y los de empresa, las mejoras de lo dispuesto por la ley parecen tener menor importancia y menor capacidad de cobertura sobre los trabajadores afectados.

Asimismo, otro estudio reciente²⁵, argumenta sólidamente que los cuarenta convenios colectivos que se negocian centralizadamente a nivel de estado, son desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, los que incorporan con mayor calidad técnico-jurídica el reconocimiento, la garantía y la protección de los derechos de la Ley de Conciliación. Así es en este ámbito estatal donde se registra un mayor número de cláusulas relativas a permisos retribuidos²⁶, las mejoras en el período de lactancia²⁷, el reconocimiento de las parejas de hecho, la concesión de tiempo retribuido para ir al médico e incluso para el acompañamiento de los hijos. Por el contrario, en los convenios de ámbitos inferiores, como los provinciales y los de empresa, es donde se registran las mayores irregularidades, convenios éstos que en ocasiones registran cláusulas que están por debajo de la Ley. Prueba de ello es que en bastantes de estos convenios, de ámbitos inferiores, se sigue recogiendo la antigua redacción del Estatuto de los Trabajadores que limita el permiso del trabajador/a a “enfermedad quirúrgica”, término más restrictivo que el “hospitalización”, o no aparecen permisos relacionados con “accidente grave”. O incluso cláusulas que a la luz de la nueva ley de conciliación son ilegales, como la reducción del acceso en los permisos para los familiares de segundo grado.

Los convenios de empresa registran una gran diversidad a diferencia de los convenios sectoriales que son más homogéneos. En esta línea de mostrar los fuertes contrastes entre ámbitos, podemos observar que en los convenios de empresa el permiso de lactancia está escasamente regulado y, además, no se han introducido las novedades que incorpora la Ley. También en los convenios de empresa se registran ilegalidades, tales como la ausencia de los derechos por “hospitalización” o por “accidente grave,” de los derechos a “exámenes prenatales”, del concepto de “consanguinidad o afinidad, del “segundo grado de parentesco”, falta de reconocimiento del permiso al padre por causa de lactancia. Es también aquí donde se

²⁵ OTAEGUI, A., “El tiempo de trabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar.” En ESCUDERO, R., **La negociación colectiva en España: una visión cualitativa**. Madrid, CCOO 2004.

²⁶ En los convenios estatales aparecen registrados como causantes de derecho nuevos conceptos que mejoran el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores. Ejemplo de ello es la concesión de permisos por matrimonio según la antigüedad en la empresa; la ampliación de permisos por nacimiento o fallecimiento; y la ampliación o flexibilización de los permisos en caso de enfermedad.

²⁷ El permiso de lactancia (artículo 37.4) aparece recogido en 18 de los 40 convenios estatales. El permiso para exámenes prenatales aparece registrado en 15 de los 40 convenios estatales.

registran ilegalidades más flagrantes, tales como restricciones a la utilización del derecho a permiso si el trabajador no tiene una “mínima antigüedad” o no es fijo de plantilla.

Los actores sociales reconocen la importancia que tiene una estructura de la negociación colectiva centralizada a la hora de introducir un nuevo tema en la agenda. En este sentido, manifiestan algunos entrevistados, que los convenios colectivos centralizados o de ámbito estatal, como es el caso del sector químico estudiado, facilitan una mejor coordinación y difusión del contenido de la Ley que los convenios descentralizados, como el del comercio. Los convenios colectivos centralizados permiten una difusión de las pautas de conciliación y un desarrollo técnico-jurídico más acorde con el espíritu de la Ley. Los convenios estatales permiten una mejor armonización, articulación y difusión del acuerdo en diferentes ámbitos de un mismo sector de actividad, así como un mejor seguimiento y aplicación del mismo.

Por el contrario, la estructura descentralizada (como el sector del comercio) presenta serias dificultades para coordinar, difundir y seguir la aplicación de la ley. La descentralización genera diversidad de situaciones y fuertes diferencias territoriales y sectoriales, como nos indica una entrevistada “El comercio es un desastre [además] la pequeña empresa tiene poca diversificación de horarios y de personal. Es más difícil introducir la conciliación. La gran empresa tiene diversidad y más personal” (E7).

2.4 Los límites de la gestión de la conciliación desde la empresa

En este terreno, las premisas que guían nuestra investigación son dos. La primera se refiere a la tendencia empresarial a gestionar de forma individualizada los temas de conciliación. La segunda, afirma que las políticas de “buenas prácticas” tienen un alcance limitado. En el apartado 1.3. dedicado al estudio de casos en las prácticas de conciliación hemos ofrecido indicaciones sustanciales respecto a ambas premisas. Veámoslas más de cerca.

Un determinado tipo de literatura y de estudios sobre la conciliación han tendido a idealizar el tema, presentando como prácticas generalizadas lo que no son más que simples referencias normativo-prescriptivas para orientar la política de gestión de recursos humanos en empresas concretas. Entre las principales medidas aireadas están: el horario flexible, los períodos sabáticos, descansos o paradas profesionales para dedicarse a otras actividades; vacaciones no pagadas; banco de tiempo libre remunerado; flexibilidad en los días de permiso y vacaciones cortas; trabajos compartidos; semana laboral comprimida; tele-trabajo; y contrato de horas anuales en lugar de horas por día. En cuanto a servicios, se recoge en dicha

literatura experiencias sobre guarderías en la propia empresa o bien pago de servicios de guardería; “canguros” durante los días de viaje por motivos laborales; información y recursos para el cuidado de personas mayores; asesoramiento fiscal y financiero; asesoramiento sobre la promoción y carrera profesional; seguro médico; coche de empresa; tiquet de restaurante, etc.²⁸ Según hemos podido comprobar en las entrevistas y en los convenios colectivos estudiados, esta visión de la conciliación no es generalizable ni siquiera al conjunto de empleados de una misma empresa. Al contrario, la gestión de la conciliación en estos términos es restrictiva y sólo para determinados colectivos (directivos, cuadros, técnicos y en ocasiones para el personal administrativo). Además, su gestión es individualizada.

Como ya hemos puesto de relieve, una de las reticencias empresariales para introducir el tema de la conciliación en la negociación colectiva estriba en el cuestionamiento que puede suponer respecto a la organización del trabajo y al poder de la dirección. Otra de las reticencias proviene de la diversidad de situaciones personales de los trabajadores, así como de los propios criterios selectivos inherentes a la gestión de recursos humanos. De hecho, tanto la ley como la gestión cotidiana de la conciliación han venido siendo planteadas bajo la lógica de los permisos, de modo que ello ha redundado en un planteamiento de gestión empresarial individualizado y jerarquizado según categorías profesionales. En otras palabras, el desarrollo de la conciliación se plantea en clave de gestión de recursos humanos más que en términos de relaciones laborales.

En efecto, a tenor de los entrevistados, las prebendas de la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal son distribuidas de forma selectiva e individualizada a modo de incentivos personales exclusivo de determinado personal en las empresas: “la conciliación solo está destinada a determinadas categorías profesionales, directivos, técnicos y comerciales, así como administrativos de los servicios centrales de la empresa” (E14). En la misma línea otra entrevistada señala: “las empresas socialmente responsables son las grandes multinacionales, pero estas prebendas [de conciliación] se las otorga a directivos y cargos de la empresa. La conciliación sólo afecta a una parte de la plantilla y no negocian con los sindicatos.” (E1). En definitiva, la gestión de la conciliación es un elemento importante para establecer políticas selectivas, así como para individualizar las re-

²⁸ Véase, entre otros, CHINCHILLA, N. y LEÓN, C., **Les millors pràctiques de conciliació treball-família a l'empresa**, Barcelona, Generalitat, 2003; GIBERT, F., LOPE, A. y DEALÓS, R., “Las organizaciones empresariales y las empresas ante la conciliación de la vida laboral, familiar y personal”, en *Papers*, Revista de Sociología, próxima publicación; y CARRASQUER, P. y MARTÍN ARTILES, A. (2005). “La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva”, en *Revista Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 22, nº 3, 2005.

laciones laborales mediante mecanismos de fidelización en las empresas privadas, aunque en la empresa pública la política sobre conciliación tiene beneficiarios más amplios. Además, hay que tener en cuenta que en muchas empresas la conciliación forma parte del llamado “paquete social” de la gestión empresarial y se gestiona de forma individual, con criterios paternalistas y como premio por el trabajo y a la fidelidad. En otros casos, desde la empresa se aduce que la gestión de la conciliación puede resultar dificultosa a tenor de las diversas situaciones personales de los empleados, de ahí que en las entrevistas para reclutar nuevos empleados se pregunte y valore la existencia de redes de parentesco y de apoyo de la familia; un aspecto que se ve especialmente importante en el caso del reclutamiento de mujeres.

Por otra parte, desde el punto de vista empresarial la cuestión no es sólo individualizar la gestión. El problema estriba también en la organización fabril y en la tecnología de producción en serie. En este sentido, un representante empresarial sostiene que “la conciliación se da allí donde hay personal de administración, directivos, cuadros y oficinas no sometidos a la pauta de la máquina” (E13). La producción estandarizada taylorista dificulta las ausencias de la cadena y la diversificación de horarios ya que el proceso de trabajo y su ritmo depende de una lógica maquina pautada. En el caso ya tratado de Novartis, la empresa aduce el mismo problema: las medidas de conciliación se aplican sólo en los servicios centrales de oficina, no en la planta de producción. Desde la perspectiva empresarial, las razones se presentan como obvias: los turnos de mañana-tarde-noche, los ritmos, cadencias y horarios de trabajo están condicionados por la maquinaria y su consiguiente organización pautada por la economía de tiempos (E17). La organización del trabajo se muestra como un imponderable que limita el alcance de medidas a favor de la conciliación para la mano de obra directamente productiva.

Este tipo de cuestiones marca claramente los límites de las denominadas “buenas prácticas” en materia de conciliación que adoptan algunas empresas. Como se ha señalado, en la mayoría de convenios se repiten las cláusulas que ya prevé la Ley, tales como licencias por maternidad; protección por embarazo, suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo; ausencias del trabajo por lactancia; reducción de jornada por cuidado de hipos o personas dependientes y excedencias por cuidado de hijos. No obstante, la Ley se incorpora frecuentemente de forma incompleta en la negociación colectiva. Hasta el punto que se pueden registrar situaciones paradójicas que incluso empeoran en los convenios colectivos lo que aquella dispone, como por ejemplo la omisión de “causa de derecho de permisos para los familiares hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad” (Bonino y Aragón, ob. cit. p. 117). Por tanto, sólo el mero hecho de reflejar la propia ley puede considerarse como positivo.

En relación a la transposición de la Ley de Conciliación al contenido de los convenios, señalábamos que las mejoras respecto a los contenidos de la ley que se aprecian en sectores como el de química (analizado antes con detalle), el de banca y el de seguros, entre otros. En relación a los permisos retribuidos, estos han constituido un tema tradicional en los convenios, no obstante, su vinculación con cuestiones de igualdad de género y de conciliación es reciente. Las mejoras respecto a lo dispuesto por la ley, quizás se encuentra con mayor frecuencia en los convenios sectoriales estatales, este es el caso, por ejemplo, de los “permisos retribuidos para acompañar al médico a hijos y familiares” (véanse los convenio de Pastas, papel y cartón, así como Corcho y Madera, citados por Bonino y Aragón, ob. cit. p. 118). En otros convenios de ámbito territorial y de empresa se recogen cláusulas parecidas, pero con notable menor capacidad de cobertura sobre el conjunto de los trabajadores implicados.

En algunos convenios también aparecen cláusulas novedosas como es el reconocimiento de “permisos a las parejas de hecho”, como es el caso del convenio estatal de Industrias Fotográficas. En relación al permiso por maternidad/paternidad también se aprecian una referencia positiva en el convenio del Personal Laboral del Ayuntamiento de Madrid, que fomenta el uso del permiso para los hombres. También son varios los convenios que incluyen cláusulas novedosas, tales como que los trabajadores/as con hijos menores de 3 años de edad tendrán preferencias en la elección de un turno horario de trabajo; la reducción de jornada para el cuidado de hijos/as o personas dependientes hasta un 50% con igual reducción de las retribuciones en el mismo porcentaje; o la exención en la prolongación de la jornada laboral o de distribución irregular del horario de trabajo para colectivos que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo, o la reducción de jornada por lactancia en una hora por hijo menor de nueve meses, etc.

Las “buenas prácticas” se han tendido a idealizar de forma interesada y propagandística, con la finalidad de legitimar la imagen pública de la empresa que las impulsa. De hecho, y en términos generales, las políticas de conciliación que se emprenden de forma discrecional desde las empresas aparecen sólo en casos numéricamente muy limitados, poco generalizables y, sobre todo, se basan en prácticas de prebendas u beneficios selectivos destinados a la fidelización de personal directivo, técnicos y cuadros responsables de las empresas. En muchos casos, la difusión pública y los premios concedidos a las empresas que impulsan políticas de ese tipo han tendido a distorsionar la realidad de la cuestión.

Finalmente, vale la pena subrayar que el estudio de casos que hemos esbozado en el apartado 1.3, pone de relieve que las políticas empresariales de conciliación se

concretan en prácticas relativamente modestas. Si, además, se aplican sólo a una parte de la plantilla, la modestia de ese tipo de políticas se ve realzada.

Conclusiones

La búsqueda de mayor igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y el deseo de la UE de aumentar considerablemente la participación femenina en el mercado de trabajo, han propiciado la aparición y el desarrollo de políticas encaminadas a facilitar las posibilidades de compaginar más adecuadamente las responsabilidades laborales con las familiares y personales. Esas políticas intentan, además, responder a los cambios sociales y demográficos que atraviesan las sociedades europeas en los últimos tiempos y que, al tiempo que promueven la actividad profesional de las mujeres la dificultan por las necesidades de atender a personas dependientes del grupo familiar (niños y personas de edad avanzada). Tales necesidades aumentan de forma progresiva, sobre todo la atención a personas mayores en razón del aumento de la esperanza de vida y, como es sabido, se satisfacen fundamentalmente con la actividad de las mujeres. Una actividad que, lógicamente, dificulta su acceso al mercado laboral o, si se da ese acceso, les crea problemas para mantener una carrera profesional en condiciones similares a las de los hombres.

Las directivas europeas, adoptando medidas que favorecen la conciliación entre la vida laboral y la familiar, ha tenido fuerte relevancia en España, por cuanto la Ley de Conciliación deriva directamente de ellas. Por su parte, la aplicación de la Ley en los centros de trabajo depende, en buena medida, de que el convenio que les afecta recoja y detalle claramente sus medidas. Por descontado que la mejora de las disposiciones legislativas depende, igualmente, de las acciones en ese orden que se produzcan en la negociación colectiva o, más raramente, de las actuaciones emprendidas por las empresas en esa dirección.

Desde la aprobación de la Ley, se han producido mejoras en sus contenidos en la negociación colectiva. Pero se han limitado a unos pocos sectores de actividad, en alguno de los cuales la centralización de la negociación a nivel del conjunto del estado favorece la mayor concreción en los convenios de apartados sobre la conciliación. Los avances son modestos, siendo el hecho de que los convenios recojan las disposiciones de la Ley uno de los elementos más positivos al respecto. Los trabajadores y las trabajadoras y sus representantes, los sindicatos, son en principio los más interesados en propiciar políticas de conciliación, aunque, sin duda, los empresarios se benefician de medidas que permitan a los empleados compaginar sus actividades laborales con las familiares y personales y, por tanto, responder mejor a las exigencias que se le presentan en cada uno de esos aspectos de su

vida. Como hemos visto, los sindicatos son conscientes de los límites con que se enfrentan al abordar el tema de la conciliación. Por nuestra parte, consideramos que para que la conciliación experimente avances importantes deben producirse cambios en tres aspectos distintos: en la negociación sobre la organización del trabajo que puede realizarse en la discusión de los convenios, pero también en los servicios públicos destinados a atender a las personas e, incluso, en el ámbito cultural.

Cuando hablamos de cambios culturales nos referimos a la necesidad de que los hombres se impliquen mucho más en las tareas doméstico-familiares, ejercidas aún muy mayoritariamente por las mujeres. Mientras eso no se produzca, en la práctica más que en el discurso la posición de los sindicatos y de las organizaciones empresariales será la de entender la conciliación como una serie de medidas que facilitan que la mujer enfrente a dos trabajos a la vez (el productivo y el doméstico) y, por tanto, que siga estando en una posición subordinada en el ámbito profesional. Por otra parte, sería igualmente importante que los trabajadores, a través de los sindicatos, pudieran intervenir en mayor medida en la organización del trabajo, negociando y participando en las decisiones sobre horarios, características de la jornada laboral, turnos establecidos, etc. Y, por tanto, adecuando mejor esos aspectos y los tiempos asociados a ellos a las posibilidades de actuación y a las necesidades de las personas. Finalmente, para avanzar más decididamente en el tema de la conciliación es preciso que se profundice en el Estado del Bienestar, facilitando apoyos para la atención a los niños (guarderías), a las personas mayores (residencias, servicios de asistencia domiciliaria, etc.) y, en general y entre otras, aumentando las prestaciones públicas vinculadas con los denominados “servicios de proximidad”²⁹ o de atención a las personas.

En cualquier caso, la Ley de Conciliación supone un paso significativo que puede promover avances en los aspectos que hemos indicado, incluyendo el ámbito cultural, aunque se trate, sobre todo, de una Ley familista orientada a incidir en la inserción y en la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, sin influir en los cambios necesarios en la distribución de tareas entre hombres y mujeres. De hecho, el que la conciliación se incluya con más fuerza en la agenda de temas a debatir en la negociación colectiva es un elemento de primer orden para que las personas experimenten mejoras efectivas en términos de compatibilizar la vida laboral, familiar y personal. Las organizaciones empresariales españolas y, en general, el empresariado, abordan la negociación sobre la conciliación a partir de una

²⁹ Véase al respecto LALLEMENT, M., “Familia y empleos de servicios”, en MARUANI, M., ROGERAT, C. y TORNIS, T. (ed.), **Las nuevas fronteras de la desigualdad: hombres y mujeres en el mercado de trabajo**, Icaria, Barcelona, 2000 y NAVARRO, V., **El Estado del Bienestar en España**, Tecnos, Madrid, 2004.

mera adecuación a los criterios mínimos establecidos por la Ley. Una adecuación condicionada por las iniciativas sindicales en los convenios más desarrollados, como ocurre en el de química, y entendiendo la conciliación como un aspecto que afecta fundamentalmente a las mujeres. Esa forma de entenderla, así como el simple acatamiento de la legislación al respecto, muestra una percepción en la que la conciliación es un fenómeno exógeno a la empresa, que implica costes, y que es difícil de compaginar con las necesidades productivas y de la organización del trabajo. De ahí, también, la perspectiva empresarial de remitir el tema a los propios centros de trabajo sin que en la negociación colectiva sectorial se profundice en demasía en él.

Sin embargo, nuestra investigación muestra la escasa presencia de experiencias empresariales proactivas en este terreno. Las empresas también se limitan a adecuarse a la legislación, especialmente si ésta se contempla y detalla en el convenio al que se adscriben. Cuando se producen prácticas explícitas a favor de la conciliación, emanadas desde la dirección, éstas se configuran en buena medida como elementos secundarios en el terreno de la gestión de los recursos humanos. De este modo, en los tres casos que hemos estudiado, nos encontramos con unas políticas de corte paternalista, individualizadas y claramente selectivas y productivistas. Así, un modelo como el de Nestlé, está esencialmente dirigido a los colectivos centrales de la plantilla, no se negocia en el convenio colectivo y, además, del discurso empresarial sobre las acciones emprendidas se infiere que conciliar es un asunto de mujeres y que sus medidas buscan facilitar el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Novartis, en teoría y en principio, parece desarrollar un modelo muy novedoso y relativamente ambicioso relativo a la conciliación. Pero todo apunta a que en realidad sus acciones persiguen, básicamente, fomentar un mayor rendimiento y disposición temporal por parte de los empleados. Finalmente, Bayer, más tradicional, establece una conciliación en términos de mínimos y relativamente acorde con los muy modestos objetivos empresariales y sindicales al respecto. En cualquier caso, la reticencia observada en las tres empresas analizadas para que este tipo de cuestiones se negocie de manera formal con los sindicatos (o incluso de forma individual con la plantilla afectada) es una de las limitaciones más serias en las políticas que impulsan las empresas. Como dependen de la discrecionalidad empresarial, su concreción y sus posibilidades de expansión futuras son aleatorias y se vinculan poco con las necesidades de las personas para conciliar sus distintas actividades. De ahí que consideremos que, pese al interés que tienen este tipo de políticas y que pueden servir de modelo para la expansión de las prácticas en pro de la conciliación, lo más importante es que los derechos de las personas en estos aspectos se recojan de forma clara y, en la medida de lo posible, se expandan y amplíen a partir de la negociación colectiva.

En este último sentido, cabe destacar que los mecanismos que permiten que las disposiciones establecidas en la Ley de Conciliación se concreten en prácticas específicas en las empresas son complejos. Un paso fundamental es la forma en que se concretan en la negociación colectiva sectorial las medidas dispuestas por la Ley. Estos son los aspectos que hemos tratado en el apartado 2 sobre el desarrollo del derecho sustantivo en la negociación colectiva; esto es, la forma en que las normas sobre conciliación se concretan entre los agentes sociales a partir de los acuerdos en la negociación colectiva. En este aspecto hemos visto, entre otras cuestiones, como la negociación centralizada puede favorecer la expansión de los aspectos negociados referidos a la conciliación, o, más importante todavía, como la conciliación ocupa todavía un lugar netamente secundario en la negociación colectiva. Los esfuerzos de los sindicatos para cambiar esa situación no han sido hasta ahora suficientes, aunque hay que recordar que, progresivamente, el que nos ocupa es un tema que va ganando espacio en los convenios.

Profundizar en la inclusión de aspectos ligados a la conciliación en la negociación colectiva es un elemento de primer orden si se quiere trasladar los contenidos de la Ley al conjunto del tejido empresarial. Más importante es, todavía, si se aspira a ampliar esos contenidos y hacer de la Ley un primer paso para mejorar la compatibilización de las responsabilidades laborales, familiares y personales. En todos los ámbitos de la negociación colectiva, ya sea convenios sectoriales (estatales centralizados, de comunidad autónoma o provinciales), ya sea convenios de empresa, la conciliación tiene todavía un largo camino por recorrer en este terreno.

pág. 546 blanca

El salario como hecho social de especial naturaleza familiar

Luis Tadeo MARCANO SUÁREZ¹

SUMARIO

Introducción.

1. **El salario:** 1.1. *Concepto de salario.* 1.2 *Teoría de los salarios.*
2. **El salario en Venezuela:** 2.1 *Noción de salario en la Ley Orgánica del Trabajo de 1997.* 2.2 *Tipos de salario.* 2.3 *Marco legal protectorio del salario.* 2.4 *Naturaleza alimentaria del salario.* 2.5 *Salario mínimo obligatorio:* 2.5.1 *Establecimiento del salario mínimo obligatorio por Decreto Presidencial.* 2.5.2 *Análisis de diferentes Decretos de salario mínimo obligatorio.*
3. **Tratamiento jurisprudencial del salario en Venezuela:** 3.1 *Noción de salario.* 3.2 *La cesta ticket formando parte del salario.*

Conclusiones.

Introducción

El salario ha sido tradicionalmente entendido como el precio del trabajo efectuado por cuenta y orden de un patrono. Este concepto ha evolucionado y hoy consti-

¹ **Universidad de Carabobo**, Abogado, *Magister* en Derecho Laboral, Doctor en Ciencias de la Educación. **Universidad Arturo Michelena**, Profesor. **Universidad Santa María**, Profesor de Postgrado. **Escritorio Jurídico Román, Marcano & Asociados**, miembro fundador.

tuye un problema complejo de la organización económica y social de los pueblos. Los salarios son todos aquellos pagos que compensan a los individuos por el tiempo y el esfuerzo dedicado a la producción de bienes y servicios. Estos pagos incluyen no sólo los ingresos por hora, día o semana trabajada de los trabajadores manuales, sino también los ingresos, semanales, mensuales o anuales de los profesionales.

Hoy día el salario tiene más que un fin remunerativo, pues se le ha dado carácter social, y así se observa en la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que adopta la concepción de Salario Digno y Suficiente, en el sentido que no sólo cubra las necesidades materiales del hombre sino también las sociales y espirituales, consecuencia de la constitucionalización del dogma según el cual el trabajo es un hecho social, y como tal está inmerso en él, y en el salario, el deber del Estado de proteger a la familia, quien para cumplir tales fines reconoce al salario una naturaleza muy especial, que será objeto de estudio en este trabajo; de allí la obligación gubernamental de establecer, anualmente, una escala de salarios mínimos, para garantizar a los ciudadanos, una vida digna.

El presente trabajo se circunscribe en un estudio documental descriptivo, tomando como principal fuente de información el marco regulatorio y recientes criterios jurisprudenciales.

El sumario se ha estructurado en tres partes, primero se presenta una noción general sobre el salario, sin ánimos de ahondar en el punto, así como las principales teorías que explican la naturaleza del mismo. La segunda parte está referido al tratamiento del salario en el ordenamiento jurídico venezolano, se explican los tipos de salario de acuerdo a la legislación venezolana, la protección legal del salario, algunos aspectos constitucionales, pero principalmente se estudia la naturaleza alimentaria del salario, que deviene en el análisis del salario mínimo obligatorio, con referencia especial al decreto vigente en esta materia, cuya regulación corresponde al Presidente de la República.

De seguida se presenta la tercera parte, en el cual se pretende enumerar algunos criterios jurisprudenciales sobre el salario, emanados de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia y, finalmente, se presentan las conclusiones.

1. El salario

1.1 Concepto de salario

El primero de julio de 1949, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptó el Convenio N° 95 relativo a la Protección del

Salario, revistiéndole de carácter internacional. Este Convenio, en su artículo 1 establece lo que debe entenderse por salario:

A los efectos del presente convenio, el término 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 la legislación nacional y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar².

En palabras de Alfonso-Guzmán, debe entenderse por salario:

La remuneración del servicio del trabajador, integrada por la suma de dinero convenida expresa o tácitamente con su patrono, y por el valor estimado de los bienes en especie que éste se haya obligado a transferirle en propiedad, o a consentir que use pasar su provecho personal y familiar³.

En Venezuela, la Ley Orgánica del Trabajo (LOT)⁴, por lo que respecta al concepto de salario establece: “Artículo 133. (...) se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio”.

En este sentido, jurídicamente, el salario se traduce a una ventaja de carácter patrimonial percibida por el trabajador como contraprestación del trabajo que realiza en condiciones de subordinación y por cuenta ajena.

1.2 Teoría de los salarios

Diversas son las teorías que estudiosos y expertos han explicado sobre el salario, que pueden resumirse en los siguientes términos:

- a. Doctrina del Salario Justo. Esgrimida por el filósofo italiano Santo Tomás de Aquino, quien destaca la importancia de las consideraciones de orden moral y la influencia de la costumbre. Definió el salario justo como aquel que permite al receptor una vida adecuada a su posición social. Esta teoría presenta una

² Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 95 Relativo a la Protección del Salario, 1949.

³ ALFONSO-GUZMÁN, Rafael J. *Didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas, Imprenta Universitaria, 1981, p. 87.

⁴ Congreso de la República de Venezuela. Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.152. 1997.

visión normativa, delimita cuál debe ser el nivel salarial, y no una visión positiva que se define por reflejar el valor real de los salarios⁵.

- b. Teoría del Nivel de Subsistencia. Esta teoría surgió del mercantilismo, y fue desarrollada por Adam Smith y David Ricardo, constituye la primera explicación moderna del nivel salarial. Esta teoría destaca que el salario está determinado por el consumo necesario para que la clase trabajadora pueda subsistir. David Ricardo precisó que los salarios se determinaban a partir del coste de subsistencia y procreación de los trabajadores, y que los sueldos no debían ser diferentes a este coste. Si los salarios caían por debajo de este coste la clase trabajadora no podría reproducirse; pero, si superaban este nivel mínimo la clase trabajadora se reproduciría por encima de las necesidades de mano de obra por lo que habría un exceso que reduciría los salarios hasta los niveles de subsistencia debido a la competencia de los trabajadores para obtener un puesto de trabajo⁶.
- c. Teoría de los Salarios de Karl Marx. Sostuvo que en un sistema capitalista la fuerza laboral en escasas ocasiones percibe una remuneración superior a la del nivel de subsistencia, pues los capitalistas se apropiaban de la plusvalía generada sobre el valor del producto final por la fuerza productiva de los trabajadores, incrementando los beneficios⁷.
- d. Teoría del Fondo de Salarios. Sostenida por John Stuart Mill, entre otros. Esta teoría explica la forma en que la demanda de trabajo, definida como la cantidad de dinero que los empresarios están dispuestos a pagar para contratar a trabajadores, determina el nivel salarial. Partiendo de la hipótesis de que todos los salarios se pagan gracias a la acumulación, en el pasado, de capital, y que el salario medio se obtiene dividiendo el remanente entre todos los trabajadores. Los aumentos salariales de algunos trabajadores se traducirán en disminuciones salariales de otros. Sólo se podrá aumentar el salario medio aumentando el fondo de salarios⁸.
- e. Teoría de la Productividad Marginal. Esta teoría vino a sustituir la teoría del fondo de salarios, desarrollada por el economista estadounidense John Bates Clark. Con esta teoría se pretende determinar la influencia de la oferta y demanda de trabajo. Los defensores de esta teoría, sostenían que los salarios tienden a estabilizarse en torno a un punto de equilibrio donde el empresario ob-

⁵ BONILLA, Manuel, **Salarios, precios y productividad**, Santa fe de Bogotá, FESCOL, 1996.

⁶ Irma ADELMAN (1961), **The Theory of Economic Growth and Development**, Stanford University Press. Traducción castellana de este libro en el Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

⁷ BONILLA, Manuel, ob. cit., p. 4.

⁸ Pedro SCHWARTZ, **La Nueva Economía Política de John Stuart Mill**, Madrid, Tecnos, 1968, p. 119.

tiene beneficios al contratar al último trabajador que busca empleo a ese nivel de sueldos; éste sería el trabajador marginal. Puesto que, debido a la ley de los rendimientos decrecientes, el valor que aporta cada trabajador adicional es menor que el aportado por el anterior, el crecimiento de la oferta de trabajo disminuye el nivel salarial. Si los salarios aumentasen por encima del nivel de pleno empleo, una parte de la fuerza laboral quedaría desempleada; si los salarios disminuyesen, la competencia entre los empresarios para contratar a nuevos trabajadores provocaría que los sueldos volvieran a aumentar⁹.

2. El salario en Venezuela

2.1 *Noción de salario en la Ley Orgánica del Trabajo de 1997*

En la legislación laboral venezolana se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio, así lo determina la principal Ley Sustantiva que regula la materia, Ley Orgánica del Trabajo (LOT), en su artículo 133, citado anteriormente.

Las características más resaltantes en materia de regulación salarial contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) vigente, son las que se discriminan y explican a continuación:

- a. Se define en forma amplia el salario, en relación a la reformada Ley de 1991, la cual excluyó expresamente de la noción de salario algunos rubros como gratificaciones extraordinarias, subsidios, aportes para el ahorro y reintegro de gastos¹⁰.
- b. No tendrán carácter salarial los siguientes beneficios sociales: Servicios de comedores, provisión de comidas y alimentos, guarderías infantiles; reintegros de gastos médicos, farmacéuticos, odontológicos; provisionamiento de ropa de trabajo; provisionamiento de útiles escolares y de juguetes; becas y cursos de capacitación; pagos de gastos funerarios.
- c. Se afirma que los subsidios y facilidades para adquirir bienes y servicios para mejorar su calidad de vida o de su familia son salario, pero se permiten acuerdos para excluir de la base de cálculo de beneficios, prestaciones o indemnizaciones, dichos subsidios y facilidades hasta un 20% del salario (Salario de Eficacia Atípica).

⁹ BONILLA, Manuel, ob. cit., p. 4.

¹⁰ Congreso de la República de Venezuela. Ley Orgánica del Trabajo, 1991.

- d. Se define de manera expresa el salario normal, del cual se excluyen las percepciones de carácter accidental, la prestación de antigüedad y las percepciones sin carácter salarial.
- e. Se establece expresamente que para calcular el salario normal los conceptos que lo integran no producen efectos sobre sí mismos.
- f. Se excluyen expresamente de la naturaleza salarial, algunos beneficios previstos en convenciones colectivas como comisariatos, aportes para ahorro, servicios de salud, educación y comedores.

2.2 Tipos de salario

En la LOT puede distinguirse los tipos de salarios que de seguida se explican:

- a. Por unidad de tiempo (artículo 140 de LOT). Se toma en cuenta el trabajo que se realiza en un determinado lapso, sin usar como medida el resultado del mismo.
- b. Diario (artículo 140). Es un treintavo de la remuneración percibida en un mes. Salario hora: es la alícuota resultante de dividir el salario diario por el número de horas de la jornada.
- c. Por unidad de trabajo, por pieza o a destajo (artículo 141). Se toma la obra realizada por el trabajador, sin usar como medida el tiempo empleado para ejecutarla. El límite máximo de éste, es que el cálculo no podrá ser inferior a la remuneración que correspondería por unidad de tiempo para la misma labor.
- d. Por tarea (artículo 142). Se toma en cuenta la duración del trabajo, pero con la obligación de dar un rendimiento determinado dentro de la jornada.
- e. De eficacia atípica (artículos 133 LOT, 74 RLOT). Una cuota del salario, en ningún caso superior al veinte por ciento (20%), podrá ser excluida de la base de cálculo de las prestaciones, beneficios e indemnizaciones derivados de la relación de trabajo, lo cual debe convenirse expresamente.
- f. Salario base para el cálculo de la prestación de antigüedad (artículo 108 LOT). El salario base a los efectos del cálculo de la prestación de antigüedad, será el devengado en el mes correspondiente.
- g. Salario base para el cálculo de los días adicionales de antigüedad (artículo 108 LOT). Una vez cumplido el primer año de servicio o fracción superior a seis (6) meses, tendrá derecho a dos (2) días adicionales de salario por cada año de servicio, que se causarán cumplido el segundo año, verificado a partir de la vigencia de la reforma de la Ley, es decir dos (2) días el segundo año, cuatro (4) el tercero, seis (6) el cuarto, etc; hasta llegar a un máximo de treinta (30)

días de antigüedad adicional por año, y al año décimo sexto de servicio, si aún el trabajador sigue en la empresa, tendrá derecho por lo tanto a treinta (30) días de prestación de antigüedad adicional todos los años sucesivos; y el salario base para su cálculo será el promedio de lo devengado por el trabajador en el año respectivo.

- h. Salario para vacaciones: En criterio de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, el salario base será el salario normal devengado por el trabajador en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día del disfrute del beneficio¹¹.
- i. Salario para utilidades: Dictaminó la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, que el salario base para el cálculo de las utilidades, será el salario que resulte de promediar lo devengado por el trabajador durante el respectivo ejercicio económico¹².
- j. Salario a considerar para los efectos de aplicabilidad de la Ley de Alimentación para los Trabajadores (LAT) (artículo 2 LAT). El tope salarial contenido en esta Ley habrá de ser determinado con base en el salario normal percibido por el trabajador¹³.
- k. Salario base de cálculo de las indemnizaciones previstas en el artículo 125 de la LOT. Deben ser pagadas tomando como base de cálculo el salario integral definido en el artículo 133 *eiusdem*.

2.3 Marco legal protectorio del salario

- a. Insolvencia del Patrono –Crédito Privilegiado– (artículo 158). Los créditos pendientes por concepto del salario de los últimos 6 meses, y por prestaciones sociales hasta por un monto equivalente a noventa (90) días de salario normal, tiene privilegios a ser cobrados con preferencia a cualquier otro crédito, inclusive sobre los créditos hipotecarios y prendarios. Si los salarios o prestaciones sociales debidos al trabajador exceden las cantidades antes mencionadas, el salario pendiente gozará igualmente, de privilegios sobre los bienes muebles e inmuebles del patrono, conforme a lo pautado en los artículos 159 y 160 de la LOT y 1.870 del Código Civil.

¹¹ Ministerio del Trabajo de la República Bolivariana de Venezuela, Consultoría Jurídica. “Dictamen N° 73” de fecha 04 de diciembre de 2002.

¹² *Ibid*, p. 9.

¹³ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, “Ley de Alimentación para los Trabajadores”, Gaceta Oficial N° 38.094, 2004.

- b. Privilegios sobre bienes muebles del Patrono (Caso de Quiebra artículos 159 y 160). El salario, las prestaciones sociales e indemnizaciones y cualesquiera otros créditos debidos al trabajador con ocasión de la relación de trabajo, gozará de privilegios sobre todos los inmuebles del patrono y se pagará independientemente de los procedimientos del concurso de acreedores a de la quiebra.
- c. Atraso y quiebra del Patrono (artículo 161). Cuando el patrono pretenda ceder bienes, o solicite el beneficio de atraso o la quiebra, el Juez que conozca la causa, debe ordenar la cancelación de los créditos del trabajador, según lo pautado en el artículo 160 de la LOT y en vista de los fondos disponibles en el momento de declarar la cesión, el atraso o la quiebra, cuando dichos créditos sean exigibles.
- d. Embargo del Salario (artículo 162). De acuerdo a la LOT, el salario es inembargable en cuanto no exceda del salario mínimo. Los embargos acordados sobre la remuneración del trabajador, no podrán gravar más de la quinta parte (1/5) de la porción comprometida entre el salario mínimo y el exceso hasta el doble del salario mínimo y un tercio (1/3) de la porción si es más del doble del salario mínimo.
- e. Embargo de las prestaciones (artículo 163). Las prestaciones e indemnizaciones y cualesquiera otros créditos debidos al trabajador, son inembargables mientras no excedan de (50) cincuenta salarios mínimos. Cuando exceda este límite señalado pero no del equivalente a (100) cien salarios mínimos, será embargable en una quinta (1/5) parte el exceso entre el equivalente a 50 y 100 salarios mínimos. Cuando sobrepasen el equivalente a 100 salarios mínimos, será embargable la quinta (1/5) parte del exceso equivalente a cincuenta (50) y 100 (cien) salarios mínimos y, además la tercera parte del exceso del equivalente a (100) cien salarios mínimos.
- f. Deudas del Patrono (artículo 165). Mientras dure la relación de trabajo, las deudas que los trabajadores contraigan con el patrono sólo serán amortizables, semanal o mensualmente, por cantidades que no podrán exceder la tercera parte (1/3) del equivalente a una (1) semana o un (1) mes de trabajo según el caso.
- g. Compensación del Patrono. Mientras dure la relación de trabajo, las deudas que contraigan los trabajadores con el patrono pueden ser amortizadas, semanal, quincenal o mensualmente, según sea el período del pago, con la retención de una cantidad que en ningún caso puede exceder una tercera (1/3) parte del salario.
- h. Economatos y proveedurías en centros de trabajo (artículo 166). El patrono no podrá establecer en los centros de trabajo economatos, abastos, proveedurías para vender a los trabajadores mercancías o víveres salvo que: Sea difícil el

acceso de los trabajadores a establecimientos comerciales bien surtidos y con precios razonables. Los trabajadores tendrán libertad para hacer sus compras donde prefieran.

2.4 Naturaleza alimentaria del salario

La novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)¹⁴, admite el trabajo como un proceso fundamental para alcanzar los fines del Estado, entre los cuales se encuentra "... el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, (...) la construcción de una sociedad justa (...) la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo..." (artículo 3 CRBV). Para el desarrollo de estos fines, la misma carta magna, en cuanto al salario, consagra:

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 garantiza 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 (destacado del autor).

Este artículo 91 consagra como garantía el establecimiento de un salario mínimo vital:

El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector 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.

La necesidad de establecer el derecho a un salario suficiente debe concatenarse con la protección que el constituyente, sabiamente, consagra para la familia, al definirla como la "...asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas..." (artículo 75 CRBV), resulta evidente que este derecho no ha sido establecido con el único propósito de salvaguardar los intereses económicos del trabajador entendido individualmente, sino más bien, el constituyente lo estableció en función de garantizar el sustento económico de las familias, de allí la obligación que tiene el Estado de regular el salario y establecer un salario mínimo obligatorio.

¹⁴ Garay, Juan, **La Constitución Bolivariana**, Segunda Versión: Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000. Ediciones Juan Garay. 2001.

Este principio constitucional afianza el contenido del artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, según la cual “Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”¹⁵.

Como consecuencia de lo anterior, se elevó a rango constitucional el Principio de Inembargabilidad del Salario (artículo 91 CRBV, citado *supra*), el cual está regulado en la LOT pero no en forma absoluta, pues se limita al salario mínimo obligatorio, en los términos referidos en *supra* 2.3. Específicamente establece los siguientes artículos:

Artículo 162. Es inembargable la remuneración del trabajador en cuanto no exceda del salario mínimo.

Parágrafo Único: Cuando la remuneración exceda del salario mínimo y no pase del doble del mismo, los embargos que pudieran dictarse no podrán gravar más de la quinta parte (1/5) del exceso y cuando exceda del doble, la tercera parte (1/3).

Artículo 163. Serán inembargables las cantidades correspondientes a las prestaciones e indemnizaciones y a cualesquiera otros créditos debidos a los trabajadores con ocasión de la relación de trabajo mientras no excedan de cincuenta (50) salarios mínimos. Cuando excedan del límite señalado pero no del equivalente a cien (100) salarios mínimos, sobre la cantidad comprendida entre ambos límites podrá decretarse embargo hasta por la quinta parte (1/5).

Cuando sobrepase el equivalente a cien (100) salarios mínimos, será embargable la quinta parte (1/5) del exceso entre el equivalente a cincuenta (50) y cien (100) salarios mínimos y además, la tercera parte (1/3) del exceso del equivalente a cien (100) salarios mínimos.

Artículo 164. Lo dispuesto en los artículos anteriores no impide la ejecución de medidas procedentes de obligaciones de carácter familiar, y de las originadas por préstamos o con ocasión de garantías otorgadas conforme a esta Ley.

Evidentemente, estas disposiciones legales han quedado derogadas por ser contrarias a la nueva Constitución, según la cual, el salario, en ningún caso puede ser

¹⁵ **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

embargado, salvo lo atinente a obligaciones alimentarias, lo que afianza el carácter familiar y social del mismo.

Resulta oportuno destacar que la Asamblea Nacional en la Primera Discusión del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, de fecha 17 de junio de 2003, en la propuesta Duodécima, aprobó la inclusión de un nuevo artículo, inherente a la Protección del Salario.

El texto de esta propuesta texto fue el siguiente:

Artículo XXX. El salario, las prestaciones e indemnizaciones y cualesquiera otros créditos debidos al trabajador con ocasión de la relación de trabajo, son deudas de valor por constituir obligaciones alimentarias y gozarán de privilegio preferente sobre cualquier otra deuda. La protección especial de estos créditos se regirá por los artículos siguientes¹⁶.

Esta propuesta fue ratificada por la Comisión Permanente de Desarrollo Social Integral de la Asamblea Nacional, en el Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo presentado el 11 de noviembre de 2004, en este sentido la propuesta Sexagésimo Octava, plantea modificar el contenido de ese nuevo artículo, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo XXX. El salario, las prestaciones e indemnizaciones y cualesquiera otros créditos debidos al trabajador con ocasión de la relación de trabajo, son deudas de valor por constituir obligaciones alimentarias y gozarán de privilegio preferente sobre cualquier otra deuda. Cuando estas deudas se indexen se aplicarán sobre su monto intereses deflactados, para indemnizar la mora¹⁷.

2.5 *Salario mínimo obligatorio*

El salario mínimo es la cantidad fija pagada a los trabajadores, debido a una negociación colectiva o bien a un decreto presidencial, y refleja el salario más bajo que se puede pagar para las distintas categorías profesionales.

En general, el establecimiento de un salario mínimo no anula el derecho de los trabajadores a demandar salarios superiores al mínimo establecido. El método para establecer un salario mínimo mediante una negociación colectiva adolece, sin em-

¹⁶ Asamblea Nacional, Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, aprobado en Primera Discusión, de fecha 17 de junio de 2003.

¹⁷ Comisión Permanente de Desarrollo Social Integral de la Asamblea Nacional, Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo, presentado el 11 de noviembre de 2004.

bargo, una seria limitación, puesto que los acuerdos derivados de la negociación colectiva sólo afectan a los trabajadores de una determinada fábrica, profesión, industria o área geográfica, y por lo tanto resulta inadecuado en aquellos casos en los que la tasa salarial predominante en todo un país ha caído hasta niveles demasiado bajos.

En Venezuela, corresponde al Presidente de la República fijar el Salario Mínimo con carácter obligatorio, atribución que le viene dada por los numerales 11 y 24 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo previsto en los artículos 80 y 91 *eiusdem*; 2, 13, 22 y 172 de la Ley Orgánica del Trabajo; 84, literal “c” y 95 de su Reglamento, en Consejo de Ministros.

Esta obligación constitucional del Estado consiste en ajustar cada año el salario mínimo vital a los trabajadores que laboran tanto en el sector público como en el sector privado, garantizándoles el 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.

De esta manera, queda asentada la naturaleza alimentaria que necesariamente debe revestir el salario mínimo y su correspondiente ajuste, toda vez que el mismo permite al trabajador, por lo menos, la satisfacción de sus necesidades fundamentales y las de su núcleo familiar, dentro del principio de justicia social que informa al derecho del trabajo.

2.5.1 Establecimiento del salario mínimo obligatorio por Decreto Presidencial

El procedimiento para dictar el Decreto que establezca el salario mínimo obligatorio está regulado en la LOT y en su Reglamento, de la siguiente forma:

- a. Revisión anual. (Artículo 167). Una comisión tripartita nacional revisará los salarios mínimos, por lo menos, una vez al año, tomando como referencia, entre otras variables, el costo de la canasta alimenticia. Corresponderá al Ejecutivo Nacional a partir de dicha recomendación y sin perjuicio de las atribuciones que le confiere el artículo 172 de la LOT, fijar el monto de los salarios mínimos.
- b. Comisión Tripartita. (Artículo 168). Se integrará paritariamente con representación de: La organización sindical de trabajadores más representativa; La organización más representativa de los empleados; y el Ejecutivo Nacional.
- c. Fijación de Salarios Mínimos. (Artículo 169). De conformidad con el artículo 167 de esta Ley, el Ejecutivo Nacional fijará los salarios mínimos propuestos mediante Resolución del Ministerio del Ramo.

- d. Salarios Mínimos Diferentes. (Artículo 170). Cuando una comisión nombrada conforme a los artículos anteriores comprenda en sus atribuciones a toda la República, podrá recomendar salarios mínimos diferentes para distintas Regiones, Estados o Áreas geográficas, tomando en cuenta el costo de la vida en las zonas metropolitanas y otros elementos que hagan recomendables diferencias.
- e. Convenios entre Patrono y trabajadores sobre salarios. (Artículo 171). El Ejecutivo podrá dictar tarifas mínimas siempre y cuando los representantes de los Patronos o trabajadores de una industria o rama de actividad hayan informado al Ejecutivo Nacional del convenio realizado entre ambos.
- f. Salarios Mínimos. Decretos. (Artículo 172). Serán emanadas bajo sugerencia al Ejecutivo por el Consejo Económico Nacional y al Banco Central en caso de aumentos desproporcionados del costo de la vida. Se tomará en cuenta la categoría de los trabajadores o áreas geográficas, características respectivas y circunstancias económicas.
- g. Sanciones al Patrono. (Artículo 173). El pago de un salario menor al mínimo será sancionado de acuerdo con el artículo 627 de la LOT. Además el patrono infractor quedará obligado a rembolsar a los trabajadores la diferencia del salario mínimo y lo realmente pagado, por todo el tiempo en que hubieran recibido salarios más bajos que los fijados.

2.5.2 Análisis de diferentes Decretos de salario mínimo obligatorio

En los últimos años se ha observado una evolución en lo que respecta a la regulación del salario mínimo obligatorio, lo cual ha devenido en el alcance una mayor justicia social en esta área, pues sectores que habían sido excluidos están siendo incluidos, y otros, han sido mejorados en sus condiciones, especialmente el caso de los trabajadores domésticos, los de conserjería y los trabajadores rurales, fortaleciendo así, el poder adquisitivo de la clase trabajadora, resultando una mayor estabilidad económica del núcleo familiar y por ende de la sociedad; siendo pertinente analizar distintos decretos de salarios mínimos.

En Gaceta Oficial N° 38.174, del 27 de abril de 2005, fue publicado el Decreto N° 3.628, mediante el cual se fija el salario mínimo obligatorio, vigente a partir del 1° de mayo de ese mismo año. Este decreto innova en lo atinente al salario mínimo obligatorio para los trabajadores rurales, pues lo equipara al salario mínimo urbano:

Artículo 4°. El monto del salario mínimo obligatorio que corresponda a los trabajadores rurales; en los términos del artículo 315 de la Ley Orgánica del Trabajo, dependerá del número de trabajadores que presten servicios

para su respectiva empresa, establecimiento, explotación o faena, de conformidad con los artículos 1° y 2° del presente Decreto.

La LOT en su artículo 315 define lo que ha de entenderse por trabajador rural:

Se entiende por trabajador rural el que presta servicio en un fundo agrícola o pecuario en actividades que sólo pueden cumplirse en el medio rural. No se considerará trabajador rural al que realice labores de naturaleza industrial o comercial o de oficina, aun cuando las ejecute en un fundo agrícola o pecuario.

Así, por primera vez, el salario mínimo rural es asimilado al salario mínimo urbano, dignificándose el trabajo de quienes laboran fuera de las ciudades en actividades no industriales ni comerciales, poniendo fin a la situación discriminatoria de que habían sido objeto en los anteriores decretos de salario mínimo obligatorio, permitiendo un mejor sustento al núcleo familiar.

El 30 de abril de 2004, el Ejecutivo Nacional promulgó el Decreto N° 2.902, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.928, de esa misma fecha, mediante el cual se incrementó el salario mínimo mensual de los trabajadores de los sectores público y privado. Este decreto fijó una escala de salarios mensuales distinguiendo varias categorías de trabajadores, estas son: urbanos; urbanos en empresas con menos de 20 trabajadores; rurales; adolescentes trabajadores y aprendices; conserjes y domésticos.

Respecto de los trabajadores adolescentes y aprendices, este decreto especificó que si laboran en condiciones iguales a los demás trabajadores, su salario debe ser asimilado al establecido para los trabajadores urbanos, para los trabajadores de aquellas empresas que tengan un número menor de 20 trabajadores y para los trabajadores rurales, domésticos o de conserjería, según corresponda. En cuanto a la forma de pago del salario mínimo este decreto estableció que habrá de pagarse en dinero efectivo y no comprenderá como parte del mismo, ningún tipo de salario en especie, entendiéndose por éste “la retribución de valor económico que no consiste en dinero; como la casa, la comida, la ropa de trabajo”¹⁸, es decir, “el que se paga en valores que no son moneda”¹⁹.

¹⁸ OSORIO, Manuel, **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Editorial Heliasta S.R.L. Argentina, 1974, p. 686.

¹⁹ CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de Derecho Usual**. Ediciones Arayú; Argentina 1954. Tomo III, p. 483.

En este sentido, es oportuno destacar lo que el artículo 147 de la LOT, establece:

El salario deberá pagarse en dinero efectivo (...). No se permitirá el pago en mercancías, vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que quiera sustituirse la moneda. Podrá estipularse como parte del salario, cuando ello conlleve un beneficio social para el trabajador, la dotación de vivienda, la provisión de comida y otros beneficios de naturaleza semejante.

De lo anterior se desprende que al empleador le es dada la facultad de estimar como parte del salario algunos de los beneficios que otorgue al trabajador, pero, siempre y cuando lo haga respecto a las cantidades que excedan el salario mínimo establecido en el decreto.

Por lo que corresponde a los trabajadores de conserjería, definidos como aquellos trabajadores que tienen a su cargo la custodia de un inmueble, la atención, el aseo y el mantenimiento del mismo, conforme a lo previsto en el artículo 282 de la LOT, sólo se había tomado en cuenta para la fijación del salario mínimo a los conserjes de los edificios residenciales bajo el régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, el referido Decreto 2.902, equiparó de manera general el salario de todos los conserjes al salario mínimo de los trabajadores urbanos, sin distinguir entre aquellos que prestan servicios en los edificios residenciales sujetos al régimen de propiedad horizontal, en los edificios comerciales (oficinas y locales), en apartamentos sujetos a arrendamiento, o de cualquier otro tipo, y sin diferenciar si hay más o menos de 20 trabajadores.

En cuanto a estos trabajadores de conserjería el artículo 288 de la LOT dispone: “cuando el patrono proporcione al conserje habitación en el inmueble donde preste sus servicios (...) el valor estimado de lo que correspondería al canon de arrendamiento se computará como parte del salario”. En atención a este precepto legal se interpretó que al estar constituida la remuneración del conserje por una parte en especie, ésta sería imputable no sólo como salario a efectos de los beneficios sino que también formaba parte del salario mínimo obligatorio. Por ello, los decretos de salario mínimo disponían que el mismo pudiera ser satisfecho en forma mixta.

Específicamente el artículo 6° del Decreto N° 892, de fecha 03 de julio de 2000, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.985 de esa misma fecha, reformado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.988 de fecha 07 de julio de 2000, estableció:

Se fija como salario mínimo para los conserjes de los edificios residenciales bajo el régimen de propiedad horizontal, la cantidad mensual de ciento cuarenta y cuatro mil bolívares (Bs. 144.000,00), esto es, cuatro mil ocho-

cientos bolívares (Bs. 4.800,00) diarios. *Cuando el patrono proporcione al conserje habitación en el inmueble donde presta sus servicios, se computará como parte del salario hasta el treinta por ciento (30%), del valor estimado de lo que correspondería al canon de arrendamiento* (Destacado del autor).

En este orden, el Decreto N° 2.902 a diferencia de los anteriores, estableció que todos los salarios mínimos en él fijados, han de ser pagados en efectivo y no comprenden como parte del mismo ningún tipo de salario en especie. En consecuencia, el valor de lo que correspondería al canon de arrendamiento cuando el patrono proporcione al conserje habitación en el inmueble donde presta su servicio, no se computará al salario mínimo, por tratarse de un salario en especie. Lo que no implica que, tal valor pierda su carácter salarial a los efectos del cálculo de otros beneficios.

Por lo que respecta a los trabajadores domésticos, aquellos que prestan sus labores en un hogar o casa de habitación o a una persona determinada, para su servicio personal o el de su familia, que habitan o no en el hogar donde prestan sus servicios, tales como chóferes particulares, camareros, cocineros, jardineros, niñas, lavanderas y de otros oficios de esta misma índole (artículo 274 LOT), no habían sido tomados en cuenta en las disposiciones legales y administrativas que establecen aumentos salariales, desamparándolos del marco legal que protege sus derechos laborales.

Esta situación permaneció durante 25 años. Así se observa la Ley General de Aumento de Sueldos, Salarios, Salario Mínimo, Jubilación y Pensiones de Vejez, Invalidez y Muerte de fecha 22 de noviembre de 1979, la cual estableció en el primer aparte de su artículo 1° lo siguiente: “Se exceptúa de la aplicación de esta escala, el salario de los trabajadores del servicio doméstico.”

Por su parte el Decreto N° 960 del 26 de diciembre de 1985, en el cual se dispone que en los contratos individuales de trabajo con personas naturales o jurídicas del sector privado sería cláusula irrenunciable el derecho de los trabajadores a percibir los aumentos de sueldos y salarios a que se refiere el mismo, pero en su artículo 3° estableció: “Se exceptúan del aumento señalado las siguientes categorías de trabajadores: (...) 2. Los del servicio doméstico.”

Posteriormente, el Decreto N° 26 del 15 de febrero de 1989, también acogió esta excepción en su artículo 3°, en los siguientes términos: “Se exceptúa de la aplicación del presente Decreto, las siguientes categorías de trabajadores: a. Los trabajadores del servicio doméstico”. En este decreto se fijó como salario mínimo para

los trabajadores urbanos, incluido el bono compensatorio establecido por el Decreto N° 1.538 de fecha 29 de abril de 1987, la cantidad de Bs. 4.000,00 mensuales, pagadera en dinero efectivo.

De seguida el Decreto N° 54 del 1° de marzo de 1989, por el cual se acordó un aumento de Bs. 2.000,00 mensuales a todo trabajador a tiempo completo del sector privado que figure en nómina para el 28 de febrero de 1989, en su artículo 9 dispuso: “Se excluyen del presente Decreto las siguientes categorías de trabajadores: a. Los de servicio doméstico”.

El 9 de mayo de 1991, por Decreto N° 1.585, se estableció como salario mínimo obligatorio para los trabajadores urbanos, la cantidad de Bs. 6.000,00 mensual, y en su artículo 3° consagró: “Se exceptúan de la aplicación del presente Decreto, las siguientes categorías de trabajadores: a. Los trabajadores del servicio doméstico.”

El Decreto N° 123 del 13 de abril de 1994, el cual determinó como salario mínimo obligatorio para los trabajadores urbanos, sea que presten sus servicios a un patrono privado o a un ente público, la cantidad mensual de Bs. 15.000,00, continuó recogiendo esta excepción en su artículo 3°: “Se exceptúa de la aplicación del salario mínimo, previsto en el presente Decreto, a los trabajadores domésticos.”

El Decreto N° 617 del 11 de abril de 1995, que estableció a cargo de los patronos privados un subsidio para los trabajadores urbanos y rurales, en su artículo 6° estatuyó: “No serán beneficiarios del subsidio a que se contrae este Decreto: a. Los trabajadores domésticos.”

La Resolución N° 0180 del 29 de abril de 1999, que fijó como salario mínimo obligatorio para los trabajadores urbanos del sector privado, la cantidad mensual de Bs. 120.000,00, en su artículo 6°, estableció: “Quedan excluidos del ámbito de validez personal de la presente Resolución los trabajadores domésticos”.

En el 2001 la excepción permanecía por Decreto N° 1.368 de fecha 12 de junio, en el cual se fijó como salario mínimo mensual para los trabajadores urbanos del sector público y el sector privado, la cantidad mensual de Bs. 158.400,00, en su artículo 8° dispuso: “Las disposiciones del presente Decreto no son aplicables a los trabajadores o trabajadoras domésticos definidos en el artículo 274 de la Ley Orgánica del Trabajo”.

El Decreto N° 1.752 de fecha 28 de abril de 2002, que estableció el salario mínimo nacional obligatorio para los trabajadores de los sectores público y privado, en su artículo 10°, también excluye de la aplicación del mismo a los trabajadores

domésticos: “Los trabajadores domésticos quedan excluidos de la aplicación del presente Decreto.”

Finalmente, el Decreto N° 2.387 de fecha 29 de abril de 2003, por el cual se fijó el salario mínimo obligatorio para los trabajadores de los sectores público y privado, también los excluyó de su aplicación en su artículo 10 en los siguientes términos: “Los trabajadores domésticos quedan excluidos de la aplicación del presente Decreto.”

Este sector de trabajadores que había sido marginado de las políticas salariales resultó, en cierta forma, reivindicado en el Decreto 2.902 de 2004, cuando se estableció a los trabajadores domésticos como una de las categorías reguladas, estableciéndose un salario mínimo obligatorio para ellos, y así se mantiene en el Decreto N° 3.628 del 27 de abril de 2005.

De lo anterior se aprecia que el sector doméstico aparece desigual, desprotegido y excluido de los beneficios contenidos en la Ley Orgánica del Trabajo, tales exclusiones, resultan discriminatorias y contrarias a la CRBV, en virtud del derecho a la igualdad (artículo 21 CRBV), y contrarias a la disposición constitucional según la cual el trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado, estableciendo como principio para el cumplimiento de esta obligación la prohibición de la discriminación (artículo 89 CRBV), aunado al reconocimiento contenido en la Carta Magna en su artículo 91 por el cual todo trabajador, sin distinción alguna, tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas, el cual debe ser garantizado por el Estado, situación ésta que ha sido superada en los últimos decretos presidenciales que establecen el salario mínimo obligatorio.

3. Tratamiento jurisprudencial del salario en Venezuela

3.1 Noción de salario

Vale comenzar destacando el aporte de la sentencia dictada en el juicio ATISSIDOR por el Juez Tercero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, con los asociados Rafael Alfonzo Guzmán y Félix Palacios Cruz, dictada el 14 de marzo de 1977, en la cual se determinan como elementos del salario los siguientes: transporte y tiempo de viaje, tiempo de reposo y comida, plan de ahorro (No es salario), pago de comida, bono vacacional (No tiene carácter salarial).

Por su parte, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, plantea una variedad de posiciones frente al salario, así, en Sentencia N° 263 del 24 de

octubre de 2001 establece un criterio particular sobre la interpretación del 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en cuanto a lo que debe entenderse por salario:

... 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.

Por otra parte, la Sala al referirse al carácter salarial de ciertos conceptos percibidos por el Trabajador, en Sentencia N° 438, del 2 de noviembre de 2000, se pronunció en los siguientes términos:

(...) todo lo que perciba el trabajador de manera habitual con motivo de los servicios prestados, en su respectiva jornada personal, no sujeto a una calificación especial prevista en la Ley que permita afirmar lo contrario, debe entenderse que corresponde a retribución de su trabajo ordinario, y en tal sentido, formará parte tanto del salario integral como del salario normal. En ese orden de ideas, se observa que al referido bono por compensación del alto costo de los servicios públicos, ni al bono para cubrir el pago del alquiler de la vivienda, les corresponde alguna calificación particular que permita asignarles un origen distinto al de retribución por el trabajo ordinario. Mas no así por lo que respecta al bono vacacional, el cual, conforme a lo establecido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en su citado fallo de fecha 22 de julio de 1998, a diferencia del pago por vacaciones, no forma parte del salario normal a incluir en el cálculo de las prestaciones por terminación de la relación de trabajo –en el supuesto de la Ley de 1990– por no ser devengado como retribución de la labor prestada durante la jornada ordinaria, sino como una remuneración adicional o extraordinaria dirigida a incrementar las posibilidades del mejor disfrute del descanso vacacional dispuesto en la Ley.

En el caso ABBOTT, Sentencia N° 1.633 de fecha 14 de diciembre de 2004, la Sala de Casación Social determinó que por tratarse de facilidades que otorga el patrono al trabajador residenciado en un país lejos de sus pertenencias y familiares, se consideran como ayuda de carácter familiar complementaria del salario, por tanto no tienen carácter salarial, los siguientes conceptos: el pago de seguridad de su vivienda, el pago del colegio de sus hijos, el pago de los gastos de la acción del “Club Valle Arriba Golf Club”, el pago de los pasajes aéreos para ir a

su país de origen anualmente junto a su familia (*home leave*), el pago del derecho de uso de un vehículo para su uso personal, el pago de los gastos de repatriación una vez finalizada la relación laboral, el pago del seguro de vida y de hospitalización para él y su familia.

Por lo que respecta al plan de pensiones y a la opción para la compra de acciones, en esta misma sentencia, la Sala dictaminó que por las características y finalidad del plan de pensiones, y por lo aleatorio de la ganancia en la opción para compra de acciones, estos conceptos no reúnen las condiciones requeridas para tener carácter salarial, como son el representar un ingreso percibido por el trabajador de manera habitual, en forma regular y permanente, y que efectivamente ingrese a su patrimonio, brindándole una ventaja económica.

3.2 *La cesta ticket formando parte del salario*

Caso Banco Mercantil, Sentencia N° 489 de fecha 30 de julio de 2003, emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (SCS/TSJ). Se demandó como formando parte del salario, los cesta tickets entregados al trabajador por el patrono, al efecto la Sala sentenció que el Parágrafo Primero del artículo 133 de la LOT 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, en consecuencia, los tickets, vales o cupones de alimentación vigentes no revisten carácter salarial. Esta sentencia ratificó el criterio jurisprudencial asentado por la misma Sala en Sentencia N° 335 del 15 de mayo de 2003, según la cual:

...no puede ubicarse el cesta ticket, como señala el formalizante, dentro de la categoría de provisión de comidas y alimentos, por cuanto ésta no fue la voluntad del legislador, puesto que estableció en el parágrafo primero de la norma en comento, como salario, los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador con el propósito de que éste obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia, dentro de los cuales se ha incluido los mencionados tickets o vales, dado los caracteres de generalidad, inmediatez, proporcionalidad y certeza.

En la actualidad resulta de vital importancia el manejo de los criterios jurisprudenciales, dada la relevancia que han adquirido en el ejercicio del derecho, más aún, cuando el concepto de jurisprudencia ha sido ampliado por exigirlo así la dinámica social. Así, en principio se entendía por Jurisprudencia, el conjunto de decisiones emanadas de Tribunales competentes, en forma reiterada y con soluciones o criterios sostenidos para casos análogos; luego con el auge del Derecho Administrativo, se introdujo un nuevo concepto, por el cual, el carácter

jurisprudencial de una decisión judicial viene dado por el acierto jurídico del fallo, que deviene del sentido común que precisa lo que es o no es justo en un caso y en un tiempo específico.

En los últimos años, con la promulgación de la Constitución Bolivariana, se establece que el carácter jurisprudencial viene dado por la obligatoriedad de su aplicación, es decir, independientemente de tratarse de un criterio constante o del acierto jurídico del mismo, como es el caso de las decisiones emanadas de la Sala Constitucional.

Siguiendo esta misma vía, ahora con rango legal, la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo en cierta forma establece la obligatoriedad que tienen los Jueces laborales de ceñirse a los criterios emanados de la Sala de Casación Social en materia de Derecho del Trabajo, al establecer el control de legalidad en su artículo 178:

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, (...) cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación.

Aun cuando este artículo no establece expresamente la obligatoriedad que tienen los Jueces laborales de acoger la Jurisprudencia emanada de esta Sala, es bien sabido que en su aplicación así ha sido entendido por ellos y por los justiciables, quienes tienen el derecho de solicitar este control.

Conclusiones

Como ha podido observarse las disposiciones laborales en materia de salario se encuentran enmarcadas dentro de los derechos de rango social en consecuencia, corresponde al Estado velar por su cumplimiento, instaurando el sano equilibrio entre las partes, entendiéndose trabajador y empleador, lo que les atribuye el carácter de orden público, concibiéndose la relación laboral, como un hecho social, objeto de protección por parte del Estado.

Ahora bien, estos principios y normas del Derecho del Trabajo, informan la regulación del salario, inspirados en la justicia social y la equidad, y por sobre todo en concebir el trabajo con un fin destinado al desarrollo del hombre como miembro de una familia y de una sociedad.

En este sentido, y teniendo a la familia como la forma de asociación natural del hombre y el ámbito de protección integral para el desarrollo de éste como un ser

social aparece la regulación del salario con un carácter familiar, que se traduce en un sentido alimentario, de allí que la tendencia constituyente fue proteger el salario no como una simple remuneración material, sino como un medio para el desarrollo social e integral del individuo (trabajador) y su familia, por lo que se consagró constitucionalmente la inembargabilidad del salario y su carácter alimentario, así como en los últimos años de recesión económica, la regulación del salario mínimo ha tomado mayor importancia, al punto de regular categorías de trabajadores que habían sido exceptuados por años, como es el caso del trabajador doméstico, al punto también, de equiparar las pensiones por jubilación y el salario de los trabajadores rurales al salario de trabajadores urbanos.

A lo anterior debe sumarse la intención del legislador al plantear el reconocimiento expreso del carácter alimentario del salario en el Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo presentado el 11 de noviembre de 2004.

En consecuencia, resulta indiscutible el carácter alimentario del salario y su naturaleza familiar, estableciéndose en función del núcleo familiar, más no del trabajador como un ente individual.

El régimen de los trabajadores rurales en Venezuela y su deslinde de los contratos agrarios. Incidencia de la Ley de Tierras sobre dicho régimen

Marlon M. MEZA SALAS*

SUMARIO

Introducción.

- 1. Comparación entre los contratos agrarios y el contrato de trabajo de los trabajadores rurales:** 1.1 *Los contratos agrarios:* 1.1.1 Definición. 1.1.2 Características de los contratos agrarios. 1.2 *El contrato de trabajo rural y su deslinde de los contratos agrarios:* 1.2.1 Definición del contrato de trabajo rural. 1.2.2 Características del contrato de trabajo rural y sus diferencias con los contratos agrarios. 1.3 *La primacía del fondo sobre las formas como mecanismo para evitar el fraude a la ley (artículo 23 de la Ley de Tierras).*
- 2. Clases de trabajadores rurales:** 2.1 *Trabajadores permanentes.* 2.2 *Trabajadores temporeros.* 2.3 *Trabajadores ocasionales.*
- 3. Beneficios y prestaciones laborales de los trabajadores rurales:** 3.1 *Jornada.* 3.2 *Vacaciones.* 3.3 *Prestaciones sociales (prestación de antigüedad).*

* **Universidad Católica del Táchira**, Abogado, Estudios de Especialización en Derecho del Trabajo, Profesor de Derecho Procesal del Trabajo I en el Postgrado en Derecho del Trabajo. **Universidad Central de Venezuela**, Estudios de Especialización en Derecho del Trabajo. **Organización Internacional del Trabajo / Universidad de Bolonia / Universidad de Castilla-La Mancha**, Curso de Especialización en Relaciones Laborales y Derecho del Trabajo para Expertos Latinoamericanos. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de Derecho del Trabajo I. Autor de diversos artículos publicados en revistas especializadas y libros de autoría colectiva. **Asesoría Jurídica Especializada**, Miembro.

3.4 *Indemnizaciones por terminación de la relación de trabajo por causas imputables al patrono.* 3.5 *Utilidades. Especial referencia al artículo 16 de la Ley de Tierras.* 3.6 *El tema de los cultivos propios del trabajador rural.*

4. **Sindicalización de los trabajadores rurales:** 4.1 *La sindicalización de los trabajadores rurales en la legislación nacional y en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).* 4.2 *Influencia de los trabajadores rurales organizados sindicalmente.* 4.3 *La negociación colectiva en el ámbito del trabajo rural.*
5. **Reflexión final: El impuesto sobre las tierras ociosas o infrautilizadas que establece la Ley de Tierras ¿Una modalidad de trabajo forzoso?.**

Introducción

Cuando hablamos de comparar el contrato de trabajo rural y los contratos agrarios, también denominados contratos agrícolas, debemos referir el análisis a la noción general que de los contratos agrarios aporta la más autorizada doctrina del Derecho Agrario. No obstante, no pretendemos emitir opinión especializada en una materia en la que no contamos con la experticia necesaria, aunque sí aportaremos algunas ideas y comentarios teniendo como fundamento la opinión de los tratadistas de dicha materia y nuestros conocimientos en Derecho del Trabajo.

Si bien se afirma con sobrada razón que la situación de las personas que trabajan y explotan la tierra es objeto de protección tanto por parte del Derecho Agrario, en lo referente al trabajador no dependiente, como por parte del Derecho del Trabajo en lo que atañe al trabajador subordinado; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la misma naturaleza de los trabajos del campo así como la arraigada costumbre en el medio rural, hacen que se produzca con bastante frecuencia una situación muy especial como es que el trabajador rural que presta sus servicios a un patrono, conserva al mismo tiempo su propia iniciativa y realiza siembras y cultivos a su propio riesgo, en tierras que pueden ser o no propiedad del patrono, o poseídas por este último.¹ Cuando el trabajador mantiene esos cultivos en tierras propiedad del patrono o poseídas por él, coexisten dos tipos de relaciones jurídicas: una laboral y otra agraria. De ello nos habla el doctor Duque Corredor cuando expresa:

...ocurre que en muchas fincas, los obreros rurales disfrutan además de su salario en dinero, de otras prestaciones como el permitirles el uso de una parcela o aprovechar los productos vegetales o animales del predio; todo ello a cambio de la prestación de sus servicios en las labores agrícolas o

¹ *Cfr.:* JAIME MARTÍNEZ, HÉCTOR A.: “De los Trabajadores Rurales”, en **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento** (AA.VV.), coordinado por Oscar Hernández Álvarez, Barquisimeto, Ed. Jurídicas Rincón, 3ª edic. (Reimp.), 2004, pp. 359-365.

pecuarias del fundo o hacienda de que se trate... De manera que un trabajador rural puede realizar labores bajo subordinación directa del patrono- dueño de la finca, a cambio de un salario, y por otro lado, desarrollar zonas o mejorar lotes del predio o incrementar el número de animales de la misma finca, mediante su trabajo independiente o familiar, bajo su propia dirección y orientación...²

Hablamos, pues, de los casos de trabajadores rurales con cultivos propios sobre terrenos del patrono, en que se da la doble relación jurídica ya señalada: por un lado, tenemos la relación de trabajo que se deriva de la prestación de servicios subordinada, en tanto que por el otro, tenemos un contrato agrícola que es materia del Derecho Agrario. En tales casos, existen dos intereses a tutelar: (i) la protección del trabajo asalariado, y (ii) la garantía a la posesión de la tierra; cada uno de ellos con un valor social de igual jerarquía. Por ello quizás, afirma Duque Corredor que no será posible independizar las relaciones del Derecho Agrario y el Derecho del Trabajo de manera excluyente, pues en definitiva, su identidad deriva de un mismo origen: el trabajo humano, por lo que se pronuncia a favor de crear un régimen jurídico unitario para el trabajo rural. Pero mientras ello no ocurra, la orientación de alguna jurisprudencia parece ser la de considerar que en el caso de coexistir dos relaciones, una laboral y otra cualquiera, se apliquen las disposiciones de la legislación laboral por lo que respecta a la relación de trabajo, e igualmente las que rigen la otra relación contractual en lo que concierne a esta última.³

No obstante lo dicho, existen muchos casos en los que no coexisten el contrato agrario y el laboral. A este respecto, en el Derecho comparado apunta Héctor Jaime Martínez que el Código del Trabajo de Chile es sumamente claro al excluir de la aplicación de las normas laborales “a los contratos de arriendo, medianería, aparcería y otros “en virtud de los cuales las personas exploten por su cuenta y riesgo predios agrícolas»”. Si bien no existe en la legislación laboral venezolana una norma tan clara como la chilena, sostiene el profesor Jaime que nada impide que se utilice el criterio de la asunción del riesgo por parte del contratista agrícola para determinar como no laboral la naturaleza de la relación jurídica que se da con motivo de la explotación agrícola.⁴ De cualquier forma, la distinción no siempre es

² DUQUE CORREDOR, Román J.: **Contratos Agrarios**. Ed. Jurídica ALVA. Caracas, 1986, pp. 158-159.

³ En este sentido puede verse la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de fecha 20 de junio de 1989, publicada en: Juan F. Porras Rengel: **Compendio Práctico de Jurisprudencia de la Ley del Trabajo (desde 1936)**, Tomo VI. Caracas, Ed. Jurisprudencia del Trabajo, 1990, pp. 128-129.

⁴ *Cfr.*: JAIME MARTÍNEZ, Héctor A.: “De los Trabajadores Rurales... ob. cit., pp. 361-362; también: Jaime MARTÍNEZ, Héctor A.: “Régimen del Trabajo Rural”, en Revista Tachirensis de Derecho, N° 8. Universidad Católica del Táchira, 1996, p. 200.

fácil, al punto que en la doctrina agraria se suele hablar muchas veces –abonando la confusión al respecto–, de *contratos agrarios de estructura laboral*, a los que Duque Corredor prefiere llamar *contratos agrarios de prestación de servicios en la empresa agrícola*, expresando al respecto lo siguiente:

La prestación de servicios en la empresa agrícola, representa un área limítrofe entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Agrario, ramas jurídicas que se identifican por su orientación general. Por tal razón, antes que poner en contradicción a ambas disciplinas, el jurista impregnado del espíritu de la justicia social, debe buscar su armonización a fin de que uno u otro ramo jurídico se complementen, mediante una adecuada diferenciación de sus competencias o ámbitos propios, para en definitiva aplicar la norma más adecuada.⁵

1. Comparación entre el contrato de trabajo de los trabajadores rurales y los contratos agrarios

1.1 Los contratos agrarios

1.1.1 Definición

Vivanco define a los contratos agrarios resaltando los vínculos y los objetos que lo conforman, de la siguiente manera:

Se denomina contrato agrario, a la relación jurídica convencional, que consiste en el acuerdo de voluntad común destinado a regir los derechos y obligaciones de sujetos intervinientes en la actividad agraria, con relación a cosas o servicios agrarios.⁶

Otros agraristas, entre ellos Carlo Frassodalti y Giovanni Carrara, se refieren es a la función del contrato y consideran que los contratos agrarios son “el instrumento para la formación y utilización de la hacienda agraria”.⁷

Como se señala en el Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por Vázquez Vialard,

Ha sido y continúa siendo materia de debate en la doctrina la existencia de una categoría particular de contratos bajo la designación de contratos agrarios...
...remarca Brebbia [que tales contratos] tienen una función económica, y...

⁵ DUQUE CORREDOR, Román J.: *Contratos...* ob. cit., p. 156.

⁶ *Ibidem*, p. 15.

⁷ *Ibidem*, p. 16.

persiguen... la colaboración armónica entre el capital y el trabajo *sin generar un estado de subordinación...*

Indica igualmente Brebbia que tal... vinculación no convierte a quien aporta el trabajo en un proletario, jurídica, económica y técnicamente subordinado al dueño de la tierra; por el contrario, lo constituye “en *un verdadero empresario* que asume sus propios riesgos, o los comparte con el propietario del fundo, y que se encuentra por lo tanto en condiciones de dirigir y orientar la explotación sin otra dependencia que la resultante de los límites puestos a su señorío por el contrato y por la necesidad de tutelar la producción, y la preservación del suelo, en lo que se encuentra decididamente afectado el interés general”.⁸ (Destacados añadidos).

1.1.2 Características de los contratos agrarios

Seguiremos aquí el esquema propuesto por Duque Corredor:⁹

- a. El contrato agrario presenta una estrecha vinculación con el contenido teleológico del derecho agrario, que hace que por encima del simple aspecto de intercambio, se destaque su naturaleza finalística, o sea, de instrumento para la obtención de objetivos superiores, tales como la transformación de las estructuras de la propiedad y de las empresas agrarias, la promoción e incremento de la producción, la distribución de los bienes y servicios, y la protección de los recursos naturales renovables.
- b. El contrato agrario no se agota en el simple contenido de las prestaciones de dar o de hacer que puedan surgir en beneficio de las partes, sino que a través del cumplimiento de dichas obligaciones, pretende lograr cometidos como los señalados en el párrafo anterior.
- c. El contrato agrario tiene un fin específicamente productivo, donde los derechos y obligaciones que del contrato derivan, se refieren a la *actividad agraria*.
- d. El contrato agrario se ejecuta en el sector o área rural, lo que significa que el predio, el fundo rural, constituye el objeto del contrato agrario.
- e. El contrato agrario supone prestaciones de naturaleza continua y activa, que por lo general se hayan íntimamente relacionadas con la naturaleza de los cultivos o con la forma concreta de la cría de animales.

⁸ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (director). **Tratado de Derecho del Trabajo**, Tomo 6. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1985, pp. 645-646.

⁹ *Cfr.*: DUQUE CORREDOR, Román J.: **Contratos...** ob. cit., pp. 23-33.

También es importante mencionar que en nuestro país, los contratos agrarios encontraban una regulación jurídica más o menos amplia hasta fecha reciente, por la Ley de Reforma Agraria (en lo sucesivo: la “LRA”)¹⁰ y su Reglamento,¹¹ textos éstos que contenían una clasificación de dichos contratos, lo que no hace la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (en lo sucesivo: la “Ley de Tierras”), que apenas los menciona.¹²

La regulación de los contratos agrarios se dirige fundamentalmente a proteger los derechos del agricultor frente al propietario, dada su precaria situación económica y social; se trata de un régimen proteccionista que se activa mientras se logra el objetivo de transformar al arrendatario o aparcerero, entre otros, en propietarios de la tierra, toda vez que estas últimas figuras –por mencionar sólo las más conocidas– sólo permiten el uso y disfrute de una tierra ajena, o de sus productos, por quienes no sean propietarios del inmueble. Hablamos, pues, de los denominados *contratos de tenencia*.

Para la fecha de promulgación de la LRA en el año 1960, dicha ley apareció y estuvo precedida de grandes expectativas de cambio social, y ello porque el Derecho Agrario es precisamente un derecho social. Los cambios esperados implicaban una reorganización de la propiedad de la tierra y la asignación del suelo productivo a los labradores de forma estable y con disfrute directo; la LRA vino a desarrollar un tipo de propiedad no encerrada ya en los moldes del Código Civil, sino que se trataba de una propiedad limitada y no perpetua: la propiedad agraria, esencialmente activa, que se torna revocable cuando no cumple con la función social. No obstante, la mala aplicación de la LRA, que se limitó la mayor de las veces a la sola entrega o dotación de tierras a pocos beneficiarios, era insuficiente para lograr la “reforma” pretendida por dicha ley, que debió ir acompañada entre otras cosas del crédito, la asistencia técnica y políticas habitacionales adecuadas, en todo lo cual hubo serias deficiencias en la implementación de la LRA.

¹⁰ Ley de Reforma Agraria. Gaceta Oficial N° 611 Extraordinario, de fecha 19 de marzo de 1960.

¹¹ Reglamento de la Ley de Reforma Agraria. Gaceta Oficial N° 1.089 Extraordinario, del 2 de marzo de 1967.

¹² Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, Gaceta Oficial N° 37.323, de fecha 13 de noviembre de 2001; modificado mediante la Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, Gaceta Oficial N° 5.771 Extraordinario, de fecha 18 de mayo de 2005.

1.2 *El contrato de trabajo rural y su deslinde de los contratos agrarios*

1.2.1 Definición del contrato de trabajo rural

El contrato de trabajo en general es definido en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Trabajo (en lo sucesivo: la “LOT”)¹³ como “aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y mediante una remuneración”.

También la LOT, en el Título V (“Regímenes Especiales”), Capítulo VI (“De los Trabajadores Rurales”), define en el artículo 315, lo que se entiende por *trabajador rural*, y al respecto expresa que es “el que presta servicio en un fundo agrícola o pecuario en actividades que sólo pueden cumplirse en el medio rural”, aclarando además que “No se considerará trabajador rural al que realice labores de naturaleza industrial o comercial o de oficina, aun cuando las ejecute en un fundo agrícola o pecuario”. De tal forma que no es el sitio donde se ejecute la labor –o el ámbito geográfico donde se prestan los servicios–, lo que determina el carácter “rural” de un trabajador, sino el tipo de labor de que se trate, pues la LOT adopta un criterio funcional que sólo toma en consideración la naturaleza de la labor desempeñada.¹⁴

Por su parte, la Ley de Tierras se refiere en su artículo 16 a los trabajadores y trabajadoras agrícolas, y los considera protegidos por las normas de la legislación laboral.

1.2.2 Características del contrato de trabajo rural y sus diferencias con los contratos agrarios

Es poco lo que se ha escrito en nuestro país sobre las características o forma de desarrollo del contrato de trabajo rural, quizás porque en la LRA hoy ya derogada por la Ley de Tierras se establecían suficientes disposiciones que reglamentaban sistemáticamente la actividad de los explotadores del campo, que en su mayoría ejercían las figuras de contratos agrícolas o agrarios a cuya regulación se dedicó aquella Ley en el Título VIII (“De la Regulación de los Contratos Agrícolas”), no obstante que el trabajador agrícola que es objeto de protección del Derecho Agrario es sólo el trabajador no dependiente, en tanto que al Derecho del Trabajo atañe lo que se refiere al trabajador subordinado. En todo caso, debido quizás al es-

¹³ Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinario, de fecha 19 de junio de 1997.

¹⁴ *Cfr.*: JAIME MARTÍNEZ, Héctor A.: “De los Trabajadores Rurales... ob. cit., p. 361. También: VILLASMIL BRICEÑO, Fernando: **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo**, Volumen II. Ed. Paredes, Caracas, 1993, p. 81.

caso número de reclamaciones o litigios planteados por parte de trabajadores rurales, y al hecho cierto de que nuestro país descansa en una economía de índole petrolera, se olvidó o dejó de lado la situación de estos trabajadores, que, a pesar de la supuesta doble protección de la que gozan, su situación continúa siendo lamentable ya que en la práctica se encuentran, en realidad, completamente desprotegidos.

El hecho es que los trabajadores rurales que ostentan la condición de trabajadores dependientes bajo las previsiones de la LOT, son aquellos que: a) ejecutan las labores agrícolas o pecuarias que les son encomendadas en la tierra o en el ganado que otro le coloca a su cargo, y al cual se encuentran subordinados; b) reciben una remuneración diaria, semanal, quincenal o mensual (y las demás retribuciones ordenadas por la LOT), a cambio de sus servicios, sin importar el resultado del cultivo o de la cría; c) en principio no comparten los riesgos con su patrono, pues ellos son absorbidos por éste último; y d) ejecutan su labor con los implementos y herramientas que les suministra el dueño del fundo o patrono, por lo tanto no tienen la condición de explotadores de la tierra. De allí que no deban confundirse estos trabajadores con aquellas personas que por sí mismas y/o con sus familias, con su dinero, y con sus propios implementos, constituyen por ejemplo *arrendamientos de tierra* o *aparcerías*,¹⁵ y que son sujetos protegidos por el Derecho Agrario. La distinta intensidad con que se combinan capital y trabajo en el área rural, genera diferentes formas de participación de quien aporta la tierra, en las vicisitudes de la explotación, esto es, en los riesgos de la empresa agraria, generándose así a decir de Brebbia, dos tipos de contratos agrarios: *de cambio* unos, y *asociativos* otros. En los primeros, el titular de la tierra queda al margen de todo riesgo, al

¹⁵ “La diversidad de sistemas de trabajos agrícolas obliga a diferenciar un buen número de contratos donde, si bien hay prestaciones de trabajo, no existe la reciprocidad del salario, sino una compensación consistente, por lo general, en la participación en los beneficios de la producción. *No son, en realidad, contratos de trabajo*, aunque se considere que el área del Derecho Laboral se extiende a algunas situaciones jurídicas sin relación directa con el trabajo subordinado. Los *colonos*, los *arrendatarios rurales* y los *pequeños propietarios de tierra* no constituyen realmente sujetos del Derecho del Trabajo; *sus contratos son convenios agrícolas, pero no laborales.*- (...). *Aparcería*, del latín *partirius*, significa a partes o por partes. Es el trato de los que va a la parte en los frutos de la tierra, en las crías del ganado o en la explotación forestal. Por *aparcería* cabe entender el contrato en que una de las partes pone tierras, ganado o árboles, es decir, bienes o capital, para repartir los beneficios que se obtengan por el trabajo o el cuidado de la otra. Aun cuando el nombre de la institución se inclina a que esa distribución sea por mitad o cuotas iguales, a veces el desequilibrio económico lleva a reducir a un tercio o a un cuarto el beneficio del propietario, con dejación del resto para el aparcerero. *La aparcería configura un trato y contrato sui generis, inspirado en el arrendamiento y en la sociedad*; pero con particularidades propias. El contrato de *aparcería* es consensual y bilateral, también es autónomo. En él se dan normas particulares cuando se trata de la *aparcería agrícola*, distintas de las relativas a la *aparcería ganadera*, pero *sin constituir un contrato de trabajo*” (Cabanellas, Guillermo: **Tratado de Derecho Laboral. Doctrina y Legislación Iberoamericana**. Tomo IX, Volumen 4. Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1988. pp. 85-90).

igual que de la dirección de la explotación, mientras que en los segundos, ambas partes del contrato participan de un interés común en el resultado de la explotación, y la dirección de ésta puede estar a cargo exclusivo del concesionario o ser compartida con el concedente de la tierra:¹⁶

...La presencia del factor “dirección” en la explotación agraria sirve para excluir a quien ostenta tal atributo del marco del trabajo subordinado, llevándolo a la categoría de “empresario” o “trabajador autónomo”. Su identificación es fácil en la figura del arrendatario, por la exclusividad con que ejerce su facultad directiva...

(...)

[Los trabajadores rurales] configuran relaciones dependientes sometidas en plenitud al derecho del trabajo (...), [ya que por tratarse de] trabajadores que a la par de no contar a su favor con la cesión del uso y goce del bien rural por parte de su titular se encuentran “a órdenes” de éste o de su aparcerero quienes detentan (de modo excluyente o compartida entre ambos) la facultad de dirigir, organizar y ordenar las faenas rurales y asumen, por ende, la calidad de empleador. A la existencia del vínculo dependiente nada obsta que la retribución consista en la participación en los frutos. Por ello, en el mismo orden de ideas precisa Brebbia que la participación en los frutos que se conviene en ciertos contratos de trabajo, es una verdadera retribución; en cambio, el aparcerero es un verdadero copropietario de ellos, hasta que la distribución se realiza, y que éste y el dador son propietarios exclusivos de ellos una vez que se lleva a cabo el reparto.¹⁷ (Corchetes añadidos).

Como quiera que la explotación de la tierra reviste formas tan variadas como especiales de contratación, lo cierto es que, como acertadamente refiere el doctor Héctor Jaime Martínez, “a veces no se sabe a ciencia cierta si se trata de un contrato de trabajo, o de sociedad de cuentas en participación, o de un arrendamiento”.¹⁸

1.3 *La primacía del fondo sobre las formas como mecanismo para evitar el fraude a la ley (artículo 23 de la Ley de Tierras)*

A este respecto, es importante citar la disposición contenida en el artículo 23 de la Ley de Tierras, que textualmente expresa:

Los jueces competentes de la jurisdicción agraria, el Instituto Nacional de Tierras, la Corporación Venezolana Agraria, el Instituto Nacional de De-

¹⁶ Cfr.: VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (director). *Tratado...* ob. cit., pp. 646-648.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 646-651.

¹⁸ JAIME MARTÍNEZ, Héctor A.: “De los Trabajadores Rurales... ob. cit., p. 359.

sarrollo Rural y cualquiera de los órganos agrarios, podrán desconocer la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos, cuando sean realizados con el propósito de efectuar fraude a las normas contenidas en la presente Ley. Igualmente sobre aquellos que se les pretenda usar para efectuar similar fraude, aún cuando se hubieran celebrado con anterioridad.

Los hechos, actos o negocios jurídicos simulados o realizados con la intención de efectuar fraude a la presente Ley, no impedirán la aplicación de la norma evadida o eludida, ni darán lugar a los beneficios o ventajas que se pretendan obtener con ellos”.

Esta disposición, sin embargo, no puede ser utilizada para dilucidar asuntos de tipo laboral, ni para determinar la existencia de contratos de trabajo, ya que en el Derecho Laboral el principio de la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias ya se encuentra receptado tanto en el artículo 8 del Reglamento de la LOT (en lo sucesivo: el “RLOT”), como en el artículo 89.1 de la Constitución vigente,¹⁹ e incluso en el artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo,²⁰ fuentes éstas a las que debe acudir el Juez del Trabajo para resolver las situaciones sometidas a su conocimiento.

En cambio, el artículo 25 de la Ley de Tierras es una norma aplicable únicamente en el ámbito de las relaciones agrarias y sólo por parte de los Jueces de la Jurisdicción Especial Agraria y demás organismos previstos en dicha ley, para resolver asuntos relativos a la adjudicación, uso y aprovechamiento de tierras, en los que podrían presentarse situaciones en que se celebren contratos o se adopten formas o procedimientos jurídicos con el único propósito de efectuar fraude a las normas contenidas en la propia Ley de Tierras, en desmedro de los derechos de los sujetos protegidos por ese instrumento jurídico. En efecto, tales sujetos podrían ver burlada la posibilidad de acceder a la propiedad de tierras afectadas al uso agrario y aptas para la producción agraria (incluso mediante la expropiación de las mismas a quienes las detentan en propiedad), cuando por ejemplo, han celebrado “contratos de sociedad” que en el fondo regulan verdaderos *arrendamientos* o *medianerías* establecidos entre el sujeto que trabaja y explota directamente las tierras y el propietario de las mismas, quien las mantiene ociosas o incultas y pretende por vía de tales “contratos de sociedad” continuar aprovechándose de las mismas, y evitar así que el supuesto “socio” pueda invocar el derecho a perma-

¹⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000.

²⁰ Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504, de fecha 13 de agosto de 2002.

necer en dichas tierras y solicitar la intervención de las mismas con miras a su adjudicación, lo que inevitablemente ocurriría si se le reconociera abiertamente en el “contrato de sociedad” celebrado su verdadera condición de *arrendatario* o *medianero*, a tenor de lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley de Tierras. Situaciones como éstas son las que pueden ser resueltas mediante la aplicación del artículo 25 *eiusdem*.

2. Clases de trabajadores rurales

Los trabajadores rurales pueden ser, según dispone el artículo 316 de la LOT, permanentes, temporales y ocasionales.

2.1 Trabajadores permanentes

Conforme al artículo 316 literal “a” de la LOT, son aquellos que en virtud de su contrato expreso o tácito, o por la naturaleza de la labor que deban realizar, están obligados a prestar sus servicios en el fundo por un período continuo no menor de seis (6) meses cada año, sea cual fuere el número de días que en la semana presten sus servicios y siempre que lo hagan para un solo patrono.

A pesar de que el artículo 113 de la LOT ya define qué se entiende por trabajadores permanentes, esto es, los que prestan servicios en forma regular e ininterrumpida (y por un período de tiempo superior al de una temporada o eventualidad), sin embargo, el artículo 316 *eiusdem*, tomando en cuenta las peculiaridades del trabajo rural, fija un período de tiempo de servicios de al menos seis meses en el año, para que el trabajador pueda ser calificado como permanente, siempre y cuando haya trabajado con exclusividad para un solo empleador. Obviamente se ubican aquí también todos aquellos trabajadores fijos vinculados con un empleador mediante contrato a tiempo indeterminado, y que por lo tanto presten sus servicios durante todo el año.

Se suelen citar como ejemplos de labores continuas y permanentes durante todo el año, que exigen la presencia de esta clase de trabajadores permanentes, la explotación ganadera intensiva (como sucede con la producción de leche), o la agricultura intensiva de riego. Sólo en tales casos puede mantenerse en Venezuela una planta de trabajadores fijos.²¹

²¹ SOTO, Oscar David: “El Sindicalismo Agrario y la Contratación Colectiva”, en: **Juslaboralismo en Iberoamérica** - Libro Homenaje al Dr. Víctor M. Álvarez. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1990, p. 787.

2.2 Trabajadores temporeros

Al igual que los trabajadores permanentes, los trabajadores temporeros en general son también definidos en la LOT, específicamente por el artículo 114, norma ésta según la cual se trata de aquellos trabajadores “que prestan servicios en determinadas épocas del año y en jornadas continuas e ininterrumpidas, por lapsos que demarcan la labor que deben realizar”. El artículo 316, literal “b”, *eiusdem*, referido al trabajo rural, señala igualmente que los trabajadores temporeros son los que prestan sus servicios “por lapsos que demarcan la labor que deben realizar”, pero los particulariza indicando aquellas actividades propias del campo que demarcan tales labores, como sucede con “la cosecha, la limpia del fundo, u otra actividad semejante”. Como quiera que en nuestro país la agricultura se planifica generalmente por los ciclos de invierno (época de lluvia) y verano (época de sequía), por ciclos productivos cortos y semi-permanentes, se suele utilizar la mano de obra al inicio y final de la cosecha, dando origen al empleo de esta clase de trabajadores temporeros. Héctor Jaime Martínez Martínez refiere también dentro de estas labores de temporadas, la siembra y el “trabajo de llano”, entendiéndose por este último la separación del ganado y su herraje.²²

2.3 Trabajadores ocasionales

Según el artículo 316 de la LOT, literal “c”, son aquellos que sólo prestan sus servicios accidentalmente en el fundo en determinadas épocas del año y no están comprendidos en ninguna de las anteriores categorías.

En forma similar a lo dicho respecto de los trabajadores permanentes y temporeros, el artículo 115 de la LOT también define a los trabajadores ocasionales o eventuales en general, como aquellos que realizan labores en forma irregular y no continua, y cuya relación de trabajo termina al concluir la labor encomendada. La doctrina señala que esta categoría de trabajadores es utilizada en el sector rural en labores como las de reparar una cerca o alambrada, cortar unos estantillos de madera, construir o reparar un pozo o bebedero para los animales, hacer cortafuegos y otras labores que se requieren por razones accidentales o de emergencia.²³ Así mismo, en el renglón pecuario se manifiesta una actividad caracterizada por la cría y la ceba que utiliza igualmente una mano de obra a destajo y eventual, para épocas de entrada y salida de invierno.²⁴

²² Vid.: JAIME MARTÍNEZ, Héctor A.: “De los Trabajadores Rurales... ob.cit., p. 363.

²³ Cfr.: VILLASMIL BRICEÑO, Fernando: **Comentarios...** ob. cit., p. 82.

²⁴ Cfr.: SOTO, Oscar David: **El Sindicalismo...** ob. cit., p. 787.

Cabanellas señala que en el trabajo agrícola o rural se produce, por regla general y casi inevitablemente, la discontinuidad, por razón del clima (lluvias o nieves; calor o frío intenso), por causa de los cultivos (pues siembra y cosecha son cortas y espaciadas), o por los elementos que emanan de la propia naturaleza. De allí que “no cabe fijar con exactitud matemática una norma legal a la cual hayan de ajustarse las labores, porque éstas han de realizarse cuando la naturaleza lo impone o lo permite y de acuerdo a circunstancias que son muchas veces ajenas al hombre”.²⁵

3. Beneficios y prestaciones laborales de los trabajadores rurales

Cabanellas afirma que si bien desde un prisma jurídico se considera al obrero agrícola como trabajador subordinado, cual sujeto de un contrato de trabajo, sin embargo, desde un punto de vista realista no resulta conveniente establecer una misma reglamentación para el trabajo industrial y comercial y para el agrícola, ya que en la práctica, fuera de las grandes explotaciones agrícolas y ganaderas, el obrero del campo muestra en sus relaciones con los propietarios una independencia que no se da en los trabajadores industriales y comerciales. Explica además Cabanellas, que

la contratación por día, adecuada a lo esporádico de muchas labores rurales, y la irregular duración de las cosechas influyen asimismo en que los descansos semanales, las vacaciones y el régimen del despido no cuente en estas tareas o resulte de aplicación complicada. La resultante aconseja un régimen jurídico acorde con las modalidades de cada prestación de servicios...²⁶

Teniendo en cuenta lo dicho, y lo dispuesto por el artículo 16 de la recién promulgada Ley de Tierras, que dispone que los trabajadores agrícolas gozarán de todos los beneficios previstos en la LOT, a continuación analizaremos brevemente los distintos beneficios, prestaciones y demás condiciones laborales de las que disfruta el trabajador rural, bajo las cuales debe prestar sus servicios, o cuyo pago resulta procedente durante la ejecución de su contrato de trabajo a al término de éste.

3.1 Jornada

El artículo 325 de la LOT autoriza una jornada de ocho (8) horas por día y cuarenta y ocho (48) horas por semana para los trabajos en la agricultura y en la cría,

²⁵ CABANELLAS, Guillermo: **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Tomo VIII. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1981, p. 135.

²⁶ *Ibidem*, p. 135.

a diferencia de la jornada de trabajo diurna del régimen general que la propia LOT fija en 44 horas semanales (artículo 195).

Dadas las especiales condiciones en que se desarrolla la actividad agrícola, creemos con Héctor Jaime Martínez en la justificación de una jornada flexible, pues muchas actividades no se realizan en forma continuada sino a determinadas horas o durante ciertos lapsos, como el caso del ordeño, que se lleva a cabo en dos oportunidades: en la madrugada y por la tarde. Por tales razones, el mismo artículo 325 de la LOT prevé la posibilidad de prolongar la duración de la jornada hasta un máximo de 60 horas a la semana, “cuando la naturaleza de la labor así lo exija”, lo que justifica Héctor Jaime Martínez Martínez con las siguientes palabras:

...el trabajo rural depende mucho de las circunstancias atmosféricas y del ciclo natural de las culturas (*rectius*: “los cultivos”), por lo que durante días enteros, o largos períodos en el día, el trabajador no tiene oportunidad de desarrollar actividad alguna, por lo que podría verse, en la prolongación de la jornada, una cierta compensación por el tiempo que permanece inactivo el trabajador...²⁷

En sentido similar se pronuncia el doctor Villasmil Briceño, quien considera que no podía el legislador adoptar una posición absolutamente rígida con respecto a la jornada del trabajador rural, pues la labor en la agricultura y en la cría es frecuentemente discontinua e intermitente, siendo en ocasiones de intensa actividad durante una parte de la jornada, y de simple vigilancia o de mera expectativa durante el resto.²⁸

El artículo 326 de la LOT modifica para el medio rural el horario dentro del cual la jornada se considera nocturna, estableciendo que será la comprendida entre las seis de la tarde (6:00 p.m.) y las cuatro de la madrugada (4:00 a.m.), a diferencia de lo que señala la norma general prevista en el artículo 195 de la LOT, que considera como jornada nocturna la que se cumple entre las siete de la noche (7:00 p.m.) y las cinco de la madrugada (5:00 a.m.). La razón de ello quizás se deba a que en el campo comienzan a realizarse ciertas labores desde muy temprano, como ocurre por ejemplo –según comenta Héctor Jaime Martínez Martínez– con el ordeño y el pastoreo de ganados.

²⁷ JAIME MARTÍNEZ, Héctor A.: “De los Trabajadores Rurales... ob. cit., p. 364; también: JAIME MARTÍNEZ, Héctor A.: **Régimen del Trabajo Rural**... ob. cit., p. 202.

²⁸ *Cfr.*: VILLASMIL BRICEÑO, Fernando: **Comentarios**... ob. cit., p. 90.

3.2 *Vacaciones*

El artículo 323 de la LOT consagra el derecho a disfrutar de vacaciones anuales remuneradas para los trabajadores rurales permanentes, no así para los trabajadores temporeros y ocasionales, dada la corta duración de las labores que estos últimos ejecutan, lo que impediría completar el tiempo necesario para tener derecho a dicho beneficio.

El número de días de disfrute de vacaciones y de bono vacacional que corresponda a los trabajadores rurales (permanentes) se rige por lo que dispone la LOT en el artículo 219 y siguientes, esto es, el derecho a: (i) disfrutar quince (15) días hábiles de vacaciones anuales remuneradas, más un (1) día hábil adicional por cada año adicional al primer año de servicios hasta un máximo de quince (15) días hábiles adicionales de disfrute; y (ii) recibir, en el momento del disfrute de la vacación, el pago de una bonificación equivalente a siete (7) días de salario por el primer año de servicios ininterrumpidos, más un (1) día de salario adicional por cada año subsiguiente, hasta un máximo de catorce (14) días de salario adicionales. Pero para tener derecho a ello, no se exige un año de servicios ininterrumpidos (como lo establecen las disposiciones generales de la LOT), sino haber prestado servicios durante al menos las dos terceras partes de los días hábiles del año. Así, asumiendo que en un año hay alrededor de 300 días hábiles (excluyendo 52 domingos y un día feriado por mes en promedio), bastaría con que el trabajador rural haya trabajado para el mismo patrono durante por lo menos 200 de esos días, para hacerse beneficiario de las vacaciones.²⁹ Héctor Jaime Martínez aclara que para este cómputo la LOT se refiere a un lapso de 365 días, y no a un año civil (esto es, el que comienza el 1° de enero y termina el 31 de diciembre de cada año).³⁰

Si el contrato de trabajo termina por cualquier causa distinta al despido justificado, a tenor de lo previsto por el artículo 225 de la LOT, a los trabajadores rurales (permanentes) se les debe reconocer y pagar tanto la vacación fraccionada como el bono vacacional fraccionado, en proporción a los meses completos de servicios que hubieren prestado.

3.3 *Prestaciones sociales (prestación de antigüedad)*

A este respecto se aplica el régimen general previsto en el artículo 108 de la LOT en cuanto al pago de la correspondiente prestación de antigüedad, después del ter-

²⁹ *Ibidem*, p. 88.

³⁰ *Cfr.*: JAIME MARTÍNEZ, Héctor A.: "De los Trabajadores Rurales... ob. cit., pp. 366-367; también: JAIME MARTÍNEZ, Héctor A.: **Régimen del Trabajo Rural...** ob. cit., p. 205.

cer mes de prestación de servicios. Así, si la antigüedad no supera dicho límite no tendría el trabajador rural derecho a su pago, pero al cumplir el cuarto mes, y durante los sucesivos meses, dicho trabajador tendría derecho al abono o depósito de la prestación de antigüedad en forma mensual.

3.4 *Indemnizaciones por terminación de la relación de trabajo por causas imputables al patrono*

Aquí se aplica también el régimen de indemnizaciones por despido contemplado por el artículo 125 de la LOT, tanto para el caso de despido injustificado como de retiro justificado, ya que en ambos casos es una causa imputable al empleador el motivo de la extinción del contrato, y así se contempla expresamente en el artículo 100, Parágrafo Único, de la LOT, que equipara los efectos patrimoniales de ambas formas de terminación.

No obstante, sólo procedería el pago de las referidas indemnizaciones, esto es, tanto la indemnización por despido injustificado como la indemnización sustitutiva del preaviso, ambas contempladas en el artículo 125 de la LOT, sino únicamente cuando se trate de trabajadores rurales *permanentes*, ya que a tenor de lo dispuesto por el artículo 112 *eiusdem*, los trabajadores temporales u ocasionales no gozan de estabilidad laboral, lo que significa que pueden ser despedidos sin justa causa sin que se genere a su favor el pago de las indemnizaciones ya mencionadas, igual que si se tratara de un empleado de dirección (también excluido por la LOT del régimen de estabilidad en el empleo). Es más, en el caso de los trabajadores temporales u ocasionales, debe tenerse en cuenta además que no existiría una relación de trabajo continua para poder calificar al trabajador como permanente, y los servicios temporales u ocasionales ordinariamente terminan al finalizar la temporada o eventualidad que dio origen a la contratación, o el período o labor que en determinadas épocas del año exige el empleo de esta clase de trabajadores, por lo que la causa normal de terminación del vínculo laboral en tales casos es el mutuo acuerdo entre las partes al momento de celebrar el contrato de trabajo, que consistiría en lo que la doctrina patria identifica como la aplicación al contrato de trabajo de la *condición resolutoria*,³¹ o bien –si se prefiere–, la *llegada del término*, si se considera que en tales casos el contrato se habría celebrado por tiempo determinado. En efecto, cuando las partes celebran un contrato de trabajo a tiempo determinado o lo someten a una condición resolutoria, están acordando *ab initio* la fecha de extinción de ese contrato, por lo que ambas formas son

³¹ *Cfr.*: HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar: **La terminación de la relación de trabajo. Clasificación y efectos**, en Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2002, p. 380.

consideradas por la doctrina como subespecies de la terminación de la relación de trabajo por “voluntad común de las partes”, forma ésta expresamente admitida en el derecho venezolano como causa de extinción del contrato de trabajo por los artículos 98 de la LOT y 42 literal “c” de su Reglamento (“RLOT”).

3.5 Utilidades. Especial referencia al artículo 16 de la Ley de Tierras

En lo referente a la participación de los trabajadores rurales en las utilidades o beneficios de la empresa, establecimiento o explotación en la que presta sus servicios, se aplica lo dispuesto por los artículos 174 y siguientes de la LOT. Así, debe tenerse en cuenta que si se trata de una empresa agrícola o pecuaria cuyo capital invertido no exceda del equivalente a 250 salarios mínimos mensuales, conforme a lo previsto por el artículo 183 *eiusdem* dicha empresa queda excluida de tener que pagar utilidades, pero estará obligada a pagar a sus trabajadores (rurales) dentro de los primeros quince días del mes de diciembre de cada año, una bonificación equivalente a 15 días de salario.

Especial mención amerita lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley de Tierras, en el sentido de que los trabajadores agrícolas participarán al final de cada ciclo agrícola permanente o recolección de cosecha, de “utilidades” sobre la venta del producto. Tales “utilidades” son distintas de las previstas por la LOT, ya que la mencionada norma de la Ley de Tierras dispone que dichos trabajadores gozarán de todos los beneficios previstos en la LOT, entre los cuales ya se cuentan las utilidades reguladas por los artículos 174 y siguientes de esta última Ley. De manera que las “utilidades sobre la venta del producto” a que se refiere la Ley de Tierras no sustituyen las utilidades reguladas por la LOT, ni quedan comprendidas dentro de estas últimas. Sin embargo, ante la falta de fijación en la Ley de Tierras de reglas claras para su determinación, o al menos la fijación de un porcentaje mínimo sobre la venta del producto que garantice a los trabajadores rurales la “participación” en tales “utilidades”, consideramos que ello sólo puede ser establecido convencionalmente por las propias partes, y sólo excepcionalmente, si las partes no han hecho tal fijación, por lo que dictamine la costumbre del lugar o la observada dentro de la misma empresa, explotación o faena, en consideración a que los usos y costumbres son también fuente del derecho laboral a tenor de lo preceptuado por el artículo 60 de la LOT.

Para evitar dudas en cuanto a la aplicación de esta disposición que comentamos (artículo 16, Ley de Tierras), es conveniente que las partes hagan siempre la fijación, por pequeña que sea la participación en las ya referidas “utilidades sobre la venta del producto” que se reconozcan al trabajador, y así evitar sorpresas desagradables en el evento de tener que ser fijada dicha participación judicialmente,

lo que podría poner en serios aprietos económicos y financieros a cualquier productor agropecuario, si tal fijación fuera hecha por un Juez muy por encima de los costos que razonablemente podría soportar.

3.6 El tema de los cultivos propios del trabajador rural

Remitiéndonos al caso de los cultivos propios ya mencionados al inicio de este trabajo, de particular importancia para nosotros por su incidencia en materia laboral, debemos decir que se encuentra regulado en el artículo 320 de la LOT, el cual dispone:

Cuando los trabajadores rurales tuvieren parcela cultivada a sus expensas y se pidiere su desalojo, el patrono deberá pagar al trabajador el valor de los productos, cultivos o mejoras que queden en el fundo y hubieren sido hechos a expensas del trabajador, cuando termine la relación de trabajo, aun cuando haya sido despedido por causa justificada.

Héctor Jaime Martínez Martínez expresa que con la anterior disposición, “se está haciendo depender la permanencia del trabajador en sus cultivos, de la existencia de la relación de trabajo, o sea que la relación derivada del contrato agrario se encuentra subordinada a la relación de naturaleza laboral de forma que extinguida ésta, aquella debe igualmente cesar”.³² Así visto el problema, pareciera lógico que una vez finalizada la relación laboral el trabajador debe ser obligado a desocupar la parcela cultivada de la misma manera que al Conserje de un inmueble con relación a la vivienda que le sirve de habitación, en cuyo caso el conocimiento de la controversia sobre desocupación debe corresponder a los Tribunales de Trabajo, toda vez que la controversia se deriva de la interpretación o aplicación de un contrato laboral, del cual formaría parte integrante el pacto relativo a la posibilidad de mantener tales cultivos en terrenos propiedad del patrono o poseídos por él.

Sin embargo, esta solución parecería ser contraria a la contemplada en la legislación agraria, debido a que los contratos relativos a la tenencia de la tierra están sometidos a las disposiciones que ella contempla, y la Ley de Tierras prevé entre sus disposiciones todo un régimen de protección, garantizando por ejemplo la permanencia de pequeños y medianos productores agrarios en las tierras que hayan venido ocupando (artículo 17.2), así como el derecho de los campesinos a no ser desalojados de ninguna tierra ociosa o inculta que ocupen (artículo 17.4). Aún más, los cultivos propios que estamos comentando podrían ser identificados con los

³² JAIME MARTÍNEZ, Héctor A.: “De los Trabajadores Rurales... ob. cit., p. 365; también: JAIME MARTÍNEZ, Héctor A.: **Régimen del Trabajo Rural**... ob. cit., p. 204.

*conucos*³³ a que se refiere la Ley de Tierras en sus artículos 19 y 20, en cuyo caso la ley garantiza la permanencia de los conuqueros en las tierras por ellos cultivadas, y el derecho preferente a la adjudicación de las mismas. Finalmente, el artículo 212 *eiusdem* le asigna competencia a los jueces de la jurisdicción agraria para conocer de acciones posesorias en materia agraria, así como de acciones derivadas de perturbaciones o daños a la posesión agraria.³⁴

Se plantea entonces la interrogante de si un trabajador rural cuya relación de trabajo haya concluido, podría ser objeto o no de la protección agraria en orden a impedir su desalojo de las tierras del empleador que venía cultivando, lo que pareciera contradecir lo dispuesto por el artículo 320 de la LOT, antes citado. Creemos que no será posible para el trabajador obtener tal protección, ya que el sentido del referido artículo de la LOT, al contemplar la obligación de pago a cargo del patrono del valor de los productos, cultivos o mejoras realizados por el trabajador y que queden en el fundo, es claro que tal obligación se prevé como una consecuencia derivada, necesariamente, del desalojo del trabajador cuya relación laboral haya finalizado. Ello confirma que extinguida la relación de trabajo, lo accesorio, que en este caso fue la posibilidad de que el trabajador mantuviera cultivos propios en terrenos del patrono, debe seguir la misma suerte que lo principal, por lo que si la relación ha cesado debe cesar también, necesariamente, el derecho del trabajador a mantener o proseguir con aquellos cultivos. En cuanto al tribunal competente para conocer del eventual desalojo de un trabajador rural, de las tierras por él cultivadas con la autorización expresa o tácita del empleador (lo que hace que tal pacto se integre a las estipulaciones del contrato de trabajo), corresponderá a la jurisdicción laboral –y no a la jurisdicción agraria–, ya que el artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo dispone expresamente que los tribunales del trabajo son competentes para sustanciar y decidir –entre otras cosas–, “4. 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”. (Énfasis añadido).

³³ Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, por *conuco* se entiende lo siguiente: “Porción de tierra que los indios... dedicaban al cultivo”; “Pedazo de tierra próxima a los ingenios y cafetales que los amos concedían a los esclavos para que, en provecho propio, lo cultivaran o para que en él criaran animales”; o también: “Parcela pequeña de tierra cultivada por un campesino pobre”.

³⁴ Algo similar ocurría bajo la hoy derogada LRA, debido a que el artículo 142 de dicha ley establecía que todo contrato relativo a la tenencia de la tierra quedaba sometido a las disposiciones que ella contemplaba y a su Reglamento; el artículo 147 *eiusdem* disponía que todo poseedor precario de un predio rústico tenía el derecho a efectuar mejoras en él; y el artículo 148 protegía o amparaba contra desalojos a los pequeños y medianos productores ocupantes de terrenos ajenos.

En este mismo orden de ideas, el doctor Jaime afirma que cuando se le permite al trabajador subordinado tener cultivos propios, ello es “en función, precisamente de la existencia de la relación de trabajo, de manera que la relación derivada de la explotación independiente (cultivo propio) viene a ser accesoria de la prestación subordinada de servicios (contrato de trabajo); por ello terminado el contrato de trabajo, es decir, finalizada la relación principal, la relación jurídica accesoria deberá seguir la suerte de la principal”.³⁵ A lo anterior agregamos, por lo que atañe a la competencia de los tribunales de la jurisdicción laboral tanto para conocer de cualquier reclamo de derechos, beneficios o prestaciones derivados del contrato de trabajo que pueda intentar algún trabajador rural, como para conocer de la desocupación de las tierras cultivadas por esta clase de trabajadores y que al efecto pueda intentar el empleador, deriva de la vigencia de un principio indiscutido de Derecho Procesal, que consiste en que la competencia para lo principal incluye la competencia para lo accesorio y accidental, lo cual ha sido aceptado y ratificado en forma reiterada y pacífica por la jurisprudencia del más alto Tribunal de la República.

4. Sindicalización de los trabajadores rurales

La tendencia acusada hacia la industrialización, factor esencial del desarrollo, y los efectos perniciosos de una reforma agraria mal ejecutada, han provocado que el campo sea sinónimo de miseria y desamparo. Como consecuencia de ello la imagen del trabajador del campo responde a la de un trabajador explotado, que prefiere exiliarse a las ciudades donde encontrará aún en los cinturones de miseria, un medio de vida menos exiguo que el que le ofrecen su participación en la explotación de la tierra, o su actividad subordinada al servicio de empresas agrarias o de hacendados.³⁶

Es el campesino el protagonista de la existencia de una disciplina autónoma en Derecho, como lo es el Derecho Agrario, pues éste lo presenta como sujeto principal de su régimen jurídico, que sin atribuirle el dominio (al menos no en el sentido clásico de la propiedad civil), le permite explotar la tierra por sí mismo y disponer de sus frutos. Al resultar mayoritaria la situación descrita en el párrafo que antecede y por encontrarse tan dispersas las zonas de ubicación geográfica de los trabajadores rurales, resultó que los problemas laborales en el campo constituyeran una excepción, y de allí quizás la escasa importancia que la propia legisla-

³⁵ JAIME MARTÍNEZ, Héctor A.: “De los Trabajadores Rurales... ob. cit., pp. 365-366; también: JAIME MARTÍNEZ, Héctor A.: **Régimen del Trabajo Rural...** ob. cit., p. 204.

³⁶ *Cfr.*: DE BUEN, Néstor: **Derecho del Trabajo**. Ed. Porrúa. México, 2000, pp. 477-478.

ción y hasta la doctrina (con muy pocas excepciones), le hayan atribuido al trabajo rural regulado por el Derecho del Trabajo.

4.1 La sindicalización de los trabajadores rurales en la legislación nacional y en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Lo antes dicho no obsta a los trabajadores rurales para que puedan organizarse gremialmente, es decir, constituir las asociaciones sindicales que consideren convenientes para la defensa de sus intereses. Ello es perfectamente válido y se regula por las disposiciones que al respecto trae la LOT en sus artículos 400 al 468. Así por ejemplo, pueden los trabajadores rurales constituir sindicatos de empresa, profesionales o sectoriales, cumpliendo las disposiciones legales referentes al número mínimo de afiliados y demás condiciones de registro y funcionamiento, para que puedan actuar como tales.

Importante es destacar además, que el derecho de constituir asociaciones sindicales, no corresponde exclusivamente a los trabajadores rurales sujetos de derechos laborales, sino también a todos aquellos campesinos que explotan la tierra o la trabajan en situación distinta a la subordinación o dependencia, característica esencial del contrato de trabajo rural, esto es, por su propia cuenta. Esto es así porque la Libertad Sindical, y el derecho de asociación son derechos humanos fundamentales no exclusivos de los trabajadores, sino que corresponden por igual tanto a trabajadores como a empleadores (y así se contempla y regula tanto en los Convenios de la OIT como en la propia LOT), no obstante que la vigente Constitución en su artículo 95 consagra este derecho sólo a favor de los trabajadores: “Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como el derecho de afiliarse o no a ellas, de conformidad con la ley...”.

En la práctica sin embargo, la constitución de sindicatos de trabajadores rurales suele tropezar con algunos inconvenientes, ya que a pesar de que los sindicatos deben tener fines permanentes (artículo 406, LOT), los trabajadores del campo considerados permanentes son escasos en comparación a los trabajadores temporeros y ocasionales que en mayor número suelen ser empleados en actividades agrícolas y pecuarias, lo que de por sí desestimula la constitución de sindicatos por parte de dichos trabajadores.

Debemos hacer una referencia obligada a los Convenios sobre derechos humanos emanados de la OIT y ratificados por Venezuela, que por disposición expresa de la Constitución en su artículo 23, “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en

el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”. Entre tales convenios han sido ratificados por Venezuela en materia de Derecho de Asociación y Libertad Sindical, los siguientes:

- i) Convenio 11 sobre el derecho de asociación (agricultura), emanado de la OIT en 1921 y ratificado por Venezuela el 20 de noviembre de 1944.³⁷ Dispone en su artículo 1 que:

Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a asegurar a todas las personas ocupadas en la agricultura los mismos derechos de la asociación y de coalición que a los trabajadores de la industria, y a derogar cualquier disposición legislativa o de otra clase que tenga por efecto menoscabar dichos derechos en lo que respecta a los trabajadores agrícolas.

- ii) Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, emanado de la OIT en 1948 y ratificado por Venezuela el 19 de diciembre de 1968.³⁸ Establece en sus artículos 1 y 2 la prohibición de cualquier acto de injerencia o discriminación patronal entre organizaciones del mismo orden, tendentes a menoscabar la libertad sindical.

- iii) Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, emanado de la OIT en 1948 y ratificado por Venezuela el 20 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 de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.⁴⁰

³⁷ Ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 118 Extraordinario, de fecha 4 de enero de 1945.

³⁸ Ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 28.709, de fecha 22 de agosto de 1968.

³⁹ Ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 3.011 Extraordinario, del 3 de septiembre de 1982.

⁴⁰ “De los trabajos preparatorios del Convenio núm. 87 se desprende claramente que el artículo 2, en el que se afirma el derecho de todos los trabajadores a crear organizaciones libres e independientes, incluye entre ellos a los trabajadores ocupados en actividades agrícolas. Ahora bien, en la práctica, a menudo se han puesto cortapisas a los esfuerzos hechos por estos trabajadores para sindicarse. En un número elevado de países, los trabajadores agrícolas experimentan frecuentemente dificultades de hecho o de derecho para sindicarse. Al reconocer la importancia de un sector rural organizado, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó en 1975 el Convenio (núm. 141) y la Recomendación (núm. 149) sobre las organizaciones de los trabajadores rurales y su función en el

iv) Convenio 141 sobre las organizaciones de trabajadores rurales, emanado de la OIT en 1975 y ratificado por Venezuela el 5 de julio de 1983.⁴¹ Establece en su artículo 3 que:

1. Todas las categorías de trabajadores rurales, tanto si se trata de asalariados como de personas que trabajen por cuenta propia, tienen derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.
2. Los principios de la libertad sindical deberán respetarse plenamente; las organizaciones de trabajadores rurales deberán tener un carácter independiente y voluntario, y permanecer libres de toda injerencia, coerción o represión.
3. La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores rurales no podrá estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los párrafos anteriores del presente artículo.
4. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente artículo, los trabajadores rurales y sus organizaciones respectivas deberán, lo mismo que las demás personas o colectividades organizadas, respetar la legalidad.
5. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente artículo.

Como acabamos de ver, el Convenio 141 dispone el derecho de constituir o afiliarse a las organizaciones que se estimen convenientes, que tienen todas las categorías de trabajadores rurales, independientemente que se trate de *asalariados* o de *personas que trabajen por cuenta propia*. Ello plantea una primera dificultad, pues podríamos encontrarnos en la práctica con sindicatos que no reúnan el requisito de pureza que debe caracterizar a toda organización sindical, lo cual chocaría con la prohibición de constituir sindicatos mixtos, receptada en el artículo 148 del RLOT, que prescribe que “No podrá constituirse una organización sindical que pretenda representar, conjuntamente, los intereses de trabajadores y empleadores”. En efecto, los campesinos de la Federación Campesina de Venezuela son, en gran medida, tanto pequeños propietarios de tierra como trabajadores agrícolas que al

desarrollo económico y social con miras a fomentar la creación de tales organizaciones. La Comisión recuerda que los trabajadores rurales siguen teniendo las garantías previstas por los convenios sobre la libertad sindical, y en particular por los Convenios núms. 87 y 98”. (Cfr.: OIT: *Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, presentado a la 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Informe III (parte 4B). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1994, p. 29).

⁴¹ Ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 32.740, de fecha 3 de junio de 1983.

mismo tiempo prestan servicios en haciendas o fundos; de allí que en muchas naciones latinoamericanas el movimiento campesino sea orgánicamente independientemente y separado del movimiento sindical, pero en Venezuela, por el contrario, la membresía sindical de la Federación Campesina de Venezuela nunca ha sido cuestionada.⁴²

Es tal la similitud de la Federación Campesina de Venezuela con un gremio patronal, que en muchos casos ha presionado al Gobierno para lograr créditos públicos y el desarrollo de la infraestructura rural, tal como lo haría cualquier organización empresarial; o compite con los intereses agrícolas más grandes, de igual manera que la pequeña empresa lo hace con la gran empresa. Pero al propio tiempo, la Federación Campesina de Venezuela pide al Gobierno que le garantice a los trabajadores del campo todos los beneficios de la legislación laboral, como lo haría cualquier sindicato de trabajadores.⁴³

4.2 *Influencia de los trabajadores rurales organizados sindicalmente*

En Venezuela, históricamente las primeras manifestaciones realizadas por medio de ligas y sindicatos agrarios aislados, lucían débiles e incoherentes en la batalla reivindicativa por obtener una justa distribución de las tierras concentradas por la propiedad latifundista. Esa lucha se torna más permanente e institucional, al celebrarse el 15 de noviembre de 1947 el Congreso Campesino donde nace la Federación Campesina de Venezuela. A ese Congreso asistieron unos 400 sindicatos agrarios y se formularon los patrones y mensajes de lucha por una tesis agraria que propugnaba la supresión del latifundismo a través de una justa distribución de los medios de producción, mediante la nacionalización de la tierra y la socialización de la producción agropecuaria. Entre otras cosas, se planteó la necesidad de que se promulgara una ley especial que consagrara un cambio en la estructura de la propiedad territorial y que regulara el régimen de expropiación de las tierras incultas y su entrega a los campesinos.⁴⁴ Con todo, la lucha campesina en la Venezuela del siglo XX nunca asumió las dimensiones violentas que tuvo en México, Colombia, Perú y otros países latinoamericanos, aunque varias veces los líderes de la Federación Campesina de Venezuela invocaron la posibilidad de recurrir a la violencia si la reforma agraria fracasaba.⁴⁵

⁴² Cfr.: ELLNER, Steeve: **El Sindicalismo en Venezuela en el contexto democrático (1958-1994)**. Fondo Editorial Tropicys/Universidad de Oriente, Caracas, 1995, p. 291. Añade este autor que la integración del movimiento campesino al sindical se explica históricamente en Venezuela, porque los líderes de la Federación Campesina de Venezuela pertenecieron originalmente a organizaciones obreras.

⁴³ *Ibidem*, p. 290.

⁴⁴ Cfr.: SOTO, Oscar David: **El Sindicalismo...** ob. cit., pp. 778-779.

⁴⁵ Cfr.: ELLNER, Steeve: **El Sindicalismo en Venezuela...** ob. cit., pp. 62-63.

La fuerza de este movimiento se centraba, pues, en la conquista de la tierra y la destrucción de las relaciones de producción de carácter latifundista. Tras la censura de la Dictadura que rigió los destinos de Venezuela de 1948 a 1958, a su caída se reestablece la vida sindical que había estado suprimida casi por completo, y el sindicalismo agrario se reactiva con bríos y fuerzas adquiriendo mayor estabilidad y autonomía. Así, en marzo de 1959 se celebra el primer Congreso de la Federación Campesina de Venezuela con la presencia de más de 4 mil delegados;⁴⁶ su poder de presión sobre el nuevo gobierno es evidente: en menos de un año, era promulgada la LRA.

Es importante destacar, además, que la Federación Campesina de Venezuela siempre ha tenido un porcentaje de representación significativo en los Congresos de la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), a diferencia de lo que ocurre en otros países latinoamericanos en los que está prohibida la afiliación de las organizaciones campesinas a las confederaciones laborales.⁴⁷

4.3 La negociación colectiva en el ámbito del trabajo rural

Según estadísticas de la otrora Oficina Central de Estadísticas e Informática (OCEI), para el año 1985 la fuerza de trabajo ocupada en actividades agrícolas y pecuarias en Venezuela, era de 848.276 personas, y para el año 2002, según datos del Instituto Nacional de Estadística, esa fuerza de trabajo había aumentado apenas a 924.773 personas⁴⁸, lo que representa alrededor del 10% del total de la fuerza de trabajo ocupada en el país. Sin embargo, de acuerdo a estadísticas del Ministerio del Trabajo, de un total de 1.812 Contratos Colectivos firmados en Venezuela en todos los sectores en el año 1986, sólo 54 correspondieron al sector agrícola, lo que representó menos del 3% del total de Contratos celebrados.

Lo anterior deja ver que la influencia de los trabajadores rurales y su poder de presión para negociar condiciones de trabajo con sus empleadores continua siendo por demás débil. A ello cabe agregar que si bien en el período 1960-1985 se registraron cerca de novecientos Contratos Colectivos en el Sector Agrícola, del universo en referencia el 90% estaban localizados en el Estado Zulia, por ser esa la entidad federal con el más alto índice en la producción lechera, actividad empleadora del mayor número de trabajadores rurales permanentes, lo que facilita la firma de Contratos Colectivos, de donde cabe deducir sin mayor esfuerzo que

⁴⁶ Cfr.: SOTO, Oscar David: *El Sindicalismo...* ob. cit., pp. 780-781.

⁴⁷ Cfr.: ELLNER, Steeve: *El Sindicalismo en Venezuela...* ob. cit., p. 63.

⁴⁸ Vid: BRITO QUERALES, Aurora: "Sección de Estadística Socio-Económica y Laboral", en: Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales, N° 38. UCAB, Caracas, 2002, pp. 279-298.

son muy pocos los trabajadores agrícolas cubiertos por Contratos Colectivos en el resto del país.

El bajo índice de contratos colectivos suscritos en el agro venezolano, quizás se deba al hecho de que históricamente, las organizaciones sindicales del sector han desplegado sus acciones a acicatear al Estado en el cumplimiento de la Reforma Agraria y vigilar sus posibles desviaciones, lo que les ha impedido concientizar a la masa trabajadora sobre las ventajas de la negociación colectiva. Ello hace pensar que no se ha logrado un mayor número de contratos en el sector más por desconocimiento sobre la materia que por omisión, no obstante que los trabajadores rurales se rigen por la legislación laboral al igual que los trabajadores urbanos y gozan de los mismos derechos, aunque en la práctica pareciera que no fuera así.⁴⁹

5. Reflexión final: El impuesto sobre las tierras ociosas o infrautilizadas que establece la Ley de Tierras ¿Una modalidad de trabajo forzoso?

La Ley de Tierras, atendiendo a lo preceptuado por el artículo 307 de la Constitución vigente,⁵⁰ establece en sus disposiciones un impuesto “que grava la infrautilización de tierras rurales privadas y públicas” (artículo 97),⁵¹ siendo sujetos pasivos de dicho impuesto tanto los propietarios de tierras rurales privadas como los poseedores de tierras rurales públicas (artículo 98). La ley además trae algunas definiciones sobre lo que ha de entenderse por *tierras infrautilizadas* o *tierras ociosas*, entendiéndose por las primeras aquellas tierras con vocación agrícola, pecuaria o forestal que no alcancen el rendimiento idóneo (artículo 102),⁵² y por tierras ociosas, aquellas que teniendo vocación agrícola, pecuaria o forestal no alcancen al menos el 80% del rendimiento idóneo, así como aquellas tierras rurales que no estén en producción agrícola, pecuaria, acuícola ni forestal conforme a su mejor uso según el potencial agroalimentario de la clasificación a la que correspondan dichas tierras (artículos 103 y 104).

⁴⁹ Cfr.: SOTO, Oscar David: *El Sindicalismo...* ob. cit., pp. 787-788.

⁵⁰ El artículo 307 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone: “El régimen latifundista es contrario al interés social. La ley dispondrá lo conducente en materia tributaria para gravar las tierras ociosas y establecerá las medidas necesarias para su transformación en unidades económicas productivas...”.

⁵¹ No se trata de un impuesto que grave la producción o la actividad económica, ni siquiera de un impuesto territorial o a la propiedad territorial (por ejemplo, sobre inmuebles urbanos o predios rurales), cuya base se encuentra en la propia Constitución (*Vid:* Artículos 156 y 179), correspondiendo su desarrollo legislativo, según los casos, tanto a la Ley Nacional como a las Ordenanzas Municipales.

⁵² Los artículos 105, 106 y 107 de la Ley de Tierras, establecen lo que ha de entenderse como “rendimiento idóneo” de las tierras rurales.

Este impuesto se calcula por cada hectárea de tierra ociosa o inculta (artículo 49), y su base imponible viene determinada por “la diferencia entre el rendimiento idóneo de la tierra rural y su rendimiento real obtenido en el ejercicio fiscal correspondiente” (artículo 105). La ley aclara, además, que el hecho de ser sujeto pasivo del impuesto sobre tierras ociosas “no generará derechos ni alterará la situación jurídica del mismo en relación con la tierra o frente a otros sujetos” (artículo 113), lo que significa que el hecho de pagar el referido impuesto sobre la tierra ociosa de que se trate, no impide que la misma pueda ser intervenida y hasta expropiada.

Pues bien, el Convenio de la OIT número 29 sobre el trabajo forzoso, de 1930, ratificado por Venezuela,⁵³ entiende que constituye trabajo forzoso cualquier trabajo que se exija bajo amenaza de una pena cualquiera (artículo 2). Así mismo, la imposición de cultivos obligatorios sólo se permite bajo este Convenio (sin que constituya trabajo forzoso), cuando se acuda a dicho recurso únicamente “como un método para prevenir el hambre o una carencia de productos alimenticios” (artículo 19).

La interpretación que sobre las anteriores disposiciones del Convenio 29 ha dado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, señala que la expresión “*bajo la amenaza de una pena cualquiera*” no significa que tal pena deba revestir necesariamente la forma de una sanción penal, esto es, de medida privativa de la libertad, “*sino que puede tratarse también de la privación de cualquier derecho o ventaja*”.⁵⁴ Por más que nuestra vigente Constitución intente justificar la génesis del impuesto sobre las tierras ociosas en razones de interés social, creemos que el establecimiento y regulación constitucional y legal de este impuesto se encuentra en franca contradicción con las referidas normas del Convenio 29, ya que se obliga al propietario o poseedor de tierras a trabajarlas, y a que la producción de las mismas alcance o supere un cierto nivel denominado por la ley “*rendimiento idóneo*”, so pena de tener que pagar el impuesto. Aún más, aunque se haya pagado el impuesto, ello no obsta para que las tierras infrutilizadas u ociosas puedan ser objeto de intervención y expropiación.

Por lo demás, la OIT también ha sostenido que la clase de trabajo forzoso u obligatorio que prescribe el Convenio 29, se distingue claramente de las obligaciones impuestas en determinados casos a los ocupantes de tierras en relación con el apro-

⁵³ Ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 118 Extraordinario, de fecha 4 de enero de 1945.

⁵⁴ OIT: Abolición del Trabajo Forzoso. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, presentado a la 65ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Informe III (parte 4B). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1979, p. 9.

vechamiento de las mismas, en las cuales, si bien se exige alguna clase de trabajo obligatorio, se obtiene a cambio una forma o especie de retribución. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de tierras irrigadas en que se exija a quienes explotan tales tierras que participen en la conservación de los canales de irrigación, ya que tales personas obtienen un beneficio directo de tales canales, por lo que su colaboración en el mantenimiento de los mismos puede considerarse como una retribución por ello.⁵⁵ Indudablemente que en estos casos excepcionales no queda comprendido el impuesto sobre las tierras ociosas, ya que el propietario o poseedor de tales tierras no obtiene un beneficio directo que deba retribuir con el pago de dicho impuesto.

En lo que respecta a los cultivos obligatorios que el Convenio 29 permite en su artículo 19, tal recurso sólo es autorizado —como se ha visto— para prevenir el hambre o una carencia de productos alimenticios. La OIT ha considerado incluso que contradice el Convenio un país en el que las cooperativas de producción agrícola deben elaborar planes de producción y asegurar la realización de los objetivos asignados de conformidad con los planes del Estado, cuyo incumplimiento sea sancionado con el pago de una multa (situación que se presentaba en muchos países de economía planificada de tipo socialista o comunista).⁵⁶ Sin duda que cabe la comparación entre la sanción que comporta la multa antes aludida, y el impuesto que se establece para las tierras ociosas en Venezuela, ya que en ambos supuestos se genera una especie de penalidad; en nuestro caso, para los propietarios o poseedores de tierras que no logren que éstas alcancen el denominado “rendimiento idóneo”, el cual, entre otras cosas, guarda relación con los denominados Planes Nacionales de Producción Agroalimentaria y Planes de Seguridad Alimentaria, que también se contemplan en la Ley de Tierras.

Por lo demás, el hecho de que la Constitución en su artículo 307 disponga que el origen de este impuesto a las tierras ociosas y otras medidas que adopte la ley se justifican para lograr la transformación de dichas tierras en “unidades económicas productivas”, parecería estar en contradicción con otra norma de otro Convenio fundamental de la OIT, esto es, el artículo 1 del Convenio 105 sobre abolición del trabajo forzoso, de 1957, también ratificado por Venezuela,⁵⁷ que impone a los Estados Miembros la obligación de suprimir y no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio “como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico”.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Ibidem*, p. 48.

⁵⁷ Ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 27.573, de fecha 21 de octubre de 1964.

Conviene resaltar que los Convenios 29 y 105 de la OIT desarrollan uno de los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo incluidos en la *Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo*, aprobada por la Conferencia General de la OIT en 1998, que comprende las siguientes materias:

- a) la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Estos contenidos, y por supuesto los Convenios de la OIT que los regulan y desarrollan (entre ellos los mencionados Convenios 29 y 105), forman parte del *ius cogens*, esto es, del Derecho Universal de los Derechos Humanos, común a todos los pueblos,

normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas *materias que son de orden público internacional*, por constituir principios básicos de la convivencia internacional, lo que implica el respeto de los Derechos Fundamentales por encima de los intereses y la voluntad de los Estados. (...) La noción de *ius cogens* está consagrada en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en tanto como una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.⁵⁸

Además, como bien lo afirma Humberto Villasmil Prieto, “Los derechos humanos y particularmente los relativos al trabajo (esto es, los que recoge la Declaración de la OIT de 1998 sobre Derechos Fundamentales) integran el Bloque de Constitucionalidad con lo que los Convenios de la OIT que a ellos refieren ya no tendrán diferencias de rango con los preceptos constitucionales.”⁵⁹

Finalmente, las nociones tanto del *ius cogens* como de la denominada teoría del “Bloque de la Constitucionalidad” (de donde derivaría la inconstitucionalidad de este impuesto que grava la infrautilización de tierras rurales privadas y públicas,

⁵⁸ *Cfr.*: Navarro PESTANA, Sara L.: El valor de las fuentes del Derecho del Trabajo de origen internacional provenientes de la Organización Internacional del Trabajo. Trabajo Especial de Grado presentado en la Especialización en Derecho del Trabajo de la UCV. Caracas, mimeografiado, 2004.

⁵⁹ *Idem.*

establecido por la Ley de Tierras), se encuentran incorporadas a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en sus artículos 22 y 23, que disponen:

Artículo 22: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Artículo 23: Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, *tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno*, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (resaltados añadidos).

Normativa laboral con especial incidencia en las organizaciones empresariales

Gerardo MILLE MILLE*

SUMARIO

Introducción.

1. La relación “Productividad-Producción-Salario”: Una interpretación de los artículos 137 de la Ley Orgánica del Trabajo y 76 de su Reglamento.
2. Profesionales (universitarios) subalternos. Una interpretación de los artículos 9 de la Ley Orgánica del Trabajo y 4 de su Reglamento.
3. La ejecución de sentencias en los casos de “Unidad Económica” (Grupo de Empresas).
4. Fecha del despido cuando el patrono persiste en la medida.
5. Terminología legal impropia: Conflictos Colectivos-Procedimiento Conflictivo e ilegalidad de las huelgas.
6. Continuidad de la labor en el siguiente turno, por inasistencia del relevo.
7. Consideraciones sobre el “tiempo de viaje” y la forma de pagarlo cuando existe el convenio de no imputar parte del mismo (mitad de su duración) a la jornada laboral correspondiente.

* Universidad Central de Venezuela, Abogado *Summa Cum Laude*. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Ex investigador. *Escuela de Derecho*, Ex Profesor. **Universidad Católica Andrés Bello**, Cursos de Especialización en Derecho del Trabajo, Ex Profesor. **Universidad de Margarita**, Profesor. **Universidad Experimental de Guayana**, Maestría en Gerencia de Recursos Humanos, Ex Profesor. **Universidad Gran Mariscal de Ayacucho**, *Cursos de Postgrado*, Ex-Profesor. **Tribunal Supremo de Justicia**, Sala de Casación Social, Árbitro Laboral juramentado. Autor de la Colección **Temas Laborales**.

Introducción

Si bien es cierto que la legislación laboral venezolana contempla una regulación aplicable a toda clase de patronos; vale decir, personas naturales y jurídicas, independientemente de su complejidad, de las características de su actividad y del número de trabajadores que tenga a su servicio; no es menos cierto que muchas de las disposiciones de este orden normativo tanto legal como reglamentario, tienen particular o especial incidencia en el mundo empresarial, entendiéndose por éste, no solamente a las empresas-patrono, sino a todas las figuras previstas y definidas en el artículo 16 de la LOT, a saber: “Empresas” propiamente dichas, “Establecimientos”, “Explotaciones” y “Faenas”.

Es fácil entender que muchas de las disposiciones reguladoras de las relaciones de trabajo subordinado que existen con entidades patronales constituidas por organizaciones empresariales o industriales, a veces complejas; difícilmente se aplicarán a las relaciones existentes con patronos de conformación simple, que tienen pocos trabajadores y cuyas actividades son sencillas, como es el caso del sector integrado por los pequeños negocios (casas de abastos, quincallas, venta de prendas de vestir, zapaterías, floristerías, etc.) que son la mayoría representativa del “Hecho Social Trabajo”.

Da la multiplicidad de disposiciones aplicables a las organizaciones empresariales, seleccionamos para esta colaboración algunas que forman parte de nuestra experiencia asesorando empresas e industrias, algunas con actividades complejas. Esperamos que los comentarios que se desarrollan a continuación, sean de utilidad para los jóvenes colegas que actúan en esta rama del derecho.

1. La relación “Productividad-Producción-Salario”. Una Interpretación de los artículos 137 de la Ley Orgánica del Trabajo y 76 de su Reglamento

Con ocasión de la reforma laboral de 1990, el legislador incorporó en el Título III de la Ley Orgánica del Trabajo que regula la materia atinente a la “Remuneración” —específicamente en la Sección Primera del Capítulo Primero que contiene las disposiciones generales sobre el salario— una disposición novedosa. Se trata del artículo 137 según el cual

Los aumentos de productividad en una empresa y la mejora de la producción *causarán una más alta remuneración para los trabajadores*. A estos fines, la empresa y sus trabajadores, *acordarán* en relación a los procesos de producción en un departamento, sección o puesto de trabajo, *planes y programas orientados a mejorar tanto la calidad del producto como la productividad y en ellos considerarán los incentivos para los participantes, según su contribución*.

En 1999, cuando entró en vigencia el Reglamento de la LOT, en el artículo 76 se precisó que

Constituye una *modalidad de salario variable*, aquél estipulado con base en la calidad de la obra ejecutada en el cumplimiento de las metas u objetivos de mejoramiento de la productividad de la empresa.

En este supuesto, *deberán fijarse, preferentemente por escrito, las condiciones estimadas relevantes a los fines de la evaluación del trabajador y, en consecuencia, de la determinación del salario.*

Nada señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Trabajo sobre esa nueva disposición legal y consideramos de utilidad acudir –como más adelante se observa– a las explicaciones contenidas en uno de los Tratados más calificados de habla hispana en materia laboral.

Lo primero que se debe precisar, al analizar las disposiciones transcritas, es la diferencia real y conceptual que existe entre producción y productividad. De acuerdo con el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de G. Cabanellas y L. Alcalá-Zamora, por aquélla se entiende, técnicamente hablando, el proceso de transformación de materias primas; es el resultado de un conjunto de actos que sirven a la creación de riqueza; y en el campo económico general está integrada por los factores conocidos como *capital* (propietarios y los equipos, máquinas o herramientas), *trabajo* (aportado por los prestadores de servicios personales) y *naturaleza* (que proporciona las bases necesarias).

La *productividad* en cambio –no obstante el parecido terminológico con el vocablo *producción*– es una voz que se encuentra directamente relacionada con la idea o concepto de *rendimiento* y, en nuestro caso, con el “*Rendimiento Laboral*”, de modo que para llegar a una mayor productividad es necesaria una mejor racionalización de la producción, conjuntamente con un mayor conocimiento de sus derechos y deberes por parte de todos los trabajadores. Estos autores hacen el muy acertado señalamiento de que la productividad es el resultado de la comparación cuantitativa entre las mercancías producidas y los medios empleados en su obtención, o entre los servicios rendidos y los recursos utilizados.

De allí el señalamiento de nuestro legislador y del reglamentista, de que las partes de la relación laboral celebren acuerdos, preferiblemente por escrito, que indiquen con claridad los planes y programas orientados a mejorar la productividad y los incentivos que como contrapartida corresponderán a los trabajadores por su participación en ese proceso de mejoramiento o mayor rendimiento, o lo que es lo mismo, en el incremento de la producción o en la cantidad de unidades producidas.

Por lo anotado, es posible afirmar que *a mayor productividad*, o lo que es lo mismo, a mayor rendimiento o mejoramiento individual en el trabajo, mayor será la producción per cápita y la calidad de la obra ejecutada, lo que a su vez “causará” una *más alta remuneración para los trabajadores, representada por los “incentivos” a que se refiere el artículo 137 de la LOT, los cuales tienen naturaleza salarial y suelen denominarse en la práctica, “Primas a la Producción”, “Bonos de Eficiencia”, “Bonos por Productividad,” “Bonos de Rendimiento”, “Bonos por ahorro de materia prima”* asimilándose a ellos, los “Bonos por Asistencia”.

En la doctrina internacional, los artículos 137 de la LOT y 76 de su Reglamento, se ubican en el contexto de la llamada “*Teoría de la Productividad del Trabajo*” o “*Teoría del Salario Rendimiento*”, según la cual el trabajador no es una máquina sino un agente de producción, y el trabajo no es una mercancía; “...por eso, el precio del trabajo es el del rendimiento del trabajador; y a medida que la producción aumente, mayor será también el salario que perciba”. Es así como en el campo de la fijación legal del salario, si en la empresa “...se fija un programa de producción de acuerdo con el rendimiento normal de los trabajadores, ese programa abarca conjuntamente la tarifa por la cual debe retribuirse aquel presupuesto de actividad que los trabajadores ponen para lograr el cumplimiento del fin propuesto... *el costo del salario debe ser igual al costo del trabajo que se realiza...* el problema se encuentra valorado en el sentido de que *el rendimiento del trabajador es el que sirve normalmente para fijar el salario; y, en tanto que haya un aumento de rendimiento, puede producirse un aumento también de los salarios...* La teoría del salario como rendimiento estima que, siendo el salario una participación en el producto, debe corresponder a la distribución del costo de éste; y que para establecer la cuantía de aquél, deben deducirse el costo de las materias primas y del instrumental, el interés del capital y el beneficio del empresario”. (Para ilustración directa y más completa, véase el Tratado de Derecho Laboral de G. Cabanellas, Tomo II, Vol. 2, Edit. Heliasta, Argentina, 1988, pp. 165, 181-2, 306-8).

Opinamos que el Legislador venezolano, se fundamentó en las enseñanzas de esta misma Teoría de la Productividad del Trabajo o Doctrina de la proporcionalidad o relación directa entre el salario y el rendimiento al consagrar en el artículo 525 de la LOT, la posibilidad de disminuir beneficios concedidos al personal o modificar convenciones colectivas de trabajo cuando existen –proposición patronal de modificar condiciones de trabajo– con el fin de combatir circunstancias económicas excepcionales que ponen en peligro la actividad o la existencia misma de la empresa. Esto sucede, por ejemplo, cuando las dificultades del mercado o la contracción en la economía del país ocasionan una disminución en la colocación (venta) de los productos por parte de las empresas que, en consecuencia, se ven

obligadas a disminuir la producción, lo cual se traduce tanto en una disminución de sus ingresos o ganancias como en una disminución en la exigencia de rendimiento al personal. En semejantes condiciones, las empresas se ven obligadas a reducir costos, acudiendo, entre otros, a los trámites de reducción de personal previstos en el artículo 34 de la LOT, o, para salvaguardar los empleos, a la señalada fórmula de reducción de remuneraciones y beneficios, hasta superar el período crítico que se está atravesando.

Dentro de este orden de ideas, cabe señalar que *los acuerdos contentivos de planes y programas orientados a mejorar tanto la calidad del producto como la productividad*—en los cuales se “considerarán” los incentivos que constituyen la contrapartida del mayor rendimiento— a los cuales se refiere el artículo 137 de la LOT, contienen implícitamente la “Cláusula *rebus sic stantibus*” proveniente del Derecho Romano, según la cual, de sobrevenir un cambio importante en la situación prevista al fijar el acuerdo, el obligado puede resolver el negocio jurídico que le resulta en exceso oneroso. Esta cláusula, trasladada al supuesto del comentado artículo 137 de la LOT, significa que si varían las circunstancias que se tomaron en cuenta en el momento de formalizar el acuerdo, será procedente un nuevo acuerdo que modifique las bases que se establecieron y estuvieron regulando los incentivos concedidos, tal como lo explica Guillermo Cabanellas en su antes citado Tratado de Derecho Laboral, al referirse a los “Sistemas de Incentivación” y a las situaciones que pueden presentarse en relación a estos acuerdos suscritos entre patronos y trabajadores referentes a la determinación de primas a la producción incentivada o premios a la actividad. También es factible, en nuestro particular entender, que en el mismo acuerdo originalmente celebrado, se establezca alguna fórmula modificatoria que señale lo conducente en caso de variar las circunstancias tomadas en consideración para su celebración, evadiendo así los efectos de la otra cláusula que se conoce como *Pacta sunt servanda* que supone el cumplimiento obligatorio en cualquier caso o circunstancia.

Sostiene Cabanellas, en lo cual estamos plenamente de acuerdo, que las modificaciones encaminadas a alterar o suprimir el sistema de incentivación para mejoramiento de la productividad, no pueden ser decididas unilateralmente por el patrono, pues ello “(...) implicaría, por añadidura, una potestad rescisoria unilateral, incompatible con las características de bilateralidad de la contratación laboral...”.

En conclusión, opinamos que la aplicación del artículo 137 de la LOT, no obstante la redacción del artículo 76 de su Reglamento, requiere necesariamente (no “preferentemente”) la existencia de un acuerdo escrito que señale detalladamente todo lo atinente a las metas de producción y a los incentivos (bonos o primas) que hayan sido considerados por las partes; acuerdo éste que puede provenir de una

proposición del patrono interesado en alcanzar determinados objetivos o metas de producción; o de la exigencia manifestada por los trabajadores o por los sindicatos a los cuales están afiliados, bien por el interés de mejorar la remuneración, o bien porque habiéndose constatado mejoras en la producción como consecuencia de un aumento de productividad, se plantea formalmente la intención de recibir la justa contraprestación que implica la “Relación Salario-Producción” o “Relación Salario-Rendimiento” que implica cierta exactitud.

2. Profesionales (universitarios) subalternos. Una interpretación de los artículos 9 de la Ley Orgánica del Trabajo y 4 de su Reglamento

¿Tiene derecho a percibir honorarios adicionales a su salario el Abogado que presta servicios mediante relación de trabajo?

Por considerarla de interés para los profesionales del Derecho dedicados a la especialidad laboral, exponemos a continuación los razonamientos contenidos en una consulta que nos hiciera una empresa asesorada por el Escritorio Jurídico a nuestro cargo.

En el caso, se trata de una Abogada que presta servicios en calidad de Jefe de la Oficina Legal de una de las divisiones de la empresa consultante, a la cual se confirió poder con facultades, entre otras, para otorgar y firmar documentos de préstamo, aceptar y liberar o cancelar hipotecas, anticresis y gravámenes en general.

Nuestros razonamientos fueron los siguientes:

No obstante, la defectuosa redacción de la consulta, entendemos que lo que realmente quiere conocer la entidad patronal, se ubica en las dos siguientes interrogantes:

- 1) ¿Tiene derecho esta trabajadora profesional a cobrar, separada y adicionalmente a su sueldo, honorarios profesionales de acuerdo con el artículo 22 de la Ley de Abogados, en concordancia con lo establecido en el Reglamento de Honorarios Mínimos del Abogado, por la elaboración y/o visado de documentos legales? y
- 2) ¿Existe el riesgo de que estos honorarios, para el supuesto de que tenga derecho a percibirlos, puedan ser calificados como parte de su sueldo y, en consecuencia, incidir sobre el promedio de las cantidades aplicables al pago del conjunto de sus derechos, beneficios, prestaciones e indemnizaciones laborales?.

Las señaladas interrogantes, versan sobre la materia tratada en las previsiones contenidas en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Trabajo (disposición nueva incor-

porada en la LOT en 1990) y en el artículo 4 del Reglamento (general) de esta Ley, que es también una disposición nueva incluida en este Reglamento que entró en vigencia en enero de 1999.

En el señalado orden, estas disposiciones textualmente rezan:

Los profesionales que presten servicios mediante una relación de trabajo tendrán los derechos y obligaciones que determinen las leyes del respectivo ejercicio profesional, pero estarán amparados por la Legislación del Trabajo y de la Seguridad Social en todo aquello que los favorezca.

Los honorarios correspondientes a la actividad de dichos profesionales se considerarán satisfechos por el pago de la remuneración y demás beneficios derivados de la relación de trabajo, salvo convenio expreso en contrario". (Destacado nuestro).

Con esta redacción el legislador resalta que *si no existe un convenio expreso* que señale que además del salario, podrán realizarse actividades que ocasionen honorarios a ser cobrados adicionalmente o por separado a dicho salario, *la retribución económica, pago o precio de tales cantidades* –que en caso de no existir una relación laboral se calificarían como honorarios– está incluido en el monto del salario o remuneración regular mensual percibida por el trabajador, así como en los demás beneficios laborales existentes en la organización o empresa de que se trate.

Esta previsión toma en cuenta las enseñanzas de la *equidad*, pues es evidente que un trabajador profesional que presta servicios bajo relación de subordinación, no sólo es remunerado con un salario, sino con montos adicionales representados por el conjunto de derechos y beneficios laborales conocidos como Utilidades, Vacaciones, Prestación de Antigüedad, Aporte Patronal al Ahorro, Bonos especiales, etc.

En síntesis, y como primera conclusión, podríamos señalar que de acuerdo con la LOT, la profesional a la cual se refiere la presente consulta, *salvo que exista algún convenio expreso que señale lo contrario*, no tiene derecho a percibir honorarios como pagos separados y adicionales a su sueldo, por la elaboración de documentos legales del interés del patrono, ya que tal actividad se considera formando parte de sus funciones habituales y se encuentra satisfecha con el pago de su remuneración mensual y con los demás beneficios integrados a su relación laboral.

Ahora bien, es obligatorio tener presente que muchas de las relaciones que se establecen con profesionales, no siempre se presentan de manera tan simple, pues es perfectamente factible que un Abogado vinculado a una empresa por una relación laboral, pueda además ser acreedor o beneficiario de honorarios profesionales causados por actividades similares a las que forman parte de sus actividades

como empleado, sin que exista ese convenio expreso al cual se refiere el artículo 9 de la LOT; y lo que es más grave, que esas sumas de dinero que realmente constituyen honorarios, sean tratadas como elementos constitutivos de salario, precisamente por la inexistencia del convenio expreso, pasando así a formar parte de los conceptos a promediar para el pago de beneficios, prestaciones e indemnizaciones laborales.

Para ayudar a evitar que patronos y trabajadores profesionales celebren relaciones confusas que pudieran convertirse en fuente de conflictos laborales, el Ejecutivo, al reglamentar la Ley Orgánica del Trabajo, incorporó como disposición nueva en el Reglamento de 1999, la previsión contenida en el artículo 4 antes mencionado, que textualmente reza:

Los profesionales que prestan servicios personales bajo dependencia y por cuenta ajena, estarán sometidos a la Ley Orgánica del Trabajo y al presente Reglamento.

Lo establecido no les impedirá la celebración con sus patronos de contratos mediante los cuales se obliguen a prestar servicios profesionales en nombre y por cuenta propia. En este supuesto, el contrato deberá celebrarse por escrito e indicar su duración y las obligaciones fundamentales de las partes.

Si el contrato de servicios profesionales no fuere celebrado por escrito y coexistiere con un contrato de trabajo celebrado entre las mismas partes, se presumirá que la retribución percibida reviste naturaleza salarial, salvo prueba en contrario (destacado nuestro).

En efecto, en la vida laboral en general, puede ocurrir que un Abogado empleado a tiempo completo, medio tiempo o a tiempo parcial, que tiene como parte de sus funciones la elaboración de documentos y/o la asistencia en asuntos administrativos o judiciales, sea requerido por su patrono en forma regular u ocasional, después de haber completado su jornada normal de trabajo; es decir, fuera de los supuestos de prestación de servicios durante horas extraordinarias o de trabajo en días feriados o en días de descanso legal, para elaborar documentos legales o para prestar asistencia en determinados asuntos. Es evidente que esta actividad no formaría parte de las obligaciones que tiene este Abogado en su condición de empleado, sino que constituiría una actividad adicional y separada que causaría honorarios profesionales que tiene el derecho a percibir de acuerdo con el antes citado artículo 22 de la Ley de Abogados. De manera que aún sin la existencia o celebración del “Contrato de Servicios Profesionales” a que se refiere el artículo 4 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, estaríamos en presencia de una actividad o servicio que causa honorarios a ser cancelados al margen, separada y adicionalmente al salario convenido o establecido en el contexto de la re-

lación de trabajo; y todo ello, con el riesgo de que se presuma que el pago así percibido reviste naturaleza salarial, salvo prueba en contrario.

De todo lo anotado, se colige que el “(...) convenio expreso en contrario” a que se refiere el *in fine* del artículo 9 de la LOT, es este “Contrato de Servicios Profesionales” mencionado en el artículo 4 de su Reglamento, el cual debe constar por escrito e indicar su duración y las obligaciones fundamentales de las partes.

Por todo lo comentado, es fácil advertir que si existe una relación laboral sin que las partes hayan celebrado separadamente y por escrito un convenio que en forma expresa señale que algunas actividades –que deberán indicarse con precisión–causarán honorarios profesionales, deberá entenderse que estamos en presencia de una relación en la cual el salario y los demás beneficios integrados en la relación laboral, remuneran la totalidad de los servicios profesionales prestados; es decir, incluyen la retribución de lo que de otro modo serían honorarios profesionales.

Sin embargo, repetimos, siempre existirá el riesgo de que aún faltando este convenio expreso, pudiera prosperar un reclamo por pago de sumas de dinero por concepto de retribución de actividades profesionales que aun cuando similares o idénticas a las que forman parte de la relación de trabajo, pruebe el Abogado que son separadas o adicionales a éstas y que por lo tanto no se encuentran remuneradas con el sueldo y demás beneficios, sino que deben serle canceladas en concepto de honorarios profesionales; sumándose a esto el riesgo de que una vez pagados, queden investidas, a la postre, de naturaleza salarial, debiendo promediarse para el pago de los derechos, beneficios, prestaciones e indemnizaciones laborales.

Por otra parte, y en cuanto concierne al poder que se le confirió a la profesional en referencia, es menester señalar que de acuerdo con los artículos 1.684 y 1.686 del Código Civil, el *Mandato* es un contrato esencialmente gratuito si no hay convenio en contrario; y que la voz “Salario” utilizada en el artículo 1.689 del mencionado Código se refiere en realidad a la retribución conocida como Honorario; pudiendo entonces ocurrir que exista algún pacto expreso según el cual el mandato sea remunerado, caso en el cual, además del salario, el profesional pudiera recibir, de su mismo patrono, el pago de los honorarios convenidos.

Sucedere que la situación descrita tiene perfecta viabilidad jurídica, ya que es perfectamente posible que en las interrelaciones que pueden legalmente establecerse entre dos sujetos de derecho, coexistan una relación o contrato de trabajo con un *mandato*.

No obstante lo anotado, nuestra experiencia nos orienta hacia la conclusión de que no existiendo en el texto del poder ningún señalamiento que indique que es

remunerado, y desconociéndose la existencia de un pacto separado que así lo señale, el mandato conferido a la Abogada... ..debe tenerse como gratuito y entenderse que le fue otorgado para que pudiera cumplir con las funciones propias de su cargo, las cuales requieren evidencia escrita de sus facultades de representación, porque así lo exigen los artículos 151 del Código de Procedimiento Civil y 1.688 del Código Civil. En otras palabras, el poder fue conferido porque de otro modo la profesional no podría ejercer las funciones propias de su cargo, las cuales constituyen la razón de ser de la relación laboral o contrato de trabajo existente entre las partes.

Tomando en consideración lo antes anotado, podemos establecer la siguiente conclusión:

De acuerdo con la legislación laboral vigente, o el profesional percibe, separadamente al pago de su salario, el pago de honorarios profesionales propiamente dichos, porque así se precisa en el contrato escrito que existe paralelamente a la relación de trabajo; o, en caso de no existir tal contrato, podría suceder que el pago –en caso de producirse o de ser procedente– de lo que supuestamente serían honorarios (para retribuir las actividades adicionales o especiales alegadas y probadas por el profesional), termine calificándose como elemento constitutivo de salario; a menos que el patrono logre probar lo contrario, en una de estas dos formas:

- A) Que a pesar de la inexistencia del *convenio expreso* que se refiera al cumplimiento de actividades profesionales que causan honorarios como pagos distintos al salario, sin embargo, si se trata de tales honorarios con arreglo a la inteligencia y alcance del artículo 22 de la Ley de Abogados, porque se trata del pago de actividades profesionales cumplidas fuera de la jornada ordinaria de trabajo y fuera también de los supuestos de sobre tiempo (horas extraordinarias) o de trabajo en días de descanso legal o en días feriados; o
- B) Que no procede pago adicional alguno –caso de la profesional en referencia, no siendo necesario dilucidar si se trata de honorarios o de salario– porque toda la actividad profesional cumplida por el reclamante, formaba parte de las obligaciones que le imponía su relación laboral y fue quedando progresivamente satisfecha, en cada oportunidad quincenal o mensual, con el pago del salario, tal como lo señala el artículo 9 de la LOT.

En consecuencia, se sugiere que, cada vez que se contrate a un profesional universitario, vale decir, un Abogado, Arquitecto, Ingeniero, Contador Público o Administrador, etc., si no existe intención de remunerarlo con salario y adicional o separadamente con honorarios, además de no firmar documento alguno que expresamente señale la procedencia de honorarios, convendrá que el profesional fir-

me en señal de aceptación y conformidad, la descripción de su cargo, en la cual se indicará con suficiente detalle todas las funciones, responsabilidades y tareas propias de dicho cargo, para evitar que se presenten situaciones confusas y/o similares a las que motivaron la presente consulta; pues de ese modo no existirá duda de que cualquier honorario se considerará satisfecho con la remuneración o sueldo y demás beneficios derivados de la relación de trabajo existente entre las partes.

3. Opinión sobre la ejecución de sentencias en los casos de “Unidad Económica (Grupo de Empresas)”

Desde su incorporación en el ordenamiento jurídico venezolano (artículo 151 del Reglamento de la Ley del Trabajo que había entrado en vigencia el 1º de febrero de 1974 para ser derogado por el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo el 25 de enero de 1999 que con mejor técnica alude ahora a los “Grupos de Empresa”), la figura conocida como “*Unidad Económica*” ha sido regulada por disposiciones que tanto la doctrina dominante como la alta y reiterada jurisprudencia nacional consideran de orden público; y con mayor razón a partir de la importante reforma laboral de 1990, al incorporarse en el hoy artículo 10 de la LOT un principio que venía desarrollando la jurisprudencia nacional, según el cual, las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación territorial, salvo aquellas a las cuales el legislador no dio carácter imperativo; siendo que al convertirse en disposición legal (artículo 177 de la LOT), el arriba señalado artículo 151 del derogado RLT, el punto quedó contemplado como de orden público y en este mismo plano lo regula el artículo 21 del Reglamento de la LOT que como anotamos, entró en vigencia el 25 de enero de 1999, refiriéndose a la Unidad Económica bajo la denominación práctica de “Grupo de Empresas”.

El artículo 177 de la LOT, regula lo atinente a la participación de los trabajadores en los beneficios del patrono (utilidades) cuando éste reviste en las características de una Unidad Económica, a pesar de estar integrado por varias explotaciones o empresas que llevan contabilidad separada y tienen personerías jurídicas distintas, lo que no necesariamente implica que reciba el mismo tratamiento en la legislación tributaria (Véase Parágrafo Tercero del artículo 5 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, que deja a criterio de la Administración analizar y aplicar o no el tratamiento de Unidad Económica a los Grupos de Empresas, según las circunstancias, pues en la indicada disposición se utiliza la expresión verbal “podrá”).

Por su parte, el Poder Reglamentario, al interpretar la intención del legislador y la experiencia judicial acumulada a lo largo de los últimos treinta años, redactó el artículo 21 del Reglamento (de la LOT) cubriendo los supuestos reales comprendidos en las llamadas unidades económicas, que en la práctica constituyen o se presentan como organizaciones compuestas, múltiples o complejas, o si se pre-

fiere, como un “grupo de empresas” unidas con carácter permanente y con una administración o control común que son solidariamente responsables entre sí respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores. Ahora bien, en los casos en que la situación no se presenta tan clara, la disposición reglamentaria in comento destaca que a los fines y efectos del Derecho del Trabajo, se considerará, salvo prueba en contrario (presunción *juris tantum* que favorece a los trabajadores), que existe “Grupo de Empresas” cuando está presente alguna de las siguientes circunstancias (decimos “alguna” porque así se deriva de la redacción del dispositivo):

- 1) Cuando existiere relación de dominio accionario de unas personas jurídicas (empresas) sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes.
- 2) Cuando las juntas administradoras u órganos de dirección estuvieren conformados en proporción significativa, por las mismas personas.
- 3) Cuando utilizaren idéntica denominación, marca o emblema; o, finalmente,
- 4) Cuando desarrollen en conjunto actividades que evidencien su integración.

Así pues, podemos entender por “Unidad Económica” la expresión simplificada de lo que en la práctica se conoce como “Grupo de Empresas”; vale decir, organización económica múltiple o compleja, integrada por dos o más empresas o explotaciones vinculadas o de alguna manera integradas, que aún teniendo contabilidad separada y personerías jurídicas distintas, son solidariamente responsables entre sí respecto de las obligaciones laborales contraídas con los trabajadores al servicio de cualquiera de ellas, pues el “Grupo” es el sujeto laboral considerado como el mismo y único patrono de todos los trabajadores; aun cuando se encuentren adscritos a las diferentes personerías jurídicas que corresponden a las empresas del grupo.

Lo anotado significa, en principio, que si las empresas A y B constituyen un Grupo; los trabajadores al servicio de A, pueden accionar solamente contra A; pueden igualmente hacerlo solamente contra B o, finalmente, si lo prefieren, pueden intentar el juicio contra A y B conjuntamente. En este sentido, opinamos –no obstante las aseveraciones de la Sala de Casación Social sobre el litisconsorcio pasivo necesario– que la conformación de un litisconsorcio pasivo es simple o voluntario y no “necesario” porque la Unidad Laboral en el plano sustantivo, no implica una “Unidad Procesal Inquebrantable” en el plano adjetivo o procesal, de manera que el trabajador puede demandar separadamente a una de las empresas del grupo y, en atención a la responsabilidad solidaria –en el caso pasiva– que por evidentes razones de orden público existe entre las empresas que lo con-

forman, llevar a cabo la ejecución de fallo sobre bienes de una cualquiera de ellas, en el supuesto de que la demandada no los tuviere en cantidad suficiente o se hubiere insolventado de manera fortuita o en fraude a los derechos de sus acreedores; ya que entre otros, éste fue uno de los aspectos considerados por el Legislador cuando incorporó en nuestro ordenamiento laboral la figura de la “Unidad Económica” que, como antes anotamos, es el sujeto considerado como el mismo y único patrono en el campo del Derecho del Trabajo; o indicado en otros términos, el “*Grupo de Empresas*” es el sujeto que en materia laboral tiene la condición de patrono demandado, aun cuando el trabajador hubiese planteado su acción contra una determinada empresa del grupo.

En el indicado sentido *mantenemos* el criterio de que debe aplicarse la disposición contenida en el artículo 1.221 del Código Civil, según la cual, la obligación es solidaria cuando uno o varios deudores están obligados a una misma cosa, de modo que *cada uno pueda ser constreñido al pago de la totalidad*, sin que ello impida al acreedor, en este caso al trabajador (artículo 1.226 del CC) accionar también contra los otros; y según el artículo 1.228 del CC, el deudor que haya sido obligado a pagar conserva su acción contra los demás. En nuestra opinión, son las particularidades y la condición de orden público que reviste la solidaridad pasiva en materia laboral, las que obligan a los Jueces del Trabajo, en los casos que así se presenten, a DESAPLICAR la disposición contenida en la primera parte del artículo 1.236 del Código Civil, que textualmente reza: “La sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios no produce los efectos de la cosa juzgada contra los otros codeudores...”.

En otros términos, en el campo procesal-laboral, la tesis que obligatoriamente debe sostenerse, para respetar el orden constitucional y público involucrado en la responsabilidad solidaria que atañe a la figura conocida como “Unidad Económica”, es la de declarar que la sentencia definitivamente firme que hubiere recaído en favor del trabajador, surte efecto de cosa juzgada contra el único patrono del actor, a saber, el “*Grupo de Empresas*” del cual forma parte la empresa que se hubiere demandado; ya que éste es el único modo de respetar la intención que tuvo el Poder Constituyente cuando redactó la segunda parte del artículo 94 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer:

El Estado establecerá a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en general, en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

Nada más lógico que aplicar las enseñanzas de los principios de economía y celeridad procesal para lograr el fin perseguido por el legislador, evitando el trabajo

procesal adicional que implicaría para el trabajador instaurar juicios ejerciendo la acción pauliana o acciones de nulidad con reclamación de daños y perjuicios, etc.

Opinamos que una vez invocada por el trabajador la existencia de la “Unidad Económica” –lo cual consideramos viable en cualquier estado y grado del juicio, incluida la etapa correspondiente a la ejecución de la sentencia, por ser de orden público las disposiciones pertinentes– por existir en el expediente indicios suficientes de que la empresa demandada forma parte de un “Grupo de Empresas” por alguna de las razones señaladas en el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, si la empresa que no fue la originalmente demandada y sobre cuyos bienes se están practicando los embargos ejecutivos hace oposición a la medida, el Juez, *soberano en la apreciación de los hechos*, podrá *declarar sin lugar la oposición*, en el supuesto de que esté convencido que sí existe el Grupo de Empresas invocado por el actor; o bien, para el caso de que la evidencia existente en autos sea en alguna forma insuficiente o plantee dudas, abrir la incidencia a que se refiere el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, a fin de que la empresa que formuló la oposición demuestre que no existe tal “Grupo” o “Unidad” pretendido por el demandante.

Por otra parte, es obligatorio destacar que no tiene relevancia jurídica alguna, el hecho de que la acción se hubiese interpuesto contra una determinada empresa antes de existir el “Grupo” en el cual quedó posteriormente integrada; ya que lo determinante para que el “Grupo de Empresas” soporte las consecuencias económicas del cumplimiento forzoso de la sentencia condenatoria que hubiese recaído, es que el mismo estuviese constituido, en cualquiera de las formas señaladas por el artículo 21 del RLOT, antes de dictarse dicha sentencia. En otras palabras, opinamos que es suficiente que el “Grupo”, cuya existencia se presume *Juris Tantum*, se hubiese constituido antes de dictarse la sentencia definitivamente firme, para que la misma pueda ejecutarse sobre el patrimonio de una cualquiera de las empresas agrupadas.

En síntesis, opinamos que si el “Grupo de Empresas” existía al momento de accionar solamente contra una de las empresas del mismo, o si tal grupo se conformó después de haberse iniciado el juicio, no deja de surtir sus efectos la responsabilidad solidaria existente entre todas las empresas agrupadas, ya que toda esta materia se encuentra regida, insistimos, por disposiciones de orden público que pueden ser invocadas por el trabajador en cualquier estado y grado de la causa, incluida la fase o etapa de ejecución forzosa del fallo, debiendo el Juez abrir la incidencia con arreglo al artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, para que la empresa condenada o la empresa del grupo sobre cuyos bienes se están practicando los embargos ejecutivos a los cuales se opone, demuestre que no existe

el grupo pretendido por el trabajador, ya que éste, de conformidad con el artículo 1.397 del Código Civil, tiene la presunción a su favor, y por ello está dispensado de aportar la indicada prueba.

En nuestra opinión, situaciones como la comentada, deben regirse por la disposición contenida en el único aparte del artículo 90 de la Ley Orgánica del Trabajo, aplicable por analogía o por obligatoria interpretación extensiva, dada la anotada condición de orden público que tienen las disposiciones reguladoras de las obligaciones laborales de los “Grupos de Empresa”. Dentro pues del orden de ideas desarrollado, cabe sostener que aún en el supuesto de que el juicio hubiese comenzado antes de constituirse el Grupo, basta con que la sentencia definitivamente firme se hubiese dictado con posterioridad a la conformación del mismo, para que pueda ejecutarse sobre el patrimonio de una cualquiera de las empresas agrupadas; sucediendo lo mismo si, existiendo ya el grupo, la acción se hubiese propuesto contra una sola de las empresas integradas; pues con la implantación de la responsabilidad solidaria, el legislador dejó ver claramente su intención de que el trabajador reciba efectivamente el pago de lo que se le debe.

De esta manera se combatirán con efectividad las actuaciones fraudulentas del “Grupo-Patrono”, encaminadas a hacer ilusorias las justas pretensiones de trabajadores que propusieron su acción contra una de las empresas del grupo, la cual –para evadir los efectos de la condenatoria o de la eventual condenatoria que estima se producirá por las características que va presentando el juicio– realiza actos de enajenación de bienes embargables a otra de las empresas del mismo grupo, burlando la Ley y lo que es más grave, colocándose en la situación de sujeto laboral destinatario de la previsión contenida en la segunda parte del artículo 94 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Para concluir, queremos destacar que si bien el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo se refiere a la “Unidad Económica” en el Capítulo III (“De la Participación en los Beneficios”) del Título III de la Ley Orgánica del Trabajo; ello no debe conducir a equívocos o a interpretaciones incompletas o limitativas de la inteligencia y el alcance de esta disposición, invocando de manera superficial o precipitada el aforismo romano “*Favorabilia sunt amplianda odiosa restringenda*”, para pretender que la “Unidad Económica” o “Grupo de Empresas” es la referencia legal a tomar en consideración únicamente para el pago de utilidades, y que la explotación o persona jurídica (compañía) a la cual está o estuvo adscrito el trabajador es el otro patrono obligado al cumplimiento de las demás obligaciones laborales contraídas con los trabajadores; pues no podemos pasar por alto que los “Beneficios o Utilidades” (artículos 133 y 146 de la misma Ley) constituyen salario que se percibe, precisamente por tener la condición de trabajador

adscrito a alguna de las explotaciones o de las entidades que teniendo su personería jurídica propia, conforman la Unidad a que se refiere la disposición in comento y que en la mente del legislador es vista como el patrono o sujeto laboral que tiene a su cargo el cumplimiento de un conjunto de obligaciones laborales; pues no tiene sentido jurídico desdoblar el concepto de patrono, para afirmar que uno (la llamada “Unidad”) es el obligado a pagar utilidades y el otro (la empresa agrupada) en cuya nómina está o estuvo el trabajador, el que debe cumplir las demás obligaciones contraídas con los trabajadores.

En efecto, consideramos procedente la interpretación según la cual en los casos en los cuales diferentes explotaciones o personerías jurídicas distintas conforman una misma empresa según el artículo 177 de la LOT (que las agrupa bajo la expresión “Unidad Económica”); es porque el legislador ve, en esas particulares formas prácticas de *Organización Empresarial Múltiple o Compleja*, una misma agrupación de intereses que conforman una sola y única entidad patronal obligada a distribuir entre sus trabajadores el quince por ciento (15 %) de los beneficios líquidos obtenidos durante el ejercicio económico, por tratarse, precisamente, del único patrono que tiene a su cargo el cumplimiento de las demás obligaciones establecidas en la Ley de la materia.

En una interesante Sentencia dictada el 22 de febrero 2001 por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del magistrado Omar Alfredo Mora Díaz que puede leerse en el Repertorio Mensual del Prof. O. R. Pierre Tapia, Vol. 2, Tomo 1, febrero 2001, pp. 472-476, se interpreta el alcance y contenido del artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo en un sentido que se asemeja al expuesto en los comentarios que anteceden, con la interesante anotación de que los jueces, al analizar la doctrina y la jurisprudencia, están recurriendo a “fuentes materiales” de primera magnitud para interpretar y adaptar el mandato abstracto al caso concreto, con lo cual realizan una actividad creadora de derecho, afirmación ésta última que no compartimos en el caso específico del artículo 177 analizado; pues su inteligencia y alcance, a nuestro modo de ver, pueden establecerse a través de una interpretación progresiva conceptual, finalista o teleológica similar a la que hicimos; sin necesidad de acudir al instrumento de la creación de derecho que es propia o característica del sistema anglosajón o sistema de derecho costumbrista o jurisprudencial en el cual los “precedentes” judiciales son de aplicación obligatoria; si bien es cierto que en nuestro país, esta práctica judicial ha adquirido máxima relevancia con ocasión de las disposiciones contenidas en los artículos 335 de la Constitución vigente y 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Para la debida ilustración de los amigos lectores, transcribimos a continuación la parte interesante de la mencionada Sentencia, en la cual, entre otros puntos, se lee:

“(...) La Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 177 consagra el principio de la unidad económica de la empresa, la cual estaba vigente para el momento en que ocurrieron los hechos.”

En este sentido Rafael J. Alfonzo-Guzmán en *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*, adaptada a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamentación, expresa:

Según el artículo 177 *ejusdem*, en cambio, la determinación al derecho a las utilidades o beneficios depende no sólo de la actividad de la persona natural o jurídica que actúa como patrono, sino de la posible unidad económica constituida por patronos distintos que ejercen la misma actividad o actividades conexas o complementarias. En efecto, en dicha norma el concepto *empresa* ha de entenderse con un doble significado, a saber:

- a) Como unidad de los segmentos (establecimientos, explotaciones, sucursales o agencias) de una misma persona jurídica, aunque lleven contabilidades separadas; y
- b) Como unidad de personas jurídicas autónomas, vinculadas por intereses comunes nacidos de sus respectivas actividades mercantiles.

De esta forma el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo consagra la posibilidad de que varias empresas jurídicamente autónomas estén sometidas a una unidad mediante una empresa jefe que controle las restantes empresas, pues son las ganancias consolidadas de la empresa, obtenidas en todas sus dependencias y sucursales, la base legal de la participación de los trabajadores en las utilidades. A los efectos de la participación en los beneficios, debe considerarse los términos “utilidad” y “empresa” como indivisibles. Luego el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica de 1999 desarrolla este principio contenido en el artículo 177 de la mencionada Ley, señalando qué empresas autónomas sometidas a un control común constituyen una unidad económica y por tanto cada patrono responde solidariamente de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

Abundando sobre el concepto de Unidad Económica, apreciamos que en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo, se establece dicho precepto sólo en aplicación para la distribución de las utilidades de una empresa, no obstante, la doctrina patria ha ampliado su ámbito de aplicación, en beneficio de los trabajadores, en el caso de que el patrono contrarie derechos contenidos en la mencionada normativa laboral; lo cual se traduce en que es extensible el empleo de la norma en referencia a los casos en que no puede el trabajador satisfacer el derecho al co-

bro de sus prestaciones sociales, una vez agotados todos los recursos y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo; por ejemplo en los supuestos de quiebre o cierre fraudulento de la empresa, caso en que no puede hacer valer el privilegio que los ampara, vid. artículo 158 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo. (Dictamen N° 33 del 03 de junio de 1996. Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo).

El Parágrafo Segundo del artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo establece:

“Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de grupo de empresas cuando:

- a) Existiere relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes;
- b) Las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas;
- c) Utilizaren una idéntica denominación, marca o emblema; o
- d) Desarrollen en conjunto actividades que evidenciaren su integración”.

Así pues, el principio de unidad económica de la empresa está consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo y el Reglamento lo desarrolla estableciendo los parámetros dentro de los cuales existe la mencionada unidad, por lo que el sentenciador al aplicarlo y establecer la relación de equivalencia de los hechos con el supuesto de la norma no incurre en falsa aplicación del artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica de Trabajo ni en la falta de aplicación del artículo 151 del Reglamento derogado, pues el supuesto legal del cual parte es el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo, la cual contempla, como se explicó, el principio de unidad económica de la empresa y el cual estaba en vigencia al momento de ocurrir los hechos.

El Juez interpreta la norma y la adapta al caso concreto para resolver la controversia y en esta labor se apoya de la jurisprudencia y de la doctrina.

En este sentido, Alirio Abreu Burelli y Luis Aquiles Mejía en *La Casación Civil*, afirman:

... debe distinguirse entre fuentes formales de derecho, que son aquellas de las cuales nace directamente un mandato jurídico, y fuentes materiales, de las cuales se nutre el derecho en el momento de ser establecido como tal.

Se ha dicho que la principal fuente material de derecho es la vida misma, aunque se puede, con mayor propiedad, afirmar que el legislador, al redac-

tar las leyes, se nutre, o así deberá hacerlo, de las costumbres, usos y reglas de la civilización en la cual actúa y también de las leyes anteriores, de la jurisprudencia y de la doctrina.

Por esta razón, comúnmente se acepta que la jurisprudencia y la doctrina constituyen fuente material de las leyes. Según opinión sostenida por la doctrina extranjera y por influyentes autores venezolanos..., la decisión judicial crea derecho para el caso concreto. La sentencia definitivamente firme es ley entre las partes en los límites de la controversia decidida, como lo dispone el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. Esta ley individual tiene su fuente formal en la ley y, excepcionalmente, en la costumbre.

El juez parte de la ley, para individualizar y determinar el contenido de la norma o normas que gobiernan el caso concreto. Si bien está sujeto al mandato legal, su labor no se limita a la simple y necesaria aplicación del derecho; sino que para establecer la premisa mayor en la que va a fundar la solución del conflicto, debe interpretar y adaptar el mandato general y abstracto al resto del ordenamiento jurídico para crear esa premisa mayor.

La jurisprudencia y la doctrina de los juristas son dos fuentes materiales de primera magnitud, de las que debe valerse el juez para establecer e integrar la premisa mayor judicial. Ante el frío e impersonal mandato legal, el juez –consciente o inconscientemente– por cuanto asume como verdades evidentes muchas de las enseñanzas de sus profesores y los conocimientos adquiridos en los textos jurídicos sigue el pensamiento de los que le antecedieron en la labor de interpretar y completar el mandato legal. Asimismo, la decisión, por la fuerza de la bondad de los argumentos que la sustentan, puede devenir en fuente material de otras resoluciones judiciales.

El sentenciador al recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia está recurriendo a fuentes materiales de primera magnitud para interpretar y adaptar el mandato abstracto al caso concreto. De esta manera realiza una actividad creadora de derecho. Por lo tanto, en este caso, el sentenciador no incurre en una errónea interpretación sino que determina el alcance y contenido del principio de la unidad económica de la empresa establecido en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo con apoyo de la doctrina y la jurisprudencia. Así se decide”.

4. Fecha del despido cuando el patrono persiste en la medida

¿Cuál debe tenerse como fecha efectiva del despido, cuando la relación laboral termina por despido injustificado y el patrono, no obstante la orden judicial de reenganche, persiste en la medida?

Mediante sentencia de fecha 20 de noviembre del año 2001 dictada con ponencia del magistrado Juan Rafael Perdomo, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, señaló que la fe del despido, en los casos de persistencia en la medida por parte del patrono, una vez que ha concluido el juicio y se dicta la sentencia ordenando el reenganche y el pago de salarios caídos, es –a los fines y efectos del cálculo y pago de las indemnizaciones referidas en el artículo 125 de la LOT, prestación de antigüedad, vacaciones y utilidades fraccionadas– la fecha en que el trabajador dejó efectivamente de prestar servicios y no la fecha en que el patrono persistió en la medida.

¿Se abandona realmente con esta decisión, la doctrina que había sustentado la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, según la cual, en estos casos, debe tenerse como fecha del despido, no la originalmente aplicada por el patrono, sino la de la persistencia en la medida; o la ponencia del magistrado Perdomo debe tenerse como un pronunciamiento aislado en un fallo cuya principal finalidad fue señalar en cuáles casos procede el preaviso referido en el artículo 104 de la LOT y en cuáles la indemnización sustitutiva del mismo consagrada en el artículo 125 *ejusdem*?

En el primer volumen de nuestra colección “Temas Laborales” que apareció con el título “*Doctrina Judicial sobre Contencioso Administrativo del Trabajo*”, Paredes Editores, Caracas, 1988, pp. 125-128, nos referimos a las sentencias pronunciadas por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en fechas 24 de octubre de 1984, 05 de junio y 31 de julio de 1985 –época en la que se encontraba en vigencia la Ley contra Despidos Injustificados y los organismos creados por ella con la denominación de Comisiones Tripartitas– en las cuales se asentó la tesis que transcribimos más adelante, con el fin de desvirtuar la afirmación hecha por el magistrado Juan Rafael Perdomo, en su aludida ponencia en la sentencia de la Sala de Casación Social del TSJ del 20-11-2001, en cuanto a que la jurisprudencia y la doctrina patria: “...han sido pacíficas en asentar que ...las indemnizaciones por despido injustificado y sustitutiva del preaviso, el pago de la antigüedad, vacaciones fraccionadas y participación en los beneficios o utilidades fraccionadas se calculan hasta el momento en que el trabajador efectivamente dejó de prestar servicios y no hasta el momento de la persistencia en el despido”.

En efecto, sostenemos que no es cierto que la jurisprudencia nacional haya sido pacífica en este punto, pues la extinta Corte Suprema de Justicia, afirmó todo lo contrario en sus arriba indicadas sentencias.

La doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte se leía así:

(...) no comparte la Sala la interpretación del formalizante. De acuerdo con su tesis, la referida mención del dispositivo legal: “En este caso los efectos

del contrato subsistirán hasta la fecha del despido” refiriéndola como lo pretende el recurrente, a la fecha original de la terminación del contrato que originó la tramitación ante la respectiva Comisión Tripartita, resultaría ocioso y sobreabundante. **En criterio de la Sala, la intención legislativa en la concepción de tal párrafo –se refería la Corte al artículo 35 del Reglamento de la Ley Contra Despidos Injustificados– es referente a que debe tomarse como fecha efectiva del despido del trabajador la oportunidad en la cual la Comisión Tripartita decide la solicitud o el patrono acepta la naturaleza injustificada del despido poniendo fin al procedimiento”. EN EL CASO DE ESPECIE, HABRÍA QUE AGREGAR, LA FECHA EN LA CUAL LA DEMANDADA PERSISTIÓ EN EL DESPIDO DEL TRABAJADOR...”** (Negrillas y Mayúsculas nuestras).

Se observa pues que cuando el despido se tiene como injustificado, bien porque así lo acepta el patrono o bien porque el organismo competente así lo declara, la fecha efectiva del mismo, podría ser:

- 1) *La fecha en que el trabajador dejó efectivamente de prestar servicios* y recibe el pago de las prestaciones e indemnizaciones que le corresponden, y, como generalmente sucede, el pago también de los demás derechos procedentes a la terminación de la relación de trabajo. Este supuesto se ajusta a la previsión del artículo 126 de la LOT y 62 de su Reglamento; y obviamente, no hay lugar al procedimiento.
- 2) *La fecha en que el patrono, durante el juicio, persiste en la medida y consigna los pagos procedentes* (Supuesto contemplado también por los artículos 126 de la LOT y 62 del RLOT).
- 3) *La fecha de la sentencia*, cuando las partes se encuentran a derecho y no es necesario notificarlas; *o la fecha de notificación* de la última de ellas, cuando procesalmente debe cumplirse este requisito.
- 4) *La fecha posterior a la sentencia o de notificación de la misma, cuando el patrono persiste en la medida.*

Al analizar entonces el alcance de la doctrina que venía sosteniendo la Sala de Casación Civil de la CSJ, a la luz del artículo 34 del Reglamento de la Ley Contra Despidos Injustificados según el cual, la aceptación por parte del patrono de la reincorporación ordenada, tenía como efecto continuar la relación laboral; ello lógicamente conduce a entender que la relación siguió produciendo sus efectos durante la suspensión provocada ilegalmente por el patrono; de manera que si como siempre lo ha indicado la Ley laboral, el pago de prestaciones y demás derechos debe ocurrir a la terminación de la relación (Parágrafo Primero del artículo 108 de la LOT), y sucede que la fecha del despido –que puede ser una cual-

quiera de las señaladas en los supuestos arriba indicados— es, precisamente, la que marca la referida terminación; debe entonces concluirse que tanto la “*Prestación de Antigüedad*” como las “*Vacaciones*” y las llamadas “*Utilidades*”, y, por supuesto, *los salarios caídos* y las *indemnizaciones* referidas en el artículo 125 de la LOT, se han estado causando hasta esa fecha de terminación y hasta esa fecha deberían cancelarse. Al respecto, cabe añadir que la redacción misma del artículo 125 de la Ley laboral, ayuda a sostener la indicada conclusión, pues da a entender claramente que cuando el patrono persiste en el despido, debe pagar, además de la prestación de antigüedad (sin indicar que ella procede sólo hasta el momento en que el trabajador dejó efectivamente de prestar sus servicios) los salarios caídos y la indemnización por el despido injustificado en las cantidades o montos que resulten procedentes.

En relación a lo anotado en el párrafo anterior, cabe también destacar que el Reglamento de la Ley contra Despidos Injustificados, no ha sido expresamente derogado, pues la LOT solo derogó, como era natural, a la LCDI; y el Reglamento de la LOT que entró en vigencia el 25-01-99, no menciona en su artículo 267, al RLCDI; y por otra parte, no sería válido afirmar, a la luz del literal “i” del artículo 267 del RLOT, que el artículo 34 del RLCDI es una disposición que contraría en alguna forma al nuevo RLOT.

En conclusión, si la ponencia del magistrado Perdomo, en la sentencia de la SCS del TSJ de fecha 20-11-01 se apoya en una supuesta tradición o en la idea de que ha sido pacífica la jurisprudencia patria, ello debe concretarse a lo concerniente a salarios caídos e indemnización sustitutiva del preaviso e indemnización por despido injustificado, pero no así a lo referente a la antigüedad, vacaciones, utilidades y demás derechos laborales; ya que al señalar este nuevo fallo que estos pagos se calculan sólo “...hasta el momento en que el trabajador efectivamente dejó de prestar servicios” (sic), y no hasta el momento de la persistencia en el despido, se introduce un *Cambio de Jurisprudencia* considerablemente limitativo en cuanto al monto de estos pagos; y ciertamente contrario a los intereses de los trabajadores injustamente afectados por el despido.

Para ilustración directa de los amigos lectores, transcribimos a continuación lo asentado por el magistrado Juan Rafael Perdomo en la referida sentencia de fecha 20 de noviembre del 2002, quien entre otros puntos afirmó:

(...) El artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo, que consagra la institución del preaviso, es una norma que se encuentra ubicada dentro del Capítulo VI del Título I del mencionado texto legislativo, el cual está referido a la terminación de la relación de trabajo. En su encabezamiento, la norma establece que el trabajador tendrá derecho a un preaviso conforme a las

reglas indicadas en la misma, cuando la relación de trabajo por tiempo indeterminado culmine por despido injustificado o basado en motivos económicos o tecnológicos.

Por su parte en el Capítulo VII del mismo Título de la Ley Orgánica del Trabajo, y dentro del cual está contemplado el artículo 125, se prevé la estabilidad en el trabajo. Concretamente, el artículo 112 *eiusdem* establece que los trabajadores permanentes, que no sean de dirección y que tengan más de tres meses al servicio de un patrono, no pueden ser despedidos sin justa causa.

Entonces, debe asentar esta Sala que, salvo la excepción de un despido motivado en razones económicas o tecnológicas, la institución del preaviso no es aplicable a los trabajadores que gozan de estabilidad laboral en los términos previstos en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues si no pueden ser despedidos sin justa causa por el patrono, éste no puede darles aviso previo al despido, y por tanto no está obligado a cancelar monto alguno por omitir un aviso que no puede dar.

La idea errada de que el preaviso se le paga a todo trabajador despedido injustificadamente tiene su origen en el hecho de que bajo la vigencia de la derogada Ley del Trabajo, y antes de la entrada en vigencia de la Ley contra Despidos Injustificados en 1974, el patrono podía despedir injustificadamente a cualquier trabajador con el mero cumplimiento del aviso previo respectivo, o su pago en caso de omisión; sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley contra Despidos Injustificados, aparece en la legislación venezolana una nueva categoría de trabajadores que no pueden ser despedidos sin motivos justificados, a esta categoría pertenecen los trabajadores que gozan de estabilidad laboral relativa.

La estabilidad laboral relativa prevista en la Ley contra Despidos Injustificados, y desde 1991 en los artículos 112 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo no es absoluta, sino que el patrono que insista en el despido injustificado debe pagar al trabajador las dos indemnizaciones previstas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo: la indemnización por despido injustificado y la indemnización sustitutiva del preaviso, siendo esta última de naturaleza distinta al preaviso previsto para los trabajadores que carecen de estabilidad laboral.

Es por la razón antes expuesta que la jurisprudencia y la doctrina patria han sido pacíficas en asentar que en los juicios de estabilidad laboral, ordenado el reenganche de un trabajador despedido injustificadamente, si bien el patrono que insiste en el despido debe pagar los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta el momento en que insiste en el mismo o “salarios caídos”, y las indemnizaciones por despido injus-

tificado y sustitutiva del preaviso, el pago de la antigüedad, vacaciones fraccionadas y participación en los beneficios o utilidades fraccionadas, se calcula hasta el momento en que el trabajador efectivamente dejó de prestar servicios y no hasta el momento de la persistencia en el despido... (Destacado nuestro).

5. Terminología legal impropia e ilegalidad de las huelgas

En nuestro concepto, la terminología utilizada tanto por la Ley Orgánica del Trabajo como por su Reglamento, es impropia, al entremezclar lo conciliatorio con lo conflictivo. En efecto, ¿por qué se habla de Conflictos Colectivos y de Procedimiento Conflictivo, así como de la posible paralización de las labores una vez transcurridas 120 horas contadas a partir de la presentación del Pliego de Peticiones?, si como bien establece la misma Ley, la primera fase o etapa de todo este procedimiento, se inicia, una vez presentado el Pliego y verificado el cumplimiento de los requisitos reglamentarios (artículo 198 RLOT) –no obstante el texto del artículo 196 *ejusdem*– con la transcripción del mismo al patrono o patronos involucrados, a los fines de la constitución de una Junta de Conciliación, cuya específica función es lograr una solución pacífica y amigable de los puntos pretendidamente controvertidos; y cuyas funciones no tienen establecido término máximo de duración –como ocurre por ejemplo con la negociación de las convenciones colectivas de trabajo que según el artículo 520 de la LOT, tienen señalado para su celebración un lapso de 180 días, que en casos excepcionales pueden prorrogarse por 90 días más– y terminan cuando sus miembros, en decisión unánime, acuerdan una recomendación que puede tener la forma de un arreglo viable o, la recomendación de someter la disputa a un arbitraje al concluir que la conciliación es imposible. Es entonces cuando se pasa a la fase o etapa conflictiva propiamente dicha, previa solicitud formulada por el sindicato para que el pliego se torne conflictivo; pues como bien indica el artículo 196 del RLOT la calificación del Pliego como conflictivo o conciliatorio corresponde al sujeto (colectivo) presentante.

Lo expuesto significa que *la expresión “Conflictos Colectivos”* utilizada por el Legislador en la denominación o título del Capítulo III del Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo, *es genérica*, como lo es también la expresión *“procedimiento conflictivo”* utilizada en la redacción del artículo 475 de la LOT. En ambos casos, la referencia es a la presentación de pliegos de peticiones para ser discutidos con carácter conciliatorio a lo largo de las conversaciones y negociaciones que deben cumplir los miembros designados por cada una de las partes, como sus representantes en la Junta de Conciliación cuya constitución ordena la Ley (artículo 479 de la LOT); debiendo entenderse que solo se podrá ir directamente

a la fase conflictiva que es la que comprende la suspensión de las labores, cuando antes de la presentación del pliego de peticiones, que siempre es obligatoria, se hubiese agotado el procedimiento conciliatorio convenido entre las partes, en el supuesto de que tal conciliación estuviese efectivamente contemplada en algún Acuerdo o Convención Colectiva de Trabajo.

En otros términos, si un pliego de peticiones fue propuesto con carácter conciliatorio, antes de pasar a la etapa conflictiva propiamente dicha, se debe agotar la fase conciliatoria en la forma indicada por la Ley y su Reglamento, pues de lo contrario, el pase a la huelga sin el o los pronunciamientos previos de la Junta en cuanto a que la conciliación es imposible (artículos 485 y 486 LOT), y de que el arbitraje propuesto por el sindicato fue rechazado por la parte patronal (Véase artículo 488 LOT), los huelguistas se colocan en posición de transgresores del ordenamiento laboral.

En efecto, si los miembros representantes del o de los sindicatos en la Junta de Conciliación, consideran que la conciliación es imposible, pueden, como se señaló, proponer la conversión del pliego de peticiones en uno con carácter conflictivo; y cuando esto ocurre (generalmente mediante la consignación de un escrito contentivo de los razonamientos y planteamientos pertinentes, al cual se deben anexar los recaudos o instrumentos probatorios que existieren), nuevamente debe pronunciarse el Inspector del Trabajo, para determinar si están cumplidos o no los elementos justificativos correspondientes; entre ellos, el más importante, como lo es el mencionado en el literal “d” del artículo 198 del Reglamento de la LOT; esto es: “Que se hubieren agotado los procedimientos de conciliación legales “O” convencionales”.

Si el Inspector del Trabajo integrado en la Junta de Conciliación en calidad de Presidente de la misma, concluye que no existen elementos que en forma categórica y terminante, evidencien de manera clara, definitiva y contundente, que la conciliación es imposible, emitirá entonces un *auto motivado* que se agregará al expediente respectivo, a fin de que continúe y se agote de manera indubitable la fase de conciliación. En este estado del procedimiento, si la o las organizaciones sindicales persisten en su actitud opuesta a la continuación y efectivo agotamiento de la etapa conciliatoria y suspenden las labores –Véase artículos 470 y 487 de la LOT en concordancia con los artículos 494 y 497, éste último en su literal “c”– la huelga deberá calificarse de ilegal, pues el hecho de que no exista una disposición legal o reglamentaria que clara y expresamente faculte al Inspector del Trabajo para hacer esta declaración –como sí ocurre en el supuesto contemplado por el artículo 206 del Reglamento de la LOT, que califica de ilícita la huelga en caso de no prestación de los servicios de mantenimiento y seguridad

de la empresa durante la suspensión de las labores— ella (la huelga) de todos modos devendrá ilegal como consecuencia de la declaratoria sin lugar del recurso jerárquico que debería promover el sindicato según lo indicado en el artículo 202 del RLOT; recurso éste que debe formalizar si pretende mantenerse en el campo de la regularidad y legalidad procedimental; o tal ilegalidad provendrá como consecuencia lógica del agotamiento del lapso para intentar el indicado recurso jerárquico o de apelación —lapso que, dicho sea de paso, no indica la disposición, por lo que deberá entenderse que es no mayor a cinco días hábiles— sin haberlo hecho.

En el punto atinente al previo y obligatorio agotamiento de la fase conciliatoria, como requisito que debe estar cumplido antes de pasar a la etapa conflictiva que comprende las 120 horas precedentes al inicio de la huelga, observamos que existe contradicción en la redacción del literal “d” del artículo 198 del Reglamento y el literal “c” del artículo 497 de la Ley, pues el primero mencionado, utiliza la conjunción disyuntiva “O” para separar los procedimientos conciliatorios convencionales de los legales (“Que se hubiesen agotado los procedimientos legales “O” convencionales”); en tanto que el segundo los acumula mediante la utilización de la conjunción copulativa “Y” (“Que se hayan agotados los procedimientos conciliatorios previstos legalmente “Y” los pactados en las convenciones colectivas que se tengan suscritas). Ahora bien, en lo personal no creemos que la intención del Legislador haya sido establecer una doble fase o etapa conciliatoria, cuando al margen de lo legal exista otra convencional, situación que advirtió también el Poder Reglamentario. Estamos casi convencidos de que el Legislador simplemente redactó el literal “c” del artículo 497, en la idea de asegurar que antes de iniciarse una huelga, las partes hayan conversado y negociado sus diferencias en una forma, clara y completa; esto es, en el contexto de un conjunto de circunstancias fácticas y en el ámbito de diálogos que denoten en forma amplia y suficiente, el esfuerzo realizado para obviar la vía conflictiva propiamente dicha, que irrumpe contra la paz y la armonía laboral; y que está representada por la suspensión colectiva de las labores o por cualquier otra medida que obstaculiza el normal desenvolvimiento del proceso productivo o cumplimiento regular del objeto social de la empresa o parte patronal involucrada. Por ello, si existe algún procedimiento conciliatorio convenido entre las partes, y el mismo queda calificado por el Inspector del Trabajo, como suficiente y debidamente agotado, al revisar el cumplimiento de los otros tres requisitos mencionados en el literal “d” del artículo 198 del Reglamento de la LOT y constatar que también se encuentran cumplidos, seguramente admitirá el pliego directamente propuesto con carácter conflictivo según lo permite el artículo 196 *ejusdem*.

Ahora bien, al margen pues de la competencia o falta de competencia del Inspector del Trabajo para dictaminar la legalidad o ilegalidad de una huelga, no podría

pensarse que en el contexto del ordenamiento laboral venezolano existe un vacío que permita dejar sin calificación a las huelgas, pues ello significaría aceptar como válida, la existencia de una omisión contraria a la hermenéutica jurídica, que se denota al correlacionar la intención expresada tanto por el Legislador como por el Poder Reglamentario –que establecen como requisito de previo cumplimiento, el agotamiento de una fase o etapa conciliatoria– y la existencia de una suspensión de labores al solo criterio del sindicato, sin que pudiera calificársela de ilegal por no haberse agotado los susodichos procedimientos conciliatorios previstos en un “Acuerdo Colectivo de Trabajo” (en los casos de empresas u organizaciones en las cuales no existe sindicato) o en una Convención Colectiva; que son los casos denominados por la Ley “Procedimientos Conciliatorios Convencionales”; o bien, cuando sin estar convenido un procedimiento conciliatorio, se deja sin agotar la “Conciliación Legal” contemplada en los artículos 475 al 487 de la LOT.

De otro modo no se entendería ni tendría sentido la exigencia contemplada por los antes mencionados artículos 470 de la LOT (“...antes de que se hubieren agotado los procedimientos de negociación y conciliación previstos en las disposiciones de este Capítulo), 472 (“Si los sindicatos hubieren acordado con los patronos procedimientos previos con miras a la solución de las diferencias que surjan entre ellos, deberán cumplirlos antes de la iniciación del proceso conflictivo), 485 (“La Junta continuará reuniéndose hasta que haya acordado una recomendación unánimemente aprobada, o hasta que haya decidido que la conciliación es imposible) y literal “d” del artículo 198 del Reglamento de la LOT (“Que se hubieren agotado los procedimientos conciliatorios legales o convencionales”), para los cuales, como antes anotamos, no se indica duración máxima alguna, salvo lo indicado en el artículo 520 para la celebración de una Convención Colectiva, que sólo eventualmente y dependiendo de las circunstancias, pudiera aplicarse extensivamente o por analogía a otros supuestos; ya que en definitiva, la única referencia al factor tiempo de duración de los conflictos colectivos de trabajo, aparece en el aparte único del artículo 506 de la LOT que se lee así: “Los trabajadores involucrados en un conflicto colectivo de trabajo gozarán de inamovilidad *mientras dure el mismo*, en condiciones similares a las de los trabajadores amparados por fuero sindical”.

Retomando pues lo atinente al obligatorio pronunciamiento del Inspector del Trabajo según lo ordenado en el único aparte del artículo 199 del RLOT, cabe precisar que si este funcionario observare el incumplimiento del requisito indicado en el tantas veces mencionado literal “d” del artículo 198, lo hará constar mediante “*Auto motivado*” (es suficiente el incumplimiento de uno cualquiera de los cuatro requisitos mencionados en esta disposición); y en este caso, el sindicato deberá mantener las conversaciones conciliatorias con la presencia e intervención

de sus representantes en la Junta de Conciliación, *sin suspender las labores*, pero adquiriendo el derecho, como antes comentamos, de ejercer el recurso jerárquico (apelación) contra el indicado Auto, ante el Ministro del Trabajo, quien decidirá dentro de los 10 días continuos siguientes, que desde luego comienzan a transcurrir una vez agotado el término de la distancia y la efectiva recepción en el Superior Despacho, de los recaudos pertinentes; en el entendido de que transcurrido este lapso sin que se hubiese dictado la “Resolución” correspondiente, estaremos en presencia del “Silencio Negación” (Véase artículos 4, 60, 64, 91 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), quedando abierta la vía contencioso-administrativa, para formalizar el juicio de nulidad contra el acto de efectos particulares denegatorio, ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, habida consideración de que el Ministro es un funcionario que agota la vía administrativa (interna), con arreglo a lo establecido en el artículo 259 de la CRBV y los artículos 42, numeral 10 y 121 y siguientes de la todavía vigente –para la fecha de elaboración de estos comentarios– Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Opinamos en la forma señalada, por considerar que sólo con el pronunciamiento del Inspector del Trabajo, declarando que efectivamente proceden los argumentos del sindicato en torno a la conversión del Pliego Conflictivo, es cuando legalmente comenzarán a transcurrir las 120 horas a que se refiere el artículo 487 de la LOT, que preceden a la suspensión de las labores.

Esto explica, en alguna forma, que no existe la confusión provocada por la terminología utilizada por el Legislador y a la cual nos referimos al inicio de esta entrega y la cual incomoda a los jóvenes colegas. Tal vez hubiera sido más preciso el Legislador si al referirse a la fase o etapa conciliatoria del procedimiento, no la hubiese incluido dentro del proceso conflictivo, pues en nuestra opinión, existe incorrección terminológica cuando, abarcando la conciliación, se utilizan únicamente las expresiones “*Conflictos Colectivos*” y “*Procedimiento Conflictivo*”, las cuales, gramatical o literalmente, conducen a pensar directa y exclusivamente en un procedimiento definitivamente conflictivo y a punto de inicio de una huelga que se producirá una vez transcurridas las 120 horas contadas a partir de la consignación del Pliego de Peticiones ante la Inspectoría del Trabajo, lo cual no es cierto.

Dentro de esta línea de pensamiento, cabe precisar que solamente cuando se hubiere agotado entre las partes, previamente y de manera indubitable, el “*Procedimiento Conciliatorio Convencional*” previsto en el Acuerdo o Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre ellas, es cuando según lo indicado en el artículo 196 del Reglamento de la LOT podría el sindicato consignar ante el Despacho Administrativo un pliego de peticiones directamente con carácter conflictivo, ha-

ciéndole saber al Inspector del Trabajo, mediante la consignación de los recaudos pertinentes y de los instrumentos probatorios fehacientes, que no fue posible llegar a acuerdos razonables por lo que se agotó sin éxito la fase conciliatoria previa; por lo considera el sujeto colectivo presentante del pliego que una vez consignado éste, estarán transcurriendo las 120 horas que preceden a la suspensión colectiva de las labores. Pero aún en este caso de fase conflictiva directa con la presentación del pliego, como ya comentamos, el Inspector debe efectuar la verificación contemplada por el tantas veces mencionado artículo 198 del RLOT, pues bien pudiera ocurrir que se encontrase incumplido alguno de los cuatro requisitos indicados en esta disposición reglamentaria, dando lugar al antes comentado auto recurrible, ya que si no se subsanan los errores anotados por el Inspector, o si no se completa la fase conciliatoria que el funcionario declaró no agotada, y aún así se produce la suspensión de las labores, ésta sería arbitraria y por lo tanto ilegal, quedando en consecuencia autorizado el patrono a solicitar las calificaciones de despido que fueren procedentes.

La precedente conclusión que impone la redacción del primer aparte del artículo 200 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, al señalar que se entenderá terminado el procedimiento conflictivo, así como los efectos que del mismo se deriven (entre los cuales se cuenta el beneficio de la inamovilidad) si el sujeto colectivo no subsana los errores u omisiones indicados por el Inspector del Trabajo o, en el supuesto específico que nos ocupa, decide no mantenerse ni completar la fase conciliatoria declarada por el Despacho administrativo como no agotada, y recurre a la huelga; ésta será ilegal.

No obstante lo antes anotado en relación a la formalización de solicitudes de calificación de despido por parte del patrono, opinamos que podrán aplicarse despidos sin la previa autorización del Inspector del Trabajo, por haberse extinguido el beneficio de inamovilidad originalmente acordado con arreglo al artículo 506 de la LOT; y en este supuesto, serán entonces los huelguistas despedidos los que acudirán ante el Tribunal del Trabajo de la jurisdicción para solicitar la susodicha calificación.

Así pues en el orden de ideas originalmente abordado, es válido afirmar que las expresiones “Conflictos Colectivos” y “Procedimiento Conflictivo” utilizadas en nuestro ordenamiento laboral, se refieren genéricamente a una diferencia de criterios —sobre condiciones de trabajo o sobre el cumplimiento de obligaciones patronales o también con ocasión de la negativa patronal a la negociación colectiva— que se hace constar formalmente ante la Inspectoría del Trabajo de la respectiva jurisdicción, y cuya solución comprende normalmente una primera etapa conocida como fase conciliatoria de obligatorio y previo agotamiento, cumplida la cual

se puede pasar a la fase conflictiva propiamente dicha, dentro de la cual se comprenden las 120 horas previas a la suspensión de las labores por parte de los trabajadores interesados en el conflicto (artículo 497 LOT).

En lo atinente al sometimiento del conflicto a un arbitraje en los términos contemplados por los artículos 490 al 493 de la LOT (diferente al arbitraje contemplado ahora en la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo, si bien con la misma finalidad), es obligatorio señalar que la redacción del artículo 488 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el artículo 486 *ejusdem*, permite concluir que esta forma heterónoma de solución del conflicto procede una vez agotada la etapa o fase conciliatoria, y sin que tenga sentido lógico, jurídico ni práctico alguno, que en este caso, es decir, convenido por las partes la solución del conflicto a través del arbitraje, el sindicato recurra a la huelga, pues de hacerlo, opinamos que sería ilegal, ya que no puede concebirse en un plano lógico-jurídico que el arbitraje y la huelga estén transcurriendo simultáneamente; y además opinamos que también sería ilegal la huelga en el supuesto de que el arbitraje propuesto por la parte patronal fuese rechazado por el sindicato que decide suspender y en efecto se materializa una suspensión colectiva de las labores. En este caso, el Informe final que levanta el Inspector, deja constancia de la comentada proposición y rechazo, lo cual pragmatiza una situación o elemento jurídico adverso a la posición sindical y utilizable en la argumentación promovida para obtener autorizaciones o la justificación de los despidos aplicados, de despido por violación de disposiciones legales encaminadas a mantener la paz laboral, pues si bien es cierto que la huelga es un derecho de rango constitucional, debe tenerse presente que la Constitución la reconoce siempre que se produzca "...dentro de las condiciones que establezca la Ley", entre las cuales tiene particular relevancia el agotamiento de la fase previa de conciliación sin proposición de arbitraje por ninguna de las partes; y entendiéndose por huelga no solamente la suspensión de las labores propiamente dicha que menciona la Ley, sino también, la utilización o aplicación de cualquier otra medida que altere el normal desenvolvimiento del proceso productivo, concertada por los trabajadores involucrados en un conflicto colectivo de trabajo para la defensa y promoción de sus intereses, como precisa el artículo 203 del Reglamento.

En definitiva pues, la huelga es un derecho y como tal debe ejercerse en condiciones racionales y dentro de los límites establecidos por la prudencia y el sentido común, que la hagan jurídicamente procedente, y no como ha venido ocurriendo en Venezuela, país en el cual, en la mayoría de los casos, la irracionalidad y agresividad de muchas organizaciones sindicales ha protagonizado conflictos huelgarios utilizados como instrumento de presión ejercidos arbitrariamente y algunas veces como instrumento de presión político-partidista esto es, sin el cum-

plimiento previo de los requisitos mencionados en el ya citado artículo 198 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, con lo cual, una vez concordarlo con los artículos 485 y 486 de la Ley, permite que el Ministerio del Trabajo califique a la huelga como ilegal.

6. Continuidad de la labor en el siguiente turno, por inasistencia del relevo

Puntualizamos nuestras consideraciones en el siguiente orden:

- a) Es bien conocida la tendencia universal de reducir la duración de la jornada ordinaria de trabajo, tanto diaria como semanal. Un ejemplo de ello, en cuanto a la *duración máxima de la jornada ordinaria semanal*, lo tenemos en Venezuela, cuando entró en vigencia la Ley Orgánica del Trabajo (1-1-91), que redujo a 44 horas la de los obreros que hasta ese momento había sido de 48 horas; y posteriormente, en diciembre de 1999, cuando al entrar en vigencia la Constitución Bolivariana se redujo, tanto para obreros como para empleados, a 35 horas la jornada nocturna que antes podía llegar a 42 horas según la Constitución Nacional de 1961; y que según el artículo 60 de la Ley del Trabajo derogada, era de 42 para los obreros y de 40 para los empleados, quedando igualada la situación en 1991, cuando tanto para obreros como para empleados, el artículo 195 de la LOT estableció la duración máxima de la jornada nocturna semanal en 40 horas.
- b) Para no alargar los comentarios atinentes a los muy interesantes antecedentes históricos (análisis del surgimiento de la celebración del 1° de Mayo) y legislativos, cabe indicar que la continuación de la prestación del servicio una vez concluida la jornada diaria normal u ordinaria, sea ésta diurna, nocturna o mixta, significa trabajar en jornada extraordinaria; es decir, cumplir *horas extraordinarias*, lo cual no solo ha sido objeto de previsiones legales cada vez más limitativas (en la ley derogada se podían prestar hasta 200 horas extraordinarias al año, al paso que según la LOT el máximo permitido es de 100 al año, sin poder exceder de diez (10) horas extraordinarias semanales; con la observación adicional de que actualmente, al margen de los Decretos Presidenciales que en el tiempo se dictaron, el artículo 90 de la CRBV textualmente indica que ningún patrono podrá obligar a los trabajadores a laborar horas extraordinarias. Véase también el artículo 32 de la LOT en su parte final; lo que hacía innecesaria la nueva previsión constitucional.
- c) Lo anotado significa, en términos generales, que la prestación de servicios durante horas extraordinarias –al margen de la limitación legal en cuanto al número permitido o posible y del cumplimiento de los trámites atinentes a la solicitud de autorización a la Inspectoría del Trabajo respectiva, hecho literal-

mente imposible de cumplir en la forma en que lo establece la Ley— es facultativa por parte de los trabajadores.

- d) Ahora bien, no obstante lo expuesto, carecería de lógica jurídica y práctica, pretender que el trabajo durante horas extraordinarias requerirá siempre, en forma absoluta, categórica o terminante, la aceptación o consentimiento del trabajador; pues es válido entender que en el amplio y a veces complejo campo de las relaciones laborales, existen casos en los cuales el trabajador estará obligado a laborar horas extraordinarias, no por la imposición patronal que prohíbe la CRBV, sino en virtud de expresos señalamientos legales que atienden a situaciones especiales, particulares o sobrevenidas, tal como ocurre, entre otros, con los supuestos referidos en los artículos 199 literales “a”, “b” y “c”, 202 y 203 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Nótese que en las citadas disposiciones, el Legislador comienza la redacción utilizando la expresión verbal “Podrá”; así: “Se podrá prolongar...”; “El límite de la jornada ordinaria podrá ser elevado...”; “Los trabajadores podrán ser requeridos...”, etc; pero en todos estos supuestos, debe entenderse que la referida expresión verbal se refiere a la decisión que podrá tomar o dejar de tomar el patrono. Y así, si éste decide que determinados trabajadores deben laborar horas extraordinarias, por existir trabajos que necesariamente deben ejecutarse; o que por razones técnicas no pueden interrumpirse a voluntad, o que resultan indispensables para coordinar la labor de dos equipos que se relevan; o en casos de accidentes o de trabajos de urgencia en máquinas o instalaciones; colocará a los trabajadores involucrados en la obligación de laborar horas extraordinarias, so pena de incurrir en violación de obligaciones derivadas del respectivo contrato de trabajo o relación laboral (posible aplicación, según las circunstancias de cada caso concreto, del literal “i” del artículo 102 de la LOT. Véase también consecuencias del incumplimiento a la luz de los artículos 79 y 109 de la LOT en concordancia con el artículo 101 *ejusdem*).

- e) Para evitar equívocos o confusiones en relación a la NO obligatoriedad de prestar servicios durante horas extraordinarias, debe tenerse presente que la Constitución Bolivariana simplemente dispone que los patronos no pueden obligar a los trabajadores que presten servicios durante horas extraordinarias, pero no impide que la Ley, en algunos casos debidamente justificados, imponga tal obligación, como sucede en los supuestos comentados en el punto anterior. En otras palabras, existen situaciones en las cuales es el propio Legislador el que ha expresado la intención de tutelar o proteger de manera especial determinados aspectos directamente relacionados con la *efectividad de la relación laboral*, imponiendo la prestación de servicios durante horas extraordinarias, no necesariamente para favorecer al patrono, sino para alcanzar los fines de la misma, en el marco de la probidad y buena fe: Véase: Encabezamiento del artículo 12 y artículos 68 y 69 literal “a” de la LOT; artículos

1.160, 1.205 y 1.264 del Código Civil y Único Aparte del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

Existen empresas que tienen establecidos regímenes de trabajo por equipos y turnos rotativos; vale decir horarios continuos conforme a los cuales una vez que un determinado equipo, grupo o turno de trabajadores se retira por haber concluido su jornada diaria ordinaria (diurna, nocturna o mixta, según fuere el caso), debiendo continuar las laborales el grupo de trabajadores del turno inmediato siguiente; es fácil admitir que si alguno de los que deben iniciar el nuevo turno o turno inmediato siguiente, no asiste al trabajo, debe continuar trabajando el mismo trabajador que ya había concluido su jornada y cuyo reemplazo o relevo no asistió.

- f) Ahora bien, como pudiera suceder que por alguna razón suficientemente justificada y legalmente valedera, quien terminó su jornada no pueda continuar trabajando, para no alterar la regularidad de la programación o bien, para no afectar el resultado de los trabajos, convendrá a los intereses de la empresa tener establecido una especie de reglamento interno que contemple la posibilidad de proponerle a otro de los trabajadores salientes que se quede a cubrir la inasistencia de que se trate; siempre y cuando que se trate de labores de la misma índole.
- g) En beneficio de la solución de este tipo de problemas, es recomendable que se celebren Acuerdos Colectivos o, según fuere el caso, Convenciones Colectivas de Trabajo que establezcan la obligatoriedad de permanencia del trabajador saliente y de las alternativas y soluciones factibles; cláusulas éstas que podrían ser reglamentadas o ampliadas mediante *Notas de Acta* anexas al Acuerdo o Convención, o bien desarrolladas en un Reglamento Interno separado; todo ello en beneficio de la seguridad y certeza jurídicas que la situación amerita.
- h) Para concluir, opinamos, salvo mejor criterio, que la obligatoriedad in comento está prevista en el contexto del supuesto a que se refiere el literal “c” del artículo 199 de la LOT, conforme al cual se puede prolongar la duración normal de la jornada para la realización de “Trabajos indispensables para la coordinar la labor de dos (2) equipos que se relevan”.

Esta modalidad laboral conformada por sistemas rotativos integrales o por equipos es, *al menos en nuestro concepto, del tipo básico conocido como de “rotación simple por equipos o turnos rotativos”, para cubrir las 24 horas del día, entendiéndose por “Equipo, de acuerdo con la doctrina laboral predominante y como bien define el autor argentino Julián Arturo De Diego, inspirándose en la Ley 11.544 de ese país:*

(...) un grupo de trabajadores que tiene un mismo objetivo productivo comenzando y terminando en la misma hora, interrelacionando su actividad en forma coordinada con el equipo precedente y con el que sigue a su tur-

no, ya que el trabajo de unos no se puede efectuar sin la cooperación de los demás” (Destacado nuestro).

7. Consideraciones sobre el “tiempo de viaje” y la forma de pagarlo cuando existe el convenio de no imputar parte del mismo (mitad de su duración) a la jornada laboral

- a) ¿Cuál es la significación y alcance de las disposiciones referentes específica y directamente al tiempo de viaje?, a saber, el artículo 240 de la LOT que señala cuándo existe obligación (legal) del patrono de suplir a sus trabajadores servicio de transporte gratuito “...para ir y venir de su habitación al sitio de trabajo...”; y el artículo 193 de la misma Ley, según el cual, cuando existe la obligación patronal –sea legal o convencionalmente– de suministrar el servicio de “...transporte de los trabajadores desde un sitio determinado hasta el lugar de trabajo...”, la mitad del tiempo que debe durar normalmente el transporte, se computará como jornada efectiva de trabajo, a menos que exista o se celebre convenio de no hacer esta imputación, pagando la remuneración correspondiente.
- b) ¿El tiempo de viaje debe pagarse a salario básico o como si se tratase de tiempo extraordinario?; esto es, ¿se paga simplemente a salario normal o debe sumarse el recargo porcentual legal o convencional existente?.
- c) ¿El pago del tiempo de viaje, constituye elemento remunerativo a promediar para determinar el monto del salario normal?.

En cuanto a la primera pregunta, y salvo mejor criterio, opinamos que solo se toma en referencia, a los fines y efectos del convenio que pudiera existir, el tiempo de ida al sitio o centro de trabajo, pues la gratuidad del servicio a que se refiere el citado artículo 240 no debe crear confusión sobre el monto del pago del tiempo de viaje –por pretenderse que el patrono debe calcular para dicho convenio tanto la ida como el regreso a que se refiere esta disposición– y menos aún debe existir tal confusión sobre el tiempo a ser imputado como jornada efectiva de trabajo, que sólo es la mitad del tiempo de ida al trabajo.

En otras palabras, el regreso al sitio donde el trabajador fue recogido o a su habitación, según fuere el caso –que ciertamente es un beneficio que lo favorece y que disfruta personalmente en forma gratuita– nada tiene que ver con el convenio de que labore durante la totalidad de las horas que integran la jornada diaria que le corresponde a cambio del pago del tiempo de ida al trabajo. Como señalaremos más adelante, el convenio versa sobre un cambio de tiempo por tiempo; esto es, se cambia la totalidad del tiempo del viaje de ida al trabajo por la mitad de dicho tiempo que se computa como jornada cumplida, reduciendo de esta manera el tiempo de prestación de servicio.

Pretender que el artículo 193 debe comprender la ida y la vuelta porque el *in fine* del artículo 240 lo menciona, equivaldría a extender los efectos de ésta última disposición contra la clara intención del legislador de concretarla a los efectos del “...computo de la jornada...” sin ir más allá, creando obligación adicional a cargo del patrono, en respeto, ciertamente, al principio jurídico universal de que las obligaciones son de interpretación restrictiva (*Favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*), lo cual no contradice en modo alguno el Principio –ahora constitucional– de intangibilidad y progresividad de derechos y beneficios laborales... De no ser así, el legislador en 1990, al modificar en el artículo 240 lo referente a la distancia (*antes era de 02 Kms. y la extendió a 30 Kms.*) hubiera podido igualmente redactar el artículo 193 de la LOT incluyendo en el nuevo texto, lo atinente al regreso.

En efecto, uno de los elementos que sirven de fundamento a nuestra opinión es que el texto del artículo 195 de la LOT es idéntico al del artículo 65 del Reglamento (derogado en enero de 1999) de la Ley del Trabajo también derogada entre 1990 y 1991; ya que las únicas diferencias entre la legislación vigente y la derogada son las siguientes:

- a) La LT derogada, en su artículo 23, fijaba en 02 Kms. lo que en el artículo 240 actual fue extendido a 30 Kms.; y
- b) En el citado artículo 23 de la Ley anterior, en concordancia con el artículo 279 del Reglamento del 31-12-73, no se dispuso la obligación de suplir el transporte; simplemente se indicó que el Ejecutivo podría decidirlo así mediante Resoluciones especiales. Y es más, el Reglamento disponía que si un trabajador cuya residencia se encontrase a menos de 02 Kms. del lugar de trabajo, por su sola voluntad la trasladase sin causa justificada a un lugar que distase a más de 02 Kms., el patrono, originalmente obligado al transporte por existir alguna Resolución oficial al respecto, dejará de estarlo.

Se observa pues, que los antecedentes que se registran en el derecho positivo venezolano –fuente de obligatoria revisión para fijar criterio– nada contenían que invitase al intérprete a opinar ahora, que el tiempo de viaje a pagar sea tanto el de ida al trabajo como el de regreso al sitio de recogida; y menos aún que la mitad de todo ese tiempo sea imputado como jornada efectiva en los casos en que no existe el convenio de pago para no efectuar dicha imputación.

Ahora bien, en relación a la segunda pregunta, sostenemos, según nuestra experiencia, que el pago del tiempo de viaje se hace como si se tratase de *tiempo normal*, es decir, incluyendo en el listín semanal, quincenal o mensual (según fuere el caso) el concepto o renglón “tiempo de viaje” indicando generalmente como

cantidad remuneratoria el monto o valor de una hora adicional a salario básico aplicable a la jornada ordinaria.

De no existir el acuerdo de pagar el tiempo de viaje por separado con la “remuneración correspondiente” como señala la Ley, el trabajador completaría su jornada trabajando menos tiempo en la jornada respectiva (diurna, mixta o nocturna). Siendo así, es lógico entonces preguntar:

¿Qué debe entenderse en la expresión “remuneración correspondiente” que utilizó el legislador en el artículo 193 de la LOT?

Una apropiada comprensión de este punto, implica relacionarlo con el supuesto contemplado en el artículo 192 de la Ley laboral según el cual “La duración de las comidas y reposos en comedores establecidos por el patrono no se computará como tiempo efectivo de trabajo”, lo que significa que si el trabajador permanece en el sitio de trabajo, el tiempo equivalente genera un pago adicional, que da lugar a la pregunta de si el mismo debe hacerse al valor de las horas normales o al valor de las horas extraordinarias, especialmente cuando otros trabajadores adscritos a la misma jornada, sí pueden acudir al comedor.

Supongamos entonces que el tiempo del transporte al trabajo sea de una hora y no existe acuerdo de pagarlo en forma adicional o por separado. En este caso, el trabajador completaría su jornada diaria (diurna, mixta o nocturna), trabajando media hora menos y cobraría su día completo; lo que significa que la remuneración directamente relacionada con el tiempo del transporte al trabajo, canjeado por la mitad del tiempo efectivo de trabajo dentro de la respectiva jornada ordinaria, debe calcularse salario básico sin recargo porcentual alguno, pues a salario básico es como se remunera la prestación del servicio en los límites de la jornada ordinaria. Aquí simplemente se ha producido un cambio de tiempo por tiempo, en la proporción indicada en la Ley, vale decir, una cantidad mayor de tiempo de viaje o transporte, por una cantidad menor (la mitad) de tiempo de trabajo.

El tiempo del transporte hasta el sitio de trabajo no implica actividad laboral propiamente dicha y por lo tanto, su remuneración procede al salario propio de la jornada ordinaria sin el recargo porcentual correspondiente a la prestación de servicio durante horas extraordinarias.

En otras palabras, cuando no existe este cambio de tiempo de trabajo por tiempo de viaje, sino que en virtud del acuerdo celebrado con el sindicato, el trabajador debe trabajar la totalidad de las horas que corresponden a su jornada ordinaria, es fácil concluir que el pago del tiempo de viaje se efectúe a valor o precio de las horas normales y no extraordinarias; pues en definitiva, durante ese tiempo, el

trabajador no está prestando el servicio, es decir, no está trabajando y sucede que las horas extraordinarias proceden, cuando efectivamente se continúa trabajando una vez concluida la jornada ordinaria.

Conclusión

Opinamos que el tiempo de viaje se paga con el mismo salario con el cual se remunera la jornada ordinaria, esto es, a salario básico sin recargo alguno, lo que no sucede en el caso de la duración o tiempo de reposo y comida, cuando el trabajador no puede ausentarse del sitio de trabajo por requerirse su presencia en dicho sitio (artículo 191 de la LOT), ya que este tiempo se encuentra directamente relacionado con prestación efectiva del servicio y por lo tanto debe pagarse como tiempo extraordinario, habida consideración de que el trabajador, en ese lapso, no puede disponer libremente de su actividad y movimientos, máxime si en la misma empresa, otros trabajadores de la misma jornada sí pueden acudir al comedor, y terminan o salen del trabajo a la misma hora que los que no pueden ir al comedor.

En cuanto a la tercera interrogante, opinamos que cuando existe el convenio de pagar el tiempo de viaje por separado, su monto viene a ser una cantidad adicional al monto del salario básico diario que, pagado con la alícuota procedente calculada también a salario básico, constituye uno de los elementos salariales a promediar para establecer el monto del “salario normal” devengado en la respectiva semana. De allí que su pago directo o específico como ya anotamos, debe efectuarse –al margen de las razones expuestas en la primera parte de la consulta– a salario básico, para evitar que su monto quede recargado o sobrepagado cuando se efectúen los cálculos para determinar el salario normal de la respectiva semana, incurriendo así en contradicción con el in fine del párrafo segundo del artículo 133 de la LOT, en concordancia con la inteligencia del artículo 144 de la LOT. Pagarlo originalmente a salario normal e incluir el monto obtenido en la determinación del salario normal de la respectiva semana, significaría *Duplicar* o *Recargar* la cifra procedente.

En efecto, el artículo 144 de la LOT es una disposición nueva, creada por el legislador en 1990, al entrar en vigencia la LOT, y en cuanto tal, sin antecedentes en el ordenamiento laboral venezolano; y en el supuesto de que quisiera incluirse el tiempo de viaje en la enumeración de elementos salariales que menciona, ya que la disposición no lo contiene (solo hace referencia al “descanso semanal”, “días feriados”, “horas extras” y “trabajo nocturno”, ello sería por concesión graciosa de la empresa y no por obligación.

Además, cabe entonces preguntarse ¿por qué el Legislador no incluyó expresamente el tiempo de viaje (regulado en el artículo 193) en el artículo 144 de la

LOT, como fácilmente hubiera podido hacerlo? En nuestro concepto, la respuesta es sencilla: El tiempo de viaje, o se canjea por un tiempo menor imputable a la jornada ordinaria, lo que implica tener por completa esa jornada “ordinaria” habiendo trabajado menos tiempo que el legalmente establecido y percibiendo como remuneración primaria y directa el pago total del salario básico diario respectivo; o se trabaja la totalidad de las horas que componen la jornada ordinaria diaria, tal como lo señala el artículo 195 de la LOT y se paga el tiempo de viaje por separado aplicando obligatoriamente el salario básico, para dar así cumplimiento al convenio existente.

Además, no podemos pasar por alto que el Legislador tampoco previó en disposición separada al artículo 144, como lo hizo por ejemplo, con las vacaciones (artículo 145 LOT) que el Tiempo de Viaje sea pagado a Salario Normal?.

En síntesis, el primer paso consiste en calcular, o lo que es lo mismo, conocer el monto total del salario normal de la respectiva semana, lo cual se obtiene sumando todos los elementos salariales que constituyen remuneración regular y permanente, con exclusión del concepto cuyo monto debe ser establecido para su respectivo pago; en nuestro caso, el tiempo de viaje, si a tal acuerdo llegaren las partes, pues, repetimos, se trata aquí de un concepto no comprendido en la enumeración del artículo 144 de la LOT, que en nuestra opinión es taxativa.

Una vez obtenido el total semanal, éste se divide entre el número de días laborados en esa semana, para obtener la alícuota o monto del salario normal diario; monto éste que a su vez se divide entre el número de horas de la respectiva jornada diaria, obteniéndose finalmente el monto del salario normal de una hora, que es la cantidad con la cual se pagará el tiempo de viaje de cada uno de los días laborados en esa semana.

De allí nuestra conclusión de que el tiempo de viaje, o se paga exclusivamente por separado a salario básico, por no estar mencionado en el artículo 144 de la LOT o, por tratarse efectivamente de un pago regular y permanente, su monto sólo podrá conocerse una vez sumados los demás elementos salariales regulares y permanentes de la semana de que se trate, sin incluir el tiempo de viaje y continuar la operación aritmética como lo comentamos en el párrafo precedente. No otra cosa permite entender la interpretación concordada de los artículos 133 Parágrafo 2do., 140, 144, 145, 153, 154, 155, 156, 192, 193 y 195 de la LOT, único modo de conciliar el referido Parágrafo 2º del artículo 133 con el artículo 144 de la Ley laboral, pues la intención del legislador al concebir el artículo 144, no podía soslayar la previsión del *in fine* del Parágrafo Segundo del citado artículo 133, conforme al cual, “Para la estimación del salario normal, ninguno de los conceptos que lo integran producirá efecto sobre sí mismo”.

La Jornada de Trabajo, el descanso y el uso del tiempo libre

Jesús MONTES DE OCA ESCALONA*

SUMARIO

1. **Generalidades.**
2. **Descanso en jornada.**
3. **El descanso entre jornadas.**
4. **Día de descanso obligatorio.**
5. **Día de descanso semanal y las vacaciones.**

1. Generalidades

El tema que me propongo desarrollar en esta oportunidad, ha sido y está siendo tratado tanto en el ámbito internacional como en el nacional: El descanso del trabajador, la jornada de trabajo y la recreación. En verdad, ya en algunos países, tales como Alemania y Francia, se ha planteado la necesidad de reducir la jornada semanal de trabajo, lo cual se fundamenta en dos propósitos bastante razonables a saber: El primero de ellos, es el ampliar la capacidad de dar trabajo, a quienes aún no lo tienen, siendo la idea, de que si se reduce la jornada para unos, surge la posibilidad que otros llenen ese espacio, con la consecuente prestación de servi-

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, Doctor en Derecho. *Facultad de Ciencias Económicas y Sociales*, Programa Integrado de Postgrado en Seguridad Social, Especialización Bienestar Laboral, Profesor. **Universidad Santa María**, Profesor de Postgrado. **Escritorio Jurídico Montes de Oca y Asociados**.

cios, para cubrir la necesidad de éstos, en el desarrollo de la industria y de todas las actividades que necesitan del trabajo humano para obtener los bienes que se requiera para el consumo interno o para el de otras poblaciones que no los producen o lo hacen en cantidad insuficiente.

El segundo de esos propósitos es el de retribuir al trabajador mediante la disminución de la jornada, traducido esto en descanso, el tiempo economizado mediante el, cada vez mayor auge, de las diferentes máquinas que hoy en día están a disposición de las empresas. Se piensa, que de permitir el uso de la tecnología disponible en nuestros tiempos, sin establecer un equilibrio con el ser humano que necesita trabajar para ganarse el sustento diario, se traduciría en un perjuicio para la economía, que requiere de consumidores, que a fin de cuentas no son otros que las mismas personas susceptibles de ser desplazadas por la tecnología. La solución a ese conflicto de ideas, fines y consecuencias ha sido la de pensar en la reducción de la jornada semanal que en (Alemania y Francia) se ha reducido a menos de 40 horas. Pudiera pensarse, que la solución se acerca mucho al propósito. Es por ello que he visto la necesidad de plantear en esta ocasión, el tema del descanso del trabajador y su uso por el mismo.

En otros términos, el uso del tiempo libre, en nuestra legislación vigente es variado, como podremos darnos cuenta a continuación.

La Ley Orgánica del Trabajo prevé varias oportunidades en las cuales el trabajador debe descansar. Esta previsión no es producto del capricho del legislador, sino que tiene su fundamentación en la medicina del trabajo. Esta especialidad médica ha determinado, que transcurrido un determinado tiempo, el trabajador necesita descansar, con lo cual se evitan los accidentes laborales, que tan frecuentes fueron, tantos inválidos y muertes dejaron cuando la jornada de trabajo podía extenderse a 16 y más horas diarias. Fueron muchos los acontecimientos que ocurrieron, antes de comprender que sólo mediante la reducción de la jornada, podían evitarse esos accidentes de trabajo. Las luchas sindicales, los propósitos políticos y la promulgación de leyes de menor o mayor avanzada, ha hecho posible que para el día de hoy, los principios que rigen el descanso del trabajador, estén consagrados en las diferentes legislaciones a nivel mundial. Así por ejemplo, el primer convenio de la Organización Internacional del Trabajo, vigente a partir del 13 de junio de 1921, estableció en su artículo 2, que la duración del trabajo, en las empresas industriales públicas o privadas, no podía exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana.

Como caso curioso puede mencionarse que en Venezuela, fue promulgada el 26 de junio de 1917 la “Ley de Talleres y Establecimientos Públicos”, considerada como la primera Ley que ha regido en Venezuela la prestación de servicios remu-

nerada, en cuyo artículo 3º se estableció la jornada máxima de ocho horas y media, lo cual, si se cumplía o no, al menos en el papel, constituía un avance.

La primera Ley que efectivamente regula las relaciones entre patronos y trabajadores, es la promulgada el 16 de julio de 1936. En ésta, el artículo 43 establece como jornada máxima la de 8 horas por día y de 48 por semana, con la particularidad de que en su párrafo único se estableció que la jornada máxima semanal para los empleados de comercio y de oficina, sería de cuarenta y cuatro horas.

Otros hechos importantes que ameritan consideración son los siguientes: En cuanto a los días feriados, la Ley de 1936 determinó en su artículo 39 cuales eran esos días, disponiendo que durante ellos no podía efectuarse trabajo de ninguna clase, salvo las excepciones que en dicha norma se establecen; pero resulta particular el hecho de que para ese día de descanso obligatorio, no se impuso la obligación para el patrono de pagarlo, de manera tal, que el trabajador se veía impedido de prestar servicios, pero por otro lado, para ese día, no disponía de salario alguno, que le permitiera descansar o participar de las fiestas patrias o religiosas que se celebraran o conmemoraran en esas fechas, con la tranquilidad de disponer de un salario que le permitiera satisfacer las necesidades propias y las de su familia.

Otro hecho importante de resaltar es el relacionado con las vacaciones. Estas fueron previstas en el artículo 42 de la Ley, con la particularidad, de que se hizo una distinción entre obreros y empleados, cuyos motivos aun resultan difíciles de entender, pues se trata de que para los obreros, en cuya labor predomina el esfuerzo material, para cuyo caso, se supone, que se requiere un mayor tiempo de descanso para recuperar las energías, la Ley sólo concedió 7 días hábiles, mientras que para los empleados, la Ley estableció un período de vacaciones de 15 días.

Lo referente al pago del día feriado, o de descanso obligatorio y lo relacionado con la diferencia en la concesión de las vacaciones, según se tratara de un obrero o de un empleado, constituyeron reformas fundamentales, entre otras, que le hicieron a la Ley del Trabajo en 1947.

2. Descanso en jornada

Desde 1936, hasta el día de hoy, esta vigente el descanso en jornada. En la primera Ley, en el artículo 51 y en la vigente, en el artículo 205. Se refiere al hecho de que “la jornada efectiva de trabajo deberá ser interrumpida por lo menos por un descanso de media hora, sin que se pueda trabajar más de cinco horas continuas”. Más adelante nos referimos a la importancia de esta interrupción en la jornada, tan importante, que el Convenio N° 153 de la Organización Internacional del Trabajo, referente a “La duración del trabajo y períodos de descanso en los transportes por carretera”, en su artículo 7 establece:

1. Todo conductor asalariado tendrá derecho a una pausa después de cinco horas continuas de duración del trabajo tal como esta duración se define en el párrafo 1 del artículo 4 del Convenio.
2. La duración de la pausa a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo y, sin ha lugar, su fraccionamiento deberán determinarse por la autoridad o el organismo competente de cada país.

Por último y para concluir esta parte, me referiré al descanso al cual tiene derecho el trabajador, una vez cumplida la jornada semanal. El artículo 216 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que el patrono está en la obligación de pagar la remuneración correspondiente a un (1) día de salario, a los trabajadores que le han prestado servicios durante los días hábiles de la semana y que además, el día de descanso adicional convenido por las partes, conforme a lo establecido en el artículo 196 *ejusdem*, también debe ser remunerado. Conforme a lo señalado, es necesario distinguir varios supuestos en el artículo 216 citado. En primer lugar, la norma se refiere a que el descanso semanal, debe ser remunerado a los trabajadores que presten servicios durante los días hábiles de la jornada. Significa lo anterior, que si en esa jornada ha transcurrido uno de los días de descanso obligatorio, entendiéndose como tales, los señalados en el artículo 212 de la Ley comentada, el patrono debe pagar ese salario y el trabajador no está obligado a prestar servicios, sino que ese día es para dedicarlo a otros fines, que analizaremos más adelante, para cumplir el propósito del tema que se desarrolla.

En segundo lugar, se refiere la norma a la obligación del patrono de pagar el día de descanso adicional convenido por las partes, conforme al artículo 196. Este último artículo está muy vinculado a los fines de nuestro estudio, pues lo que permite es que el trabajador pueda disfrutar de dos (2) días de descanso a la semana, mediante la prolongación de su jornada diaria en 1 hora, sin excederse en el máximo para la jornada semanal de 44 horas.

Ahora bien, me he referido en el párrafo anterior, al límite máximo de la jornada semanal. Con esta mención, hemos llegado al punto principal de nuestro estudio, pues es aquí, donde obligatoriamente debemos referirnos a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 90, norma suprema ésta, que además de hacer referencia a los límites diarios y semanales de la jornada, establece lo siguiente:

Se propenderá a la progresiva disminución de la jornada de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine y se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras (...).

Como puede observarse, la tendencia ha venido siendo, a nivel mundial y ahora con el contenido de la norma constitucional parcialmente transcrita, a disminuir la jornada semanal de trabajo. Es posible que ello haya tenido su origen en el deseo de compensar el desplazamiento que ha venido ocurriendo, de la mano de obra, por la tecnología, con todas las consecuencias que en la economía esto conlleva, pues resulta oportuno recordar, que el ser humano, es el consumidor por excelencia de bienes que necesita para su existencia en estos tiempos, de lo cual no escapa el uso de computadoras y una serie de artefactos que el confort en el hogar requiere. Se entiende de esta manera, que el desplazamiento de la mano de obra, en la forma simple como la hemos expuesto, en sí misma no conlleva ningún beneficio ni para el laborante, ni para la sociedad, ni para la economía. Por el contrario, puede asegurarse que una disminución de la jornada sin una planificación que le dé sentido, más bien es perjudicial, como lo veremos en los párrafos siguientes.

En efecto, según hemos visto, el primer descanso al cual nos referimos, fue el que debe disfrutar el trabajador al cumplir cinco (5) horas de trabajo continuo, según lo establece el artículo 205 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Se trata de una norma a la cual debe dársele el cumplimiento tal y como la misma lo establece y tanto es así que si ese tiempo de descanso y el de las comidas no lo puede disponer el trabajador para ausentarse de la sede del centro de trabajo, debe imputarse a la jornada, salvo que el patrono tenga instalado en su empresa los comedores a los cuales se refiere el artículo 192.

A simple vista puede notarse que la norma impone un hecho muy especial, como lo es que el trabajador debe disfrutar del tiempo de descanso que le concede la Ley en la jornada diaria.

Como lo hemos señalado, no se trata de un capricho del legislador, en el caso concreto, la medicina del trabajo ha determinado, que los accidentes laborales ocurren, por cansancio, cuando el trabajador continúa en sus labores, después de cinco (5) horas continuas de trabajo. Está demostrado por otra parte, que de continuar las labores, sin conceder el descanso, el rendimiento del prestatario de servicios, no es el mismo y que por el contrario tiende a decaer.

Visto lo anterior, y en relación con los fines del presente tema, es necesario que al tiempo de descanso en jornada, luego de cumplidas las cinco (5) horas de trabajo continuas, se le dé un sentido distinto al que ha tenido, pues lo que comúnmente se ve, es que los trabajadores se dedican a jugar cartas u otros por el estilo, que en nada lo beneficia y que por el contrario, tiende a crear en él, hábitos negativos. No es mi intención proponer en este punto, una solución concreta, pero pienso

que ese tiempo podría utilizarse para fines recreativos positivos, por medio de programas especiales televisivos que informen al trabajador sobre los extraordinarios lugares de recreación que tiene el país; programas educativos, que motiven al trabajador a mejorar sus condiciones de vida, y la de su familia, así como también a suministrar al trabajador información de cualquier actividad que fuera de su interés y que lo incentivará a participar.

En relación con el descanso en jornada, hicimos una referencia muy especial. Se trata de la cita hecha al Convenio N° 153 de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 7.

Si reflexionamos sobre la cantidad de accidentes viales que ocurren cada año, las vidas que se pierden como consecuencia de ellos, y el sin número de inválidos que esos accidentes dejan, nos daremos cuenta, que el descanso en jornada, y en el caso concreto el de los chóferes, debería ser estrictamente cumplido, vigilado y supervisado por las autoridades correspondientes, pues en ello está en juego la vida y la salud de miles de personas, que anualmente son víctimas del no cumplimiento de esta norma.

El Convenio N° 153, es Ley Nacional a partir del día 1° de junio de 1983, fecha en que fue publicado en la Gaceta Oficial N° 32.738 de la fecha mencionada anteriormente. Por cierto, que el artículo 11 del Convenio citado, dispone que “La autoridad debe prever, un sistema adecuado de inspección, que comprenda controles en las empresas y en las carreteras y que además, deben establecerse las sanciones para cada caso de infracción”.

En último caso, y para el supuesto de que no se haya puesto en práctica las medidas señaladas en el artículo 11, el artículo 12 indica que “(...) las disposiciones del presente Convenio deberán aplicarse por vía legislativa o reglamentaria.”

Dejo a la reflexión del lector, el contenido y alcance del descanso en jornada y muy especialmente las disposiciones citadas del Convenio N° 153 de la Organización Internacional del Trabajo.

3. El descanso entre jornadas

Hemos visto que nuestra legislación laboral vigente y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establecen la jornada diaria de ocho (8) horas, con la posibilidad de que esta jornada se extienda por una (1) hora más, por mutuo acuerdo entre patronos y trabajadores, para que estos disfruten de otro día más de descanso, con lo cual serían dos (2) días de los cuales dispondría el trabajador

a la semana, lo cual será objeto de estudio más adelante, de conformidad con el tema en desarrollo.

Pues bien, si el trabajador labora ocho (8) o nueve (9) horas al día, conforme lo expuesto, ello nos conduce a la conclusión de que al menos el laborante dispone de 15 ó 16 horas, según el caso, tiempo en el cual no está obligado a estar a la disposición del patrono. Lo lógico sería pensar que ese tiempo lo utilice el trabajador para compartir con su familia y disfrutar de un verdadero descanso. Lamentablemente, si hacemos un estudio sociológico de esta situación, nos encontraremos con que, en la realidad, en un alto porcentaje no ocurre lo mejor, sino que por el contrario, una vez concluida su labor diaria, el trabajador se dedica a compartir con “amigos” donde no es extraño el consumo de alcohol, con las múltiples consecuencias que ello trae. No nos atrevemos a culpar por ello al trabajador. Se trata simplemente del hecho de que esa conducta, no es otra cosa que una continuación de los hábitos que ha ido formándose en los descansos en jornada, y además, podría tratarse de una evasión, lo cual corresponde estudiar a los psicólogos, pues ante la realidad con la cual se encuentra el trabajador en su hogar, que no es la más atractiva, lo cual comprenderíamos mejor si nos dedicamos a hacer una simple observación a los diferentes barrios donde habita nuestra clase trabajadora, en su mayoría obreros, pero también con presencia de empleados. En muchos de los casos se trata de viviendas que no reúnen las condiciones de habitabilidad para una familia. Por otra parte, los muebles para descansar, no son los más apropiados y es posible que la enfermedad, la desnutrición y la inadecuada alimentación, sean los elementos que lo esperan en su hogar.

En cuanto a la enfermedad y a la desnutrición, nuestra Constitución prevé en su artículo 83 el principio fundamental según el cual, “La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida...”. Al relacionar la norma anterior el derecho a la salud como parte del derecho a la vida, se está concatenando esta norma con el contenido del artículo 43 de la misma Constitución, según el cual “El derecho a la vida es inviolable...”.

Es por lo expuesto anteriormente, que resulta indispensable pensar, en que será el estudio socio-psicológico de esa situación, el que determinará el origen y las consecuencias de ella. Mi opinión como laboralista es, que no sólo las condiciones en el trabajo determinan la salud y el bienestar del trabajador y el de su familia, sino que las condiciones que prevalecen en el hogar, inciden directamente en el trabajador, en la productividad y en el bienestar del país. Por estas razones es que considero, que una política habitacional amplia, bien coordinada y dirigida a favorecer a la clase trabajadora, fundamentada en el artículo 82 de nuestra Carta Magna, según el cual “Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, có-

moda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos”, concordada con créditos para adquirir bienes muebles, con garantía de sus prestaciones, puede ser una alternativa eficaz, pero claro está, como lo he manifestado anteriormente, deben ser los estudios sociológicos, sociales y económicos, los que marquen la pauta a seguir. Lo que sí debe quedar claro es que, existe una situación por resolver en cuanto al descanso entre jornada del trabajador y el adecuado uso que éste le dé al mismo.

4. Día de descanso obligatorio

Desde que fue promulgada la Ley de Talleres y Establecimientos Públicos, ha quedado establecido que “todos los días del año son hábiles para el trabajo...” Y a continuación indica la ley citada “a excepción de los feriados, los declarados de fiesta nacional, el 1º de enero y el Jueves y Viernes Santos”. Como puede notarse, la diferencia entre aquella Ley y el contenido de su artículo 4, y la vigente, es que ésta señala expresamente los domingos, como días feriados y agrega otros días, como el 1º de Mayo, el 25 de diciembre y “los que se hayan declarado festivos por el Gobierno Nacional, por los Estados o por las Municipalidades, hasta un límite de tres (3) por cada año”.

Como puede observarse, en el fondo, se ha mantenido el criterio de que en el curso del año, existen días durante los cuales el trabajador no está obligado a prestar servicios. La idea no es de proporcionar un descanso más para el trabajador. Los fines de esta norma son otros. Se indica con precisión, cuales son los días feriados, y se impone, salvo las excepciones en ella presentes, una obligación de no hacer. La motivación que para ello ha tenido el Legislador desde que sancionó la norma, tal y como está redactada, es que durante esos días feriados, el trabajador pueda participar con su presencia y en algunos casos con su familia, de esas celebraciones patrias, religiosas, sindicales o de otro orden, según sea el motivo por el cual hayan sido declarados como feriados por el Gobierno Nacional, Estatal o Municipal. No se trata en el caso concreto, de conceder al trabajador un descanso para que reponga sus energías, ni para que se dedique a cualquier tipo de diversión, de lo que se trata es de que el trabajador haga vida ciudadana, participe de las conmemoraciones patrias, religiosas y sindicales, de una manera efectiva. Lo que se pretende una vez más es que el trabajador haga uso correcto del tiempo libre en el día de descanso obligatorio.

5. Día de descanso semanal y las vacaciones

En cuanto al descanso semanal, la realidad es, que su finalidad era, la de que el trabajador pudiera disponer de un (1) día a la semana, luego de haber concluido su jornada, para descansar y compartir con su familia.

Lo mismo ocurre con las vacaciones anuales. Se consideró que, cumplido un (1) año de servicios ininterrumpidos, el trabajador necesitaba de un descanso que fuera suficiente para visitar su familia, si ésta se encontraba en el interior, para tratar de visitar la región que deseaba conocer del país y resumiendo, cambiar sus preocupaciones laborales, por satisfacer necesidades familiares y metas personales que anhelaba cumplir.

La verdad es, que nuestros trabajadores han sido criticados fuertemente, pues en los días feriados, en los días de descanso semanal, en las vacaciones, a lo que se dedican es a jugar bolas criollas, dominó y otros por el estilo, que en lugar de acercarlo a la familia, lo que hace es alejarlo.

Por otra parte, si antes se consideró que las vacaciones anuales debían disfrutarse con cierta puntualidad, evidentemente, a partir de los años 50, vino al país una inmigración numerosa procedente de Europa, entre ellos italianos, españoles, portugueses, que ingresaban al mercado de trabajo y quienes dieron un gran aporte a nuestro desarrollo, muy especialmente en la construcción.

Ello trajo como consecuencia, que por someterse a la Ley, muchas veces, por convenio entre patronos y trabajadores, se acordara acumular las vacaciones, para así poder trasladarse aquellos trabajadores a sus países de origen, pero en verdad, 15 días hábiles no eran suficientes para ir a uno de esos países europeos, compartir con sus familiares y amigos y regresar a tiempo para continuar sus labores. La necesidad de permitir la acumulación de períodos anuales de vacaciones, era indiscutible. Lamentablemente esta situación no era comprendida y se mantuvo así durante mucho tiempo. Resulta curioso, desde el punto de vista jurídico, que por primera vez, se dé una solución, pero no proveniente de una reforma a la Ley, sino por vía reglamentaria. Fue el Reglamento de la Ley de Trabajo que entró en vigencia a partir del 1º de febrero de 1974, donde en su artículo 99, se permitió la acumulación hasta de dos (2) vacaciones, cuando ello fuera razonable. Diez (10) años después, fue reformada la Ley del Trabajo, en fecha 11 de junio de 1983, y aun cuando el Reglamento permitía la acumulación referida, esa reforma legal, nada dispuso sobre la materia. Fue la reforma a la Ley que entró en vigencia el 1º de Mayo de 1991, que en su artículo 229, permitió la acumulación hasta de tres (3) vacaciones, “cuando la finalidad de dicha acumulación sea conveniente para

el solicitante". Se resuelve de esta manera, una situación, que si desde el punto de la medicina del trabajo, no es recomendable, la verdad es que, si el trabajador hace uso correcto de los otros descansos que prevé la Ley, la finalidad de la acumulación antes referida, siempre que ella sea en beneficio del trabajador y el de su familia, se justifica, pero claro está, sujeto a ciertas posibilidades que lo condicionen.

Lo expuesto anteriormente, constituye el punto central del presente tema; pues en nuestro criterio, si el trabajador tiene un tiempo para descansar en jornada; si conforme a la Ley dispone del descanso semanal; del obligatorio y de las vacaciones anuales, pero ese tiempo libre no lo usa efectivamente para su beneficio, ningún avance constituye el que se disminuya la jornada diaria o semanal; que por ley o por convención colectiva se aumenten los días de vacaciones anuales o que se aumente el descanso en jornada. Es necesario que ese tiempo libre que se concede al trabajador, sea concatenado con medios que concuerden con su finalidad y armonicen las ideas, de manera tal, que en la realidad, el tiempo libre sea usado para el bienestar del trabajador y el de su familia, lo cual, como afirmamos anteriormente, va en beneficio de toda la sociedad.

Hemos visto con tristeza, como la familia se ve distanciada, por el simple hecho de que al tener el trabajador dos (2) días libres al final de la jornada semanal, no dispone de medios para disfrutar del mar, de las montañas o de cualquier otro sitio donde quiera ir con su familia, pues tal vez los jóvenes se permiten la libertad de dormir en la playa, sobre la arena y el aire libre, pero cuando se trata de ir con la esposa y al menos con su hijo, la situación es diferente. Lo mismo podríamos pensar si se trata de un fin de semana en la montaña o en el llano, lo cierto es que no existe esa infraestructura que conceda esas facilidades. No creo que sea tan difícil en un país como el nuestro, con los inmensos recursos de los cuales dispone construir edificaciones apropiadas para la recreación de los trabajadores y que por otra parte, pueda pensarse que el pago del alojamiento, bien sea por un fin de semana o para disfrutar de unas vacaciones, sea concertado en las convenciones colectivas de trabajo, mediante estipulaciones que permitan al patrono descontar del salario al trabajador que lo solicite, una cantidad suficiente para que, unida al bono vacacional y a un aporte de la empresa, el trabajador pueda trasladarse al lugar preferido, a disfrutar del descanso.

He tenido conocimiento que el Instituto para la Capacitación y Recreación de los Trabajadores (INCRET), creado por Ley de fecha 25 de junio de 1954, tiene en diferentes sitios del país, como en Los Caracas e Higuerote, infraestructuras que ofrecen comodidad para el uso del tiempo libre. Lamentablemente a esas casas o cabañas, no se les ha dado el mantenimiento necesario y por otra parte es notorio el hecho de que, en cuanto a Los Caracas se refiere, estas casas eran utilizadas únicamente para las cúpulas sindicales.

Lo verdaderamente positivo, a los fines del tema en desarrollo, es que se construyan edificaciones que sean de fácil acceso a los trabajadores, desde el punto de vista del lugar donde estén ubicados, así como también desde el punto de vista económico.

En un taller que se dio sobre el uso del tiempo libre, se planteó la idea, de que así como se habían construido balnearios populares, se construyeran residencias populares. Se trataba de simples edificaciones sin mayores lujos, pero sí con las instalaciones necesarias, para que el trabajador y su familia se instalaran a disfrutar, del fin de semana o de las vacaciones, según el caso.

Lo expuesto anteriormente, no resulta descabellado, si nos detenemos a leer los literales “b”, “c”, “d” y “e” del artículo 3 de la Ley que creó el Instituto para la Capacitación y Recreación de los Trabajadores (INCRET), que disponen:

Serán funciones del Instituto:

(...)

- b. Colaborar con el Ministerio del Trabajo en todo lo referente al mejor aprovechamiento del tiempo libre de los trabajadores y de sus vacaciones anuales, a fin de organizar debidamente el bienestar de éstos y de sus familiares; y cooperar con el referido Despacho en la ejecución de los sistemas que al efecto se adopten.
- c. Ejercer la administración de las Colonias Vacacionales que le confie el Ejecutivo Nacional, de acuerdo con la reglamentación que les rijan;
- d. Prestar su colaboración al Ministerio del Trabajo en la labor de proporcionar medios de recreación a los trabajadores y a sus familiares, que les permitan al mismo tiempo elevar su cultura. A tal fin podrá administrar los servicios artísticos que determine el Ejecutivo Nacional;
- e. Contribuir con el Ministerio del Trabajo a fomentar el turismo de los trabajadores en el país. Asimismo, de acuerdo con los servicios del Ministerio, podrá organizar giras turísticas al exterior, orientadas hacia la capacitación técnica y cultural de aquellos.

He tenido información de que en diferentes sitios como por ejemplo, Los Totumos, Municipio Brión del Estado Miranda, en Mérida, en el Zulia, y en Sucre, el Instituto para la Capacitación y Recreación de los Trabajadores (INCRET), tienen terrenos donde podría llevar adelante los objetivos que le impuso la Ley por la cual fue creado y que constituyen su razón de existir. La información anterior traté de confirmarla, pero resultó infructuosa la gestión. Lo cierto es, que de acuerdo con lo establecido en el literal “k” del artículo parcialmente transcrito anteriormente, se faculta al INCRET para adquirir, administrar y enajenar bienes muebles e inmuebles que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Lo que sí podemos afirmar es que, si se ponen en práctica las normas contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la ley que creó el Instituto para la Capacitación y Recreación de los Trabajadores (INCRET), seguramente habremos dado un paso gigantesco y por lo demás revolucionario en lo concerniente al uso del tiempo libre.

Finalmente, es necesario hacer una reflexión sobre el número de personas que podrían resultar favorecidas por todas las medidas que hemos sugerido en los párrafos anteriores. Seguramente la conclusión sea de que, es necesario que la población en edad de ingresar al mercado del trabajo, pueda incorporarse a la economía formal, donde le sea posible disponer de las jornadas referidas, de los descansos mencionados y de las posibilidades para hacer uso del tiempo libre, pues, consideramos que una población que se desempeña en el mercado informal del trabajo, como prestantes de servicios, no dependientes, no dispone de las condiciones necesarias, para programar el uso de los descansos (semanales y vacaciones especialmente) a que nos hemos referido en el desarrollo del presente tema.

Reducción de la jornada de trabajo a la luz de la Constitución venezolana

Juenny de los Ángeles PAZ AGUIRRE*

SUMARIO

- Introducción**
- 1. Desarrollo**
- Conclusión**

Introducción

Dentro de un esquema civilista clásico, corresponde a las partes la determinación de las condiciones de ejecución de las recíprocas prestaciones asumidas por ellas en el contrato; sin embargo, las condiciones de ejecución del servicio, que corresponde al trabajador en el contrato de trabajo, constituyen una materia en la que la intervención legislativa es concluyente.

Frente a la concepción de un patrono o empleador, titular de un poder absoluto de dirección y control, que le permitía organizar la empresa a su conveniencia, el Derecho del Trabajo adopta una idea funcional y social.

La más importante de las circunstancias bajo las cuales el trabajador ejecuta su actividad, es la jornada de trabajo, razón por la cual el Derecho del Trabajo se muestra en extremo cuidadoso en lo que a ella se refiere.

* **La Universidad del Zulia**, Abogada, mención Máxima Calificación, Programa de Postgrado de Derecho Laboral y Administración del Trabajo, Nivel Maestría, Cursante. Centro de Investigaciones Laborales y Disciplinas Afines (CIELDA), Asistente de Investigación del Director.

En la presente investigación se hará referencia a todo lo relativo a la *jornada de trabajo* haciendo énfasis a la reducción de la jornada, debido a que cuando una actividad humana se realiza en forma continua, va a producir, en quien la realiza, un fenómeno fisiológico conocido como fatiga. El organismo va a requerir entonces, de un período de descanso con el fin de permitirle recuperar las fuerzas y evitar así, un daño a la salud. De allí pues que se haga necesario limitar la duración del tiempo de actividad y establecer los descansos necesarios. La integridad física y mental del trabajador, es preocupación fundamental del legislador, éste ha considerado intervenir para limitar el tiempo de trabajo y establecer los descansos, con lo cual, el campo de la autonomía de la voluntad se ve muy reducido en lo que concierne a la duración del tiempo de trabajo, pues al imperar las normas de orden público laboral, la libertad contractual de las partes se limita a la posibilidad de establecer acuerdos más favorables al trabajador. La Reducción de la Jornada, es igualmente una consecuencia de orden social, como la necesidad de que el trabajador, disponga de tiempo para participar en la vida de relación y en la vida familiar; de orden económico, puesto que el trabajador agotado es un elemento de baja productividad cultural, ya que el trabajador requiere tiempo para ampliar sus conocimientos y para el esparcimiento; de política de empleo, pues la reducción del número de horas de labor, permitido a cada trabajador, favorece el aumento del número de trabajadores requeridos por las empresas; hacen evidente la necesidad de una reducción de la jornada.

1. Desarrollo

Etimológicamente la palabra jornada, viene del italiano “Giornata” y significa la actividad que se cumple durante un día (Giorno). El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la define “como el tiempo de duración del trabajo diario de los obreros”. Sin embargo, se utiliza igualmente el término jornada para referirse a un lapso superior al de un día, como sería el caso de la jornada semanal.

Por jornada de trabajo se entiende el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrono y no puede disponer libremente de su actividad y sus movimientos. (artículo 189 de Ley Orgánica del Trabajo).

Cuando se refiere a el tiempo de trabajo, se trata en sentido amplio, tanto a las distintas especies de contrato de trabajo según su duración, es decir, por tiempo indeterminado o a término, como en sentido estricto, a la jornada diaria, semanal o anual, durante el cual el trabajador cumple la obligación de prestar el servicio convenida con el empleador. El tiempo de trabajo ha constituido en los últimos años, conjuntamente con la estabilidad y las indemnizaciones debidas al trabajador a la finalización del contrato de trabajo, el centro de una discusión dirigida a flexibilizar el mercado de trabajo para adaptarlo a las nuevas exigencias deriva-

das de la globalización o mundialización de la economía y de los avances tecnológicos, las cuales producen efectos en la organización de las unidades productivas y, por ende, las relaciones que ésta entabla con sus trabajadores. Se trata de buscar que los cambios que necesariamente se están dando puedan ser asimilados por las empresas, mejorar su competitividad y acceder a los mercados globalizados, sin que se afecten los niveles de empleo.

El tema de la reducción de la jornada es de capital importancia dentro del Derecho del Trabajo a punto tal que Cabanellas la ha calificado como la institución jurídica madre. Este autor encuentra un antecedente de la regulación de la jornada de trabajo en las vetustas leyes de Manú (1280 A.C.) las cuales establecían: “El sol establece la división del día y de la noche para los hombres y para los dioses: la noche es para el sueño de los seres, y el día para el trabajo”.¹

A pesar de que la antigüedad del trabajo era fundamentalmente obra de los esclavos, de modo que la jornada la fijaba unilateralmente el amo, sin embargo, éste procuraba no someter a su esclavo a jornadas agotadoras, puesto que le interesaba conservarlo, de la misma manera que quería conservar un animal. En la Edad Media, el colono o siervo debía cumplir una jornada marcada por el curso del sol, y el artesanado, las corporaciones adoptaron una jornada variable de acuerdo a las estaciones: nueve horas y media en invierno y doce y media en verano.

Con la llegada del sistema liberal y la desaparición del pequeño taller artesanal, el desarrollo de las grandes fábricas y la aparición de la máquina, se produjo un exceso de mano de obra; ésta, considerada una mercancía al fin, fue sometida a las oscilaciones de la Ley de la oferta y la demanda, lo cual ocasiono un profundo desequilibrio entre las fuerzas del trabajo y la producción. Los trabajadores agobiados por los bajos salarios y el temor a quedar cesantes, debieron aceptar jornadas inhumanas de más de 12 horas por día. Sus patronos no se preocupaban por el agotamiento y el deterioro físico de los trabajadores, pues la sobreoferta de mano de obra hacia fácil reemplazar el trabajador fatigado. Por otra parte, dentro de una concepción mercantilista del progreso técnico, imperante en la época, se consideraba que el esfuerzo físico que se precisaba para operar las máquinas, era menor que el que había que desarrollar anteriormente, cuando se trabajaba artesanalmente, razón por la cual se pretendía justificar la prolongación de la jornada.

Sin embargo, los países europeos fueron los primeros en reaccionar. Así, Inglaterra en 1847 fijó en 10 horas y media la duración máxima de la jornada, lo propio hizo Francia en 1848 cuando adoptó la jornada de 10 horas.

¹ Guillermo CABANELLAS. **Compendio de Derecho Laboral**. Omeba. Buenos Aires-Argentina. 1988, p. 509.

Las primeras acciones gremiales se orientaron siempre en dos sentidos fundamentales para los intereses de los trabajadores: el logro de una mejor remuneración y la reducción del tiempo de trabajo.

Se dice que el trabajador como contraprestación de su salario, debe poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador por un determinado lapso de tiempo, este tiempo debe ser, por imperativo de la misma naturaleza y por requerimientos de la justicia social, necesariamente parcial; porque si bien es cierto que el hombre siempre ha trabajado, no le es menos que nunca, ni en las épocas de mayor iniquidad, ni aun bajo la infame institución de la esclavitud, el hombre ha trabajado todos los días y durante todo el día.

En los tiempos modernos especialmente desde la segunda mitad del siglo pasado, el problema de la duración del trabajo ha recibido un nuevo tratamiento, por fuerza de razones sociales y técnicas vinculadas, las primeras a la lucha de los trabajadores por mejores condiciones de trabajo, y especialmente por la reducción de la jornada; y las segundas, a los grandes avances de la ciencia y de la tecnología que han hecho posible que el trabajador se beneficie con la simplificación y tecnificación de los procesos productivos, que permiten mayor producción en menor tiempo. Así, ya el hombre no trabaja todo el día, porque existe una limitación a la jornada diaria; no trabaja todos los días, porque se ha establecido un régimen de descanso semanal y de días feriados; y no trabaja todo el año porque tiene derecho a disfrutar del correspondiente período vacacional.

Las legislaciones modernas se han caracterizado por una regulación cuidadosa de lo relativo a la jornada de trabajo, como garantía de preservación de la salud física y mental del trabajador. Con la adopción de la jornada de 8 horas, parecería haberse llegado al tope máximo en materia de protección al descanso del trabajador, sin embargo, las nuevas condiciones bajo las cuales se desarrolla el trabajo industrial, la imposición de un trabajo colectivo y monótono, a lo cual se agregan los problemas típicos de las grandes concentraciones urbanas y el aumento del tiempo de transporte, hicieron necesaria una nueva intervención en materia de reducción de jornada.

Según el Diccionario de Economía Política², la jornada de trabajo es el tiempo del día durante el cual el trabajador labora en una empresa o institución. La naturaleza social de la jornada de trabajo es determinada por las relaciones de producción que dominan en la sociedad. La jornada de trabajo se divide en tiempo de trabajo necesario (ver) y tiempo de trabajo adicional. Bajo el capitalismo, esta di-

² Borísov Zhamin MAKÁROVA. **Diccionario de Economía Política**. Buenos Aires-Argentina.

visión presenta un carácter antagónico. El capitalista procura aumentar el tiempo de trabajo adicional para obtener mayor plusvalía. Los términos máximos de duración de la jornada de trabajo, en el régimen capitalista, dependen de dos tipos de factores. Por una parte, dependen de los límites físicos en que puede usarse la fuerza de trabajo, pues el obrero necesita cierto tiempo para el sueño, el descanso, la comida y la satisfacción de otras necesidades físicas indispensables. Por otra parte, dependen de exigencias de carácter social y moral; el obrero necesita tiempo para satisfacer sus necesidades espirituales y sociales, cuyo nivel y carácter dependen del estado general de la cultura en un país dado, del grado de desarrollo de la clase obrera y de la lucha clasista del proletariado. El afán de obtener mayor plusvalía induce a los capitalistas a prolongar la jornada de trabajo, más esta tendencia choca constantemente con la resistencia de la clase obrera que procura limitar a una magnitud normal la duración de la jornada de trabajo. De ahí que en última instancia, la duración de la jornada de trabajo se halle determinada por la correlación de fuerzas en la lucha entre los capitalistas y la clase obrera. Sobre la duración real de la jornada de trabajo, influyen en gran manera el grado de intensidad del trabajo, la magnitud del paro forzoso, el nivel del salario real, el movimiento de las fases del ciclo industrial, etc. La reducción ulterior de la jornada de trabajo va acompañada de un aumento de la intensidad del mismo, de un descenso del salario real, de un empeoramiento de las otras condiciones de trabajo, de un incremento del grado de explotación de la clase obrera. Se encuentran en una dura situación los trabajadores de los países coloniales y dependientes, donde la jornada de trabajo en realidad no está limitada y llega hasta las catorce y dieciséis horas al día. La lucha económica de la clase obrera de los países capitalistas por condiciones normales de trabajo y, en particular, por reducir la jornada de trabajo no puede mejorar de manera radical la situación de los obreros, y las conquistas económicas alcanzadas no pueden ser sólidas. El incremento de la productividad del trabajo hace posible que la jornada laboral sea de menor duración y que aumente el volumen del producto necesario y adicional. De este modo, en la sociedad socialista, la jornada de trabajo se reduce a la vez que se eleva el nivel de vida material de los trabajadores, se aumenta el salario, ante todo el de los trabajadores que perciben bajas remuneraciones.

Hoy en día, en lo que se ha dado en llamar la era post-industrial, los cambios tecnológicos y la velocidad con que éstos se producen, han creado la necesidad de un nuevo modelo organizativo del trabajo, con el fin de obtener el máximo provecho de esas tecnologías, y dentro de ese modelo organizativo, el tema de la duración del tiempo de trabajo y su distribución, constituyen una tarea prioritaria.

Oscar Hernández Álvarez, al respecto afirma: “La actual revolución tecnológica, favorece la reducción del trabajo requerido para la producción de bienes y servicios, pues la automatización optimiza el rendimiento de la energía humana.”³

Una de las manifestaciones más recientes en esta materia es la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo y la tendencia a la anualización y semestralización de los horarios de trabajo, tendencias éstas que en parte se inscriben dentro de una política de empleo que acude al mecanismo de la reducción de la jornada como factor expansivo del mercado de trabajo. La anualización consiste en que el cómputo de las horas trabajadas se hace en función del lapso de un año o de un semestre, y no en base a una semana, pudiéndose distribuir las horas anuales en forma tal, que permita trabajar mas horas durante determinadas épocas del año cuando se requiera, compensando esto con menor cantidad de horas de trabajo en aquellos periodos en que no se haga necesario un mayor nivel de actividad productiva.

La limitación o reducción de la jornada de trabajo sería inútil si no se determina un criterio para medir esa duración de la jornada. Las posiciones de las partes involucradas son antagónicas en este aspecto. Así el trabajador va a pretender que la jornada deba ser medida desde el mismo momento en que éste se dirige al lugar de trabajo y hasta que regrese a su casa, en tanto que el patrono le parecerá que la medida de la jornada deberá ser la efectividad del trabajo realizado.

La limitación de la jornada de trabajo ha constituido desde finales del siglo pasado, junto con el salario, las principales reivindicaciones por las que ha luchado el movimiento sindical y los aspectos sobre los cuales se ha regulado mas por los gobiernos. Ello es explicable por las relaciones estrechas de ambas con el bienestar y la dignidad de los trabajadores; los límites del tiempo de trabajo marcan las fronteras entre la subordinación y la libertad personal para el descanso o el desarrollo de las potencialidades humanas en beneficio y por cuenta propia del individuo.

La reducción de la jornada de trabajo, aparte de las razones humanas y biológicas que imposibilitan al hombre para trabajar todo el día, encuentra justificación técnica en el hecho demostrado de que la fatiga prolongada, disminuye las defensas orgánicas y la destreza manual del trabajador, propiciando los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; y desde el punto de vista económico; desde la perspectiva del interés de la empresa, como ente generador de riquezas, la jornada prolongada reduce el rendimiento del trabajador y afecta seria y notablemente la calidad y la productividad de su labor.

³ Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ. **La Flexibilización del Derecho del Trabajo**. Diario de Tribunales. 1990, p. 225.

El artículo 189 de la LOT, define lo relativo a la jornada de trabajo y aclara el elemento de disponibilidad al establecer que cuando el trabajador no puede disponer del tiempo a su voluntad, el período que dure esa sujeción a las órdenes del patrono, será considerada jornada efectiva. Lo que determina, en mi opinión, que se considere que el trabajador está cumpliendo su jornada de trabajo, es precisamente el hecho de que esté disponible para realizar las actividades que le encomienda su patrono. La dependencia característica del contrato de trabajo se pone de manifiesto en el hecho de que, durante el tiempo que dura la jornada de trabajo, el trabajador no se encuentra en libertad de realizar las actividades que se le ocurran, puesto que su tiempo no está disponible para él, sino para su patrono. Poco importa que en realidad no esté ejecutando actividad productiva alguna (trabajo efectivo) lo determinante es el hecho de estar disponible para el patrono.

La jornada efectiva comienza a contarse a partir del momento en que el trabajador llega al lugar en donde habitualmente debe efectuar su actividad, lo que lleva a distinguir entre jornada efectiva y tiempo de presencia del trabajador en la empresa, pues según afirma Fernando Villasmil B. “la jornada comienza no a partir del momento en que el trabajador llega a la empresa, sino al lugar en el cual se efectúa su trabajo, o en su defecto, al lugar en donde se le van a impartir las órdenes o instrucciones acerca del servicio que va a efectuar, lo cual se da en aquellos casos en los cuales el trabajador efectúa su labor en un sitio distinto del local de la empresa”⁴

La íntima relación entre jornada y presencia en el lugar de trabajo se explica porque sólo al llegar a ese lugar está el trabajador realmente listo para ser utilizado por su empleador, por ser allí donde recibe las directrices, herramientas, enseres, etc. necesario para su labor.

Aún el trabajo de los altos empleados está sujeto a la obligación de presencia física para ejecutar el esfuerzo convenido, y la constante preocupación de ellos por la empresa en que trabajan, no significa tiempo de labor efectiva, ni la obligación jurídica exigible por el empleador, ni fuente de responsabilidad en caso de incumplimiento voluntario o inexecución de las órdenes impartidas fuera de su jornada.

El artículo 190 de LOT considera jornada efectiva el período de reposo y comida del trabajador que no puede ausentarse de su puesto durante tales reposos, por exigírselos la naturaleza de su labor, o sea, cuando la ejecución de la labor requiera de una atención continua de parte del trabajador, o cuando deba mantenerse en su puesto para atender las órdenes del patrono o las emergencias que se puedan presentar.

⁴ Fernando VILLASMIL B. **Comentarios a la LOT**. Edit. Borrero. Maracaibo 1991, p. 414.

Pero igualmente se plantea la discusión entre jornada efectiva y permanencia en la empresa cuando el artículo 194 ordena no imputar a la jornada efectiva los tiempos de reposo y comida, cuando permaneciendo el trabajador en la empresa, estos transcurran en comedores construidos por el patrono para tales fines, ni el tiempo de reposo y comidas de los trabajadores en la navegación marítima, fluvial, lacustre y aérea. En este caso los trabajadores están presentes en las instalaciones de la empresa y no obstante su presencia no puede ser interpretada como una disponibilidad de su tiempo a favor del empleador.

La flexibilidad en la duración de la jornada significa un equilibrio mejor y más individualizado entre el tiempo de trabajo y el tiempo de vida: equilibrio que es muy diversificado según las posiciones personales y sociales. Para los empresarios significa capacidad de adaptar mejor la producción a la demanda, de explotar plenamente las capacidades productivas y de aumentar la productividad del trabajo.

Por medio de la anualización, o sea el establecimiento de un número de horas de trabajo, no en función de un lapso semanal o diario, sino en base a un período anual, o en algunos casos semestrales, se contempla la posibilidad de distribuir el tiempo de trabajo a lo largo de un año, de manera que se pueda trabajar un número de horas en aquellos períodos de mayor actividad, sin tener que acudir al procedimiento del tiempo extraordinario, compensando el excedente trabajado, con un número menor de horas en aquellos períodos en los que la actividad de la empresa disminuya. La anualización conlleva una reducción del tiempo de trabajo. De igual manera, en lo que indica a la distribución del tiempo de trabajo, tenemos los horarios individualizados, los cuales consisten en el cumplimiento por parte del trabajador, de una jornada regular de duración mínima, permitiéndosele distribuir las demás horas a su conveniencia.

La Ley Orgánica del Trabajo incorpora dos innovaciones fundamentales en esta materia:

- a) Reducción de la duración máxima de la jornada semanal diurna y nocturna cumplida por los obreros, para fijarlas en 44 y 40 horas respectivamente, asimilándolo a los empleados a quienes ya se les aplicaban esos límites; y, reducción de la duración máxima semanal de la jornada mixta para ambas categorías de trabajadores, de 45 horas a 42 horas.
- b) Flexibilización de la regulación de la jornada de trabajo permitiendo en los supuestos regulados por los artículos 201 y 206, la prolongación diaria y semanal del trabajo, siempre que en un período de 8 semanas no se exceda en promedio de 44 horas semanales. Las normas reglamentarias complementan esta regulación estableciendo un máximo diario de 12 horas.

Según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “la jornada de trabajo no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta semanales. En los casos en que la ley lo permita, la jornada de trabajo nocturna no excederá de siete horas ni de treinta y cinco semanales. Ningún empleador o empleadora podrá obligar a los trabajadores o trabajadoras a laborar horas extraordinarias”.

En cuanto a la posición de la Organización Internacional del Trabajo, en la recomendación N° 116 estableció: la reducción de la jornada es un beneficio social deseable, pero deben agotarse las medidas para que las condiciones económicas no reviertan la medida en contra de sus beneficiarios y del país en general.

No puede decirse que la mera flexibilización del mercado de trabajo es capaz de producir automáticamente nuevos puestos de trabajo. Hay que tomar en consideración la interacción de la coyuntura macroeconómica con el mercado de trabajo, el diálogo entre los gobiernos y los agentes sociales y el papel crucial de la educación y la formación profesional para lograr la mano de obra de alta calidad, educada y calificada que exigen las nuevas realidades económicas y tecnológicas.

El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, desarrolla y complementa la reducción de la jornada, introduciendo innovaciones en materia del tiempo de trabajo que, por una parte, regulan situaciones que en la práctica ya se venían dando, como las empresas de trabajo temporal, o avanzan para darle permanencia a políticas laborales que se venían desarrollando para atender la problemática del desempleo, como es el caso de los contratos de formación profesional, o complementan la ley para facilitar su aplicación, como la regulación de los límites de la jornada ordinaria y de la jornada parcial de trabajo, el permiso necesario para el trabajo en las empresas sometidas a oscilaciones de temporada y disposiciones relativas al descanso semanal y compensatorio.

Creemos que las normas promulgadas apuntan en la dirección correcta de promover el empleo sin descuidar la protección del trabajo y de quien lo desempeña, como un valor de la sociedad. Estamos convencidos que el fortalecimiento del diálogo social y de la negociación colectiva, como instrumentos que coadyuvaran a lograr los cambios requeridos, es inaplazable. Más allá de las normas, es sólo mediante el fomento del intercambio permanente y de la promoción de un espíritu de colaboración entre los interlocutores sociales y el gobierno, como podrán lograrse resultados deseables en el camino de conquistar mayor bienestar para la sociedad.

Hernández Álvarez, afirma que “el *ius* laboralista no puede negarse a tomar en cuenta las nuevas realidades que suponen necesariamente, en muchos casos, nuevos enfoques en la elaboración y en la aplicación de las normas; pero su reflexión,

que muchas veces lo llevará a actuar en forma coherente con planteamientos de flexibilización, no puede significar la aceptación de un proceso de desregulación del trabajo, en lo cual priven las condiciones de la oferta y de la demanda, en desmedro del cumplimiento de los grandes principios generales que han dado autonomía científica al Derecho Laboral. La flexibilidad no puede ser sino una alternativa que se presenta al Derecho del Trabajo, y que debe ser utilizada por éste, en el proceso de regular realidades sociales cambiantes, a las cuales la norma debe ajustarse, pero en una forma tal que este constante dinamismo no perturbe la realización de sus finalidades trascendentes. Así, flexibilidad y rigidez no son, ni deben ser, sino modalidades en la aplicación de la norma jurídica laboral, las cuales deben estar orientadas a facilitar el cumplimiento efectivo del Derecho del Trabajo, sin que tales modalidades comporten un debilitamiento de las estructuras esenciales de éste”.

En materia jurisprudencial encontramos una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional de fecha tres (03) de julio de 2001 cuyo Magistrado Ponente fue Antonio García García, la cual constituye un precedente en el campo de la Jornada de Trabajo, en la cual se interpuso un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra las disposiciones contenidas en el artículo 195 de la Ley Orgánica del Trabajo. En la exposición de los accionantes, consideran que la disposición infringe, el contenido del artículo 90 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el cual suscribe lo siguiente: “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 horas semanales. Ningún patrono o patrona podrá obligar a los trabajadores o trabajadoras a laborar horas extraordinarias. Se propenderá a la progresiva disminución de la Jornada de Trabajo dentro de los intereses sociales y del libre beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras.

Los trabajadores y trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas” (...)

En esta sentencia se señala que el contenido del artículo 195 de la Ley Orgánica del Trabajo prevé excepciones a la duración de la jornada de trabajo, que no son permitidas en la Constitución Nacional vigente al establecer este artículo, que la jornada nocturna no podrá exceder de siete horas diarias ni de cuarenta horas semanales, mientras que la disposición del artículo 90 de la Constitución establece que la jornada nocturna no excederá de 35 horas semanales; es por ello que se alega la inconstitucionalidad por contradecir la Carta Magna.

En el contenido de la norma constitucional (artículo 90 CRBV), se puede observar que existe una diferencia entre su contenido y lo previsto en el mencionado artículo 195 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues si bien ambos dispositivos normativos no coinciden en cuanto a que la jornada nocturna diaria “no excederá de siete horas”, no ocurre lo mismo al referirse a la jornada semanal, pues la norma constitucional establece una jornada semanal menor, es decir, “treinta y cinco horas semanales”, mientras que la Ley Orgánica del Trabajo se indica “cuarenta horas semanales”. En este orden de ideas, señalaron los accionantes que el contenido del artículo 195 *eiusdem* prevé excepciones a la duración de la jornada de trabajo que no son permitidas en la Constitución vigente al establecer que: “(...) la jornada nocturna no podrá exceder de siete (7) horas diarias, ni de cuarenta (40) semanales” mientras que la disposición del artículo 90 constitucional dispone que la jornada nocturna “no excederá” de treinta y cinco (35) horas semanales, “(...) *mientras no exista ley que establezca expresamente las labores permitidas en jornada nocturna ella no debe entenderse permitida*”.

Agregaron que el párrafo único del mismo artículo faculta al Ejecutivo Nacional para “determinar aquellas labores en las cuales podrá permitirse la prolongación de la jornada nocturna”, estableciendo una excepción que resulta inconstitucional, pues la disposición del artículo 90 del Texto Fundamental, no prevé ninguna, y además el contenido del artículo 89 *eiusdem*, consagra la intangibilidad de los derechos laborales, lo que quiere decir, que tales derechos no pueden ser desmejorados.

De otra parte, en cuanto a la impugnación de las disposiciones de los artículos 196 y 206 de la Ley Orgánica del Trabajo, consideraron los accionantes que tales normas contradicen igualmente el texto constitucional, pues se establece una jornada rígida, “(...) sin dejar alternativas para que las partes pudieran llegar a arreglos o se establecieran excepciones”, por lo que no puede celebrarse ningún acuerdo en tal sentido, sobre todo para aumentar el número de horas de la jornada de trabajo.

Algunos fundamentos que plantearon los accionantes fue que a los trabajadores petroleros, vigilantes, enfermeras, médicos de guardia, el servicio doméstico, los conserjes, chóferes, directores y gerentes de fábrica, se les ha seguido aplicando la jornada de trabajo establecida en las normas impugnadas, haciéndose caso omiso a la nueva normativa constitucional.

En la presente causa se demandó además, la nulidad de las normas contenidas en los artículos 207, 208 y 210 de la Ley Orgánica del Trabajo, relativos a la prolongación de las horas de trabajo u horas extraordinarias, por estimar los accionantes, que la disposición del artículo 90 de la Constitución de 1999 según la cual “[n]ingún

patrono podrá obligar a los trabajadores o trabajadoras a laborar horas extraordinarias”, impide al patrono obligar al trabajador a laborar horas extras y el Inspector del Trabajo ya no está facultado para autorizar la prolongación de las jornadas de trabajo. De allí, que si bien la norma constitucional dispone que la ley puede regular casos que establezcan otro régimen, la regla general debe ser la prevista en el Texto Fundamental, por lo que considera esta Sala, que la disposición contenida en el artículo 90 de la Constitución, al regular una jornada nocturna de trabajo más beneficiosa para el trabajador que la dispuesta en el artículo 195 de la Ley Orgánica del Trabajo, hace que ésta resulte inconstitucional en lo que respecta a la jornada semanal nocturna, por contradecir el Texto Constitucional. Lo anterior, se refuerza, en el señalamiento que hace el mencionado artículo 90, al establecer que: “[s]e propenderá a la progresiva disminución de la jornada de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine”. En consecuencia, debe la Sala declarar la nulidad de la frase contenida en el artículo 195 de la Ley Orgánica del Trabajo, según la cual la jornada nocturna no excederá de “cuarenta (40) [horas] semanales” (corchetes de la Sala), debiendo aplicarse la prevista en el artículo 90 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, hasta tanto sea dictada la nueva Ley Orgánica del Trabajo, según el mandato del numeral 3 de la Disposición Transitoria Cuarta. Así se declara.

Ahora bien, por lo que respecta al Parágrafo Único de la disposición impugnada, el mismo establece la facultad del Ejecutivo Nacional para que mediante resolución especial, determine aquellas labores en las cuales se podrá prolongar la jornada nocturna de trabajo, exigiéndose que el pago por esa jornada cumplida, se realice como trabajo extraordinario nocturno. Tal disposición, a juicio de la Sala, no es contraria a la norma del artículo 90 de la Constitución, ya que existen actividades laborales que por sus características muy especiales, implican el cumplimiento de jornadas distintas, que sin contrariar los principios constitucionales establecidos en materia laboral, se requieren para el mejor desarrollo de la actividad laboral desplegada. Además, el citado artículo 90, hace una salvedad: “[e]n los casos en que la ley lo permita”, lo cual implica que se deje abierta la posibilidad de que en determinados casos la ley pueda extender la jornada nocturna.

De la lectura de la norma constitucional antes transcrita, se observa que existe una diferencia entre su contenido y lo previsto en el mencionado artículo 195 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues si bien ambos dispositivos normativos coinciden en cuanto a que la jornada nocturna diaria “no excederá de siete horas diarias”, no ocurre lo mismo al referirse a la jornada semanal, pues la norma constitucional establece una jornada semanal menor, es decir “treinta y cinco [horas] semanales”, mientras que en la Ley Orgánica del Trabajo se indica “cuarenta (40) [horas] semanales” (corchetes de la Sala).

Para mayor comprensión del lector se reproduce la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.⁵

Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara: **PARCIALMENTE CON LUGAR** la acción de nulidad interpuesta por razones de inconstitucionalidad por los ciudadanos RODRIGO PÉREZ BRAVO y CRISTIAN WULKOP MOLLER, actuando en defensa de sus propios intereses, contra las disposiciones contenidas en los artículos 195 y su párrafo único, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 206, 207, 208, 210, 325, 360 y 362 de la Ley Orgánica del Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997, y contra las normas previstas en la Resolución Conjunta N° 102 del Ministerio del Trabajo y N° 1.460 del entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.003 del 18 de julio de 1996, que desarrollan las disposiciones contenidas en el artículo 360 de la Ley Orgánica del Trabajo y, en consecuencia:

1. Se **ANULA** la frase contenida en la disposición del artículo 195 de la Ley Orgánica del Trabajo, que señala que la jornada nocturna no excederá de “*cuarenta (40) [horas] semanales*” (corchetes de la Sala), debiendo aplicarse la jornada semanal nocturna prevista en el artículo 90 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, hasta tanto sea dictada la nueva Ley Orgánica del Trabajo, según el mandato del numeral 3 de la Disposición Transitoria Cuarta *eiusdem*.

2. Se fijan los efectos de este fallo con carácter *ex nunc*, es decir, a partir de su publicación por la Secretaría de esta Sala Constitucional.

3. Conforme a lo dispuesto por los artículos 119 y 120 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se ordena publicar de inmediato el presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, con precisión en el sumario, del siguiente título:

“SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN SALA CONSTITUCIONAL QUE ANULA LA FRASE “NI DE CUARENTA (40) SEMANALES”, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 195 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO”.

4. **IMPROCEDENTE** la nulidad de los artículos 195 en su Parágrafo Único, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 206, 207, 208, 210, 325, 360 y

⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional 03-07-01. Magistrado Ponente Antonio García García. N° 000486. Caracas-Venezuela.

362 de la Ley Orgánica del Trabajo y de las normas previstas en la Resolución Conjunta N° 102 del Ministerio del Trabajo y N° 1.460 del entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones. En consecuencia, se reconoce la plena vigencia y validez de dichas normas, en los términos expuestos en este fallo.

Esta sentencia crea un precedente en materia de Jornada Nocturna por la discrepancia existente entre la Constitución y la Ley Orgánica del Trabajo y como es sabido, en virtud de las reglas de interpretación jurídica y de acuerdo a la pirámide de Kelsen son prioridad las normas constitucionales y en base a este criterio decidió el máximo Tribunal, mientras no se apruebe la Reforma de la LOT, las jornadas nocturnas se aplicarán bajo el manto protector de la Constitución Nacional en su artículo 90.

Conclusión

El tema de la reducción de la jornada de trabajo presenta un carácter dinámico y actual puesto que se encuentra muy vinculado a todo lo que tiene que ver con el desarrollo económico y social. Además de eso, los avances tecnológicos influyen en nuevas formas de trabajo, que requieren una distribución del tiempo de trabajo, diferente de la que tradicionalmente se ha aplicado.

La recomendación 116 establece el principio de la reducción progresiva de la duración normal de trabajo, pero así mismo advierte, que tal reducción, en vista de alcanzar una jornada semanal de cuarenta horas, debe hacerse cuando resulte apropiado, habida cuenta del grado de desarrollo económico y de las necesidades del mantenimiento del aumento de la productividad.

Ello hace pensar en que la vía más apropiada para la reducción del tiempo de trabajo vendría a ser la negociación colectiva que va a permitir el establecimiento de una jornada más reducida en la medida en que las posibilidades lo permitan en unas empresas, más que en otras.

La tendencia hacia la anualización permite a las empresas adaptarse rápidamente a los niveles de actividad exigidos por la situación coyuntural en un momento determinado. Los actuales sistemas legales, en cuanto a la distribución del tiempo de trabajo, no permite que el empresario pueda aumentar el tiempo de servicio, en aquellos momentos en que las exigencias del mercado requieran de una mayor producción, y reducirlo en tiempo de baja coyuntura.

La crisis económica ha llevado a algunas empresas, a actuar al margen de la ley, con el beneplácito de las Inspectoras del Trabajo y el acuerdo de los sindicatos a

establecer verdaderas suspensiones colectivas de los contratos de trabajo, sin que se haya previsto un mecanismo que permita compensar en parte el sacrificio que se impone a los trabajadores, y a las mismas empresas.

Hemos visto como el problema de la duración del tiempo de trabajo y su distribución son objeto de una influencia cada vez mayor de las tendencias flexibilizadoras del Derecho del Trabajo. Se considera estas tendencias como un factor que tiende a la destrucción de toda la obra, que a través de grandes esfuerzos, luchas y sacrificios, ha logrado consolidar el Derecho del Trabajo.

pág. 664 blanca

La libertad económica constitucional y los grupos de empresa: Análisis de la Legislación y la Jurisprudencia laboral en Venezuela

Juan Carlos PRÓ RÍSQUEZ¹

“No sigas discutiendo ya acerca de qué tipo de cualidades debe reunir el hombre bueno, si no trata de serlo”

Marco Aurelio²

SUMARIO

Introducción.

1. **Reconocimiento constitucional del derecho a la libertad económica en Venezuela y en Iberoamérica.**
2. **Noción del Grupo de Empresas en el Derecho del Trabajo:** 2.1 *Características del Grupo de Empresas:* 2.1.1 Elementos constitutivos o esenciales: 2.1.1.1 Accionistas comunes en pluralidad de sociedades. 2.1.1.2 Poder de control y el interés económico común. 2.1.1.3 Pluralidad de negocios

¹ **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *magna cum laude*. Doctorado en Derecho, cursante. *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.ve

² MARCO AURELIO. **Meditaciones**. Libro X, 16. Traducción y Notas de Ramón Bach Pellicer. 1ª. Edición, 4ª Reimpresión. Editorial Gredos. Madrid, España, 1999, p. 184.

inherentes e integrados. 2.1.2 Elementos accesorios o complementarios: 2.1.2.1 Tesorería centralizada. 2.1.2.2 Uso mancomunado de denominación, marcas y emblemas.

3. **Regulación del Grupo de Empresas en la Legislación Laboral venezolana:** 3.1 *Artículo 177 de la LOT*. 3.2 *Artículo 21 del RLOT y sus antecedentes jurisprudenciales*: 3.2.1 Elementos requeridos por el artículo 21 del RLOT: Administración y control común y unidad económica de carácter permanente. 3.2.2 Efecto único de la determinación del RLOT de un Grupo de Empresas: solidaridad pasiva patronal. 3.2.3 De la legalidad del artículo 21 del RLOT. 3.2.4 Noción de empresa y patrono.
 4. **Alcance de la responsabilidad laboral solidaria pasiva de acuerdo con la jurisprudencia nacional:** 4.1 *Unicidad de la relación de trabajo*. 4.2 *Isonomía de condiciones de trabajo*.
 5. **Análisis Jurisprudencial:** 5.1 *Sentencia Alaska I*. 5.2 *Sentencia Alaska II*. 5.3 *Sentencia Luis Durán*. 5.4 *Sentencia Transporte Saet*: 5.4.1 Sobre el carácter no vinculante de la Sentencia Saet. 5.5 *Sentencia Abbott Laboratories C.A.*
- Conclusiones.**

Introducción

El proceso de globalización de la economía y del mercado ha traído como consecuencia la procura de nuevas formas societarias flexibles que permitan a las empresas cumplir con sus objetivos de crecimiento. Esa compleja realidad económico-empresarial ha desembocado en el desarrollo de nuevas estructuras empresariales que con alguna dificultad encajan en la noción jurídico-laboral tradicional de empresa. Recientemente hemos observado como en Venezuela, a través de sentencias de nuestro máximo Tribunal de Justicia, se han impuesto ciertas limitaciones y deberes a los llamados “grupos societarios” o “grupos de empresas”, distintos a los previstos en las normas jurídicas establecidas en la Constitución y en las Leyes.

No escapa de nuestra realidad el hecho de que los empresarios, producto de su evolución, han implementado nuevas formas de ejercer su industria, comercio y trabajo, asociándose con otros, buscando ser más competitivo en aras de conseguir el lucro como fin último de sus actividades. El proceso de globalización de la economía y del mercado, cuya corriente tiende hacia la apertura a nivel internacional y a la transmisión de las actividades económicas a manos de los particulares, ha traído como consecuencia la conformación de nuevas formas societarias flexibles que permitan a las empresas cumplir con sus objetivos de crecimiento.

Así, agrupaciones de interés económico como son los grupos de empresas, que consisten en la unión de varias sociedades para el desarrollo de una actividad eco-

nómica conjunta, bajo las mismas directrices de funcionamiento, y conservando cada una de ellas su propia personalidad jurídica, ha desbordado la concepción funcional de la empresa desde la perspectiva del derecho del trabajo. En palabras de Rodner³, se pueden identificar desde un punto de vista general, varios elementos que caracterizan a los grupos de empresas, a saber: (i) pluralidad de sociedades con personalidad jurídica propia; (ii) actividades conexas, similares o de alguna manera conectadas; (iii) similitud o identidad de accionistas; y, (iv) la existencia de un controlante sobre los demás miembros del grupo.

En Venezuela, diversas leyes de carácter no laboral hacen referencia a los grupos económicos o financieros, a saber, entre otros: la Ley del Mercado de Capitales⁴ (artículo 120), la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia⁵ (artículos 14 y 15); la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional⁶ (artículo 2); la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras⁷ (artículos 6, 101 a 105 y 127); la Ley de Impuesto Sobre la Renta⁸ (artículo 5); la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales⁹ (artículo 2) y la Ley Orgánica del Trabajo¹⁰ (“LOT”) (artículo 177).

Sin duda, esta compleja realidad económico-empresarial, denominada por algunos como “grupo de empresas”, puede ser examinada desde diferentes prismas, atendiendo otros, a sus aspectos mercantiles, fiscales o laborales. No obstante, en el presente estudio hemos optado por analizar, exclusivamente, la dimensión laboral de los grupos de empresas y los efectos que sobre ellos conllevaría la aplicación de la legislación laboral vigente y reciente jurisprudencia¹¹ del Tribunal

³ RODNER S, James-Otis. **El grupo de sociedades en el Derecho venezolano** en Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2001, pp. 294 y ss.

⁴ Ley de Mercado de Capitales. Gaceta Oficial de la República de Venezuela (“GORV”) N° 36.565, de fecha 22 de octubre de 1998.

⁵ Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. GORV N° 34.880, de fecha 13 de enero de 1992.

⁶ Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional. GORV N° 4.441, de fecha 18 de junio de 1992.

⁷ Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. GORV N° 5.555 Extraordinario, de fecha 13 de noviembre de 2001.

⁸ Ley de Impuesto sobre la Renta. GORV N° 5.566 Extraordinario, de fecha 28 de enero de 2001.

⁹ Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. GORV N° 34.060, de fecha 27 de septiembre de 1998.

¹⁰ Ley Orgánica del Trabajo, GORV N° 5.152 Extraordinario, de fecha 19 de junio de 1997.

¹¹ Sentencia N° 903 de fecha 14 de mayo de 2004 emanada de la Sala Constitucional del TSJ con ocasión del Amparo Constitucional intentado por la sociedad mercantil *Transporte Saet, S.A.* <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/903-140504-03-0796%20.htm> www.tsj.gov.ve

Supremo de Justicia (“TSJ”), que en nuestro criterio se traducen en una limitación al derecho fundamental de la libertad económica distinta a la prevista en la Constitución vigente y en las leyes formales.

Somos partidarios de desenmascarar figuras que pretenden esconder, bajo la protección del manto societario, simulaciones o fraudes creados para desconocer los derechos laborales de los trabajadores previstos en la Constitución y en las leyes. No obstante lo anterior, pensamos que en nuestro sistema quien alegue la existencia del grupo y un determinado fraude en su existencia, debe probar, por lo menos mediante indicios suficientes, la ocurrencia del referido subterfugio legal. También creemos que las sentencias de las distintas salas de nuestro máximo Tribunal deben solucionar, caso por caso, los problemas planteados, evitando la creación de máximas jurisprudenciales que limiten el libre desarrollo de libertades previstas también constitucionalmente.

Conforme al objetivo delimitado, en este trabajo pretendemos abordar tres puntos básicos. Primero, la problemática referida a la determinación de la existencia de un grupo de empresas, lo cual supone establecer sus características y elementos esenciales, y diferenciarlos de los accesorios o suplementarios. En segundo lugar, el alcance de los efectos que conlleva la determinación de un grupo de empresas. Finalmente, haremos un análisis de las principales sentencias que han sido dictadas en relación con este tema, en donde expondremos el conflicto que, en nuestro criterio, surge entre el principio de libertad económica y la aplicación de tesis jurídicas expansivas en relación con el grupo de empresas.

1. Reconocimiento constitucional del derecho a la libertad económica en Venezuela y en Iberoamérica

En Venezuela, como bien comenta Hernández¹², tenemos tradición constitucional en relación con el principio de libertad de empresa, pues ha sido incluido “como un derecho de los ciudadanos consagrado y reconocido en la Constitución”. En efecto, el mencionado autor señala que en la primera Constitución venezolana de 1811, en la sección “del hombre en sociedad” se incluía el derecho a la libertad y, como derivación de dicho derecho, el artículo 167 señalaba que “(...) ningún género de trabajo, de cultura, de industria o comercio serán prohibidos a los ciudadanos, excepto aquellos que ahora forman la asistencia del Estado que después oportunamente se liberarán cuando el Congreso lo juzgue útil y conveniente a la causa pública (...)”. Como vemos, a pesar que la libertad económica se encontra-

¹² Hernández G. José Ignacio. **La libertad de Empresas y sus Garantías Jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano.** Ediciones IESA, Caracas 2004, pp. 179-181.

ba como principio rector en la Constitución de 1811, existían ciertas actividades que no estaban al alcance de los particulares por encontrarse reservadas al Estado, resultando patente una primera limitación a este derecho fundamental. De hecho, todavía en el presente observamos como ese derecho económico de asociación no es absoluto, pues en la historia constitucional constantemente se ha encontrado limitado en su ejercicio, siempre en función del bien común, principio y fin de las normas jurídicas.

Actualmente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (la “Constitución vigente”)¹³ de manera similar a la Constitución de 1961, consagra una economía social de mercado que se ejerce y tiene vida en los principios de libertad económica y cuyas limitaciones se manifiestan en la forma de intervención estatal¹⁴. En este sentido, el artículo 112 de la Constitución vigente señala que “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, 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 (...)”.¹⁵ Vista la transcripción parcial del artículo 112 de la Constitución vigente, podríamos concluir que la libertad económica en Venezuela es un derecho de rango constitucional que puede ser limitado solamente por leyes formales, es decir, las provenientes de la Asamblea Nacional, o del Ejecutivo mediante Decretos-Leyes habilitados por aquélla.

En este sentido, la jurisprudencia nacional al interpretar el artículo 112 de la Constitución vigente señala que el mismo refleja “el equilibrio que debe existir, por un lado, entre la iniciativa privada, la libertad de empresa, comercio e industria y, por el otro lado, el Estado para racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo del País, lo cual hace a través de normas legales. Es decir, que al igual

¹³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (“GORBV”) Extraordinario N° 5.453, de fecha 24 de marzo de 2000.

¹⁴ Esta concepción de economía social de mercado fue suficientemente elaborada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 85 de fecha 24 de enero de 2002, caso Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) vs. la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y el Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU).

¹⁵ El texto completo del artículo 112 de la Constitución vigente señala “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, 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. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

que el derecho anteriormente analizado, la libertad económica se encuentra limitada tanto por la propia Constitución como por la Ley, de allí que los particulares deban sujetarse a las mismas”¹⁶.

Es también una constante en el Derecho comparado el reconocimiento del derecho de los particulares a ejercer la actividad económica de su preferencia, por lo que no podemos dejar de mencionar la evolución extraordinaria experimentada por los textos de las constituciones económicas iberoamericanas, incluso, en un grado superior que cualquier otra área del mundo en las últimas tres décadas, habiéndose producido múltiples reformas en los derechos constitucionales relacionados con la libertad económica. El estado actual de la mayoría de las constituciones iberoamericanas ha sido producto de un largo proceso de experimentación para las economías iberoamericanas resultando, finalmente, en una corriente que tiende hacia la apertura a nivel internacional y a la transmisión de las actividades económicas a manos de los particulares, lo cual ha permitido una descentralización generalizada de las industrias y actividades.

Seguidamente presentamos una breve reseña efectuada sobre 17 textos constitucionales, específicamente constituciones iberoamericanas, para revisar el contenido normativo de las referidas disposiciones sobre la libertad de empresas:

Argentina: En la Constitución argentina de 1994¹⁷ el Constituyente consagró de manera tangencial el derecho a la libertad económica (artículo 20¹⁸), toda vez que no lo hizo de manera directa, sino mediante la consagración del derecho de los extranjeros a ejercer libremente la industria y el comercio.

¹⁶ Ver, entre otras: (i) Sentencia N° 2003-2.530 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (“CPCA”), de fecha 31 de julio de 2003, en el caso Matcofer, S.A. vs. el acto administrativo contenido en el certificado de registro N° 4.259 dictado el 01/10/2002 por la Dirección Nacional del Derecho de Autor del Registro de Propiedad Intelectual del Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI); y (ii) Sentencia N° 2003-2.065 de la CPCA, de fecha 26 de junio de 2003, en el caso Banco del Caribe, C.A., Banco Universal vs. el acto administrativo contenido en la Circular N° SBIF-G14-0363 dictada el 09/04/2003 por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

¹⁷ Constitución de la Nación Argentina, de fecha 22 de agosto de 1994.

¹⁸ Artículo 20. Los Extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Bolivia: En la Constitución boliviana de 1995¹⁹ el constituyente consagró junto con el derecho a la vida y a la libertad de expresión, la libertad económica como derecho fundamental²⁰.

Chile: La Constitución chilena recientemente reformada²¹, consagra en el artículo 19²² un listado de los derechos constitucionales que son objeto de protección en su ordenamiento, dentro de los cuales se encuentran incluidos junto con otras libertades, el derecho a la libertad económica.

Colombia: La Constitución colombiana recientemente reformada²³ en el artículo 333²⁴ consagra el establecimiento de la libertad económica, no como un derecho fundamental, sino como una libertad sujeta a las restricciones impuestas por la ley.

Costa Rica: La Constitución costarricense²⁵ consagra a la libertad económica en un sentido negativo, toda vez que se establece mediante la prohibición de todo acto o monopolio que restrinja la libertad de comercio (artículo 46²⁶).

¹⁹ República de Bolivia, Constitución Política del Estado, Texto Acordado, 6 de febrero de 1995.

²⁰ Artículo 7. “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: (d) A trabajar y dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad lícita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo.”

²¹ Constitución Política de la República de Chile de 1980 con Reforma de 25 de marzo de 2000.

²² Artículo 19. “La Constitución asegura a todas las personas: (...) 21. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de *quórum* calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de *quórum* calificado”.

²³ Constitución Política de Colombia de 1991, actualizada hasta Reforma de 2001.

²⁴ Artículo 333. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

²⁵ Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, actualizada con la Reforma del 8 de junio de 2001.

²⁶ Artículo 46. “Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial. Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se re-

Ecuador: La Constitución ecuatoriana²⁷ consagra la libertad de contratación de manera muy particular en el artículo 244²⁸, mediante el establecimiento de una garantía por parte del Estado respecto de su promoción y desarrollo.

El Salvador: La Constitución salvadoreña²⁹ establece la libertad económica bajo una doble dimensión, la primera referida a la libertad de contratación (artículo 23³⁰), y la segunda, a la libertad económica (artículo 102³¹);

España: En la Constitución española³² el constituyente español consagró expresamente en el artículo 38³³ la libertad de empresa, y el deber del Estado de garantizar su desarrollo y ejercicio.

Guatemala: En la Constitución guatemalteca³⁴ el constituyente consagró en el artículo 43³⁵ el derecho a la libertad de industria, comercio y trabajo sin más limitaciones que las establecidas en la ley.

querirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias”.

²⁷ Constitución Política de la República del Ecuador, 5 de junio de 1998.

²⁸ Artículo 244. “Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: (1) Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones”.

²⁹ Constitución Política de la República de El Salvador de 1983, actualizada hasta reforma introducida por el DL N° 56, del 6 de julio de 2000.

³⁰ Artículo 23. “Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles”.

³¹ Artículo 102. “Se garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social. El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país”.

³² Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S.M. El Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

³³ Artículo 38. “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

³⁴ Constitución Política de la República de Guatemala, 1985 con reforma de 17 de noviembre de 1993.

³⁵ Artículo 43. “Libertad de industria, comercio y trabajo. Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes”.

Honduras: La Constitución hondureña³⁶ consagra la libertad económica en los artículos 331³⁷ y 332³⁸ de una manera bastante amplia. Nos resulta curioso que el constituyente haya fijado como límites de la libertad económica la moral, referida ésta a la esfera privada e inalienable del ser humano.

México: La Constitución mexicana³⁹ consagra en el artículo 25⁴⁰ que corresponderá al Estado el pleno ejercicio de la libertad y dignidad de los individuos. De igual modo, señala en el mismo artículo que corresponderá al Estado garantizar la actividad económica y proteger a los particulares en el desarrollo de la misma, con lo cual se consagran a texto expreso en un mismo artículo el derecho a la dignidad y a la libertad de empresa⁴¹.

³⁶ Constitución de la República de Honduras, 1982. Con reformas hasta el Decreto N° 2 de 1999.

³⁷ Artículo 331. “El Estado reconoce, garantiza y fomenta las libertades de consumo, ahorro, inversión, ocupación, iniciativa, comercio, industria, contratación de empresa y cualesquiera otras que emanen de los principios que informan esta Constitución. Sin embargo, el ejercicio de dichas libertades no podrá ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública”.

³⁸ Artículo 332. “El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Sin embargo, el Estado, por razones de orden público e interés social, podrá reservarse el ejercicio de determinadas industrias básicas, explotaciones y servicios de interés público y dictar medidas y leyes económicas, fiscales y de seguridad pública, para encauzar, estimular, supervisar, orientar y suplir la iniciativa privada, con fundamento en una política económica racional y planificada”.

³⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, con Reformas hasta el 14 de agosto de 2001.

⁴⁰ Artículo 25. “Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución”.

⁴¹ “El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución. Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación. El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan. Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo. Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente. La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritariamente o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios. La ley alentará y protegerá la actividad económica

Nicaragua: En la Constitución nicaragüense⁴² la libertad de gestión económica patronal no se encuentra establecida como derecho humano fundamental sino como un derecho de todo particular (artículo 99⁴³).

Panamá: La Constitución panameña⁴⁴ establece a título expreso en el artículo 277⁴⁵ la libertad de empresa, mediante el establecimiento preferente de los particulares para el ejercicio de las actividades económicas.

Paraguay: En la Constitución paraguaya⁴⁶ la libertad económica es consagrada como libertad de concurrencia en el artículo 107⁴⁷.

Perú: La Constitución peruana⁴⁸ consagra el derecho a la iniciativa privada (artículo 58⁴⁹) como el derecho referido a la libertad económica.

que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución”.

⁴² Constitución de Nicaragua de 1987, con Reforma de 15 de junio de 1995.

⁴³ Artículo 99. “El Estado es responsable de promover el desarrollo integral del país, y como gestor del bien común deberá garantizar los intereses y las necesidades particulares, sociales, sectoriales de la nación. Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta para garantizar la democracia económica y social. El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Se reconoce el rol protagónico de la iniciativa privada, la cual comprende en un sentido amplio, a grandes, medianas y pequeñas empresas, microempresas, empresas cooperativas, asociativas y otras. El Banco Central es el ente estatal regulador del sistema monetario. Los bancos estatales y otras instituciones financieras del Estado serán instrumentos financieros de fomento, inversión y desarrollo, y diversificarán sus créditos con énfasis en los pequeños y medianos productores. Le corresponde al Estado garantizar su existencia y funcionamiento de manera irrenunciable. El Estado garantiza la libertad de empresa y el establecimiento de bancos y otras instituciones financieras, privadas y estatales, que se registrarán conforme a las leyes de la materia. Las actividades de comercio exterior, seguros y reaseguros estatales y privados serán regulados por la ley”.

⁴⁴ Constitución Política de Panamá con Reformas hasta 1994.

⁴⁵ Artículo 277. “El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares; pero el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará, según las necesidades sociales y dentro de las normas del presente Título, con el fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país. El Estado planificará el desarrollo económico y social mediante organismos o departamentos especializados cuya organización y funcionamiento determinará la Ley”.

⁴⁶ Constitución de la República de Paraguay, de fecha 20 de junio de 1992.

⁴⁷ Artículo 107. “De la libertad de concurrencia. Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal”.

⁴⁸ Constitución Política del Perú de 1993, actualizada hasta reformas introducidas por la Ley 27.365, del 2 de noviembre de 2000.

⁴⁹ Artículo 58. “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

República Dominicana: La Constitución dominicana⁵⁰ consagra en el mismo artículo referido a los derechos de la persona humana, el derecho a la libertad económica (artículo 8 ordinal 12⁵¹ *ejusdem*). En este sentido, el constituyente elevó a la categoría de derecho humano fundamental el derecho a la libertad económica.

Uruguay: En la Constitución uruguaya⁵² el constituyente consagró de manera expresa el derecho a la libertad económica y estableció como única limitación el interés general del colectivo (artículo 36⁵³ *ejusdem*).

De esta manera podemos identificar como rasgo común en casi todas estas legislaciones iberoamericanas⁵⁴, incluyendo la venezolana, el reconocimiento y garantía del ejercicio del derecho de la libre empresa (y, en definitiva, de todas las libertades económicas), cuyo ejercicio está enmarcado dentro de los límites del interés nacional, general o el bien común. Así pues, esta precisión conceptual nos llevará a una disertación posterior sobre el rol que, según la Constitución vigente, desempeña el interés general, al poder limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de índole económica.

2. Noción del Grupo de Empresas en el Derecho del Trabajo

Pensamos que el grupo de empresas como fenómeno laboral es producto de un proceso de expansión e internacionalización de capitales. De allí que, la doctrina comparada y la nacional hayan observado la necesidad de estudiar y desarrollar el principio de la unidad económica como sustento de la noción del grupo de empresas.

Al igual que ocurre en el Derecho Mercantil, respecto de las sociedades irregulares o de hecho⁵⁵, los grupos de empresa carecen de personalidad jurídica. Sin embargo, mediante las personas que ejercen su representación⁵⁶, son capaces de adquirir derechos y obligaciones.

⁵⁰ Constitución Política de la República Dominicana, de fecha 20 de julio de 2002.

⁵¹ Artículo 12. “La libertad de empresa, comercio e industria. Sólo podrán establecerse monopolios en provecho del Estado o de instituciones estatales. La creación y organización de esos monopolios se harán por ley”.

⁵² Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967, con Reforma hasta el 8 de noviembre de 1996.

⁵³ Artículo 36. “Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.”

⁵⁴ A excepción de la Legislación chilena, que como ya hemos expuesto, limita el ejercicio de la libertad económica al orden público.

⁵⁵ Artículo 219 del Código de Comercio. Publicado en la GORV N° 475 Extraordinario de fecha 21 de diciembre de 1955.

⁵⁶ Messineo, Francisco. **Derecho Civil y Comercial**. Volumen II. Buenos Aires, 1976, p. 184

En este sentido, se pronuncia Messineo en los siguientes términos:

Nos encontramos frente a entidades que, si no pueden ciertamente definirse 'como persona jurídica', puesto que no tienen todavía sus caracteres, no son, sin embargo, meras comunidades. Se perfila aquí una sociedad intermedia entre la persona jurídica y la comunidad, o sea un '*corpus*' o '*grupo*', en la que se tiene una organización de medios patrimoniales, con propia finalidad y responsabilidad patrimonial, que constituye un centro de intereses, o sea, en sustancia, un sujeto jurídico, cuya característica técnica ha de buscarse en el concepto de autonomía patrimonial imperfecta⁵⁷.

En palabras de Rodner⁵⁸,

un grupo de sociedades consiste en varias sociedades anónimas, todas propiedad en forma directa o indirecta de los mismos accionistas, las cuales funcionan en forma conjunta y bajo una gerencia o dirección única, pero donde cada sociedad conserva su personalidad jurídica propia.

En este sentido, señala Camps⁵⁹ que

los grupos de empresa están formados por sociedades o empresas que siendo formalmente independientes actúan sin embargo bajo una dirección unitaria, lo que les proporciona, más allá de aquella pluralidad, una cierta unidad económica, originando una separación entre la realidad material y las formas jurídicas.

Sin embargo, desde la óptica del Derecho del Trabajo, la existencia económica o mercantil de un grupo de empresas no implica necesariamente la configuración de un empleador plural ni la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo o de aquellas implicadas en la relación laboral, pues para ello es necesario, a nuestro entender, la concurrencia de diversos elementos.

Para Jaime⁶⁰ el grupo de empresas debe ser entendido como:

un conjunto de empresas, sociedades dotadas de personalidad jurídica, que actúan en forma autónoma o independiente, al menos de manera aparente, pero que conforman una estructura económica unitaria de carácter permanente al responder a un interés común y al estar sometidas a un control común.

⁵⁷ Ob. cit., vol II, p. 193.

⁵⁸ Ob. cit., p. 293.

⁵⁹ CAMPS, Luis y otros. **Derecho del Trabajo**. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 235.

⁶⁰ Ob.cit., p. 77.

Por su parte, Rodner⁶¹, tal como mencionáramos anteriormente, resalta la actuación coordinada de las empresas del grupo y su relación de subordinación respecto de la empresa dominante, en la cual reside el poder.

Entonces, en términos generales, el grupo de empresas o sociedades puede definirse como el conjunto de empresas, en apariencia formalmente autónomas, pero que se encuentran sometidas a una dirección o control económico común y realizan actividades inherentes o complementarias unas con otras.

2.1 Características del Grupo de Empresas

De lo señalado anteriormente, es necesario señalar cuáles son en nuestro criterio los elementos esenciales o constitutivos de los grupos de empresa en la legislación laboral venezolana, y cuáles son los elementos accesorios que coadyuvan a su determinación. Los primeros son aquellos de cuya existencia depende, *sine qua non*, la existencia de los grupos de empresas desde el punto de vista del Derecho del Trabajo patrio; y los segundos, son una serie de características que auxiliarán al operador jurídico en su determinación, pero que no sirven, por sí solos, para declarar su existencia y la aplicación de la consecuencia jurídica determinada en la legislación venezolana.

2.1.1 Elementos constitutivos o esenciales

En nuestro criterio, siguiendo la doctrina más calificada, y parte de la jurisprudencia nacional, nos inclinamos por conferir preponderancia constitutiva a las siguientes características que deben de reflejarse conjuntamente para poder determinar que existe un grupo de empresas en el ámbito laboral venezolano: (1) accionistas comunes en pluralidad de sociedades; (2) el poder de control y el interés económico común; y (3) pluralidad de negocios inherentes e integrados.

2.1.1.1 Accionistas comunes en pluralidad de sociedades

Lo usual es que en los grupos de empresa una de las sociedades (o personas) posea una participación accionaria mayoritaria sobre las otras, lo que le permitirá ejercer el control o dominio sobre el resto de los integrantes. Sin embargo, una participación minoritaria puede permitir el control, cuando la mayoría se encuentre atomizada, o el capital se encuentre disperso en un universo de accionistas. De este hecho se generan dos efectos sumamente importantes: (i) forma directa o indirecta de dominación, es decir, todo el poder societario reside en el mismo grupo

⁶¹ Ob. cit., p. 293.

de accionistas; y (ii) la rentabilidad de los accionistas se mide por los resultados financieros obtenidos por el grupo de empresas, y no por los resultados obtenidos por una de las empresas. Ello también puede suceder a través de las mismas personas naturales que son nombradas como Directores de las diversas sociedades del referido grupo, y que controlan efectivamente, de manera coordinada, las decisiones a ser tomadas en todas las sociedades de la asociación.

Adicionalmente debe existir en la estructura del grupo de empresas más de una persona jurídica como integrante del grupo. No estamos en presencia de un grupo cuando todas las actividades están concentradas en una sola persona jurídica.

2.1.1.2 Poder de control y el interés económico común

La existencia de un socio dominante o controlador, que actúa con jerarquía sobre los otros miembros. Las relaciones que se dan entre las empresas del grupo no son de coordinación, sino que necesariamente se requiere la presencia de una empresa que ejerza el rol controlador. Consiste en la administración coordinada de todas las empresas del grupo, con el objetivo de lograr un mismo fin. Corresponde al socio dominante coordinar las actividades de las distintas empresas del grupo y concentrar el poder económico a los efectos de la obtención de los objetivos generales del grupo.

Para algunos autores, entre ellos De Buen⁶²,

(...) la noción de grupo de empresas responde a una idea de integración hacia un fin específico de carácter económico en el que el denominador común es la dirección conjunta y una actividad concurrente, quiere decir, que todas tienden al mismo resultado final aunque con diferentes acciones”.

En este sentido, puntualiza Rodner⁶³:

En efecto, aunque exista un socio dominante y accionistas comunes, si el socio dominante no ejerce una función de gerencia coordinada sobre las sociedades del grupo, cada sociedad conserva su individualidad económica y es difícil hablar de un grupo.

Igualmente Selcuk Oztec, citado por Rodner⁶⁴, concibe al grupo de empresas como un ensamblaje de sociedades jurídicamente independientes, sometidas al control y dirección de una o varias de ellas.

⁶² DE BUEN, Néstor. **Grupos de Empresas en el Derecho del Trabajo**. En Trabajo y Seguridad Social, Relaciones. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1999, p. 113.

⁶³ Ob. cit., p. 304.

⁶⁴ Ob. cit., p. 293.

2.1.1.3 Pluralidad de negocios inherentes e integrados

Se refiere al hecho que las empresas del grupo desarrollan la misma actividad económica. No se refiere sólo a la identidad de la actividad económica ejecutada, sino al hecho de desarrollar distintas fases de una misma actividad económica, o de desarrollar actividades complementarias pero íntimamente relacionadas.

En este sentido, señala Palomeque⁶⁵

(...) la responsabilidad solidaria, consecuencia que a efectos laborales se deriva de la consideración de grupo de empresas, requiere, en resumen, de los siguientes requisitos: conexiones no sólo económicas, sino existencia de plantilla única o indistinta; confusión patrimonial y prestación laboral al grupo de forma indiferenciada y, en suma, una apariencia externa de unidad empresarial, de unidad de dirección.

En este mismo orden de ideas, señala Carballo⁶⁶

no constituye un grupo de empresa –a los fines del Derecho del Trabajo– la mera relación de coordinación o subordinación (efectiva o potencial) entre diversas personas (naturales o jurídicas) que ostentaren la condición de patrono y que por tal virtud, tuvieren a su cargo la explotación de sendas empresas. Se requiere, adicionalmente, de la existencia de un tercer elemento constitutivo además de la pluralidad de sujetos y la sujeción a una dirección común, esto es, la integración de los participantes en un proceso único de producción, bienes o servicios.

En sentencia dictada en fecha 4 de mayo de 2004 por el Juzgado Cuarto Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en el caso de O.H.G. contra la empresa C.A.V., y solidariamente a la empresa *C. de V.*⁶⁷, que decidió lo siguiente:

Por lo que se refiere al grupo económico o unidad económica, no consta a los autos la actividad desarrollada por la empresa C.M. Inc., lo que impide establecer si las empresas nombradas por el actor en su libelo participan de las características para ser calificadas como una unidad económica, porque *por el sólo hecho de tener un mismo accionariado, no equivale a decir que conforman una unidad económica; se requiere que estén estrechamente ligadas que la actividad de una sea la misma de la otra, o que la actividad*

⁶⁵ PALOMEQUE, Manuel. **Derecho del Trabajo**. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2000, p. 737.

⁶⁶ Ob. cit., p. 101.

⁶⁷ Juez Juan GARCÍA VARA. **Ediciones Jurisprudencia del Trabajo, C.A.**, p. 1-3.

de una sea el antecesor inmediato de la actividad de la otra; por tanto no prospera el alegato de la actora de que en el presente caso estamos frente a una unidad económica que obliga solidariamente a todas las empresas demandadas (destacado nuestro).

Este mismo elemento fue señalado acertadamente por un fallo reciente, N° 110 de fecha 11 de marzo de 2005, en el caso de Bernardo Walter Randich M. vs. Inversiones Gammiero Murgano, C.A. y Diversiones Tolón S.R.L.⁶⁸, la Sala de Casación Social señaló lo siguiente:

Del análisis de los estatutos sociales de las empresas codemandadas se evidencia la existencia del grupo de empresas, *pues ambas desarrollan en conjunto actividades que evidencian su integración, las cuales están relacionadas con parque de diversiones y cualquier otro derivado de su objeto principal, y por la otra, sus órganos de dirección están conformados en proporción significativa por las mismas personas*, pues la ciudadana Rosina Murgano de Gammiero, posee el 50% por ciento de las acciones de la empresa Inversiones Gammiero Murgano, C.A. y 50 cuotas de participación en la empresa Diversiones Tolón S.R.L., evidenciándose igualmente que los accionistas con poder decisorio son comunes en ambas empresas (destacado nuestro).

2.1.2 Elementos accesorios o complementarios

Los elementos que seguidamente señalamos servirán simplemente como un indicio, sujeto a prueba en contrario, de que existe un grupo de empresas, pero no servirán aisladamente o por separado para determinar su existencia.

2.1.2.1 Teoría centralizada

Consiste en la unificación de todas las operaciones relativas al manejo de los activos y pasivos de las empresas que conforman el grupo. El jefe del grupo tiene la tarea de centralizar y coordinar la tesorería de cada una de las integrantes. No constituye un requisito para la identificación de un grupo de empresas la tesorería centralizada. Sin embargo, la existencia de tesorería centralizada sin duda constituye un elemento identificador del grupo de empresas.

⁶⁸ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/0110-110305-04802.htm>
www.tsj.gov.ve

2.1.2.2 Uso mancomunado de denominación, marcas y emblemas

Consiste en el uso común e indistinto de marcas, logotipos y denominaciones comerciales, por parte de las empresas que conforman el grupo. Generalmente, este uso se produce con la existencia de contratos o licencias de uso.

En este sentido, es importante hacer referencia a la sentencia dictada en fecha 26 de abril de 2004 por el Juzgado Superior, en el caso de Ángel Roa contra las empresas BP Exploración de Venezuela, S.A., BP Exploration Venezuela Limited y BP Oil Venezuela LTD⁶⁹, que decidió en los siguientes términos:

En cuanto al grupo de empresas, antes de proceder al análisis de este alegato, se permite esta alzada destacar que en el presente caso no se ha demandado a grupo alguno, las demandadas son tres empresas (...) muy bien denominadas en el expediente, claramente identificadas con su registro mercantil y el actor no está demandando a ningún ente que agrupe empresas.

Ciertamente la parte actora alega (...) que las accionadas que menciona –demandadas– “constituyen el denominado GRUPO BP de Venezuela”, pero no demanda al Grupo BP, sino a empresa que, a su decir, forman el grupo, sin que haya traído a juicio otra empresa, que aunque no fuera patrono del actor por no haberle prestado servicios, la emplazara para que respondiera por el Grupo.

El hecho de que unas empresas, en un momento determinado se unan para una misma explotación circunstancial, no puede traducirse en que conforman un grupo económico; el hecho de que dos empresas exploten una actividad que se encuentre en una cadena de producción, no significa que exista un grupo de empresas. No podemos afirmar que una empresa que se encarga de la exploración de pozos petroleros conforma un mismo grupo empresarial con la empresa que se encarga de suministrar el combustible al detal en las estaciones de servicio, a pesar de que aparentemente forman parte de una misma cadena de producción.

En el presente caso no se puede afirmar que las empresas demandadas conforman el grupo BP de Venezuela o que el grupo BP de Venezuela está integrado por las empresas demandadas, todo lo cual obliga a sostener imperiosamente que con los señalamientos y alegatos expuestos por el accionante, no se logra demostrar la existencia del mencionado grupo, independientemente de que esta circunstancia tenga o no relevancia en este pleito. Así se establece” (destacado nuestro)

⁶⁹ Consultada en original. Juez Juan García Vara. Expediente AP21-R-2004-000124.

3. Regulación del Grupo de Empresas en la Legislación Laboral venezolana

3.1 Artículo 177 de la LOT

En nuestro ordenamiento jurídico laboral el principio de unidad económica se encuentra consagrado en el artículo 177 de la LOT respecto a la determinación de los beneficios que corresponden a los trabajadores por concepto de utilidades. La norma se limita, única y exclusivamente, a la determinación de utilidades o participación en los beneficios en los grupos de empresa. Señala textualmente la referida norma:

Artículo 177. La determinación definitiva de los beneficios de una empresa se hará atendiendo al concepto de unidad económica de la misma, aun en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada (destacado nuestro).

Para Alfonzo-Guzmán⁷⁰, el artículo 177 de la LOT, alude, objetivamente, a la obligación de determinar las utilidades de *una empresa* atendiendo al concepto de unidad económica, es decir, tomando en cuenta que departamentos, agencias, establecimientos y sucursales, pues los mismos son solo segmentos de la misma organización que ayudan a crear la utilidad. Sucede igual con las personas jurídicas distintas en apariencia, pero con idéntico objeto y de un mismo propietario. En esta norma la voz empresa tiene el sentido que le atribuye el artículo 16 de la LOT, esto es, de “unidad de producción de bienes o servicios constituida para realizar una actividad económica con fines de lucro”.

El concepto de empresa, según el mencionado autor, en el artículo 177 de la LOT debe entenderse con un doble significado:

- a) Como unidad de los segmentos (establecimientos, explotaciones, sucursales o agencias) de una misma persona jurídica, aunque lleven contabilidades separadas; y
- b) Como unidad de personas jurídicas autónomas, vinculadas por intereses comunes nacidos de sus respectivas actividades mercantiles⁷¹.

⁷⁰ ALFONZO-GUZMÁN, Rafael. *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo venezolana*. Contemporánea de Ediciones. Tomo I. Caracas, 1985, p. 238.

⁷¹ Ob. cit., p. 239.

Por su parte, Hernández⁷² señala que la citada norma

tiene sus propios límites en el concepto de ‘unidad de producción’, el cual permitiría, por ejemplo, englobar todos los beneficios obtenidos por las distintas sucursales de una cadena de establecimientos comerciales o industriales, así cada uno de ellos tenga personalidad jurídica diferente, pero no los de esa cadena con otros establecimientos que atienden a distintas finalidades de producción, así todos sean propiedad de la misma persona o de un grupo accionario predominante. Este concepto de unidad económica de la empresa, acogido por el artículo 177 a los solos fines de la participación en las utilidades, puede ser la base de posteriores desarrollos doctrinales, jurisprudenciales, o legislativos, en relación a otras áreas, como por ejemplo, la continuidad de la relación laboral, la sustitución de patronos y la responsabilidad solidaria entre empresas pertenecientes a un mismo grupo.

Para algunos autores⁷³, la referida norma es el antecedente legislativo de la noción de grupo de empresas prevista en el artículo 21 del Reglamento de la LOT (“RLOT”)⁷⁴.

3.2 Artículo 21 del RLOT y sus antecedentes jurisprudenciales

La definición del grupo de empresas es incorporada a la legislación laboral venezolana por primera vez en el artículo 21 del RLOT, no obstante, como se señaló anteriormente, dicho concepto no aparece expresamente señalado en la LOT. Antes de la entrada en vigencia del artículo *in commento*, la definición de grupo de empresa fue desarrollada jurisprudencialmente, en los siguientes términos:

El Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en sentencia de fecha 13 de agosto de 1981, en el caso *Digno Tomás Caballero vs. Procter and Gamble de Venezuela*⁷⁵, una de las sentencias claves en esta materia, estableció:

La empresa representa, en resumen, una *unidad vertebrada de personas que trabajan sujetos a criterios directrices únicos sobre producción y mercadeo de los bienes; sobre la administración de los recursos, control de la*

⁷² Hernández Alvarez, Oscar. **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo**. Segunda edición. Barquisimeto, 1999, p. 228.

⁷³ CARBALLO MENA, César Augusto. **Derecho Laboral venezolano. Ensayos**. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000, p. 100.

⁷⁴ Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Publicado en la GORV N° 5.292 Extraordinario de fecha 25 de enero de 1999.

⁷⁵ ALFONZO-GUZMÁN, Rafael. Ob. cit., p. 76.

gestión administrativa y sobre la utilización del capital humano. Esa unidad no es jurídica, pero no puede pasar inadvertida para el Derecho del Trabajo como disciplina atenta a la realidad más que al imperio de las formas (... destacado nuestro)

En este sentido, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo del Distrito Federal y Estado Miranda el 17 de octubre de 1988 señaló:

El Sentenciador estima que las empresas demandadas en este juicio constituyen un Grupo Económico Único en el cual *una de ellas tiene efectivamente el control de las otras*, y permite así el manejo coordinado de todas, *sin que el hecho de tener diferentes personalidades jurídicas suponga entre ellas una diferenciación absoluta o una independencia de objetivos y propósitos* (destacados nuestros)

La extinta Corte Suprema de Justicia (“CSJ”) en sentencia de fecha 16 de enero de 1985, en el caso Goncalvez Rodríguez contra Transportes Aéreos Portugueses estableció:

Aunque la Sala fundamenta su decisión en gran medida sobre la aplicabilidad de la ley de orden público y sobre la no retroactividad de la ley –y con ello de cierta manera la no extraterritorialidad–, ya que lo regulado son los efectos de la terminación de la relación de trabajo y no de toda la misma;

admitió tácitamente la idea de unidad económica, pues nunca llega a distinguir entre los varios patronos y los trató como una sola empresa.

En sentencia de fecha 5 de mayo de 1995 la Sala de Casación Civil (“Sala Civil”) de la CSJ⁷⁶ recogió la noción del grupo de empresas cuando señaló que si bien el grupo de empresas carece de personalidad jurídica, no obstante, las empresas que lo conforman resultan solidariamente responsables.

A pesar de los cuestionamientos por ilegalidad de los cuales ha sido objeto el referido artículo 21 del RLOT, los cuales compartimos y desarrollamos más adelante, en el referido artículo reglamentario se estableció una presunción que admite prueba en contrario (*iuris tantum*) en cuanto a la determinación de la existencia de un grupo de empresas. La mencionada norma establece:

“Artículo 21: Grupos de empresas. Los patronos que integren un grupo de empresas, serán solidariamente responsables entre sí respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

⁷⁶ PORRAS RENGEL, Juan. **Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento**. Tomo III. Jurisprudencia 1999-2002. Ediciones Jurisprudencia del Trabajo. Caracas, 2002, pp. 804 y ss.

Parágrafo Primero: Se considerará que existe un grupo de empresas cuando éstas se encontraren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de las mismas.

Parágrafo Segundo: Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando:

- a) Existiere relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes;
- b) Las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas;
- c) Utilizaren una idéntica denominación, marca o emblema; o
- d) Desarrollen en conjunto actividades que evidenciaren su integración”.

3.2.1 Elementos requeridos por el artículo 21 del RLOT: Administración y control común y unidad económica de carácter permanente

El artículo 21 del RLOT señala que el grupo de empresas se trata de una asociación de sujetos legalmente constituidos, que persiguen un mismo propósito económico bajo reglas de control comunes. Desde un punto de vista jurídico, el grupo de empresas puede ser delineado como una sociedad dotada de organización, fines y fondos propios, pero legalmente imperfecta, por no estar reconocida como persona jurídica independiente de la de cada uno de los asociados.

De la definición establecida en el artículo 21 del RLOT podemos extraer los siguientes elementos primarios: (i) administración y control común; y, (ii) una unidad económica de carácter permanente.

La “*administración y control común*” y “*una unidad económica de carácter permanente*” son elementos que expresan con acierto las características del grupo de personas naturales o jurídicas, que se asocian para explotar económicamente una misma actividad, o fases o porciones determinadas de una misma actividad compleja; pero no pueden aplicarse por vía de interpretación extensiva, al supuesto de empresas independientes entre sí, organizadas permanentemente para lograr, con sus respectivos recursos humanos, técnicos y de capital, los fines económicos que por separado se proponen.

Por tanto, consideramos que el alcance del artículo 21 del RLOT, debe ser entendido como unidad de fines o propósitos económicos perseguidos por la unidad de empresas y no en el de empresarios únicos con empresas de diversa actividad.

Alfonzo-Guzmán⁷⁷ al referirse al grupo de empresas señala:

cuando varias empresas constituyen una unidad económica de carácter permanente, sometida a una administración o control común, forman un grupo de empresas. Cada uno de los patronos voluntariamente consorciados responde solidariamente de las obligaciones laborales contraídas por ellos con sus trabajadores.

En este sentido, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo del Distrito Federal y Estado Miranda el 17 de octubre de 1988 señaló que:

El Sentenciador estima que las empresas demandadas en este juicio constituyen un Grupo Económico Único en el cual una de ellas tiene efectivamente el control de las otras, y permite así el manejo coordinado de todas, sin que el hecho de tener diferentes personalidades jurídicas suponga entre ellas una diferenciación absoluta o una independencia de objetivos y propósitos.

En Sentencia N° 17 de fecha 22 de febrero de 2001 la Sala de Casación Social del TSJ emitió decisión en el caso Rafael Oscar Lara Rangel contra Distribuidora Alaska C.A. y otros⁷⁸ (“Sentencia Alaska I”), donde profundizó la noción de unidad económica, en los siguientes términos:

De esta forma el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo consagra la posibilidad de que varias empresas jurídicamente autónomas estén sometidas a una unidad mediante una empresa jefe que controle las restantes empresas, pues son las ganancias consolidadas de la empresa, obtenidas en todas sus dependencias y sucursales, la base legal de la participación de los trabajadores en las utilidades. A los efectos de la participación en los beneficios, debe considerarse los términos “utilidad” y “empresa” como indivisibles. Luego el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica de 1999 desarrolla este principio contenido en el artículo 177 de la mencionada Ley, señalando que empresas autónomas sometidas a un control común constituyen una unidad económica y por tanto cada patrono responde solidariamente de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

Abundando sobre el concepto de Unidad Económica, apreciamos que en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo, se establece dicho precepto sólo en aplicación para la distribución de las utilidades de una empresa, no

⁷⁷ Ob. cit., p. 99.

⁷⁸ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/025-220201-00372.htm>
www.tsj.gov.ve.

obstante la doctrina patria ha ampliado su ámbito de aplicación, en beneficio de los trabajadores, en el caso de que el patrono contrarie derechos contenidos en la mencionada normativa laboral; lo cual se traduce en que es extensible el empleo de la norma en referencia a los casos en que no puede el trabajador satisfacer el derecho al cobro de sus prestaciones sociales, una vez agotados todos los recursos y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo; por ejemplo en los supuestos de quiebre o cierre fraudulento de la empresa, caso en que no puede hacer valer el privilegio que los ampara, vid. artículo 158 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo. (Dictamen N° 33 del 03 de junio de 1996. Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo)

Asimismo, la Sentencia N° 563 de fecha 17 de octubre de 2002, en el caso H.M. Rodríguez contra CORPOVEN (hoy PDVSA)⁷⁹, establece la Sala de Casación Social que la unidad económica debe ser alegada en el libelo de demanda, no pudiendo el Juez suplir la actividad del demandante en este sentido. En consecuencia estableció:

si en el escrito libelar no fue alegada la unidad económica entre la empresa demandada y la última empresa donde laboró el demandante, a los efectos de considerar la cualidad de, mal pudiera la Alzada suplir la actividad del demandante y, en aplicación del artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo determinar que entre ambos se configura un grupo económico, y que por tal razón existe solidaridad entre éstos con respecto a las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

En igual sentido, en sentencia de fecha 5 de octubre de 2004, el Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en el caso Miguel Clerch vs. Inversiones Asertur, C.A. y Acerca Airlines, C.A., consideró que puesto que el actor había prestado sus servicios para ambas empresas, el hecho de que dos o más empresas compartan una misma administración, constituye suficiente indicio para afirmar que se está en presencia de un Grupo de Empresas y, por consiguiente, aplicar las consecuencias jurídicas previstas en la legislación laboral venezolana. Al respecto, el mencionado Juzgado señaló:

... todos los derechos anteriores constituyen indicios concordantes y suficientes sobre la existencia de una administración o control común sobre Inversiones A. y A.A. y, en consecuencia, se considera que hay un grupo de empresas entre las codemandadas, lo cual las hace responsables solidariamente de los pasivos asumidos...

⁷⁹ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Octubre/RC563-171002-02296.htm>
www.tsj.gov.ve

Luego, la Sala de Casación Social del TSJ, Sentencia N° 242 fecha 5 de abril de 2005, cuando conoció el caso señaló:

De la lectura del artículo citado supra, se puede constatar que en su Parágrafo Primero el Reglamentista utiliza la expresión “se considerará que existe un grupo de empresas” y luego enumera dos características, a saber, que se encuentren sometidas a un control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente. *No se deja dudas de en todo caso en el que se den esos dos elementos deberá concluirse la existencia de un grupo de empresas.*

Sin embargo, en su Parágrafo Segundo la mencionada norma, dispone “se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando” y sigue una enumeración de supuestos, es decir, *se trata de la existencia de presunciones iuris tantum, en cada uno de esos casos*” (destacados nuestros).

En virtud de lo expuesto, es nuestra opinión que el concepto de unidad económica a que se refiere el artículo 21 del RLOT debe interpretarse en el sentido *de unidad de fines o propósitos económicos perseguidos por la unidad de empresas* y no en el de empresarios *únicos con empresas de diversa actividad*. Entender la unidad económica en este último sentido significaría que (i) un jugador de un equipo de béisbol pretendiera los mismos beneficios de una concursante en un certamen de belleza, por el simple hecho que ambos empleadores conformen un grupo de empresas, como sería el caso en un supuesto de la realidad venezolana; o (ii) que todas las empresas del Estado tengan que pagar los mismos beneficios, independientemente de la actividad a que se dediquen. Estos ejemplos bastan para evidenciar que no es la propiedad de las empresas, sino la unidad de propósitos y fines económicos perseguidos por la pluralidad de componentes del grupo, el elemento decisivo del concepto.

3.2.2. Efecto único de la determinación del RLOT de un Grupo de Empresas: solidaridad pasiva patronal

De acuerdo con el artículo 21 del RLOT, la consecuencia principal de la determinación de un grupo de empresas es la responsabilidad solidaria de sus integrantes. En este sentido, la norma se limita a establecer una solidaridad pasiva entre las distintas empresas del grupo, respecto de las obligaciones laborales contraídas con

⁸⁰ ALFONZO SOTILLO, Julio. **Una aproximación al concepto de empresa y de grupo de empresas en la legislación laboral venezolana** en Temas de Derecho Procesal Libro Homenaje a Félix S. Angulo Ariza, p. 64.

los trabajadores. Con fundamento en lo anterior, señala Alfonzo Sotillo⁸⁰:

...Lo expuesto significa que *quien tiene la obligación frente al trabajador es un patrono determinado del grupo, pero quien responde de esa obligación es además de ese patrono causante es cualquiera del conjunto de ellos organizados económicamente.*

(...)

No es entonces, el grupo de empresas como tal quien responde sino cualquiera de los patronos constreñidos al pago que han conformado el grupo económico” (destacado nuestro).

A primera vista, a tenor de la norma en comento, la declaratoria de un grupo de empresas deviene en la responsabilidad solidaria de los integrantes del mismo con respecto a las obligaciones contraídas con sus trabajadores.

Consideramos que el artículo 21 del RLOT se refiere a una solidaridad pasiva entre deudores-empleadores frente al acreedor-trabajador. De esta forma, el trabajador podrá exigir la totalidad de la obligación a uno cualquiera de los deudores, por lo que una vez satisfecha la obligación de pago, quedarán todos los deudores liberados de la obligación [artículo 1.221 Código Civil Venezolano⁸¹ (“CCV”)]. Lo esencial es que todos los deudores están obligados a una misma prestación, la cual deviene del contenido del contrato de trabajo, y que debe ser satisfecha en los mismos términos en que ha sido convenida.

En este sentido, la Sala de Casación Social del TSJ, Sentencia N° 242 de fecha 10 de abril de 2003, en el caso Rafael Lara Rangel contra Distribuidora Alaska y otros⁸² (“Sentencia Alaska II”), señaló:

Tal noción la recoge el artículo 21 del RLOT, enfatizando como se dijo, *la responsabilidad solidaria de los integrantes del grupo empresas*, respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

(...)

Como puede inferirse de las transcripciones jurisprudenciales que anteceden, el alcance del principio de unidad económica de la empresa refrenda no sólo el reconocimiento de la existencia de los grupos de empresa, sino el de la *solidaridad pasiva que entre los integrantes de dicho grupo devienen en las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores*

⁸¹ Código Civil Venezolano. GORV N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

⁸² <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/RC242-100403-02511.htm>
www.tsj.gov.ve

(destacados nuestros).

Precisamente, respecto de la responsabilidad solidaria de quienes conforman un grupo de empresas en las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores, la Sala de Casación Social del TSJ, fallo N° 19 de fecha 22 de febrero de 2005, en el caso de Félix Rafael Castro Ramírez contra Agropecuaria La Macagüita C.A., Consorcio Inversionista Mercantil Cima C.A., S.A.C.A. y S.A.I.C.A. y Promotora Isluga C.A.⁸³, transformó, acogiendo la sentencia de la Sala Constitucional que se señala más adelante, la obligación solidaria en una obligación indivisible, y precisó que:

Al existir una obligación indivisible o equiparable, cada uno de los miembros del grupo contrae y está obligado por la totalidad (artículo 1.254 del Código Civil) por lo que el pago y el cumplimiento efectuado por uno de los miembros del grupo libera a los otros.

En virtud de lo antes expuesto, el artículo 21 del RLOT, no obstante establecer la responsabilidad solidaria entre los patronos que conforman el grupo con respecto a las obligaciones contraídas con sus trabajadores, no estableció expresamente el alcance de la referida solidaridad, aspecto este que será desarrollado más adelante.

Para la determinación de la solidaridad entre los diferentes sujetos de derecho que integran un grupo de empresas, la jurisprudencia de los Tribunales Laborales españoles parte de la regla general que la existencia de un grupo de empresas no supone necesariamente la solidaridad entre las mismas, pues para ello es necesario que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Prestación indiferenciada de los servicios (en ocasiones llamada *planti-lla única*). Supuestos en los que los servicios realizados por los trabajadores no se sabe con claridad a que empresa benefician o van destinados ya que su prestación lo es a favor, indistintamente, de varias de las del grupo (...)
- b) Unidad de caja. Supuestos en los que los pagos de las obligaciones económicas de la empresa, y señaladamente el correspondiente a la nómina (salarios y Seguridad Social de los empleados), surge o se realiza contra cuentas, recursos o elementos patrimoniales comunes, indistintos o alternos.
- c) Unidad de dirección. Cuando el poder organizativo de la empresa es ejercitado, en forma de órdenes, instrucciones o criterios, no tanto por los directivos exclusivamente adscritos a la empresa oficialmente empleadora, cuanto por los responsables del grupo, o por los que pertenecen a

⁸³ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/0019-220205-041473.htm>
www.tsj.gov.ve

una u otra de las compañías del mismo.

Es necesario distinguir, en todo caso, lo que es la dirección efectiva, que normalmente originará una auténtica sustitución de los directivos de su compañía por la de otras a la hora de ordenar, organizar o disciplinar al empleado, de lo que sean meras funciones de supervisión, lógicas e inevitables en el caso de las compañías con intereses interconexionados, y sobre todo en el caso de la compañía holding con respecto a las filiales.

- d) Actuación unitaria frente a terceros. Concorre esta excepción cuando el propio grupo es el que en su comparecencia pública ante el mercado y las instituciones en general se preocupa de ofrecer una imagen de unitariedad o unicidad, vedando a esos terceros la posibilidad de acceso a una mayor diferenciación entre las razones sociales que componen su imagen institucional.

En estos casos, habría también que diferenciar el que se consigne la empresa en concreto, añadiendo a ello la imagen, logotipo o marca del grupo, del supuesto en que directamente se ofrece una imagen única del grupo como institución exclusiva (...) ⁸⁴.

3.2.3 De la legalidad del artículo 21 del RLOT

Como ya fuere señalado, el concepto de grupo de empresa no es definido, señalado ni desarrollado de manera alguna por la LOT sino por el RLOT, lo cual no representa novedad alguna en el desarrollo normativo a nivel reglamentario en nuestra legislación laboral. Históricamente pueden citarse importantes ejemplos de institutos reglamentados sin materia legal alguna que los fundamente. El primer Reglamento de nuestra Ley del Trabajo de 1936, sancionado en 1938 ⁸⁵, introduce Capítulos enteros dedicados a relaciones especiales de trabajo ni siquiera insinuados en la Ley, pero en nada contrarios a su propósito, espíritu y razón, ni tampoco a los principios y reglas de Derecho. Sin embargo, no sucede lo mismo con el artículo 21 del RLOT que consagra la solidaridad dentro del conjunto de normas especiales sobre el grupo de empresas ⁸⁶.

La legalidad de la norma contenida en el artículo 21 del RLOT ha sido cuestiona-

⁸⁴ MOLERO MANGLANO y OTROS. **Manual de Derecho del Trabajo**. Mc Graw Gil. Madrid, 2000, p. 87.

⁸⁵ Reglamento de la Ley del trabajo. Gaceta Oficial del 30 de noviembre de 1938.

⁸⁶ Las normas sobre el grupo de empresas son especiales en relación con las de una ley orgánica dedicada a regular el trabajo dependiente, en general; la *solidaridad* de éstas entre sí, respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores, vendría a ser, por tanto, de carácter especial dentro de las especiales.

da, toda vez que colide con un principio general de derecho que sólo permite la solidaridad en virtud de pacto expreso o disposición legal. En efecto, el artículo 1.223 del CCV establece: “No hay solidaridad entre acreedores y deudores, sino en virtud de pacto expreso o disposición de Ley”

El texto de la norma transcrita es suficientemente explicativo, por lo que se cuestiona la legalidad y validez de una norma de rango sublegal que establezca solidaridad pasiva sin el concurso de una norma legal. En este orden de ideas, señala Alfonso-Guzmán⁸⁷:

Lamentablemente, el artículo 21 del Reglamento de la LOT, sobre los grupos de empresa, desborda, inconstitucionalmente, los límites de la potestad reglamentaria del Ejecutivo Nacional, pues la solidaridad que esa norma establece entre los miembros del consorcio no está contemplada en la LOT.

La solidaridad es regla de categoría legal, no reglamentaria, y de interpretación considerada de derecho estricto. Su aplicación está reservada por la LOT a los únicos tres casos que su articulado contempla, a saber, (i) los trabajadores contratados por intermediarios (artículo 54 LOT); (ii) los trabajadores de contratistas y subcontratistas cuando realicen actividades inherentes o conexas (artículo 56 LOT); y (iii) sustitución de patronos (artículo 90 de la LOT).

Así se ha pronunciado la propia Sala de Casación Social del TSJ, decisión N° 223 de fecha 19 de septiembre de 2001⁸⁸:

Además de la sustitución de patronos, la LOT. crea la solidaridad de deudores únicamente en dos ocasiones distintas, a saber:

- a) En su artículo 54, cuando obliga al beneficiario de las obras o servicios realizados por el intermediario a quien aquél hubiera autorizado expresa o tácitamente; y
- b) Cuando obliga al dueño de la obra o beneficiario del servicio, frente a los trabajadores de los contratistas o subcontratistas que utilice (artículo 56 *ejusdem*).

Finalmente, en relación con la responsabilidad solidaria, Alonso Olea⁸⁹ señala

⁸⁷ Ob. cit., p. 100.

⁸⁸ Sentencia N° 223 de fecha 19 de septiembre de 2001 con ocasión del caso *Robert Cameron Reagor vs Compañía Occidental de Hidrocarburos, Inc. o Compañía Occidental de Hidrocarburos*. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/c223-190901-01176.htm>
www.tsj.gov.ve

⁸⁹ ALONSO OLEA, Manuel. **Derecho del Trabajo**. Civitas. Madrid, 1998, p.168.

(Ésta es ...) la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial, surge con naturalidad, por así decirlo, cuando varias empresas han sido efectivamente y directamente receptoras de los servicios del trabajador, lo que señaladamente ocurre cuando se prestan en forma, indistinta o común, simultánea o sucesiva a favor de los varios empresarios que así forman un grupo de funcionamiento integrado o unitario, datos éstos que sin embargos deben ser tenidos por bastantes a efectos laborales para fundar y exigir la solidaridad.

Por último, debemos señalar que de conformidad con el texto constitucional venezolano antes transcrito, es necesario que las limitaciones al principio de libertad de empresa se hagan por leyes formales, y no por reglamento o instrumentos normativos de rango sub-legal, y menos aún por desarrollo jurisprudencial como se ha venido haciendo en nuestro país.

3.2.4 Noción de empresa y patrono

Es común que suelen confundirse la noción de empresa y de patrono, pese a las diferencias existentes entre ambos conceptos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 49 de la LOT, se entiende por patrono o empleador “la persona natural o jurídica que en nombre propio, ya sea por cuenta propia o ajena, tiene a su cargo una empresa, establecimiento, explotación o faena, de cualquier naturaleza o importancia, que ocupe trabajadores, sea cual fuere su número”.

En este orden de ideas, en relación con la noción de empresa el artículo 16 de la LOT dispone lo siguiente: “Para los fines de la Legislación del Trabajo se entiende por empresa la unidad de producción de bienes o servicios constituida para realizar una actividad económica con fines de lucro”.

Al respecto, señala Villasmil⁹⁰:

hablamos de empresa como actividad; como actividad que deviene entonces un *quid inmaterial* y nos adentra en la noción de intangibilidad de la empresa.

Pero esa actividad tiene que, necesariamente, diferenciarse de un sujeto titular y de los objetos que la hacen posible, resulta entonces obvia la distin-

⁹⁰ VILLASMIL, Humberto. **Estudios de Derecho del Trabajo**. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001, p. 241.

ción entre el *empresario empleador como titular de la empresa*; la *empresa* como actividad inmaterial de organización de una finalidad de tipo económico, no necesariamente lucrativo, y el objetivo, *la hacienda*, que hace posible a la empresa como actividad misma. La empresa, por tanto, en modo alguno, puede ser objeto de derechos, porque ello supondría confundir el fin –la empresa– con los medios, la hacienda o lo que es lo mismo, la actividad con los bienes de que ella se vale para materializar su razón de ser”.

De allí redundante que, al menos para nuestro Derecho, la empresa carezca de *personería jurídica*. No puede, en efecto, concebirse sino materialmente ligada a un titular físico o al menos ideal, por lo que se explica que nuestra Legislación desde 1936, haya estimado que el patrono o empleador... no sea sino el titular de la empresa.

En este sentido, señala Alfonso-Guzmán⁹¹

el patrono es el titular de la empresa; la persona física o jurídica que la organiza, dirige y explota para su provecho o utilidad. La noción evidencia así relación con la propiedad de los bienes de capital dedicados con la actividad de la empresa; con la propiedad o pertenencia de los resultados de ella y la proporción de su reparto, y con la responsabilidad de organizar y dirigir los recursos materiales y humanos que se integran en la empresa para alcanzar su fin útil.

De lo antes expuesto, se desprende que dado que en nuestro país “el concepto de patrono se fundamenta en la personalidad jurídica, parece adecuado sostener que el patrono es la persona jurídica titular de cada empresa miembro del grupo”⁹².

En este sentido, Caldera sostiene: “el vocablo empresa se emplea con frecuencia pero en la definición de patrono se le usó como simple término de una locución que quiere ser lo más amplia posible: ‘empresa o faena de cualquier naturaleza o importancia’ ”⁹³.

Con base en lo antes expuesto, el

artículo 21 del Reglamento de la LOT determina al grupo de empresas como una entidad conformada por varios patronos, con lo cual implícitamente se hace la distinción entre ambas nociones. Es decir, si varios patronos inte-

⁹¹ Ob. cit., p. 94.

⁹² JAIME MARTÍNEZ, Héctor. **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo**. Segunda edición. Barquisimeto, 1999, p. 42.

⁹³ CALDERA, Rafael. **Derecho del Trabajo**. Editorial El Ateneo. Caracas, 1961, p. 235.

gran un grupo de empresas, este concepto y aquel no pueden ser asimilables. Apoyo de lo dicho, lo encontramos en el artículo 20 *ejusdem*, el cual, al nombrar los sujetos del derecho Individual del Trabajo, no nombra al grupo de empresas como uno de ellos⁹⁴.

De esta manera, es evidente que cada persona jurídica integrante del grupo de empresa es el único patrono de sus trabajadores y, dado que el grupo de empresa carece de personalidad jurídica nunca podría considerarse como patrono.

4. Alcance de la responsabilidad laboral solidaria pasiva de acuerdo con la jurisprudencia nacional

Con base en el artículo 21 del RLOT, un sector de la doctrina y la jurisprudencia ha considerado al grupo de empresas como una unidad, de manera tal que la vinculación del trabajador no es con una compañía en específico sino con todo el grupo del cual ella forma parte. Bajo ese supuesto, sería el grupo de empresas el que funge como empleador y el que debe responder de las obligaciones y compromisos asumidos.

No compartimos esta tesis según la cual el grupo de empresas, considerado como una unidad, pueda tenerse como el patrono de dichos trabajadores pues el artículo 21 del RLOT expresamente señala que el grupo de empresas está conformado por varios patronos, con lo cual, "... implícitamente se hace la distinción entre ambas nociones. Es decir, si varios patronos conforman el grupo de empresas, este concepto y aquél no pueden ser asimilables"⁹⁵.

Por otra parte, tal como ya lo señalamos, en la definición de patrono de la LOT se exige la tenencia de personalidad jurídica como requisito *sine qua non*, bien como persona natural o como persona jurídica. En consecuencia, consideramos que en nuestro ordenamiento jurídico no es factible equiparar las nociones de empresa/grupo de empresas y empleador, toda vez que necesariamente para ostentar la cualidad de empleador es imprescindible disponer de personalidad jurídica.

Con base en lo antes expuesto, debemos señalar que: (i) cada persona jurídica integrante del grupo es el único patrono de sus trabajadores; y, (ii) los diferentes patronos integrantes del grupo son, de acuerdo con el RLOT, solidariamente responsables

⁹⁴ ALONSO BRITO, Manuel. **Comentarios sobre el Grupo de Empresas y el Trabajador Internacional en la Legislación y Jurisprudencias venezolanas**. En Doctrina Comentada del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002, p. 99.

⁹⁵ ALONSO BRITO, Manuel. Ob. cit., p. 99.

entre sí, respecto de las obligaciones contraídas con cada uno de sus trabajadores.

En este orden de ideas, un sector de la doctrina considera que el alcance de dicha solidaridad pasiva comprende las siguientes consecuencias jurídicas: (i) la unicidad de la relación de trabajo; y (ii) la isonomía de las condiciones de trabajo.

4.1 Unicidad de la relación de trabajo

Los supuestos de circulación de un trabajador entre varios patronos integrantes de un grupo de empresas, se produce en aquellos casos en los que se prestan servicios para distintas sociedades del grupo, bien sea por la suscripción de sucesivos contratos de trabajo o, porque opera una transferencia o cesión de trabajadores de una empresa del grupo a otra.

Para Palao⁹⁶ se trata de

situaciones en las que por necesidades en una de las empresas del Grupo, y como parte de la “carrera profesional” de determinados trabajadores de la misma, el Grupo decide transferir con carácter permanente o estable a uno de sus trabajadores a otra empresa distinta para la que ha sido contratada, con la formalización de un nuevo contrato de trabajo.

En la práctica, tal como lo señala Pérez De Los Caobos citado por Palao⁹⁷, este fenómeno se puede manifestar de tres formas diferentes, a saber:

- a) Para empezar, puede que el empresario inicial y el trabajador acuerden suspender el contrato de trabajo que se vincula, mientras que el segundo celebra otro con la nueva empresa para la que prestará servicios a partir de dicho momento. Situación especialmente ventajosa para el trabajador. Principalmente, dado que continuará estando vinculado contractualmente a la empresa inicial, lo que tiene especial importancia para la conservación de la antigüedad y otros derechos adquiridos por el trabajador. A su vez, a juicio de la doctrina, se trata de la fórmula más extendida en la práctica.
- b) En segundo lugar, la empresa inicialmente empleadora y el trabajador pueden decidir extinguir el contrato original, celebrando este último un nuevo contrato con la nueva empresa. Posibilidad que, no se presenta tan beneficiosa como la anterior, al no poder reanudar dicha relación y

⁹⁶ PALAO, Guillermo. **Los Grupos de Empresas Multinacionales y el Contrato Individual de Trabajo**. Tirant Monografías. Valencia, 2000, pp. 229-231.

⁹⁷ Ob. cit., p. 189.

perder los derechos adquiridos, por lo que estará vinculado con una sola empresa a partir de entonces.

- c) En último lugar puede que se trate de un “acuerdo novatorio”, en virtud del cual se modifique el acreedor o se produzca una cesión del contrato pero que admita la conservación del contenido del contrato y los derechos adquiridos por el trabajador.

En este sentido, uno de los problemas que se plantea en dichos supuestos de movilidad, es el relativo a la consideración del tiempo de servicio prestado. Esto supone determinar si cada vez que se verifica una transferencia, cesión o nuevo contrato de trabajo suscrito entre el trabajador y un patrono integrante del grupo, debe considerarse que estamos frente a diferentes e individuales relaciones de trabajo o, si por el contrario, se trata de una única relación de trabajo.

Como solución a la problemática planteada, se acepta la ficción jurídica mediante la cual el grupo de empresas funge como un solo empleador, por lo que entonces es evidente que la relación de trabajo que mantenga el trabajador con los patronos integrantes del grupo deberá ser considerada como una sola para todos los efectos legales.

Con fundamento en lo anterior, la sentencia de fecha 16 de enero de 1985, en el caso de Goncalves contra Transportes Aéreos Portugueses⁹⁸ acogió la tesis de la unidad de la relación de trabajo y, en tal sentido, estableció que el tiempo de servicios prestado en el exterior debe computarse como tiempo servido en Venezuela por cuanto la relación de trabajo era una sola.

Asimismo, Alonso Brito en relación con la sentencia del 19 de septiembre de 2001, en el caso Robert Cameron Reagor vs Compañía Occidental de Hidrocarburos, Inc. o Compañía Occidental de Hidrocarburos (OXY), efectuó las siguientes consideraciones:

... la aceptación de que la prestación de servicios que vinculó al trabajador con distintas personas jurídicas a lo largo de su período de ejecución de servicios implica necesariamente la recepción de la doctrina del grupo de empresas en cuanto a que *la relación de trabajo que se desarrolla sucesivamente con varios patronos que pertenecen a un grupo de empresas, se entiende sin solución de continuidad y por lo tanto como una sola*. Por otro lado, la recepción jurisprudencial del efecto de la unicidad de la relación de trabajo tiene gran importancia, toda vez que el artículo 21 del

⁹⁸ Sentencia N° 1 de fecha 16 de enero de 1985 de la Sala Civil de la CSJ en el caso Goncalves contra Transportes Aéreos Portugueses.

RLOT no contempla expresamente este efecto, sino el de la solidaridad” (destacado nuestro).

Por su parte, la Sala de Casación Social del TSJ en la Sentencia Alaska II, señaló:

...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... (destacado nuestro).

Por lo tanto, no obstante el artículo 21 del RLOT nada señala en relación con la unicidad de la relación de trabajo, consideramos que cuando la misma se desarrolla sucesivamente con varios patronos integrantes de un grupo de empresas, se entiende sin solución de continuidad y, en consecuencia, como una sola relación de trabajo.

4.2 Isonomía de las condiciones de trabajo

Algunos autores y sentencias de la Sala de Casación Social del TSJ, sostienen que al ser considerado el grupo de empresas como una unidad económica, las condiciones de trabajo y demás beneficios laborales que acuerde una de las empresas integrantes del grupo en su condición de empleador, deberían ser idénticas respecto de todos los trabajadores al servicio del grupo.

Para Jaime⁹⁹, una de las consecuencias primordiales de la solidaridad del grupo de empresas es la identidad de las condiciones de trabajo, comprendidas las salariales. Existiendo un solo patrono, concluye que los trabajadores que prestan servicios para éste deben disfrutar de las mismas condiciones, y en caso que uno de ellos ejecute la misma labor que otro de los trabajadores del grupo, tendrá derecho a recibir el mismo salario. Como fundamento en lo anterior, aduce el tratamiento indistinto otorgado por el legislador laboral a las nociones de “empresa”, “patrono”. Señala además, que éste fue el espíritu, propósito y razón del legislador laboral, evidenciado en la redacción de las normas atinentes a la distribución de los beneficios de la empresa, y específicamente la contenida en el artículo 177 de la LOT. De esta manera, concluye este autor que en virtud del principio de igualdad ante la ley, un mismo empleador no puede concertar diferentes condiciones de trabajo para sus trabajadores.

En este sentido se inclina la sentencia proferida por la Sala de Casación Social del

⁹⁹ Ob. cit., p. 77.

¹⁰⁰ Sentencia N° 561 de fecha 18 de septiembre de 2003 emanada de la Sala de Casación Social de TSJ en el caso Luis Durán contra Inversiones Comerciales S.R.L. y otros.

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/RC561-180903-03339.htm>
www.tsj.gov.ve

TSJ de fecha 18 de septiembre de 2003 dictada en el caso Luis Durán contra Inversiones Comerciales S.R.L. y otros¹⁰⁰ (“Sentencia Luis Durán”) cuando concluye:

En este sentido, el derecho laboral venezolano partiendo de la aplicación del artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo entendida ésta bajo los criterios de uniformidad explicadas en la sentencia *ut supra* comentada, para aquellas situaciones en las que se configure un grupo de empresas, como en el caso *sub iudice*, dicho criterio de uniformidad puede hacerse extensible a otras modalidades que devienen de la relación de trabajo, puesto que dicho precepto aún y cuando expresamente es de aplicación para la distribución de las utilidades de una empresa, no obstante la doctrina patria ha ampliado su ámbito de aplicación, *en beneficio de los trabajadores en los casos en que el patrono trate de evadir ciertos derechos* contenidos en el ordenamiento laboral, impidiéndole por consiguiente al trabajador, satisfacer el derecho que tiene de percibir las prestaciones sociales, así como otros conceptos de índole laboral (destacado nuestro).

La Sentencia Alaska II admite ese carácter de norma de excepción de la solidaridad, sin embargo, en nuestra opinión atribuye efectos extensivos contradictorios con la noción de patrono, en los siguientes términos:

...si afianzamos el hecho de que la noción del grupo de empresa 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* (destacado nuestro).

De esta manera es claro que la inclinación de la Sala de Casación Social del TSJ en la referida sentencia, estuvo orientada hacia la homogeneización de las condiciones de trabajo de todos los trabajadores al servicio de un grupo de empresas. Sobre la referida homogeneidad de las condiciones de trabajo, la Sentencia Alaska II concluye sin una argumentación convincente que:

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* (destacado nuestro).

Entendemos que lo que pretende el legislador es el aseguramiento del trabajador-acreedor del pago de los beneficios y compromisos laborales a los cuales tiene legítimo derecho en virtud de la prestación personal de sus servicios. Sin embar-

go, en nuestra opinión, pretender beneficios de mayor cuantía, pactados por otros sujetos de derecho ajenos a la relación laboral y concebidos bajo otros supuestos, es erróneo pues la extensión de beneficios debe estar expresamente contemplado en la Ley.

El grupo de empresas puede ser concebido como una unidad no obstante las unidades parciales que lo integran, toda vez que existen normas de rango legal y sublegal que así lo determinan. Sin embargo, consideramos que los efectos derivados de tal hecho, y específicamente el relativo a la homogeneización de las condiciones de trabajo sólo se produce en los casos en que se evidencie simulación o fraude laboral, ya que la LOT es muy clara al delimitar los supuestos donde aplica dicha homogeneización (artículos 54 y 56 de la LOT).

En efecto, de conformidad con la LOT, la extensión de beneficios sólo procede en los siguientes supuestos: (i) los trabajadores contratados por intermediarios tendrán derecho a recibir las mismas condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el beneficiario (artículo 54 LOT); y, (ii) los trabajadores de contratistas y subcontratistas gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados en la obra o servicio que ejecuten labores inherentes o conexas al beneficiario de la obra (artículo 56 LOT).

Consideramos que excepcionalmente, y sólo cuando se evidencie la intención de incurrir en fraude por parte del empleador, es que puede ser alterado el principio de derecho común contenido en el artículo 1.223 del CCV referido a los límites de la solidaridad, extendiéndose ésta inclusive hasta la homogeneización de las condiciones de trabajo por parte de todas las empresas del grupo. Entonces, la homogeneización derivada del grupo de empresas sólo aplicaría en los casos en que se evidencie simulación o fraude laboral, a saber: (a) en la constitución de compañías alternas, (b) respecto del otorgamiento y pago de los derechos y beneficios laborales de los trabajadores, y (c) cuando el trabajador prestaba sus servicios simultáneamente a todas las compañías del referido grupo.

Por su parte, con relación al fraude, Rodríguez Mancini¹⁰¹, señala que a partir de la reforma introducida por la Ley 21.297, el artículo 31 de la Ley del Contrato de Trabajo argentina reserva

la solidaridad para el caso en el que el grupo económico revista carácter permanente, con lo que excluye de su ámbito de aplicación a los supuestos de vínculos transitorios o accidentales de empresas. También se condicio-

¹⁰¹ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Astrea. Buenos Aires, 1999, p.139.

na la extensión de la solidaridad –a partir de la reforma indicada– a la presencia de ‘maniobras fraudulentas o conducción temeraria’. Como ejemplo de aquellas maniobras, se ha señalado en doctrina la transferencia simulada de un trabajador a otra empresa del grupo, con el objeto de fragmentar su antigüedad y reducir así el importe de la indemnización por despido (...).

Con esta misma orientación afirma Alfonso Sotillo¹⁰², que la solidaridad entre las empresas que conforman el grupo, está limitada sólo a los beneficios y condiciones que conforme al contrato de trabajo tiene derecho el trabajador, sin que en ningún caso pueda extenderse a beneficios adicionales y de mayor cuantía derivados de otras relaciones jurídicas. En tal sentido, señala:

“...hemos sostenido que esa solidaridad de obligaciones laborales entre los diversos patronos, que conforman el grupo frente al trabajador-acreedor, individualmente considerado, está referida únicamente, a aquellas obligaciones que emanan directamente de la relación jurídica, empleador-trabajador, esto es, que tiene como causa la prestación personal del servicio del trabajador a su patrono”.

Para Montoya¹⁰³ el tratamiento unitario del grupo de empresas constituido por multinacionales y por tanto de sus trabajadores

(...) puede conducir a peligrosas desigualdades dentro del país receptor de la multinacional entre los trabajadores ocupadas por ésta (presumiblemente beneficiaria de superiores condiciones laborales) y los demás. En fin, no debe ignorarse que una absoluta homogeneización de condiciones de trabajos en los distintos centros de la multinacional iría contra la propia lógica de la empresa multinacional, que es la de aprovechar diferentes niveles de vida y condiciones laborales en los distintos países, reduciendo así costos y aumentando beneficios.

Lo primero que cabe plantearse es el sostenimiento incuestionable, por una parte de la doctrina, de que las normas laborales son de necesaria aplicación debido a su carácter de orden público¹⁰⁴, sin estudiar, caso por caso, si realmente todas sus normas conllevan dicho carácter. Además, nos preguntamos si ¿se justifica el uso

¹⁰² Ob. cit., p. 66.

¹⁰³ MONTROYA, Alfredo. **Derecho del Trabajo**. Tecnos. Madrid, 1998, p. 542

¹⁰⁴ Sobre la noción del orden público, María PETZOLD RODRÍGUEZ señala que “es una noción variable, dinámica, es decir que ella va a estar ajustada a las condiciones sociales, políticas, económicas que rijan en una determinada época” (**La noción de orden público en el Derecho Civil venezolano – doctrina y Jurisprudencia**, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 110, de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, p. 209.

de cualquier mecanismo en procura de la defensa de los derechos del trabajador –vgr. la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo a los grupos de empresas– sin importar lesionar otros derechos fundamentales como los de la libre empresa y asociación, bajo la excusa de que se está en presencia de normas de orden público?; más aún, en materia laboral ¿estaremos siempre ante normas de estricto orden público?, de ser esto absolutamente cierto, ¿cómo es posible que de acuerdo con el propio ordenamiento jurídico venezolano, la materia laboral sea susceptible de transacción?

5. Análisis Jurisprudencial

Consideramos de particular relevancia puntualizar los antecedentes y aspectos formales de sentencias de reciente data emanadas de la Sala de Casación Social del TSJ, por cuanto constituyen la doctrina jurisprudencial imperante en materia de unidad económica y grupo de empresa, así como dos sentencias emanadas del Juzgado Superior Cuarto del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas (“Juzgado Superior”).

5.1 *Sentencia Alaska I*

En esta sentencia, la Sala de Casación Social profundizó la noción de unidad económica, estableciendo el alcance de la responsabilidad solidaria emanado del grupo de empresas.

Los antecedentes del caso son los siguientes: el actor alega haber prestado sus servicios personales como Representante de Ventas vendiendo equipos y repuestos de refrigeración automotriz, por lo que recibía el pago de una comisión equivalente al 2%, y una comisión adicional equivalente al 1% por la cobranza de las ventas por él realizadas. Alega haberse retirado de manera justificada como consecuencia del despido indirecto del que fue sujeto. A tal efecto consignó constancias de trabajo, y demostró que recibió de manera permanente pagos mensuales por parte de una de las empresas del grupo, y ocasionalmente pagos de otra empresa del grupo. Adicionalmente alega la existencia de un grupo de empresas, por lo que reclama para sí ciertos beneficios de mejor cuantía otorgados por otra de las empresas del grupo.

La accionada por su parte, alegó la existencia de una relación mercantil, y al efecto consignó un contrato de servicios suscrito entre una de las empresas demandadas y una firma personal del actor. Adicionalmente, desconoció el carácter de unidad económica o grupo de empresas de las empresas demandadas por cuanto de los registros mercantiles de las mismas se evidencia que: (i) constituyen personas jurídicas distintas y autónomas; (ii) los objetos sociales de las empresas demanda-

das son diferentes; (iii) no existe identidad accionaria entre todas las empresas demandadas; (iv) no existe vinculación jurídica entre unas y otras.

En este sentido, la Sala de Casación Social estableció:

“De esta forma el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo consagra la posibilidad de que varias empresas jurídicamente autónomas estén sometidas a una unidad mediante una empresa jefe que controle las restantes empresas, pues son las ganancias consolidadas de la empresa, obtenidas en todas sus dependencias y sucursales, la base legal de la participación de los trabajadores en las utilidades. A los efectos de la participación en los beneficios, debe considerarse los términos “utilidad” y “empresa” como indivisibles. Luego el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica de 1999 desarrolla este principio contenido en el artículo 177 de la mencionada Ley, señalando que empresas autónomas sometidas a un control común constituyen una unidad económica y por tanto cada patrono responde solidariamente de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

Abundando sobre el concepto de Unidad Económica, apreciamos que en *el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo, se establece dicho precepto sólo en aplicación para la distribución de las utilidades de una empresa, no obstante la doctrina patria ha ampliado su ámbito de aplicación, en beneficio de los trabajadores, en el caso de que el patrono contrarie derechos contenidos en la mencionada normativa laboral; lo cual se traduce en que es extensible el empleo de la norma en referencia a los casos en que no puede el trabajador satisfacer el derecho al cobro de sus prestaciones sociales, una vez agotados todos los recursos y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo; por ejemplo en los supuestos de quiebre o cierre fraudulento de la empresa, caso en que no puede hacer valer el privilegio que los ampara, vid. artículo 158 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo. (Dictamen N° 33 del 03 de junio de 1996. Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, destacados nuestros).*

En efecto, pareciera que la Sala acoge el criterio de la responsabilidad solidaria de las empresas que conforman una unidad económica, en el sentido de establecer dicha solidaridad para el pago de los beneficios laborales.

Concluye la decisión ordenando la reposición de la causa al estado de sentencia, toda vez que el fallo de instancia incurrió en el vicio de incongruencia negativa al no pronunciarse sobre los intereses de mora solicitados por la parte actora.

5.2 Sentencia Alaska II

Posteriormente, en la Sentencia Alaska II, la Sala de Casación Social del TSJ al conocer nuevamente en casación del nuevo fallo emitido por el tribunal de instancia, estableció un alcance bastante amplio de la responsabilidad solidaria de las empresas que conforman una unidad económica, aduciendo que si bien el RLOT no lo establece, ha sido la doctrina y la jurisprudencia patria las que han delimitado su alcance.

La sentencia pareciera inclinarse por la teoría de la responsabilidad solidaria entre empresas que constituyan una unidad económica. En tal sentido, la Sala precisa cuándo debe considerarse la existencia de la misma:

En concreto, el grupo de empresas en su composición se caracteriza por la sujeción a una administración o control común en el marco de un sistema de acciones integrados que persiguen en definitiva, materializar un objetivo común (el económico).

Tal noción la recoge el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, enfatizando como se dijo, la *responsabilidad solidaria de los integrantes del grupo de empresas, respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores* (destacados nuestros).

Adicionalmente, señaló la adopción por parte de la Sala de la teoría de la homogeneización de las condiciones de trabajo:

...si afianzamos el hecho de que la noción del grupo de empresa 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 (destacado nuestro).

De esta manera es claro, que la inclinación de la Sala de Casación Social del TSJ, está orientada hacia la homogeneización de las condiciones de trabajo de todos los trabajadores al servicio de un grupo de empresa.

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* (destacado nuestro).

5.3 Sentencia Luis Durán

En la Sentencia Luis Durán, la Sala de Casación Social del TSJ sentó precedente

al criterio luego reiterado en la Sentencia Alaska II, en lo referente al alcance de la responsabilidad solidaria de las empresas que conforman una unidad económica. Los antecedentes del caso son los siguientes: el actor alega haber prestado sus servicios personales como Vendedor, desde el 3 de marzo de 1965 hasta el 3 de febrero de 1999 fecha en la cual fue despedido. Durante el curso de la relación laboral alega haber sido transferido a distintas ciudades del interior del país, ejerciendo distintos cargos al servicio de distintas empresas que integran una unidad económica.

El actor demanda solidariamente a unas personas jurídicas distintas de la que fungió como su último empleador, al decidir la Sala decretó la existencia de un grupo de empresas por cuanto de las actas se evidenciaba que existía identidad en la composición accionaria, así como de sus órganos de dirección. Con fundamento en lo anterior, ratificó el criterio establecido en la Sentencia Alaska I, en los siguientes términos:

“...Abundando sobre el concepto de Unidad Económica, apreciamos que en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo, se establece dicho precepto sólo en aplicación para la distribución de las utilidades de una empresa, no obstante *la doctrina patria ha ampliado su ámbito de aplicación, en beneficio de los trabajadores, en el caso de que el patrono contraríe derechos contenidos en la mencionada normativa laboral*; lo cual se traduce en que es extensible el empleo de la norma en referencia a los casos en que no puede el trabajador satisfacer el derecho al cobro de sus prestaciones sociales, una vez agotados todos los recursos y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo;

(...)

...el alcance del principio de unidad económica de la empresa refrenda no sólo el reconocimiento de la existencia de los grupos de empresa, sino el de la solidaridad pasiva que entre los integrantes de dicho grupo deviene en las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores (destacado nuestro)

De otra parte, la sentencia al hacer referencia a la isonomía de las condiciones de trabajo señala:

... 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 asignada apareja consigo la uniformidad de las condiciones de trabajo.

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 (destacados nuestros).

Finalmente, la sentencia precisa como características fundamentales para considerar la existencia de un grupo de empresa: (i) el funcionamiento integrado de las mismas, y (ii) la confusión de patrimonios sociales o de nómina de trabajadores:

En todos estos casos, se trata siempre de encontrar el fundamento de imputar una responsabilidad solidaria como empresario a las empresas que forman el grupo, y para determinar esa solidaridad es preciso atender a la pérdida de la independencia de cada una de las empresas o sólo de las relacionadas con un concreto trabajador. El nexo entre las empresas del grupo debe reunir ciertas características especiales: se precisa un funcionamiento integrado o unitario, una confusión de patrimonios sociales o de plantillas con una prestación de trabajo indistinta o común; en suma una apariencia externa de unidad empresarial (énfasis añadido).

5.4 Sentencia Transporte Saet

En sentencia de fecha 14 de mayo de 2004, la Sala Constitucional del TSJ emitió sentencia con ocasión del amparo constitucional intentado por la sociedad mercantil *Transporte Saet, S.A.* en lo referente al levantamiento del velo corporativo de empresas que constituyen un grupo, pero por su interesante fundamento, también citamos el voto disidente en la referida decisión (“Voto Salvado”).

Los antecedentes del caso son los siguientes: se inicia la causa con ocasión del juicio que por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos, intentare el Sr. Ignacio Narváez en contra de la sociedad mercantil *Transporte Saet La Guaira, C.A.*, en fecha 11 de agosto de 2000. Una vez sustanciado dicho juicio, fue dictada sentencia definitiva el 11 de julio de 2001, declarando con lugar la demanda, pero condenando a *Transporte Saet, S.A.*, a pesar de ser la demandada la sociedad mercantil *Transporte Saet La Guaira, C.A.*, persona jurídica ésta distinta de la

accionada en juicio, y no haber existido una relación de trabajo entre el actor y la empresa condenada.

Previa solicitud de ejecución forzosa de dicho fallo, en fecha 7 de junio de 2002, el Juzgado Primero de Municipio Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, practicó embargo ejecutivo sobre bienes propiedad de Transporte Saet, S.A.

Con fundamento en lo anterior, Transporte Saet, S.A. intentó acción de amparo constitucional solicitando la suspensión del embargo ejecutivo, aduciendo que nunca fue llamada a participar en el proceso en el que resultó condenada, por lo que se violó flagrantemente su derecho a la defensa y al debido proceso. Adicionalmente, señaló que nunca tuvo relación laboral alguna con el demandante, por cuanto no fue patrono ni directo ni sustituto del mismo y mantiene un giro comercial y laboral autónomo e independiente de la demandada originalmente, Transporte Saet La Guaira, C.A.

El 26 de diciembre de 2002, el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, declaró con lugar la acción de amparo constitucional (“Sentencia de Amparo”), estableciendo entre otras cosas, que para que proceda la solidaridad establecida en el artículo 21 del RLOT es indispensable que las empresas involucradas hayan discutido en juicio la existencia de la vinculación que se les atribuye, o al menos el reclamante haya invocado la solidaridad en el procedimiento, para de esta forma no menoscabar las garantías constitucionales del derecho a la defensa y del debido proceso de Transporte Saet, S.A.

En fecha 14 de mayo de 2004 la Sala Constitucional del TSJ, conociendo en sede de amparo constitucional, revocó el fallo dictado por la Sentencia de Amparo fundamentado en las consideraciones que de seguidas analizaremos.

De acuerdo con el criterio de la Sala Constitucional, las características de los grupos económicos que permiten calificarlos como tales son:

- i) Debe tratarse de un conjunto de personas jurídicas que obran concertada y reiterativamente, en sentido horizontal o vertical, proyectando sus actividades hacia los terceros; no de unos socios con respecto a la sociedad en particular de la cual son miembros.
- ii) Es necesario la existencia de un ente controlante o director que efectivamente ejerza el control; o la posibilidad inevitable de que una o varias personas (naturales o jurídicas) puedan dirigir a otras personas jurídicas, imponiéndole directrices.

- iii) Ese control o dirección puede ser directo, como se evidencia de una objetiva gerencia común; o puede ser indirecto, practicado diáfananamente o mediante personas interpuestas. Este control indirecto a veces se ejerce utilizando sociedades cuyo único fin es ser propietarias de otras compañías, quienes a su vez son dueñas o accionistas de otra u otras, que son las realmente operativas.

Como lo que caracteriza al grupo es la relación entre controlantes y controlados, es necesario identificar a los controlantes. En este sentido, la Sala señala algunos de los parámetros que deben considerarse para determinar quién es el ente controlante: (i) a quién corresponde la administración del conjunto; (ii) quién tiene la mayor proporción del capital o del total de operaciones; y (iii) quién posee el mayor número de activos reflejados en el Balance. Estos parámetros son simplemente enunciativos y no obstan para que se impute a otras personas, mediante otros criterios, el control efectivo. La identificación del controlante es de vital importancia, ya que la persona natural o jurídica que ocupa esa posición va a tener la mayor responsabilidad derivada de los actos del grupo, y a su vez obliga a los controlados como miembros de él.

Sin embargo, aduce la Sentencia de Amparo que hay oportunidades en que debe presumirse la existencia del controlante, sin necesidad de identificarlo. En este sentido, el artículo 21 del RLOT establece diversos criterios que permiten inferir la existencia de un grupo de empresas sin necesidad de determinar al controlante, como por ejemplo: (i) utilización indistinta de una misma denominación social por parte de varias personas jurídicas; (ii) cuando existiere una situación de dominio accionario de una sociedad sobre otra; (iii) cuando los órganos de dirección de cada una de ellas estuvieren conformados –en una proporción significativa– por las mismas personas.

(iv) Los miembros del conjunto no requieren tener el mismo objeto social. En efecto, puede darse el caso que la existencia de las nuevas empresas puede ser, por ejemplo, para reinvertir ganancias, eludir obligaciones (positivas o negativas), defraudar al Fisco, etcétera.

(v) Los controlados siguen órdenes de los controlantes. De allí, la unidad de dirección, gestión, o gerencia común. En consecuencia, ellos son instrumentos a un fin determinado del controlante.

El elemento determinante es la unidad de gestión o decisión que vincula a otras empresas o a sociedades con la compañía matriz o con una persona natural, que desde varias empresas o sociedades las dirige a todas. Lo que caracteriza al grupo, es que está conformado claramente por una sociedad controlante (o por una persona natural que, como administrador de varias sociedades dirige su actuación

conjunta), y por las sociedades o empresas subordinadas que pueden ser interpuestas, filiales, afiliadas y relacionadas.

(vi) Los administradores de los controlados, como condición natural del grupo, carecen de poder decisorio sobre las políticas globales que se aplican a sus administradas, ya que reciben órdenes sobre lo que han de hacer las sociedades que manejan. De no ser así, no existiría unidad de decisión o gestión.

(vii) La noción de grupo, es excluyente en el sentido que, al ser una unidad un grupo no puede ser parte de otro, él es o no grupo, y cuando se asocia en un negocio determinado con otro o con alguien, no se conforma entre ellos un solo grupo, sino el consorcio de dos o más entes para realizar un fin específico y puntual. El todo gira alrededor de la posición de uno o varios controlantes y de otros controlados.

(viii) Como quiera que la finalidad de identificar a los grupos de empresas radica en la protección de la colectividad, ante la limitación de la responsabilidad que surge en razón de las diversas personalidades jurídicas actuantes, es imprescindible que los verdaderos controlantes respondan por los actos del grupo, o que las personas jurídicas más solventes de estos conglomerados asuman las responsabilidades del conjunto; y por ello no sólo las diversas personas jurídicas están sujetas a pagar o a cubrir obligaciones del grupo, sino también las personas naturales que puedan ser señaladas, conforme a los supuestos objetivos prevenidos en las leyes, como controlantes.

(ix) Se consideran como sujetos del grupo a las sociedades civiles y mercantiles, ya que lo que se pretende es que la personalidad jurídica se allane y los terceros puedan resarcirse. Diversa es la situación, cuando se trata de dos o más personas naturales que realizan operaciones por interpuestas personas, pues, en estos casos, se está frente a simulaciones.

(x) El grupo es una unidad que actúa abierta o subrepticamente y, como tal, esa unidad puede estar domiciliada tanto en Venezuela, como fuera de ella. Así, se reconoce que una persona jurídica con apariencia de nacional, puede realmente no serlo, debido al control que una sociedad extranjera ejerce sobre ella, por lo que los criterios de determinación grupal es lo importante y el concepto de grupo se ata a la nacionalidad de los controlantes. Todo lo anterior, conduce a que los grupos económicos o financieros son instituciones legales, que pueden asumir carácter transnacional.

(xi) La noción de grupo, implica permanencia y no relación ocasional para uno o varios negocios, ya que esto último, jurídicamente, es una asociación que puede no tener personalidad jurídica. El grupo, al contrario, no es para un negocio de-

terminado, sino para actuar dentro de una o varias actividades económicas permanentemente, de allí su diferencia con asociaciones en cuentas de participación, o consorcios para la construcción o manejo de una obra, o para la explotación de un negocio.

Por otra parte, la Sentencia de Amparo, luego de analizar los artículos 177 de la LOT y 21 del RLOT, arriba a conclusiones muy particulares mediante interpretaciones analógicas y extensivas de normas de orden público, y lo que es peor, sin ningún tipo de fundamento legal, las cuales de seguida precisamos: (i) el patrimonio de cada una de las empresas que conforman el grupo o unidad económica, debe ser considerado como una unidad patrimonial a todos los efectos legales, siempre y cuando exista una declaratoria judicial y/o administrativa que establezca el grupo o unidad económica; (ii) la existencia del grupo de empresas no queda confinada sólo al cálculo de la determinación de los beneficios o utilidades, sino que se extiende a la relación laboral de quienes contratan con los componentes del grupo en virtud de lo establecido en el RLOT; (iii) la responsabilidad solidaria entre los componentes del grupo o unidad económica sólo deviene en los casos de abuso de derecho y fraude a la ley (artículo 1195 del CCV), o cuando así expresamente lo determine la ley; (iv) no existe la responsabilidad solidaria entre los componentes del grupo, toda vez que no existe la acción de regreso establecida en el artículo 1.238 del CCV, por el contrario lo que existe es una obligación indivisible del grupo; y (v) en los casos en donde esté involucrado el interés social o el orden público, al existir la certeza de que existen otros miembros de la unidad económica, diferentes de los demandados, la sentencia puede abarcar a éstos –aún cuando ni siquiera hayan sido citados– en virtud de la “realidad grupal”¹⁰⁵.

Consideramos que las conclusiones de la Sala son extravagantes, por basarse, muchas de ellas en falsos supuestos de derecho que bien señala el Voto Salvado. En efecto, es importante destacar la importancia del Voto Salvado, el cual forma par-

¹⁰⁵ Este criterio fue reiterado por la Sala de Casación Social del TSJ, fallo N° 1.303 de fecha 25 de octubre de 2004, Caso *G. Ochoa vs. Cerámica Piemme C.A.* en la cual estableció la posibilidad de que cuando no se ha demandado al grupo económico como tal, se condene alguno de sus miembros, aun cuando éste no haya sido demandado, ni citado; al respecto precisó: “El principio anterior, a juicio de esta Sala, sufre una excepción en materia de orden público, cuando la ley señala una obligación – o una actividad– que debe corresponder en conjunto al grupo. En la materia exclusiva donde esa obligación o actividad en conjunto existe, así la demanda no se incoe contra el grupo como tal, sino contra uno de sus componentes, debido a que por ley todos los miembros tienen una responsabilidad o deben contribuir a resolver una situación... la sentencia podrá abarcar a los miembros de éste no mencionados en el libelo”.

te integrante de la Sentencia de Amparo y, que en nuestra opinión, constituye un análisis jurídico objetivo de la situación.

En cuanto a la supuesta unidad del patrimonio de todos los componentes del grupo económico, para responder de manera indivisible por las obligaciones contraídas por uno de los componentes de la unidad económica, señala el Voto Salvado:

Es el caso que *ninguna norma del ordenamiento jurídico venezolano establece que las compañías integrantes de los grupos de sociedades respondan de manera indivisible de las que puedan ser consideradas como obligaciones del grupo; ninguna norma del ordenamiento jurídico venezolano establece una responsabilidad a cargo del grupo como unidad, con un patrimonio ejecutable y con una responsabilidad jurídica diferenciada; y ninguna norma o conjunto de normas acepta –como dice la mayoría sentenciadora– que se está frente a una unidad que, al obligarse, asume obligaciones que no pueden dividirse en partes, ya que corresponde a la unidad como un todo, (...). Se parte de un falso supuesto de derecho cuando se presume la existencia de una construcción jurídica contraria al principio de la individualidad patrimonial de los sujetos de derecho* (artículos 1863 y 1864 del Código Civil) principio cardinal del derecho común que tiene, además, en materia de sociedades mercantiles, una expresión particular en el Código de Comercio, cuyo artículo 201, después de la formulación de las reglas conforme a las cuales responden las sociedades de sus obligaciones frente a terceros, agrega: “*Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios*” (énfasis de la Sala). *Cualquier excepción a ese régimen general ha de ser objeto de una formulación legislativa expresa y tal formulación no existe en los términos que fueron expuestos en los párrafos que se citaron.*”

(...)

En todos los asertos que anteceden se parte del mismo error, *se considera al grupo como un ente con personalidad jurídica y con patrimonio propio, sujeto de derecho con obligaciones, deberes y responsabilidad, cuando ello es completamente falso* ya que, como se indicó en este escrito, *el grupo carece de personalidad jurídica y, por ende, no es sujeto de derecho, no cuenta con un patrimonio propio, no adquiere obligaciones ni es responsable como tal*” (salvo el indicado, los otros destacados son nuestros).

Lo primero que ha de comentarse es la forma como se llega a la conclusión de que se está frente a una obligación indivisible, pues evidentemente, se trata de una

¹⁰⁶ CALVO BACA, Emilio. **Derecho Civil Obligaciones**. Ediciones Libra C.A. Caracas, p.76.

producción jurisprudencial. Al respecto, encontramos que Calvo Baca¹⁰⁶ afirma: “Me inclino por sostener, que aunque se admite indivisibilidad por obra de un pacto o voluntad de las partes y en otro caso de la ley, en verdad *no hay sino una sola indivisibilidad: la material*” (destacado nuestro).

Por su parte, Zambrano Velazco¹⁰⁷ identifica dos (2) tipos o clases de obligaciones indivisibles, a saber:

Más allá de la indivisibilidad natural de la obligación, es decir, de la indivisibilidad derivada de la naturaleza del objeto de la prestación, *se debe admitir la existencia de una indivisibilidad voluntaria*, es decir, la derivada de la voluntad de quienes han dado nacimiento a la obligación y no de la naturaleza del objeto de la prestación” (destacado nuestro).

Otros autores como Maduro Luyando¹⁰⁸, identifican tres (3) clases de indivisibilidad de las obligaciones, la convencional (estipulada por las partes), la legal (ordenada expresamente por texto legal) y la propiamente dicha (derivada del objeto mismo de la obligación). En este sentido, el referido autor señala:

Por el contrario, existen obligaciones que por la *propia naturaleza del objeto* son indivisibles (...) también existen obligaciones que son indivisibles, no por razón de la naturaleza mínima del objeto, sino porque *las partes han pactado o la ley dispone que el cumplimiento o la ejecución de la prestación que constituye ese objeto sea indivisible* (destacados nuestros).

Luego, como primera conclusión podemos decir que a nivel doctrinario *no existe un reconocimiento* a la existencia de una obligación indivisible creada por medios distintos a la propia naturaleza del objeto de la obligación, la voluntad de las partes o el mandato de una ley. De manera que, nos parece un exceso en la actividad interpretativa de la Sala Constitucional el haber asignado la categoría de indivisible a una obligación que por ley es única y exclusivamente solidaria de acuerdo con la norma reglamentaria.

Ahora bien, llama la atención el argumento empleado por la Sala Constitucional para arribar a su conclusión, al afirmar que

la realidad es que quienes conforman al grupo, no adquieren necesariamente una responsabilidad solidaria, ya que *entre el grupo* —que es una unidad— *no pueden existir acciones de regreso*, como las contempladas entre soli-

¹⁰⁷ ZAMBRANO VELAZCO, José Alberto. **Teoría General de la Obligación, La Estructura**. Caracas, 1985, p. 475.

¹⁰⁸ MADURO LUYANDO, Eloy. **Curso de Obligaciones. Derecho Civil III**. Undécima edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1999, pp. 367 y 368.

darios por el artículo 1.238 del Código Civil, cuando el grupo se ha constituido en base al criterio de unidad económica, ya que el patrimonio efectivo es uno sólo y *mal pueden existir acreencias y deudas entre sus miembros, que se extinguen por confusión* (destacado nuestro).

Es decir, de acuerdo con este criterio, la indivisibilidad de la obligación de los miembros del grupo de empresas se justifica por el solo hecho de que estamos frente a un patrimonio común, entre cuyos deudores no cabe la posibilidad de la acción de regreso.

Discrepamos de dicha posición por dos razones. En primer lugar, no es cierto que la regla sea que los miembros de un grupo de empresas comparten un mismo patrimonio. Afirmarlo, sería desconocer la existencia de compañías distintas a las subsidiarias y casas matrices, con una personalidad jurídica propia y un patrimonio separado e independiente. En segundo lugar, la doctrina ha sido clara al reconocer la existencia de las acciones de regreso entre los deudores de una obligación indivisible, así pues, no es cierto que la imposibilidad de ejercer dicha acción entre los miembros de un grupo de empresas, sea el fundamento de la indivisibilidad de las obligaciones para los codeudores. En efecto, admite Messineo¹⁰⁹: “*La repetición entre codeudores opera en la obligación pasivamente solidaria y en la obligación pasivamente indivisible*” (destacados nuestros).

En lo referente al alcance de la declaratoria del grupo de empresas y su vinculación con la determinación y distribución de los beneficios económicos o utilidades de la empresa, el Voto Salvado precisa:

En el caso concreto de la Ley del Trabajo, *el artículo 177 establece únicamente que la determinación definitiva de los beneficios de una empresa se hará con atención al concepto de unidad económica de la misma*, aún en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada. *La única obligación para la empresa es la del cálculo de los beneficios en función de unidad económica (la palabra grupo ni siquiera es mencionada)* (destacados nuestros).

En este sentido, coincidimos con el Voto Salvado en el sentido de que siendo el grupo económico una sociedad de hecho, irregular, sin personalidad jurídica propia y en consecuencia incapaz de ser titular de derechos y deberes, sólo cuando la

¹⁰⁹ MESSINEO, FRANCESCO. **Manual de Derecho Civil y Comercial**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, p. 422.

ley así expresamente lo indique se deberá considerar al grupo económico como una unidad. La LOT señala expresamente en cuáles casos debe hacerse tal consideración (i.e. utilidades o participación en los beneficios), por lo que fuera de estos casos estimamos que no debe considerarse al grupo económico como una unidad, al menos desde el punto de vista laboral.

De otra parte, el Voto Salvado alude a la inconstitucionalidad del artículo 21 del RLOT el cual establece la solidaridad entre los componentes del grupo, aduciendo la violación del artículo 1223 del CCV el cual señala que la solidaridad deviene: (i) por acuerdo expreso entre las partes; y (ii) por expresa disposición legal. Es por ello que señala:

(...)Ahora bien, el artículo 21 del Reglamento de la Ley establece una responsabilidad solidaria de los patronos que integran un grupo de empresas –ajena a la naturaleza de la obligación (divisible)– con respecto a las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores, a pesar del rango legal que debe tener la solidaridad a falta de convenio entre las partes, a tenor de lo que dispone el artículo 1.223 Código Civil.

(...)En otras palabras, el reglamento excede a la ley y la sentencia va más allá del reglamento ya que, en todo caso, la solidaridad que impone debe ser, en nuestro ordenamiento jurídico, materia de lege ferenda.

La evidente inconstitucionalidad del artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en cuanto que excede a esa Ley, ha debido ser declarada por la Sala –y ser objeto del planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad– en lugar de su utilización como fundamento de un razonamiento que, como se explicó, es insostenible en el marco del ordenamiento jurídico vigente en el que la solidaridad no existe ni se presume, salvo norma de rango legal o pacto expreso en contrario, tal como lo establece el artículo 1.223 del Código Civil que reza, según el cual: “No hay solidaridad entre acreedores ni deudores, sino en virtud de pacto expreso o disposición de la Ley (destacados nuestros).

Asimismo, el Voto Salvado tampoco comparte el criterio establecido en la Sentencia de Amparo, referente al hecho de que persona jurídica alguna pueda ser condenada en un procedimiento laboral sin haber sido demandada, ni haber sido parte del proceso por el sólo hecho de que se presuma la existencia de un grupo de empresas. Constituye un presupuesto esencial para el levantamiento del velo corporativo la necesaria ilicitud en el uso de la personalidad jurídica, la intención de fraude a la ley, burla de derechos, de simulación, y abuso de derechos por parte de alguno de los componentes del grupo. En este sentido, el Voto Salvado estableció:

En todo caso, insiste el disidente en que *no es cierto que el levantamiento*

del velo corporativo permite la condenatoria de una sociedad mercantil que no ha sido parte en juicio, por la sola circunstancia de pertenecer al mismo grupo empresarial que la sociedad mercantil que sí había sido demandada. Por el contrario, el levantamiento del velo permite desconocer las formas jurídicas adoptadas cuando se haya hecho uso abusivo de éstas, para obviar la aplicación de determinada disposición de orden público. Hay en este aspecto una importante contradicción, pues la mayoría sentenciadora afirma, inicialmente, que esa teoría “proviene del abuso del derecho de asociarse, o de un fraude a la Ley”, y de allí que las leyes que las regulan parten del supuesto en el cual la ficción de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles se realiza para la evasión de la “responsabilidad grupal”. No obstante, en las consideraciones generales que son efectuadas más adelante, tal requisito de ilicitud es obviado como sosten de la afirmación que se comentó.

La sentencia de la cual se disiente abandona, en forma inexplicable, esta nota de ilicitud inherente a la propia teoría del levantamiento del velo y afirma que bastará, así, el alegato y prueba de la existencia del grupo, su conformación y cuál de sus componentes ha incumplido. *Se omita cualquier análisis, sin embargo, de la necesaria ilicitud que debe mediar para levantar el velo y omitir, así, las consecuencias derivadas de la ficción de la personalidad jurídica. Toda la teoría del levantamiento del velo se sostiene en el concepto de simulación: se simula la existencia de sociedades mercantiles distintas, con personalidad propia, pero pertenecientes a un mismo grupo empresarial, con la intención de burlar la aplicación de determinada disposición de orden público.*

Se ha desvirtuado, de esa manera, la teoría del levantamiento del velo corporativo, *al obviarse, sin ninguna motivación, cualquier consideración sobre la causa que motivó la creación de tales sociedades, que debe ser, necesariamente, una causa de simulación, ante la intención de burlar, fraudulentamente la aplicación de prohibiciones de orden público (destacados nuestros)*

Constituye un criterio pacífico y reiterado de la Sala Constitucional establecer que en los casos en que existan grupos o unidades económicas, y que de las mismas se evidencie intención de: (i) fraude a la ley; (ii) simulación y (iii) abuso de derecho, para eludir cualquier tipo de responsabilidad u obligación legal, se desestime la personalidad jurídica individual y se haga efectiva la responsabilidad patrimonial

¹¹⁰ Ver sentencias de la Sala Constitucional del TSJ: (i) Sentencia N° 183, Caso *Plásticos Ecoplast* de fecha 8 de febrero de 2002; (ii) Sentencia N° 558 Caso *CADAFE* de fecha 18 de abril de 2001; y (iii) Sentencia N° 152 Caso *Firmeca 123 C.A.* de fecha 24 de marzo de 2000.

del ente controlante a favor del débil jurídico y se dé estricto cumplimiento a las obligaciones asumidas¹¹⁰.

La figura del abuso de derecho se basa en el artículo 1.185 del CCV, donde se establece: “Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

Para llegar a una conclusión sobre cuándo un grupo de empresas actúan con abuso de derecho, es necesario analizar si en este caso se dan todas las condiciones para la procedencia del abuso de derecho. No obstante ello, hay que señalar que la jurisprudencia, así como la doctrina, no ha sido unánime en cuanto al fundamento básico de esta teoría. Para ciertos autores y jurisprudencia de instancia, se requiere que el ejercicio abusivo del derecho se haga con la intención de perjudicar¹¹¹. Para otros, basta con que se haya ejecutado el hecho incurriendo en una falta grave, con imprudencia o negligencia grave, inexcusable. Por último, hay quienes adoptan el criterio finalista, según el cual existe abuso de derecho cuando se infringe la finalidad social para la cual le fue conferido ese derecho. La doctrina

¹¹¹ En sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de fecha 26/10/60, Jurisprudencia de Ramírez y Garay, T. II, p.135. (Ver Comentarios del Código Civil de Venezuela, Artículo 1.185, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, p. 678) se establece: “El solo hecho de incoar una controversia judicial, con sus correspondientes secuelas no puede hacer sujeto pasivo de acto ilícito al promovente de la acción. Se requiere que el demandante tenga conciencia de que la acción es jurídicamente infundada, o de que es temeraria, dolorosa, emprendida con el objeto de dañar a otro. Y aún en tales casos es menester que se establezca con toda precisión la mala fe o el exceso en el ejercicio del derecho, tanto más cuanto que sería absurdo exigir al litigante que haga previamente una apreciación infalible de la procedencia de sus pretensiones”.

En sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, sentencia del 03/06/60, Jurisprudencia de los Tribunales de la República, Vol. VIII, p. 6. (Ver Comentarios del Código Civil de Venezuela, Artículo 1.185, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, p. 678) se establece: “Obvio resulta afirmar, que a ningún litigante puede exigirse la apreciación infalible de lo bien fundado de sus pretensiones, puesto que así fuere no existirían las controversias judiciales, o todo aquél que perdiera un pleito incurriría en hecho ilícito; por lo cual sólo puede considerarse que se abusa del derecho a acudir a los organismos jurisdiccionales, cuando el litigante intenta una acción que sabe de antemano mal fundada, o sea cuando la injusticia o la inutilidad de dicha acción sean evidentemente notorias”.

¹¹² En sentencia del 27 de mayo de 1974 de la Corte Superior Primera; en el caso *A. Echenique contra Distribuidoras Unidas, C.A.* (Ver Ramírez & Garay, Tomo XLIII, 1974 - Segundo Trimestre) se establece: “Concretada así la discusión al tema del abuso o exceso vale observar que la doctrina originalmente rígida y apegada al dogma de la intención de dañar, excluyente de la acción que no se fundamenta en la existencia del *animus nocendi* en el agente o autor del hecho, ha experimentado notable evolución. En una etapa siguiente donde se admitió junto al hecho voluntariamente ilícito del temperamento de la negligencia o imprudencia, y se erigió el criterio técnico o criterio de la culpa en rótulo de la doctrina, se pasó al “criterio de falta de interés o de beneficio

más moderna parece inclinarse hacia esta última posición, que también tiene apoyo jurisprudencial¹¹². Cualquiera que sea la posición que se adopte, existe una carga probatoria igualmente difícil para el accionante, porque debe probar que el demandado actuó de mala fe, o con culpa grave o que su motivación fue lograr un fin ilegítimo.

En cuanto a las condiciones necesarias para la procedencia del abuso de derecho, la mayoría de la doctrina sostiene que son las siguientes:

(A) Es necesario un acto abusivo de un derecho por parte de su titular

Esta es la condición que distingue y caracteriza al abuso de derecho de otras instituciones como el hecho ilícito. Consiste en que el acto debe ser “el ejercicio de un derecho que, sin salirse del marco objetivo que le señala la norma, se desvía, sin embargo, del fin que le es propio, del fin que el ordenamiento jurídico le tiene asignado”¹¹³. Esta condición se da cuando el ejercicio del derecho se divorcia de los intereses económico-sociales que le corresponden, cuando hay una motivación ilegítima.

En este caso concreto, para que se dé esta condición, es necesario que la intención de cada una de las sociedades mercantiles que integran el grupo, no haya sido realmente la de explotar negocios distintos y dedicarse a actividades económicas radicalmente diferentes. La relevancia de esta distinción es que el acto ilegal, aun sin causar un daño, es atacable. Si el acto ilegal además causa un daño comprobado (por dolo o culpa) acarrea igualmente la responsabilidad de indemnizar dicho daño.

(B) Es necesario un daño experimentado por la víctima y causado por el autor del acto abusivo

económico” y luego a una nueva concepción, acogida en nuestro ordenamiento legal, fundada en el “criterio del derecho-función, o del fin social”. La jurisprudencia ha paralelamente evolucionado y abandonado el primitivo criterio de rigidez al admitir la tesis funcional de los derechos, declarando que “los derechos subjetivos no son atribuidos abstractamente y para uso discrecional, sino que cada uno de ellos tiene su razón de ser, su misión que cumplir; si al ejercerlos se aparta el titular de su destino, de su finalidad, hará mal uso de ellos, abusaría en su ejercicio”. “Contribución al estudio del abuso del derecho”; Dr. Rafael Clemente Arráiz. Y en sentencia de octubre de 1966, de nuestra Casación, se declara: “que se es responsable no sólo cuando el titular excede en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe, caso en el cual habría que probar que ha actuado de mala fe; sino también cuando ese exceso se produce por haber ido más allá del objeto en vista del cual le ha sido conferido el derecho.”

¹¹³ GONZÁLEZ BAQUERO, Juan Ramón. La recepción del principio del abuso de derecho en el ordenamiento jurídico venezolano. Valencia, Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo, 1976, pp. 30-33.

El daño es el requisito *sine qua non* para la procedencia de reparación a cargo del agente. Para que un daño sea reparable debe (i) ser cierto, no simplemente probable; (ii) ser actual o consecuencia directa e inevitable de un daño presente; (iii) ser determinado o determinable, vale decir, cuantificable; (iv) no haber sido reparado; (v) afectar un interés legítimo de la víctima; y (vi) ser personal a la víctima.

(C) La relación de causalidad entre el acto y el daño.

Si se argumenta que el daño está representado por la constitución de diversas sociedades mercantiles, que utilizan una misma denominación común, y cuya intención evidenciada es eludir el cumplimiento de normas de orden público, la relación de causalidad resulta evidente.

5.4.1 Sobre el carácter no vinculante de la Sentencia Saet

De conformidad con lo establecido en el artículo 335 de la Constitución vigente sólo serán vinculantes para las otras Salas del TSJ, aquéllas sentencias dictadas por la Sala Constitucional que versen sobre la interpretación, el contenido y el alcance de las normas y principios constitucionales. Aunado a lo anterior, ha constituido doctrina de la Sala Constitucional señalar a texto expreso en sus sentencias cuando las mismas establecen criterios vinculantes para las demás Salas del TSJ.

A continuación, nos permitimos hacer una breve referencia a algunas de las sentencias emanadas de la Sala Constitucional, en las cuales se evidencia que la propia Sala Constitucional establece de manera expresa los criterios que considera deben ser vinculantes para todas las Salas.

En Sentencia N° 1.318 de fecha 2 de agosto de 2001 la Sala Constitucional emitió sentencia con ocasión del Recurso de Revisión intentado por la abogada Teresa Suárez Hernández en contra de la sentencia emanada del Juzgado Primero de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, en la cual señaló:

Finalmente, considera esta Sala Constitucional un deber advertir a los jueces que ningún acto de la Administración Pública puede estar excluido del control jurisdiccional, por tanto, no resulta posible declarar la falta de jurisdicción frente a situaciones que, de no proveerse la actuación judicial correspondiente, constituiría una denegación de justicia, quedando una parte de la actividad administrativa al margen de la revisión judicial implícita en toda actividad del Poder Público. *En tal virtud, los Juzgados del Trabajo cuando conozcan en lo sucesivo de situaciones como la planteada en autos, deberán acatar la doctrina contenida en el presente fallo en aras de*

una efectiva administración de justicia, por tanto, el presente fallo tendrá efectos ex tunc a partir de su publicación, pues 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 (énfasis añadido).

En fallo N° 982 de fecha 6 de junio de 2001 la Sala Constitucional se pronunció con ocasión de la acción de amparo constitucional interpuesta por José Vicente Arenas Cáceres, y expresó:

Publíquese, regístrese y notifíquese. Archívese el expediente. Remítase copia certificada de la presente decisión al Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua y al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Estabilidad Laboral de la misma Circunscripción Judicial. *Publíquese en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Remítase copia a todos los Jueces Rectores y Presidentes de Circuitos Judiciales Penales de la República para que la distribuyan, a su vez, entre todos los jueces de las circunscripciones y circuitos a su cargo y destáquese como información en el sitio web de este Tribunal Supremo de Justicia, como medio auxiliar de divulgación de su actividad judicial. Oficiese según lo ordenado (destacado nuestro).*

Posteriormente, el 18 de noviembre de 2003 la Sala Constitucional con ocasión de la acción de amparo constitucional interpuesta por la sociedad Nautical Marine Service C.A., estableció:

La sentencia es una norma individualizada, pero las sentencias de esta Sala que establezcan interpretaciones sobre derechos y garantías constitucionales, tienen carácter vinculante por disposición del Texto Constitucional.

Por otra parte, la sentencia del 2 de agosto de 2001, dictada por esta Sala, dejó establecido:

“La expresada omisión no autoriza a interpretar que la jurisdicción laboral es entonces la competente para conocer de dichos juicios, con base en lo dispuesto en los artículos 5 y 655 *eiusdem*, sino que lo razonable era establecer que como quiera que, la decisión provenía de un órgano de carácter administrativo, inserto en el Poder Ejecutivo, esto es, de las Inspectorías del Trabajo, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer y decidir este tipo de controversias era la jurisdicción contencioso administrativa, siendo consecuente con el principio del juez natural. De lo expuesto se colige, que el criterio sostenido en la sentencia anteriormente citada, dictada por la Sala Político Administrativa, debe

ser abandonado. *En consecuencia, deberá prevalecer el presente criterio, lo que implica que, en el futuro, los Juzgados con competencia en materia laboral, deberán declinar en los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento y decisión de los recursos interpuestos contra las providencias administrativas, dictadas por las Inspectorías del Trabajo, por ser éstos los órganos judiciales a los cuales les incumbe conocer de este tipo de juicios.*

...omissis...

En tal virtud, los Juzgados del Trabajo cuando conozcan en lo sucesivo de situaciones como la planteada en autos, deberán acatar la doctrina contenida en el presente fallo en aras de una efectiva administración de justicia, por tanto, el presente fallo tendrá efectos ex tunc a partir de su publicación, pues 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”.

Así las cosas, y como quiera que se trata de una Sentencia Consultada, que fija criterios sobre competencia objetiva, y como quiera, que las normas procesales son de aplicación inmediata, aun en los procesos que se hallen en curso, el agravante debió acatar el fallo del 2 de agosto 2001, y declinar la competencia en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

No obstante, el agravante dictó Sentencia Consultada definitiva el 11 de octubre del mismo año, y *violentó la doctrina vinculante de esta Sala* y así se declara (destacados nuestros).

Recientemente, el 31 de mayo de 2004 la Sala Constitucional con ocasión de la demanda que por intereses colectivos ejerciera Carlos Humberto Tablante Hidalgo contra la Compañía Anónima de Alumbrado y Fomento Eléctrico C.A. (CADAFE) y su filial C.A. Electricidad del Centro (Elecentro)¹¹⁴, ratificó el criterio anteriormente señalado:

Debido a los efectos erga omnes de este fallo y a la naturaleza vinculante de la doctrina en él contenida, y no obstante que tal carácter lo adquiere la anterior doctrina desde la fecha de publicación de esta sentencia por la Sala, publíquese además en la Gaceta Oficial de la República (destacado nuestro).

¹¹⁴ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/1042-310504-02-0444%20.htm>
www.tsj.gov.ve

De lo anterior se evidencia, que en los casos en que la Sala Constitucional ha considerado el carácter vinculante de sus decisiones, así lo ha establecido a texto expreso en el texto de sus decisiones, e incluso ha ordenado hasta su publicación en la Gaceta Oficial. Como quiera que la Sentencia Saet no se produce con ocasión de la interpretación de ningún derecho constitucional, así como tampoco establece en su texto su carácter vinculante respecto de las demás Salas del TSJ, consideramos que la misma no establece ningún criterio vinculante para la Sala de Casación Social, ni para ninguna otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia.

5.5 *Sentencia Abbott Laboratories C.A. vs. Enrique Emilio Álvarez Centeno*

Consideramos importante mencionar otra sentencia reciente que ha tratado el tema que nos ocupa. En este sentido, en fecha 14 de diciembre de 2004, la Sala de Casación Social del TSJ¹¹⁵, estableció que lo relevante para determinar si existe verdaderamente una vinculación entre sociedades mercantiles, conformando un grupo de empresas del mismo nombre y con negocios a escala internacional *es la unidad organizativa y funcional*. Se reiteró de esta manera el criterio según el cual, la existencia económica o mercantil *per se* de un grupo económico no conlleva necesariamente a la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo, sino que para ello es necesaria la concurrencia de, al menos, dos elementos según lo señala la propia Sala de Casación Social, como lo son la unidad en la organización y en el funcionamiento de éstas.

Conclusiones

1. La libertad de empresa está prevista constitucionalmente en la gran mayoría de los países iberoamericanos. No obstante lo anterior, la referida libertad no suele estar consagrada de manera absoluta, sino sujeta al interés colectivo y puede ser limitada en su ejercicio mediante leyes dictadas con propósitos específicos. La mencionada libertad, establecida constitucionalmente también en Venezuela, sólo debe ser objeto de limitaciones por vía legal, es decir, a través de leyes formales dictadas para tal fin en nuestro país por la Asamblea Nacional, o a través de Decretos-Leyes debidamente habilitados por aquélla. No somos partidarios de establecer limitaciones o cargas adicionales a la libertad empresarial por vía jurisprudencial y/o reglamentaria.
2. La determinación de la existencia laboral de un grupo de empresas, corresponde única y exclusivamente a los jueces laborales quienes deben analizar los

¹¹⁵ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Diciembre/1633-141204-041213.htm>
www.tsj.gov.ve

supuestos fácticos en cada caso concreto. Para esta determinación, los tribunales se fundamentan en los requisitos primarios exigidos en el artículo 21 del RLOT, a saber: (i) administración o control común de las empresas que constituyen el grupo; y, (ii) la constitución de una unidad económica de carácter permanente, que supone el desarrollo en conjunto de actividades que evidencien su integración.

3. En nuestro criterio, para poder determinarse la existencia de un grupo de empresas laboral debe tomarse en cuenta la existencia conjunta de los elementos esenciales constitutivos de la misma, como lo son: (i) accionistas comunes en pluralidad de sociedades; (ii) el poder de control y el interés económico común; y (iii) la pluralidad de negocios inherentes e integrados. Adicionalmente, se pueden tomar en consideración los elementos accesorios o complementarios, que no determinan, por sí solos, la existencia del grupo, pero auxilian al operador jurídico en su determinación, como lo son: (i) la tesorería centralizada; y (v) el uso mancomunado de denominación, marcas y emblemas. Por tanto, consideramos que el alcance del artículo 21 del RLOT, debe ser entendido como unidad de fines o propósitos económicos perseguidos por la unidad de empresas y no en el de empresarios únicos con empresas de diversa actividad.
4. La consecuencia jurídica de la declaración de un grupo de empresas está limitada reglamentariamente a la solidaridad pasiva entre las distintas sociedades que lo integran respecto del pago de los beneficios y compromisos contraídos con sus trabajadores. El alcance de dicha solidaridad no está establecida en la legislación patria; sin embargo, doctrinaria y jurisprudencialmente se señala que la solidaridad: (i) se extiende a la ficción de considerar como una sola relación de trabajo, en el supuesto de un trabajador que prestó servicios continuamente para varios patronos integrantes de un grupo; y (ii) no implica la homogeneidad de las condiciones de trabajo de todas las empresas del referido grupo, no obstante lo establecido alguna jurisprudencia de la Sala de Casación Social TSJ, toda vez que cada integrante del grupo es patrono de sus trabajadores y que la extensión de beneficios debe establecerse expresamente por Ley.
5. La solidaridad es regla de categoría legal, no reglamentaria, y de interpretación considerada de derecho estricto. Su aplicación está reservada por la LOT a los únicos tres casos que su articulado contempla, a saber, (i) los trabajadores contratados por intermediarios (artículo 54 LOT); (ii) los trabajadores de contratistas y subcontratistas cuando realicen actividades inherentes o conexas (artículo 56 LOT); y (iii) sustitución de patronos (artículo 90 de la LOT). Somos de la opinión que esa solidaridad pasiva reglamentaria es ilegal, puesto que sólo puede establecerse por Ley o por pacto expreso entre las partes. Ade-

más pensamos que esa supuesta obligación no puede tener carácter indivisible, por su propia naturaleza.

6. La jurisprudencia más reciente del TSJ ha considerado que el artículo 21 del RLOT desarrolla el principio de unidad económica contenido en el artículo 177 de la LOT, que refiere únicamente al cálculo de la participación de los trabajadores en los beneficios o utilidades. De acuerdo con las mencionadas decisiones del TSJ, empresas aparentemente autónomas, sometidas a un control común y a una composición accionarial similar, constituyen una unidad económica y, por tanto cada patrono responde solidariamente de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores, y recientemente han señalado, sin argumentación convincente, que la mencionada obligación es indivisible. Sin embargo, en nuestro criterio, no basta con que los distintos patronos que integran el grupo de empresas tengan una composición accionaria o administración común, sino que es indispensable que en su conjunto desarrollen actividades que evidencien su integración, en procesos únicos de producción de bienes o servicios inherentes. Finalmente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del TSJ pareciera inclinarse en la homogenización de las condiciones de trabajo entre cada unidad parcial que compone al grupo de empresas.
7. Pensamos que la homogenización derivada del grupo de empresas sólo aplicaría en los casos en que se evidencie simulación o fraude laboral, en la constitución de compañías alternas con el fin de reducir o simular el otorgamiento de los derechos y beneficios laborales de los trabajadores. En vista que la buena fe siempre se presume, pensamos que quien alegue fraude o simulación debe probarlo. Cuando un trabajador presta su servicio de manera constante y simultáneamente a todas las compañías de un grupo de empresas, no puede pretenderse pagarle beneficios laborales con base en la compañía que otorga menores beneficios. De los hechos alegados en la jurisprudencia citada, se puede entender que en los mencionados casos ocurrió algún tipo de fraude, simulación o el pago de beneficios inferiores a los realmente debidos. No obstante ello, no pensamos que auxilie a la administración de la justicia o a la sana economía de mercado, establecer reglas generales donde se presuma la mala fe del empleador o la señalada homogenización de beneficios como consecuencia natural de los grupos de empresa.

pág. 724 blanca

El daño moral. Su estimación y reparación en materia laboral

Deyaeva ROJAS GUTIÉRREZ¹

SUMARIO

- Introducción.**
- 1. La responsabilidad civil. Generalidades.**
- 2. El daño. Clasificación y condiciones.**
- 3. El daño moral.**
- 4. Estimación y reparación del daño moral en Venezuela.**
- 5. Daño moral laboral.**
- 6. Estimación y reparación del daño moral laboral. Tratamiento jurisprudencial.**
- Conclusiones.**

Introducción

El presente trabajo tiene como objeto explicar el tratamiento del daño moral en materia del Derecho del Trabajo, según la legislación, la jurisprudencia y la doctrina venezolana.

Es por ello, que a los fines de lograrlo, en el desarrollo del mismo procedimos a explicar lo relativo a la responsabilidad civil, estableciendo sus generalidades y

¹ **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogada. **Universidad Central de Venezuela**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado*, Especialización en Derecho Procesal, cursante. **Romero Muci & Asociados**, Despacho de Abogados, Departamento Laboral, Abogada. Autora de diversos estudios difundidos en revistas especializadas.

fundamentos en nuestro Derecho Civil venezolano y de esta forma analizar lo relativo al daño como elemento integrante de la mencionada responsabilidad.

Posteriormente, desarrollamos lo relativo al daño, así como su clasificación y condiciones de procedencia en nuestro Derecho, lo cual nos llevó a la explicación del daño moral surgido en las relaciones laborales, estableciendo los conceptos que en referencia al mismo han sido desarrollados por distintos autores de nuestra doctrina.

En este mismo orden de ideas, procedimos al estudio y análisis de cómo ha sido el desarrollo en Venezuela a los fines de la estimación y reparación del daño moral en general. Para de este modo, estudiar ya en específico el daño moral y su estimación y reparación en materia laboral, para lo cual, nos guiamos fundamentalmente por el tratamiento jurisprudencial que se le ha dado en nuestro país y muy específicamente, según el criterio y tendencia de nuestra Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

1. La responsabilidad civil. Generalidades

Como punto de inicio del presente trabajo, se nos hace necesario entrar a analizar la Teoría de la Responsabilidad Civil, para posteriormente comentar el daño como elemento integrante de la mencionada responsabilidad.

La responsabilidad civil está caracterizada por una obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento culposo de una obligación o conducta presupuesta por el legislador. De este modo, no es más que una situación eminentemente patrimonial, en virtud de la cual el autor del daño compromete su patrimonio, quedando el mismo afectado a cubrir la obligación de repararlo.

En este mismo orden de ideas, autores como Von Tour y Savater definen la responsabilidad civil, de la siguiente manera²:

1. *Von Tour*, afirma que la responsabilidad civil es la situación jurídica del patrimonio de la persona que ha causado un daño injusto, quien queda obligado a repararlo.
2. *Savater*, define la responsabilidad civil como la obligación que incumbe a una persona de reparar el daño causado a otra por su propio hecho, o por el hecho de las personas o cosas dependientes de ellas.

² MADURO LUYANDO, Eloy. **Curso de Obligaciones. Derecho Civil III**. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Editorial Sucre, 1989, p. 131.

Por otro lado, tradicionalmente, la doctrina ha distinguido dos categorías de responsabilidad civil: (i) *la contractual*: que comprende el régimen de la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento culposo de una obligación derivada de un contrato y (ii) *la extracontractual*: que comprende el régimen de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento culposo de una obligación o de una conducta preexistente que no se deriva de ningún contrato. La responsabilidad extracontractual comprende las obligaciones de reparar derivadas de fuentes distintas del contrato (enriquecimiento sin causa, pago de lo indebido, gestión de negocios, hecho ilícito, abuso de derecho y manifestación unilateral de voluntad). Sin embargo, la tendencia de la doctrina moderna es entender la responsabilidad civil como una única noción, una sola figura, una misma concepción, con algunas derivaciones o efectos particulares, integrados por la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

Es así, como en base a la tendencia de la doctrina moderna se observa que al momento en que surja la necesidad de reparar un daño injusto, se encontraran elementos invariables, esto es: (i) el incumplimiento de una conducta preexistente establecida por el legislador; (ii) una culpa que acompaña el incumplimiento; (iii) un daño causado por el incumplimiento culposo y (iv) la relación de causalidad entre el incumplimiento culposo y el daño inferido.

Expuesto lo anterior, son caracteres de la responsabilidad civil, los siguientes:

1. La responsabilidad civil tiene como finalidad primordial la reparación del daño causado y no la sanción o castigo para el causante del daño: de este modo, el grado de culpa en que incurra el causante del daño tiene relativamente poca influencia en la extensión o monto de la reparación. Por tanto, la indemnización será igual a la extensión de los daños, aunque éste se cause por culpa leve o por culpa grave.
2. La acción destinada a obtener la reparación, tiene un marcado carácter privado: por el hecho de tener que ejercerla la víctima ante los órganos jurisdiccionales.
3. La responsabilidad civil puede ocurrir no solo en casos donde el civilmente responsable haya causado el daño personalmente, sino también cuando el daño es causado por intermedio de una persona sometida a su control o vigilancia o de alguna cosa dependiente de aquél.

Son clases de responsabilidad civil³, las siguientes:

³ *Ibidem*, p. 135.

1. *Según la naturaleza de la conducta incumplida.* Esta se divide en:
 - a. *Responsabilidad civil contractual*, no es más que la obligación de reparar un daño proveniente del incumplimiento culposo de una obligación derivada de un contrato.
 - b. *Responsabilidad civil extracontractual*, ocurre cuando el agente causa un daño a la víctima por el incumplimiento culposo de una conducta u obligación que no proviene de algún contrato preexistente. Esta responsabilidad a su vez se divide en:
 - b.1 *Responsabilidad civil legal*: es la obligación de reparar un daño proveniente del incumplimiento culposo de una obligación derivada de la ley. Entre estos casos de responsabilidad están las obligaciones provenientes de un pago de lo indebido, de una gestión de negocios, de un enriquecimiento sin causa, de una manifestación unilateral de voluntad o de un abuso de derecho.
 - b.2 *Responsabilidad civil delictual*: es la obligación de reparar un daño proveniente del incumplimiento culposo de una conducta o deber jurídico preexistente, que si bien el legislador no determina expresamente, si lo protege jurídicamente al establecer su sanción dentro del ordenamiento jurídico positivo. Por tanto, ocurre cuando el agente causa un daño a la víctima mediante la comisión de un hecho ilícito. Esta responsabilidad está contemplada como principio general en el primer párrafo del artículo 1.185 de nuestro Código Civil, al señalar: “El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo”.

Por otra parte, también constituye en nuestro derecho responsabilidad civil delictual, la necesidad de reparar un daño cuando este es ocasionado por abuso de derecho, lo cual está contemplado en el segundo párrafo del artículo 1.185 *ejusdem*: “Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

2. *Según la obligación de reparar provenga o no de culpa del agente.* La responsabilidad se divide en:
 - a. *Responsabilidad civil subjetiva*: es la responsabilidad según la cual sólo deben ser reparados los daños que el agente cause por su propia culpa. Si el agente que causa el daño no incurrió en culpa al ocasionarlo, debe quedar exonerado de la reparación.

- b. *Responsabilidad civil objetiva*: es la responsabilidad según la cual el daño debe ser reparado, independientemente de que el agente actúe o no con culpa en el momento de causarlo. Este tipo de responsabilidad inspira actualmente las indemnizaciones de tipo laboral en caso de accidentes, consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo, por lo cual el trabajador de que se trate tiene derecho a la indemnización, aún en los casos en que el daño se lo cause el trabajador por su propia culpa.

2. El daño. Clasificación y condiciones

Al ser el daño uno de los elementos integrantes de la responsabilidad civil, es necesario dejar establecido que no basta con la existencia de un incumplimiento puro y simple (que no es más que la no ejecución de una conducta o de una actividad predeterminada que debía ejecutar el sujeto de derecho; de modo, que puede tratarse de una obligación preexistente derivada de una convención ‘contrato’ o de la ley ‘gestión de negocios, pago de lo indebido, enriquecimiento sin causa’, o de un deber jurídico que la ley presupone y cuya violación acarrea al infractor la obligación de reparar ‘hecho ilícito’). Para que surja la obligación de reparar, es necesario que ese incumplimiento cause un daño; de modo, que si el incumplimiento no produce daño alguno, nada habrá que indemnizar y por tanto no habría lugar a la responsabilidad civil.

Así, los daños y perjuicios son toda disminución o pérdida que experimenta una persona en su patrimonio material o en su patrimonio moral. Los mismos son clasificados de la siguiente manera⁴:

1. Según el origen del daño: (i) *daños y perjuicios contractuales*, son aquellos causados al acreedor de una obligación derivada de un contrato por el deudor que la incumple culposamente y (ii) *daños y perjuicios extracontractuales*, son los daños derivados del incumplimiento de una obligación que no proviene de un contrato sino de otras fuentes de obligaciones distintas del contrato.
2. Según la naturaleza del patrimonio afectado: (i) *daño moral o patrimonial*, que no es más que una pérdida o disminución de tipo económico que una persona experimenta en su patrimonio y (ii) *daño moral*, el cual será analizado a profundidad en el punto siguiente del presente trabajo.
3. Según que el daño sea consecuencia inmediata o mediata de un incumplimiento culposo: (i) *daño directo*, es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento culposo de una obligación y (ii) *daño indirecto*, es consecuencia mediata

⁴ *Ibidem*, p. 142.

o lejana del incumplimiento de una obligación. Este tipo de daños no son indemnizables en nuestro país, siendo su reparación prohibida por el artículo 1.275 del Código Civil⁵, que ordena reparar solo los daños y perjuicios que, como ya señaláramos, sean consecuencia directa e inmediata de la falta de cumplimiento de la obligación.

4. Según que el daño derive del incumplimiento definitivo, total o parcial de una obligación: (i) *daños y perjuicios compensatorios*, son aquellos definitivamente sufridos por el acreedor de una obligación que ha sido incumplida total o parcialmente, pero de modo definitivo, por el deudor. Esta indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento culposo definitivo o permanente del deudor viene a compensar al acreedor de la no ejecución en especie de la obligación y (ii) *daños y perjuicios moratorios*, son aquellos causados por el retardo culposo en la ejecución de la obligación. Estos daños no proceden en caso de incumplimiento permanente (total o parcial) de la obligación; sino en los casos de incumplimiento temporal (retardo culposo en el cumplimiento).
5. Según que el daño consista en una disminución del patrimonio del acreedor: (i) *daño emergente*, consiste en la pérdida experimentada por el acreedor en su patrimonio, derivada inmediatamente del incumplimiento culposo del deudor y (ii) *lucro cesante*, consiste en el no aumento del patrimonio del acreedor por habersele privado de un incremento que normalmente hubiese ingresado en su patrimonio de no haber ocurrido el incumplimiento.

Finalmente, son condiciones del daño, siguiendo al autor Maduro Luyando, las que a continuación se señalan:

1. *Debe ser cierto*: esto significa que el daño debe existir, es decir, el daño debe haberlo experimentado la víctima y no basta con que su existencia sea hipotética.
2. *El daño debe lesionar un derecho adquirido*: lo que significa que el daño para poder ser indemnizado debe lesionar un derecho adquirido de la víctima.
3. *El daño debe ser determinado o determinable*: lo que significa que el reclamante deberá especificar los daños y determinarlos en su extensión y cuantía. La víctima o reclamante debe determinar los daños o proporcionarle al juez los elementos de juicio para poder hacerlo.
4. *El daño no debe haber sido reparado*: esto es, que el daño sufrido por la víctima no haya sido reparado.

⁵ Artículo 1.275 del CCV: “Aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y a la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación”.

5. *El daño debe ser personal a quien lo reclama*: lo que significa que en principio el daño puede reclamarlo la propia víctima y nadie puede reclamar el daño sufrido por otro. Sin embargo, las acciones que posee la víctima pueden pasar a sus herederos o ser cedidas por ella mediante un acto jurídico válido.

Cuando se trate de daños personalísimos a la víctima, como por ejemplo: el que consiste en una disminución de la capacidad de trabajo o en un daño moral, la tendencia es no permitir que pase a los herederos, a no ser que la acción haya sido intentada ante los órganos jurisdiccionales, en vida de la víctima.

3. El daño moral

Según el diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales⁶; si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el agravio moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales, que cuentan con protección jurídica; y si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se inflige a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley. Adicionalmente, señala que el agravio moral tanto puede proceder de un acto ilícito civil como de uno criminal; y, en cualquier supuesto, la responsabilidad de la indemnización del daño causado corresponde al agravante.

Según Maduro Luyando⁷, consiste en la afección de tipo psíquico, moral espiritual o emocional que experimente una persona. Es el dolor que sufre una persona por un daño de tipo físico, daño que comúnmente se denomina en la doctrina como *pretium doloris* (precio del dolor). Por otra parte señala este mismo autor que de manera amplia, el daño moral ha sido definido como todo sufrimiento humano que no consiste en una pérdida pecuniaria.

Según Alejandro Pietri⁸, el daño moral es el daño no patrimonial, es el daño que no recae directamente sobre el patrimonio de una persona, o que cayendo sobre bienes objetivos, ocasione o no lesión material en los mismos, causa una perturbación anímica en su titular, cualquiera sea el derecho que sobre ellos se ostente. Continúa señalando este autor, que el daño moral es, daño espiritual, daño inferido en derechos de la estricta personalidad, o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material, económica.

⁶ OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Editorial Eliasta S.R.L., 1730, p. 45.

⁷ MADURO LUYANDO, ob. cit., p. 143.

⁸ PIETRI, Alejandro. *De la Acción de Simulación. Valoración Jurídica del Daño Moral*. Caracas, Ediciones Fabretón, 1988, p. 107.

Expuestas las definiciones anteriores; Maduro Luyando señala que la doctrina ha distinguido dos aspectos de daños morales, a saber:

1. *El daño que afecta el aspecto social del patrimonio moral*, que comprende las hipótesis de atentado al honor, a la reputación, al prestigio social y se traduce en perjuicios relativamente fáciles de determinar.
2. *El daño que afecta al aspecto afectivo del patrimonio moral*, esto comprende el sufrimiento psíquico y emocional (dolor de la madre por la muerte del hijo, de un ascendiente o de un cónyuge, los dolores físicos sufridos por una persona, entre otros). Este tipo de daño es más difícil de estimar pecuniariamente.

4. Estimación y reparación del daño moral en Venezuela

En este punto se nos hace necesario señalar que en nuestro país, antes de la promulgación de nuestro Código Civil vigente, no existía norma legal que autorizara la indemnización por daño moral; sin embargo, nuestra doctrina y jurisprudencia lo admitía plenamente en materia de responsabilidad delictual.

Es en el Código Civil de 1942, que se introduce el artículo 1.196 que señala expresamente:

“La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. El juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines o cónyuge, como reparación del daño sufrido en caso de muerte de la víctima”.

Posteriormente, en virtud del mencionado artículo surgió la discusión en nuestra doctrina de si la enumeración mencionada en el mismo, era taxativa o enunciativa; procediendo los daños morales solo en los supuestos señalados en el artículo 1.196 del Código Civil venezolano o procediendo no sólo en dichos casos sino también en cualesquiera otros casos no contemplados expresamente en el artículo 1.196 *ejusdem*, respectivamente. En este sentido, la doctrina señaló que al establecerse en dicho artículo que *“el juez puede, especialmente”*, quería significar que los daños morales proceden en todo caso de hechos ilícitos que los produzcan; y que, por tanto, su enumeración es meramente enunciativa.

En otro orden de ideas, nuestra jurisprudencia ha establecido que el caso del daño moral que consiste en el dolor experimentado por muerte de la víctima, sólo se

extiende a los parientes, afines o cónyuge; excluyéndose en este caso la reparación de daños morales que aleguen haber sufrido personas distintas a las señaladas. Sin embargo, en caso del dolor sufrido por la propia víctima, éste sólo puede ser reclamado por ella misma y no por parientes ni por otras personas allegadas.

También es discutido en la doctrina si el daño a la integridad física, como pérdida de miembros del cuerpo humano, desfiguraciones del rostro, daños a la salud que produzcan incapacidades temporales o permanentes, configura un daño de tipo patrimonial o de tipo moral. Todo esto ha sido resuelto en el sentido, de que este tipo de daños no pueden encuadrarse única y exclusivamente en uno u otro; sino muy por el contrario se ha establecido que el daño a la integridad física constituye un complejo de daños materiales y de daños morales.

Es así, como el daño a la integridad física, será un daño material en lo que respecta a las consecuencias de tipo patrimonial y pecuniario que experimente la víctima, lo que incluye el daño emergente y el lucro cesante; y será un daño de tipo moral en cuanto al dolor experimentado y al trauma psicológico que pueda significar para la víctima.

Otros autores señalan que en algunas ocasiones los daños morales pueden ser de tal magnitud que exceden en importancia para la persona que los sufre a cualquier daño material que le fuere inferido, bien por la entidad de los mismos, bien por la estimación que personalmente pueda hacer del bien espiritual lesionado (la esfera de la espiritualidad de la persona, tiene para el sujeto en la mayoría de los casos, un mayor valor que la esfera meramente material); de donde a todas luces se desprende, que la protección de dicha esfera por el ordenamiento jurídico ha de estar en consonancia con esa superior importancia que el sujeto lesionado le concede, si de verdad quiere cumplir con la misión de amparo que el derecho tiene que otorgar a la persona humana, conforme a las normas de la justicia⁹.

En este sentido, la reparación del daño moral, atiende al perjudicado, mira al restablecimiento de la situación anterior en que se encontraban sus bienes espirituales, bien mediante su reposición concreta en el mismo estado, cuando fuere posible, bien atendiendo a su compensación (compensación que es sumamente difícil determinar). Por tanto, esto trae como consecuencia la subjetividad en la valoración del daño sufrido; valoración que nunca podrá ser considerada como improcedente o injusta, ya que la estimación de un bien espiritual es obra exclusiva de aquél que la posee o que de ella se beneficia; ya que al ser personal la estimación

⁹ *Ibidem*, p. 110.

de los bienes espirituales, también tiene que ser exclusivamente personal del ofendido la estimación de la reparación.

De todo lo anterior se desprende, que al plantearse ante el Tribunal de que se trate una demanda por daño moral, el afectado se verá obligado a hacer, sino una estimación material del daño moral, si una estimación material de su reparación.

En Venezuela la reparación de los daños morales es una cuestión puramente personal; siendo la estimación de la satisfacción exclusiva del ofendido, dada la subjetividad de los bienes espirituales; y en donde la intervención de los órganos jurisdiccionales va a estar dirigida a conseguir una satisfacción en la reparación, mediante la imposición al autor de la obligación de cumplir la voluntad del ofendido.

Finalmente, nuestra doctrina y jurisprudencia se inclinan por el hecho de dejar al juez amplias facultades para la apreciación y estimación del daño moral; perteneciendo a la discreción y prudencia del juez la calificación, extensión y cuantía de los daños morales. Por tanto, el juez toma en cuenta para fijar la cuantía de estos daños (i) el grado de cultura y educación del reclamante y (ii) su posición social y económica; siendo las indemnizaciones acordadas generalmente muy moderadas.

5. Daño moral laboral

En materia del Derecho del Trabajo, se debe hacer mención al hecho de que el daño laboral producido por la terminación del contrato de trabajo, por causas independientes de la voluntad del trabajador, ésta valorado de inmediato en una cantidad exacta estimada por ley (indemnizaciones en caso de despido injustificado o de retiro injustificado). Sin embargo, el daño moral; que es el menoscabo que las personas pueden sufrir en sus bienes inmateriales, es decir, en sus afecciones, sentimientos, relaciones de familia y, en general, en todos aquellos que constituyen sus bienes extrapatrimoniales, no está incluido en las sumas indemnizatorias y, obligatoriamente debe ser reparado a la persona afectada por el hecho dañoso del cual ha sido objeto.

En este sentido, tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia en interpretación de la ley, han desarrollado la teoría de la responsabilidad civil (explicada con anterioridad en el desarrollo de este trabajo), extendiéndola al ámbito laboral; definiéndose una responsabilidad objetiva para los accidentes del trabajo y analizando las responsabilidades derivadas del hecho ilícito, basadas en la culpa o el dolo, para la determinación tanto del daño material como del daño moral (objeto de este trabajo).

1. Responsabilidad Objetiva

En lo que respecta a la responsabilidad objetiva, también llamada teoría del riesgo profesional y desarrollada como ya explicáramos, a través de la teoría de la responsabilidad civil; la misma es la fuente doctrinal de nuestra Ley Orgánica del Trabajo. Quienes sostienen esta doctrina señalan:

“...es el patrono quien recoge los beneficios de esta producción y es a quien incumbe la obligación de indemnizar a la víctima en caso de realización del riesgo” (Federico Pic).

“...el trabajo comporta peligros y particularmente el trabajo industrial, el patrón que hace trabajar a un obrero lo expone al riesgo de accidentes, no se puede decir que haya culpa de su parte al exponer así al obrero, es una necesidad del progreso industrial, una consecuencia de la complejidad del maquinismo que engendra una producción de calidad superior y de un costo menor; estos peligros del trabajo son causa de accidentes para los obreros y constituyen como el precio del rescate del progreso” (Revast y Givord).

“...el accidente de trabajo es un riesgo de la profesión: amenaza a todos los que trabajan. No hay hombre prudente, por atento que sea, que pueda jactarse de escapar a él. No hay que buscar la causa que lo produce porque, en virtud de la costumbre profesional, los actos de negligencia de un patrono, y, sobre todo, los de un obrero, son inevitables y hasta excusables. Se considera, por lo tanto, el accidente como algo aleatorio unido al oficio. Este algo aleatorio pesará sobre la empresa misma; es ella la que produce el riesgo y es ella la que debe repararlo. El que hace trabajar por su cuenta, mediante salario debe sufrir las consecuencias de los riesgos inherentes a dicho trabajo, porque es él quien los origina, y, además, porque es él quien obtiene el principal beneficio del trabajo”. (Colin y Capitant).

El autor patrio Gerardo Mille Mille en sus Comentarios sobre Jurisprudencia Laboral y la Ley Orgánica del Trabajo expone:

“En materia de Accidentes de trabajo, es sabido que nuestra Ley Laboral sustantiva recoge en su artículo 140 (hoy 560 de la Ley Orgánica del Trabajo), la doctrina de la responsabilidad objetiva, también denominada ‘Doctrina del Riesgo Profesional’, que hace procedente a favor del trabajador accidentado o enfermo, el pago de las indemnizaciones contempladas por el propio Legislador, independientemente de la culpa o negligencia del patrono, pero siempre condicionado a la presencia de un ineludible requisito de procedencia o presupuesto de hecho, como lo es la circunstancia de que el accidente o enfermedad a indemnizar, provengan del servicio mismo o con ocasión directa de él”.

En efecto, el artículo 560 de la Ley Orgánica del Trabajo dispone:

“Los patronos, cuando no estén en los casos exceptuados por el artículo 563¹⁰, 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”.

El artículo 560 mencionado, establece claramente la responsabilidad objetiva del patrono, esto es, la obligatoriedad de indemnizar a sus empleados por los accidentes y enfermedades profesionales, exista o no culpa por parte de la empresa o por parte de los mismos trabajadores o aprendices. Los artículos 567 y 571 al 574 *ejusdem* prevén en términos de días de salario mínimo, las cantidades que, por indemnización, recibirán los trabajadores en caso de accidente o enfermedad profesional que ocasione la muerte o incapacidad del empleado. El artículo 577 *ejusdem*, establece la obligación del patrono de cubrir los gastos por asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica necesaria como consecuencia de accidentes o enfermedades profesionales hasta un máximo de cinco (5) días de salario mínimo, así como que en caso de muerte, el patrono está obligado a sufragar los gastos del entierro, la cual no excederá de la cantidad equivalente a cinco (5) salarios mínimos.

Adicionalmente, la teoría de la responsabilidad objetiva, también es explicada por el jurista mexicano Mario de la Cueva, de este modo:

“El trabajador lesionado en su trabajo profesional debe ser indemnizado por aquél en cuyo provecho realizaba el trabajo. El accidente es para el patrono, un riesgo profesional. (...) La justicia y la equidad exigen que el empresario, creador del riesgo y quien además aprovecha los beneficios de la producción, tome a su cargo la reparación de los daños que causen sus instalaciones (...). Así pues, (...) el patrono responde del accidente, no porque haya incurrido en culpa, sino porque su cosa, su maquinaria, ha creado el riesgo (...)”

¹⁰ “Artículo 563: *Quedan exceptuados de las disposiciones de este Título y sometidos a las disposiciones del derecho común, o a las especiales que les conciernan, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales que sobrevengan: a) cuando el accidente hubiese sido provocado intencionalmente por la víctima; b) cuando el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo, si no se comprobare la existencia de un riesgo especial; c) cuando se trate de personas que ejecuten trabajos ocasionales ajenos a la empresa del patrono; d) cuando se trate de personas que ejecuten trabajos por cuenta del patrono en sus domicilios particulares; y e) cuando se trate de los miembros de la familia del propietario de la empresa que trabajen exclusivamente por cuenta de aquel y que viven bajo el mismo techo”.*

Es así, como de todo lo expuesto por el autor mexicano mencionado se desprende, que la teoría de la responsabilidad objetiva se fundamenta en 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, su medio de producción, ha creado un riesgo, en referencia al cual debe responder, indemnizando al trabajador por el daño causado. De modo, que esta responsabilidad está consagrada en el artículo 1.193 de nuestro Código Civil, y es denominada en nuestra doctrina responsabilidad objetiva por guarda de cosas, al señalar expresamente: “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”.

En este sentido, señala el autor Eloy Maduro Luyando, que la redacción del artículo 1.193 del Código Civil, no deja lugar a dudas que el responsable es la persona que tiene una cosa bajo su guarda, reconociéndose de este modo una presunción *juris et de jure* (presunciones que no admiten prueba en contrario). De modo, que esta presunción cae en una culpa in vigilando, la cual se supone absolutamente en la persona del guardián de una cosa cuando esta causa daño. Es decir, no se le permitirá al guardián demostrar la ausencia de culpa, no se le permitirá demostrar que ejerció correctamente sus poderes de vigilancia y de control sobre la cosa o que fue diligente en el cumplimiento de sus deberes. Por tanto, para exonerarse al guardián, éste solo 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)¹¹.

Por otra parte, y sobre este mismo tema, en sentencia del 22 de mayo de 1974, la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, señaló:

“Recibe así aplicación en el campo de los accidentes de trabajo la teoría de la responsabilidad objetiva. Conforme a ésta, *el patrono es responsable exista o no culpa de su parte en el accidente de que resulta víctima su trabajador, (...). Se trata, simplemente del riesgo profesional que la legislación laboral pone a cargo del patrono y a favor del trabajador*”.

Explicada la responsabilidad objetiva por accidentes de trabajo y su equiparación con la responsabilidad por guarda de cosas, su desarrollo ha sido objeto de diversas interpretaciones, llegándose a extender las consecuencias jurídicas derivadas de la responsabilidad por guarda de cosas a la responsabilidad objetiva por accidentes de trabajo.

¹¹ Maduro Luyando, ob, cit., pp. 665 y 666.

2. Responsabilidad objetiva y el daño moral

Expuesto lo anterior, procederé a hablar de la extensión de la responsabilidad objetiva al daño moral; de este modo tenemos que las consecuencias jurídicas de la responsabilidad por guarda de cosas, de eminencia civil, y que ha sido comentada, se ha ido traspasando al derecho laboral dada la similitud comentada. En efecto, en sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 18 de febrero de 1999, se expuso:

“Han sido demostrados en este caso, los extremos que hacen prosperar en derecho la demanda propuesta por la parte actora, por haberse cumplido los requisitos establecidos en el artículo 1.193 del Código Civil, en cuyo texto se establece la responsabilidad objetiva por los daños ocasionados por las cosas que se tienen bajo la guarda. Por consiguiente corresponde a esta Sala, estimar el monto que por concepto de daño moral habrá de pagar la demandada a la parte actora. Para hacer la fijación interesa precisar que el daño moral no requiere prueba especial”.

En este mismo orden de ideas, extendiéndose los efectos civiles de la comprobación del daño material al ámbito laboral, de acuerdo a sentencia del 17 de mayo de 2000, dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ésta expuso:

“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.

Es por ello que la teoría del riesgo profesional, aplicable al patrón por los accidentes o enfermedades profesionales que sufran 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. 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.

En cuanto a la estimación del daño moral causado por un accidente o enfermedad profesional, debemos señalar lo que al respecto expresó este Alto Tribunal:

“...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 afiliación 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, cuánta 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...” (Sentencia de la Sala de Casación Civil del 19 de septiembre de 1996, caso: Stergios Zouras Cumpi contra Pepeganga, C.A. en el expediente N° 96-038).

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 del Trabajo, así como también, si logra probar los extremos que conforman el hecho ilícito, la indemnización material que supera las indemnizaciones antes mencionadas. Así se declara.

Es decir, de probar el trabajador el hecho ilícito del patrono, cuya indemnización repara integralmente el daño material producido, el Juez deberá condenar solamente la diferencia entre la indemnización que procede por daño material tarifado por las leyes especiales y lo demandado por daño emergente y lucro cesante.”

Finalmente, y en base a todo lo anteriormente expuesto, en nuestro país, en materia laboral, la tendencia es que no importa que el daño se produzca o no por culpa del patrono, simplemente se prescinde de ella, que no es más que lo que se denomina responsabilidad objetiva, ya que por el simple hecho de producirse el daño al trabajador, el empleador está en la imperiosa obligación de indemnizarlo. Sin embargo, la existencia de culpa o dolo por parte del patrono, genera para éste, en caso de verificarse y constatarse, consecuencias jurídicas adicionales, como incrementos de indemnizaciones por daño emergente o lucro cesante. Por otra parte, de acuerdo a nuestra última tendencia jurisprudencial, la responsabilidad objetiva se extenderá a los daños morales, siempre que el daño ocasionado al trabajador, pueda ocasionar en éste repercusiones psíquicas o de índole afectiva al ente moral de la víctima, circunstancia que deberá ser valorada por el juez competente.

6. Estimación y reparación del daño moral laboral. Tratamiento jurisprudencial

En materia laboral, la estimación y reparación del daño moral, tiene su fundamento en los criterios jurisprudenciales sostenidos por la Sala de Casación Social de nuestro Tribunal Supremo de Justicia.

De este modo, sentencias de fecha de 18 de septiembre de 2003 y del 16 de octubre de 2003, dictadas por la Sala de Casación Social, han sostenido el siguiente criterio:

“Al decidirse una reclamación por concepto de daños morales, el sentenciador 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”.

En atención a esto, de ambas sentencias se concluye que, en materia laboral, se dejarán al juez las más amplias facultades para la apreciación y estimación del daño moral. Por tanto, pertenecerá a la discreción y prudencia del juez la calificación, extensión y cuantía de los daños morales.

Adicionalmente, las sentencias anteriormente mencionadas, señalan:

“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 accio-

nado 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 favor 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.”

Es así, como otra conclusión importante que se desprende de las sentencias mencionadas es el hecho de que la estimación del daño moral solo puede hacerla el juez a su libre y prudente arbitrio, conforme al artículo 1.196¹² del Código Civil, no pudiendo por tanto el accionante estimar o valorar el daño sufrido, ya que es potestad del juez hacer tal valoración en la definitiva.

Finalmente, por todo lo anteriormente expuesto, la procedencia o no de la indemnización por daño moral estará estrictamente ceñida:

- i) A los elementos fácticos que giren en torno al caso concreto de que se trate, como lo sería la importancia del daño psíquico ocurrido en los demandantes legitimados (en caso de muerte de la víctima por accidente de trabajo); o el daño psíquico ocurrido en la propia víctima (en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales).
- ii) Al grado de culpabilidad o de participación de la empresa en el hecho y que resulte demandada; así como su intervención para evitarlo.
- iii) A la conducta del trabajador, relacionada íntimamente con su prudencia, sano juicio, atención a normas y procedimientos empleados por la empresa.
- iv) Al grado de educación y cultura de los reclamantes en el caso concreto; así como su posición social y económica.
- v) A la capacidad económica de la empresa que resulte demandada.
- vi) Al análisis de las condiciones que pudiesen resultar atenuantes.

¹² Artículo 1.196 del CCV: “La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.”

- vii) Al tipo de retribución satisfactoria que necesitaría el reclamante o reclamantes para el resarcimiento del daño sufrido.
- viii) A la especificación de las referencias pecuniarias que el reclamante o reclamantes deben establecer y que sirvan de estimación para el juez, de modo de tasar la indemnización que considere equitativa en el caso concreto.

De manera, que si ninguno de los elementos anteriormente mencionados se deducen de la reclamación de que se trate, se impediría al juez determinar el *quántum* de la indemnización por daño moral, resultando la procedencia del mismo inaceptable.

Conclusiones

1. En materia laboral, se debe hacer mención al hecho de que el daño laboral producido por la terminación del contrato de trabajo, por causas independientes de la voluntad del trabajador, ésta valorado de inmediato en una cantidad exacta estimada por ley (indemnizaciones en caso de despido injustificado o de retiro injustificado). Sin embargo, el daño moral; que es el menoscabo que las personas pueden sufrir en sus bienes inmateriales, es decir, en sus afecciones, sentimientos, relaciones de familia y, en general, en todos aquellos que constituyen sus bienes extrapatrimoniales, no ésta incluido en las sumas indemnizatorias y obligatoriamente deben ser reparado a la persona afectada por el hecho dañoso del cual ha sido objeto.
2. La responsabilidad civil está caracterizada por una obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento culposo de una obligación o conducta presu- puesta por el legislador. De este modo, no es más que una situación eminentemente patrimonial, en virtud de la cual el autor del daño compromete su patri- monio, quedando el mismo afectado a cubrir la obligación de repararlo. Sin embargo, en materia laboral esto no es más que la responsabilidad objetiva o también llamada teoría del riesgo profesional; y haya o no culpa de la empre- sa, la misma debe responder inexcusablemente; por otra parte, esto se hará ex- tensible al daño moral, siempre que el infortunio pueda ocasionar repercusio- nes psíquicas o de índole afectiva al ente moral de la víctima.
3. La teoría de la responsabilidad objetiva se fundamenta en 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, su medio de produc- ción, ha creado un riesgo, en referencia al cual debe responder, indemnizando al trabajador por el daño causado. De modo, que esta responsabilidad está con- sagrada en el artículo 1.193 de nuestro Código Civil, y es denominada en nuestra doctrina responsabilidad objetiva por guarda de cosas, al señalar expresamen- te: “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”.

4. Nuestros tribunales sostenían que el daño material y el daño moral provenientes de un accidente de trabajo no eran producidos *ipso facto* por la ocurrencia del hecho (responsabilidad objetiva), sino que debían ser generados por un hecho ilícito del patrono, es decir, que mediara la culpa del empleador, cuya comprobación era carga del trabajador. Sin embargo, la última tendencia jurisprudencial de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia indica, fijando un nuevo criterio, que si bien sigue requiriéndose tal prueba del hecho ilícito para la procedencia de la indemnización del daño material, el daño moral se produce irremediamente con la ocurrencia del infortunio de trabajo correspondiéndole al juez su sana estimación de acuerdo a las circunstancias del caso.
5. En Venezuela, la estimación y reparación por daño moral laboral, se ha desarrollado por vía jurisprudencial, de modo que:
 - 5.1. Se dejará al juez las más amplias facultades para la apreciación y estimación del daño moral. Por tanto, pertenece a la discreción y prudencia del juez la calificación, extensión y cuantía de los daños morales.
 - 5.2. La estimación del daño moral sólo podrá hacerla el juez a su libre y prudente arbitrio, conforme al artículo 1.196 del Código Civil, no pudiendo por tanto el accionante estimar o valorar el daño sufrido, ya que es potestad del juez hacer tal valoración en la definitiva.
 - 5.3. La procedencia o no de la indemnización por daño moral estará estrictamente ceñida a: (i) la entidad (importancia) del daño, tanto físico como psíquico (la llamada escala de los sufrimientos morales); (ii) 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); (iii) la conducta de la víctima; (iv) grado de educación y cultura del reclamante, así como su posición social y económica; (v) capacidad económica de la parte accionada; (vi) los posibles atenuantes a favor del responsable; (vii) el tipo de retribución satisfactoria que necesitaría la víctima para ocupar una situación similar a la anterior al accidente o enfermedad y (viii) las referencias pecuniarias estimadas por el juez para tasar la indemnización que considere equitativa y justa para el caso concreto.

pág. 744 blanca

Tutela efectiva de la libertad sindical frente al Diálogo Social

Eleana SALDIVIA ALARCÓN¹

SUMARIO

Introducción.

1. **Normas internacionales en materia de libertad sindical, vigentes en el ordenamiento jurídico venezolano:** 1.1 *La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.* 1.2 *Los Convenios y recomendaciones en materia sindical.* 1.3 *Resoluciones, pactos, decisiones y otros documentos internacionales sobre Derechos Humanos.* 1.4 *Otras normas de derecho sindical originadas en la OIT.* 1.5 *Normas internacionales en el ámbito regional.*
2. **La libertad sindical en el ordenamiento jurídico venezolano:** 2.1 *La libertad sindical como libertad fundamental.* 2.2 *Algunas consideraciones sobre la libertad sindical en Venezuela.* 2.3 *Escenario actual de la libertad sindical.*
3. **El Diálogo Social:** 3.1 *Finalidad del diálogo social.* 3.2 *Condiciones que hacen posible el diálogo social.* 3.3 *Antecedentes y evolución del diálogo social.* 3.4 *Objetivos principales del Acuerdo Nacional para la Conciliación (1989).* 3.5 *Realidad del diálogo social.* 3.6 *Las organizaciones sin-*

¹ **Universidad de Carabobo**, Abogada, *Magister* en Derecho del Trabajo, Doctorado en Ciencias Sociales, *Mención: Estudios del Trabajo*, Cursante. *Facultad de Ciencias Económicas y Sociales*, Profesora de Derecho del Trabajo. **Programa de Promoción del Investigador (PPI)**, Investigadora acreditada en Ciencias Sociales N° PPI 3202. saldiviaalarcon@hotmail.com/ esaldivi@postgrado.uc.edu.ve

dicales y el diálogo. 3.7 La necesidad del diálogo social. 3.8 Estado y diálogo social.

Conclusiones.

Introducción

La libertad es entendida como la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar; estado o condición del que no es esclavo; estado del que no está preso; facultad de hacer y decir todo, siempre y cuando no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres.

La libertad no está en juego sino cuando están en conflicto nuestros intereses naturales y egoístas y los derechos de los demás. De ahí que si ante una situación determinada se debe elegir qué acción realizar, toma parte la voluntad que tiene dominio sobre el intelecto, en forma de una reflexión pues se es responsable de la conciencia.

El hombre se transforma al elegir, porque es más él y menos los demás que le oprimen y la naturaleza que le domina. Sólo cuando elige, es él mismo, el hombre, con autonomía frente al mundo para construir y elaborar su propio mundo, es por ello que la libertad humana adquiere un carácter de conquista personal y se traduce en tarea permanente.

La libertad tiene límites y es allí, donde surge la libertad responsable que es cuando se descubre al otro como sujeto de derechos, que tiene una dignidad inviolable que se debe respetar. Se vive en libertad cuando se renuncia a los propios intereses para actuar en el ámbito de personas que tienen derechos y que los reclaman y necesitan de los demás.

Las ideas de libertad, de igualdad, de justicia bien entendida, constituyen el soporte del derecho del trabajo dentro de la economía de nuestros días. Impulsado por estas nociones surgió y se desarrolló la legislación del trabajo como una rama autónoma del Derecho, con principios y propia fisonomía, acorde con la realidad social.

Ahora bien, dentro del desarrollo y evolución de las organizaciones sindicales, adquiere un fundamento esencial el *Principio de la Libertad Sindical*; expresión conceptual que le da vigencia y permite que los sindicatos sean interlocutores sociales válidos, en tanto y en cuanto mantengan la independencia y autonomía en su constitución, organización y línea de acción.

Libertad sindical, es la expresión inequívoca del sistema democrático, ya que los valores que la sustentan están basados precisamente en el concepto general de li-

bertad, dentro de la cual la libertad sindical, no es más que la expresión militante del reconocimiento a los trabajadores del derecho que tienen, de dirigir, elegir a sus integrantes y a establecer sus derechos o no de afiliación a sus organizaciones sindicales. Donde no existe libertad sindical, no hay expresión de democracia, ni estado de derecho.

Así, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa en su artículo 2, que Venezuela se constituye como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, donde el Estado tiene como fin esencial la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad. La intervención del Estado tiene como fin lograr el mejoramiento económico-social para los trabajadores, es la razón fundamental de la justicia social, que representa la expresión más acabada de la idea que se tiene de la justicia aplicable a los trabajadores, donde entra en juego el Bien Común, dándole a cada quien lo que le corresponde. Por tanto, la justicia social impone deberes a los cuales no pueden sustraerse patronos y trabajadores. Su obra primordial es la regeneración y mejoramiento del trabajador. No persigue un interés individual, ni un interés de clases, sino el bien social que lo condiciona y limita.

En consecuencia, la libertad sindical, gira en torno al derecho que tienen los trabajadores de asociación y/o sindicación, a la negociación colectiva y a la autotutela, es decir, la facultad que tienen los sindicatos de convocar a elecciones para elegir la dirigencia sindical, establecer sus propias normas de organización y funcionamiento, por tanto, esto implica la organización de los trabajadores para la lucha y defensa de sus derechos, reivindicaciones, mejoras en las condiciones de trabajo, aumento salarial, entre otras conquistas, pero en su aspecto negativo implica que los trabajadores también deben luchar contra los abusos del patrono quien tiene el poder económico o capitalista y frente a las arbitrariedades de los gobiernos debido a sus intereses políticos y/o particulares.

A pesar de ello, la libertad sindical, pasa a ser uno de los Derechos laborales más tutelados y sin embargo, en la realidad social no está garantizada a los trabajadores la protección debida en caso de hacer efectivo este derecho, ya que los actores laborales anteponen sus propios intereses frente a la obligación que le impone los marcos regulatorios de tutelar los derechos de los trabajadores pretendiendo así controlar y manipular los fines e intereses de las organizaciones sindicales.

Si bien es cierto, que en algunos casos, los patronos y el gobierno manipulan interesadamente los derechos sindicales de los trabajadores organizados, no menos cierto es, que los propios trabajadores hacen ejercicio abusivo de la libertad sindical, rompiendo el mito que se ha tejido en torno a considerarlos siempre como víctimas cuando en realidad también son infractores y manipuladores de los marcos regulatorios de la libertad sindical.

En consecuencia, no es totalmente cierto que los trabajadores en el ejercicio de la libertad sindical gocen de garantía absoluta de la misma, ya que de ser así las manipulaciones de patronos y gobierno no tendrían efecto, y por la otra, no es totalmente cierto, que se encuentren jurídicamente desprotegidos, ya que el desarrollo de la normativa laboral está dirigido, entre otros, a establecer normas tutelares de los derechos sindicales.

El papel a ejercer por los sindicatos, ante los desafíos del futuro que comporta la globalización, la reestructuración de la clase obrera y las nuevas estrategias de organización de trabajo, dependerán de factores tales como, la democracia interna de las organizaciones sindicales, la unidad de acción sindical y el desarrollo de la autonomía sindical en la consecución de un compromiso por alcanzar el progreso social. La superación positiva de estos elementos contribuiría a que los trabajadores retomen el camino de afiliación a los sindicatos, y de esa forma, se incrementaría la capacidad de movilización y representación de los mismos.

Se ha evidenciado que en el ámbito de la libertad sindical, los conflictos que se producen con ocasión de la misma, encuentran solución en el campo jurídico, pero en algunos casos, los trabajadores en el ejercicio de la libertad sindical se encuentran impedidos de ejercer sus acciones sindicales, pues, no se garantiza plenamente el ejercicio efectivo de la libertad sindical.

Ahora bien, en virtud de lo anteriormente expresado aflorarán las siguientes interrogantes: ¿En qué medida los marcos regulatorios garantizan la tutela efectiva de la libertad sindical, a los efectos de determinar su incidencia en la realidad social y los factores que producen incongruencia, incertidumbre, inseguridad e indefensión al momento de hacer uso del ejercicio efectivo de la libertad sindical, y así determinar las ficciones que giran en torno a la misma? ¿En qué medida los marcos regulatorios garantizan la tutela efectiva de la libertad sindical; será que los conflictos que se producen con ocasión de la misma, no encuentran solución en el campo jurídico, y si lo encuentra, los marcos regulatorios garantizan el ejercicio efectivo de la libertad sindical? ¿Será que la solución debe buscarse en el contexto del diálogo social?, ¿Cuáles serían las condiciones o requisitos de ese diálogo?.

1. Normas internacionales en materia de libertad sindical, vigentes en el ordenamiento jurídico venezolano

1.1 La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Todo el sistema constitucional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del cual Venezuela es miembro fundador, se fundamenta en la idea de la libertad sindical, a la que el párrafo segundo del Preámbulo de la Constitución de la OIT

califica de “*principio*”. Se observa también que en diversos artículos de la Constitución de la OIT se hace referencia a las organizaciones sindicales, e incluso reconocen a dichas organizaciones, sean de trabajadores o de patronos, el derecho de reclamar por el no cumplimiento por parte de los Estados, a las obligaciones asumidas conforme a las obligaciones de la OIT. Es importante tener siempre presente que, el respeto del principio de la libertad sindical, tal como resulta del Preámbulo y de la Declaración de Filadelfia, debe ser considerado como una obligación impuesta por la Constitución a los Estados Miembros, y no como un Principio exclusivamente dirigido a orientar la acción de la OIT, dotado básicamente de autoridad moral. Por tanto, tal y como lo ha sostenido reiteradamente el Comité de Libertad Sindical, los principios constitucionales declarados en el Preámbulo y en la Declaración de Filadelfia, constituyen objetivos generales de la acción de la OIT, y pautas que, pese a su generalidad, obligan también a los Estados Miembros a respetarlas en el proceso de elaboración y aplicación de las Normas Internas correspondientes.

1.2 Los Convenios y recomendaciones en materia sindical

En 1948 y 1949, la Organización Internacional del Trabajo logra aprobar textos, en los que se comienza a materializar en normas positivas los Principios de la Libertad Sindical: El Convenio 87 (1948) relativo a la “Libertad sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación”, y el Convenio 98 (1949), relativo a la “Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva”.² Con posterioridad a los Convenios 87 y 98, la Conferencia aprobó en 1951, la Recomendación sobre los Contratos Colectivos (núm. 92); en 1952 la Recomendación sobre colaboración en el Ámbito de la Empresa (núm. 94); en 1960 la Recomendación sobre Consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional); en 1967 la recomendación sobre el examen de reclamaciones (núm. 130); en 1971 el Convenio 135 y la Recomendación 143 sobre Representantes de los Trabajadores en las Empresas. En materia específicamente vinculada a la libertad sindical, la Conferencia aprobó en 1975 el Convenio N° 141 y la Recomendación N° 149 sobre Organizaciones de Trabajadores Rurales, y en 1978 el convenio N° 151 y la Recomendación N° 159 sobre Protección del Derecho de Sindicación y Procedimientos para determinar las Condiciones de Empleo en la Administración Pública, tema de considerable importancia entre nosotros. Finalmente, en 1981, la Conferencia adoptó el Convenio N° 154 y la Recomendación N° 163, sobre el Fomento de la Negociación Colectiva.

² Así como al final de la Primera Guerra Mundial, se consagró por primera vez en el Tratado de Versalles la idea de la libertad sindical, hubo que esperar el fin de la Segunda Guerra Mundial, con la caída de los regímenes fascistas, para que pudieran sancionarse textos normativos en la materia.

1.3 *Resoluciones, pactos, decisiones y otros documentos internacionales sobre Derechos Humanos*

Como se ha observado, los Convenios N° 87 y N° 98, son los que regulan con detalle la libertad sindical, pero cabe destacar que los Principios de la Libertad Sindical, han sido también recogidos a escala universal en diversos instrumentos: a) *La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* establece que “Toda persona tiene el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”. b) *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas*, que entró en vigencia en 1976, contiene una disposición más detallada sobre la libertad sindical. c) *El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de la ONU. 1966*, también se refiere en el marco de una disposición sobre el Derecho de Asociación, al derecho de constituir sindicatos. Si bien ambos textos son menos claros y precisos que el Convenio 87, de cuya salvaguarda y aplicación prioritaria ambos hacen reserva expresa, es de señalar que por esta vía, la libertad sindical adquiere, indubitablemente, el rango de Libertad Fundamental, no limitada solamente a trabajadores y empleadores, como el Convenio N° 87, sino abarcando a “toda persona”. Así mismo, el artículo 8° de Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el Derecho de Huelga como una consecuencia de la libertad sindical. En consecuencia, en virtud de lo anteriormente expuesto debe entenderse a estos documentos internacionales, como la certificación definitiva del derecho a constituir sindicatos y de la aceptación universal de los principios de la libertad sindical, por cuanto, se trata de documentos que establecen la obligación de los Estados adherentes de aceptar el principio de la libertad sindical, y reconocen en general la potestad del Estado de regular por Ley esos derechos. Por su parte, el Convenio N° 87 sí prevé que las Organizaciones Sindicales han de respetar la Ley, y establece expresamente que la Legislación Nacional, no ha de menoscabar, ni será aplicada de manera que menoscabe las garantías previstas por el Convenio, imponiendo así límites a la potestad Legislativa del Estado. En consecuencia, los Estados que sólo se adhieren a los Pactos Internacionales, asumen la obligación de respetar el Derecho de Sindicación e incorporan a su ordenamiento jurídico interno el principio de la libertad sindical. Pero los Estados que como Venezuela, han ratificado ambos tipos de instrumentos, no sólo incorporan a su ordenamiento jurídico interno el principio de la libertad sindical, sino que incorporan además, la regulación concreta que de dicha libertad se hace en los Convenios N° 87 y N° 98.

1.4 *Otras normas de derecho sindical originadas en la OIT*

Aparte de los Convenios y Recomendaciones de la OIT, existen otras vías de formulación de normas por parte de la Organización Internacional del Trabajo que

difieren en cuanto a la autoridad que se les confiere; se trata de normas contenidas en resoluciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo a saber: Las Resoluciones y Recomendaciones de Comisiones de Expertos y Conferencias *ad-hoc*; las Resoluciones e Informes de Comisiones de Industria y Análogas; las Resoluciones de Conferencias y Comisiones Técnicas Regionales; las de Organismos autónomos dedicados a materias de Seguridad Social, entre otras. Algunas de estas Resoluciones se han convertido en textos de referencia obligatoria en materia de libertad sindical, tal es el caso de la Resolución sobre la Independencia del Movimiento Sindical, adoptada por la Conferencia en fecha 26-07-1952; la Resolución de la Conferencia sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, incluyendo la de Protección de los Delegados Sindicales en todos los Niveles de fecha 29-06-1961; y la importantísima Resolución de la Conferencia sobre los Derechos Sindicales y su Relación con las Libertades Civiles de fecha 25-06-1970. En cuanto al desarrollo del Principio de la Libertad Sindical y la aplicación de los convenios N° 87 y N° 98, adquiere especial importancia los Dictámenes del Comité de Libertad Sindical, órgano dependiente del Consejo de Administración de la OIT. Dictámenes estos, calificados de “cuasi judiciales” por el propio Consejo de Administración, los cuales constituyen un elemento fundamental para delimitar los alcances actuales del concepto de libertad sindical.

5.1 Normas internacionales en el ámbito regional

En el ámbito americano, constituyen también fuentes internacionales del Derecho de Sindicación: La Carta de la Organización de Estados Americanos, o Carta de Bogotá, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. En todas se reconoce el “derecho de toda persona a asociarse en sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus legítimos intereses”; se tiene también, las Resoluciones de Conferencias Regionales Interamericanas del Trabajo, como la Resolución sobre la Libertad Sindical aprobada en la Conferencia de Montevideo de 1949; la Resolución sobre la Libertad Sindical y Derecho de Asociación de los Trabajadores agrícolas aprobada en la Conferencia de Petrópolis de 1952, entre otras. En cuanto a Europa, puede señalarse la Carta Social Europea de 1961.

2. La libertad sindical en el ordenamiento jurídico venezolano

2.1 La libertad sindical como libertad fundamental

Nuestra legislación de origen interno (Ley Orgánica del Trabajo, Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, Ley del Estatuto de la Función Pública, entre otras), consagra en forma bastante amplia el Derecho de Sindicación. Sin embargo, el

concepto de la libertad sindical como una libertad fundamental se incorpora a nuestro derecho con total claridad, mediante las normas de fuente internacional, enumeradas anteriormente.

El reconocimiento de que toda persona es titular de la libertad de sindicación, supone que no es la Ley la que otorga el derecho de constituir ese tipo de asociación, sino que esa es una libertad fundamental, es decir una forma de la conducta humana que el Derecho no puede prohibir. En consecuencia, ante el reconocimiento de una libertad fundamental, la función del derecho positivo, puede ser la de regular el ejercicio de la misma, pero no la de conferirlo o negarlo; en otros términos, si partimos del reconocimiento de la libertad de sindicación como libertad fundamental, la Ley no tiene ya la función de conceder ese derecho, y tampoco puede tener la de negarlo, le queda sólo la posibilidad de reglamentarlo dentro de ciertos límites, pero si no lo hace el derecho existe igual.

En Venezuela, se ha entendido tradicionalmente, que las formas posibles de organización de sindicatos, son las previstas en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. Analizando el tema desde la base del reconocimiento de la libertad sindical como una libertad fundamental, habrá que concluir en cambio, que los sindicatos puedan tomar cualquier forma para su organización, es decir que puedan constituirse sindicatos por profesión, por lugar de trabajo, por entidad regional, por industria, o crear figuras que nunca han existido entre nosotros.

La Ley podrá establecer formalidades, tales como la existencia de un número mínimo de afiliados, o el cumplimiento de un requisito de publicidad, pero esas regulaciones no pueden llegar a impedir el ejercicio del derecho, y en ausencia de regulación, debe entenderse que rige el principio de la libertad y no el de la prohibición.

2.2 Algunas consideraciones sobre la libertad sindical en Venezuela

La libertad sindical en nuestro país, así como en otros países, se encuentra vulnerada por los propios textos constitucionales, pues, en dichos textos se excluye y señala aquellos sujetos, que no gozan del derecho a libertad sindical, ni libre asociación. De tal manera que en Venezuela se excluye de forma expresa a:

1. Los miembros de la Fuerza Armada.
2. Los miembros de los institutos armados de carácter militar.
3. Los Magistrados, Jueces, Fiscales del Ministerio Público, Defensores Públicos (artículo 256 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [CRBV]).

4. Los Jueces, Fiscales y Magistrados, activos, de conformidad con el artículo 127.1 de la Constitución Nacional (Caso español).
5. Los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que no tengan carácter militar, se registrarán por su normativa específica, dado su carácter armado y la organización jerarquizada de estos Institutos.

Dicha prohibición, en el caso venezolano; colide abiertamente, con el propio texto constitucional, pues se contrapone con las garantías y derechos sociales de los ciudadanos. En este orden de ideas, los artículos 95, 96 y 97 constitucional consagran el Derecho a la Sindicalización y Democracia Sindical, el Derecho a la Negociación Colectiva y el Derecho a la Huelga, en los siguientes términos:

Artículo 95. Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como a afiliarse o no a ellas, de conformidad con la Ley. Estas organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa. Los trabajadores y trabajadoras están protegidos y protegidas contra todo acto de discriminación o de injerencia contrario al ejercicio de este derecho. Los promotores o promotoras y los o las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones.

Para el ejercicio de la democracia sindical, los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales establecerán la alternabilidad de los y las integrantes de las directivas y representantes mediante el sufragio universal, directo y secreto. Los y las integrantes de las directivas y representantes sindicales que abusen de los beneficios derivados de la libertad sindical para su lucro o interés personal, serán sancionados o sancionadas de conformidad con la ley. Los y las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales estarán obligados u obligadas a hacer declaración jurada de bienes.

De conformidad a la transcrita normativa, las organizaciones sindicales no se encuentran sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa y los trabajadores están protegidos contra cualquier discriminación o medida contraria a sus derechos. Asimismo, los líderes sindicales no pueden ser removidos de sus cargos durante el tiempo y bajo las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones de liderazgo. Sin embargo, lo estipulado en este artículo resulta en cierta manera contradictorio con lo establecido en el artículo 293 y en la disposición transitoria octava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que dispone que el Consejo Nacional Electoral tiene por función organi-

zar las elecciones de los sindicatos y gremios profesionales y que mientras se promulgan las nuevas leyes electorales previstas en la Constitución, los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el mencionado órgano electoral. En consecuencia, se evidencia que las facultades atribuidas al Poder Electoral, a través del Consejo Nacional Electoral, suponen una intervención administrativa en las actividades sindicales de los trabajadores lo que supone una vulneración al derecho a la libertad sindical reconocido en el citado artículo 95 de la Constitución.³

Por otra parte, la CRBV establece:

Artículo 96. Todos los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley. El Estado garantizará su desarrollo y establecerá lo conducente para favorecer las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales. Las convenciones colectivas amparan a todos los trabajadores y trabajadoras activos y activas al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad.

Artículo 97. Todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley.

Vemos pues, que el artículo 97 establece el principio de libertad al reclamo sindical, pero al mismo tiempo, dicho precepto es violatorio de la libertad sindical. Pues, condiciona la misma, a que la huelga, se circunscriba a las condiciones establecidas por la Ley. En consecuencia, se coarta la libertad sindical, cuando se prohíbe, el Derecho a Huelga, a aquellos sectores públicos, que presten un servicio público esencialísimo. Por tanto, que no gozan del derecho a huelga, los sectores productivos y de servicios, que el estado, considere esenciales

³ En tal sentido el artículo 293 de la CRBV establece:

El Poder Electoral tiene por funciones:

(...) 6. *Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos eleccionarios.*

Por su parte la cláusula transitoria octava de la CRBV dispone:

(...) *Mientras no se promulguen las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral.*

Evidentemente en Venezuela, los Principios de Libertad Sindical y de Negociación Colectiva, encuentran limitada su eficacia por toda una serie de factores que impiden de manera particular, su desarrollo. Ejemplo de ello, se evidencia en la Persistencia de la Discriminación Sindical que se produce como consecuencia de la indebida aplicación de la Ley o, de las interpretaciones sesgadas de los preceptos. A pesar del reconocimiento de los Convenios y Tratados Internacionales validamente celebrados por Venezuela, en los términos establecidos en el artículo 23 de la CRBV:

Los Tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la Ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los Tribunales y demás órganos del Poder Público.

Nos encontramos así, con normas intervencionistas, como la ya mencionada, contenida en el numeral 6° del artículo 293 de la CRBV, la cual, circunscribe, la actividad sindical, a la intervención directa, del Consejo Nacional Electoral, en todo lo relativo a elecciones sindicales y, de gremios profesionales. Siendo en consecuencia el Referéndum Sindical, un proceso de elección, entonces también debe ser regulado por órgano de CNE. Lo cual evidencia la intervención del Estado venezolano, en asuntos de orden sindical, en abierta contraposición a las disposiciones emanadas de la Organización Internacional del Trabajo y a la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo resultante es una flagrante violación a las libertades sindicales.

En América Latina, la libertad sindical es un derecho formal y reconocido en la mayor parte de las legislaciones a nivel constitucional, confiriéndole el rango de Derecho Humano y reconociendo, su estrecha vinculación con la existencia de la Democracia. No obstante, en algunos países la libertad sindical se ve afectada en la práctica, constatándose ello por el aumento del número de quejas y demandas, tanto nacionales como internacionales por violación de sus contenidos básicos.

Efectivamente, ese mencionado aumento del número de denuncias, tanto nacionales, como internacionales sobre infracciones de la libertad sindical, por parte de las organizaciones de trabajadores, como de las Asociaciones y demás Organizaciones Patronales, suscitadas por la constante y reiterada intervención del Estado, en franca violación a la libertad de Asociación, constituye en la actualidad una representación de la realidad social, respecto a la violación de las libertades por parte del Estado venezolano, libertades estas por él mismo establecidas.

La Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH) ha observado con respecto a la situación de la libertad sindical en Venezuela que la crisis política y el ambiente de intolerancia que caracteriza la actual coyuntura política ha determinado un incremento de conflictos laborales en esta materia.

Al respecto, la CIDH consideró fundamental que los procedimientos judiciales que se efectúan para la revisión de los despidos ocurridos en la actual coyuntura política, se ajusten estrictamente a las exigencias del debido proceso legal de conformidad a lo establecido en el artículo 8 de la Convención.⁴

Por su parte, las organizaciones de derechos humanos señalan que en Venezuela se verifica una situación caracterizada por una constante intervención en la vida de los sindicatos, mediante acciones del Gobierno que obstruyen la actividad de los dirigentes sindicales, buscando controlar políticamente el movimiento organizado de trabajadores. Igualmente, el Comité de Libertad Sindical de la OIT, señaló que era “extremadamente grave y urgente la situación en Venezuela, que muestra una continua progresión de quejas acerca de repetidas violaciones de libertad sindical tanto de organizaciones de trabajadores como de organizaciones de empleadores”.

El 3 diciembre de 2000 se realizó en Venezuela un referendo convocado por iniciativa del Gobierno, mediante el cual se consultó al electorado si estaba de acuerdo en renovar la dirigencia sindical mediante elecciones a celebrarse dentro de un plazo de seis meses. Si durante ese lapso, el resultado de la consulta era positivo, se suspendería de sus funciones a los directivos de las Centrales, Federaciones y Confederaciones sindicales establecidas en el país.

⁴ Lo que ha establecido la Corte Interamericana en su jurisprudencia respecto de la aplicación del artículo 8 de la Convención a los procedimientos administrativos:

La Corte ha establecido que, a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo.

Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.

En este sentido, pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos.

El mencionado referendo resultó un triunfo significativo para la posición favorable a la renovación de la dirigencia sindical, pero estuvo acompañado de un alto grado de abstencionismo. Conforme a las respuestas positivas, que sumaron el mayor porcentaje en dicho evento sindical, los mencionados directivos fueron suspendidos efectivamente de sus funciones sindicales, y se convocó a nuevas elecciones, conforme al Estatuto para la Renovación de la Dirigencia Sindical, que reglamentó los procesos eleccionarios para la renovación de la dirigencia sindical.

La CIDH en relación a esta situación, consideró necesario señalar que el hecho de haber permitido a la población en general participar en dicho referendo, incluyendo en la participación del mismo a personas distintas de los trabajadores afiliados, implicó una violación al derecho a la libertad sindical y al de los trabajadores a elegir a sus dirigentes. Por su parte, las acciones antes mencionadas fueron severamente criticadas por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y por otras organizaciones internacionales de derechos humanos que manifestaron su preocupación al respecto.

Posteriormente, el 25 de octubre de 2001 se efectuaron las elecciones para elegir al Comité Directivo de la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), el cual se realizó en un marco de denuncias mutuas entre los candidatos sobre irregularidades en el proceso y acusaciones de fraude. Determinado el resultado de las elecciones, el Consejo Nacional Electoral (CNE) no procedió a formalizar a la Junta Directiva de la Confederación como la dirigencia legítima y representativa de los Trabajadores, alegando una serie de irregularidades. Según los argumentos del CNE, todas las federaciones y sindicatos que participaron en el proceso de renovación de la dirigencia sindical cumplieron con la presentación de las actas mediante las cuales quedaron reflejados los escrutinios realizados para elegir a los directivos de las mismas, solicitud que no habría sido atendida por la Junta Directiva de la CTV. Lo que consecuentemente hizo que, los directivos electos de dicha Confederación, no fueran reconocidos por las autoridades nacionales. No obstante el Tribunal Supremo de Justicia instó al CNE a formular una decisión final sobre la legitimidad del proceso electoral, cabe destacar que hasta la presente fecha, el CNE aún no se ha pronunciado al respecto.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Ejecutivo Nacional se negó a reconocer a los directivos de la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV). Por lo que producto de dicha controversia fueron excluidos los directivos electos de la mencionada confederación como representantes de la Comisión Tripartita Nacional, que se convoca para presentar al Presidente de la República recomendaciones en materia de incremento salarial. En consecuencia, el aumento de salarios decretado en abril de 2002, se hizo sin la previa consulta a dicha organiza-

ción sindical. Todo ello, contribuyó a generar un ambiente de permanente confrontación con la mencionada organización sindical.

En relación a estos acontecimientos, el Comité de Libertad Sindical solicitó al Gobierno Venezolano adoptar medidas destinadas a lograr que las autoridades se abstuvieran de emitir declaraciones intimidatorias hacia la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) y solicitó además, se reconociera a su Comité Ejecutivo.

La CIDH observó que, se verificó una situación concluyente de intervención del Estado en la dinámica de las organizaciones sindicales a pesar de la existencia de reiteradas recomendaciones de la OIT para que no procediera de tal modo. Asimismo, la CIDH destaca la importancia y la urgencia de que se solucione el problema del reconocimiento de la dirigencia sindical de la CTV, en atención a las necesidades y derechos de sus representados.

Sin embargo, la CIDH consideró adecuado reconocer un significativo avance en el ámbito de la libertad sindical, que se registró en fecha 23 de julio de 2002, cuando la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia determinó que la actuación del Consejo Nacional Electoral fuera de carácter supletoria y que por lo tanto este órgano solo intervendría cuando se presentara una controversia que la propia organización sindical no pueda resolver en su seno.⁵

La CIDH manifestó además, que el derecho a elegir y ser elegido, y a organizarse sindicalmente son derechos reconocidos en la Convención Americana, y en la Carta Democrática Interamericana. La organización sindical libre, sin injerencias indebidas del Estado, constituye a juicio de la CIDH un elemento importante de cualquier sistema democrático.

Es por tanto, que ha recomendado insistentemente que se modifique el artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad a los estándares internacionales sobre libertad sindical, que se modifiquen las

⁵ Sentencia de la Sala Electoral de Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 23 de julio de 2002: “(...) Ello es así dado que la normativa especial que rige la materia establece, en concordancia con el principio de la autonomía sindical, que la revisión de los actos, actuaciones, abstenciones u omisiones de naturaleza electoral que se produzcan en el proceso de renovación de las autoridades sindicales será decidida por la misma organización sindical, por intermedio de su Comisión Electoral, mediante la interposición de un recurso o reclamo por parte de los electores o candidatos que consideren que los mismos menoscaban sus derechos subjetivos o intereses legítimos (sólo con relación a la naturaleza electoral de los actos) y es sólo en el extraordinario supuesto que la Comisión Electoral no decida en el lapso correspondiente o que lo haga en sentido contrario a lo solicitado, que el interesado podrá recurrir ante el Consejo Supremo Electoral por vía de recurso jerárquico...”

normas correspondientes de la Ley Orgánica del Trabajo, que se adopten las medidas necesarias para garantizar la libertad sindical y erradicar en el futuro situaciones de intervención Estatal en el ejercicio efectivo de la misma.

En igual sentido se ha manifestado la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT al señalar que “consideraba necesaria la modificación legislativa del artículo 293 de la Constitución a efectos de eliminar la potestad otorgada al Poder Electoral, de organizar las elecciones de los sindicatos”. Asimismo, la mencionada Comisión de la OIT señaló que la Ley Orgánica del Poder Electoral, sancionada el 30 de octubre de 2002, contenía disposiciones que no eran compatibles con las disposiciones del Convenio N° 87, como por ejemplo el artículo 33, que otorga competencia al Consejo Nacional Electoral para organizar las elecciones de los sindicatos, para proclamar a los candidatos electos, conocer y declarar la nulidad de la elección, conocer los recursos y resolver, así como las quejas y reclamos. Al respecto la Comisión de expertos expresó:

La Comisión recuerda una vez más al Gobierno que la reglamentación de los procedimientos y modalidades de la elección de dirigentes sindicales debe corresponder a los estatutos sindicales y no a un órgano ajeno a las organizaciones de trabajadores. En estas condiciones, la Comisión solicita al Gobierno que tome medidas para modificar el artículo 293 de la Constitución de la República y la Ley Orgánica del Poder Electoral en lo que se refiere a su intervención en las elecciones de las organizaciones de trabajadores y que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada a este respecto.

Es conocido que, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones es de carácter eminentemente técnico y de naturaleza cuasijudicial, se encuentra integrado por juristas provenientes de diversas regiones del mundo, tiene a su cargo controlar de manera permanente la aplicación por los distintos Estados Miembros de las normas de la OIT y, en especial, de los convenios ratificados por los Estados. En su reunión anual examina las memorias de los gobiernos y las observaciones recibidas de las organizaciones de empleadores y trabajadores, realiza el seguimiento de las recomendaciones formuladas por otros órganos de control y se vale también de las informaciones suministradas a éstos, así como de aquellas recogidas en los llamados contactos directos y en las misiones especiales.

El informe anual de la Comisión de Expertos, contiene las observaciones que formula con respecto a los problemas de aplicación de los Convenios ratificados por los distintos países. Entre las secciones más extensas del informe figuran las que corresponden a los Convenios números 87 y 98. Su examen permite identificar las divergencias que existen entre las legislaciones nacionales y las normas interna-

cionales, tanto en lo que concierne a la legislación corriente como a las disposiciones adoptadas en situaciones especiales, principalmente en ocasión de graves problemas políticos, económicos o sociales.

Se observa pues, que a través de los comentarios de la Comisión de Expertos y las discusiones en la Comisión de Aplicación de Normas, es posible seguir la evolución de los problemas que afectan a los países en cuanto a su legislación sindical, la naturaleza de los asuntos que se plantean, su frecuencia e importancia y la tendencia de la problemática sindical internacional sobre las relaciones colectivas de trabajo en el transcurso de los años.

No obstante lo anteriormente expuesto, del *diálogo* entre los gobiernos, la Comisión de Expertos y la Comisión de Aplicación de Normas, también surgen los esfuerzos que realizan numerosos países, muchas veces con el asesoramiento de la OIT, para superar los problemas y armonizar su legislación con los convenios respectivos. Un hecho sorprendente es el número de proyectos legislativos elaborados con este propósito y que luego no llegan a adoptarse. A veces son determinados sectores económicos o sociales los que se oponen a una modificación del régimen legal vigente, según indican los propios gobiernos; otras veces, los cambios en el gobierno llevan al abandono de los proyectos elaborados. Pero, son crecientes los casos de progreso, en los cuales los gobiernos logran adaptar la legislación a las normas internacionales conforme a las reclamaciones de la Comisión de Expertos y de la Comisión de Aplicación de Normas.

De la misma manera, la mencionada Comisión de la OIT ha cuestionado en reiteradas oportunidades determinadas normas de la Ley Orgánica del Trabajo. Concretamente, ha señalado que podrían plantear problemas de incompatibilidad con respecto a la aplicación del Convenio N° 87 referente a la libertad sindical, fundamentalmente las siguientes disposiciones:

1. La exigencia de un período de residencia demasiado largo (de más de 10 años) para que los trabajadores extranjeros puedan formar parte de la junta directiva de un sindicato (artículo 404 LOT);
2. La enumeración demasiado extensa y detallada de las atribuciones y finalidades que deben tener las organizaciones de trabajadores y de empleadores (artículos 408 y 409 LOT);
3. La exigencia de un número elevado de trabajadores (100), necesario para formar sindicatos de trabajadores no dependientes (artículo 418 LOT);
4. La exigencia de un número elevado de empleadores (10), para constituir un sindicato de patronos (artículo 419 LOT).

La CIDH fue informada que se habría presentado un anteproyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo ante la Asamblea Nacional el 7 de junio de 2002. De acuerdo a lo constatado por la Organización Internacional del Trabajo, el mencionado anteproyecto incorpora ciertas disposiciones que adoptan los comentarios formulados por la Comisión de Expertos anteriormente señalados, lo que adecua en este sentido la Legislación Nacional. Específicamente, el anteproyecto supone la derogación de los artículos 408 y 409 sobre la enumeración demasiado extensa de las atribuciones y finalidades que deben tener las organizaciones de trabajadores; la modificación del artículo 419 sobre el número elevado de empleadores para constituir una organización de patronos que reduce ese número de 10 a 4 empleadores; la modificación del artículo 418 sobre el número elevado de trabajadores para constituir sindicatos de trabajadores no dependientes que reduce ese número de 100 a 40 trabajadores; y la modificación del artículo 404 sobre la exigencia de un período de residencia extenso para que los trabajadores extranjeros puedan formar parte de la junta directiva de un sindicato, que reduce la cantidad de años de residencia a la mitad.

Anteproyecto de Reforma parcial de la Ley Orgánica del Trabajo

<i>Art. LOT</i>	<i>MATERIA INVOLUCRADA</i>	<i>VIOLACIÓN ALEGADA</i>
404	Derechos Sindicales de los menores y de los migrantes	Vulneración del derecho de libre elección de los representantes sindicales.
408	Sindicato de Trabajadores: Atribuciones y finalidades	Vulneración al derecho de libre establecimiento de los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales.
409	Sindicato de Patronos: Atribuciones y finalidades	Vulneración al derecho de libre establecimiento de los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales.
418	Número mínimo de trabajadores requeridos para la constitución de sindicatos profesionales, de industria, o sectoriales.	Vulneración al derecho de libertad de sindicación con el establecimiento de un número muy elevado (100 personas) como requisito para la conformación de sindicatos de trabajadores no dependientes.
419	Número mínimo de miembros requeridos para la constitución de sindicatos de empleadores.	Vulneración al derecho de libertad de sindicación con el establecimiento de un número también elevado como re-

<i>Art. LOT</i> <i>MATERIA INVOLUCRADA</i>	<i>VIOLACIÓN ALEGADA</i>
419	quisito para la conformación de sindicatos patronales.
473 Legitimidad negocial para el sindicato más representativo.	Vulneración del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva con el establecimiento del sindicato mayoritario como requisito necesario para ser el legitimado activo para negociar y celebrar convenciones.
475 Apertura del procedimiento conflictivo. Presentación del pliego.	Vulneración del derecho a huelga impedido para los trabajadores y trabajadoras NO organizados en sindicatos.
494 Definición de huelga.	Limitación del derecho a huelga a la sola "Suspensión de las labores", negando así la posibilidad de ejercicio de otras modalidades de huelga.
507 Definición de convención colectiva.	Vulneración del derecho a la libertad sindical y a la convención colectiva con el establecimiento del sindicato mayoritario como requisito necesario para ser el legitimado activo para negociar y celebrar convenciones.
514 Deber del Patrono de negociar y celebrar la convención colectiva con el sindicato más representativo	Vulneración del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva con el establecimiento del sindicato mayoritario como requisito necesario para ser el legitimado activo para negociar y celebrar convenciones.
521 Homologación de la convención por el Inspector del Trabajo. Depósito.	Vulneración del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva con el establecimiento del sindicato mayoritario como requisito necesario para ser el legitimado activo para negociar y celebrar convenciones.

<i>Art. LOT</i>	<i>MATERIA INVOLUCRADA</i>	<i>VIOLACIÓN ALEGADA</i>
523	Duración de la convención colectiva.	Vulneración del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva con el establecimiento del sindicato mayoritario como requisito necesario para ser el legitimado activo para negociar y celebrar convenciones.
612	Designación del Director Laboral por la Confederación Sindical más representativa.	Establecimiento de la designación del Director Laboral de manera autocrática por parte de la confederación sindical con el mayor número de trabajadores a nivel nacional, lo que genera graves desviaciones y prácticas de corrupción.
627 al 639	Régimen sancionatorio por infracción de la LOT.	Establecimiento de montos irrisorios en las sanciones pecuniarias para los patronos infractores de la Ley, lo que fomenta la violación de la misma y en consecuencia la vulneración de los derechos de los trabajadores.
647	Procedimiento para la interposición de multas por infracción de la LOT.	Establecimiento de un procedimiento formalista para sancionar, lo que genera retardos que equivale a la denegación de justicia y a la negación de los derechos sindicales de los afectados.

(Fuente: Ministerio del Trabajo)

En virtud de lo anteriormente expuesto, la CIDH considera que la Legislación Laboral de Venezuela presenta ciertas normas que deben ser modificadas o revisadas para que se adecuen plenamente a los estándares internacionales en materia de libertad sindical, de conformidad a lo establecido en la Convención Americana y en su Protocolo Adicional, en atención además a las solicitudes planteadas por la OIT al respecto.

2.3 Escenario actual de la libertad sindical

Puede decirse que la libertad sindical en ningún tiempo ha tenido un buen momento, no se trata, que la legislación no establezca y regule la aplicación de este

derecho en el marco del Convenio 87 de la OIT, sino más bien, que el ejercicio concreto y cotidiano del mismo se advierte seriamente restringido. Dentro de los múltiples ejemplos que evidencian dicha realidad se tienen: despido de dirigentes sindicales, despido de trabajadores que intentan formar un sindicato, despido de trabajadores sindicalizados en el marco de la “reducción de personal” que ha seguido a muchas de las privatizaciones de empresas públicas, reducción del número y cobertura de la negociación colectiva, etc.

Sin embargo, paralelamente a estas serias limitaciones prácticas al ejercicio y al desarrollo de la libertad sindical, en el área andina ha existido en los últimos diez años una revitalización del diálogo y la concertación social, con resultados exitosos limitados, con diferente intensidad y duración, en Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela.

Las causas de las actuales limitaciones al efectivo ejercicio de libertad sindical podrían ser, entre otras, las siguientes:

1. La violencia política
2. La injerencia estatal en la vida sindical y la constante prédica que, como actualmente en Venezuela, se hace sobre la corrupción de su dirigencia (lo que muy pocas veces se prueba) y que lleva a convencer a un cierto número de trabajadores de que el sindicalismo no es una vía útil para la defensa de sus intereses.
3. La supuesta disfuncionalidad del sindicalismo respecto del actual modelo de sociedad de mercado, motivado, entre otras, a las constantes afirmaciones que se hacen acerca del sindicalismo desde sectores del liberalismo extremo como instrumento de defensa de intereses corporativos en contra del interés general, del sindicalismo como institución que genera inflexibilidades laborales que afectan la eficiencia del mercado, del propio sindicalismo, y lo presentan, como un “mal innecesario”, generando así, una “anticultura laboral”.
4. Los propios desatinos y errores del movimiento sindical. Comenzando con la relación de dependencia respecto de los partidos políticos, su imposibilidad para incorporar nuevos sectores de trabajadores, debate ideológico estéril, así como el oportunismo y corrupción de algunos dirigentes; todo ello debilita y dificulta al movimiento sindical a ejecutar una seria y eficaz defensa de la libertad sindical.

Respecto al diálogo social, las causas de la actual dinámica de este proceso, a pesar de lo mínimo de los éxitos alcanzados, podría deberse a, las propias dificultades económicas, políticas y sociales por las que atraviesan varios de los países de la región; la intención de algunos gobiernos de lograr un equilibrio más justo en materia de relaciones laborales, subsiguientemente de un período de una flexibiliza-

ción laboral extrema. Lo que lleva a presumir que los actores laborales promuevan el diálogo social como vía, para solucionar los problemas más graves, o para evitar que se agraven, o para evitar el surgimiento de otros problemas nuevos. La carencia de éxitos en estos procesos de diálogo, consecencialmente conduce a que en el ámbito sindical se piense que el diálogo social es una estrategia de gobiernos y empresarios para “ganar tiempo”; el tiempo que necesitarían para superar las dificultades, para lo cual necesitan de la mayor paz social posible.

Lo anteriormente expuesto hace que se planteen estas necesarias interrogantes: ¿cómo puede coexistir una libertad sindical, seriamente limitada en la práctica y un diálogo social que busca fortalecer la paz social y unas relaciones laborales justas y equitativas? ¿Pueden perfectamente coexistir actitudes y prácticas antisindicales de algunos empresarios y funcionarios públicos, con una política de diálogo social promovida por el Estado, o por las asociaciones empresariales o por las organizaciones sindicales o por todos los anteriormente nombrados?

3. El diálogo social

El diálogo social según definición de la OIT: “comprende todo tipo de negociación y consultas de mero intercambio entre representantes de los gobiernos, los empleadores y trabajadores sobre temas de interés común relativos a la política, economía y social.”

El diálogo social se define también como “un término indefinido y abierto, que dice mucho y compromete poco”.⁶

Pero por el contrario, el diálogo social más bien, compromete mucho y habla de menos, lo que no es de sorprender. Se muestra, así, la distinción entre el diálogo social como proceso y como contenido. Porque el tema, el tópico o la materia del diálogo social puede cambiar y cambia según los tiempos y circunstancias, pero la convicción de que él tiene que ver, indiscutiblemente, con la democratización del sistema político y de las relaciones laborales, es algo que compromete demasiado, considerando recordar el origen o modo del surgimiento de la legislación laboral y de las relaciones laborales en América Latina, signado por un marcado intervencionismo del Estado y por una no menor injerencia.

⁶ Rodríguez Piñero, Miguel. 1998. **La institucionalización de la representación de intereses: Los Consejos económicos y Sociales, en El diálogo Social y su Institucionalización en España e Iberoamérica.** Madrid, p. 80. citado por Ermida Uriarte.

La concertación, ha tenido más suerte que la noción del diálogo social . En efecto, un estimable espíritu concertacionista ha llevado a pensar, que el diálogo “a secas” no tiene sentido y que sólo sirve en tanto y cuanto se encara o cristaliza, una concertación. Esa concertación se entiende, en una acepción sobre todo jurídica y menos política, como un pacto, con reparto de obligaciones y derechos. Una aproximación política del asunto, reivindicaría el valor intrínseco del Diálogo social, lo que no desmerece haber jerarquizado otras nociones parecidas, pero no idénticas, como la concertación social bi o trilateral.

3.1 Finalidad del diálogo social

En todo tipo de negociación es necesario generar un debate fluido para buscar las soluciones de interés social entre los diferentes actores empresariales, sindicales, gobierno, empleadores y trabajadores, y así lograr un mejor entendimiento en las relaciones laborales, económicas y sociales. No obstante, en muchos países de América Latina donde el Estado se presenta como actor fundamental, de algún modo el diálogo se ve influenciado por el factor político inherente al mismo, y tiende a no actuar de manera imparcial y coherente, vulnerando muchas veces los derechos de algunas de las partes. Por tanto, la finalidad del diálogo social es la de generar un debate fluido para la búsqueda de soluciones.

La principal finalidad del proceso de diálogo social, es impulsar el logro de consensos y la participación democrática de todos los interlocutores presentes en el mundo del trabajo. El buen funcionamiento de las estructuras y los procesos de diálogo social puede contribuir a resolver importantes problemas económicos y sociales, alentar las prácticas de buen gobierno, favorecer la paz y la estabilidad en el plano social y laboral, e impulsar el desarrollo económico.

Para la OIT, el objetivo primordial del diálogo social consiste en promover oportunidades para que las mujeres y los hombres obtengan un trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Por lo que el diálogo social resulta trascendental para alcanzar este objetivo, y es considerado a la vez como un medio para lograr el trabajo decente y productivo y como un fin en sí mismo.

3.2 Condiciones que hacen posible el diálogo social

1. La existencia de organizaciones de trabajadores y de empleadores sólidas e independientes, con la capacidad técnica y el acceso a la información necesarios.
2. La voluntad política y el compromiso de todas las partes interesadas.

3. El respeto de la libertad sindical y la negociación colectiva.
4. Un apoyo institucional adecuado.

3.3 Antecedentes y evolución del diálogo social

Las primeras prácticas de acuerdos de carácter social en América Latina, fundamentadas en motivaciones políticas, especialmente ligadas a la preservación de la democracia, datan de los años 30, aunque no es hasta bien mediado el siglo cuando por primera vez se puede hablar “con propiedad técnica” de la existencia de pactos concertados. El Pacto Obrero-Industrial de México en 1945, o el acuerdo social conocido como Triángulo de Escuintla en Guatemala de 1947 son, en este sentido, los primeros intentos fructíferos de diálogo social.

La verdadera primera experiencia de concertación social es, a juicio de los analistas de la OIT, la firma en Venezuela, tras la caída de la dictadura militar de Pérez Jiménez en 1958, del Acuerdo Avenimiento Obrero-Patronal que, en aras a la reducción del conflicto social, estableció normas sobre terminación de la relación de trabajo y un mecanismo de conciliación de conflictos colectivos y del Pacto de Punto-Fijo (de carácter político) que determinó las bases de la democracia en el país.

Por su trayectoria concertadora Venezuela, es quizás el único país en el que, entre 1974-1979, existe un intento de institucionalización del diálogo al más alto nivel (de hecho se constituyó una, llamada, Comisión de Alto Nivel) para tratar de temas laborales, sociales y económicos con el Gobierno, trabajadores (CTV) y empresarios (FEDECÁMARAS), aunque tras la caída de los precios del petróleo los actores coincidieron en que más que un instituto permanente el pacto puntual era la única vía de superación.

Consecuencia de estos intentos y procesos, así como de un firme convencimiento concertador y de una mayor madurez de los actores sociales, el 4 de julio de 1989, se firmó el “Acuerdo Nacional para la Concertación”. Partiendo de la situación económico-social existente, de la necesidad de combatir la inflación y de la declaración de su adhesión al sistema democrático y el estado de derecho.

Los objetivos principales del Acuerdo Nacional para la Concertación de 1989, se concretaron en lograr: El aumento de la productividad y la eficiencia, la liberación de trabas a la actividad económica sin abandono de la responsabilidad estatal de garantizar el bienestar colectivo, la incorporación de más empresarios a la actividad productiva, el aumento de la capacitación y de la disciplina en el trabajo, así como la mejora del nivel de salud de la población.

En el referido acuerdo el Estado venezolano se comprometió a destinar recursos presupuestarios para atender las contingencias que surgieran con ocasión de la aplicación del programa de ajuste, mediante programas de inversión social para la creación de empleos y a través del mantenimiento y construcción de obras de infraestructura social y viviendas populares; asimismo, previó pago de subsidios directos a las familias de bajos ingresos. También se comprometió a controlar los precios de la canasta de bienes y servicios de consumo básico, cuya producción y abastecimiento serían estimulados. A la vez, las partes se comprometieron a concertar acuerdos acerca de la reestructuración y reorientación del Instituto Venezolano de Seguridad Social; la estabilización de los precios de bienes y servicios; la atención social al campesinado; el fortalecimiento de la capacidad crediticia del ICAP y del BANDAGRO; la creación del Instituto Previsional del Empleado Público; la creación de nuevas fuentes de trabajo; el subsidio a propietarios de viviendas económicas adquiridas en los cinco años anteriores al Acuerdo; el establecimiento de tasas preferenciales para actividades agropecuarias; la transformación del Ministerio de Trabajo en Ministerio de Trabajo y Desarrollo Social, al que se adscribiría el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE).

A pesar de que se trataba, de un acuerdo marco para «concordar», con una estructura lógica y de un compromiso real de los firmantes, no pudo alcanzar los efectos esperados por los embates de las circunstancias económicas y políticas vividas, por entonces, en el país.

En Venezuela, el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE) cuenta con Centros de Capacitación y Mejoramiento Profesional tanto a nivel de regiones como de sectores productivos. Participan en el INCE las organizaciones laborales y empresariales. En materia de política salarial se creó en 1991 la Comisión Tripartita Nacional para la Revisión de Salarios Mínimos, con integración paritaria tripartita. La Comisión Tripartita está compuesta por el Gobierno: Ministro de Trabajo, Industria y Comercio y la Oficina Central de Coordinación y Planificación de la Presidencia de la República (CORDIPLAN); y representantes de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

Anualmente debe revisar y recomendar el reajuste del salario mínimo. Como organismo técnico asesor de la Comisión Tripartita para la Revisión de Salarios Mínimos se crea la Comisión Técnica Tripartita, integrada por técnicos de los tres sectores. Para la discusión de los temas de prestaciones sociales y seguridad social se creó una Comisión Tripartita que suscribió el acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial.

También existen, instituciones a nivel no nacional con conformación bipartita o tripartita, por ejemplo, organismos de conciliación y arbitraje, participación en or-

ganismos ligados a la seguridad social, a la salud ocupacional o a prestaciones sociales. Por ejemplo, se han creado mediante leyes o decretos organismos que nunca llegaron a conformarse. Como es el caso de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) en Venezuela. Mediante esta ley se crearon dos organismos el Consejo Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales y el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laboral, ambos con integración tripartita que no se han constituido.

3.4 Realidad del diálogo

Países con tradición de pactos (como el caso de Venezuela) han seguido intentando con mayor o menor éxito dicha vía, siendo utilizada la concertación en algunos países como forma de garantizar la democracia o de lograr un cierta estabilidad económica. La reforma de la ley y la búsqueda de la flexibilidad es, quizás, la última tendencia que se asume a través de los acuerdos.

En Venezuela, uno de los temas más polémicos de los últimos veinte años en materia de relaciones laborales era las prestaciones sociales y en particular su reajuste sobre la base del último salario devengado por el trabajador (artículo 108 de la LOT en su redacción de 1990). Diferentes propuestas y contrapropuestas habían sido formuladas por los distintos sectores implicados para reformar el régimen de prestaciones sociales, incluyendo en la suya el sector empleador la necesidad de mejorar el sistema de seguridad social.

La necesidad de asumir la discusión de forma concertada se hizo evidente y así se instaló una Comisión tripartita en 1996 para la discusión del tema en la que se integró por parte del Gobierno CORDIPLAN, los Ministerios de Trabajo y Hacienda e Industria y Comercio, en el sector empresarial por FEDECAMARAS, CONINDUSTRIA, CONSECOMERCIO; FEDEAGRO, y FEDEINDUSTRIA, y así como los sectores sindicales CTV, CODESA y CGT, alcanzándose un acuerdo el 17 de marzo de 1997 (Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial –ATSSI–) que se consolidó con posterioridad en el Acuerdo sobre Estabilidad en el Empleo y Salarios –ATES– el 3 de julio del mismo año.

El ATSSI es un acuerdo de naturaleza política tripartito y de cúpula que institucionaliza el diálogo social al reconocerle carácter permanente y no coyuntural.

El ATSSI reforma las prestaciones sociales y salario:

- a. Modifica el régimen de la prestación social de antigüedad,
- b. Recompones el salario, salarizando algunos bonos existentes,

- c. Establece la fijación tripartita del salario,
- d. Modifica el régimen de indemnización por despido injustificado,
- e. Establece una compensación por transferencia de los trabajadores.

Igualmente y en materia de la seguridad social el ATSSI:

- a. Acuerda el modelo de reforma,
- b. Incluye en el mismo a los trabajadores por cuenta ajena, a los no dependientes y al sector informal urbano, así como a los rurales,
- c. Garantiza la participación de los actores sociales públicos y privados en su organización, financiamiento y administración, que tendrá carácter mixto,
- d. El subsistema de salud se plantea a partir de la separación entre la función aseguradora y el reconocimiento al beneficiario del derecho a escoger el prestador del servicio de atención,
- e. Acuerda la recapitalización del Fondo de Seguro de Paro Forzoso y su separación financiera y administrativa del IVSS.

Asimismo, el ATSSI incluye el fortalecimiento de las relaciones colectivas de trabajo y el tripartismo y las relaciones con la OIT. Como consecuencia de su firma se modificó la Ley Orgánica del Trabajo y se promulgó un proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Social Integral (30-12-1997), que se completó con varias leyes sobre la regulación de los subsistemas de seguridad social en 1988.

Completando el marco tripartito, en julio de 1997 el ATES promueve una serie de proposiciones:

- a. Formulación de una coherente y eficaz política de empleo y formación para el trabajo,
- b. Necesidad de intensificar la campaña de información sobre el alcance de la reforma de la LOT por el ATSSI,
- c. Compromiso de los empleadores a conservar la estabilidad en el empleo y concertar con las organizaciones sindicales sobre esta materia,
- d. En caso de despidos masivos, el Ejecutivo ejercería sus facultades de inamovilidad (artículo 34 de la LOT) declarando su suspensión y decretando a la reinstalación.

El referido instrumento no preveía término de cumplimiento, no obstante se realizaron algunas acciones específicas, consecuencia del mismo, entre las que destacan:

- a. Desarrolló de un operativo masivo de inspección en materia de estabilidad,
- b. Instalación de 4 comisiones tripartitas sectoriales a fin de discutir sobre ajustes salariales,
- c. Designación de una comisión técnica para diseñar una política de empleo concertada (PEC), que se plasmó en un documento en diciembre de 1997 con estudios, diagnósticos y acciones en esta materia.

Desde los acuerdos suscritos con anterioridad a esta década, a los planteamientos actuales por parte de las organizaciones sindicales, hay sin duda una evolución, motivada en parte por un cambio en la situación política. A diferencia de entonces, se observa al sindicato como un actor muy significativo en la lucha democrática, pero que carece del papel central político de tiempos pasados, entre los sectores que tradicionalmente lo apoyaban. La relación con los partidos políticos ha variado, principalmente, por la mayor autonomía adquirida en el campo político y por los cambios sociales que también los han afectado. Venezuela es quizás el mejor ejemplo de esta evolución. A diferencia de lo ocurrido en otros países en los que el sindicalismo fue antecedente que dio vida a un partido político, en Venezuela fueron los políticos los que ayudaron a fundar el sindicalismo y los que originaron después disidencias y enfrentamientos internos.

Actualmente, el cambio político y los nuevos procesos de redefinición del Estado, han estancado en Venezuela el progreso concertador.

3.5 Las organizaciones sindicales y el diálogo

El diálogo aparece en los discursos y declaraciones de los gobernantes, de los empleadores, de los sindicalistas, así como en el de los políticos e intelectuales. Su actualidad es innegable, en cada momento de crisis, en cada instante de cambio, el diálogo social aparece como una vía, como una propuesta, como un “recurso”, en especial, en estos últimos tiempos.

Se observa que, las organizaciones sindicales participan, en consecuencia, en los procesos de diálogo: de forma intermitente, esporádica y en condiciones que no pueden calificarse como las más adecuadas.

Esta conducta de las organizaciones sindicales no debería producirse, entre otras cosas, debido a lo siguiente:

1. El diálogo social no niega el conflicto, ni la existencia de intereses divergentes a corto, mediano o largo plazo;

2. El diálogo social puede entenderse sólo como un medio que no obliga a nadie a renunciar a sus concepciones ideológicas;
3. En el actual estado de la relación de fuerzas entre empresarios y trabajadores, la meta de una sociedad sin clases aparece muy lejana y en ese sentido diferida;
4. Las corrientes ideológicas y políticas que históricamente han estado presentes en el sindicalismo no responden a los cambios que se están produciendo en el mundo del trabajo, conduciendo, a menudo, a un desfase, donde es difícil intervenir con éxito y generar en las organizaciones sindicales una cultura de diálogo.

No obstante los problemas ideológicos mencionados, la idea del diálogo social al interior del movimiento sindical comienza a cobrar fuerza en el actual contexto nacional, por cuanto se considera una nueva puerta a abrir para resolver los problemas. Frente a esta circunstancia, las centrales sindicales afrontan numerosos asuntos, dilemas y desafíos.

3.6 *La necesidad del diálogo social*

El diálogo social es la base fundamental del desarrollo del Estado moderno, y un instrumento catalizador de conflictos de diferente magnitud, a la vez que es un mecanismo esencial para desarrollar las libertades y derechos fundamentales que son base de la democracia. Se trata, por tanto, de un elemento imprescindible para el progreso social sin el cual al Estado le resulta más difícil cumplir sus fines a cabalidad. La situación de conflicto, latente y evidente, hace indispensable articular mecanismos o espacios de diálogo que faciliten el encuentro de los intereses en conflicto, fortaleciendo los intercambios de opinión y propiciando las bases mínimas para el consenso. Asimismo, considerando la debilidad de los Estados, el diálogo social será un instrumento esencial para fortalecer las bases que lo sustentan y por consiguiente, de la propia democracia.

No existen temas fundamentales que puedan ser objeto de propuestas para que se lleve a cabo el diálogo, sin embargo destacan: Los conflictos sociales que se convierten en ocasiones en situaciones casi de guerra, crisis económica aguda con efectos perniciosos para el empleo, vulneración de las libertades sociales, debilitamiento de las bases sociales, flexibilidad laboral extrema, entre otros, todo ello enmarcado en un contexto de globalización que afecta las relaciones internacionales. En consecuencia, la libertad sindical puede verse afectada y los actores enfrentando problemas de articulación, de legitimidad y, por consiguiente, de representatividad al ver disminuir su índice de afiliación, prueba de ello son los comentarios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y el aumento de las quejas al Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Es innegable la existencia de conflictos en todos los países y por tanto, la solución debe buscarse en todos los niveles. El diálogo no es quizás la panacea, pero los recientes acontecimientos revelan que permite, sino solventar el conflicto, al menos regularlo, y lo convierte en un punto de partida para el acuerdo y el buen clima social.

El diálogo es indispensable en la actualidad y, las experiencias recientes así lo avalan. Sin duda hablar de progreso en libertad y democracia, de nueva cultura de relaciones laborales y de paz social implica hablar de diálogo y ello es tarea de todos los que de una forma u otra participan en el mundo del trabajo.

Pero para que el diálogo social sea una realidad permanente y, no sólo una experiencia ocasional, se requiere su institucionalización. Quiere ello decir, la existencia de normas legales y reglamentarias sobre el proceso de diálogo y de instituciones tripartitas permanentes cuya función principal sea la promoción y el apoyo al diálogo social. Además, es urgente pasar de los niveles nacionales a los supranacionales, lo que supone fortalecer los primeros, a los efectos de democratizar los procesos de integración regional y articular los mismos a una dimensión social hasta ahora ausente, o muy debilitada.

3.7 Estado y Diálogo Social

Para la existencia del diálogo social, es fundamental que el Estado adopte un papel activo, aun cuando no participe directamente en el proceso. El caso es que el Estado tiene la responsabilidad de crear un clima político, cívico y estable que permita a las organizaciones autónomas de empleadores y de trabajadores actuar libremente, sin temor a represalias. Incluso, el Estado debe prestar apoyo esencial a las iniciativas de las partes, ofreciendo, entre otros, los marcos jurídicos e institucionales necesarios para que éstas puedan actuar con eficacia.

El derecho de los interlocutores sociales a ser consultados, a la participación -en la medida que tengan interés manifiesto en las políticas públicas- se acomoda y orienta a cambiar, el rol de actuación del Estado. Esto no significa que el Estado traslade o delegue sus competencias en los interlocutores sociales y menos en cuanto al ámbito de decisión sobre las políticas públicas. Así, el diálogo social se aleja del corporativismo; la diferencia está en que la participación en procura de un *plus* de legitimidad a propósito de las políticas públicas es, con todo, distinto a que los interlocutores sociales demanden para sí el derecho de decidir sobre su diseño y ejecución, junto o al lado del poder público.

El rasgo fundamental del surgimiento de la legislación laboral en América Latina, fue el del intervencionismo, donde la Administración del Trabajo tuvo un rol im-

portante y único en la gestación y ejecución de las políticas públicas más involucradas con las relaciones laborales. Evidentemente, que el dilema siempre fue la tirantez entre autonomía e intervención, entre sistemas más autonomistas y más intervencionistas.

El diálogo social y la participación fueron reclamados como contenidos esenciales de la libertad sindical, con ello se tocaba fundamentalmente, la característica o el calificador que permite medir la eficiencia o la carencia de democracia del sistema de relaciones laborales, lo que se traduce en la división y el reparto del poder decisorio del sistema de relaciones laborales. Así, el diálogo social se orienta a repartir y compartir el poder que rige el sistema social, anteriormente concentrado exclusivamente en el ámbito de influencia de la Administración.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el diálogo social no es solamente una temática orientada a la democratización del sistema político, es también un problema de relaciones laborales. Por lo que de la mano del diálogo social, se abriría curso a un modelo que jerarquice la autonomía colectiva y con ello, hacer enervar los rasgos intervencionistas que prevalecen aún en América Latina.

Por lo que, con la interiorización del diálogo social en el sistema de relaciones laborales se plantea un cambio en los paradigmas; quebrándose en consecuencia, una tendencia casi ancestral.

Cuando el diálogo social se orienta hacia las relaciones laborales, termina adherido a ese modelo interventor. El Estado concebido de otra manera, esto es, como un Estado que arbitra conflictos sociales y, por tanto, busca el consenso y la legitimidad de los interlocutores, no cabe duda que, el sistema político gana en su grado y contenidos democráticos, y las relaciones laborales, por su parte obtienen un sistema que jerarquiza el diálogo social, ganando así, en autonomía colectiva y con ello, la libertad sindical.

Puesto que la autonomía colectiva está en el centro o en la esencia de la idea de la libertad sindical, y pudiendo hablarse del diálogo social desde muchísimas ópticas, se intenta una visión desde el Derecho del Trabajo, perspectiva más jurídica que política para el diálogo social. Por lo que los requisitos esenciales para que el Diálogo social pueda tener poder, son fundamentalmente tres: la libertad sindical, la autonomía colectiva y la autotutela de los intereses colectivos, lo que no sería contrario a decir que el requisito esencial o *sine qua non* del diálogo social-laboral, es la libertad sindical, siempre y cuando se admita que la autonomía colectiva y la auto-tutela de intereses colectivos no son más que contenidos esenciales de la libertad sindical.

Conclusiones

El diálogo social no es algo imaginario o una simple idea de organismos internacionales sino que, es el medio más conveniente para enfrentar los cambios, la globalización y los ajustes estructurales que están redefiniendo las reglas del juego y que afectan a las sociedades, a la vida y la cultura de sus hombres y mujeres.

La concertación social puede convertirse en instrumento indispensable para permitir el desarrollo fundamentado en la paz social y la justicia social en un contexto de cambio. Verdaderamente, el diálogo social incide en el avance de los procesos democráticos, afianzando la consolidación institucional y real de los derechos sociales, por cuanto permite, en un ambiente de libertad, determinar los equilibrios de fuerzas necesarios.

Asimismo, el diálogo se convierte en hilo conductor para superar la debilidad existente en el movimiento sindical y en las organizaciones de la sociedad civil, ya que la democracia, exige su participación y su protagonismo como asociaciones representativas de los intereses de una parte substancial de la sociedad.

Cuando la Organización Internacional del Trabajo,⁷ reconoce la obligación solemne que tiene de lograr "...el reconocimiento del derecho de negociación colectiva y la cooperación de trabajadores y empleadores, para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas...", se evidencia que, una organización (OIT) que hace tal declaración en su carta constitucional, *debe su razón de ser al diálogo social*, a la participación, al reconocimiento del derecho de los interlocutores sociales para poseer injerencia en los asuntos de políticas públicas que les conciernan.

Por otra parte, se hace necesario cambiar la forma de concebir la política sindical, mejorar las relaciones entre las diferentes categorías de trabajadores, incorporar otros sectores, y readecuar la estructura sindical. Por lo que los cambios que se propongan deben ser la plataforma de la recuperación sindical, que es lo que hacen las organizaciones democráticas cuando experimentan alguna adversidad importante.

De este modo, el reto del sindicalismo comprende la necesidad de construir una visión a largo plazo, enfrentarse a conflictos que se originan en la necesidad de insertarse en un nuevo tipo de sociedad que surge como consecuencia de los cam-

⁷ Carta de la OIT de 1919, enmendada en 1944 con la Declaración de Filadelfia.

bios estructurales, así como a transformar el modelo histórico de acción sindical. Un cambio cultural de esta magnitud supone arduas discusiones entre la dirigencia y la base sindical.

Así, la práctica del diálogo también se constituye para el movimiento sindical en un instrumento que lo empuja a asumir una nueva actitud y capacidad para afrontar eficazmente su papel en la concertación.

Es por ello, como centro del progreso, que el diálogo social tiene sentido, ya que su papel es esencial para instrumentar la gobernabilidad democrática y para hacer factible un proceso de cambio, que de todas maneras está ocurriendo, sobre la base del acuerdo, del consenso y de una filosofía de solidaridad, justicia social y bien común.

Sin duda, en un mundo en donde la competitividad económica se impone, y donde la flexibilización es un objetivo de los programas políticos de los gobiernos, se deberá asegurar la existencia de mecanismos que permitan garantizar los derechos mínimos de los trabajadores y empleadores. Sólo la participación activa de todos los actores sociales, en todos los procesos nacionales, puede garantizar que dicho objetivo se cumpla, y que por tanto se pueda así conseguir la tan anhelada paz social.

Reflexiones en torno al régimen pensional y la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia

Carlos J. SARMIENTO SOSA*
María Elena SUBERO**

La discusión de este delicado tema (el sistema de pensiones) debe ser despojada de preferencias o posturas políticas y resolverse en su verdadero contexto: la existencia actual de un sistema de jubilaciones desorganizado, desarticulado, excesivamente costoso para la sociedad y el fisco, fuertemente ineficiente y discriminador para con sus usuarios: los trabajadores son útiles mientras cotizan y abandonados a su suerte cuando deben recibir apoyo expresado en pensiones.

Armando León Rojas
Profesor de las Universidades Metropolitana y de Los Andes.
Director del Banco Central de Venezuela

* **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 (OMPI)**, Centro de Arbitraje, Árbitro. **Institutos Iberoamericano y Panamericano de Derecho Procesal**, Miembro. **Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal (INVEDEPRO)**, miembro y actual Vice Presidente. **Federación Interamericana de Abogados**, Ex Presidente. Autor de distintas obras jurídicas, entre las que se mencionan en materia procesal laboral: *“Apostillas acerca del denominado Recurso de Casación contra el Laudo en el Arbitraje Procesal del Trabajo”*, *“Reflexiones sobre el artículo 76 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo venezolana, el derecho a tutela judicial efectiva y el principio de confianza legítima”*, *“Reflexiones sobre el Arbitraje Procesal Laboral en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo”* y *“Los principios del proceso civil en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (con referencia al Código de Procedimiento Civil y al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica)”*. **Hoet Peláez Castillo & Duque**, Socio.

** **Universidad Central de Venezuela**. Abogada, Especialista en Derecho Laboral. **Hoet Peláez Castillo & Duque**, Asociada al Área de Práctica de Derecho Laboral y Seguridad Social.

SUMARIO

- Introducción.**
1. **Los distintos sistemas de seguridad social:** 1.1 *Unión Europea:* 1.1.1 Noruega. 1.1.2 Suecia. 1.1.3 España. 1.1.4 Otros países europeos. 1.2 *América:* 1.2.1 Estados Unidos de América y Chile. 1.2.2 Uruguay. 1.2.3 Colombia. 1.2.4 Panamá.
 2. **El concepto de jubilación.**
 3. **Antecedentes:** 3.1 *El Montepío.* 3.2 *Los seguros.* 3.3 *Los fondos de pensiones.*
 4. **El concepto de jubilación y su alcance en la Sentencia N° 3476 de 11 de diciembre de 2003 del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional.**
 5. **La actualización y homologación de las pensiones de jubilación en la Sentencia N° 3 de 25 de enero de 2005 del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional.**
 6. **La actualización u homologación de las pensiones de jubilación:** 6.1 *Sector público.* 6.2 *Sector privado:* 6.2.1 Previamente concertada. 6.2.2 No concertada. 6.2.3 La obligación de pago no concertada.
- Conclusiones.**

Introducción

Murió la “*mujer más vieja del mundo*”.

Con este escueto titular aparecido el 8 de mayo de 2005, el internacionalmente conocido *network* informativo londinense –la BBC– daba cuenta a través de la red del fallecimiento de una dama, considerada como la persona más vieja del mundo, quien murió a los 116 años en la isla de Tokunoshima, al sur del Japón¹.

Agregaba la información datos particulares acerca de las costumbres de la occisa, de donde se especulan las razones de su longevidad concluyendo la nota de prensa en algo muy singular desde el punto de vista económico jurídico, y hasta social: Los economistas advierten que habrá una crisis en el sistema de pensión es-

Abreviaturas más frecuentes: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: La Constitución. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: SC-TSJ. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia: SCS-TSJ. Sentencia de la SC-TSJ del 11 de diciembre de 2003 caso Hugo Romero v. Banco Central de Venezuela: La sentencia diciembre 2003. Sentencia de la SC-TSJ del 25 de enero de 2005 caso Luis Rodríguez y otros contra Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela C. A (CANTV): La sentencia enero 2005.

¹ Información disponible en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid_3230000/3230367.stm

tatal japonés en pocos años, ya que los beneficios que se pagan exceden considerablemente al dinero que se recibe.

Este comentario contiene tres elementos claves que trascienden la información desde el punto de vista coloquial para situarlo en un plano de interés particular pues en él se alerta del anuncio de una crisis en el sistema de pensión *estatal* del Japón debido a que los beneficios que se pagan exceden considerablemente al dinero que se recauda por concepto de pensión de vejez, afirmación que, unida a la nota principal, la longevidad de la occisa, determina claramente que uno de los problemas fundamentales del sistema de jubilación radica en que la expectativa de vida de los ciudadanos de ese país ha aumentado, con lo cual los fondos recibidos por las aportaciones se volverían insuficientes, lo que ha hecho afirmar que a medida que aumenta la longevidad en el mundo y más jubilados viven durante más tiempo, la simple economía indica que los ingresos destinados a la jubilación deberían provenir cada vez más de los ahorros individuales².

Pero resulta que el contexto que se prevé para los jubilados nipones no es único, sino que se presenta en otras latitudes donde funcionan sistemas pensionales, lo que ha hecho afirmar que un fantasma recorre el mundo: el de la quiebra de los sistemas públicos de pensiones, en el cual ha prevalecido el sistema de pensiones de reparto, que contiene una falla fundamental, originada en una concepción errónea del comportamiento humano: destruye el vínculo entre contribuciones y beneficios, en otras palabras, entre responsabilidades y derechos. Cuando esto sucede en una escala masiva y durante un período largo de tiempo, el resultado final es un desastre³.

A este respecto, se afirma que dos factores exógenos agravan los resultados de este error estructural. Primero, la tendencia demográfica mundial hacia una caída en la tasa de natalidad y, segundo, los avances médicos que alargan la vida de las personas. Por lo tanto, cada vez serán menos los trabajadores activos en relación al número de personas jubiladas. Puesto que tanto el alza de la edad de jubilación como aquella de las cotizaciones tienen un límite, tarde o temprano el sistema tiene que reducir los beneficios prometidos, señal inequívoca de un sistema en bancarota. Bien se reduzcan los beneficios mediante la inflación, como en la mayoría de los países en vías de desarrollo, bien mediante cambios legislativos, el re-

² “La experiencia de la reforma de pensiones en Latinoamérica”. Nota informativa de Grupo del Banco Mundial. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/noticias/reportajes/pensiones/latinoamerica.htm>

³ José PINERA. “La revolución de las pensiones en Chile”, 2003. Disponible en: http://www.josepinera.com/pag/pag_tex_penschile.htm

sultado final para el trabajador jubilado es el mismo: ansiedad en su edad avanzada, creada, paradójicamente, por la inseguridad inherente del sistema al que se llama de “seguridad social”⁴.

Esta supuesta y preocupante situación, nos hizo reflexionar sobre el caso venezolano que, pese a que el artículo 86 de la Constitución consagra el derecho a la seguridad social y que el Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de ese derecho⁵, es notoriamente sabido que la institución de la seguridad social funciona deficientemente y que el Estado, pese al carácter constitucional que le otorga, no ha logrado establecer objetivos técnicos que permitan el funcionamiento de un sistema serio y responsable para el manejo de la jubilación, pues las propuestas al respecto se han caracterizado fundamentalmente por una discusión política en cuanto a que si la previsión social debe guiarse por los principios que priman en la economía libre o de mercado o los que rigen la economía dirigida, pues en el primer escenario los fondos de pensiones se desempeñarían dentro del esquema de fondos privados, mientras que en el segundo el Estado estaría a su cargo, sin perjuicio de lo que contractualmente pudieran establecer los particulares a través de regímenes optativos. Puede decirse, por tanto, que el sistema de pensiones venezolano, administrado por el Seguro Social, es incapaz de cubrir las pensiones de los jubilados, debido al constante deterioro de los fondos que administra, lo que originó que el Estado financiara, a través de aportes, estas insuficiencias, agudizando el déficit presupuestario de la nación, evidenciándose que el sistema de pensiones venezolano tiene una estructura desequilibrada, donde las cotizaciones aportadas por los trabajadores cotizantes no cubren el pago de las pensiones actuales y el número de cotizantes, con relación a los pensionados, ha disminuido de forma sostenida en los últimos veinte años, no poseyendo el sistema de pensiones los recursos necesarios para otorgar las pensiones adecuadas, actuando el Es-

⁴ Piñera. “La revolución de las pensiones en Chile”.

⁵ Artículo 86 de la Constitución: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial”.

tado como financista de un sistema que se creó para evitar justamente esta situación, dado que el Estado es el responsable de la supervisión, de verificar la calidad de los servicios, los beneficios y los planes de inversión de este esquema, los trabajadores se han visto obligados a promover huelgas masivas como único recurso para reclamar y solicitar el cumplimiento de sus derechos en condición de beneficiarios⁶.

Mientras subsiste ese deplorable estado, patentizado en numerosas leyes que han resultado letra muerta al ser objeto de sucesivas *vacatio legis* en espera de la vara mágica que confiera el derecho a la seguridad social a la cual tienen derecho todos los ciudadanos, en el ámbito jurisdiccional se han presentado situaciones casuísticas que han ameritado que la SCS-TSJ⁷ haya declarado que es válida la cláusula de la convención colectiva en la cual se establece que aún en el supuesto de cumplir todos los requisitos para ser el trabajador beneficiario de la jubilación, éste puede optar o no a ella, y en el caso que opte a tal jubilación especial, puede aún elegir entre una cualesquiera de las dos opciones o modalidades previstas para su cumplimiento, siendo también válidos sus efectos (en el caso específico de CANTV, el trabajador podía optar entre recibir un monto único o montos periódicos mensuales), siempre que no existan vicios en el consentimiento y que no lo desnaturalice el régimen pensional como derecho social constitucionalmente previsto.

Por otra parte, la SC-TSJ, en la sentencia diciembre 2003 determinó que la jubilación se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social previsto en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como pensión de vejez para la persona que cumplió con los requisitos de edad y años de servicios para que sea acreedora de tal beneficio de orden social; y la misma SC-TSJ, en la sentencia enero 2005, además de ratificar la doctrina expuesta, añadió que esta pensión de jubilación no debía ser inferior al salario mínimo nacional urbano y que en virtud del concepto de seguridad social consagrado en la Constitución, los jubilados tienen derecho a la actualización de sus pensiones en la proporción de los aumentos salariales de los trabajadores activos.

Como se observa, pareciera que existe un doble divorcio: el primero el *status* mundial de los distintos regímenes pensionales; y el segundo, en Venezuela, entre la Constitución y la práctica, lo que ha dado origen a que, en la realidad social, una serie de factores han incidido para que, en este país, el Estado se haya visto obligado a hacer intentos para paliar la situación de la jubilación de los funcionarios

⁶ Armando León Rojas. "Pensiones: La revolución debe continuar". Disponible en: <http://www.ucla.edu.ve/dac/investigaci%F3n/compendium7/Pensiones.htm>

⁷ Casos CANTV.

públicos, mientras que, en el sector privado, empresarios y trabajadores han concertado convenios tendientes a establecer fondos de jubilación, u otros sistemas como el seguro de retiro o renta vitalicia y también el montepío, pero no se ha dado una solución adecuada al monto de la jubilación frente al fenómeno económico de la inflación y de la pérdida del valor adquisitivo del bolívar, pese al deber del Estado de promover y defender la estabilidad económica evitando la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios para asegurar el bienestar social, como lo proclama el artículo 320 de la Constitución.

Dentro de este orden de ideas, en este ensayo, haremos un recorrido por distintos sistemas de seguridad social que funcionan en determinados países y analizaremos las decisiones judiciales mencionadas, con referencia a los antecedentes de la jubilación, su concepto e instituciones utilizadas para su instrumentación, finalizando con las correspondientes conclusiones.

1. Los distintos sistemas de seguridad social

El hecho familiar es universal, pero con arreglos muy diversos según las sociedades. Entre las sociedades tradicionalmente estudiadas por los antropólogos y las sociedades contemporáneas existe una diferencia de grado, sino de naturaleza: en las primeras, el parentesco proporciona lo esencial de las categorías sociales, el marco de las relaciones de producción, de consumo, de poder, etc.; en las segundas, el parentesco tiene la concurrencia de otras instituciones sociales, y sobre todo el Estado⁸.

La noción complementaria de familia, más restringida que la del grupo doméstico, se refiere esencialmente al lazo conyugal. La familia está constituida por el padre, la madre (asociación fundada en alianza), y los hijos, mientras que algunos grupos domésticos están constituidos únicamente por una familia, así como otros de la misma especie pueden comprender varias, ya sea distintas parejas casadas que entre sí tienen lazos de filiación o de colateralidad. El grupo doméstico, además de las familias puede incluir también personas sin relación de parentesco, que comparten las actividades de producción (domésticos, etc.) o que no las comparten (inquilinos, etc.)⁹.

El movimiento de las comunidades data, quizá, de la misma época (alta Edad Media) que el de las hermandades piadosas. Se agrupaban para roturar las tierras incultas y cultivar colectivamente. Las comunidades familia podían reagrupar a ex-

⁸ Martine SEGALÉN. "Antropología histórica de la familia". Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos/antofamilia/antofamilia.shtml>

⁹ SEGALÉN. "Antropología histórica de la familia".

tranjeros que se asociaban como si fueran hermanos, formando una asociación sin acto legal, de ahí su nombre de comunidad tácita, caracterizado como un grupo doméstico compuesto de varios matrimonios, fundado sobre una organización económica y de trabajo específica, inscrita en un período histórico definido, y en regiones bien delimitadas, en las que además era minoritario. Estas comunidades tenían claramente una característica esencial que es la coresidencia; y la distribución del trabajo y de los bienes no era suficiente para definir las; era necesario sobre todo preparar y tomar conjuntamente la comida¹⁰.

En la Edad Media, el respeto a la regla de las comunidades permitió, así, a los siervos transmitir una herencia a su descendencia, lo que fijaba el grupo en el lugar. Su dislocación sobrevino en épocas diferentes según las regiones: subsistieron durante mucho tiempo en el centro de Francia, dando origen a que treinta a cuarenta personas vivían en común. Los *parsonniers* elegían entre ellos amo, frecuentemente la persona de más edad, esta elección ha merecido para las comunidades tácitas el nombre de repúblicas de parientes. El amo dirigía la comunidad, asignaba las tareas. Una mujer dirigía a las mujeres e hijas y repartía las tareas entre las mujeres¹¹.

Los bienes de la comunidad eran indivisos. Cada *parsonnier* era alimentado y vestido según sus necesidades. La estrategia del amo era la de conservar a sus hijos con él, dotando a las hijas que se casaban fuera de la comunidad. Esta dote las excluía de todo derecho sobre los bienes comunes. El tipo preferido de matrimonio que reforzaba la estabilidad de la comunidad, era el matrimonio endógamo. Otra forma corriente de matrimonio era por intercambio. De este modo sólo se desplazaban las personas, los bienes permanecían dentro de la comunidad, pero se disolvieron por razones económicas, demográficas, sociales y culturales propias de la evolución de la sociedad y también por razones internas. Poco a poco, la ideología individualista, el ascenso del sentimiento familiar centrado alrededor de la pareja conyugal y del hijo provocan el rechazo de la pesadez de esta vida comunitaria¹².

En este proceso evolutivo, surge la familia troncal, un grupo doméstico que reúne bajo el mismo techo a tres generaciones, la del padre y la madre, uno de los hijos casados y su mujer y sus hijos; está estrechamente identificado con la casa y engloba, además de la residencia-granja y sus dependencias, construcciones y tierras, derechos sobre los bienes colectivos. Es a cada casa a quién se atribuyen los

¹⁰ SEGALÉN. "Antropología histórica de la familia".

¹¹ SEGALÉN. "Antropología histórica de la familia".

¹² SEGALÉN. "Antropología histórica de la familia".

derechos de usos sobre las aguas, los bosques, los pastos comunales. De generación en generación, esta casa debe ser transmitida en su integridad. De ello se derivan dos consecuencias: 1) la casa impone a todos sus miembros su renombre y su prestigio, 2) la casa no puede ser dividida y uno sólo de los hijos será el heredero¹³.

Toda esta información acredita que, en tiempos pasados, la asistencia social se daba en la familia y en esos grupos comunitarios entre cuyos integrantes se prestaban socorro mutuo. Ahora bien, con la revolución industrial esa asistencia quedó limitada básicamente a los sectores rurales pues aquellos que abandonaban las faenas agrícolas para incorporarse al trabajo fabril pasaban a engrosar las filas de la indigencia pues, al incapacitarse por razones de edad, carecían de la asistencia del grupo familiar, y el Estado no estaba organizado para ello, así como tampoco la industria preveía mecanismos de socorro.

Los Seguros Sociales nacen en Alemania, donde el canciller Otto Von Bismark los crea para cubrir la enfermedad (1883), accidentes de trabajo (1884), invalidez y vejez (1889) y supervivencia (1911). Sin embargo, anteriormente, el industrial Alfred Krupp¹⁴, a quien se atribuye haber convencido a Bismark de la conveniencia de establecer leyes sociales, había introducido en Alemania programas de beneficios sociales para sus empleados. Para 1836, creó un fondo voluntario para asistencia en enfermedades y ayuda para sepelios, el cual se convirtió en un seguro obligatorio en 1853.

En 1855, Krupp estableció un programa de pensiones; en 1856 alojamiento para los trabajadores solteros y en 1858, almacenes para los empleados y así sucesivamente distintos programas de asistencia hasta que en 1872 los trabajadores adquirieron su propio hospital.

Cuando Alfred Krupp murió, en 1887, su empresa contaba con 20.000 trabajadores.

En 1941, Willian Beveridge, en el Reino Unido, diseñó el sistema de protección social denominado “Social Insurance and Allied Services” (seguros sociales y conexos), que completaría con otro que llevaría como título “Libre Empleo en una Sociedad Libre” y que partió de su propia iniciativa. En síntesis, Beveridge fusionó el modelo europeo de protección de los más débiles y el germánico de percibir una renta dejada de cobrar por incapacidad temporal o permanente, paro, jubilación y muerte/supervivencia, además de la protección sanitaria. La unión de estos

¹³ SEGALÉN. “Antropología histórica de la familia”.

¹⁴ Información disponible en: <http://www.1800miti.com/Companies/Germany/Profit/page82kp.html>

dos modelos en un sistema completo regidos por ciertos principios, es lo que hoy llamamos Seguridad Social, cuyos cuatro pilares eran:

1. Seguros Sociales unificados
2. Servicio Nacional de Salud
3. Ayuda Familiar
4. Asistencia Social

Esto es lo que debe integrar un sistema de Seguridad Social considerado pilar fundamental del Estado de Bienestar, tanto es así que se incluyó en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada en la ONU el 10 de diciembre de 1948 en su artículo 22 donde declara que “Toda persona, en cuanto miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social”.

La evolución de las sociedades modernas en la aldea global¹⁵ ha obligado a los Estados, combinando el sentido de la justicia con la concepción del bien de sus ciudadanos, a que implanten instituciones dirigidas a la atención de la seguridad social y, entre ellas, la que atiene a asegurar a los ciudadanos un digno retiro.

1.1 Unión Europea

En la Unión Europea actualmente dominan dos sistemas para financiar todo el plan de actuación en cuanto a pensiones se refiere¹⁶:

- a. Sistema de Reparto: Fundamentado en Beveridge, intenta conseguir el equilibrio financiero entre los ingresos y los gastos de cada año, de modo que los ingresos obtenidos se destinan a cubrir las prestaciones varias de cada año, los gastos; el defecto de este sistema, desde el punto de vista del aseguramiento futuro, es que no hay reservas, no se ofrece una garantía para cubrir el gasto futuro; este sistema supone la existencia de un acuerdo intergeneracional, es decir, los trabajadores presentes están asegurando a los pensionistas; la ventaja del sistema es su sencillez, no hay capitales que gestionar y los ingresos de la Seguridad Social sólo hay que adaptarlos para que puedan dar respuesta a

¹⁵ Informa Delia LIPSZYC, en **Nuevos Temas de derecho de autor y derechos conexos** (Cerlac Zavalla, p. 18) que aldea global –y su derivado globalización– son expresiones que, desde un tiempo, se utilizan profusamente y, en general, como del dominio público, sin relacionarlas con el escritor y comunicólogo canadiense Herbert Marshall Mc LUHAN (1911-1980), autor con Quentin FIORE de la obra *War and Peace in the Global Village* (New York, Bantan Books, Inc. 1968), cuyo primer capítulo se titula “Nuestra aldea global”.

¹⁶ Causas de la crisis financiera de la Seguridad Social. Informe disponible en: <http://html.rincondelva-go.com/accion-de-la-ss.html>

los distintos gastos de cada ejercicio. Este sistema se financia principalmente con las cotizaciones que realizan todos los trabajadores a la Seguridad Social en un ejercicio determinado.

- b. Sistema de capitalización: Fundamentado en el sistema Bismarck, su diferencia frente al anterior es que este sistema se basa en las reservas, éstas se constituyen durante un largo período de tiempo y ese capital se pone en el mercado financiero para que produzca unos beneficios, ese capital unido a los intereses y al beneficio obtenido conforma una masa mayor de capital que se va a destinar a cubrir los gastos. El sistema de capitalización se basa en el ahorro y si se gestiona bien, ese capital puede hacer frente a los pagos de las prestaciones de hoy y del futuro; el riesgo de este sistema es el mayor coste al que hay que hacer frente debido a la burocracia, la red de personas que mueven ese capital en el mercado intentando asegurar los menores riesgos posibles.

En cuanto a los años de servicio, en líneas generales, para el cálculo de la pensión de jubilación de la Seguridad Social, se toma en cuenta toda la vida laboral en Alemania, el salario medio de los 25 años con mayores salarios en Francia o los últimos 15 años de trabajo en España. En algunos países, el haber tenido hijos cuenta para las mujeres como años de cotización, así, en el caso de Francia, una mujer con 3 hijos tendría 9 años de cotización¹⁷.

Respecto a la edad de jubilación, puede decirse que ronda los 65 años –aunque la mitad de las personas mayores de 55 años no pueden seguir trabajando por diversas razones– además, en algunos países se diferencia por sexos, como en Italia (64 años para hombres, 59 para mujeres), o en el Reino Unido (60, 65). El país donde más tarde se jubilan sus trabajadores es Islandia, con 72 años, junto con Dinamarca, con 67 años. El que más jóvenes retira a sus trabajadores es Francia, que una vez cumplidos los 60 años se generaliza la jubilación, siendo de observar que en realidad existe una tendencia generalizada a retrasar la edad de jubilación, y la razón es que, de este modo, la incorporación al sistema de protección social se realiza más tarde con el consiguiente ahorro para las arcas del Estado¹⁸.

Los gastos de pensiones representaron en la UE un 12,5% del PIB en 2000 y su crecimiento en términos reales se ha estabilizado en torno a un 2% al año¹⁹.

¹⁷ Clara FRAILE. “Pensiones en Europa”. http://www.consumer.es/web/es/instituciones_y_legislacion_organoseuropeos/2003/10/13/66501.php

¹⁸ Clara FRAILE. “Pensiones en Europa”.

¹⁹ Clara FRAILE. “Pensiones en Europa”.

Dentro de las innovaciones a introducir en el sistema pensional, el Consejo de Europa ha llegado a decir que lo que se pretende es garantizar unas prestaciones mínimas vitales y, además, conseguir las rentas de los trabajadores para que cuando lleguen a la jubilación sus pensiones se acerquen lo más posible a sus rentas, existiendo en la UE una tendencia rechazada consistente en que el régimen de Seguridad Social quedara para cubrir el mínimo y a partir de ahí se cubriera por la cobertura privada, frente a esto lo que se tiende en la actualidad es a revisar al alza la edad de jubilación, aumentándola en determinados sectores de la actividad y, al mismo tiempo, facilitando la jubilación anticipada en otros, así como el aumento de la edad de jubilación, reducción de la cuantía de las prestaciones, aumento de las cotizaciones, fomento de los planes y fondos de pensiones privados, privatización de la Seguridad Social parcial o total, o reducción de los incrementos de las pensiones causadas²⁰.

1.1.1 Noruega

En Noruega, los trabajadores tienen automáticamente derecho a estar integrados en el Sistema Nacional de Seguridad Social, un plan de seguridad social del estado que da derecho a sus afiliados a pensiones (jubilación, supervivientes, discapacidad) y subsidios por accidentes laborales, accidentes y enfermedades, embarazo, nacimiento, familias monoparentales y decesos. Aparte de los planes para subvenciones familiares y ayudas económicas para padres con niños pequeños, la Seguridad Social incluye el sistema general de seguros más importante de Noruega, en cuyo Plan Nacional de la Seguridad Social los pagos se determinan por el número de puntos de pensión que un individuo ha conseguido²¹.

1.1.2 Suecia

La reforma del régimen pensional del Reino de Suecia, que abarcó el período 1994-1998, sustituye el antiguo sistema de prestaciones definidas en relación con los ingresos por otro de contribuciones definidas, en el que, en principio, un 18,5 por ciento de los ingresos constituyen la base financiera del sistema de pensiones de jubilación. Un 16 por ciento pasará a cuentas nocionales (NDC) y formarán la base de la pensión por ingresos, y un 2,5 por ciento será ingresado en cuentas individuales con acumulación completa de fondos (FDC). En la fecha de la jubilación, ambos tipos de cuentas serán convertidos en anualidades, si bien estas adquieren

²⁰ Causas de la crisis financiera de la Seguridad Social. Informe disponible en: <http://html.rincondelvago.com/accion-de-la-ss.html>

²¹ Noruega. El portal oficial en Venezuela. "Sistema nacional de seguridad social". Disponible en: <http://www.noruega.org.ve/facts/living/insurance/insurance.htm>

distintas formas. En segundo lugar, la seguridad básica queda asegurada mediante una pensión de garantía universal, que sustituye a la antigua combinación de pensión básica (FP) y pensión suplementaria graduada (SPT). El importe de esa pensión se gradúa conforme a las dos prestaciones contributivas de jubilación públicas (NDC y FDC)²².

1.1.3 España

Actualmente, España ocupa el octavo lugar en Europa respecto al importe de las pensiones. La cuantía media actual de las pensiones en España se sitúa en 614,27 euros brutos al mes. En términos absolutos, unos 200 euros menos que la media europea, de manera que un jubilado a los 65 años con un sueldo bruto anual de 30.000 euros (5 millones de pesetas) –lo que correspondería, con todos sus complementos y antigüedad, a algunos titulados medios, como por ejemplo maestros de primaria y a otros profesionales cualificados– percibe una pensión pública del 81% de su salario, es decir, 24.300 euros al año distribuidos en 14 pagas, lo que le convierte en un pensionista de élite si se toma en cuenta que sólo delante de los españoles se encuentran los jubilados de Luxemburgo, con un 82%²³.

El envejecimiento poblacional en España también se da en Europa, según datos estimativos el conjunto poblacional no cotizante (niños, jóvenes y ancianos) en el año 2025 será un 60%, ello unido a la mayor esperanza de vida conforma la inminente necesidad de reformar el sistema de pensiones, a estos factores se une la transformación en el mundo laboral debido, entre otros factores, a la informatización, a la precariedad del empleo, el empleo a t/p, el teletrabajo, etc. Esto produce un efecto intrínseco como el desequilibrio entre las funciones que tiene encomendadas la Seguridad Social y los recursos que se le asignan para poder cubrir esas situaciones²⁴.

1.1.4 Otros países europeos

La pensión media más alta corresponde a Luxemburgo, con 1.592 euros mensuales, y la más baja a Grecia, con 474 euros por mes. Sin embargo, estas cifras no reflejan la realidad debido a la disparidad de requisitos necesarios para acceder a la jubilación en los distintos países. A ello hay que sumar que estados como los

²² Joakim PALME. “La ‘gran’ reforma sueca de las pensiones”. Disponible en: http://www.sweden.se/templates/cs/CommonPage___5647.aspx

²³ Clara FRAILE. “Pensiones en Europa”. Se basa la autora en un estudio de la firma consultora Watson Wyatt.

²⁴ *Causas de la crisis financiera de la Seguridad Social*. Informe disponible en: <http://html.rincon-delvago.com/accion-de-la-ss.html>

Países Bajos, Dinamarca o Reino Unido, entre otros, combinan un sistema público y otro complementario.

En cuanto al orden en el beneficio pensional, se encuentran en primer lugar Luxemburgo y España, como se vio *supra*, y detrás quedarían Portugal (77%), Italia (75%), Austria (71%), Finlandia (60%), hasta llegar a los últimos puestos, ocupados por Irlanda (38%) y Reino Unido (30%). Si pasamos a observar lo que ocurre con un salario bruto anual de 50.000 euros (8 millones de pesetas) –lo que gana un mando intermedio–, Portugal arrebataría la primera posición a Luxemburgo, ya que siempre aplica el 77% para el salario de sustitución (la pensión que reemplaza al sueldo del trabajador)²⁵.

1.2. América

En América, desde el punto de vista político cabe mencionar que, con respecto a la seguridad social, se han producido distintos pronunciamientos programáticos en la Declaración de Guadalajara, el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito, la Declaración de Madrid de la II Cumbre Iberoamericana, el Código Iberoamericano de Seguridad Social, así como la creación de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social y de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social que son considerados por los países iberoamericanos como hitos paradigmáticos plenos de vigencia y actualidad que, según ellos, han dado lugar a un haz de instrumentos internacionales de ámbito multilateral o bilateral²⁶.

Esos pronunciamientos, en líneas generales, han considerado que la Seguridad Social internacional debe desarrollar y materializar los grandes principios del derecho de coordinación: determinación de la legislación aplicable, igualdad de trato, conservación de los derechos adquiridos y mantenimiento de las expectativas de derecho, engarzando, ajustando y acoplado, conforme a los procesos legislativos de cada país, los sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados, diferentes en cuanto a los medios e instrumentos utilizados pero equivalentes en su objetivo de proteger al trabajador y al asegurado, lo que ha llevado a los países iberoamericanos a afirmar que las normas de coordinación son respetuosas con los distintos regímenes de Seguridad Social, pudiendo integrar en su seno tanto los siste-

²⁵ Clara FRAILE. “Pensiones en Europa”. Se basa la autora en un estudio de la firma consultora Wyatt.

²⁶ I Reunión de Ministros de Seguridad Social de los países iberoamericanos. Declaración sobre Seguridad Social y Protección Social de los Trabajadores Migrantes en Iberoamérica. Valencia, 15 de mayo de 2002. Disponible en: http://www.cumbresiberoamericanas.com/cumbres_anteriores/xii_cumbre_2002/decla_reuniones_preparatorias_02/seguridad_social.htm

mas de reparto como los de capitalización, los basados en el modelo Beveridge o en el modelo Bismarck, los contributivos como los no contributivos, aceptando, en su campo de aplicación objetivo y material, toda la variedad, riqueza y pluralidad de la Seguridad Social, por lo que, aunque sea distinto el alcance, extensión y graduación de los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social en Iberoamérica, estas diferencias en el desarrollo de los ordenamientos internos, no pueden ni deben constituir barreras para la adopción de Convenios y Acuerdos Internacionales²⁷.

Al referirse a la experiencia de la reforma de pensiones en Latinoamérica, un informe del Grupo del Banco Mundial afirma que es prematuro decir que las reformas fueron exitosas, dado que no lograron extender la cobertura de la seguridad social a un segmento más amplio de la sociedad y así la pobreza en la vejez sigue siendo una amenaza para los ciudadanos de la región²⁸.

1.2.1 Estados Unidos de América y Chile

La gran nación del norte clama por la necesidad de la reforma de sus fondos de pensiones en vista de su deficiente desenvolvimiento económico, que ha sido calificado como fracaso²⁹, al punto que los especialistas norteamericanos se han permitido mirar hacia el cono sur para expresar que los fondos de pensiones de Chile constituyen un “excelente ejemplo” para la reforma del Seguro Social en Estados Unidos³⁰, tomando en cuenta para ello que en la hoy desarrollada economía chilena estos fondos son elementos claves y, desde que el sistema se inició en 1981, el promedio real de retorno en las cuentas personales ha sido de 10 por ciento al año, habiendo acumulado recursos equivalentes al 70 por ciento del PIB, ahorros que han ayudado a financiar el crecimiento económico y que han creado un mercado de capitales doméstico líquido de largo plazo; y, al incrementar los ahorros y al mejorar el funcionamiento del mercado laboral y el de capitales, la reforma contribuyó a duplicar la tasa de crecimiento de la economía entre 1985 y 1997 (de un histórico 3 por ciento a un 7.2 por ciento anual) hasta la desaceleración causada por la errónea respuesta del gobierno a la crisis asiática³¹, lo cual no implica

²⁷ I Reunión de Ministros de Seguridad Social...

²⁸ Disponible en: <http://wbi1018.worldbank.org/LAC/LAC.nsf/ECADocByUnid2ndLanguage/146EBBA3371508E785256CBB005C29B4?Opendocument>

²⁹ Jacques NIKONOFF. “Triple fracaso en Estados Unidos”. Disponible en: <http://www.ugt.es/globalizacion/nikonoff.htm>

³⁰ José PIÑERA. “El Modelo Chileno de Pensiones”. El autor atribuye esta frase al Presidente de los Estados Unidos, George W. Bush. Disponible en: <http://www.elcato.org/publicacionesarticulo/art-2004-12-03.html>.

³¹ PIÑERA. “El Modelo Chileno...”

necesariamente que haya una opinión unánime sobre el éxito de estos fondos de pensiones pues también se ha considerado que, en la actualidad, a diferencia de hace unos años, el sistema previsional de capitalización individual no representa sólo un riesgo futuro, sino que es un accidente inminente y, en algunos casos, ya presente pues la privatización de la previsión -combinada con la desprotección laboral- está conduciendo a los futuros jubilados y ancianos a la indigencia si se considera que las expectativas de vida en Chile son las más altas de Latinoamérica y la existencia de una baja tasa de natalidad, con lo que resultará una creciente y empobrecida futura población de la tercera edad, de la que el Estado tarde o temprano tendrá que hacerse cargo³².

1.2.2 Uruguay

El sistema de pensiones y jubilaciones de Uruguay era servido a través de una institución pública, el Banco de Previsión Social (BPS). Era un sistema de prestaciones definidas, de reparto, puro, maduro y cuyo límites de cobertura eran lo suficientemente amplios. Los problemas que presentaba era una población envejecida y niveles de evasión muy elevados. El gobierno estaba en conocimiento que debido a su inequidad actuarial el sistema presentaba grandes distorsiones en los incentivos macroeconómicos de los trabajadores y empresarios, provocando la evasión. A ello se le añadía la escasa transparencia y la falta de focalización de la redistribución de ingresos realizada a través del sistema de pensiones.

En 1995, mediante reforma se introduce un sistema mixto en el que conviven un pilar de reparto y uno de ahorro individual. El pilar de reparto sigue siendo cuantitativamente fundamental, ya que todos los trabajadores recibirán al menos parte de su prestación de este pilar. El pilar individual fue fundamental, ya que la mayor parte de los trabajadores tienen ahora una cuenta de ahorro para su pasividad. Se requiere para ello de un registro individualizado de los aportes realizados. La reforma llevó a la modificación a la edad mínima de jubilación igualando la edad de los hombres y de las mujeres (60 años de edad). Se modificó la forma de cálculo del salario básico jubilatorio, extendiéndose al período base sobre el cual se realiza el cálculo, conllevando a una suerte de actualización³³.

³² Paul WALDER. Fondos de pensiones en Chile, Un problema de fondo. Disponible en: <http://www.jjcc.cl/www/PHP-Nuke/modules.php?name=News&file=article&sid=1396>.

³³ Álvaro FORTEZA. *“Efectos Distributivos de la reforma de la seguridad social. El caso uruguayo”*. (pp. 1-31). 28/ 8/ 2003.

1.2.3 Colombia

En Colombia, se habla de “bomba pensional” y se pregunta si es posible desactivarla cuando su pasivo equivale al 170,2% del producto interno bruto; y en medio de cifras y normas, especialistas buscan explicaciones y soluciones al problema pensional³⁴, cuyo sistema prevé que quien goza de pensión tiene derecho a dos mesadas adicionales, auxilio funerario y reajuste anual³⁵.

1.2.4 Panamá

En Panamá, una modificación del sistema aboga por el aumento de las cuotas mensuales y de las edades para poder jubilarse, actualmente de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres, para situarlas en 62 y 65 años respectivamente, argumentado que con ello se evitará el colapso en el 2012 del sistema de pensiones y asegurará financieramente el seguro social para los próximos 40 años³⁶.

2. El concepto de jubilación

El concepto de jubilación tiene, jurídicamente, dos acepciones, una descriptiva y otra institucional³⁷.

Conceptualmente, la jubilación es la cuantía de lo que se percibe sin prestación de esfuerzo actual, y por la actividad profesional desplegada hasta alcanzar cierta edad o encontrarse en otra situación, como la de invalidez, que anticipen tal derecho o compensación.

Institucionalmente, la jubilación es entendida como el régimen establecido en muchas legislaciones a efectos de que todos los trabajadores, o todos los ciudadanos (según el sistema adoptado), al llegar a una edad determinada y variable según los países, en que se supone que no pueden trabajar o que han cumplido su

³⁴ Pedro Antonio MOLINA SIERRA. “Bomba pensional: es posible desactivarla?”. En: *Ámbito Jurídico*. Año VIII. N° 174, Bogotá, 11 al 24 de abril de 2005, p. 1/B.

³⁵ Cartilla de Seguridad Social y Pensiones, Legis, 2005. En *Ámbito Jurídico*. Año VIII-N° 176, Bogotá, 9 al 22 de mayo de 2005, p. 5B. Según la misma fuente, los porcentajes de reajuste no son iguales para todos los trabajadores, ya que existe un sistema diferenciado en el cual se distinguen tres eventos: los pensionados cuya mesada pensional es igual al valor de salario mínimo mensual vigente, los que perciben un valor superior al salario mínimo y los reajustes que se pactan en convenciones colectivas o laudos.

³⁶ Información disponible en: <http://www.unionradio.com.ve/Noticias/Noticia.aspx?noticiaid=137827>

³⁷ **Diccionario Jurídico Venezolano**. Tomo II, Ediciones Vitales 2000 C. A., Caracas-Venezuela, p. 234.

deber social en la materia, o cuando sin llegar a esa edad se invalidan para el trabajo, disfruten de una renta vitalicia (también variable según los diversos regímenes) que les permita atender a sus necesidades vitales.

Desde el punto de vista físico, la jubilación constituye el cese de la actividad laboral por motivo de haber llegado a la edad cronológica o al tiempo reglamentario para dejar de trabajar, recibiendo por ello, un reconocimiento económico por parte del Estado³⁸.

3. Antecedentes

Naturalmente, es de suponer que la jubilación, en cualquiera de sus acepciones, no ha sido igual en todos los tiempos, sino que se ha llegado a él luego de un proceso evolutivo unido al desarrollo económico de los pueblos y, fundamentalmente, a la industrialización. Dentro de los distintos sistemas que se han implementado para hacer efectiva la pensión de retiro, o de jubilación, se encuentran el Montepío, los seguros y los fondos de pensiones.

3.1. El Montepío

El siglo XVIII ve nacer a los Montes de Piedad o Montepíos, éstos aparecieron ligados al ámbito público, especialmente militar, ya sea por iniciativa del poder público, como por iniciativa privada. Con estos por primera vez se trata un riesgo que nunca antes fue considerado por las instituciones destinadas a ocuparse de la previsión, éste fue el riesgo de la sobrevivencia. Este Montepío buscó ocuparse de las necesidades de la viuda y los huérfanos que dejaba un militar o funcionario público fallecido.

Estos montepíos, se ocupaban de las viudas y los huérfanos por primera vez en la historia. Se incluía así el riesgo de la sobrevivencia a quien proveía el sustento a la familia.

El montepío nace como un beneficio para un grupo específico, del punto de vista de sus creadores (especialmente cuando lo crea la autoridad pública) nace como un privilegio o una contrapartida al riesgo de servir en la milicia.

Posteriormente, el montepío es ampliado a otros sectores, pero la inserción parcial de distintos segmentos de trabajadores a los beneficios de la Seguridad So-

³⁸ Maroly QUEVEDO y Sandra QUINTERO. "Gerontología Ciencia Innovadora para las Fuerzas Armadas Policiales". Disponible en: <http://www.policiadefalcon.gov.ve/gerontologia.htm>

cial, llevará a los grupos con capacidad de presión más efectiva sobre el poder político, a acceder a los mejores beneficios, generando privilegios para pocos, financiado con los recursos de muchos.

El Montepío constituye, actualmente, un depósito de dinero, formado ordinariamente de los descuentos hechos a los individuos de un cuerpo, o de otras contribuciones de los mismos para socorrer a sus viudas y huérfanos o para facilitarles auxilios a sus necesidades³⁹.

En numerosas convenciones colectivas⁴⁰ se ha adoptado esta modalidad como un mecanismo de asistencia mutuo y complementario.

3.2. *Los seguros*

La institución del seguro descansa en el mecanismo de la transferencia de los riesgos a los cuales están expuestas las cosas y las personas a una entidad profesional que se ocupa de asumirlos, sobre bases científicas y técnicas; y de indemnizar los daños a aquel que teniendo interés en evitar el siniestro pague una prima por la transferencia⁴¹.

La aplicación de las leyes de la estadística permite al asegurador calcular que un porcentaje de los intereses asegurados sufrirá un siniestro y, en consecuencia, establecer una prima a pagar por todos los asegurados que cubra el porcentaje de siniestros previstos.

3.3. *Los fondos de pensiones*

En su acepción más alta se trata de Fondos de Inversión formados por el patrimonio generado por el ahorro colectivo de un Plan de pensiones. En su acepción restringida, es definida como Patrimonio sin personalidad jurídica, creado para instrumentar planes de pensiones. Se integran por las aportaciones de sus miembros y los rendimientos generados por su inversión.

³⁹ Real Academia. Diccionario de la Lengua Española, 20ª edición, Tomo II, Madrid, 1984, 926. Ver similar definición en: Joaquín ESCRICHE. “**Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia**”, 3ª edición corregida y aumentada, Tomo Segundo, Madrid 1847-Librería de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja, Editores, Lima: Casa de los señores Calleja, Ojea y Compañía, p. 618.

⁴⁰ Para verificación, consultar: <http://www.google.co.ve/search?q=%22montep%C3%ADo%22&hl=es&lr=&cr=countryVE&start=20&sa=N>

⁴¹ Alfredo MORLES HERNÁNDEZ. **Curso de Derecho Mercantil. Los contratos mercantiles**, Tomo IV, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, p. 2.387.

También se ha dicho que el fondo de pensiones es una masa patrimonial que esta destinada a cubrir las prestaciones predeterminadas en un patrimonio sin personalidad jurídica cuya finalidad es posibilitar que el plan de pensiones se pueda cumplir, que se nutre financieramente de las aportaciones hechas por los empresarios (promotores) y de los ingresos mensuales de los partícipes, las cuales se van acumulando durante un tiempo determinado para que una vez finalizado el período durante el que se ha suscrito, la masa global formada por el capital inicial más los beneficios y los intereses se va a poner a disposición para cubrir las contingencias que se hayan producido a los partícipes y, en caso de que alguno de éstos ya no existiera, pasará a los beneficiarios⁴².

4. El concepto de jubilación y su alcance en la Sentencia N° 3476 de 11 de diciembre de 2003 del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional

La SC-TSJ, en la sentencia diciembre 2003, haciendo uso de su facultad de interpretar la Constitución previsto en el artículo 335 de la Constitución⁴³, determinó que la jubilación se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social previsto en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –artículo 94 y 2 de la Enmienda de la Constitución de 1961–, como pensión de vejez para la persona que cumplió con los requisitos de edad y años de servicios para que sea acreedora de tal beneficio de orden social, pues su espíritu es, precisamente, *garantizar la calidad de vida del funcionario público* una vez que es jubilado.

A los efectos de su cálculo, la sentencia de diciembre de 2003 indicó que la pensión de jubilación, por definición, debe ser computada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma y que su objetivo es que su acreedor –el funcionario público que cesó en sus labores diarias de trabajo- mantenga la misma o una mayor calidad de vida a la que tenía.

Esta sentencia contiene tres (3) elementos que han de tomarse en cuenta a la hora de establecer los parámetros de jubilación del *funcionario público*: (i) requisitos de edad y de años de servicios; (ii) calculada sobre la base de los últimos salarios;

⁴² “Causas de la crisis financiera de la Seguridad Social”. Informe disponible en: <http://html.rincondelvago.com/accion-de-la-ss.html>

⁴³ Artículo 335 de la Constitución: “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la 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”.

y (iii) que su objetivo sea mantener una calidad de vida igual o mayor a la que tenía el trabajador jubilado.

De esta manera, la SC-TSJ circunscribió su criterio sobre la jubilación y la limita expresamente a aquellos *funcionarios públicos* que han llegado a la edad de jubilación.

5. La actualización y homologación de las pensiones de jubilación en la Sentencia N° 3 de 25 de enero de 2005 del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional

La SC-TSJ, en la sentencia enero 2005, ratificó la doctrina expuesta en la sentencia diciembre de 2003, pero además, añadió un nuevo requisito cual es que esta pensión de jubilación no debía ser inferior al salario mínimo nacional urbano y que en virtud del concepto de seguridad social consagrado en la Constitución, que abarca toda una estructura que integra entes de derecho público –sistema de asistencia y seguridad social, configurado bajo el régimen único de seguro social entendido, en su acepción tradicional– al igual que el régimen privado, cuyo objeto común es garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones, resulta obligatoria la aplicación del artículo 80 de la Constitución a los diferentes entes de derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrante del actual sistema de seguridad social, inclusive aquellos derivados de las contrataciones colectivas o laudos arbitrales, finalizando con que los jubilados tienen derecho a la actualización de sus pensiones en la proporción de los aumentos salariales de los trabajadores activos.

6. La actualización u homologación de las pensiones de jubilación

La sentencia enero 2005, básicamente y con fundamento en el artículo 80 de la Constitución, resuelve que los jubilados del sector público y del sector privado tienen *derecho a la actualización u homologación de sus pensiones*, de manera proporcional a los aumentos de salario acordados para los trabajadores. Ahora bien, se verá si, desde el punto de vista real, es factible aplicar el criterio allí expresado.

6.1 Sector público

La actualización u homologación de las pensiones de jubilación de los trabajadores del sector público dependerá, básicamente, de los aumentos salariales de los trabajadores activos, es decir, si el Estado resuelve aumentar la remuneración de sus trabajadores efectivos, deberá actualizar u homologar las pensiones de jubilación.

Ahora bien, esta solución de la sentencia enero 2005 presenta inconvenientes de orden institucional y financiero porque, en el sector privado, si esa jubilación ha sido determinada previamente en función de ciertos parámetros, como la edad y la antigüedad en el trabajo, amén de las contribuciones pactadas, al momento en que se causa tiene el valor monetario que le corresponda, hasta el momento del fallecimiento del jubilado.

Entonces, si la institución que el Estado ha creado para atender el régimen de pensiones tiene a su cargo la satisfacción de éstas, éste tendrá que asumir los costos de actualización u homologación, extrayéndolos de sus propios recursos, o contar con un sistema de producción de rentas que le permita, cuando sea necesario, efectuar el incremento que haya sido acordado.

Ahora bien, en caso de que, por determinadas circunstancias, como podría ser la ampliación de la longevidad, o cualquier otra causa como la inflación, el instituto estatal no estará en capacidad financiera de sufragar los incrementos, en cuyo caso la carga corresponderá indudablemente al Estado quien hará uso de los mecanismos de finanzas públicas para hacer realidad la actualización u homologación de las pensiones.

De esta manera, se daría cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia enero 2005.

6.2 *Sector privado*

La situación relacionada con la actualización u homologación de las pensiones de los trabajadores del sector privado presenta ciertas particularidades hasta tanto sea dictada una ley especial que la regule y, entretanto, la jubilación está sometida a los respectivos planes de retiro que hayan sido acordados por la empresa con sus trabajadores, que vienen a ser los mismos indicados por la sentencia diciembre 2003: (i) requisitos de edad y de años de servicios; (ii) calculada sobre la base de los últimos salarios; y (iii) que su objetivo sea mantener una calidad de vida igual o mayor a la que tenía el trabajador jubilado.

Esto significa que la apreciación de la sentencia enero 2005 no es correcta ni aplicable en cuanto a la actualización u homologación de las pensiones de los trabajadores del sector privado, ante la ausencia de una norma de carácter general que la prevea.

6.2.1 *Previamente concertada*

La actualización u homologación previamente concertada es válida cuando así ha sido establecido contractualmente entre los trabajadores y su patrono, corriente-

mente, en una convención colectiva laboral en la cual se determinen los requisitos y circunstancias para su procedencia.

a. Concertada a cargo del patrono

Generalmente, este convenio se incluye en el convenio colectivo y los costos de incrementos para satisfacer la actualización u homologación serán a cargo del patrono⁴⁴.

b. Concertada a cargo de una institución

En el curso de una convención colectiva, o mediante otro convenio de derecho privado, trabajadores y patronos pueden convenir en establecer un fondo o planes de jubilación, de carácter optativo y en el cual se prevean los requisitos y circunstancias para su aplicación, indicando, además, la institución financiera que tendrá a su cargo la administración fiduciaria del fondo o plan.

Estando dentro de la autonomía de la voluntad contractual, bien podrían las partes establecer mecanismos de actualización u homologación de las pensiones, dando las instrucciones precisas en el contrato de fideicomiso respectivo.

Ahora bien, el problema que presenta este sistema se encuentra en que, para poder sufragar las pensiones siempre deberá depender de las inversiones que realice y del rendimiento financiero que obtenga. Si a esto se une la eventual obligación de tener que actualizar u homologar las pensiones cuando se produzcan incrementos en los salarios, el fondo puede entrar en un franco deterioro económico que lo pueda llevar al incumplimiento de sus obligaciones y, en consecuencia, a la cesación de pagos y posterior quiebra económica.

⁴⁴ En el Contrato Colectivo del Diario Últimas Noticias, la cláusula 49 expresa: Jubilación: 1. La Empresa de común acuerdo con el Sindicato, podrá jubilar durante la vigencia de esta Convención, hasta un máximo de seis (6) de sus Trabajadores que tengan cumplidos 80 años entre años de servicio y de edad. 2. Los términos de la jubilación son los siguientes: A. El aporte de la Empresa como pago de la pensión de jubilación será del 40% del salario básico del Trabajador. B. La Empresa cancelará al Trabajador jubilado sus prestaciones de antigüedad en forma sencilla. C. Los Trabajadores jubilados disfrutarán en forma proporcional al monto de su jubilación, del incremento salarial obtenido por los Trabajadores beneficiarios del Tabulador previsto en la cláusula 36 de esta Convención. D. A los Jubilados se les otorgará un bono navideño de Doscientos Mil Bolívars con 00/100 (Bs. 200.000,00) en el mes de Diciembre, para el primer año de vigencia de esta Convención, y de Trescientos Mil Bolívars con 00/100 (Bs. 300.000,00) para el segundo año de vigencia de esta Convención. E. Expresamente convienen la Empresa y el Sindicato, que si por consideraciones especiales fuese necesario revisar el caso de alguno de sus Trabajadores, que no llenen los requisitos establecidos en la presente Cláusula, de común acuerdo resolverán la situación planteada. Disponible en: <http://www.sntp.org.ve/contratos03.htm>

6.2.2 No concertada

La actualización u homologación no concertada será aquella dispuesta por el Estado con ocasión o con motivo de un incremento salarial de los trabajadores, que es el supuesto a que se refiere la sentencia enero 2005 al sostener que los jubilados tienen derecho a la actualización de sus pensiones en la proporción de los aumentos salariales de los trabajadores activos.

6.2.3 La obligación de pago de la actualización u homologación no concertada

Como se ha visto precedentemente, en el sector privado rige el principio de la autonomía de la voluntad en cuanto al régimen de jubilación pues no existe disposición alguna que lo regule ni que obligue a contemplarlo.

Ahora bien, en el caso de que el Estado determine la actualización u homologación no concertada para que el jubilado pueda contar una pensión suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas, será el propio Estado quien tendrá que correr con los costos que ello ocasione. En efecto, como se ha visto *supra*, a nivel privado el régimen de jubilación funciona conforme a la libertad contractual y, generalmente, los administradores de fondos actúan bajo la institución contractual del fideicomiso, de manera que, de producirse una actualización u homologación *ex officio* por parte del Estado, deberá ser éste quien asuma los costos respectivos.

Conclusiones

Una sociedad política, y ciertamente, cada agente razonable y racional, ya sea un individuo, una familia o una asociación, o incluso una confederación de sociedades políticas, tiene una manera de formular sus planes, de colocar sus finalidades en orden de prioridades y de tomar sus decisiones en concordancia con todo esto; y la manera en que una sociedad política lo hace es también su razón, aunque en un sentido diferente: constituye un poder intelectual y moral, enraizado en las capacidades de sus integrantes humanos⁴⁵.

Si se aplica esta concepción de la razón pública al sistema de pensiones venezolano, hay que concluir en que, sin reformas estructurales o con ellas, dentro de un sistema de economía libre o de economía dirigida, la institución debe ser sometida a una profunda transformación, para evitar que el país se convierta en un con-

⁴⁵ John RAWLS. "Liberalismo político". Fondo de Cultura Económica, 2ª reimpresión, México, 1996, p. 204.

junto de trincheras inconexas donde cada grupo “atrincherado” protege sus intereses previsionales, mientras el grueso de la población trabajadora, desprotegida, sólo tendrá la expectativa de convertirse en guerrillero, al final de su vida laboral, para lograr que le cancelen su pensión⁴⁶. En fin, la manifestación clara e inequívoca de una sociedad no democrática.

Desde el punto de vista social, es inadmisibles que, pasivamente, se agreda a la sociedad venezolana posponiendo la implantación de una institución pensional mientras se especula políticamente sobre un romántico sistema no subordinado a la racionalidad de la matemática financiera; pues mientras los hacedores de política continúan soñando con su mundo feliz, los jubilados actuales y futuros continúan empobreciéndose o manifestando para que “alguien” les cancele su pensión⁴⁷, lo que, evidentemente, se contraponen al concepto de una sociedad bien ordenada, entendida ésta como aquella proyectada para incrementar el bien de sus miembros, y eficazmente regida por una concepción pública de la justicia⁴⁸.

Este caótico escenario no es de ciencia ficción ni producto de visiones tenebrosas acerca del futuro pensional venezolano. Nada más lejano de la realidad pretender erigirnos en profetas del desastre, pero lo cierto es que es un hecho notorio -y por demás vergonzoso- que la seguridad social venezolana, en todas sus facetas, se muestra como el más rotundo fracaso de un sistema democrático, aunque públicamente se exprese lo contrario⁴⁹. No se trata de enunciar juicios políticos en este ensayo, sino que basta revisar la evolución legislativa para percatarse del desinterés y la desidia de los actores políticos sobre esta materia pues se sabe públicamente de los reclamos constantes de los asegurados, de la deficiencia de la asistencia hospitalaria, de las protestas de los jubilados, de la quiebra financiera de un Instituto Venezolano de los Seguros Sociales acosado por una corrupción mortal y del fracaso rotundo de todo intento por imponer reglas de buen gobierno administrativo, al punto que, desde 1998 hasta la fecha, se haya postergado la legislación de seguridad social simple y llanamente porque se carece de un objetivo y de un rumbo, pues la ambiciosa previsión constitucional sobre la seguridad social se postra ante un Poder Legislativo preocupado más por unos intereses personales que privan sobre el de sus representados⁵⁰.

⁴⁶ Rojas LEÓN. Pensiones:....

⁴⁷ Rojas LEÓN. Pensiones:....

⁴⁸ John RAWLS. **Teoría de la Justicia**. Fondo de Cultura Económica, México, 1ª reimpresión, p. 501.

⁴⁹ I Reunión de Ministros de Seguridad Social...

⁵⁰ PIÑERA, en “La revolución de las pensiones en Chile”, refiriéndose al sistema de ese país, absolutamente de carácter privado, afirma: *A medida que vaya desapareciendo el sistema de pensiones estatal, los políticos ya no decidirán acerca de las pensiones. Así, las pensiones ya no serán un tema de conflicto político y de demagogia en tiempos de elección, como lo fueron en el pasado. Los ingre-*

Por supuesto, desde el punto de vista constitucional, siendo el Tribunal Supremo de Justicia el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, el máximo y último intérprete de la Constitución y vigilante de su uniforme interpretación y aplicación⁵¹; y detentando la SC-TSJ el control de la constitucionalidad por omisión 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 las haya dictado incompletas⁵², también tiene la potestad de pronunciar decisiones como la sentencia de diciembre 2003 y la sentencia enero 2005 con miras a suplir la voluntad del legislador pues, es mera ejecución del mandato constitucional ante las omisiones formalmente legislativas cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución⁵³; al igual que es admisible que la SCS-TSJ con aplicación del principio de equidad, intente paliar la insolvencia legislativa y pronunciarse sobre el régimen de jubilaciones, pero desde la perspectiva jurídica, esa intervención aislada, por muy justificada en la Constitución, puede distorsionar aún más la situación de los pensionados porque el laudable enfoque de los magistrados dista mucho de un sistema de jubilaciones, donde la pautan la marcan, además del derecho, otras ciencias del conocimiento, como la economía, las finanzas, la actuarial, elementos fundamentales para garantizar el funcionamiento de una verdadera seguridad social que permita a los jubilados disfrutar de una honorable calidad de vida en sus años dorados. El papel de una Suprema Corte no es sólo defensivo, sino tiene también el de hacer valer continuamente la razón pública, sirviéndole de entidad institucional ejemplar⁵⁴.

Si bien es cierto que cada país tiene su propia idiosincrasia y realidades sociales, políticas y económicas distintas, a los efectos de materializar una reforma estructural del régimen pensional venezolano, hemos de concluir, con fundamento en la razón pública, en que sería conveniente consultar objetivamente otras experiencias, dar una mirada a otros sistemas de pensiones y tomar de ellos los elementos que más favorezcan o se acomoden a un eventual método local. Sólo así, se dará cumplimiento a los mandatos constitucionales sobre la seguridad social, en lo cual, y conforme a las sentencias mencionadas, la SC-TSJ y la SCS-TSJ, han tenido hasta el presente un papel fundamental, pese a las deficiencias anotadas.

... sos de una persona al jubilarse dependerán de su propio trabajo y del éxito de la economía, no del gobierno o de las presiones de ciertos grupos de interés.

⁵¹ Artículo 335 de la Constitución.

⁵² Artículo 336, numeral 7 de la Constitución.

⁵³ SC-TSJ. Sentencia del 2 de marzo de 2005. Demanda de inconstitucionalidad, por omisión, intentada por la Organización Programa venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA).

⁵⁴ RAWLS. **Liberalismo político**, p. 224.

pág. 802 blanca

Plan de retiro voluntario compensado en su versión de paquete cerrado: Irrenunciabilidad y mandato de no discriminación en el sistema laboral venezolano

Carlos Alberto URDANETA SANDOVAL¹

SUMARIO

Introducción.

1. **Caracterización de los planes de retiro voluntario compensado:** 1.1 *Es bilateral o sinalagmático.* 1.2 *Es oneroso.* 1.3 *Debe ser conmutativo.* 1.4 *Debe producir obligaciones principales.* 1.5 *Es consensual.* 1.6 *Es relativo.* 1.7 *Es de ejecución instantánea.* 1.8 *Busca la extinción de la relación de trabajo.* 1.9 *No afecta ni altera los derechos.* 1.10 *Implica una prestación no remunerativa.* 1.11 *Tiene atributos previsionales y reparatorios.* 1.12 *Es un producto de las tendencias a la “flexibilidad” en las relaciones de trabajo.*

¹ **Universidad del Zulia**, Abogado, Doctor en Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal Civil. **Universidad Católica “Andrés Bello”**, Especialista en Derecho Administrativo. **Universidad Central de Venezuela**, *Centro de Estudios de Postgrado*, *Doctorado en Ciencias*, *mención Derecho*, Cursante. **Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2003-2004**, laureado con Mención de Honor. **Premio Estímulo “Dr. Leopoldo Sánchez” a la mejor Tesis Doctoral**, Ganador del año 2001. **“Premio de Actividades Científicas Dr. Orangel Rodríguez”**, Ganador del año 1993. Autor del libro “Las medidas cautelares y provisionales en el Derecho administrativo formal venezolano. Con especial referencia al régimen sancionador de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones” (Caracas, Funeda, 2005, 416 p.) y de numerosos estudios difundidos en revistas jurídicas especializadas y arbitradas, así como en Libros editados por el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Ejercicio libre de su profesión de Abogado. Dirección electrónica: urdanet2001@yahoo.es

2. **Los planes de retiro voluntario compensado en su versión de paquete cerrado frente a la irrenunciabilidad de los derechos laborales y respecto de la discriminación en su confección:** 2.1 *Los actos unilaterales del empleador no pueden cercenar los derechos adquiridos por los trabajadores durante el desarrollo y terminación de la relación laboral:* 2.1.1 Orden público de las normas laborales. 2.1.2 Voluntad unilateral inherente a “paquetes cerrados” vs. Normas laborales. 2.1.3 Irrenunciabilidad de derechos laborales. 2.1.4 No constituye una manifestación de un derecho potestativo del patrono: 2.1.4.1 Sobre la definición del concepto “subordinación del trabajador”. 2.1.4.2 Sobre los límites del poder directivo del empresario. 2.1.4.3 ¿Es un derecho potestativo “*sui generis*”? 2.2 *El Plan de retiro voluntario compensado en su versión de paquete cerrado y el mandato de no discriminación:* 2.2.1 Discriminación *per se*. 2.2.2 Discriminación por inmotivación.

Introducción

La relación de trabajo se puede extinguir en vinculación con un acto jurídico lícito que tenga ese propósito; acto jurídico que podrá ser unilateral o bilateral, causado o incausado, fundado en un acto imputado a la otra parte, o en un hecho objetivo extraño a la voluntad de ellos.²

En tal sentido, variadas legislaciones prevén entre las causas de terminación de la relación laboral aquellas que las partes puedan válida y voluntariamente establecer en el momento de la celebración del contrato de trabajo, lo cual si bien implica la aplicación al contrato de trabajo de la condición resolutoria –de tratamiento en el derecho común de las obligaciones–.³ Ahora bien, también ya no con la celebración del contrato sino durante el transcurso de la relación de trabajo o del contrato de trabajo puede el patrono ofrecer la posibilidad de la terminación en masa de múltiples relaciones jurídicas vigentes entre el patrono y trabajadores, justificadas por razonables fines de política económica y social y entre otros supuestos por razones tecnológicas, económicas o de ajuste del universo laboral por reestructuración, mediante planes de retiro incentivado, denominados así porque, además de las prestaciones legales, convencionales y contractuales que correspondan al trabajador, se le otorga un “incentivo”, entendido como un estímulo –normalmente económico o por lo menos valorable patrimonialmente– que se ofrece a

² RODRÍGUEZ MANCINI, J. (1999) *Curso del Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: Astrea, p. 396.

³ HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O “La terminación de la relación de trabajo. Clasificación y efectos”, p. 541. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/33.pdf>

la persona o grupo con el fin de incitarlo a entregar su puesto de trabajo y dar por terminada la relación laboral.

En Venezuela, durante los últimos años, empresas como Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), C. A. La Electricidad de Caracas (ELECAR) y Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV)⁴, han procedido a reajustar sus

⁴ Uno de los casos paradigmáticos en este sentido ha sido el “Programa Único Especial” o P.U.E., el cual fue un “plan de retiro voluntario”, destinado a reducir el número de trabajadores de CANTV a fin de que ésta asumiera de mejor manera la libre competencia que apareja la liberalización del mercado de las telecomunicaciones, y el cual estaba constituido por un “paquete cerrado” de prestaciones patrimoniales adicionales a las prestaciones laborales legales y contractuales, el cual era ofertado por tiempo limitado a los trabajadores de CANTV que reunieran ciertas condiciones, quienes, de aceptar, se obligaban, como contraprestación, a terminar sus respectivas relaciones de trabajo con la empresa, de modo tal que al trabajador sólo le restaba una de dos alternativas: o aceptaba todo cuanto fue estipulado o no se adhería al mismo. Dicho plan fue aprobado por la Junta Directiva de CANTV el 15 de diciembre de 2000 y anunciado a los trabajadores el 29 de diciembre de 2000, por vía de la edición N° 107 de un órgano divulgativo interno denominado “Contacto Diario”

El PUE constituyó un régimen excepcional que implicaba, para los trabajadores que aplicaran al mismo, un programa de reconversión laboral externa, vale decir, mediante los beneficios que otorgaba se trataban de aminorar los efectos de la desocupación o imposibilidad de reintegrarse momentáneamente a una actividad laboral con la correspondiente pérdida del ingreso mensual; y para la empresa que lo ejecutaba, un programa económico de reducción de 4.000 trabajadores en su nómina a fin de aminorar costos a mediano plazo, para enfrentar la liberalización de las telecomunicaciones con una empresa más ágil.

Entre sus requisitos, habían unos subjetivos (el trabajador debía ser a tiempo indeterminado, estar activo para el 01 de enero de 2001 y tener más de un año en la empresa) y otro objetivo (el tiempo para aplicar al mismo comenzaba y terminaba en fechas determinadas –15 de enero al 16 de febrero de 2001– o cuando se acabaren los fondos asignados al mismo). En este plan la empresa pagaba las prestaciones sociales que le correspondían al trabajador, así como la indemnización extra que ofrecía según el caso, creando en el trabajador el derecho adquirido a percibirla; mientras que el trabajador, como contraprestación, entregaba su puesto y su estabilidad en el trabajo.

Asimismo, CANTV estableció diferencias en la estructuración del “Programa Único Especial” (P.U.E.). Para los trabajadores de la Convención Colectiva, de 1 año a 10 años de servicio, ofrecía 50 salarios básicos mensuales; con más de 10 años y hasta 12 años, ofertaba 70 salarios básicos mensuales; con más de 12 años de servicio y menos de 14 años, 90 salarios básicos mensuales; y, finalmente, con más de 14 años se les ofrecía la denominada “jubilación especial”.

Por su parte, para los trabajadores de confianza y dirección, de 1 año a 10 años de servicio, se les ofertaban 30 salarios básicos mensuales; con más de 10 años y hasta 12 años, se ofrecían 50 salarios básicos mensuales; con más de 12 años de servicio y menos de 14 años, eran ofertados con 70 salarios básicos mensuales; y, finalmente, con más de 14 años, al igual que a los trabajadores de Convención Colectiva, se les ofrecía la denominada “jubilación especial”.

El PUE, además de los incentivos económicos de su propio régimen, garantizaba “... todos los beneficios, prestaciones e indemnizaciones que legal o contractualmente les corresponda a los trabajadores que resulten participantes en el “Programa Único Especial” (PUE), por conceptos derivados de la relación de trabajo y con ocasión de la terminación de la misma...”, conforme informó el Presidente de CANTV, Gustavo Roosen, a los trabajadores de dicha empresa, por vía de la comunicación interna denominada “Contacto Diario” N° 107 de fecha 29 de diciembre de 2000. También incluía el P.U.E. entre sus beneficios: a) un servicio de asesoría a través de una empresa especializada a fin de

respectivas estructuras organizacionales lo que ha traído como efecto la confección y ejecución de planes de terminación masiva de contratos de trabajo con el aditamento de una oferta de prestaciones compensatorias adicionales a las previstas legal y/o contractualmente, planes estos a los cuales se les ha denominado en la jerga común “Cajita feliz”.

Nosotros sostenemos que si bien tales negocios jurídicos son normalmente lícitos y generan beneficios adicionales para los trabajadores que llenan las condiciones establecidas y aplican a los mismos manifestando su voluntad, no por ello deben quedar exentos de un ponderado análisis constitucional y legal que permita verificar su conformidad con el sistema laboral, pues por tal vía pueden cometerse abusos y hasta actos discriminatorios en detrimento de los derechos de los trabajadores involucrados. Es esta la temática que pretendemos desarrollar en el presente ensayo.

1. Caracterización de los Planes de retiro voluntario compensado.

Un plan de retiro voluntario compensado o incentivado constituye un negocio jurídico con las características que siguen:

1.1 *Es bilateral o sinalagmático*

Pues debe haber reciprocidad entre las obligaciones que de él derivan, ligadas entre sí por un vínculo de interdependencia, por lo que si una de las partes deja de cumplir las de su cargo, la otra parte queda exonerada de las suyas (excepción de contrato no cumplido), o si ya las ha cumplido, tiene derecho a la restitución (acción resolutoria).⁵ En consecuencia, no implica un negocio jurídico de desistimiento del contrato de trabajo, ya que éste es siempre unilateral y consiste en una declaración dirigida a destinatario determinado, asumiendo si es de parte del empresario el nombre de despido, mientras que el del trabajador se llama dimisión⁶ o renuncia al empleo. *Contrario sensu*, el acto jurídico rescisorio se forma con la expresión conjunta de ambas voluntades libremente expresadas, tendientes a dejar sin efecto para el futuro (*ex nunc*) el contrato de trabajo celebrado oportunamente.⁷

procurar la reinserción del trabajador en el mercado de trabajo; y b) una Póliza de Hospitalización, Cirugía y Maternidad (HCM) con duración de un año contado a partir de la fecha de egreso del trabajador, la cual sería “(...) contratada por CANTV a la empresa aseguradora que ésta seleccione, bajo las mismas condiciones que el trabajador ha venido percibiendo directamente de CANTV, a través de los distintos planes de salud”.

⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E. (1987) **Teoría general de los actos o negocios jurídicos**. (3ra ed) Bogotá: Temis, pp. 61-63.

⁶ SANTORO-PASSARELLI, F. (1963) **Nociones de Derecho del Trabajo**. (Tr.: Suárez González, F.) Madrid: Instituto de Estudios Políticos, p. 212.

⁷ RODRÍGUEZ MANCINI, J. Ob. cit., p. 403.

1.2. *Es oneroso*, pues debe reportar utilidad o beneficio para todos.

1.3. *Debe ser conmutativo*, ya que, siendo oneroso o útil para todas las partes que en él intervienen, no debe ser aleatorio, vale decir, dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto –por lo menos para el trabajador–, y además debe producir prestaciones que se miran como equivalentes entre sí, es decir, que determina un cierto equilibrio en la economía del negocio jurídico⁸—aunque como expresa Kummerow—, puede tener prestaciones nota-

Sobre el aspecto del mutuo acuerdo en los planes de retiro voluntario, la sentencia T-187/02 del 14 de marzo de 2002 de la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional colombiana, transcribió los postulados emitidos por esa Corte Constitucional en sentencia T-732 de 2001, providencia que a su vez, reiteró lo dicho en sentencia T-436 de abril del año 2000:

“(…) En efecto. Aquí no se está ante terminaciones unilaterales e injustificadas de los contratos de trabajo que vinculaban a los actores con CODENSA S.A., la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá S.A. y EMGESA S.A. como mecanismo de limitación y desconocimiento del derecho de asociación sindical. Aquí la terminación de los contratos de trabajo, lejos de culminar por un acto unilateral arbitrario, tuvo como fuente el mutuo consentimiento de los trabajadores y de las empresas empleadoras. Se forza la razón si a ese mutuo consentimiento se pretende darle el carácter de despido masivo para afirmar la vulneración de derechos fundamentales y para pretender su protección por el juez constitucional. Y ello es elemental pues no puede estar llamada a prosperar una acción de tutela que distorsiona los hechos para presentar actas de conciliación laboral como despidos masivos.

6. Un breve recorrido por el itinerario que dio lugar a la instauración de las acciones de tutela que revisa la Corte, permite darles la razón a los jueces constitucionales de instancia. En efecto:

a. El plan de retiro voluntario hizo parte del proceso de transformación y privatización de la Empresa de Energía de Bogotá, fue posterior a una sustitución patronal y se orientó a la optimización de recursos para la prestación de un mejor servicio. Se trató de un plan de retiro voluntario que no tuvo como únicos destinatarios a los trabajadores sindicalizados sino que se extendió a todos los trabajadores. Y es claro que la presentación de un plan de retiro voluntario por sí solo no es susceptible de conculcar derechos fundamentales y, además, por la cobertura que se le imprimió, es evidente que no se orientó a causar menoscabo al sindicato de trabajadores.

b. Muchos trabajadores aceptaron el plan de retiro propuesto por las empresas accionadas. El plan ofrecido era voluntario, no obligatorio y ante ello, quien quería podía acogerse a él y quien no quería no estaba obligado a hacerlo. La decisión era individual y debía ser fruto de un examen de las ventajas y desventajas implícitas en la aceptación de la oferta formulada. Para efectos de la decisión de cada trabajador, era indiferente su carácter de sindicalizado o no sindicalizado. Contaba su decisión de continuar trabajando o de desvincularse y en este caso con derecho a todos los ofrecimientos realizados.

c. Los trabajadores que aceptaron el plan de retiro voluntario terminaron su contrato de trabajo por mutuo acuerdo; conciliaron en montos económicos definidos las posibles diferencias que pudieran surgir de la relación laboral; se beneficiaron del mantenimiento de las condiciones del préstamo de vivienda al que habían accedido; se les reconoció un bono de vivienda con destino a la cancelación de deudas hipotecarias; se les reconoció también un subsidio de desempleo y se les permitió seguir gozando de los beneficios educativos, del seguro médico y de un seguro de vida por el lapso de un año. Este denso contenido del acto de terminación de una relación laboral sólo se explica sobre la base de un conocimiento ponderado de la naturaleza de ese acto jurídico y de sus costos y beneficios.” (Disponible en: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Tutela/T-732-98.htm>).

⁸ OSPINA FERNÁNDEZ, G. y Ospina Acosta, E. Ob. cit., pp. 64-66.

blemente gravosas para la parte que determina, de manera unilateral, el contenido del contrato, y seguir siendo un contrato de adhesión.⁹

1.4. *Debe producir obligaciones principales*, aunque también puede producir obligaciones accesorias.

1.5. *Es consensual*, en cuanto hay libertad en la escogencia de las formas de expresión de la voluntad como efecto de que la sola convención de las partes tiene fuerza obligatoria (*solus consensus obligat*).¹⁰

Si bien tales terminaciones en masa pueden ser de efecto obligatorio, como en los casos en que el empresario puede proceder a la extinción de los contratos de trabajo basándose en causas tecnológicas o económicas o en situaciones de fuerza mayor, que repercuten sobre la continuidad del proceso productivo, sobre su volumen, y, como corolario, sobre los niveles de empleo que puede mantener la empresa afectada¹¹; lo más común es que sean voluntarias, producto de un negocio jurídico bilateral el cual requiere la aceptación en cada caso del trabajador.

En este último supuesto, los requisitos y efectos –incluyendo el incentivo– de tales planes pueden estipularse bien de manera convenida entre el patrono y los trabajadores, o mejor, frente a una representación legítima de estos; o bien en forma unilateral por el patrono, sin derecho a modificación por el trabajador –por ello se le denomina “paquete cerrado”, constituyendo una especie de contrato de adhesión que, sin embargo, debe respetar los derechos constitucionales, legales y convencionales de los trabajadores¹²–, predisposición del esquema contractual que se explica por la celeridad que requiere la conclusión de la relación obligatoria, en vista de las exigencias de la propia empresa (por ejemplo, con miras a una reestructuración de su organización), o por el propósito de uniformar las prestaciones-

⁹ KUMMEROW, G. (1981) **Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el Derecho privado**. Caracas: Editorial Jurídica Pierre Tapia, p. 94.

¹⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, G. y Ospina Acosta, E. Ob. cit., pp. 67-69.

¹¹ MONTOYA MELGAR, A. (1990) **Derecho del trabajo y crisis económica**. Bogotá: Temis. p. 114.

¹² Aunque en materia diversa al Derecho Sustantivo del Trabajo, recordemos que conforme a la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, si bien “A los efectos de esta Ley se entenderá como contrato de adhesión aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar (...)” (Artículo. 81), “Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguna las cláusulas o estipulaciones contractuales que (...) 2) Impliquen la renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o usuarios, o de alguna manera limite su ejercicio (...) 7) Cualquier otra cláusula o estipulación que imponga condiciones injustas de contratación o exageradamente gravosas para el consumidor, le causen indefensión o sean contrarias al orden público y la buena fe (...)” (Artículo 87).

tipos que suministra la empresa oferente¹³, lo cual evitaría tener que llegar a acuerdos diversos en cada caso concreto y supondría teóricamente menos economía de esfuerzos y de tiempo, así como un aumento en la posibilidad de que se concreten discriminaciones entre unos trabajadores y otros.

La adhesión debe resultar de la conjunción explícita del consentimiento del destinatario con la propuesta hecha por el oferente, pero ¿Qué sucede si la adhesión se pretende que resulte de una manifestación tácita de aceptación, verbigracia, del hecho de la ejecución inmediata de las cláusulas contenidas en la propuesta, sin que la naturaleza del contrato singularmente considerado lo permita?¹⁴ Por ejemplo, si un trabajador que reúne los requisitos exigidos por el plan de retiro incentivado renuncia durante el lapso de vigencia de la oferta sin aplicar explícitamente al mismo. Consideramos que como este tipo de negocio jurídico es consensual y no solemne, en cuanto el trabajador no debe manifestar su voluntad mediante formalidades absolutas y predeterminadas, cuya inobservancia repercute directamente sobre su existencia y eficacia¹⁵, y como en las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias, siendo nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de los derechos laborales (artículo 89, ordinales 1 y 2, de la Constitución de 1999), debe considerarse que el trabajador en tal supuesto se ha adherido legítimamente al plan de retiro incentivado, teniendo el lapso de prescripción laboral para constreñir judicialmente el cumplimiento de las prestaciones debidas en caso de resistencia de la empresa.

En la misma línea ¿Qué sucede si el patrono durante el período de aplicación procede al despido de uno o más trabajadores, alegando una causa, sea esta disciplinaria (como ante el incumplimiento grave y culpable del trabajador) u “objetiva” (como defectos no culpables de aptitud del trabajador –ineptitud, falta de adaptación a cambio tecnológico, absentismo que, aún siendo justificado, sobrepase determinados límites–, así como exigencias organizativas de la empresa)? De no probarse ante el juez la causa invocada y calificarse jurisdiccionalmente el despido de improcedente, la consecuencia debe ser el “reenganche” del trabajador, de modo que, al ser culpable la empresa del infructuoso despido, el trabajador que no pudo optar al plan de retiro compensado debe otorgársele, previa solicitud y aunque haya expirado el lapso para su aplicación, la oportunidad de aprovechar el mismo teniendo un lapso igual, por lo menos, a los días que faltaban al momento del despido para la expiración de la oferta.

¹³ COLAGROSSO, E. (1948) **Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti**. Roma: Casa Edit. Stamberia Nazionale. (2da ed). p. 244. *Apud*. Kummerow, G., p. 95.

¹⁴ KUMMEROW, G. Ob. cit., p. 70.

¹⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E. Ob. cit., p. 68.

Sin embargo, ya tendremos oportunidad de percatarnos que la verificación de este tipo de negocio jurídico mediante adhesión a cláusulas previamente dispuestas por la empresa no garantiza la ausencia de discriminación. Además, el acuerdo extintivo del contrato debe ser un acto que el trabajador ejecute con entera libertad, sin que se haya ejercido presión sobre él, y con pleno conocimiento de la naturaleza del acto, por lo que el acto está sujeto a las reglas sobre nulidad de los actos jurídicos, de forma que el error, el dolo o el temor podrán ser causas de impugnación.¹⁶

1.6 Es relativo, porque no debe aprovechar ni perjudicar a los terceros ajenos al mismo.

1.7 Es de ejecución instantánea, pues cada una de las partes puede y debe ejecutar sus obligaciones en un solo acto, aunque si establece obligaciones accesorias éstas pueden incluir algunas de ejecución sucesiva durante un lapso más o menos dilatado.¹⁷

1.8 Busca la extinción de la relación de trabajo. La condición principal para resultar sujeto pasivo del incentivo es la contraprestación buscada por el patrono: la terminación del contrato de trabajo. Pero como enseña Alonso García, para que la condición, vale decir, la causa puesta por las partes distinta de la *conditio iuris*, obre como causa de extinción se requiere: (i) que la causa o causas se formulen de manera expresa (en el texto de oferta del plan de retiro incentivado y en el documento de aplicación por parte del trabajador a dicho plan); (ii) que las causas consignadas sean válidas, lo cual implica que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público; (iii) que la condición en que la causa se resuelve se produzca; y (iv) que no constituyan abuso del derecho manifiesto por parte del empresario.¹⁸

1.9 No afecta ni altera los derechos emergentes del contrato que se hubiesen adquirido con anterioridad o que se adquiriesen con motivo de la extinción.¹⁹

1.10 Implica una prestación no remunerativa. La cantidad de dinero constitutiva del incentivo se presenta como una “prestación no remunerativa”, ya que consiste en un pago a cargo del empleador que no conlleva una prestación laboral, a semejanza de las asignaciones de dinero que se entregan en compensación por suspensiones de la prestación laboral fundadas en causales de falta o disminución de tra-

¹⁶ Krotoschin, E. (1979) **Tratado Práctico de Derecho del trabajo**. (3ra ed) Buenos Aires: Depalma. Volumen I, p. 449.

¹⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E. Ob. cit., pp. 72-81.

¹⁸ Alonso García, M. (1980) **Curso de derecho del trabajo**. (6ta ed.) Barcelona: Ariel, p. 549.

¹⁹ KROTOSCHIN, E. Ob. cit., pp. 447-448.

bajo no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual o colectivamente.²⁰

1.11 Tiene atributos previsionales y reparatorios. No le faltan atributos de previsión contra el desempleo, pues se percibe en el momento en que aquél ocurre; y sin ser una indemnización de daños y perjuicios, tiene fines de reparación.²¹

1.12 Es un producto de las tendencias a la “flexibilidad” en las relaciones de trabajo, concepto formulado, antes que en términos afirmativos, como reacción respecto a alguna institución o a alguna práctica del mercado de trabajo que se supone rígida, entendiéndose por flexibilización laboral, como explica Arturo Hoyos, la posibilidad de ofrecer mecanismos jurídicos que permitan a la empresa ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo a las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico, por lo que puede existir flexibilidad de los salarios, flexibilidad de la duración del trabajo, flexibilidad de la contratación laboral y flexibilidad de la organización de trabajo.²² Sin embargo, como acertadamente expresa Hernández Álvarez, en un Derecho del Trabajo en el que aún rigen el carácter imperativo y de orden público, a pesar de las corrientes impetuosas de la flexibilización, se impone un uso restrictivo de este tipo de cláusulas o negocios jurídicos²³, en orden a la protección de los derechos de los trabajadores que bien pueden resultar vulnerados por actos discriminatorios del empleador.

2. Los Planes de retiro voluntario compensado en su versión de paquete cerrado frente a la irrenunciabilidad de los derechos laborales y respecto de la discriminación en su confección.

Ahora bien, si el carácter distintivo de un programa de retiros incentivados en su versión de paquete cerrado, como contrato de adhesión, reside en la circunstancia de que tanto su contenido, como sus modalidades peculiares han sido formulados por una parte, y respecto del cual sólo hay dos caminos posibles: la aceptación o el rechazo, ambos en forma absoluta, sin que quepa discusión preliminar o poste-

²⁰ RODRÍGUEZ MANCINI, J. Ob. cit., p. 281.

²¹ CALDERA, R. (1979) **Derecho del trabajo**. Buenos Aires: El Ateneo. (2da ed, 6ta reimpresión), p. 397; FERNÁNDEZ PASTORINO, A. (1975) **Lineamientos del contrato de trabajo**. Buenos Aires: Astrea, p. 240.

²² BRONSTEIN, A. S. “La flexibilidad del trabajo: panorama general”. En: Hernández Álvarez, O. (Coord.) (1990) **La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional**. Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara-Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado-Instituto Latinoamericano del Derecho del Trabajo, pp. 15, 17 y 24-25.

²³ HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O **La terminación de la relación de trabajo. Clasificación y efectos**, p. 541. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/33.pdf>

rior acerca del contenido de las cláusulas en el momento de declarar la voluntad de adherirse a ellas²⁴ ¿Puede un programa de retiros incentivados en su versión de paquete cerrado establecer diferencias entre sus eventuales beneficiarios, obviando las reglas, principios y condiciones previstas tanto en la Constitución, como en la Ley Orgánica del Trabajo, convención colectiva y reglamentos internos?

Nuestra posición es que, por ejemplo, el patrono no está facultado para establecer diferencias discriminatorias entre las prestaciones, por un lado, de los trabajadores de la Convención Colectiva, y por el otro, de los trabajadores de confianza, en primer lugar, ya que es el empleador quien unilateralmente determina la condición de obrero o de empleado bien de confianza o de dirección, y en segundo lugar, debido a que al existir de manera previa en la empresa ciertas condiciones mínimas que han venido siendo respetadas conforme a las cuales, de no poseer los trabajadores de confianza un sindicato de empresa o de profesionales que proteja y defienda los intereses profesionales o generales de sus asociados, celebre convenciones colectivas de trabajo y exija su cumplimiento y vigile el fiel cumplimiento de las normas dirigidas a garantizar la igualdad de oportunidades (artículos 39, 48, 408, 412 y 413 de la Ley Orgánica del Trabajo), se les deben aplicar, *mutatis mutandis* y en general como base mínima, las condiciones previstas en la convención colectiva de los obreros, pues de lo contrario se desmejora su condición, violando el principio constitucional de igualdad, la igualdad sustancial o principio de proporcionalidad existente entre la contraprestación de los empleados de confianza frente a la de los empleados de Convención Colectiva.

2.1 Los actos unilaterales del empleador no pueden cercenar los derechos adquiridos por los trabajadores durante el desarrollo y terminación de la relación laboral

Hemos expresado que el empleador no se encuentra legitimado legalmente para desconocer mediante sus actos unilaterales, como la ya mencionada determinación de la categoría del trabajador en obrero –al que protege la Convención Colectiva–, en empleado de confianza o de dirección; o el establecimiento de un Plan de Retiro Incentivado como paquete cerrado, los derechos que la Constitución, la Ley y el Derecho contractual o paccionado prevén para los trabajadores, y por dicha vía ejecutar actos discriminatorios. Tal posición la sustentamos en la argumentación que de seguidas exponemos.

²⁴ KUMMEROW, G. Ob. cit., p. 96.

2.1.1 Orden público de las normas laborales

El Derecho del Trabajo ha sido definido como “(...) el conjunto de normas relativas a las relaciones que directa o indirectamente derivan de la prestación libre, subordinada y remunerada, de servicios personales y cuya función es producir el equilibrio de los factores en juego mediante la realización de la justicia social”.²⁵

Conforme a la decisión judicial dictada por la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal el 16 de marzo de 2000 (caso Félix Ramón Ramírez y otros vs. Distribuidora Polar S.A.):

“(...) los artículos 86 al 97 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecen los principios primarios o rectores en esta materia, siendo que la nueva Constitución consagra, en particular, la obligación del Estado de garantizar la igualdad y la equidad de hombres y mujeres en el ejercicio de los derechos del trabajo y considera el trabajo como un hecho social, protegido por el Estado y regido por los principios de: intangibilidad, progresividad, primacía de la realidad, irrenunciabilidad, *in dubio pro operario*, entre otros.”²⁶

Más recientemente, la misma Sala de Casación Social, según sentencia N° 50 de 22 de marzo de 2001, ha tenido oportunidad de aclarar:

“Ahora bien, estos principios y normas del Derecho del Trabajo, disciplina autónoma e independiente del Derecho Civil, están inspirados en la justicia social y la equidad, así vemos como en el artículo 1° de la Ley Orgánica del Trabajo se enuncia el trabajo como un hecho social, es decir influido por factores de orden ético, sociológico, psicológico y físico que necesita de normas de orden público que protejan el esfuerzo humano desplegado en el ejercicio de la actividad laboral, por lo que los jueces laborales, para la resolución de un caso determinado deben observar lo ordenado por el artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo(...).”²⁷

Como consecuencia, el Derecho del Trabajo conjuga normas de índole privado y de índole público. Dentro de este contexto, el contrato de trabajo reposa sobre una base constitucional y legal, una regulación estatutaria de las relaciones de trabajo, mediante la cual no se restringe a estar regulado por los actos del poder legislativo, sino también por otras fuentes formales del Derecho del Trabajo, como,

²⁵ DE BUEN, N. (1979) **Derecho del trabajo**. México: Porrúa. (3ra. ed.). Tomo I, p. 131.

²⁶ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

²⁷ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

por ejemplo, la Convención Colectiva. La base del contrato de trabajo, entonces, está constituida por normas obligatorias, de orden público, las cuales se destinan a proteger el interés privado, pero dentro del orden público que la materia amerita.

Así lo consagra el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuyo texto es del tenor siguiente:

“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.”

Rafael Caldera indica que por su misma naturaleza, las leyes laborales son de orden público. Vale decir, de aquellas que según los principios clásicos no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares. “(...) La razón es clara. Su misma existencia es una derogación a la libertad de contratar. El interés social está muy vinculado a su cumplimiento. Y la presunción que les sirvió de base fue la de que el trabajador carece de libertad efectiva en sus relaciones con el patrono: lo que con él convenga es, pues, sospechoso de ser efecto de violencia económica”.²⁸

En tal sentido, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 367 de 09 de agosto del año 2000, ha establecido que la Ley Orgánica del Trabajo expresa en su artículo 10 “(...) que las disposiciones allí establecidas son de orden público. Siendo así y como lo ha señalado en jurisprudencia reiterada este Máximo Tribunal, dado el carácter de orden público de la Ley en referencia, la misma debe aplicarse a toda relación laboral siendo para los jueces de obligatorio cumplimiento todas las disposiciones allí contenidas.”²⁹ A su vez, la Sala Constitucional del más alto tribunal, en sentencia N° 2.201 de 16 de septiembre de 2002 expresó: “El orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público, que son de cumplimiento incondicional, que no pueden ser derogadas por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del Estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica (...)”³⁰

²⁸ CALDERA, R. Ob. cit., p. 180.

²⁹ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

³⁰ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

Tal cualidad aparece como consecuencia que la exoneración de la responsabilidad que puede nacer a cargo del patrono –sea ésta contractual o extracontractual– no puede admitirse porque se desconocería un principio de eminente orden público conforme al cual: nadie puede excusarse de las consecuencias que originan sus propios actos o el incumplimiento de las relaciones jurídicas que lo ligan con los trabajadores³¹, pues, como plantea el artículo 6 del Código Civil: “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”.

2.1.2 Voluntad unilateral inherente a “paquetes cerrados” vs. normas laborales

Por otra parte, en materia laboral, conforme al artículo 89, numeral 1°, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al artículo 8, literal c), del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, es preciso indagar rigurosamente, por encima de la apariencia formal de las convenciones, la verdadera naturaleza del vínculo entre las partes, pues la naturaleza del acto no se determina por el aspecto formal que lucen los instrumentos sino según su real y verdadera significación.

Conforme a lo anterior, no es posible admitir que un plan de retiro voluntario incentivado en su versión de paquete cerrado pueda cercenar derechos adquiridos por los trabajadores durante el desarrollo de la relación laboral, a partir del presupuesto de que la adhesión es un acto volitivo, espontáneo del empleado. Hay una elección cuando el empleado, después de tomar conocimiento de las reglas, se adhiere o no. No se niega que haya una manifestación de voluntad. Lo que se critica es que el hecho de haberse decidido por la adhesión no puede significar, absolutamente, que tal acto pueda, en forma alguna, implicar la renuncia de derechos adquiridos a lo largo de la relación laboral.

De hecho, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en su artículo 89, establece los siguientes principios en materia laboral:

- “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.”³²

³¹ KUMMEROW, G. Ob. cit., p. 126.

³² La sentencia N° C-023/94 del 27 de enero de 1994 de la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana ha establecido sobre la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales:

“El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concretarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el

“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.

“(…)

“4. Toda medida o acto del patrono contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno.”

Por esto mismo, los principios y las normas legales que determinan la sustancia de la relación laboral, no pueden ser neutralizados por una disposición unilateral de voluntad, de modo tal que el acto de voluntad del empleado, al adherirse de manera libre y espontánea a un plan de retiro voluntario incentivado en su versión de paquete cerrado, no puede, simplemente por eso, implicar también la renuncia a derechos que ya eran asegurados por las normas del trabajo.

Si bien se admite que la liberalidad del patrono puede establecer éste o aquel beneficio (sin olvidar que el empleador lo hace en su propio beneficio, ya que la reducción de personal de esta forma es mucho más benéfica que los despidos compulsorios), una vez instituido el beneficio, la capacidad del empleado no puede quedar sujeta solamente a la voluntad unilateral del empleador. El trabajador debe orientarse por los criterios constitucionales y legales, a los que se sujeta en primer plano, y jamás, a normas definidas unilateralmente, en especial cuando representan una renuncia, un sacrificio de derechos o configure perjuicios.

Evidentemente, estas normas deben estar fundadas en los principios rectores del Derecho laboral y no violar las disposiciones constitucionales y legales. Sólo en estas condiciones los programas de retiros incentivados tienen pleno efecto sobre los trabajadores.

2.1.3 Irrenunciabilidad de derechos laborales

Recordemos, por otra parte, que conforme al principio de irrenunciabilidad, cualquier pacto individual que implique la transacción de un derecho irrenunciable es fulminado por la nulidad. Ello es así pues si el derecho resulta de una norma de orden público, su aplicación no puede ceder al arbitrio de las partes, pues, si así fuese, la función del Derecho del Trabajo, sería estéril. Por otro lado, si el derecho

trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. Y es lógico que así suceda, pues nunca lo substancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes debe definir cada vez más lo substancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta Política.” (Disponible en: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1994/Constitucionalidad/C-023-94.htm>)

no proviene de una norma imperativa, puede el actor, por consiguiente, renunciar al derecho, desde que no le causa perjuicios. Por lo tanto, desde cualquier ángulo que se analice la situación, la regla, en sede del Derecho del Trabajo, es la indisponibilidad. “Se produce, pues, la paradoja de que está prohibida la renuncia a un derecho pero no la renuncia a la posición de la cual se derivan esos derechos”.³³

Otro aspecto de importancia en esta cuestión, es que la renuncia, precisamente por implicar una disposición de derechos, tiene que ser manifestada de manera expresa, quedando vedada, igualmente, la interpretación extensiva. En consecuencia, la renuncia de derechos, en el supuesto negado de que fuera procedente en el presente caso, no puede ser presumida. Debe necesariamente corresponder a un acto definido.

En tal sentido, un Plan de retiro voluntario incentivado en su versión de paquete cerrado puede traducirse en un fraude a la ley, vale decir, “(...) en un artificio por el cual un particular busca sustraerse a una obligación legal para alcanzar un resultado prohibido por la ley”³⁴, al constituir una figura particular de motivo ilícito el intento de eludir la aplicación de una norma imperativa mediante un negocio en fraude a la ley³⁵, si es exigida una transacción, en tanto “(...) un contrato por el

³³ PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1978) **Curso de Derecho Laboral**. Montevideo-Uruguay: Acali. Tomo II, volumen I, p. 245.

La sentencia N° C-023/94 del 27 de enero de 1994 de la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana ha establecido sobre la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales:

“Cuando surge la pregunta de por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales, la respuesta debe apuntar a la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad. Ya se ha mencionado cómo el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que debe haber condiciones *equitativas y satisfactorias de trabajo*. No se trata de laborar de cualquier forma, sino de una manera adecuada a la dignidad del trabajador. Por ende, la cultura humana ha descubierto unas veces, y ha luchado por implantarlos, otras, beneficios que una vez adquiridos, se toman en irrenunciables, porque de renunciar a ellos, se desconocería la dignidad humana, exigible siempre, y nunca renunciante. Porque para renunciar jurídicamente a la dignidad humana, tendría que renunciarse al ser personal, hipótesis impensable en un orden social justo. El Estado Social de Derecho, que tiene como fin *servir a la comunidad*, no puede tolerar que el derecho al trabajo -que es de interés general-, se vea menguado por renunciaciones que el trabajador en estado de necesidad pueda verse forzado a hacer. Como, por ejemplo, aceptar un despido sin justa causa, ante la perspectiva de recibir con prontitud el dinero proveniente de una indemnización. De una u otra forma, implicaría renunciar a uno de los fines personales del hombre, que es, como se ha dicho, el de buscar su propia realización a través de un trabajo honrado y lícito, y cuando un fin es inalcanzable, de una u otra forma, todos los medios van perdiendo su razón de ser.” (Disponible en: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1994/Constitucionalidad/C-023-94.htm>)

³⁴ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L. (1971) **El abuso del Derecho**. Buenos Aires: EJEA. (2da ed), p. 136.

³⁵ SANTORO-PASSARELLI, F. Ob. cit., p. 133.

cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual” (artículo 1.713 del Código Civil), y la misma no es celebrada con los requisitos legales del caso.

Por ejemplo, en el Programa Único Especial (PUE) de la CANTV ya mencionado, la empresa pagaba las prestaciones sociales que le correspondían al trabajador, así como el beneficio laboral extra que ofrecía según el caso, creando en el trabajador el derecho adquirido a percibirla; mientras que el trabajador, como contraprestación, entregaba su puesto de trabajo y su estabilidad en el trabajo, además de renunciar a disposiciones que establecían derechos adquiridos y una posición más favorable que la adoptada por vía del PUE, incluso sobre derechos inciertos como los que dependían de la calificación o no del trabajador como de confianza. Por lo tanto hubo recíprocas concesiones y, en consecuencia, una transacción que no cumplió con los requisitos constitucionales y legales, pues el artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, para garantizar el cumplimiento de las garantías mínimas del beneficio laboral, obliga a que, so pena de nulidad, se otorgue el acta correspondiente ante un funcionario competente de la Inspectoría del Trabajo y que sea homologada por dicha autoridad administrativa. Por otra parte, la cosa juzgada de la transacción la otorga la homologación que de la misma haga un órgano jurisdiccional, hecho que tampoco ocurrió. En el caso aludido el único documento que se celebró respecto del P.U.E. fue firmado sólo por el trabajador y se verificó frente a otro funcionario, vale decir, el Notario Público, el cual sólo es competente en el ámbito de su jurisdicción para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter (artículo 74 del Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.333 del 27 de noviembre de 2001), por lo que no puede pretenderse calificar dicho instrumento con efecto de cosa juzgada cuando no cumple las exigencias previstas por el legislador en la disposición mencionada.³⁶

³⁶ En Colombia, cuando han enfrentado la celebración de planes de retiro compensado han acudido a la figura de la conciliación laboral, para otorgarles a las respectivas actas de terminación el valor de cosa juzgada según las previsiones específicas de dicho sistema legal, como lo demuestra la sentencia T-187/02 del 14 de marzo de 2002 de la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional colombiana, que transcribe postulados emitidos por esa Corte Constitucional en sentencia T-732 de 2001, providencia que a su vez, reiteró lo dicho en sentencia T-436 de abril del año 2000:

“d. Las actas de conciliación laboral, como se sabe, tienen valor de cosa juzgada y como su validez es impugnante ante la jurisdicción ordinaria, ellas resultan inabordables para el juez constitucional si con ocasión de ellas no se han vulnerado derechos fundamentales.

e. Como puede advertirse, al momento de la conciliación hubo beneficios recíprocos para las empresas empleadoras y para los trabajadores que aceptaron el plan de retiro voluntario. Por una parte, CODENSA S.A., la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y EMGESA S.A. racionalizaron los costos de la prestación del servicio público de energía, si bien debieron asumir el costo de las conciliaciones laborales suscritas con los trabajadores. Por otra, los trabajadores, si bien perdieron su

Recordemos con los negocios jurídicos así pactados han de ser confirmados por la Administración que ejerce un control homologador en confirmación de la legalidad, de modo tal que sólo podrán surtir efectos cuando la Administración entienda que el acuerdo al que han llegado las partes no esté viciado por error, por dolo, por violencia o por abuso del derecho, y en caso contrario, deberá conocer la jurisdicción laboral para que se pronuncie sobre la nulidad o validez de lo acordado.³⁷

Por otra parte, a todo evento, siendo que los planes de retiro compensado se celebran antes de declarar terminada la relación laboral, no es aceptable la renuncia de los derechos laborales durante la vigencia del contrato de trabajo, ya que

vinculación laboral con esas empresas, accedieron a una serie de beneficios y de prórrogas de otros ya adquiridos que no se les hubiere reconocido en circunstancias diferentes.

f. De ese modo, las condiciones en que se suscribieron las actas de conciliación laboral tuvieron la virtualidad de generar derechos y obligaciones correlativas. Se trató de manifestaciones de voluntad desplegadas por sujetos capaces y sin vicios de consentimiento. Y si ello es así, por el sólo transcurso del tiempo, esas conciliaciones no pueden trastocarse en actos arbitrarios del empleador, impuestas abusando de su posición dominante, socavando la voluntad de los trabajadores y como fruto de la presión a que los sometió para que aceptaran esas condiciones.

g. Para que un derecho fundamental se asuma como efectivamente vulnerado no basta con hacer una afirmación en ese sentido. Es preciso que la vulneración de ese derecho se demuestre. Ello es así por cuanto en el derecho es imprescindible la comprobación de los supuestos de hecho consagrados en las normas que consagran el efecto jurídico que se persigue. Y a ese fin lo que el proceso enseña es que por ninguna parte de las actas de conciliación, suscritas ante Inspecciones de Trabajo adscritas al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, aparece tan siquiera una manifestación de la supuesta presión a que fueron sometidos los actores. Y, además, para ese fin también se muestra sustancialmente insuficiente una declaración extra procesal que se empeña en negar lo que las actas de conciliación demuestran: Que se trató de actos jurídicos consentidos y, en consecuencia, válidos.

h. Ahora, es cierto que como consecuencia de la aceptación del plan voluntario de retiro y de las conciliaciones consecuentes, los trabajadores que optaron por ellas se desvincularon de las empresas accionadas y del sindicato. Pero esta es una consecuencia de su capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de derecho sustancial y no fruto de una imposición arbitraria de las empresas empleadoras. Los trabajadores que se retiraron de esas empresas no podían pretender, al tiempo, suscribir las actas de conciliación laboral y seguir perteneciendo al sindicato y disfrutando de los derechos laborales derivados de la vinculación laboral que por propia voluntad terminaron.

7. Como puede advertirse, entonces, una vez más debe reiterarse la improcedencia de la acción de tutela para desconocer el efecto vinculante de actas de conciliación laboral suscritas sin menoscabo de derechos fundamentales, de manera legal, por personas capaces de disponer y susceptibles de poner fin, con valor de cosa juzgada y por mutuo consentimiento, a relaciones laborales preexistentes. También aquí, tal como se lo hizo en reciente pronunciamiento, debe resaltarse la improcedencia de la tutela por la imposibilidad de cuestionar la validez de actas de conciliación laboral ante la justicia constitucional, por la existencia de la jurisdicción ordinaria laboral como mecanismo de protección, por la no demostración de la vulneración del derecho de asociación sindical, por la ausencia de perjuicio irremediable y por la imposibilidad, ante la manifiesta divergencia entre los supuestos fácticos, de aplicar los precedentes invocados por los actores³⁷ (Disponible en: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Tutela/T-732-98.htm>).

³⁷ MONTÓYA MELGAR, A. Ob. cit., p. 155.

significaría eliminar la protección legal del trabajador que aún se halla en situación de dependencia respecto del patrono y no ha recobrado su libertad de acción.³⁸

2.1.4 No constituye una manifestación de un derecho potestativo del patrono.

Se puede argumentar, por otro lado, que la posibilidad de normar un programa de retiros incentivados se incluye en el derecho potestativo del patrono.

Para analizar la hipótesis de un derecho potestativo del patrono debemos primero analizar los conceptos poder de dirección del empleador con respecto al trabajador y, de otra parte, la subordinación del trabajador.

2.1.4.1 Sobre la definición del concepto “subordinación del trabajador”

En Venezuela, los órganos judiciales con competencia en materia del trabajo se han pronunciado de manera pacífica en el sentido de que la subordinación es el elemento denotativo del contrato de trabajo en detrimento de la ajenidad, no obstante que ésta se encuentra prevista expresamente, junto a la dependencia, en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo.³⁹

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión N° 000056 de fecha 12 de junio de 2001 (caso Román García Machado vs. Inverbanco), expresó sobre el elemento subordinación del trabajador lo siguiente:

“Tanto la doctrina del foro, como la extranjera, se han ocupado de señalar lo que debe entenderse por *subordinación* en el área del Derecho del Trabajo, y es así como encontramos que Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas, conceptúa:

‘*Subordinación*. Según la Academia, quiere decir sujeción a la orden, mando o dominio de uno; por lo que dicese subordinada de la persona sujeta a otra o dependiente de ella. Esta subordinación tiene importancia en Derecho Público, por lo que se refiere a la dependencia jerárquica de los empleados de menor jerarquía a los de mayor jerarquía, tanto en el orden civil como en el judicial, en el eclesiástico y en el militar. Dentro del orden privado, su principal importancia se encuentra en el Derecho del Trabajo; ya que la subordinación, o dependencia del em-

³⁸ NICOLIELLO, N. “La renuncia de los derechos del trabajador”. En: Almansa Pastor, J. M. y otros (1979). **Estudios sobre derecho individual del trabajo** en Homenaje al prof. Mario L. Deveali. Buenos Aires: Heliasta, p. 362.

³⁹ CARBALLO MENA, C. A. “Contrato de franquicia y responsabilidad laboral en el derecho del trabajo venezolano”, pp. 197-198. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/12.pdf>

pleado al empleador, constituye una de las características del contrato y de la relación de trabajo.” (Obra citada p. 723)

“En este mismo sentido, ha señalado el Doctor Rafael Caldera, en su libro Derecho del Trabajo, un acertado concepto acerca de lo que se entiende por subordinación, y en estos términos, explica:

‘¿En qué consiste la subordinación? Según el criterio de la subordinación jurídica, ella consiste en la obligación asumida por el trabajador, de someterse a las órdenes o instrucciones del patrono; (...).

(...) el trabajador está sujeto a las órdenes e instrucciones del patrono, lo que supone para él una merma de su libertad y justifica en su favor una legislación que lo ampare (...)” (Obra citada, Tomo I pp. 270 y 271).

“Abundando acerca de lo que es la subordinación como elemento de la relación de trabajo, el Dr. Fernando Villasmil B., afirma:

‘Se entiende como subordinación jurídica, a la situación del trabajador que lo somete a la obligación de cumplir las órdenes e instrucciones del empleador, en la prestación de servicio. Esta forma de subordinación que también se ha denominado «subordinación jerárquica», se puede resumir como lo hace el maestro Pla Rodríguez, en la posibilidad para una de las partes (el empleador) de imprimir, cuando lo crea necesario, una cierta dirección a la actividad de la otra (el trabajador)” (Dr. Fernando Villasmil B., Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo; Volumen I, pág.136).

“En síntesis, podemos asentar que el elemento de la relación de trabajo denominado subordinación, consiste en la obligación que tiene el trabajador, de someterse a las órdenes y directrices que trace el empleador para el desenvolvimiento de su actividad laboral; ello, en virtud de que durante la jornada de trabajo, se ve mermada su capacidad de libre actuación, por no poder realizar, a su libre albedrío, cuestiones de índole laboral sin la autorización de su patrono.”⁴⁰

Un primer comentario que nos merece este fallo es que la subordinación del trabajador es interpretada de manera particular por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 124 del 12 de junio de 2001, la cual, si bien entiende que el propio dinamismo del vocablo “empresa” exige para su funcionamiento de una voluntad, un poder supremo de dirección, que al mismo tiempo asuma la responsabilidad de ésta, cuando la empresa reviste la forma corriente de sociedad civil o mercantil, esto es, el órgano director de la persona jurí-

⁴⁰ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

dica: asociados en nombre colectivo, gerentes de la sociedad de responsabilidad limitada, presidente director general en las sociedades anónimas⁴¹, aplica para que el Derecho del Trabajo ignore a este sujeto no asalariado, a nuestro entender, una visión monista o unitaria del contrato de trabajo centrada en el elemento de subordinación, al afirmar:

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

Contrario sensu, la sentencia N° 131 de la Sala de Casación Social, también del 12 de junio de 2001, afirma:

“No hay subordinación porque se dicten instrucciones, sino que se dictan instrucciones porque existe la subordinación. Entonces, para probar la subordinación del prestador de servicio respecto al beneficiario no basta con probar que se recibían órdenes, sino también que quien presta el servicio lo hace por cuenta ajena y que somete no sólo un servicio, energía o esfuerzo, sino también que lo hace habitualmente.”

Con tal pronunciamiento, se está simplemente parafraseando a Alfonzo-Guzmán⁴², sin mencionarlo de modo expreso, pues dicho tratadista nos dice:

“Las instrucciones, órdenes y reglamentaciones obligatorias del empleador son, únicamente, efectos del estado de subordinación, pero no la causa de éste. En rigor, la subordinación del trabajador se origina en su obligación de trabajar por cuenta ajena, y de permanecer personalmente a disposición de su patrono con el fin de prestarle el servicio en las condiciones fijadas por el contrato o por la ley. Como efecto del derecho correlativo de dicha

⁴¹ CARMELYNCK, G. H. y LYON-CAEN, G. (1974). **Derecho del Trabajo**. (Tr.: Ramírez Martínez, J.). Madrid: Aguilar, p. 257.

⁴² ALFONZO-GUZMÁN, R. (1999) **Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo** (10ma. ed.). Caracas. Editorial Melvin, p. 71.

obligación, el patrono dicta órdenes e instrucciones, que son el signo externo del estado de subordinación”.

Además, se desprende de este último fallo que, en sentido diverso de la Decisión N° 124 en la que se maneja un visión monista del contrato de trabajo fundamentada en la subordinación entendida *strictu sensu*, que la ajenidad se encuentra implícita en la onerosidad y en la subordinación, ya que como explica la doctrina “si alguien paga el trabajo de otro es porque ese trabajo se ha hecho para quien lo paga y no para quien lo hace. Si alguien está subordinado a otro es porque trabaja para ese otro, que asume la responsabilidad de dirigir la actividad del trabajador”⁴³, y por ende, se habla de una subordinación entendida *lato sensu*.

Un segundo comentario tiene que ver con el hecho que la sentencia N° 124 del 12 de junio de 2001 resulta contradictoria pues si bien implícitamente afirma que la subordinación no es característica jurídica exclusiva del contrato de trabajo⁴⁴ al pronunciarse en el sentido que “Existen una serie de elementos de hecho y de derecho que permiten determinar que el actor no estaba bajo la subordinación de un patrono o empleador, en virtud de que todo indica que estaba subordinado, pero a las leyes que rigen la materia bancaria y a los Estatutos de Inverbanco, y subordinado a sus propias decisiones (...)”; en párrafos subsiguientes no tiene reparo en aseverar que la subordinación es uno de los elementos característicos de la relación de trabajo y del contrato laboral: “Al quedar desvirtuada la existencia de la relación de trabajo, más aún se debe establecer que *no hubo contrato de trabajo que rigiera la relación entre Román García Machado e Inverbanco, por no existir uno de los elementos característicos de éste, es decir, la subordinación (...)*” y “(...) En consecuencia, al haber quedado desvirtuado uno de los elementos de la relación de trabajo, como lo es la subordinación (...)”.

Por el contrario, en el Fallo N° 131 de la Sala de Casación Social, también del 12 de junio de 2001, se afirma que “la subordinación no se desprende de las instrucciones que se imparten, pues en los contratos civiles en los cuales no hay subordinación también el contratante imparte instrucciones y órdenes al contratista”, lo cual no es cierto porque en toda obligación –cualquiera que fuere su naturaleza– se crea una situación de dependencia del deudor frente a su acreedor.⁴⁵

Finalmente, se puede afirmar que conforme a la Decisión N° 124 del 12 de junio de 2001 se considera que con el único elemento de la subordinación se puede de-

⁴³ PLÁ RODRÍGUEZ, A. Ob. cit., p. 37.

⁴⁴ ALFONZO-GUZMÁN, R. Ob. cit., p. 70.

⁴⁵ *Idem*.

terminar si una relación de prestación de servicios personales es laboral o no; mientras que con el fallo N° 131 de la Sala de Casación Social de la misma fecha, si bien la subordinación resulta particularmente útil para *prima facie* advertir el carácter laboral de un determinado vínculo laboral, no puede ser estimada aisladamente como único elemento tipificador del contrato o relación de trabajo habida cuenta de su presencia en otras modalidades contractuales civiles o mercantiles, por lo que debe conectarse con los demás componentes esenciales de aquella interacción laboral (prestación personal del servicio, ajenidad, carácter productivo, etc.).⁴⁶

En definitiva, la subordinación es el estado de sujeción del trabajador a la potestad jurídica del patrono y que se expresa, en consecuencia, en el deber de obediencia de aquél frente a los poderes de dirección, vigilancia y disciplina que éste encarna en el seno de la empresa⁴⁷; caracterizándose por ser técnica y funcional, vale decir, determinada por la prestación de trabajo y vinculada a ésta, siendo también personal al afectar necesariamente la personalidad misma del trabajador al cual se le exige una perseverante actividad personal, sujeto por ello a un poder directivo y a un poder disciplinario del empresario y de los colaboradores de éste, de quienes depende jerárquicamente.⁴⁸

⁴⁶ Por ello, consideramos que Carballo interpreta de manera equívoca la doctrina inserta en los fallos mencionados de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, pues según este autor se ha admitido que: (i) la subordinación no es un rango exclusivo del contrato o relación de trabajo (Sent. 124 del 12 de junio de 2001, en el juicio incoado por Román García Muchacho contra INVERBANCO); y (ii) la ajenidad constituye un elemento esencial del contrato o relación de trabajo (Sent. 131 de la misma fecha, en juicio por Félix Guillermo Almandoz Marte contra CAEMPRO) (Carballo Mena, C. A. Ob. cit., p. 197), cuando en realidad del primer fallo puede inferirse que es contradictorio en cuanto a afirmar que la subordinación es una característica exclusiva de la relación jurídico laboral y que solo demuestra que con elemento subordinación puede determinarse si un servicio personal puede considerarse regulado por el derecho del trabajo o no; mientras que del segundo fallo se desprende que la ajenidad resulta un elemento para determinar la subordinación y no una característica diversa de ella, y que por tanto, la subordinación debe entenderse *lato sensu*, en cuanto interpretada *strictu sensu* no permite determinar en algunos casos concretos el carácter laboral de una determinada relación jurídica.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia N° 268 de 24 de abril de 1998. Ponente: Magistrado Héctor Grisanti Luciani, en juicio de Antero Marcelino Marcano F. contra Agropesquera Venezolana C.A. y otra. Expediente N° 96-070. En: **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**. N° 14. Año XXV. Abril 1998, p. 234. La subordinación del trabajador, en palabras del autor italiano Cassi (*Apud*. Rezzónico, J. C. **Principios fundamentales de los contratos**. Buenos Aires: Astrea. 1999, p. 305) puede ser también definida como “la situación de obligación o de dependencia en sentido funcional y jurídico que impone a quien suministra el trabajo observar el comportamiento debido según los actos de voluntad del dador de trabajo, previstos y consentidos por la ley y el contrato”.

⁴⁸ SANTORO-PASSARELLI, F. Ob. cit., p. 66.

2.1.4.2 Sobre los límites del poder directivo del empresario

En cuanto al poder directivo del empresario, dicho poder directivo ha sido definido por la doctrina de la siguiente manera:

“Para Gomes, el *poder directivo* consiste ‘en la facultad que tiene el patrono de dictar normas de naturaleza técnica y de carácter general y permanente que deben ser observadas por los empleados’. Para De Mesquita es la facultad ‘en virtud de la cual una persona, el sujeto-activo llamado *superior-jerárquico*, ejerce un derecho-función sobre la actividad humana profesional de otra, el sujeto-pasivo, llamado *inferior-jerárquico*, según el interés social de la institución, para legislar, gobernar y sancionar, en lo que respecta al orden profesional de la empresa’. Por último, Riva Sanseverino estima que ‘el poder directivo consiste en la facultad, para el patrono, de determinar las normas de carácter predominantemente técnico, a las cuales debe subordinarse el trabajador en el cumplimiento de su obligación.’

“Los diversos poderes que el empresario ejerce como consecuencia del contrato de trabajo y de la situación subordinada en que éste coloca al trabajador se agrupan de esta forma: a) de mando y de dirección; b) de organización; c) de fiscalización; d) de disciplina. Tales facultades resultan consecuencia de determinadas obligaciones contractuales asumidas por el trabajador: a) obligación de diligencia; b) obligación de obediencia; c) obligación de fidelidad.

“El poder de mando comprende el poder directivo, y se corresponde con la obligación de obediencia del trabajador; como dice Savino, consiste en la ‘facultad de determinar el contenido de la prestación singular de trabajo y de fijar la modalidad accesoria del trabajo prestado’. El poder de fiscalización o de vigilancia alcanza a la ejecución material del trabajo y tiende a determinar si el trabajador ha seguido exactamente, o no, las instrucciones dadas para la ejecución de su labor. El poder disciplinario actúa cuando se produce la inobservancia de las obligaciones de obediencia, diligencia o fidelidad.”⁴⁹

En sentido similar, Manuel Alonso Olea nos dice que “el poder de dirección es la facultad o derecho potestativo, que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo; el poder de dirección es un poder de ordenación de las prestaciones laborales (Montoya);

⁴⁹ CABANELLAS, G. (1992) **Compendio de derecho laboral**. Buenos Aires: Heliasta (3ra ed). Tomo I, p. 498.

comprende, asimismo, la facultad de especificar las prestaciones debidas dentro de las posibles conforme a la cualificación profesional del trabajador (...)⁵⁰

Asimismo, también la opinión es dominante en cuanto a que el poder directivo del patrono no es absoluto, ilimitado o caprichoso. Una limitación básica y genérica *ratione materiae* es la de que “(...) las órdenes tienen que ser órdenes sobre el trabajo o en conexión íntima con él; las de otro tipo no tienen por qué ser obedecidas en cuanto escapan por completo al ámbito propio del poder de dirección empresarial (...).⁵¹

De modo más específico, dentro de los límites del poder de dirección se encuentran las “(...) *normas de orden legal o convencional*, que integran, por su jerarquía como fuentes reguladoras, un dique frente a las disposiciones unilaterales del patrono (...)⁵², en el sentido de que “el poder de dirección ha de ejercitarse respetando límites ‘externos’ impuestos por los derechos que la Constitución, leyes, convenios y contratos reconocen a los trabajadores. En tal sentido, las órdenes patronales que contraríen tales derechos serán nulas, como en general lo serán las que infrinjan lo dispuesto en normas estatales o convencionales (...).⁵³

En tal sentido, el poder de dirección que es dado al empleador ha de ser aplicado con cautela, y en ninguna hipótesis puede herir la dignidad de la persona humana. El empleador puede libremente establecer sus reglamentos internos y dirigir con libertad a su empresa. Mas es deber del empleador respetar la personalidad moral del empleado en su dignidad absoluta de persona humana.

Como se puede deducir, un plan de retiro voluntario incentivado en su versión de paquete cerrado no está compuesto por normas de naturaleza técnica ni de carácter general ni permanente, ni tampoco regula el modo, tiempo y lugar de la ejecución del trabajo, por lo que no puede considerarse como formando parte de una extensión del poder directivo del patrono.

⁵⁰ ALONSO OLEA, M. (1981) **Derecho del Trabajo**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. (7ma. ed.), p. 266; más recientemente, en sentido casi idéntico, Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M. E. (2000). **Derecho del Trabajo** (18va. ed.). Madrid: Civitas, p. 370.

⁵¹ ALONSO OLEA, M. (1981). **Derecho del Trabajo**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. (7ma. ed.), p. 269.

⁵² CABANELLAS, G. Ob. cit., p. 501.

⁵³ MONTOYA MELGAR, A. (1994). **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos. (15va. ed.), p. 360.

2.1.4.3 ¿Es un derecho potestativo “*sui generis*”?

Ahora bien, si estos planes no derivan del poder de dirección del empleador ¿nos encontramos frente a un derecho potestativo *sui generis*, diverso del que configura el poder de dirección del empleador?.

Un derecho potestativo se define como una prerrogativa asegurada por el orden jurídico a su titular de alcanzar efectos jurídicos de su interés mediante el exclusivo ejercicio de su voluntad. O como bien expresa Andreas von Thur, “el poder de voluntad reconocido por la ley puede consistir en la facultad de constituir un derecho para sí o para otro, o en la de extinguirlo o modificarlo. Estas facultades pueden denominarse *derechos potestativos*, en sentido general, o secundarios, puesto que tienden a engendrar, modificar o destruir otros derechos (...)”⁵⁴.

Karl Larenz entiende por derecho potestativo:

“(...) el derecho que corresponde a una determinada persona de llevar a cabo una relación jurídica entre ella y otra persona, o de determinarla específicamente en su contenido, modificarla o rescindirla, mediante un acto constitutivo unilateral que es, por lo regular, una declaración de voluntad recepticia. El derecho potestativo confiere al titular un ‘poder’ jurídico que se traduce en la posibilidad de producir efectos jurídicos sólo según su voluntad, para producir los cuales, dado que por ello es afectada la esfera jurídica de otro, se requiere normalmente el consentimiento de éste. Al derecho potestativo corresponde por parte del otro, el oponente a ese derecho, una vinculación, debido a la cual éste ha de aceptar y tolerar la modificación jurídica y la irrupción en su propia esfera jurídica. Dicha irrupción consiste precisamente en la modificación jurídica. El derecho potestativo y la vinculación a él correspondiente pueden resultar de la ley o de que una de las partes han concedido a la otra por contrato un derecho potestativo y se ha sometido a la determinación unilateral de éste (...)”⁵⁵.

Lo opuesto al derecho potestativo es la existencia de un deber bajo la titularidad de la parte contraria o de la comunidad en general, el cual puede estar fundamentado, por ejemplo, en el orden público. Y precisamente, no podemos estar, entonces, en la hipótesis bajo estudio, frente a un derecho potestativo del patrono o empleador, pues en el supuesto negado de que ello fuera así, el empleado o trabajador tendría

⁵⁴ VON THUR, A. (1977) **Parte general del derecho civil**. San José, Costa Rica: Juricentro, p. 27.

⁵⁵ LARENZ, K. (1978) **Derecho civil. Parte general**. Madrid: Revista de Derecho Privado, pp. 281-282.

el deber de negar la existencia de la norma legal de orden público que lo tutela, o de renunciar a un derecho que le asiste, lo cual no está permitido en material laboral, salvo por la vía de la transacción. Asimismo, el plan de retiro voluntario incentivado en su versión de paquete cerrado no es un acto jurídico unilateral recepticio, como lo constituyen los derechos potestativos, según informa Larenz, pues no resulta suficiente con la sola declaración de voluntad de quien lo decide, ni que se dirija a determinada persona para que ésta meramente tenga conocimiento de la voluntad del titular: interesa la conformidad o disconformidad del destinatario respecto del contenido del negocio jurídico así como, en caso de conformidad con el mismo, su formal consentimiento.

Además, estamos hablando en el campo del Derecho Laboral, y no del Derecho Civil, rama de la que fueron excelentes tratadistas los maestros alemanes citados, con el efecto de que el Derecho del Trabajo, a pesar de atender relaciones de derecho privado, lo hace bajo la luz de las normas de orden público que la materia amerita, conforme lo prevé el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo. Sólo conforme a tal dato, la empresa no puede modificar unilateralmente la vigencia de los derechos laborales adquiridos, salvo bajo las formas que lo prevé la legislación laboral.

A manera de conclusión parcial en este sentido, el negocio jurídico sobre el cual se estructura un plan de retiro voluntario incentivado en su versión de paquete cerrado se basa en la autonomía de la voluntad y el libre consentimiento de las partes, y no en consideración al poder directivo del patrono o, más genéricamente, a un pretendido derecho potestativo *sui generis* del empleador.

Como conclusión, en nuestro ordenamiento jurídico laboral, tomando por base los principios que lo informan, se limita el poder del patrono en el establecimiento de normas unilaterales, tal como se caracterizan aquellas que componen los llamados “Planes de retiro voluntario incentivado en su versión de paquete cerrado”. Tales normas, cuyo objetivo es ofrecer un incentivo, un estímulo, para la resolución del pacto laboral, no puede, en forma alguna, restringir y suprimir derechos que ya eran asegurados al trabajador, aun cuando, tengan por fin dar algo más, y no impliquen un desistimiento o sustitución de lo que ya integra el patrimonio del trabajador.

2.2 El plan de retiro voluntario compensado en su versión de paquete cerrado y el mandato de no discriminación

Un plan de retiro voluntario incentivado en su versión de paquete cerrado puede violar el principio constitucional de igualdad en la ley, al determinar unilateralmente diferencias en los beneficios las cuales violen la igualdad sustancial o relación de proporcionalidad de las prestaciones económicas de diferentes categorías de tra-

bajadores dentro de la empresa; e incurrir en discriminación al no motivar tal diferenciación establecida, por ejemplo, entre los trabajadores de Confianza y los de Convención Colectiva. Procedemos a desarrollar el punto.

Discriminar es practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible por tomar como base un criterio no razonable e incluso prejuicioso y estigmatizador. El mandato de no discriminación tiene entonces el siguiente contenido: a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona debe ser preferida a otra.⁵⁶

⁵⁶ PÉREZ PORTILLA, K. **Principio de igualdad: alcances y perspectivas**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 109.

Más ampliamente, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia N° C-108 de 1994, traída a colación en la Sentencia C-665/98 de la misma Corporación del 12 de noviembre de 1998, expresó lo siguiente:

“La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la igualdad en múltiples ocasiones, a través de sentencias provenientes de sus Salas de Revisión de Tutelas *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia T-422 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y Sentencia T-432 de junio 25 de 1992 M.P. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez, entre otras, y de fallos proferidos por la Sala Plena *Cfr.* Corte Constitucional -Sala Plena-. Sentencia C-0016 de enero 21 de 1993. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón, entre otras, en asuntos de constitucionalidad.

De todos ellos se desprende una clara y contundente afirmación sobre el carácter fundamental del derecho a la igualdad, como valor fundante del Estado social de derecho y de la concepción dignificante del ser humano que caracteriza la Constitución de 1991 y que consagra su artículo 13.

Según lo ha indicado también la Corte Constitucional. Sala de Revisión. Sentencia T-591 de diciembre 4 de 1992. M.P. Dr. Jaime Sanín Greiffenstein, dicho derecho contiene seis elementos, a saber:

- a) Un principio general, según el cual, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades.
- b) La prohibición de establecer o consagrar discriminaciones: este elemento pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, o posición económica.
- c) El deber del Estado de promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todas las personas.
- d) La posibilidad de conceder ventajas o prerrogativas en favor de grupos disminuidos o marginados.
- e) Una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y
- f) La sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En sentencia T-432 de junio 25 de 1992, una de sus Salas de Revisión al analizar algunas de las principales implicaciones de este derecho expresó:

“El principio de la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. El principio de la justa igualdad exige precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas éstas que en justicia deben ser relevantes para el derecho.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 01131 del 24 de septiembre de 2002, ha establecido al respecto:

Y en sentencia C-221 de 29 de mayo de 1992, la Corporación Corte Constitucional -Sala Plena-. Sentencia C-221 de mayo 29 de 1992. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, pp. 10-12. al desentrañar el alcance del principio de la igualdad, señaló:

“...Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. “Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas; ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano.

Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se deben adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta, como afirma el artículo 13 en sus incisos 2° y 3°.

La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad.

El operador jurídico, al aplicar la igualdad con un criterio objetivo, debe acudir a la técnica del juicio de razonabilidad que, en palabras del tratadista italiano Mortati, «consiste en una obra de cotejo entre hipótesis normativas que requieren distintas operaciones lógicas, desde la individualización e interpretación de las hipótesis normativas mismas hasta la comparación entre ellas, desde la interpretación de los contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real, hasta la búsqueda de las eventuales disposiciones constitucionales que especifiquen el principio de igualdad y su alcance”.

En sentencia T-432 de junio 25 de 1993 esta Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-432 de junio 25 de 1993. M.P. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez, pp. 7 a 15. profundizó sobre la naturaleza de este derecho fundamental. La jurisprudencia Cfr. Sentencia C-0016 de enero 21 de 1993. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón y Sentencia T-422 de junio 19 de 1992 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras, además ha reiterado los supuestos que justifican el trato diferenciado, a saber:

a) *La diferenciación razonable de los supuestos de hecho:* El principio de igualdad solo se viola si el tratamiento diferenciado de casos no está provisto de una justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado.

b) *Racionalidad y proporcionalidad:* Fuera del elemento anotado anteriormente, debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento desigual, el supuesto de hecho y el fin que se persigue.

...

Así las cosas, el punto consiste, entonces, en determinar cuáles son los elementos que permiten distinguir entre una diferencia de trato justificada y los que no lo permiten.

En este sentido, la actuación de las ramas del poder público que implique tratos diferentes debe reunir una serie de características, para que no sea discriminatoria, a saber:

La *primera* condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible es la desigualdad de los supuestos de hecho. La comparación de las situaciones de hecho, y la determinación de si son o no idénticas, se convierte, así, en el criterio hermenéutico básico para concluir si el trato diferente es constitutivo de una discriminación constitucionalmente vetada o de una diferenciación admisible.

“Este derecho ha sido interpretado como el derecho de los ciudadanos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos lo que se le concede a otros, en paridad de circunstancias. Es decir, que en virtud

La *segunda* condición es la finalidad. No es conforme con el artículo 13 una justificación objetiva y razonable si el trato diferenciador que se otorga es completamente gratuito y no persigue una finalidad que ha de ser concreta y no abstracta.

La *tercera* condición es que la diferenciación debe reunir el requisito de la razonabilidad. No basta con que se persiga una finalidad cualquiera: ha de ser una finalidad constitucionalmente admisible o, dicho con otras palabras, razonable. Ello implica que la diferenciación deba ser determinada no desde la perspectiva de la óptima realización de los valores constitucionales -decisión política de oportunidad-, sino de la perspectiva de lo constitucionalmente legítimo o admisible.

La cuarta condición es que la diferenciación constitucionalmente admisible y no atentatoria al derecho a la igualdad goce de racionalidad. Esta calidad, muy distinta de la razonabilidad, consiste en la adecuación del medio a los fines perseguidos, esto es, consiste en que exista una conexión efectiva entre el trato diferente que se impone, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue.

....

En otras palabras, la razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. La racionalidad, en cambio, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es, simplemente, producto de la esencia racional del ser humano.

Por lo anterior es posible afirmar que no es improbable que se presente la eventualidad de que un trato desigual ‘racional’ -el supuesto de hecho, el trato desigual y la finalidad sean coherentes entre sí- no sea ‘razonable’, porque la finalidad perseguida no es constitucionalmente admisible, como tampoco cabe desechar que unos supuestos de hecho distintos con una estructura razonable sea objeto de una diferenciación irracional.

Y la *quinta* condición consiste en que la relación entre los anteriores factores esté caracterizada por la proporcionalidad. Ello por cuanto un trato desigual fundado en un supuesto de hecho real, que persiga racionalmente una finalidad constitucionalmente admisible sería, sin embargo, contrario al artículo 13 superior, si la consecuencia jurídica fuese desproporcionada. La proporcionalidad no debe confundirse, sin embargo, con la ‘oportunidad’ o el carácter de óptima opción de la medida adoptada: estos dos son criterios políticos que quedan, por lo tanto, excluidos del juicio jurídico de constitucionalidad...” (MP. Dr. Hernando Herrera Vergara). (Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/SC665_98.HTM).

A su vez, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, mediante sentencia N° 1197 de 17 de octubre de 2000, se ha pronunciado en el sentido que sigue:

“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

de este principio, no deben establecerse diferencias entre los que se encuentran en las mismas condiciones. La verdadera igualdad consiste en tratar de manera igual a los iguales y desigualmente a los que no pueden alegar esas mismas condiciones y circunstancias predeterminadas por la Ley, ya que estas no obedecen a intereses de índole individual sino a la utilidad general.”

2.2.1 Discriminación *per se*

Una empresa actuando como patrono en una relación laboral puede violar la igualdad sustancial o relación de proporcionalidad existente entre los trabajadores al incurrir en discriminación estableciendo diferencias irracionales en los beneficios previstos y ofertados en un plan de retiro voluntario incentivado en su versión de paquete cerrado.

Así, la sentencia N° 2361 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 3 de octubre de 2002 (caso Municipio Iribarren del Estado Zulia, exp. 02-0025), demuestra que una Convención Colectiva de los obreros de una empresa, ante la ausencia de sindicato y por tanto de Convención Colectiva de otros tipos de trabajadores como los de confianza, debe establecer:

“(…) no sólo las condiciones mínimas sobre las cuales las relaciones profesionales de la generalidad de los trabajadores van a desarrollarse dentro de su ámbito específico de aplicación, sino también un principio de comparación respecto de las condiciones laborales de los trabajadores de confianza –si no han negociado una convención colectiva propia– así como de los de dirección, las cuales deben pactarse, por regla general, en términos más favorables que las previstas para la generalidad de los trabajadores de la convención colectiva, y cuando por excepción ello no sea posible, deben acordarse en similitud abstracta de condiciones, independientemente de las contraprestaciones patrimoniales *in concreto* que corresponda a cada categoría de trabajador, las cuales pueden ser diversas”.⁵⁷

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.” (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

⁵⁷ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

Para evidenciar tal aserción debemos mencionar que en el caso concreto del Plan Único Especial ofertado por CANTV, la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre CANTV y la Federación de Trabajadores de Telecomunicaciones de Venezuela (Fetratel), correspondiente al período 1999-2001, prevé casi todos los beneficios obtenidos durante mi relación laboral, tales como: 25 días hábiles de vacaciones remuneradas con salario básico (cláusula 35); utilidades anuales por una cantidad equivalente a 120 salarios diarios (cláusula 36); Servicio Médico Odontológico para trabajadores no amparados por el Seguro Social (cláusula 49); Seguro de Hospitalización, Cirugía y Maternidad para

¿Significa entonces que por ser formalmente excluido el trabajador de confianza de la aplicación de la Convención Colectiva del sector obrero, aunque no materialmente en el sentido expresado por el fallo N° 2.361 de la Sala Constitucional, debe recibir menos beneficios que los estipulados en tal Convención Colectiva? La realidad no se compadece con tal hipótesis pues como explica, entre otras muchas opiniones que podemos citar, el conocido tratadista Alfonso Guzmán, refiriéndose a los trabajadores de confianza, “(...) las convenciones colectivas pueden, pues, concertarse en condiciones menos favorables que las contenidas en los contratos individuales de esta clase de empleados, vigentes en la empresa”⁵⁸. A mayor abundamiento, el mismo autor comenta:

“el empleado que ocupa cargos de inspección, dirección o confianza tiene una clara posición diferenciada del común de trabajadores en la empresa, por lo que el trato jurídico y económico que recibe no representa las condiciones generales de trabajo en el seno de ésta. Los contratos colectivos no podrán concertarse en condiciones menos favorables que las contenidas en contratos individuales en vigor, pero de esa regla legal dinamitan entre otras dos, consecuentes a modo de excepciones: 1) el contrato colectivo puede ser inferior o superior al contrato individual del empleado de con-

trabajadores no amparados por el Seguro Social (cláusula 53), beneficios estos que me fueron aplicados en igualdad de condiciones que a los trabajadores de la Convención Colectiva; y si bien pueden haber pequeñas diferencias en cuanto a beneficios tales como Bono Vacacional y Plan de Ahorros (el cual es opcional para el trabajador), la igualdad sustancial se mantenía, pues, por otra parte, no recibíamos el pago de sobretiempo (cláusula 29), ni de vivienda (cláusula 38), ni teníamos representantes de los trabajadores, etcétera, por estar excluidos los trabajadores de confianza de la aplicación de la Convención Colectiva (cláusula 1°).

La igualdad sustancial o relación de proporcionalidad en las prestaciones se quiebra con el PUE pues ofrecer a un trabajador, independientemente de su remuneración, 30 salarios por virtud de dicho programa y a otros se le ofrecen 50 por ser de Convención Colectiva; o ofrecer 50 salarios mientras a los de tu misma categoría de tiempo en la empresa dentro de la Convención les ofreces 70 salarios; o, en fin, 70 salarios frente a 90 salarios, implica una situación análoga a que CANTV, por ejemplo, ofrezca a los trabajadores de confianza 15 días hábiles de vacaciones remuneradas y a los de Convención Colectiva 25 días hábiles de vacaciones remuneradas; o que a los primeros se les ofrezcan utilidades anuales por una cantidad equivalente a 70 salarios diarios y a los de Convención Colectiva se les ofrezcan utilidades anuales por una cantidad equivalente a 120 salarios diarios, sólo por estar los de confianza excluidos de la aplicación de la Convención Colectiva.

Tampoco es válido para el caso del PUE el argumento conforme al cual a los trabajadores de confianza y a los de dirección se les ofertaron condiciones menos favorables de retiro que a los obreros protegidos por la Convención Colectiva debido a que aquellos tienen condiciones laborales más favorables, ya que de ser verdadero tal aserto a los empleados de dirección necesariamente se les hubieran debido ofertar condiciones diversas que la de los empleados de confianza y tal condición no se cumplió, siendo por el contrario equiparados a pesar de las grandes diferencias entre las condiciones laborales de cada uno de estos tipos de trabajadores.

⁵⁸ ALFONZO-GUZMÁN, R. (1999) *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas: Melvin (10ma. ed.), p. 441.

fianza **celebrado con anterioridad**; y 2) el contrato individual del empleado de confianza no requiere tener como mínimo, **si se celebra durante la vigencia de un contrato colectivo**, las condiciones propias de éste.⁵⁹ (Negritas nuestras)

La regla, entonces, es que el empleado de confianza tenga un *status* económico que no se corresponde con las condiciones generales de la empresa de que se trate, y que en el peor de los casos se encuentre en condiciones de igualdad (en términos de unidades de medición, no de cantidades devengadas) con los trabajadores de la Convención Colectiva, como en el caso de CANTV de los 120 días de salario por concepto de utilidades anuales, o de los 25 días hábiles de vacaciones.

En consideración a lo anterior, el patrono puede violar la igualdad sustancial o relación de proporcionalidad en las prestaciones existentes en la empresa y puede desmejorar, en lo que toca al plan de retiro voluntario incentivado en su versión de paquete cerrado, el *status* económico del trabajador de confianza respecto del régimen ofertado al trabajador de Convención Colectiva, al sustraerse de la regla general, cual es la de que el trabajador de confianza tenga un régimen superior al del común de los obreros y que, en el peor de los casos, se encuentre, por lo menos en unidades de medición (que en el caso bajo análisis serían los salarios ofertados), en igualdad de condiciones que los trabajadores protegidos por la Convención, en aquellas prestaciones que aplican por igual ambas categorías de trabajadores.

La conducta discriminatoria puede surgir, entonces, de una cláusula “vejatoria” —entendida como aquella que hace más onerosa la situación real de uno de los contratantes⁶⁰— incluida en el contexto de un plan de retiro voluntario incentivado, en su versión de paquete cerrado, que atribuya tratamientos jurídicos diferentes en atención a factores de discriminación adoptados (empleados de confianza vs. trabajadores de convención colectiva) que, entretanto, no guardan relación de pertinencia lógica con la disparidad de regímenes otorgados, por violar la igualdad sustancial preexistente. En conexión con este argumento tenemos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español el cual, en su sentencia 46/1999, de 27 de abril (recurso de amparo 2605/96), explano lo siguiente: “Tan contraria a la igualdad, ha afirmado este Tribunal, es ‘la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo, como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le

⁵⁹ ALFONZO-GUZMÁN, R. (1987) *Estudio analítico de la Ley del Trabajo venezolana*. Caracas: Contemporánea de Ediciones. Tomo II, p. 188.

⁶⁰ KUMMEROW, G. Ob. cit., p. 177.

imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad? (STC 209/1988)”.⁶¹

Con tal conducta el patrono puede violar, entonces, el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación (artículos 21 y 89, num. 5, ambos de la Constitución), el derecho a la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales (artículo 89, num. 1º *eiusdem*), así como el 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 (artículo 8, literal a), inciso iii), del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo), máxime si el trabajador de confianza, al no tener sindicato que defienda sus derechos e intereses, constituye un “débil jurídico” en el terreno práctico, pues no puede pactar en igualdad de condiciones con los patronos, sin que se vea constreñido a aceptar cláusulas desfavorables a sus intereses acosado por imperativos de índole económica⁶².

Conforme a lo anterior, en un plan de retiro voluntario incentivado en su versión de paquete cerrado, si al obrero al que se le aplica la Convención Colectiva se le ofrecen X cantidad de salarios mensuales como contraprestación, al trabajador de confianza, por argumento *a fortiori*, le deben ofrecer, por lo menos, la misma cantidad de unidades de medición de beneficios, a fin de no desquebrajar la igualdad sustancial preexistente en las prestaciones dentro de la empresa.

⁶¹ Disponible en: www.derecho.unex.es/biblioteca/derconstitucional.htm

La sentencia N° C-023/94 del 27 de enero de 1994 de la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana ha establecido sobre la igualdad de oportunidades para el trabajador:

“Se entiende por igualdad de oportunidades *la misma disposición en abstracto frente a una eventual situación*; es compartir la expectativa ante el derecho, así luego, por motivos justos, no se obtengan exactamente las mismas posiciones, o los mismos objetivos. Como todos los miembros de la especie humana comparten la identidad esencial, es lógica consecuencia que se compartan las mismas oportunidades. Este es uno de los casos en que la igualdad equivale a la identidad, pero en abstracto, porque en lo real será la proporcionalidad. La igualdad como sinónimo de identidad absoluta, de tener exactamente los mismos bienes, no es posible, porque cuando aparece la titularidad sobre un derecho, dicha titularidad excluye a los demás, implicando una especie de discernimiento jurídico. Establecer una violación al principio de igualdad de oportunidades equivale a desconocer que los humanos tienen identidad esencial, y, por ello, aspiraciones comunes, así luego la vida misma se encarga de establecer justas diferencias con base en la cantidad y calidad de trabajo real.

“Y es que la diferenciación abstracta implica discriminación. En cambio la diferenciación real es requisito material para que opere la igualdad real, que se funda, según ya se dijo, en la proporcionalidad entre entes que se han diferenciado, se iguala lo diverso. Sin lo anterior se haría imposible, por ejemplo, entender la igualdad dentro del pluralismo, que siempre parte del supuesto de una distinción. Se distingue, pero se equipara, y el acto de equiparar lo diverso se hace con base en la regla de las proporciones (...).” (Disponible en: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1994/Constitucionalidad/C-023-94.htm>)

⁶² KUMMEROW, G. Ob. cit., p. 98.

Claro está, no puede existir discriminación entre una persona que oportunamente aplicó al plan de retiro voluntario y recibió los beneficios pautados, respecto de otro trabajador que tiempo después obtuvo beneficios diversos pero sin haber aplicado a dicho Plan pues ya se había cumplido el lapso previsto para aceptar la oferta.⁶³

2.2.2 Discriminación por inmotivación

También se incurre en discriminación por no motivar las diferenciaciones establecidas en los planes de retiro compensado entre trabajadores de Confianza y Dirección y los de Convención Colectiva, sobre todo porque la calificación del tipo de trabajador la realiza unilateralmente el propio empleador.

Debemos indicar para definir el principio de discriminación debemos comenzar por definir el principio de igualdad. La igualdad jurídico-política consiste, con-

⁶³ En tal sentido, la sentencia T-797/02 de la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional colombiana del 26 de septiembre de 2002:

“En efecto, en el expediente no existe prueba que demuestre que la liquidación de la bonificación pagada por la empresa a Jari Fabián Villar Viloría represente un trato injusto o arbitrario en contra de los intereses de los accionantes, ni que la bonificación de Villar Viloría se haya liquidado con base en la Circular 008 ni que corresponda a su condición de directivo sindical.

“En la declaración rendida bajo juramento por el señor Villar Viloría manifiesta que él no se acogió al plan de retiro voluntario, porque la bonificación ofrecida por la empresa “no llenaba –sus– expectativas económicas”. Agrega que su retiro del servicio se produjo el 23 de febrero de 2000, luego de llegar a un acuerdo con la empresa, y que el acta de conciliación de su retiro se firmó por fuera de las fechas fijadas en el plan de retiro. *Cfr.* Folios 8 y 9 del expediente.

“Como el señor Villar Viloría no se acogió al plan de retiro voluntario compensado y su retiro se produjo con posterioridad a la vigencia de dicho plan, su bonificación no podía estar condicionada por los factores de liquidación contemplados en la Circular 008, cuyos efectos ya habían expirado. Téngase en cuenta que los trabajadores interesados en acogerse al plan de retiro compensado debieron comunicar su decisión a la empresa antes del 30 de octubre de 1998 *Cfr.* Folio 346 del expediente y que el acuerdo para el retiro del señor Villar se produjo tan sólo a comienzos del año 2000, en un proceso de conciliación diferente al propuesto en la mencionada Circular. Esta actuación de la entidad accionada es válida en cuanto no puede esperarse que todo retiro de trabajadores de aquella empresa que se produzca con posterior a la vigencia de la Circular 008, tenga que regularse por ésta disposición. “Así mismo, el monto de la bonificación de Villar Viloría es ajeno a su calidad de miembro del sindicato. En su declaración agregó lo siguiente: «*Quiero manifestar que en mi calidad de exdirectivo del sindicato en ningún momento negocié fuero sindical o puntos de la convención colectiva de los trabajadores de Transelca, sólo me acogí al plan de retiro como un trabajador más, ...*» Folio 9 del expediente.

“De acuerdo con lo expuesto, en el presente caso no se está ante la vulneración del derecho a la igualdad de los accionantes puesto que el retiro del servicio del señor Jari Fabián Villar Viloría no se reguló por los parámetros del plan de retiro consagrado en la Circular 008 de 1998, al que sí se acogieron voluntariamente los accionantes. Por consiguiente, al no evidenciarse la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de los accionantes ni el de los coadyuvantes en la impugnación, es improcedente la acción de tutela en el proceso de la referencia.” (Disponible en: <http://domino.creg.gov.co/Publicac.nsf/0/3bf3d8201553e61e05256f120051b7a9?OpenDocument>)

forme a la noción de justicia de Aristóteles, en tratar de manera igual a los iguales y desigualmente a los desiguales, siempre con vista a asegurar una mayor igualdad sustancial. Si se trata desigualmente a los iguales, discrimino. Si trato igualmente a los desiguales, discrimino⁶⁴. Así lo ha aceptado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuando en la sentencia N° 244 de fecha 20 de febrero de 2001, expresó: “(...) la violación al derecho a la no discriminación se configura cuando se trata de forma desigual a los iguales”⁶⁵, así como la Sala Electoral del Máximo Tribunal, mediante sentencia N° 004 del 25 de enero de 2001, a tenor de la cual:

“Respecto a la denunciada amenaza de violación de los derechos a la igualdad y a la no discriminación (artículo 21 de la Constitución), observa esta Sala que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, incluyendo este órgano judicial, para que se produzca una lesión a dichos derechos constitucionales se requiere que las situaciones jurídicas subjetivas a comparar se encuentren en las mismas condiciones fácticas, a los fines de que deban ser objeto de idéntica regulación jurídica. En otros términos, para que se produzca una violación, o amenaza de violación al derecho a la igualdad y a no ser sometido a trato discriminatorio, es necesario que se esté en presencia de una situación en la cual se otorgue un tratamiento jurídico distinto a dos sujetos en idéntica situación (...)”⁶⁶

En cuanto al específico criterio de la discriminación por inmotivación, debemos indicar que el mismo ha tenido igualmente recepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, cuya Sala Político-Administrativa ha proferido dos sentencias que hacen referencia al punto. La primera es una sentencia de fecha 3 de mayo de 2000 (caso Francisco Javier Hurtado en amparo), cuyo ponente fue el magistrado José Rafael Tinoco, la cual en uno de sus párrafos estableció:

“Asimismo la discriminación debe ser razonada y ésta debe justificarse. En definitiva, la discriminación exige de una fundamentación porque constituye una excepción a un principio y quien alega tal situación tiene la carga de la prueba. Ahora bien, en el caso *sub judice* la agravante no cumplió con el mencionado deber, consecuentemente, el principio de la no discriminación, mantiene su plena vigencia y eficacia y así se declara.”⁶⁷

⁶⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. “O principio de nao discriminacao”. En: *Revista Dialogo Jurídico*. Salvador-Bahía, Brasil. Vol 1, N° 2. Mayo de 2001. Disponible en. www.direitopublico.com.br

⁶⁵ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

⁶⁶ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

⁶⁷ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

Más recientemente tenemos la sentencia N° 01459 de la misma Sala de fecha 12 de julio de 2001, la cual ratifica el criterio en los siguientes términos:

“la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la igualdad de todas las personas ante la Ley, por lo cual a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1961, que aludía expresamente a la discriminación fundada en la raza, el sexo, el credo o la condición social, en este nuevo texto constitucional se logra extender el concepto de discriminación a todas aquellas situaciones que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. Es así como esta norma constitucional ha venido a consagrar los principios que la jurisprudencia ha ido delineando, pues ésta ha sido conteste en señalar que la discriminación existe también cuando situaciones análogas o semejantes se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria, resultando así necesario que la parte afectada en su derecho demuestre la veracidad de sus planteamientos, toda vez que sólo puede advertirse un trato discriminatorio en aquellos casos en los cuales se compruebe que ante circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se manifieste un tratamiento desigual.”⁶⁸

¿Aplica la regla de la no discriminación sólo al poder público o puede extenderse a las empresas privadas? El voto concurrente de la magistrada Luis Estella Morales en la Sentencia N° 03 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 25 de enero de 2005, conforme a la cual

“(…) en principio (y en descargo superficial del fallo revisado), no toda diferenciación es inconstitucional “*per se*”, dado que pueden admitirse discriminaciones siempre que se logre demostrar su racionalidad y coherencia.

En tal sentido, el artículo 21 de la CRBV consagra el derecho a obtener de las autoridades públicas o personas privadas un trato: (i) igual entre similares y; (ii) un tratamiento igual y no discriminatorio ante situaciones similares.

(…)

En ese sentido, esta propia Sala así lo ha determinado en diversos fallos, entre otros, de fecha 17 de octubre de 2000 (N° 1197), en donde se asentó que:

“En cuanto a la violación del derecho a la igualdad alegada, esta Sala Observa, que en forma reiterada la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia (Casos: Vidal Blanco de fecha 21 de julio de 1994 y Eliseo Sarmiento de fecha 13 de

⁶⁸ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

abril de 1999) ha entendido que la “discriminación existen, también, cuando situaciones similares o análogas se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria. En efecto el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación entre particulares consagrado en el artículo 61 de la Constitución, abarca no sólo los supuestos por él señalados sino todas aquellas situaciones donde sin algún motivo o razón se resuelvan contrariamente planteamientos iguales, y así se declara”.

De conformidad con lo anterior, y con fundamento en la doctrina dominante en esta materia, 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 gocen 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.”*⁶⁹

⁶⁹ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

En esta materia, la Corte Europea de los Derechos Humanos en similar sentido definió como discriminación no admitida o desautorizada aquella en la que falte una justificación objetiva y razonable. Así, sería admisible cuando, persiguiendo un fin legítimo, también existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Se entiende, por el contrario, que existe discriminación desautorizada cuando un individuo o un grupo, sin justificación adecuada, ve desmejorado su tratamiento respecto de otro grupo, incluso en la hipótesis en que el texto de la Convención no imponga el tratamiento más favorable⁷⁰. El Tribunal Constitucional español ha hecho recepción de tal doctrina de la Corte Europea de los Derechos Humanos, como informa en la sentencia 46/1999, de 27 de abril:

“En la primera de estas Sentencias, la STC 22/1981, dijimos, acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cómo éste ‘ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo –declara el mencionado Tribunal en varias de sus Sentencias– no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida’ (fundamento jurídico 3).”⁷¹

Ahora bien ¿debe ser cualquier tipo de motivación la que se exija? No, de acuerdo al voto disidente de la sentencia en Pleno del Tribunal Constitucional español 75/1983, de 3 de agosto (Cuestión de Inconstitucionalidad número 44/1982), que formularon los magistrados doña Gloria Begué Cantón, don Luis Díez Picazo, don Francisco Tomás y Valiente, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Antonio Truyol Serra:

“Ambas desigualdades exigen una justificación suficiente, que no puede consistir tan sólo en la exposición de algún argumento en favor de las normas que las contienen, pues ello sólo serviría, como ya se ha dicho, para contrarrestar la posible acusación de arbitrariedad, vedada al legislador por el artículo 9.3 de la Constitución. La justificación implica como mínimo que la disposición en cuestión sea adecuada y proporcionada con el fin que persiga y que la norma desigualitaria lo sea con carácter de generalidad o

⁷⁰ CALMON DE PASSOS, J. J. Ob. cit.

⁷¹ Recurso de amparo 2605/96), disponible en: www.derecho.unex.es/biblioteca/derconstitucional.htm

constituya una excepción justificada, y que ese fin sea de rango constitucional equiparable a la igualdad.”⁷²

En la materia específica del Derecho del Trabajo, el principio de igualdad o no discriminación de los trabajadores por las órdenes generales o concretas del empresario se fundamenta en el derecho humano fundamental a la prohibición de la discriminación (artículo 21 de la Constitución de 1999) y en la interdicción de la arbitrariedad. En tal sentido, “(...) sólo el motivo justificado e impecable justifica la desigualdad de trato, no el capricho. Es discriminatoria, por ejemplo, la privación a un trabajador de retribución ‘voluntaria’ concedida con generalidad a todos sus compañeros (STS, Sala 4º, 3 diciembre 1976)”⁷³.

En consecuencia, todo precepto reglamentario, cláusula contractual individual o colectiva, orden general o particular o, en general, cualquier decisión del empresario que contenga discriminaciones, es nula y reputada absolutamente ilícita, por no tener su fundamento en motivo razonable que justifique el tratamiento individual favorable o adverso de trabajador determinado, excluyente de la discriminación⁷⁴.

Siendo, entonces, que las decisiones asumidas por un patrono dentro de plan de retiro voluntario incentivado versión paquete cerrado, en lo que toca a la diferenciación de beneficios por categorías de trabajadores (sobre todo en el caso específico de los obreros y su Convención Colectiva vs. los trabajadores de confianza) no tiene motivación respetable, sino –pura y simplemente– la conocida *sit pro rationes voluntas* (por mero voluntarismo jurídico), dicho plan, como consecuencia, puede violar la igualdad sustancial preexistente entre las prestaciones de los trabajadores de una empresa que en definitiva aplicaron al plan, así como la regla general cual es la de que los trabajadores de confianza tengan un régimen superior o por lo menos igualado en cuanto a unidades de medición, en el sentido explicado *supra*, en las prestaciones aplicables a ambas categorías de trabajadores.

En otras palabras, si la regla general es el principio de no discriminación (con el cual se compadece el principio de igualdad sustancial en las prestaciones de los trabajadores de la empresa), el establecimiento y aplicación, por vía de excepción, de una medida discriminatoria a una situación en concreto debe estar fundamentada en una motivación razonable que justifique la discriminación a la luz del Derecho objetivo (tal y como lo exigen las decisiones de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo y de la Corte Europea de los Derechos Humanos citadas

⁷² Disponible en: www.derecho.unex.es/biblioteca/derconstitucional.htm

⁷³ ALONSO OLEA, M. Ob. cit., p. 270.

⁷⁴ *Idem*.

más arriba), que trae para el patrono una ventaja meramente económica y no jurídica –al aplicarse *a priori* la distinción entre trabajadores de confianza y de Convención Colectiva, con lo que no se da cumplimiento al artículo 47 de la Ley Orgánica del Trabajo que exige la aplicación del principio de la realidad para hacer tal distinción, y al establecer una diferencia de prestaciones entre ambas categorías, se viola la jurisprudencia que exige una justificación razonada de la discriminación como excepción–, pues implica pagar menos salarios mensuales (o mejor unidades de medición) a los egresos del personal de confianza, para así ahorrar dinero en la ejecución del plan de retiro compensado, motivación que no puede justificar jurídicamente o de manera legítima, en un Estado Democrático de Derecho y de Justicia como es el nuestro, tal conducta discriminatoria que se constituye, como corolario, en una discriminación desautorizada por el Derecho, por violación de la igualdad sustancial o relación de proporcionalidad aludida.

Todo lo explanado anteriormente se confirma cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 183/2002 (caso: Plásticos Ecoplast), se ha pronunciado en el sentido conforme al cual: “(...) en materia de interés social, como la laboral, el juez tiene que interpretar las normas con mayor amplitud a favor del débil, en beneficio de quien tiene las dificultades, y sin apearse a lo formal (...)”⁷⁵, por lo que la “corrección de los abusos” tradicionalmente observados como característicos del “contrato de adhesión”, como lo constituye un plan de retiro voluntario incentivado en su versión de paquete cerrado, deben ser remediados mediante la intervención de los tribunales.⁷⁶

¿Los conceptos constitutivos del plan de retiro incentivado, en caso de declararse judicialmente procedente la pretensión del extrabajador en demanda contra el empleador por discriminación, pueden ser objeto de indexación? Debemos inclinarnos por la afirmativa ya que, como ha tenido oportunidad de declarar la Sala

⁷⁵ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

La sentencia No. C-023/94 del 27 de enero de 1994 de la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana ha establecido sobre la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho:

“Este principio de favorabilidad opera en caso de duda, tanto en la aplicación como en la interpretación de las fuentes formales del derecho. La razón de ser de este principio es la protección al artífice de la perfección social que es el trabajador, en razón de su situación de debilidad económica o material frente al patrono en la relación laboral. El trabajador no puede ser sometido a principios de desfavorabilidad, porque ello supondría una acción en desmejora de beneficios adquiridos, y tenidos como fines del Estado Social de Derecho (Cfr. Preámbulo), en aras de fortalecer cuestiones subordinadas al artífice del trabajo.” (Disponible en: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1994/Constitucionalidad/C-023-94.htm>)

⁷⁶ KUMMEROW, G. Ob. cit., p. 180.

de Casación Social de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, por efecto de la sentencia N° 400 de 27 de junio de 2002:

“Como se ha establecido en diversos fallos desde el 17 de marzo de 1993 (Camillus Lamorell contra Machinery Care y otro), el carácter alimentario del salario y de las prestaciones percibidas por el trabajador como contraprestación de sus servicios adeudados al terminar la relación de trabajo, constituye el fundamento de la corrección monetaria de dichos créditos, por lo que la pérdida de su valor adquisitivo por la demora o retenciones en su pago por parte del patrono no puede ir en perjuicio del trabajador, debiéndose restablecer mediante la indexación el poder adquisitivo de todas las cantidades debidas y no sólo de la correspondiente a la prestación de antigüedad.”⁷⁷

⁷⁷ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

La misma Sala ha precisado en fallo N° 12 del 6 de febrero de 2001:

“(…) establece esta Sala que lo pertinente es que la indexación debe ser calculada desde la admisión de la demanda hasta la fecha de la ejecución de la sentencia, entendiéndose por esto último la oportunidad del pago efectivo y no el mero auto mediante el cual el Tribunal decreta la ejecución de la sentencia, pues entre ambos momentos puede transcurrir un período considerable que redundaría en perjuicio del trabajador. Únicamente pueden ser excluidos del cálculo indexatorio los períodos en los cuales la causa se encuentra suspendida por acuerdo de ambas partes, pues en dicha suspensión sí tiene responsabilidad el trabajador.”

Asimismo, en decisión N° 301 del 27 de julio de 2000 ha indicado:

“(…) a los fines de la determinación del tiempo en el cual debe calcularse la indexación, y los períodos que deben excluirse de la misma, bastaba que el Juez indicara, como en efecto lo hizo, que la corrección monetaria se debía hacer desde la fecha de la demanda y hasta la ejecución de la sentencia, excluyendo los lapsos en que la causa se paraliza por acuerdo de las partes, hechos fortuitos o fuerza mayor. Determinar estos lapsos no requiere de conocimientos técnicos especiales, sino que basta saber la fecha en que se decreta la ejecución de la sentencia, para que el mismo Juez pueda determinar con vista a las actas del expediente y/o del Libro Diario del Tribunal, los períodos que debe comprender la indexación y que lapsos deben excluirse.”

pág. 844 blanca

La jubilación frente a los cambios jurisprudenciales: Su impacto en las relaciones de trabajo

Alsacia VAHLIS AGUILAR¹

SUMARIO

Introducción

1. **Antecedentes:** 1.1 *De las contingencias frente a la vejez.*
2. **Lineamientos de la organización internacional del trabajo:** 2.1 *Convenios Nos. 35 y 36 OIT.* 2.2 *Convenios Nos. 102 (1952) y 128 (1967) OIT.*
3. **Problemas de concurrencia de sistemas prestacionales:** 3.1 *Situación venezolana.* 3.2 *Con relación a la Constitución nacional:* 3.2.1 *Noción amplia del sistema.* 3.2.2 *Noción restringida del sistema.* 3.3 *Caso CANTV:* 3.3.1 *La Sala de Casación Social (avocamiento).* 3.3.3 *La Sala Constitucional (revocatoria por revisión).*

Conclusiones

Introducción

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional², en ejercicio de su facultad revisora prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

¹ **Universidad de Los Andes/1974.** *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.* Abogado en ejercicio. Gerente Legal Laboral de SIDOR.

² Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, de fecha 25/01/2005, mediante la cual se ordena a la CANTV: Tener como base el monto del salario mínimo nacional; homologar las pensiones que

y en La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se pronunció sobre la decisión de la Sala de Casación Social que declaró sin lugar las pretensiones de la Federación Nacional de Jubilados y Pensionados de CANTV, anuló la referida sentencia y ordenó a la Sala de Casación Social, dictar nueva sentencia en acatamiento de la doctrina de la Sala Constitucional recogida en su fallo.

Obligante surge el análisis de los criterios jurisprudenciales emanados de la Sala de Casación Social sobre el tema de las jubilaciones, en contraste con la reciente decisión de la Sala Constitucional, y el impacto que la misma pueda tener en la creación de nuevos sistemas complementarios por parte de los empleadores, que pudiesen contribuir a mejorar la atención frente a las contingencias de vejez, en la limitante que –incluso– dicha decisión pueda tener en las contrataciones futuras, lo cual no fue considerado por la Sala Constitucional en el fallo identificado, que definitivamente tendrá un impacto en los costos laborales frenando las posibilidades de aumentar el empleo frente a regulaciones como la prevista.

Adicionalmente, surgen –a nuestro juicio– contradicciones entre la argumentación desarrollada por la Sala Constitucional para llegar a la conclusión y ordenamiento en su sentencia, con los principios y mandatos consagrados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), sobre la Seguridad Social, así como, con las fuentes doctrinarias, legales y los principios inspiradores del Derecho del Trabajo. A nuestro juicio, todo ello debió ser objeto de análisis, bajo la afectación que el referido fallo pueda tener en las negociaciones de convenciones colectivas y el propio impacto en la población de trabajadores activos, quienes conjuntamente con los empleadores financian las prestaciones y contingencias previstas para la población pasiva.

También será parte del análisis, las previsiones que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desarrolla en su Capítulo V “De los derechos sociales y de la familia”, fundamentalmente lo previsto desde su artículo 80 al 86 que configura el régimen normativo constitucional de la Seguridad Social, cuya precisión y alcance ha pretendido ser desarrollado por el Legislador a partir de la Reforma de la Ley Orgánica de Seguridad Social ocurrida en el año 2000, sin que a la fecha se hayan concretado las leyes que conforman la totalidad de los distintos Subsistemas que la conforman y que determinen con precisión el alcance de los postulados constitucionales.

reciban los jubilados y pensionados a los aumentos que se otorguen a los trabajadores activos; los jubilados y pensionados tienen derecho a incorporarse a las discusiones de contrataciones colectivas, incluyéndose sus propuestas en las mismas.

1. Antecedentes

Ya desde el siglo XVIII, la Seguridad Social se ubica como prioridad pública junto a la estabilidad política, así en el Congreso de Angostura en fecha 15 de febrero de 1819, el Libertador Simón Bolívar expresó que: “El sistema de gobierno mas perfecto es aquel que produce mayor suma de bienestar posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política”.

La historia de los regímenes jubilatorios y pensionales es de larga data, en cada país tiene una evolución particular. En Venezuela, por razones históricas y por la manera de evolucionar las instituciones provisionales, conviene diferenciar entre jubilación y pensión.

La jubilación aparece estrechamente ligada a la función pública, al tiempo de servicio como funcionario público, mientras que la pensión se asocia al envejecimiento o a la ocurrencia de la muerte del trabajador, antes de alcanzar el derecho a la jubilación o la ocurrencia de enfermedad o accidente discapacitante.

Regímenes jubilatorios y pensionales (discapacidad, viudedad y orfandad) en la función pública los encontramos desde los albores de la vida republicana, especialmente, para algunos sectores laborales, por ejemplo, militares y catedráticos, mientras que los regímenes pensionales por vejez, aplicable a trabajadores públicos o privados, son de fecha reciente, surgen con la Ley del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales del año 1966.

Este evolucionar de los regímenes jubilatorios y pensionales ha generado una multiplicidad y heterogeneidad de regímenes, unos más generosos que otros, y, *la mayoría a cargo del Fisco Nacional*.

En el pasado reciente, se trató, fallidamente, de superar esta situación, al menos en el sector público, mediante la Enmienda N° 2 de la Constitución de la República de 1961³ y, posteriormente, con la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y Municipios, a cuyos efectos, el régimen se instituyó de carácter contributivo, ordenándose la creación del Fondo Especial correspondiente.

³ Artículo 2. El beneficio de jubilación o de pensión se regulará en una Ley Orgánica a la cual se someterán todos los funcionarios o empleados públicos al servicio de la administración central o descentralizada de la República, de los estados o de los municipios, sólo podrá disfrutarse más de una jubilación o pensión en los casos que expresamente se determine en dicha ley.

Las diferentes áreas de gobierno ya sea nacional, estatal y aún municipal, e incluso empresas del Estado, hicieron caso omiso a la ley, sin encontrar respuesta en el Estado, al no crearse el Fondo que aglutinara los aportes y deducciones destinados a fortalecer un Régimen Único de Seguridad Social en la Función Pública que lo hiciese sustentable en el tiempo, ello originó regímenes jubilatorios y pensionales, que se configuraron sobre la Ley del Estatuto pero con fondos individuales no sostenibles que se han transformado en fondos deficitarios, limitando capacidad gestonaria, financiera y las posibilidades de ajustes en las pensiones y jubilaciones, configurando, así, la caótica situación que se presenta en la materia.

1.1 De las contingencias frente a la vejez

Un dato real es que la población mundial está envejeciendo a un ritmo progresivo, el número total de personas de 60 años y más, pasó de 200 millones en 1950 a 400 millones en 1982, a 600 millones en el año 2001 y a 1.200 millones para el año 2025. Es el grupo de población de crecimiento más rápido en todo el mundo, y, según se calcula, se habrá multiplicado por seis entre 1950 y 2025.

Enfrentarse con la tarea de adoptar políticas sociales y económicas al envejecimiento de las poblaciones, especialmente en el ámbito de la seguridad social, es una tarea de todos los factores de la sociedad, en primer lugar el Estado dentro de un Sistema de Seguridad Social, en segundo lugar, concurrirán los coadyuvantes: empresarios en forma combinada con los trabajadores ya sea cotizando al Sistema de Seguridad Social, y/o creando sistemas alternos complementarios, no sustitutos de aquel que debe ser de carácter obligatorio e irremplazable.

La búsqueda de protección ante las contingencias de vejez, discapacidad parcial, discapacidad total, gran discapacidad y sobrevivencia (viudedad y orfandad) ha dado lugar a la creación de los regímenes jubilatorios y pensionales, que tienden a minimizar los riesgos ante tales contingencias. Las prestaciones que se otorgan en dinero y a largo plazo, constituyen un aspecto medular del Sistema de Seguridad Social y actúan como causa y efecto de la dinámica económica, política, laboral y demográfica de la población.

Siendo la vejez, un fenómeno natural que afecta tanto a empleados públicos como a empleados de empresas privadas, la tendencia debe ser que el Estado asuma tal nivel de protección, con financiamiento en sistemas parafiscales de contribución mixta (trabajadores/patrono y nivel de ayuda estatal), tendencia que ha sido recogida en el Sistema de Seguridad Social previsto en la Ley Orgánica de Seguridad Social, que busca eliminar la distorsión que genera los sistemas paralelos a cargo

del Estado frente a la contingencia de la vejez, lo cual se instituye en la última reforma a tenor siguiente:

Artículo 70.

Nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo en casos expresamente determinados en la ley.

En este orden de ideas, será el Estado quien administre el Sistema de Seguridad Social, y dentro del mismo lo relacionado a las contingencias frente a la vejez, lo cual implica, que lo que debe guardar estrecha relación con los ingresos mínimos, base para la subsistencia del trabajador ante la contingencia de la vejez, es el Sistema de Seguridad Social previsto y tutelado por el estado, donde no se permitiría el goce de más de una pensión, pero tal prohibición no abarcaría sistemas de previsión de origen privado y menos de índole convencional que tiendan a mejorar los ingresos en la vejez, ya que serían complementos más no sustitutos del Sistema Único de Seguridad Social.

2. Lineamientos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

2.1 Convenios Nos. 35 y 36 OIT

Como antecedente normativo en cuanto a las contingencias de vejez a nivel internacional, encontramos los Convenios NOS. 35 y 36 adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en fecha 08/06/1933⁴, el primero referido al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico, el segundo referido al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas agrícolas.

Establecen dichos convenios el derecho a una pensión de vejez, a la edad que fije la legislación nacional respectiva, edad que en los regímenes de seguro de los asalariados no podrá exceder de los sesenta y cinco años cumplidos. El derecho a la pensión de vejez, podrá sujetarse al cumplimiento de un período de prueba, que puede implicar el pago de un número mínimo de cotizaciones a partir del ingreso en el seguro o durante un período determinado que preceda inmediatamente a la realización del riesgo.

⁴ No ratificados por Venezuela.

2.2 *Convenios Nos. 102 (1952) y 128 (1967) OIT*

Los Convenios núms. 102 (Convenio sobre la seguridad social –norma mínima–, 1952)⁵ y 128 (Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967)⁶, derecho vigente en nuestro país, permiten dar cabida a dos concepciones fundamentales que se han desarrollado en la esfera de la protección de la vejez y de la seguridad social en general. El seguro social obligatorio basado en las cotizaciones del empleador y del trabajador con o sin subvenciones del Estado, y la protección convencional, igualmente válida, sin base tributaria pero a cargo en gran medida por los patronos, que podrán coexistir, como complementos.

Del examen de las situaciones nacionales se desprende que la mayoría de los regímenes se basan en el principio del seguro social. El derecho a las prestaciones en el marco de tales regímenes está en función de los períodos de cotización o de empleo que acredite el interesado, independientemente del criterio de necesidad o de recursos y su monto se encuentre vinculado con suma frecuencia a las ganancias anteriores del beneficiario.

3. **Concurrencia de sistemas prestacionales**

Son numerosos los países en los que el sistema de seguridad social cubre todas las eventualidades, pero incluso en el caso de aquellos países que aún no han alcanzado este nivel debido a su desarrollo económico y social, la rama «prestaciones de vejez» figura por lo general entre las ya existentes.

En otros casos, en cambio, es el Estado quien asume directamente las prestaciones pagadas a un monto uniforme y financiadas totalmente o en gran parte con cargo a fondos públicos. Por lo que se refiere a la rama de vejez, las pensiones que se pagan en el marco de dichos regímenes se atribuyen por regla general a todos los miembros de la población que han alcanzado una determinada edad, previéndose a menudo ciertas condiciones relacionadas con la residencia, los ingresos u otros recursos.

Paralelamente a los regímenes de protección de la vejez previstos por la legislación, existen en numerosos países regímenes privados de pensiones, creados en el marco de la empresa o incluso a nivel profesional o interprofesional, independientemente de que sean creados unilateralmente por los empleadores en beneficio de

⁵ Gaceta Oficial N° 2.848 Extraordinaria 27/08/81.

⁶ Gaceta Oficial N° 3.169 Extraordinaria 11/05/83.

su personal o, como suele suceder frecuentemente, sean producto de la negociación colectiva.

Estos regímenes suministran a los trabajadores prestaciones *que se añaden* a las del régimen legal de seguridad social o, en ciertos casos, las reemplazan parcialmente. En algunos países tales regímenes constituyen, según las informaciones comunicadas por los gobiernos, la única fuente de protección de los trabajadores del sector privado.

3.1 *Situación venezolana*

Aun cuando la intención del Estado venezolano, es la igualdad ante la contingencia de la vejez, en un sistema de seguridad único, la realidad en el País es otra, evidenciándose problemas que parten desde la sola previsión de dichos regímenes en el sector público, hasta vicisitudes que comprenden el caso de los trabajadores de empresas que tornaron su composición accionaría a través de procesos de privatización, donde de un sistema publico⁷ se pasó a un sistema privado propio⁸, configurándose regímenes *complementarios* que deberán ser previstos como tales en la Ley que regule el subsistema.

Dichos regímenes privados pueden integrarse en el Sistema Único, o subsistir como regímenes complementarios que puedan mantenerse y cuya creación sea producto de la autonomía de la voluntad de las Partes, bien a través de la Convención Colectiva, con las salvedades que deben guardarse respecto a los verdaderos protagonistas y actores de una negociación colectiva que se materialice en un Convenio, o de estímulos a través de políticas fiscales, para aquellos empleadores que mantengan regímenes jubilatorios que complementen las pensiones otorgadas por el Sistema de Seguridad Social a cargo del Estado, asegurando de esa manera –al menos, para un sector de la población empleada– una mayor cobertura frente a la contingencia de la vejez, al sumarse la proveniente del estado y la de su empleador, que le aseguren ingresos que sustenten una mejor calidad de vida en su etapa no productiva.

3.2 *Alcance de los artículos 80 y 86 de la Constitución Nacional*

Necesario es precisar el alcance del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con relación a la protección frente a las contingencias de vejez, lo siguiente:

⁷ Ley del Estatuto Sobre el Régimen de jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o empleados de la Administración Pública Nacional de los Estados y de los Municipios.

⁸ Con aportes en un gran fondo a cargo de los trabajadores y del patrono cual mutualidad.

El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello.

Ante esta norma constitucional han surgido dos formas distintas de interpretación, una que prevé la existencia de varios sistemas prestacionales, sin importar la concurrencia, ya sean públicos, privados o privatizados; otra con base en la existencia de un solo sistema de Seguridad Social a cargo del estado, con financiamiento parafiscal cuyos sujetos impositivos serían los mismos trabajadores y sus patronos, lo cual se sistematiza así:

3.2.1 Noción amplia del Sistema

El Sistema abarca una estructura amplia y global que contiene y enmarca a todo aquel sistema implementado ante la contingencia de la vejez, ya sea por parte de entes públicos, privados o privatizados, por lo que cada sistema, sin importar si concurren en una misma persona, de acuerdo con este postulado, debería ajustar los montos al salario mínimo urbano, ignorando esta posición cualquier referencia a estudios actuariales o posibilidades de financiamiento que le hagan sustentable en el tiempo; tal es el criterio que adujo la Defensoría del Pueblo en Recurso de interpretación sobre el contenido, alcance, extensión y aplicación del artículo 80 de la Carta Fundamental, recurso interpuesto en Sala Constitucional en fecha 17 de enero de 2001⁹ el cual cursó en el Expediente número 01-0072.

En opinión de la Defensoría del Pueblo, y base del recurso identificado *supra*, es que los montos de las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el Sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo nacional, en virtud – de lo que a su juicio constituye– el propósito y razón del artículo 80 de la Constitución, y estimó que “en caso contrario el objetivo fundamental del Estado consistente en lograr el bien común no sería más que una quimera, solo realizable en la imaginación de los constituyentes del recién aprobado texto Constitucional”.

⁹ Recurso declarado inadmisibile por la Sala Constitucional con ponencia del magistrado Pedro Rondón Haaz en fecha 02/08/2001, con base al principio de reserva legal al cual se reservó el artículo 86 de la CRBV, en atención a que se remite a un sistema único cuya base es legal y bajo tutela del Estado.

Teniendo el Sistema de Seguridad Social, en su marco conceptual, como un sistema que abarca una estructura mucho más amplia y global, que contiene y enmarca a todo aquel sistema implementado por parte de entes de derecho público o privado, cuyo objetivo sea el garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones, así como las de sus familias.

Con base a tales criterios solicitó –la Defensoría del Pueblo– a la Sala Constitucional que interpretara el alcance, contenido, aplicación y extensión del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en tal sentido pidió determinar, si es procedente la aplicación del artículo 80 de la CRBV, a los diferentes entes de derecho público o privado distintos de la República que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrante del actual sistema de Seguridad Social, inclusive aquellos derivados de las Convenciones Colectivas.

Finalmente, solicitó se determinase la procedente aplicación de la referida disposición constitucional a los entes antes señalados, en lo que respecta al hecho de que los montos a ser cancelados por conceptos de Seguridad Social, no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano.

Recurso este que fue declarado sin lugar, a través del análisis efectuado por la Sala, sobre la base de la interpretación integral de la Constitución, comprendiendo no solamente el artículo 80, sino también el 86 *ejusdem*, tal como se detallará en el punto subsiguiente.

3.2.2 Noción restringida del sistema

La base es el mejoramiento del nivel y calidad de vida ante la contingencia de la vejez, dentro del Sistema de Seguridad Social, por lo que, quien debe garantizar el nivel mínimo, es quien regula, administra y supervisa el Sistema, es decir, el Estado.

Cuando en el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela refiere al concepto de “*Sistema de Seguridad Social*”, lo hace con el mismo significado que el establecido en el artículo 86 *ejusdem*, donde se define el *derecho a la seguridad social*, como un servicio público no lucrativo, cuya efectividad la debe garantizar el Estado mediante la creación de un “*Sistema de Seguridad Social*” universal, integral, *unitario* y de carácter contributivo.

Tal criterio es el tomado por la Sala Constitucional en sentencia de fecha 02/08/2001, –con ponencia del magistrado Pedro Rondón Haaz– al cual hemos hecho referencia, donde se dispuso:

Visto que la propia Constitución en su artículo 86 remite a una ley orgánica especial la regulación del Sistema de Seguridad Social, las leyes antes mencionadas, aunque se encuentran en *vacatio legis*, ya forman parte del ordenamiento jurídico y que al entrar en vigor pueden ser objeto de acción de inconstitucionalidad, contemplan, entre otros aspectos, el ámbito de aplicación y lo que debe entenderse por Sistema de Seguridad Social, así como los términos y condiciones que debe comprender dicho Sistema según las disposiciones constitucionales, aspectos éstos sobre los cuales la Defensoría del Pueblo planteó sus dudas para fundamentar la interpretación solicitada. Por tanto, formando dicha materia parte de la reserva legal, no corresponde a esta Sala emitir pronunciamiento con relación al objeto del presente recurso de interpretación, pues ello conllevaría a este órgano judicial a usurpar las funciones del Poder Legislativo.

Por lo que del análisis conjunto de los artículos 80 y 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se concluye que es *deber del Estado* (no de los patronos privados) garantizar los derechos de los ancianos, entre ellos, el de prestar el servicio público único de carácter no lucrativo, contemplado en el Sistema de Seguridad Social, y en consecuencia velar porque el monto de las pensiones y jubilaciones no sean inferiores al salario mínimo urbano.

3.3 Caso CANTV

Con relación a la interpretación de los artículos 80 y 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se plantea un problema que enfrenta la Sala de Casación Social y la Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Así:

3.3.1 La Sala de Casación Social (Avocamiento)

En acatamiento de lo previsto en el ordinal 29° del Artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹⁰, en fecha 16/10/2003, la Sala de Casación Social del TSJ, declara *sin lugar* las pretensiones de la Federación Nacional de Jubilados y Pensionados de la CANTV, bajo los siguientes argumentos:

- a) Por no tener FETRAJUPTTEL legitimidad para actuar en pro de los derechos e intereses de los Jubilados, aunque se pronuncia en cuanto a las pretensiones de los terceros adhesivos que sí tienen interés personal.

¹⁰ Hoy artículo 5, numeral 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

- b) Que el cambio de la configuración accionaria de CANTV (privatización -1991-), la deja fuera del ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto, de ahí que no aplique su artículo 27 (extensión de beneficios obtenidos por conveni- ción para trabajadores activos a los jubilados).
- c) Que la Ley de privatizaciones de fecha 10/03/1992, no puede ser aplicada en forma retroactiva a un proceso de privatización efectivo al 03/12/1991.
- d) Que al no tratarse de los mismos supuestos la decisión de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia no causa cosa juzgada debido al nuevo status de empresa privatizada.
- e) Que los jubilados no les aplica las convenciones colectivas, ya que se dirigen al trabajador activo y la jubilación presupone la terminación de la relación de trabajo, ya que la renta del jubilado no tiene contraprestación dada en el traba- jo, de ahí que no entren en la aplicación extensiva del artículo 23 de la Ley de Privatizaciones.

3.3.2 Sala Constitucional (Revocatoria por revisión)

En fecha 25/01/2005, la Sala Constitucional, con base en el numeral 10 del artícu- lo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concor- dancia con lo previsto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, decide Recurso Extraordinario de Revisión, contra la sentencia de la Sala de Casación Social *supra* identificada, la cual gozaba del principio de cosa juzgada.

Fundamentándose en la supuesta violación del principio de igualdad y de lo pre- visto en el artículo 23 de la Ley de Privatización y 511 LOT (desmejora de dere- chos). Decide, extendiendo los deberes del Estado en la Seguridad Social a los particulares que en forma privada o por la vía convencional hayan creado siste- mas complementarios, mas no alternos, confundiendo en primer término la situa- ción de trabajador activo con la situación del jubilado que ha cesado en su rela- ción y en consecuencia no percibe salario¹¹, y en segundo término el sistema de Seguridad Social de carácter público con los sistemas privados, ordenándose la equiparación de la pensión al salario mínimo nacional:

..., la pensión de jubilación de los demandantes, en aquellos casos que resulte inferior al salario mínimo urbano, debe igualarse al mismo /.../ las

¹¹ Haciendo más onerosa la carga en el trabajador activo, que debe ahora contribuir en mayor can- tidad junto con su patrono para que el fondo de ayuda mutua pueda incrementarse y así poder atender la base del salario mínimo, adicional a la carga que ya le es impuesta por contribuir a la seguridad social.

pensiones que reciban los jubilados y pensionados deberán incrementarse en la medida en que se produzcan aumentos para los trabajadores activos.

Ahora bien, cuando el Sistema Judicial obviando instituciones procesales como la de la cosa juzgada, interpreta normas constitucionales en forma aislada y de manera restringida, extendiendo la responsabilidad del Estado sobre el Sistema de Seguridad Social, a sistemas de previsión de índole privado y convencional, *que complementan mas no sustituyen* esa responsabilidad primaria del Estado, se desvirtúa esa prioridad pública que tal como afirmaba el Libertador debe equilibrar la seguridad social con la estabilidad política, olvidando con ello la altísima responsabilidad de trascender en el verdadero espíritu, propósito y razón de la norma, de manera tal, que su aplicación no debe generar un impacto no deseado en la población a la que está orientada a favorecer y proteger.

Ello –a nuestro juicio– en lugar de significar progreso para el trabajador que prestó y desarrolló su vida al trabajo, devendría en un estímulo negativo a la negociación de nuevas formas de ayuda a las contingencias frente a la vejez, ya que el Estado *a través de decisiones judiciales* varía las formas convencionales en detrimento de la búsqueda de soluciones negociadas que complementarían el bienestar del Jubilado, negando la posibilidad de creación de sistemas complementarios frente a las contingencias de la vejez.

Poco importaría los estudios actuariales, las convenciones colectivas, ya que el Estado intervendría igualando los esquemas privados complementarios, unos creados por la autonomía de la voluntad de las partes y otros derivados de la aplicación de cambio de status quo de empresas públicas a empresas privadas, al Sistema de Seguridad Social Público, con lo cual, ante la incertidumbre e inseguridad jurídica, ningún factor productivo cedería ante la formación de sistemas complementarios y limitaría, como hemos señalado, las posibilidades de aumentar el empleo frente a decisiones regulatorias como la comentada que imponen una carga adicional no prevista en sus entes laborales más allá de los principios de razonabilidad.

Conclusiones

1. La sentencia de la Sala Constitucional sienta las bases doctrinarias y jurisprudenciales cuestionables, en una interpretación restringida del artículo 80 de la CRBV, sin considerar lo previsto en el 86 *ejusdem*, y sin observar el impacto de su decisión en los costos laborales que harían inviable la creación de sistemas alternativos y complementarios, y el impacto en el salario de la población activa; sin embargo, no resuelve el conflicto, ya que se dictó con reenvío, lo

que implica que la Sala de Casación Social deberá pronunciarse otra vez sobre las bases del petitorio llevado a cabo por FETRAJUPTTEL frente a CANTV.

2. El artículo 80 de la Constitución, se refiere exclusivamente a un sistema único de seguridad social, de alcance general, creado por el Estado con la intervención de los diferentes sectores involucrados (patronos y trabajadores). De suerte tal que contrario a la decisión de la Sala Constitucional, esta normativa de alto rango no resulta aplicable a mecanismos alternos de origen privado y convencional de pensiones y jubilaciones, ya que los mismos devienen en complementarios y no formando parte del Sistema de Seguridad Social.
3. La Sala Constitucional del TSJ, en su sentencia¹², entra en contradicción, ya que, de un lado distingue el Sistema de Seguridad Social, –como Sistema Único creado por el Estado– de los mecanismos alternos de pensiones y jubilaciones creados por empresas privadas o por organismos del estado tornados a privados, luego los considera como integrantes del sistema y por lo tanto, les aplica la base del salario mínimo de subsistencia, lo que implica tenerlos como subsidiarios y no como complementarios.
4. La distinción entre trabajadores activos y jubilados siempre ha existido, y así lo consideró la Sala de Casación Social, reconociéndose sólo a los primeros la legitimación para negociar aumentos y celebrar convenciones colectivas, legítimos acreedores de los frutos que se generen con ocasión de la productividad de la que día a día participan, sin embargo, la Sala ahora establece que no puede haber discriminaciones entre activos y jubilados, por lo que a los jubilados les corresponderían los mismos beneficios salariales que logren los activos y deben ser incluidos en las mesas de negociación, ello trae como consecuencia el desplazamiento de la carga del Estado a los patronos, generando dobles cargas e incremento de pasivos sin bases actuariales que lo respalden, y generando incertidumbre jurídica que limitaría el poder de negociación entre patronos y sindicatos en procura de las mejoras para los trabajadores activos, amén de la legitimidad de negociar Convenciones Colectivas propia de los trabajadores activos, representados por organizaciones sindicales cuyos estatutos prevén, por antonomasia la condición de trabajadores activos.

¹² Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, de fecha 25/01/2005, caso FETRAJUPTTEL/CANTV.

pág. 858 blanca

Las bases constitucionales del régimen de prestaciones sociales a propósito de una reforma pendiente por mandato constitucional

Carmen ZULETA DE MERCHÁN

“Si la empresa no es capaz de hacer vivir a aquellos que forman parte de ella, no merece que exista”

George Ripert, 1946

Históricamente en las legislaciones del trabajo desarrolladas todas en reacción a los estragos sociales causados por el auge del liberalismo económico de los siglos de la modernidad, las prestaciones sociales surgen como efectos patrimoniales atenuantes de la prerrogativa o poder discrecional de despido reconocidos al empleador “como solo juez y responsable de la marcha de su empresa”, para decirlo con las palabras de la añeja jurisprudencia europea cuyo rigor civilista apenas atemperado con el correr de los años por el progreso internacional del derecho social y las políticas contra el desempleo, a pesar de que continúa dominando en la legislación, jurisprudencia, y doctrina la noción “contractualista” de la relación de trabajo.

En el Derecho de la Europa de la pre-guerra, diversas fueron las prestaciones que progresivamente fueron configurando el régimen de prestaciones sociales debidas al trabajador a la terminación del contrato de trabajo; originariamente todas fueron concebidas a título indemnizatorio; tales como la indemnización de preaviso,

la indemnización de antigüedad, la indemnización de cesantía o desocupación reconocidas en amparo contra el arbitrio del patrono, y sólo debidas al trabajador cuando el despido no tenía causa justificada o causa real y seria.

El razonamiento lógico-jurídico de los primeros laboristas para explicar, mediante la teoría del abuso del derecho, los efectos patrimoniales del despido, surgió de manera forzada para explicar y legitimar las indemnizaciones por *razones de equidad* que los jueces de la Italia fascista estaban reconociendo a los trabajadores despedidos en ausencia de legislación expresa para aliviar los efectos del despido; con ello, la jurisprudencia se adelantó a instituir el esbozo de un régimen de prestaciones sociales mucho antes de que las legislaciones protectoras de los trabajadores las consagraran definitivamente pasado el examen de la doctrina civilista.

Después, en los años setenta del recién pasado siglo veinte –considerados como los “años gloriosos” de la legislación del trabajo–, las prestaciones sociales dejaron de tener carácter indemnizatorio para convertirse en *derechos adquiridos*; de modo que el trabajador no las perdiera cualquiera fuera la causa de la terminación de la relación de trabajo. Entonces, las prestaciones sociales cambiaron de naturaleza jurídica, y se constituyeron en una retribución acumulativa perdiendo el carácter reparatorio para convertirse en *salario diferido* con fines de previsión social.

Este fue el caso de Venezuela cuando por Decreto-Ley N° 124 del 4 de junio de 1974, se dispuso que el beneficio de antigüedad y de auxilio de cesantía no se perdería “*cualquiera fuera la causa de terminación del contrato de trabajo*”; con ello, las prestaciones sociales dejaron de ser meras expectativas de derecho (sólo causadas por un despido injustificado) y se convierten en derechos adquiridos (pagaderas cualquiera fuera la causa de terminación de la relación de trabajo). Posteriormente, mediante Decreto-Ley 859 de 25 del abril de 1975 se regularon las condiciones y términos del pago de las prestaciones sociales como derechos adquiridos incorporándose la figura del “*fideicomiso*” laboral, y el pago de intereses sobre el pasivo de las prestaciones sociales mientras las mismas se mantengan en poder del empleador porque quedaba claro que el trabajador no tiene la libre disposición de las prestaciones sociales hasta que se separe de la empresa por despido o por voluntad propia, fecha ésta en la que para el trabajador se hace exigible la cancelación efectiva del capital total de sus prestaciones sociales en manos del patrono o de la entidad financiera correspondiente si estuvieron constituidas en fideicomiso.

Sin embargo, otra reforma legal fue necesaria el 30 de junio de 1983 y surgió de manera estrepitosa con votación parlamentaria unánime para desvirtuar el criterio de una sentencia de fecha 21 de abril de 1983 de la entonces Corte Suprema de Justicia, que había determinado que los abonos anuales de las prestaciones socia-

les en la cuenta individual del trabajador abierta en la contabilidad de la empresa –conforme lo prescribía la ley– tenían carácter de pagos definitivos, y en consecuencia, no procedía el recálculo de las prestaciones al finalizar la relación de trabajo como era la interpretación pacífica en la práctica laboral. La dicha reforma de 1983 de los artículos 37, 39 y 40 de la entonces vigente Ley del Trabajo de 1936, dejó esclarecido que las prestaciones sociales debían ser calculadas en base al último salario del mes efectivo de labores inmediatamente anterior a la terminación de la relación de trabajo, y que los abonos en cuenta que se hicieran antes de finalizar la relación de trabajo, tenían el carácter de *anticipos o adelantos* sujetos al recálculo y ajuste definitivo al finalizar la relación de trabajo.

Simultáneamente a la consagración legal de las prestaciones sociales como derechos adquiridos, la Ley contra Despidos Injustificados del 8 de agosto de 1974 hizo resurgir las prestaciones sociales a título sancionatorio (que no indemnizatorio) contra los despidos injustificados, obligando al empleador al pago del doble de la antigüedad, de la cesantía y del preaviso si despedía a un trabajador sin causa justificada de las previstas en la Ley; o también, si insistiere en despedirlo una vez ordenado el reenganche o reincorporación del trabajador a la empresa. El carácter represivo que adquirieron entonces *las prestaciones sociales dobles* derivaba del hecho de que no fueron órganos jurisdiccionales los encargados de calificar los despidos; de modo, que mal podían tener carácter indemnizatorio; “se debían por autoridad de la ley que las consagraba” según era el criterio jurisprudencial de las Comisiones Tripartitas; con este precedente, mientras duraba el procedimiento de calificación de despido por ante la Comisión Tripartita que en la práctica resultaba “desesperadamente lento”, el trabajador despedido injustificadamente podía emplearse en otra empresa e inclusive con mejor salario sin que para nada perdiera *causa* legal la obligación patronal de pago doble de las prestaciones que extinguía la obligación alternativa de reenganche del trabajador con pago de salarios caídos mientras había estado separado de su cargo. Cabe observar que el *pago doble* de las prestaciones sociales no era más que la suma de tres beneficios distintos: la antigüedad y el auxilio de cesantía como derechos adquiridos sumados a una indemnización por causa de despido injustificado equivalente en su monto a los dos anteriores beneficios.

En efecto, la Ley contra Despidos Injustificados institucionaliza *la estabilidad relativa* dentro de las políticas gubernamentales de *pleno empleo* insertas en el estremo del Programa de Gobierno la “Gran Venezuela” del entonces presidente Carlos Andrés Pérez; y crea las Comisiones Tripartitas de primera y segunda instancia en el Distrito Federal y la capital de cada uno de los Estados y Territorios Federales como órganos permanentes del Ministerio del Trabajo, integrados paritariamente por las representaciones de los trabajadores y de los empleadores postulados por

las organizaciones más representativas de ellos; además del representante del Ministerio del Trabajo con carácter de funcionario público. La competencia legal de estos novedosos órganos de representación tripartita fue concebida con bastante amplitud (artículo 4 LCDI): a) estimar la capacidad de empleo y la carga de trabajo por cada rama industrial, actividad o servicio; b) determinar la conveniencia o no de sistemas automatizados que puedan disminuir la capacidad de empleo; c) examinar en cada caso específico las solicitudes de reducción de personal; y como atribución de mayor impacto social, d) calificar *a posteriori* las solicitudes de calificación de despido que hicieran individualmente los trabajadores permanentes con más de tres meses ininterrumpidos de servicio. Estas funciones de calificación de despidos fueron perdiendo el carácter *cuasi-jurisdiccional* que tuvieron por ley, a consecuencia ciertamente del abandono de las representaciones profesionales de patronos y trabajadores; al punto de que la jurisprudencia contencioso-administrativa calificó sus decisiones como de carácter administrativo; a partir de lo cual, bastaba que los patronos negaran la relación de trabajo durante el procedimiento de calificación de despido para que cesara la competencia (convertida en meramente administrativa) de la Comisión Tripartita, y el conflicto pasara a la jurisdicción de los tribunales del trabajo.

A pesar de los esfuerzos infructuosos de la jurisprudencia contencioso-administrativa por rescatar y salvar la competencia calificadora de las Comisiones Tripartitas heridas de muerte y en franco declive, la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 terminó por derogar la Ley Contra Despidos Injustificados y con la nueva ley, las Comisiones Tripartitas quedaron definitivamente extinguidas, creándose en su lugar los Juzgados de Estabilidad Laboral a cuya competencia pasaron desde entonces los procedimientos de calificación de despido.

I

El fundamento jurídico de las prestaciones sociales en Venezuela ha sido siempre de orden constitucional. El artículo 88 de la anterior Constitución Nacional de 1961 establecía que la ley adoptaría las medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo; y establecería las prestaciones que recompensaran la antigüedad del trabajador en el servicio y lo ampararan en caso de cesantía. La norma constitucional protegía tres intereses distintos: a) la estabilidad en el trabajo; b) la antigüedad, y c) la cesantía. De modo que la naturaleza jurídica de las prestaciones sociales de acuerdo con el postulado constitucional se hacía mixta: indemnizatoria contra el despido injustificado para proteger la estabilidad del trabajador; indemnizatoria del lucro cesante (auxilio de cesantía); y de salario diferido durante la antigüedad de servicios con fines de ahorro forzoso y previsión social.

La Ley Orgánica del Trabajo de 1990 modificó el régimen de prestaciones sociales que durante medio siglo celosamente se había venido delineando legislativamente, y apartándose del postulado constitucional acumuló en una sola prestación (llamada de antigüedad) el equivalente económico de las viejas prestaciones de antigüedad y de auxilio de cesantía convirtiéndola además en una indemnización de lucro cesante en proporción a la antigüedad de servicios pagadera al terminar por cualquier causa la relación de trabajo, y calculada en base al último salario devengado en el mes efectivo de labores (fueron los originarios artículos 108 y 146 de la LOT/ 1990).

¿Acaso el legislador de 1990 dejaba que el Seguro de Paro Forzoso cumpliera el postulado constitucional de auxilio a la cesantía; o más bien hizo un compendio de la antigüedad y el auxilio de cesantía, y por eso con un esfuerzo garantista indexó la antigüedad al último salario efectivo con la finalidad de proteger *implícitamente* la cesantía del trabajador? Esta última interpretación era la más ajustada a la normativa constitucional de 1961; ya que en efecto, la acumulación de las prestaciones de antigüedad y de auxilio de cesantía que hacía el artículo 108 de la LOT tuvo una equivalencia económica pero debía tener también una equivalencia legal, ya que de no ser así, quedaría eliminada en la Ley la protección a la cesantía; y por tanto dicha omisión arriesgaba en viciar de inconstitucionalidad a la Ley Orgánica del Trabajo de 1990. Es por ello que *el recálculo* o efecto retroactivo del cálculo de la indemnización de antigüedad tenía fundamento constitucional porque salvaba el beneficio de auxilio de cesantía omitido expresamente en la Ley Orgánica del Trabajo; de allí que la eliminación del recálculo ocurrida con la polémica reforma de la Ley Orgánica del Trabajo en el año de 1997 acabara con el último vestigio legal que permitía reconstruir constitucionalmente el auxilio de cesantía. Todo fue cuestión de tiempo. El originario artículo 128 de la LOT/1990 admitía la reforma del régimen de prestaciones sociales por ley especial –inclusivo de carácter ordinario– siempre que se organizara un sistema de seguridad social que atendiere a los trabajadores frente a las contingencias de cesantía, vejez e invalidez, “sin menoscabo de la cuantía de los derechos consagrados con motivo de la permanencia en el trabajo”. Valía más que la reforma del sistema de seguridad social hubiera condicionado la reforma legal del régimen de prestaciones, y no a la inversa.

En efecto, el 19 de junio de 1997 en medio de grandes expectativas entró en vigencia con la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo un nuevo régimen legal del salario y de las prestaciones sociales logrado por concertación mediante un Acuerdo Tripartito con representación al más alto nivel de gobierno, asociaciones de empleadores, y federaciones y sindicatos de trabajadores; este Acuerdo suscrito en fecha 17 de marzo de 1997 puso fin al más agudo y frontal debate en la histo-

ria de la legislación social en Venezuela como lo fuera *el tema del recálculo de las prestaciones sociales* difundido equívocamente como “*la retroactividad de las prestaciones sociales*”; un debate sensible a la opinión pública que había sido detonado catorce años antes por la tristemente célebre sentencia de casación del 21 de abril de 1983 arriba mencionada.

El viejo régimen de prestaciones sociales había sido larga e injustamente acusado de ser comparativamente más costoso que el de los demás países latinoamericanos; los cuales desde los años setenta venían adoptando legislaciones laborales más flexibles: Chile (1970); Panamá (1986); Colombia (1990); Ecuador (1991); Argentina (1991); Perú (1992-93); y Brasil (1996). En Venezuela, la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 –que en Proyecto de Ley estuvo cinco años a la consideración de las Cámaras Legislativas– aunque de talante modernizador se mantuvo sin embargo en el rango de “garantista” ya que no se identificaba plenamente con la tendencia flexibilizadora que recorría el mundo laboral entero; y por eso, el sector empresarial seguía respaldando la iniciativa que lanzara en 1986 la Cámara de Comercio de Caracas de un sistema alternativo sustitutivo del viejo régimen de prestaciones sociales causante –según ellos– de la baja inversión, de los bajos salarios, del alto desempleo ... y de todo cuanto padecía el país. Del otro lado, se decía también que las prestaciones sociales eran “el más rudimentario, pero también el más efectivo instrumento de seguridad social en Venezuela” (Rafael Alfonso-Guzmán) a cuya vía expedita de auxilio inmediato y oportuno recurrían los trabajadores para cubrir sus necesidades individuales y familiares, en defecto del buen funcionamiento del seguro social.

Lo cierto es que la Comisión Presidencial para la Reforma de la Seguridad Social y las Prestaciones Sociales en su Informe Final emitido en fecha 9 de marzo de 1995 había evaluado el viejo régimen de prestaciones sociales destacando sus aspectos positivos y negativos; entre los cuales la Comisión destacó que, gracias al recálculo de las prestaciones que funcionaba para el trabajador como mecanismo de indexación contra los estragos de la alta inflación, las prestaciones constituían una forma de ahorro de mediano plazo utilizado para la construcción, ampliación y mejoramiento de vivienda; además, de complemento para pago de educación privada, gastos emergentes de salud o compra de pequeños comercios y servicios asumidos como protección de la vejez. En reverso, fueron también las prestaciones sociales en manos de las medianas y pequeñas empresas –especialmente de comercio y servicio– un capital de trabajo de bajo costo nada despreciable dado las dificultades para acceder fácilmente al crédito bancario pero utilizado por las empresas abusivamente sin respaldo efectivo, y corriendo la misma suerte de la quiebra, insolvencia o falta de liquidez del empleador.

El Ejecutivo Nacional y los empresarios denunciaban que el recálculo o retroactividad de las prestaciones sociales impedía sincerar el salario nominal de los trabajadores y obstaculizaban una política salarial de ajustes regulares porque todo aumento en el salario repercutía en el crecimiento de los pasivos laborales hasta niveles incalculables financieramente y a la larga este crecimiento exponencial incontrovertible se hacía impagable por lo menos para el sector público. Llegado el momento de la reforma de las prestaciones sociales era evidente constatar para 1997, que la política de *desalarización de las remuneraciones o bonificación del salario* iniciada en 1987 durante el gobierno de Jaime Lusinchi, había traído como consecuencia el desmontaje del modelo de prestaciones sociales (Humberto Villasmil, “De la prestación de antigüedad” en Jornadas Internacionales Diálogo Social y Tripartismo, 1998); al extremo que los bonos remunerativos y las percepciones que el legislador de 1990 excluyó del salario y que concibió como complementarias del salario (aportes para el ahorro, subsidios de alimentación, de transporte ...) terminaron por sustituirlo como efecto de la intención de evadir el impacto sobre el recálculo de las prestaciones sociales. Es por ello que el artículo 666 de la reforma de Ley establecía como base mínima de liquidación de las prestaciones el salario mínimo (para entonces) de quince mil bolívares.

El caso es que la reforma de 1997 consistió en sustituir definitivamente el viejo esquema legal del salario y de las prestaciones sociales; y aun cuando por su carácter de marco mínimo legal podía ser superado, y expresamente se dejó a salvo la aplicación (integral y no acumulativa) de regímenes más favorables previstos en otras fuentes legales como el contrato colectivo o el contrato de trabajo; se buscaba que en la práctica todos los regímenes colectivos se ajustaran gradualmente al nuevo esquema. A los fines de conciliar los derechos adquiridos según el régimen legal derogado se estableció: a) un “Corte de cuenta” de las prestaciones sociales acumuladas bajo el régimen derogado (un mes de salario por cada año de servicios o fracción de seis meses) calculadas con base al salario normal devengado en el mes de mayo de 1997, nunca inferior a quince mil bolívares que era el salario mínimo vigente para la fecha; y b) una “Compensación de Transferencia” nunca menor de cuarenta y cinco mil bolívares o el equivalente a treinta días de salario por cada año de servicios con un máximo de diez años para el sector privado y de trece años para el sector público, y cuyos montos no podían ser inferiores a quince mil bolívares ni superiores al tope salarial de trescientos mil bolívares mensuales para las grandes empresas; de ciento sesenta y cinco mil bolívares para las medianas empresas; y de noventa mil bolívares para las pequeñas empresas. El plazo máximo para el pago de las prestaciones sociales acumuladas y de la compensación de transferencia quedó establecido en cinco años a partir de la entrada en vigencia de la reforma, salvo que el vínculo laboral terminara por cualquier causa, caso en el cual la deuda total se consideraría de plazo vencido y exi-

gible inmediatamente por el trabajador (artículo 669 LOT). Las condiciones de pago de las prestaciones acumuladas y de la compensación de transferencia, fueron las siguientes: para el sector privado, el 12.5% de la deuda en los primeros noventa días; otro 12.5% pagadero a ciento ochenta días; y el monto restante de la deuda en un plazo no mayor de cinco años. Para el sector público, las condiciones de pago de la deuda social que originaba el cambio de régimen fueron: hasta ciento cincuenta mil bolívares en el primer año, desglosados cincuenta mil bolívares en efectivo, y cien mil bolívares en títulos públicos; el saldo restante pagadero en cinco años “en la forma y condiciones que establezca el Ejecutivo por Reglamento” (artículo 668 LOT), pendiente aún.

Por lo que respecta a la prestación de antigüedad, la reforma de 1997 eliminó la causa legal anterior de la antigüedad (que a su vez había absorbido al auxilio de cesantía) establecida en la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 a razón de treinta días del último salario devengado por cada año de servicios ininterrumpidos o fracción de seis meses; y estableció la antigüedad causada a partir del tercer mes de servicios ininterrumpidos, a razón de cinco días de salario por cada mes. Después del primer año de servicios o fracción de seis meses contados desde la entrada en vigencia de la reforma, se agregan dos días adicionales de salario por cada año, acumulativos hasta treinta días de salario. La antigüedad mensual (cinco días) más la adicional anual (dos días por cada año) se calculan a razón del salario integral devengado en el mes que corresponda, y será depositada y liquidada mensualmente en forma definitiva atendiendo a la voluntad por escrito del trabajador bien en un fideicomiso individual; o en un Fondo de Prestaciones de Antigüedad; o en la contabilidad de la empresa. Las sumas depositadas mensualmente se cancelan al término de la relación de trabajo y devengan intereses pagaderos anualmente o capitalizables a opción del trabajador. Hasta el 75% de la antigüedad depositada a título de anticipo, podrá ser entregada al trabajador para la construcción, adquisición, mejora, reparación o liberación de hipoteca de la vivienda familiar; para el pago de pensiones escolares o gastos médicos y hospitalarios propios o de sus hijos, cónyuge o pareja. Cabe observar al margen que, en la práctica debido a la ausencia de los Fondos de Prestaciones de Antigüedad, y de planes bancarios de fideicomiso individual (existen planes de fideicomiso colectivo); y aun cuando la reforma prevé que el trabajador puede requerirle al patrono el depósito de la antigüedad en una entidad financiera hasta que aquellos se constituyan, ocurre en la práctica que las empresas siguen acreditando en su contabilidad la antigüedad mensual acumulada (tal como ocurría antes de la reforma) persistiendo con ello el riesgo de insolvencia de la empresa o de falta de liquidez, que provocara la quiebra del viejo régimen.

La reforma de 1997 distinguió la prestación de antigüedad de las indemnizaciones debidas por terminación de la relación de trabajo; ello con la finalidad de recom-

pensar la antigüedad del trabajador en la empresa y de garantizar su estabilidad: De modo que, las indemnizaciones previstas para garantizar la estabilidad se corresponden según sea la situación jurídica que determine la ruptura del vínculo laboral bien por mutuo acuerdo, por causas ajenas a la voluntad de las partes, por retiro o por despido (artículo 98 LOT). En todo caso, si la relación de trabajo termina por cualquier causa se garantiza al trabajador la prestación de antigüedad en los siguientes montos: a) quince días de salarios o la diferencia con lo acreditado o depositado mensualmente cuando el tiempo de servicios no sea menor de tres meses y mayor de seis meses ; b) cuarenta y cinco días de salarios o la diferencia con lo acreditado o depositado mensualmente cuando el tiempo de servicios sea mayor de seis meses y menor de un año; c) sesenta días de salarios después del primer año de servicios o la diferencia entre lo acreditado o depositado mensualmente, siempre que hubiera prestado servicios por lo menos seis meses durante el año de extinción de la relación de trabajo (artículo 108 LOT); o si tuviere más de seis meses de servicios desde la entrada en vigencia de la reforma (artículo 665 LOT).

En cambio, el despido calificado de injustificado da lugar al reenganche o reposición del trabajador a su puesto de trabajo y al pago de los salarios que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento de calificación de despido. No obstante, la persistencia del patrono en el despido o el reconocimiento del despido como injustificado causa las siguientes acreencias e indemnizaciones: a) la indemnización reconocida por la antigüedad de servicios (diferente de la prestación de antigüedad acreditada o depositada mensualmente; b) los salarios caídos dejados de percibir durante el procedimiento de calificación de despido; c) diez días de salarios si el tiempo de servicios es de tres a seis meses; o treinta días de salario por cada año o fracción de seis meses hasta un máximo de ciento cincuenta días de salario; d) adicionalmente, la indemnización sustitutiva de preaviso equivalente a quince días de salario por tiempo de servicios entre un mes y seis meses; treinta días de salario por tiempo de servicios entre seis meses y un año; cuarenta y cinco días de salario por tiempo de servicios igual o superior a un año; sesenta días de salario por tiempo de servicios igual o superior a dos años y no mayor de diez años; y noventa días de salario por tiempo de servicios superior a diez años. Hemos de observar que el retiro justificado del trabajador; así como el despido indirecto causa las mismas indemnizaciones del despido injustificado ya que la ley los considera equiparables en sus efectos patrimoniales (artículo 100 LOT). Así también, la reducción de personal o el despido causado por motivos económicos o tecnológicos se consideran en sus efectos individuales como despido injustificado y causa las indemnizaciones del mismo (artículo 104 LOT). Todas los beneficios, prestaciones e indemnizaciones se calculan teniendo como base el *salario integral* que incorpora todas las percepciones recibidas en ocasión del trabajo que puedan evaluarse en efectivo; incluyéndose las comisiones, propinas, gratificaciones,

utilidades, primas, sobresueldos, bono vacacional, recargos por día feriado, horas extras, trabajo nocturno, alimentación, vivienda y propinas; resultando solamente excluidos del salario integral, los beneficios sociales de carácter no remunerativos, tales como los servicios de comedores, los aportes patronales a las cajas de ahorro, los reembolsos de gastos para el desempeño de labores, la provisión de comida y alimentos, y de guarderías infantiles, los reintegros de gastos médicos, farmacéuticos y odontológicos, las provisiones de ropa de trabajo y de útiles escolares y de juguetes; el otorgamiento de becas o cursos de capacitación o especialización, y el pago de gastos funerarios. Además, como garantía de recuperación salarial se estableció en la reforma de 1997 la obligación para el Ejecutivo Nacional de aumentar por lo menos una vez al año el salario mínimo nacional (artículo 167 LOT).

II

La reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 se mantiene todavía vigente aunque como hemos visto en el resumen anterior, resultó extremadamente compleja en la letra de la ley, debido quizás a su formulación legislativa previamente concertada o negociada con los Actores Sociales a la *manera tripartita* para garantizar el “consenso político” de apoyo a un Programa de recuperación y reajuste económico de corte neoliberal llamado la “Agenda Venezuela”, recomendado por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y propuesto al país a la mitad del segundo gobierno de Rafael Caldera. Esto no significó que la reforma del régimen de prestaciones sociales y del salario se efectuara sin resistencia popular; cierto es que, a pesar de la amplia campaña oficial de información y convencimiento del público que acompañó a la reforma laboral de 1997, la misma fue prontamente objeto de un recurso de impugnación por inconstitucionalidad que la entonces Corte Suprema de Justicia dejó pendiente por resolver; y es de tal interés nacional en Venezuela el régimen legal de las prestaciones sociales que la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 dispuso en las Disposiciones Transitorias número Cuarta, textualmente lo siguiente: “Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará: 3. Mediante la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, un nuevo régimen para el derecho a *prestaciones sociales* consagrado en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el *último salario* devengado, estableciendo un lapso para su *prescripción de diez años*. Durante este lapso, mientras entre en vigencia la reforma de la ley seguirá aplicándose de forma transitoria el régimen de la prestación de antigüedad establecido en la Ley Orgánica del Trabajo vigente...”.

La vuelta al régimen de prestaciones sociales de la Ley del Trabajo de 1936 derogado en 1990 por la vigente Ley Orgánica del Trabajo, aparece como un impera-

tivo del Constituyente de 1999; y a tenor del fundamento previsto en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que a la letra dice: “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”.

El espíritu del constituyente de 1999 se resistió a los planteamientos economicistas de la flexibilización laboral que animaron la reforma de 1997; y este comportamiento resultaba cónsono con la jurisprudencia de la casación laboral venezolana que en memorable sentencia de fecha 17 de marzo de 1993 –adelantándose a la nueva Constitución–, había decidido por unanimidad y con ponencia de Rafael Alfonso-Guzmán, declarar materia de orden público el reajuste por inflación; vale decir, la corrección monetaria en los juicios laborales que tengan por objeto la cancelación de las prestaciones sociales de los trabajadores, la cual debe ser ordenada de oficio por el juez con fundamento en la noción de orden público y en el principio de irrenunciabilidad de las disposiciones y normas que favorezcan a los trabajadores: “en virtud de que la restitución del valor de las obligaciones de dinero al que poseía para la fecha de la demanda, no es conceder más de lo pedido, sino conceder exactamente lo solicitado, teniendo en cuenta que el trabajador tiene derecho irrenunciable a la prestación no disminuida por la depreciación cambiaria”.

El balance negativo a un año de la vigencia de la reforma de la ley de 1997 influyó en el Constituyente de 1999. A falta de la conclusión de los instrumentos legales y de las medidas de respaldo económico y social, tales como la reforma integral del sistema de seguridad social, la falta de paquetes bancarios de fideicomiso laborales individuales, de legislación sobre el Fondo de Prestaciones de Antigüedad entre otras, dejó a los trabajadores con la única alternativa de mantener en la contabilidad de la empresa la antigüedad mensual acumulada corriéndose los mismos riesgos de insolvencia económica e iliquidez de empresas como se le reprochaba al viejo régimen. También la sinceración y ajuste de los salarios que el empresariado condicionó a la reforma legal de las prestaciones para beneficiar al 70 % de la población laboral excluida de la contratación colectiva, resultó ser solo una promesa de la Comisión Tripartita sin posibilidades de exigencia legal a los empleadores, prueba de ello fue el Paro Cívico convocado por la CTV el 6 de agosto de 1997 – a un mes de la reforma– para exigir los ansiados aumentos salariales los cuales se lograron únicamente por la vía de la “salarización de los bonos” que efectuó la reforma legal; aunado a ello, la fijación de un nuevo salario mínimo nacional equivalente a la suma de todos los “bonos compensatorios” que se venían pagando a la fecha de la reforma, tampoco produjo (como era de espe-

rarse) la revisión automática del tabulador salarial. El desempleo continuó repuntando, y las sumas por concepto de Prestaciones Sociales Acumuladas y Compensación de Transferencia que recibieron los trabajadores a cambio del nuevo régimen, terminaron volatizadas por la creciente inflación desatada. Este sombrío panorama fue indicativo del carácter recesivo de los Actores Sociales protagonistas de la reforma de la ley de 1997, que se mostraban incapaces de gestionar la crisis económica sin el tutelaje del Estado como venían acostumbrados; y mucho menos de adecuar sus intereses a las nuevas reglas socioeconómicas.

La moraleja hoy, es que la legislación laboral debe seguir siendo el instrumento fundamental de la tutela de los trabajadores –tal como preservó el artículo 89 de la novísima Constitución de 1999– y no debió utilizarse la legislación laboral como “salvavidas” de la empresa privada cuya gerencia en Venezuela ha sido “un elogio al beneficio”; y cuya bancarrota solo es debida a una deficiente gerencia que practica una voracidad lucrativa insaciable y hace gala de una ausencia de sensibilidad social. Al fracaso económico y social de la reforma de 1997 se sumó el viraje de la política social después del triunfo en las elecciones presidenciales de Hugo Chávez Frías y su convocatoria inmediata a una Asamblea Nacional Constituyente que generara los cambios radicales que el país reclamaba en reproche a los resultados negativos de una política social concertada sin representatividad social y con las representaciones de las rancias cúpulas del poder político-económico. El nuevo proceso político suscitó la resistencia política del empresariado desarraigado frente al nuevo modelo de transformación económica y social que propugna la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y cuyo estreno se ha enfrentado a una brutal oposición política que ha atentado contra la estabilidad democrática del país con el fallido Golpe de Estado en abril de 2002, y con un Paro Petrolero en diciembre de 2002 hasta marzo de 2003 lo que produjo una emergencia económica de consecuencias irreparables; y además, una mora en las reformas legislativas necesarias para la consolidación de la institucionalidad democrática.

A cinco años de la nueva Constitución, el esquema del régimen de prestaciones sociales continúa pendiente de una reforma legal en los términos previstos por mandato constitucional; ello producirá sin duda, nuevas resistencias pero también, servirá para rescatar el sentido social progresista de la legislación sustantiva del trabajo coadyuvada ahora por la nueva legislación procesal garantizadora de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y adecuada a los postulados de un proceso oral rápido, sencillo, exento de formalidades y reposiciones inútiles. La tarea es urgente y perentoria. Los trabajadores necesitan un régimen de prestaciones sociales diseñado legalmente de manera didáctica, de fácil comprensión para su cabal aplicación, sin cálculos aritméticos complicados que hagan necesaria la intermediación de abogados, delegados sindicales y funcionarios de trabajo; una

legislación laboral sin tecnicismos económicos que deje claras las reglas del trabajo asalariado porque el trabajo no es una mercancía sujeta a las leyes del mercado. El trabajador que entra al servicio de una empresa le aporta toda su actividad vital y es necesario por tanto que la empresa le haga vivir. El salario y las prestaciones sociales no pueden ser calculados únicamente en razón de la contribución del trabajo a la producción, sino que debe ser fijado de manera que la empresa mantenga al trabajador y su familia (así lo prescribe el encabezamiento del artículo 91 de la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sin que pueda admitirse la objeción de que la empresa no puede soportar semejante carga y que se arruinaría, porque una empresa que no está en capacidad de sostener a quiénes pertenecen a ella no merece sobrevivir. Los capitalistas no aportan su dinero a una sociedad que no está en condiciones de remunerar el capital, ¿por qué entonces los trabajadores deben aportar su trabajo a una empresa que no es capaz de asegurarles su subsistencia? (George Ripert, aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno, Bosch Editores, 1946). En la relación de trabajo, el trabajador a diferencia del empleador no arriesga su patrimonio, arriesga su pellejo (Alain Supiot, Critique du Droit du Travail, Puf-Quadrige, 2002).

III

A ocho años de la reforma laboral de 1997, puede concluirse que nunca es aconsejable precipitar la reforma de las instituciones ancladas en la tradición laboral. La nueva reforma pendiente del régimen de prestaciones sociales para *incluir la antigüedad y el auxilio de cesantía en forma proporcional al tiempo de servicios y calculados a razón del último salario devengado* –tal como establece el mandato del Constituyente de 1999– no solo constituye una vuelta a los orígenes de nuestro acervo jurídico-laboral, sino también que ello resulta la fórmula más *sencilla* para instruir a los trabajadores sobre los derechos básicos y fundamentales que les reporta el mantenimiento de una estable relación de trabajo, tal como lo prescribe el nuevo texto constitucional en su artículo 92. Este aspecto de arraigo del trabajador a la empresa no puede lograrse sino a condición de que, desde su entrada a la empresa, el trabajador conozca que sus derechos están claramente definidos.

Se falló al no evaluar el impacto social en la propuesta de reforma de 1997. Se actúo también temerariamente al ponerle precio en bolívares a la modificación del cálculo eliminando el recálculo cuando desde la Ley del Trabajo de 1936 se venía preservando celosamente dicha reivindicación. Tampoco se advirtieron las debilidades del Acuerdo Tripartito y los efectos negativos del impacto social de la reforma; quizás debido a ello la sobredimensión de la representatividad que el gobierno acreditaba a la CTV. La reforma tuvo efectos perversos de repercusión social. No se tomó en cuenta el *sentido de pertenencia* a la empresa que requiere

todo trabajador para integrarse a una organización de trabajo y aportar no solo su trabajo a cambio de un salario, sino también su “productividad” en beneficio colectivo de todos los factores que conforman la empresa como organización, y que trasciende la propiedad del capital porque el accionista de la empresa es un rentista del capital que invierte pero la empresa no solo es capital, es *la suma del trabajo y el capital*; de allí que la jurisprudencia francesa haya introducido la noción del “interés de la empresa” para distinguir cuando una medida que afecte a los trabajadores se realiza solo en interés del capital y no de la empresa, como sería el caso para validar un despido colectivo por reducción de personal debido a razones económicas o tecnológicas.

La reforma de 1997 se propuso única y principalmente eliminar el recálculo de las prestaciones; lo que complacía al empresariado que desde 1986 venía luchando por ello para disminuir el costo de la deuda social, pero en cambio no se evaluó en la reforma el impacto social del cambio de régimen. En efecto, si para la empresa resulta más fácil contabilizar mensualmente la antigüedad del trabajador a razón de cinco días de salario mensual después de tres meses de servicios ininterrumpidos más dos días adicionales por cada año de servicios del modo prescrito en el artículo 108 de la LOT; para el trabajador en cambio, esta acreencia *no tiene sentido de reciprocidad* mientras exista solo financieramente registrada en la contabilidad de la empresa como ocurre en la totalidad de los casos; para el trabajador, el único modo de representarse su acreencia es mediante el despido o retiro tal como lo plantea el Parágrafo Primero del artículo 108 LOT; es decir, en términos de ruptura del vínculo laboral; y no en cambio, en términos de continuación o mantenimiento del vínculo con la empresa al modo planteado cuando las prestaciones se ganan en proporción al tiempo de servicios según el último salario devengado. En el régimen actual el trabajador tiene su prestación de antigüedad reconocida *a destajo* pero diferida hasta la ruptura de la relación de trabajo; con el agravante de que no teniendo el trabajador *auxilio de cesantía*, su situación al quedar cesante es de pérdida total del derecho al empleo. En definitiva, el abaratamiento de la deuda social que planteó la reforma de 1997 se traducía en más miseria para los trabajadores.

Recordemos que el quinquenio del segundo gobierno de Rafael Caldera se inicia en el marco de una crisis financiera sin precedentes que había provocado la quiebra en cascada de las principales instituciones bancarias del país. Pasados los primeros años de gobierno y con una economía duramente golpeada, la reforma laboral de 1997 se inscribe en la Agenda Venezuela del FMI cuyos objetivos puramente economicistas no podían redundar automáticamente en bienestar social para los trabajadores. El Presidente Caldera dijo y repitió públicamente que el período de gobierno que le había correspondido en esa ocasión –duro y difícil– le

había obligado a tomar algunas veces medidas que “¡Dios sabe cuánto me costaron!”. Seguramente la modificación del régimen de prestaciones fue sentida como una ingrata tarea del destino para quien como Rafael Caldera se había convertido en el más consecuente artífice de la legislación del trabajo en Venezuela. Su segundo período de gobierno se logró con la popularidad que adquirió su valiente intervención en el Congreso Nacional después del célebre 4 de febrero/92 cuando sentenció que una democracia con hambre no podía sobrevivir.

La flexibilización que acusó el marco individual de las relaciones de trabajo con la reforma laboral de 1997, hizo pensar que ello se podía traducir sobre el mercado de trabajo en términos de extensión y calidad con la aparición de nuevas formas de contratación llamadas de “fomento de empleo” o empleo precario a tiempo parcial, de formación de personal, temporal, de relevo ..., a la moda en otros países que también habían abaratado sus costos sociales; y además, también se pensó erradamente que después de la reforma habría salarios más retributivos. Nada ocurrió como había sido planificado por los tecnócratas de la reforma. Las primeras reacciones del empresariado fueron sorprendentes una vez aprobada la reforma: despidos masivos y ajustes salariales. Las infracciones patronales más relevantes resultaron ser las mismas de siempre como lo reveló el Informe del Primer Trimestre de 1998 de la Unidad de Supervisión de la Inspectoría del Trabajo del Estado Zulia: pagos de salario por debajo del mínimo; deducciones salariales para el Seguro Social y Política Habitacional que no se cotizan; alto número de horas extras sin la debida autorización legal de la Inspectoría; sobre tiempos no cancelados o cancelados por debajo de la ley; trabajo en días feriados sin recargo adicional de salario; omisión y ocultación de casos graves de accidentes de trabajo; extensión ilegal de la jornada de trabajo.

El monitoreo de empresas que efectuó el Ministerio del Trabajo una vez aprobada la reforma para constatar el cumplimiento del Acuerdo Tripartito, puso en evidencia los compartimientos estancos del sector empresarial en Venezuela, y los altos contrastes del mundo laboral en las grandes empresas y en las pequeñas y medianas empresas, tal como había observado la OIT en su Informe de 1992 sobre Las Relaciones Laborales en Venezuela. La gerencia empresarial venezolana se mantiene aferrada a sus “viejas costumbres” (Moisés Naím, 1989) sin que pueda revertirse el comportamiento empresarial paralelo de las bases a través de los acuerdos de la élite empresarial al más alto nivel. El Acuerdo Tripartito demostró que el empresariado venezolano afiliado a Fedecámaras carece de la cohesión necesaria para comprometerse en términos de Actor Social, y por tanto, no ejerce poder de decisión en la negociación de la política pública. Los antagonismos internos de las diversas Cámaras empresariales –la más de las veces irreconciliables– explica el tenor de las forzadas declaraciones públicas puramente principistas

y abstractas de la dirigencia de Fedecámaras para poder satisfacer las aspiraciones de todos los afiliados y cuidar su imagen pública de poder; como representante de la unidad empresarial, Fedecámaras mantiene un comportamiento político estratégico, y siempre actúa coyunturalmente a favor o en contra de todas las medidas que afecten a corto plazo sus intereses de grupo sin poderse plantear objetivos a largo plazo; de allí, que frente al Estado el empresariado asociado asuma un comportamiento más propio de un grupo de presión que de un Actor Social.

La CTV entendió rápidamente el costo político de la reforma de 1997; y por eso apoyó a espaldas de la Tripartita la reforma de la Ley de Comedores de los Trabajadores que hizo el Congreso Nacional casi inmediatamente para golpear al empresariado que se había pasado de listo con la reforma de 1997 con un aumento en el bono alimentario de los trabajadores. Con este acto parlamentario quedaba concluido y cancelado el estilo *a la tripartita* de la política social de los últimos días de la llamada “democracia puntofijista”.

En 1998 a un año de la reforma laboral, y también a la víspera de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, Rafael Caldera –todavía Presidente– dijo premonitoriamente en la instalación del Congreso Internacional sobre Relaciones de Trabajo y Seguridad Social celebrado en Caracas, lo siguiente: (Congreso Internacional sobre Trabajo y Seguridad Social. Relaciones, UCAB, 1999)

“Esta reunión se realiza en momentos en los cuales nos preguntamos cuáles serán las modificaciones profundas, y algunos llegan a preguntarse cuál será el destino del Derecho del Trabajo en un mundo globalizado. Hemos dicho muchas veces que la globalización no es una opción a discutir, es una realidad que se nos impone. Marcha vertiginosamente, acentuada después de la caída del Muro de Berlín, en forma tal que las instituciones tienen que afanarse para ponerse a tono con la velocidad del movimiento. Esa globalización ha llevado a pensar a algunos, a través de la idea de la competitividad, en una eliminación del Derecho Laboral. En una destrucción de todas las conquistas logradas a través de un siglo de luchas, a través de un siglo de labor, a través de un siglo de esfuerzos por gente de todos los sectores sociales, pero especialmente por la clase trabajadora nacional e internacional. En tal sentido, esto me hace recordar que un Congreso de Derecho del Trabajo en París hace pocos años el Profesor Lyon-Caen decía, con una figura que más o menos recuerdo en esta forma: el edificio del Ministerio de Justicia se incendió y se destruyó pero se reconstruyó después más hermoso y más funcional; si el Derecho del Trabajo lo destruyen resurgirá con más fuerza, con más energía, con mayor vigor. La verdad es que el Derecho del Trabajo está presente y están ustedes aquí para garantizarlo, para ratificarlo, las más brillantes autoridades universitarias, acadé-

