



SOBRE DERECHO DEL TRABAJO Y DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

KHW1789
S677

Sobre derecho del trabajo y derecho de la seguridad social -- Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2009.

784 p. (Colección Estudios Jurídicos, N° 23)

1. Derecho Laboral -- Venezuela. 2. Seguridad Social -- Venezuela. 3. Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social.

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las ideas expresadas.

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección de Estudios Jurídicos N° 23
Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:
ISBN:

**República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia**

**SOBRE DERECHO
DEL TRABAJO
Y DERECHO
DE LA SEGURIDAD
SOCIAL**

**Colección Estudios Jurídicos N° 23
Caracas/Venezuela/2009**

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

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

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

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

SALA ELECTORAL

Dr. Luis Alfredo Sucre Cuba
*Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala*
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Aristides Rengifo Camacaro
Dr. Juan José Núñez Calderón
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dra. Yris Armenia Peña Espinoza
Presidenta de la Sala
Dra. Isbelia Josefina Pérez Velásquez
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Dr. Carlos Oberto Vélez
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

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

SALA DE CASACIÓN PENAL

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

Espacio para
el escudo
nacional en colores

Palabras Preliminares

Sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social, contiene colaboraciones preparadas por docentes de distintas universidades y por profesionales del derecho dedicados a otras vertientes de su ejercicio: judicatura, asesoramiento y litigio, que han querido contribuir en esta nueva publicación del Tribunal Supremo de Justicia, la Número 23 de la Colección *Estudios Jurídicos*. Las colaboraciones, presentadas en orden alfabético, de acuerdo con el apellido de sus autores, cubren una multiplicidad de temas.

En la primera de las citadas disciplinas, parte general, se trata la protección laboral de los migrantes, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; las semejanzas y diferencias entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional Humanitario; el valor técnico de la teoría del levantamiento del velo; las leyes orgánicas, la promulgación de la ley y el principio derogatorio; y el sistema de precedentes, constitucional y laboral, en nuestro ordenamiento.

En el área del derecho individual, entre otros, se aborda el siempre discutido campo del salario, primero, analizando los límites de su estipulación atípica convenida con ocasión de un aumento en la remuneración, y después, el salario normal, como base y frontera de cálculo de los

tributos de nómina; la capacidad laboral de los incapaces de obrar; la tercerización; la procedencia del pago del beneficio de la alimentación durante los períodos en que no se presta el servicio; y la propiedad intelectual de los trabajadores.

Relacionados con el derecho colectivo, se examina la constitucionalidad de la exclusión de los determinados trabajadores del ámbito de validez personal de la negociación colectiva; la delimitación del conflicto colectivo según la doctrina de este Alto Tribunal; y el ejercicio del derecho de huelga en la función pública.

En lo relativo al derecho adjetivo se explana la diferencia entre el orden del proceso y la resolución de la controversia; la inmotivación y los errores en la motivación como causal de casación; y los requisitos de la apelación de la audiencia oral.

Acerca del Derecho de la Seguridad Social, se comentan las tendencias de los regímenes de pensiones en América Latina; la prueba de la enfermedad ocupacional en el proceso laboral; y la responsabilidad patronal derivada de los infortunios del trabajo.

Finalmente, se formulan algunas consideraciones sobre determinadas propuestas para reglar la labor de las personas con discapacidad, recientemente sometidas a la consideración pública por el Consejo Nacional para Personas Discapacitadas, por una parte; y por la otra, a las del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista.

Esperamos que este material sea de interés y utilidad para la comunidad nacional, especialmente para quienes ejercen la profesión de abogado, la docencia o la investigación, aunque —es necesario reconocer— está dirigido de modo especial a quienes actualmente se forman en las universidades del país, nacionales y privadas, para obtener el título de Abogado, Especialista, Magister o Doctor.

Caracas, 20 de febrero de 2009

Luisa Estella Morales Lamuño

Resumen

Presentación, Fernando Parra Aranguren	11
El levantamiento del velo en el Derecho del Trabajo: El discutible valor técnico de una teoría de inadvertidas consecuencias prácticas, Rafael J. Alfonzo-Guzmán	25
Constitucionalidad de la exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva, José Manuel Arráiz Cabrices	73
La inmotivación y los errores en la motivación del acto sentencial como causal de casación en el proceso laboral. Control de la cuestión de hecho y probatoria, Humberto Enrique Tercero Bello Tabares y Dorgi Doralys Jiménez Ramos	129
Delimitación del conflicto colectivo de trabajo en la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia, César Augusto Carballo Mena	191
Disertaciones sobre algunas particularidades del derecho procesal del trabajo, Freddy Orlando Caridad Mosquera	211

Límites a la estipulación de eficacia atípica convenida con ocasión de un aumento de salario, Manuel Díaz Mujica...	301
La capacidad laboral de los incapaces de obrar, María Candelaria Domínguez Guillén	317
El sistema de precedentes constitucional y laboral en el ordenamiento jurídico venezolano, Ramón Escovar León	339
Derecho laboral y migración: <i>Aproximación a la situación actual de los trabajadores migrantes y su protección por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos</i>, Eunice García Guart	387
Requisitos de la Apelación en la Audiencia Oral, Juan García Vara	405
El Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional Humanitario, Ana Cecilia Gerson Anzola	423
La tercerización y la subcontratación laboral, análisis de su problemática: regulación, deslaboralización o eliminación, Napoleón Goizueta Herrera	451
Consideraciones sobre algunos aspectos de las normas que regulan a las personas con discapacidad, Reinaldo Jesús Guilarte Lamuño y María Gabriela Reingruber Esteves	475
Tendencias de los regímenes de pensiones en América Latina, Oscar Hernández Álvarez	491
Comentarios al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista, José Ernesto Hernández Bizot	511
Sobre el otorgamiento del beneficio de alimentación en períodos en los cuales no se presta el servicio, conforme al ordenamiento jurídico venezolano, Luis Alfredo Hernández Merlanti	531

Leyes orgánicas, promulgación de la ley y principio derogatorio, Luis Alfonso Herrera Orellana	553
La propiedad intelectual en el marco del contrato de trabajo, Héctor Armando Jaime Martínez	577
Sobre la profunda diferencia entre el orden del proceso y la resolución de la controversia, Luis Aquiles Mejía Arnal	601
La huelga en la función pública y en los servicios públicos esenciales, Iván Mirabal Rendón	623
El salario normal como base y frontera de cálculo de los tributos de nómina en la legislación venezolana, Juan Carlos Pró-Rísquez	667
La prueba de la enfermedad ocupacional en el proceso laboral, Carlos J. Sarmiento Sosa	695
Ensayo acerca del cúmulo de responsabilidades en el contrato de trabajo: <i>Estudio comparado con énfasis en la responsabilidad patronal derivada de los infortunios del trabajo,</i> Francisco Rafael Verde Marval	717

Presentación

En esta obra, el N° 23 de la *Colección Estudios Jurídicos*, **Sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social**, recopila, esta vez veintitrés colaboraciones, sobre ambas disciplinas, preparadas por veinticinco abogados dedicados al ejercicio de su profesión en alguna de sus múltiples vertientes, conjunta o separadamente: docencia universitaria, judicatura, asesoría o litigio. Indudablemente, los ensayos hoy difundidos se hubieran podido clasificar con base en la materia tratada u otro cualquiera *principium divisionis*; se presentan, sin embargo, por orden alfabético, según el apellido de sus autores. Versan, derecho laboral, derecho de la seguridad social, nuevas normativas e, incluso, propuestas preceptivas sometidas a la consideración pública en acatamiento de principios y disposiciones vigentes.

Contiene los siguientes estudios:

1. Rafael J. Alfonzo-Guzmán (**El levantamiento del velo en el Derecho del Trabajo: El discutible valor técnico de una teoría de inadvertidas consecuencias prácticas**) analiza la teoría del levantamiento del velo como secuela de su uso reciente por la jurisprudencia, particularmente en materia laboral, en especial las consecuencias que, a su juicio, derivan de su aplicación, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 903 de catorce de mayo de 2004. En este orden de ideas, señala “Asomados a las profundas consecuencias de la doctrina judicial del desvelamiento corporativo escribimos estas líneas, destinadas a revelar el apretado nudo

de preguntas que su aplicación provoca en el campo de nuestra disciplina, para las cuales el actual Derecho del Trabajo venezolano no tiene respuestas lógicas coherentes, o se mantiene en un silencio lleno de perplejidad”. De seguida, examina el citado fallo enfatizando “los más resaltantes desarreglos que dicha doctrina es capaz de producir en el campo jurídico y social, no sin advertir que hemos procurado limitarnos sólo a los aspectos laborales de la materia”. Su estudio lo lleva a afirmar, entre otras conclusiones, que “la protección tutelar que hoy brinda la legislación del trabajo, complementada con disposiciones legales semejantes a las consagradas ya en España y Francia, entre otras naciones europeas (... , los fondos de garantía salarial, a título de ejemplo) ofrece una mejor garantía del interés laboral que la que puede deparar la doctrina del levantamiento del velo con sus inexploradas consecuencias”.

2. José Manuel Arráiz Cabrices (**Constitucionalidad de la exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva**), luego de una explicación general, “pretende: a) determinar las características esenciales de las funciones de los empleados de dirección y de confianza en el ordenamiento jurídico venezolano; b) establecer los límites subjetivos de la contratación colectiva, las formas de exclusión de los trabajadores, así como el régimen jurídico aplicable a quienes ocupen cargos de dirección y de confianza, exceptuados de la aplicación de las cláusulas de la convención colectiva, conforme a lo dispuesto en los artículos 509 y 552, Parágrafo Único, de la Ley Orgánica del Trabajo; y c) examinar si la exclusión facultativa de los empleados de dirección y trabajadores de confianza de los beneficios del pacto plural violenta lo dispuesto en el Artículo 96 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prevé el derecho de todo trabajador y trabajadora de estar amparado por la convención colectiva de trabajo”. Entre sus conclusiones destaca su afirmación relacionada con la finalidad de las definiciones relacionadas con las funciones de dirección, son de carácter orientador para el intérprete y el carácter indubitable de la excepción, cuando se materializa.

3. Humberto Enrique Tercero Bello Tabares y Dorgi Doralys Jiménez Ramos (**La inmotivación y los errores en la motivación del acto sentencial como causal de casación en el proceso laboral. Control de la cuestión de hecho y probatoria**), después de analizar el contenido del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y destacar cómo el legislador se aparta del sistema de casación civil, estudian los efectos que produce este motivo de casación, pues de manera poco correcta, a

su entender, la Casación Laboral, ante vicios de inmotivación prescinde del reenvío, lo que se presenta como desconocimiento del instituto y que la convierte en una tercera instancia. Para concluir, aseveran “que en el estado actual de las cosas, el control de la cuestión de hecho, de los yerros o falencias en la premisa menor silogística que de manera indirecta conduce a la infracción de ley, en el actual sistema de casación laboral debe hacerse por conducto del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo”. De este modo, a su juicio, se mantiene “una autonomía miope del sistema procesal laboral frente al civil, especialmente en el ámbito de la casación, siendo que aun cuando esto es lo que pudiera considerarse como correcto, lo lógico es que el control de la cuestión de hecho y probatoria (... se haga) mediante la aplicación analógica del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, ello como consecuencia de la experiencia que sobre el tema se presenta en nuestro sistema doctrinario y autoral, que no es poca cosa”.

4. César Augusto Carballo Mena (**Delimitación del conflicto colectivo de trabajo en la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia**) pretende “exponer, de manera abreviada, los rasgos esenciales del régimen jurídico del conflicto colectivo de trabajo, con especial énfasis en los criterios que al respecto ha proferido el Tribunal Supremo de Justicia”. Con miras a satisfacer el fin perseguido, luego de explicitar las reglas constitucionales sobre el tema seleccionado y la definición de conflicto colectivo de trabajo, indica sus rasgos esenciales con base en decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en Salas Constitucional, de Casación Social y Políticoadministrativa, esto es, la intervención de un sujeto colectivo en representación de los trabajadores; la afectación de un interés colectivo, de categoría o de clase de los trabajadores; las pretensiones circunscritas al ámbito de las relaciones que se desarrollan en el perímetro de la unidad productiva, esto es, el empleador como sujeto emplazado; y, finalmente, la exteriorización formal mediante la presentación de un pliego de peticiones.

5. Freddy Orlando Caridad Mosquera (**Disertaciones sobre algunas particularidades del derecho procesal del trabajo**), luego de una breve información introductoria y de referirse a la oportunidad de haber promulgado la normativa adjetiva laboral con anterioridad a la reforma de la sustantiva, comenta conjuntamente las ideas de modernidad y rostro humano del proceso, particularmente la última a la luz de la Carta Magna vigente. Para ello, explicita cómo debe hacerse su interpretación y la de las leyes procesales desde su ángulo, esto es, la comprensión de las

garantías procesales allí consagradas como derechos fundamentales. De seguida explana las reglas contenidas en el artículo 257 constitucional en su relación con la unidad de jurisdicción y la caracterización propia de los preceptos adjetivos. Continúa explicando, parcialmente, el principio de oralidad, cómo se aplican los principios generales del derecho y el carácter supletorio del Código de Procedimiento Civil en el área laboral, para concluir formulando algunos comentarios sobre el sistema probatorio consagrado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

6. Manuel Díaz Mujica (**Límites a la estipulación de eficacia atípica convenida con ocasión de un aumento de salario**) trata de precisar los parámetros lícitos dentro de los cuales puede pactarse la figura analizada en el país, con ocasión de un aumento de salario. A este fin, examina la normativa del instituto, particularmente la reglamentaria de 1999, pues, la del 2006, sólo agregó “el género femenino en los sujetos de la disposición y” (... enfatizó) que la cuota de salario de eficacia atípica no podría afectar el salario mínimo, asunto que ya estaba previsto en la Ley Orgánica del Trabajo”, desaprovechando la oportunidad “para resolver las interrogantes creadas por” la derogada. De seguida, luego de explicar la posición del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, reproducida por los tribunales de instancia, afirma que el aumento concertado “no está limitado a un veinte por ciento del incremento”, como aquéllos sostienen, pues, a su juicio y de conformidad con la preceptiva vigente, “el salario de eficacia atípica puede afectar más de un veinte por ciento del aumento otorgado, siempre y cuando: (i) una porción de dicho aumento no se vea afectada por la referida estipulación, para así garantizar que el trabajador siempre estará en mejor situación que antes del incremento; y (ii) no se afecte con la estipulación de eficacia atípica más de un veinte por ciento del salario total del trabajador”, aun cuando corresponderá a los tribunales competentes la decisión final de ratificar –o rectificar– la actual doctrina.

7. María Candelaria Domínguez Guillén (**La capacidad laboral de los incapaces de obrar**), se refiere a la posibilidad de actuación jurídica en el ámbito del Derecho del Trabajo de quien no goza de plena capacidad de ejercicio. A este fin, luego de una breve referencia a la incapacidad de obrar, se pronuncia sobre la capacidad laboral de los menores de edad por oposición a la capacidad laboral de los adultos y de los mayores de edad incapaces, tanto los entredichos –judiciales o legales– como los inhabilitados. Concluye su ensayo afirmando la capacidad de la generalidad de los incapaces para obrar con aptitud para discernir, sea adolescente,

entredicho legal o inhabilitado. Carecen de la misma, a su entender, a los entredichos judiciales “en virtud de la gravedad de la causa que lo afecta y que lo priva de razón”. Debe recordarse, apunta, que “por tratarse el contrato de trabajo de un acto personalísimo, no se admite en principio la representación legal, salvo el supuesto particular del niño por razones artísticas y en función de su interés”.

8. Ramón Escovar León (**El sistema de precedentes constitucional y laboral en el ordenamiento jurídico venezolano**) presenta una nueva versión con ampliaciones y añadidos de su investigación difundida en su obra **El precedente y la interpretación constitucional**, difundida en 2005. En el derecho nacional, afirma, el sistema de los precedentes se introdujo con la Carta Magna de 1999, al atribuirle carácter vinculante a las decisiones de la Sala Constitucional, referidas a la interpretación de normas y principios de la Carta Magna. Posteriormente, las leyes orgánicas Procesal del Trabajo y del Tribunal Supremo de Justicia, consagró los precedentes laboral y electoral, en su orden, como de acatamiento obligatorio en los supuestos de “reiterada doctrina jurisprudencial”. Pretende, en consecuencia, contrastar y diferenciar los precedentes laboral y constitucional, aun cuando las reflexiones propias de aquél, sostiene, son trasladables a éste. En este sentido, comienza con un marco teórico expositivo del precedente constitucional. Seguidamente define el laboral “para contraponerlo con el constitucional y determinar los espacios en conflicto”. Finalmente, indica las conclusiones de su punto de vista.

9. Eunice García Guart (**Derecho laboral y migración: Aproximación a la situación actual de los trabajadores migrantes y su protección por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**) analiza el argumento formado por dos proposiciones contrarias que, negada o concedida cualquiera de las dos, queda demostrado lo que se intenta probar, esto es, “el derecho y el deber de todo Estado de proteger los intereses del mercado de trabajo en atención a sus nacionales y, por otro, el derecho de los trabajadores migrantes a la igualdad de trato, el respeto a la dignidad humana y, en general, al respeto de sus derechos laborales y humanos”. En este orden de ideas, luego de introducir al lector la problemática, aborda, en primer lugar, el tema del migrante y el proceso migratorio, donde se refiere a los antecedentes del proceso migratorio, el concepto y las categorías de trabajadores migrantes y las causas que le dan origen. De seguida, comenta los instrumentos internacionales tendentes a proteger a esta clase de trabajadores; continúa, en tercer término, explicando su

situación actual; y termina señalando las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias. Entre sus conclusiones, afirma, que, desde un punto de vista técnico, la totalidad de los derechos laborales no son derechos humanos pues, aun cuando ambos son irrenunciables, tienen un origen diferente: si el derecho al trabajo es un derecho humano, no lo son los “que implican el ejercicio del derecho al trabajo, los cuales deben su irrenunciabilidad” a su carácter proteccionista.

10. Juan García Vara (**Requisitos de la Apelación en la Audiencia Oral**) “pretende destacar la diferencia legal existente en relación con los requisitos que debe cumplir el recurrente para tener acceso a la audiencia en la alzada, en contraposición a los requisitos exigidos a las partes en las otras fases o etapas del juicio, para éstas concurrir a la audiencia preliminar, audiencia de juicio y en las audiencias ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, para sustanciar los respectivos recursos –de casación y de control de la legalidad–, pues, “considerando las diferentes fases de un proceso laboral –sustanciación, mediación y ejecución; juicio; alzada; recurso de casación; y, recurso de control de la legalidad– encontramos que a excepción de la fase que se cumple en el juzgado superior –actuando éste como segunda instancia–, en todas se requiere –exigencia formal– un escrito para acceder a ellas”.

11. Ana Cecilia Gerson Anzola (**El Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional Humanitario**), basada en el carácter protectorio de estas dos disciplinas jurídicas, pues aquélla defiende a los trabajadores, ésta “a las personas que en un conflicto armado, no han participado o han dejado de participar en las hostilidades”, razón por la cual, ambas están íntimamente vinculadas con el Derecho de los Derechos Humanos. Además, en algunas ocasiones coinciden “en su ámbito personal de aplicación, (esto es) cuando sujetos en cuyo bienestar está interesado el Derecho del Trabajo, se ven involucrados en un conflicto armado”, como serían los supuestos de niños combatientes y de periodistas cuyas labores se materializan en zonas donde hay conflictos armados. Por estas razones, luego de referirse al carácter tuitivo de ambas ramas del derecho positivo, expone, no sólo la definición, antecedentes y orígenes del Derecho Internacional Humanitario, sino que reseña “las principales normas que lo integran, orientadas a proteger a las personas”. Por último, desarrolla la normativa que resulta relevante en situaciones de interés común, la reguladora de los niños combatientes y de los periodistas en áreas en conflicto.

12. Napoleón Goizueta Herrera (**La tercerización y la subcontratación laboral análisis de su problemática: regulación, deslaboralización o eliminación**) estudia no sólo la problemática relacionada con la protección de los trabajadores subcontratados sino las vías o propuestas tendentes a solucionarla y las tendencias vigentes en los campos propios de la legislación, las decisiones de los órganos jurisdiccionales y las resultantes de la acción sindical a través de las convenciones colectivas de trabajo. Luego de explicar la regulación de la prestación de servicios personales y la nueva realidad de los cambios, se formula –y responde– diversas interrogantes sobre este conjunto de problemas, entre las cuales cabe indicar, los mecanismos para solucionarlo, la experiencia latinoamericana y, en especial, la nacional a través de la legislación, las decisiones de los tribunales y la negociación colectiva. Concluye destacando la necesidad de nuevos conceptos jurídicos “de atribución de responsabilidad laboral a un tercero que formalmente no es el empleador, pero que se beneficia y lucra indebidamente de las mismas”, pues, a su entender, se requiere enfrentar las cuestiones planteadas con nuevas normas laborales, sujetas a “una efectiva supervisión a fin de no desnaturalizarlas, a lo cual se sumaría la acción de la jurisprudencia y la sindical a través de la negociación colectiva”.

13. Reinaldo Jesús Guilarte Lamuño y María Gabriela Reingruber Esteves (**Consideraciones sobre algunos aspectos de las normas que regulan a las personas con discapacidad**): comentan el conjunto normativo sometido a la consideración pública por el Consejo Nacional para Personas Discapacitadas destinado a Reglamentar la Ley para Personas con Discapacidad. Con este motivo, los autores formulan algunas observaciones, no sólo sobre esta preceptiva, sino sobre algunas disposiciones legales, las obligaciones del empleador para con este tipo de personas, el procedimiento sancionatorio en los supuestos de incumplimiento y las sanciones previstas. Entre sus conclusiones, destaca la necesidad de actualizar una labor con el objeto de educar y concientizar a los sujetos de derecho, tanto naturales como jurídicos, a fin de crear el ambiente necesario para la efectiva aplicación de la normativa.

14. Oscar Hernández Álvarez (**Tendencias de los regímenes de pensiones en América Latina**) parte de la premisa de la situación gravemente deficitaria en la región, tanto por la baja cobertura como por la cuantía de las prestaciones, la demora en su cancelación y el alto porcentaje de contingencias no previstas, lo cual crea un círculo vicioso.

Por esta razón, en materia de pensiones, sectores empresariales especialmente, “con el apoyo de los organismos financieros internacionales han promovido los sistemas de financiamiento individual (... que) le otorgan (al trabajador) una pensión en su vejez, cuyo monto no está previamente definido sino que se determina en función de los resultados de la inversión”. De este modo, “tanto el costo del sistema como sus riesgos se trasladan al trabajador”, lo cual “ha generado una serie de críticas”. Esta situación, afirma, “ha determinado que la alternativa entre solidaridad o financiamiento individual sea el gran tema del debate sobre seguridad social en América Latina”. Luego de examinar “las bondades y defectos de los sistemas de reparto y de financiamiento individual (...), concluye (aseverando) que la necesidad de superar las deficiencias del sistema tradicional, no puede” olvidar “la finalidad esencial de un sistema de pensiones”, esto es, “lograr que la generalidad de las personas de la tercera edad de una determinada sociedad puedan obtener, de una manera viable y permanente, los recursos necesarios para vivir una vejez digna”.

15. José Ernesto Hernández Bizot (**Comentarios al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista**), explica el conjunto preceptivo identificado en el título de su estudio, dictado no sólo “por la necesidad de posicionar al INCE dentro de los principios ideológicos del Socialismo”, sino también en la de “transformarlo en una organización que impulse los procesos de educación, formación y capacitación integral de los ciudadanos”. Su colaboración tiende a explicar sus principales aspectos prácticos, sus innovaciones y su impacto en las empresas incluidas dentro de su ámbito de validez personal, centrándose en las obligaciones de los empleadores y de los trabajadores, el modo de resolver las situaciones no previstas en su texto y las sanciones derivadas del incumplimiento de los deberes jurídicos creados.

16. Luis Alfredo Hernández Merlanti (**Sobre el otorgamiento del beneficio de alimentación en periodos en los cuales no se presta el servicio, conforme al ordenamiento jurídico venezolano**) comenta el dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social N° 09 de veinticinco de junio de 2008, sobre el tema identificado en el título, porque “impacta a pesar de su carácter no vinculante” ni para el empresariado o el sector público, por carecer de tal rasgo frente a las autoridades del Ministerio al cual está adscrita. Fundamenta su crítica por considerar que, además de contravenir la Ley de la materia y su Reglamento, coloca a los empleadores, de ser

acogido, en “peligro de cuantiosas y eventuales sanciones, con los efectos económicos perjudiciales que ello acarrea”. Comenta finalmente, el fallo N° 0126 de diez de febrero del presente año, mediante el cual el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, declaró inadmisibile el recurso de interpretación del encabezado del artículo 2 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores sometido a su consideración, por considerar que la parte actora “realmente pretende que esta Sala (...) se pronuncie –al menos de forma indirecta– sobre la legalidad o ilegalidad de una norma reglamentaria”, lo cual no es de su competencia, sino de la Sala Politicoadministrativa.

17. Luis Alfonso Herrera Orellana (**Leyes orgánicas, promulgación de la ley y principio derogatorio**) enfoca el tema a la luz del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 1259 del treinta y uno de julio de 2008, sobre la no constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto Ley sobre Estabilidad Laboral. Centra su colaboración en responder dos interrogantes: ¿cuáles razones sirvieron de base al Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, para decidir el porqué “un texto legislativo vinculado con la garantía de un derecho social (el trabajo) reconocido como tal por la Constitución de 1999 no debía considerarse susceptible de ser investido con el carácter orgánico? y ¿por qué, sin que el mismo tuviera carácter orgánico (como varias de las leyes que pretendía derogar) o estuviera vigente, dio *plena eficacia* a la Disposición Derogatoria Única en él contenida? Consecuencialmente, divide su estudio en dos partes: en la primera, explica la argumentación utilizada por la Sala para tal declaratoria; y, en la otra, formula “algunas críticas e interrogantes derivadas del razonamiento general seguido por la sentencia analizada”.

18. Héctor Armando Jaime Martínez (**La propiedad intelectual en el marco del contrato de trabajo**), en la relación laboral, “normalmente el trabajador transfiere al empleador el producto de su trabajo, sin que pueda exigir al empleador un pago adicional a la remuneración convenida, sobre la base de las ganancias que la actividad por aquél desarrollada puedan proporcionar a la empresa; sin embargo, la ley contempla una excepción en el caso de las invenciones o mejoras de servicio. En el presente trabajo se analizan en primer término la extensión y contenido de los derechos intelectuales y las fuentes que los regulan; luego se estudia el régimen que la legislación laboral venezolana ha previsto para las invenciones del trabajador se lo compara tanto con la normativa que regula la propiedad intelectual como con las soluciones que el derecho comparado aporta”.

19. Luis Aquiles Mejía Arnal (**Sobre la profunda diferencia entre el orden del proceso y la resolución de la controversia**) justifica el porqué, tanto en fallos como en disposiciones legales de reciente data, se ha dejado de lado la distinción –tradicional en la casación y muy desarrollada en la doctrina venezolana– entre defectos de actividad e infracciones de ley, “con el peligro de duda y aun de confusión en la determinación de los requisitos de procedencia y de los efectos del recurso de casación”. A este fin, se refiere, primero, al criterio expuesto por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, sentencia N° 2200 de primero de noviembre de 2007, donde se niega la utilidad de diferenciar entre los errores, *in iudicando* e *in procedendo*, al clasificar los motivos de casación, con base en la autorizada opinión de Jordi Nieva Fenoll, que explicita someramente. Examina, después, la diferencia entre orden del proceso y resolución de la controversia en la doctrina nacional con base en fallos anteriores de nuestro más Alto Tribunal basados en los Códigos de Procedimiento Civil de 1916 y en el vigente, cuyos cambios permitieron resolver “muchas de las evidentes anomalías de la distinción entre recurso de forma y recurso de fondo, o mejor entre defecto de actividad e infracción de ley, con la aseveración de que este último se refiere a la infracción de ley, sustantiva o procesal, que determine la resolución de la controversia”. De seguida, distingue en sus consecuencias en los órdenes jurídicos, interno y externo, y finaliza exponiendo el modo de resolver las controversias conforme a las características del caso concreto. Como secuela de su exposición, señala: “si los argumentos del formalizante permiten determinar la procedencia o improcedencia del recurso, la Sala (de Casación Social) debe, como frecuentemente hace, corregir el error y proceder a decidir la impugnación, en protección de los derechos de la parte inmiscuida en el conflicto, quien no debe sufrir el peso de las complicaciones jurídicas, o incluso de la deficiencia de sus representantes (... pues), para asegurar la justicia no es necesario abandonar un concepto tan básico como la diferencia entre el orden del proceso (...) y la resolución de la controversia, dirigida a proteger los derechos sustantivos del justiciable”.

20. Iván Mirabal Rendón (**La huelga en la función pública y en los servicios públicos esenciales**), basado en que “el fenómeno de la sindicalización de los trabajadores del sector público y de su lucha por el mejoramiento de las condiciones de trabajo es un hecho de trascendencia mundial, comenta los disposiciones de algunas constituciones venezolanas sobre la materia y formula algunas precisiones sobre conflictos colectivos

y huelga, tanto en el régimen nacional como en el derecho comparado. De seguida se refiere al principio de continuidad de los servicios públicos, explana la teoría de su necesaria continuidad y el criterio según el cual debe regir una prohibición absoluta de la huelga en los servicios públicos. Finalmente, antes de extraer sus conclusiones, analiza las particularidades del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, donde asevera, “se ha institucionalizado una discriminación legal de forma coordinada, tanto en la Ley Orgánica del Trabajo como en la Ley del Estatuto de la Función Pública por cuando se le ha otorgado el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga en la Función Pública sólo a los funcionarios de carrera dejando fuera de este ámbito a los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

21. Juan Carlos Pró-Rísquez (**El salario normal como base y frontera de cálculo de los tributos de nómina en la legislación venezolana**) con base en la polémica sobre el entendimiento que debe darse a la expresión *salario normal*, gracias a la distinta comprensión dada por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional (TSJ-SC), y por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (“SENIAT”), ofrece al lector su interpretación sobre el entendimiento que debe dársele. En efecto, el cuerpo colegiado, sentencias N° 301 y 980 de 27 de febrero de 2007 y 17 de junio de 2008 (aclaratoria), estableció, “en lo que respecta al concepto de salario normal (en el supuesto de los trabajadores en relación de dependencia), deberá considerarse como remuneración regular y permanente, aquella que se recibe con una ‘*regularidad mensual*’ y así se señaló específicamente en su dispositivo”. El SENIAT, a su vez, informó a la comunidad que la declaración de tales sujetos debería “incluir la totalidad de las remuneraciones que reciban de manera regular con ocasión del trabajo y que tengan incidencia salarial”, esto es, todo lo recibido durante el ejercicio fiscal, sin tomar en cuenta su periodicidad.

22. Carlos J. Sarmiento Sosa (**La prueba de la enfermedad ocupacional en el proceso laboral**) la ley de la materia establece –afirma el autor– “la autoridad competente para comprobar, calificar y certificar la patología” de la enfermedad, a fin de que pueda determinarse el monto del resarcimiento. Si no hay acuerdo entre los interesados, el trabajador “está legitimado para plantear su acción a través del proceso (...) ante los jueces con competencia laboral, a quienes corresponderá dirimir la controversia”.

Con este fundamento, su colaboración versa sobre “la prueba de la Enfermedad en el proceso, pues, siendo las lesiones que afecten al trabajador la base fundamental de su pretensión, ha demostrar en litigio la existencia de la patología que le afecta”. De su estudio infiere diversas conclusiones, a su juicio, todas fundamentadas en la equidad y en búsqueda de la verdad, entre las cuales cabe señalar al Informe no debe dársele un carácter diferente al de “documento público administrativo que, en ningún caso, puede ser catalogado como otro medio de prueba de los autorizados por” la legislación adjetiva.

23. Francisco Rafael Verde Marval (**Ensayo acerca del cúmulo de responsabilidades en el contrato de trabajo**: *Estudio comparado con énfasis en la responsabilidad patronal derivada de los infortunios del trabajo*), luego de unas consideraciones muy generales sobre la materia y una reseña histórica sobre la aparición del contrato de trabajo como relación autónoma y diferente del derecho común, expone sus ideas sobre “el cúmulo o concurso de responsabilidades y su aplicación dentro” de esta nueva figura, con especial énfasis en la responsabilidad patronal derivada de los infortunios laborales, en especial en caso venezolano. Entre sus conclusiones, afirma: las condiciones están dadas para que, en Venezuela, “coexistan por un mismo hecho la responsabilidad de naturaleza contractual y la responsabilidad extracontractual derivada del hecho ilícito, lo cual en materia laboral cobra suma importancia dada la trascendencia histórica en la creación de todo un sistema de responsabilidad patronal de naturaleza contractual que limita las indemnizaciones en caso de incumplimiento de las condiciones provenientes del contrato de trabajo”.

Como se desprende de las síntesis anteriores, todas se ocupan de temas de alto interés actual. Se espera, por consiguiente, sea de gran provecho para sus destinatarios, la comunidad jurídica general y, especialmente, la parte de ella actualmente en período de formación: licenciatura, diplomado, especialización, maestría o cursos de doctorado. Ojalá sirvan para contribuir en su formación y les facilite materializar conceptos —expresados antaño, pero aún válidos— en el libro del Levítico: “No retengas la paga del trabajador hasta el día siguiente (...). No actúes con injusticia cuando dictes sentencia: ni favorezcas al débil, ni te rindas ante el poderoso. Apégate a la justicia cuando dictes sentencia” (19. 13 y 15), complementados con los expuestos tanto en el libro del Éxodo como en el Deuteronomio: “No aceptes soborno porque el soborno vuelve ciegos a los hombres” (23.8), y “No perviertan la justicia; no hagan diferencia entre unas personas y otras

(... porque) la justicia, y sólo la justicia, es lo que ustedes deben seguir” (16. 19 y 20), en su orden.

Sólo resta agradecer a quienes colaboraron en la actualización de esta publicación y a quienes, habiendo ofrecido su participación, se encontraron impedidos, por circunstancias ajenas a su voluntad, de hacerla realidad.

Caracas, veintisiete de marzo de 2009

Fernando Parra Aranguren

**El levantamiento del velo
en el Derecho del Trabajo:**
*El discutible valor técnico de una teoría
de inadvertidas consecuencias prácticas*

*Rafael J. Alfonzo-Guzmán**

Sumario:

- I. Introducción al tema.**
- II. Nuestra crítica al razonamiento judicial examinado.**
- III. El previsible trastorno jurídico-laboral.**
- IV. La hermética legislación laboral.**
- V. Conclusiones.**
- Conclusión final**

* **Universidad Central de Venezuela**, Profesor de Postgrado de Derecho Individual del Trabajo.

I. Introducción al tema

1. Con el propósito de evitar fraudes a la ley en perjuicio de terceros, predica esta teoría de difusión anglosajona una excepcional desaplicación de las reglas y principios de derecho común, sobre la relatividad de los contratos y la independencia formal y patrimonial de las personas jurídicas, entre sí, y de las personas físicas de sus promotores y asociados¹.

¹ “Si la simulación y el fraude a la ley, entendido éste como actividad dirigida a eludir o a provocar la aplicación indebida de una norma, a objeto de contravenir el sentido y la finalidad de la ley, dan lugar a demandas autónomas para que se declare la falsedad de las situaciones que se crean en el ámbito del derecho material, no hay ninguna razón que impida que el específico fraude procesal no origine demandas autónomas destinadas a obtener declaraciones judiciales que anulen procesos que en el fondo pueden obrar como simulaciones o fraudes a la ley”. (Sala Constitucional, sent. N° 908, de 4/08/2000, Hans Gotterried Ebert Dreger, en representación de Intana, C.A.).

En sentencia N° 903, de 14/5/2004 (Transporte Saet, C.A.), la misma Sala Constitucional del TSJ expuso:

“La Sala apunta, que no escapa su conocimiento, el que sobre todo en el campo de las personas jurídicas, se trate de diluir la responsabilidad de las mismas, constituyendo diversas compañías de manera que unas enmascaran a las otras y hacen difícil a los futuros accionantes determinar a quien demandan. Se trata de un tipo de fraude que en principio nada tiene que ver con la existencia de los grupos o unidades económicas y su pluralidad de empresas.

“Así mismo, apunta la Sala, que por notoriedad judicial conoce cómo en materia laboral las personas jurídicas patronales utilizan prácticas tendentes a confundir al trabajador sobre quién es su verdadero empleador; o cómo surgen –a veces hasta por azar– situaciones que enmascaran al verdadero patrón (sic). Esto último puede ocurrir cuando el trabajador presta sus servicios en un fondo de comercio con un nombre comercial definido, recibe el pago y las instrucciones de una persona física, pero desconoce –ya que recibe información insuficiente– quién es el verdadero empleador, por lo general una persona jurídica a quien el trabajador ignora.

“Los enmascaramientos y la información insuficiente son actitudes violatorias del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, y que contrarían el artículo 1.160 del Código Civil, que pauta que “los contratos (entre los que está el de trabajo) se ejecutan de buena fe”.

La sentencia de la Sala Constitucional N° 183, de 8 de febrero de 2002, Plásticos Ecoplast, C.A., asienta igualmente en relación con el fraude:

“Muchas veces, el trabajador comienza a laborar en un fondo de comercio, en una fábrica o en una empresa que exhiben una denominación comercial muy distinta a la de la persona jurídica efectivamente propietaria. Dentro de ese contrato de trabajo, unas relaciones se llevan con jefes de personal, administradores, gerentes, y nunca con los reales directivos de las sociedades, que a veces –al igual que las personas jurídicas que fungen de patronos– tienen su domicilio en otra circunscripción judicial. No es raro que hasta la papelería que se utilice en el contrato de trabajo se refiera a la denominación del fondo de comercio, de la fábrica, etc., sin mencionar para nada la identificación del verdadero empleador; y así va transcurriendo una relación laboral entre un trabajador y un fantasmal patrono”.

“Los contratos de trabajo, como cualquier contrato, deben ser cumplidos de buena fe, y la buena fe del trabajador se funda en la creencia que (sic) la persona con quien mantiene la relación es realmente el patrono, que es quien le paga y le da órdenes o instrucciones por lo que desconoce a la sociedad empleadora, sus datos de registro, sus representantes, etc.”.

Aunque su huella en nuestra jurisprudencia es relativamente reciente, la teoría del levantamiento del velo se entronca con las viejas acciones reconocidas por el derecho romano al acreedor, para protegerse contra la negligencia o el fraude del deudor en el manejo de los bienes que garantizan el cumplimiento de sus obligaciones. Mas, precisamente, el remoto fundamento doctrinal de la teoría en estudio es el mismo de las llamadas acciones *oblicua* y *pauliana* o *revocatoria*, consagradas por el Código Civil (artículos 1.278 y 1.279), reconocidas al acreedor para mantener *en nombre del deudor negligente*, el estado de cosas existentes en su patrimonio (*acción oblicua, o indirecta*); o para “obtener, actuando *en nombre propio*, la revocación de los actos celebrados por su deudor en su perjuicio y en fraude de sus derechos” (*acción pauliana*)². El acreedor demandante asume la carga procesal de probar el monto de su acreencia, el perjuicio sufrido, los hechos constitutivos del fraude alegado y, adicionalmente, la complicidad del tercero³.

2. Aunque con marcadas diferencias en materia de prueba del acto contrario a la ley y de los efectos del fallo judicial sobre los terceros, la teoría civil sobre las acciones civiles *oblicua* y *pauliana* se acerca a la del levantamiento del velo en el propósito de revocar el acto simulado o fraudulento, para restituir las cosas al estado conforme a la ley en que se encontraban.

El criterio de nuestro Alto Tribunal sobre la materia, expresado principalmente en el referido fallo 903 de 14 de mayo de 2004, puede ser resumido de la siguiente manera:

El juzgador se halla en libertad para desconocer de oficio, *en nombre del orden público y del interés social*, las formas jurídicas externas que –a su juicio, de modo engañoso–, dan independencia a las empresas de un grupo, con el fin de satisfacer el crédito laboral insoluto con el capital consolidado de todas ellas y el de sus dueños. De ese modo, las sentencias de nuestro máximo Tribunal identifican (*consideran una misma cosa*), el patrimonio garante del crédito (*es decir, el de la sociedad que celebró el respectivo contrato de trabajo y que, por tanto,*

² Planiol-Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil*, Tomo VII, pp. 210-211 y 235, La Habana, 1945.

³ Planiol-Ripert, *Ob. Cit.*, t. VI, pp. 445-446.

actuó como patrono del trabajador), con el de las demás sociedades del conjunto, aunque éstas no hubieren tenido injerencia en la formación ni en la ejecución de ese contrato:

(...) como tales (grupos económicos) pueden ser objeto de juicios y todos sus componentes mencionados en la demanda sufrir los efectos del fallo, así no se les haya citado, sino al controlante y al miembro a quien se atribuya el incumplimiento (excepto en los casos donde está interesado el orden público y el interés social).

(...) *si en el curso de una causa donde está involucrado el orden público y el interés social, surge la certeza de que hay otros miembros del grupo formado por la unidad económica, diferentes a los demandados, la sentencia puede abarcar a éstos, así no hayan sido mencionados como accionados, ni citados. Al fin y al cabo, como miembros de la unidad, conocen la obligación del grupo y uno de sus miembros ha defendido los derechos grupales en la causa.*

(...) *quien pretende obtener un fallo contra el grupo económico, y obtener la ejecución contra cualquiera de sus componentes, haciéndole perder a éstos su individualidad, debe alegar y probar la existencia del grupo, el incumplimiento de las obligaciones por uno de sus miembros, quien debido a su insolvencia o actitud perjudicial pretende burlar al demandante, a fin de que la decisión abarque a todos los que lo componen. Sin embargo, tratándose de una unidad, no es necesario citar a todos los componentes, sino que –conforme el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía al caso–, basta citar al señalado como controlante, que es quien tiene la dirección del conjunto, sin perjuicio de que cualquiera de las partes, pida la intervención de otro de los componentes del grupo (...)*

Se perdería el efecto del levantamiento o suspensión del velo, si el acreedor tuviere que dividir su acreencia, e ir contra cada uno de los partícipes del conjunto, y ello no es lo previsto en las leyes especiales que regulan la responsabilidad grupal.

3. La teoría en estudio no tiene una específica área jurídica de aplicación, pero varios de los pronunciamientos judiciales sobre los grupos de empresas han recaído en asuntos de orden laboral, espacio donde ellos cobran importancia por el carácter vinculante de la “doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia” (art. 177, Ley Orgánica Procesal del Trabajo). Con sentido semejante, el artículo 178 de ese mismo texto dispone que “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 aun y cuando no fueran recurribles en casación, sin embargo, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público, o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación”.

Sofaldar el velo jurídico de la empresa insolvente, así como del grupo económico en que ella se integra, es, en síntesis, el medio “*responsable, equitativo y expedito*”, que adopta el Alto Tribunal para asegurar la tutela efectiva del derecho del obrero o empleado “sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles” (art. 26, CRBV).

Siendo lo importante en la concepción jurídica grupal, la protección de la colectividad, ante la limitación de la responsabilidad que surge en razón de las diversas personalidades jurídicas actuantes, es evidente que lo que persiguen las normas que se refieren a los grupos, es que los verdaderos controlantes respondan por los actos del grupo, o que las personas jurídicas más solventes de estos conglomerados encaren 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 pueden ser señaladas, conforme a los supuestos objetivos prevenidos en las leyes, como controlantes. (Sentencia N° 903, de 14 de mayo de 2004).

La extraordinaria facultad del Juez para condenar a terceros extraños a la causa, obliga a considerarlo liberado de su deber de atenerse al Derecho vigente, y desligado, en consecuencia, de su rol de custodio de la seguridad jurídica y de la paz social.

4. La decisión del TSJ *in re*: Transporte Saet, C.A., tiene, de hecho, un alcance distinto al ordinario procesal, de producir efectos únicamente sobre las partes en litigio (*límites subjetivos de la sentencia*).

La inexcusable obligación de los órganos judiciales del Trabajo de adoptar el criterio de nuestro Supremo Tribunal, imprime a la doctrina judicial sobre el desvelamiento corporativo el valor de una regla de derecho objetivo, aplicable a todo caso concreto análogo al resuelto en la sentencia.

Allanada la individualidad jurídica de las empresas del grupo, desaparece, en consecuencia, la autonomía de las deudas sociales, de las cuales ha de responder el patrimonio consolidado de las empresas desveladas, junto con el propio de sus socios. Sobreentenderíamos que dicho efecto se reduce al solo fin de permitir la satisfacción del crédito laboral insoluto, como lo disponen el artículo 1.280 del Código Civil y el 95 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, de no ser porque el vinculante criterio jurisprudencial deja descubierta a los ojos de la sociología jurídica y del Derecho del Trabajo una comunidad estable de personas, dueños del capital social y trabajadores de esas empresas, sólo internamente dividida por compartimentos formales sospechosos de fraude y simulación, que existe y mueve la acción del cuerpo social, como los músculos y la nervadura del cuerpo humano bajo la piel.

La seguridad de que el patrimonio de cada empresa del grupo es garantía común de los adeudos que ellas por separado contrajeron, anima la convicción de que no sólo a ese fin conducen las razones del fallo, pues los hechos de orden psicológico, emocional y de importancia sociológica (conciencia de la pertenencia a una unidad global con procesos activos de interrelación para la elaboración de normas, valores e instituciones comunes), que dicha comunidad es capaz de producir, pregonan a gritos la existencia de una nueva unidad de intereses sociales, económicos y de imputación jurídica válidos para el Derecho laboral, pero aún no asimilados por éste. A ello nos referiremos en el punto III de este ensayo.

5. La legislación mexicana y argentina, así como algunas otras europeas (España, Alemania), prevén la aplicación del levantamiento del velo corporativo en los casos de fraude a la ley, por desvío de los fines lícitos de las sociedades de comercio. Mas, la providencia judicial en cuestión es siempre contemplada en esos ordenamientos como medida de excepción con limitaciones muy precisas.

En Venezuela, la Ley de Impuesto sobre la Renta, de 28 de diciembre de 2001 (*G.O. Ext. N° 37.728*), faculta a la Administración Tributaria para “desconocer la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos,

aun cuando estén formalmente conformes con el derecho, realizados con el propósito fundamental de evadir, eludir o reducir los efectos de la aplicación del impuesto. En este caso, se presumirá que el propósito es fundamental, salvo prueba en contrario” (art. 95). En parecidos términos se expresan el artículo 16 del Código Orgánico Tributario, de 17 de octubre del mismo año (G.O. N° 33.305), y el artículo 66 de la Ley de Regulación Financiera (*Gaceta Oficial* N° 36.687 de 26 de abril de 1999).

6. Asomados a las profundas consecuencias de la doctrina judicial del desvelamiento corporativo escribimos estas líneas, destinadas a revelar el apretado nudo de preguntas que su aplicación provoca en el campo de nuestra disciplina, para las cuales el actual Derecho del Trabajo venezolano no tiene respuestas lógicas coherentes, o se mantiene en un silencio lleno de perplejidad.

Luego del examen de la sentencia N° 903 que seguidamente abordamos, nos detendremos en los más resaltantes desarreglos que dicha doctrina es capaz de producir en el campo jurídico y social, no sin advertir que hemos procurado limitarnos sólo a los aspectos laborales de la materia⁴.

⁴ La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en su publicación sobre *El Derecho de Grupos de Sociedades*, Caracas 2005, incluye valiosas opiniones contrarias a la fundamentación jurídica de la Sala Constitucional en materia de grupos económicos. José Antonio Muci Borjas inculpa con acritud a la Sala de hacer dejación de su deber de proteger los derechos fundamentales de defensa y al debido proceso, garantizados por la Constitución de 1999 y pone de bulto “que el criterio que sobre los grupos de empresas ha venido sentando la Sala Constitucional, *es irrazonable*—esto es, contrario al principio constitucional— y, por consiguiente, arbitrario” (cursivas en el original, *Ob. Cit.* p. 142). Mario Pesci Feltri Martínez centra su crítica en los aspectos procesales del pronunciamiento, que conceptúa igualmente contrario al artículo 49 de nuestra Constitución. En particular, el distinguido profesor niega ser cierto que la doctrina del levantamiento del velo pueda inferirse de las normas legales que suelen citarse para demostrar su vigencia en Venezuela. “Si se toman en cuenta estas realidades jurídicas y las normas del debido proceso, se comprenderá que la aplicación de la teoría del velo, además de no estar consentida en nuestro ordenamiento jurídico, es absolutamente inaplicable en Venezuela. Desconocer estos hechos implica la violación y el olvido de la existencia del ordenamiento jurídico venezolano. Si, adicionalmente, se le permite a los jueces actuar de oficio en la aplicación de dicha teoría, pondremos de relieve la eliminación radical de uno de los principios que justifica la existencia de un ordenamiento de esta naturaleza: la seguridad jurídica, la certeza acerca de los comportamientos que deben ponerse en práctica para alcanzar aquellos fines que éste considera dignos de protección” (*Ob. Cit.*, p. 491).

II. Nuestra crítica al razonamiento judicial examinado

7. A nuestro modo de ver, la débil cimentación jurídica del fallo bajo examen, proyecta una densa sombra de duda sobre el acierto de las premisas lógicas que sustentan sus conclusiones, con lo cual opacan el innegable propósito tutelar del derecho del trabajador que orienta la decisión. Veamos:

7.1 Es errónea la premisa de que todo grupo de empresas esconde una intención fraudulenta de sus socios, directivos y administradores, en perjuicio de trabajadores y terceros.

La noción del grupo de empresas en el referido pronunciamiento, parte de la idea de que toda forma plural de organización de empresas disimula un propósito de fraude, especialmente sensible en el plano laboral, al “diluir la responsabilidad de las mismas de manera que unas enmascaran a las otras y hacen difícil a los futuros accionantes determinar a quien demandan” (*supra*, 1, nota 1). Tal criterio, obviamente aventurado, descalifica el fallo como paradigma de la jurisprudencia administrativa y judicial del trabajo, por un conjunto de razones:

7.1.1 Porque tal presunción crea un hiatus lógico entre el derecho y la libertad de asociarse libremente –garantizado tanto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, París, 1948, art. 20) como por nuestra Constitución (art. 52)–.

Lo lícito no puede ser, al mismo tiempo ilícito. Lo cual no equivale a decir que lo bueno, cambiadas las circunstancias, no pueda llegar a ser malo. Pero, es ilógico sostener que la licencia de conducir expedida de conformidad con la legislación de tránsito terrestre, conlleva la intención de abusar del derecho que esa licencia otorga.

7.1.2 Porque sin la prueba, siquiera indiciaria del hecho fraudulento, concretamente alegado e imputado a la empresa-patrona por el trabajador, la teoría del levantamiento es sólo un inaceptable prejuicio del juez contra la seguridad jurídica del tráfico mercantil.

El artículo 1.279 del Código Civil, relativo al derecho del acreedor de atacar en su propio nombre los actos del deudor ejecutados en fraude suyo, enuncia diversos supuestos considerados fraudulentos, anulables por vía jurisdiccional: los actos a título gratuito del insolvente, o a título oneroso, cuando la insolvencia fuera notoria, etc. Pero en ninguno de

esos casos el acreedor impugnante está relevado de la carga de invocar y probar el acto que sirve de presupuesto fundamental de su acción judicial. La razón jurídica es sencilla: tras el fraude contra el derecho ajeno de cualquier naturaleza hay, siempre, una voluntad consciente, deliberada, de provocar el daño. Como producto de un acto intencional, el fraude, la simulación y el dolo, generadores de responsabilidad civil y, eventualmente, penal, no puede ser objeto de presunción irrefutable⁵.

En ninguno de los casos conocidos por nuestro TSJ fue el supuesto fraude previamente invocado por los correspondientes actores, ni probado siquiera mediante indicios válidos en derecho, pues en todos ellos el respectivo accionante se limitó a demandar sus prestaciones laborales a la persona natural o jurídica que consideró patrono, en vista de las circunstancias particulares de su relación.

⁵ El fraude, a diferencia del dolo, la violencia y el error, dice Messineo, no es un vicio de la voluntad, sino un comportamiento ilícito, un obrar contrario a la lealtad, a la corrección, a la buena fe. Dado que el fraude a la ley consiste en un comportamiento prohibido, o al cual ella le asigna efectos distintos al exteriorizado, el fraude a los acreedores implica más bien un incumplimiento de obligaciones contraídas. Tanto el fraude legal como el convencional suponen ilícitos que engendran responsabilidad del agente del daño causado. Refiriéndose al fraude de acreedores, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (DRAE, 1992) define la figura como “los actos del deudor, generalmente simulados y rescindibles, que dejan al acreedor sin medio de cobrar lo que se le debe”.

El *dolo*, según Escriche, “*es toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro; o el propósito de dañar a otro injustamente*”. Este mismo autor diferencia entre engaño y fraude, atribuyendo al primero el significado de “astucia o maquinación de que uno se sirve, hablando u obrando con mentira u artificio para frustrar la ley o los derechos que ella nos da”, y al segundo “el hecho de burlar, eludir o dejar sin efecto la disposición de la ley”, pero concluye identificando el sentido vulgar de ambas voces, “*pues que no hay fraude sin engaño*” (Diccionario, París, 1852). La Real Academia le asigna el valor de *acción contraria a la verdad y a la rectitud que perjudica a la persona contra quien se comete*; y, en su segunda acepción, el de “acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros”.

Simulación es fingimiento, abuso o engaño con intención de dañar. En una acepción extensiva, el fraude suele confundirse con la simulación, a pesar de que la doctrina distingue matices diferenciales entre ambas figuras. De éstas es la más importante, acaso, la que radica el objeto de la simulación *en actos fingidos, engañosos, no queridos realmente por quien manifiesta la voluntad de obligarse*. El Código Penal venezolano, (GO N° 915, ext. de 30/06/64), coincide en la sinonimia existente entre los distintos vocablos: *fraude, simulación, engaño, dolo* y otros semejantes, pues en su artículo 464, incluido en el Capítulo III del Título X (relativo a la *estafa y otros fraudes*), sanciona con pena de prisión a quien “con artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciéndole en error, procure para sí o para otro un provecho injusto con perjuicio ajeno”.

7.1.3 Porque el solo incumplimiento de una obligación, así sea ésta de orden público y de interés social, no permite inferir la intención dolosa del deudor de evadir su responsabilidad frente a los acreedores.

Ni siquiera la cesación de pagos de quien hace del comercio su profesión habitual, o la de una sociedad de comercio, caracterizada por una imposibilidad patrimonial irrecuperable de cumplir sus obligaciones, implica, *per se*, un estado de quiebra dolosa o fraudulenta, pues esta calificación está legalmente reservada, de conformidad con el artículo 924 del Código de Comercio, a los tribunales competentes en materia penal, bien de oficio, o bien a instancias del juez de comercio, o del síndico en representación de la mayoría de acreedores, después de evidenciado el delito en el proceso mercantil correspondiente.

Prevalido de la ausencia de previsiones legales expresas sobre la recta aplicación de su doctrina, el sentenciador deja de levantar el velo sólo a la empresa fraudulenta o simulada, para desconocer la personalidad jurídica de todas las empresas del grupo, sin siquiera advertir que una vez determinado el dueño del capital de la empresa inculpada de fraude, todas las acciones sociales de su propiedad en las demás empresas del grupo pueden ser embargadas y ejecutadas sin necesidad de ningún otro desvelamiento (ejecución del crédito sobre bienes patrimoniales del deudor)⁶.

7.1.4 Porque, observado con atención, el hecho del desvelamiento no depende siquiera de la aludida presunción de fraude en la organización o en el funcionamiento del grupo de empresas, sino de otra presunción de hombre igualmente sin sentido: la de que la sentencia definitiva de condena por dictarse, no habrá de ser cumplida voluntariamente, ni de modo forzoso, por el patrono demandado en la correspondiente etapa de ejecución del proceso judicial.

Movido por esa nueva presunción —*que, en rigor técnico no es tal, sino un prejuicio, una actitud emocional, una antipatía personal del juzgador*—, éste desconoce la personalidad jurídica de las empresas

⁶ Sobreentendemos que, de modo previo a la sentencia, debe haber quedado descartada la responsabilidad solidaria que pueda legalmente concernir a alguna otra de las sociedades del grupo igualmente demandada, caso en el cual holgaría la cuestionable teoría jurisprudencial. (Ver, *infra*, punto III del presente estudio).

asociadas, y las condena, junto con sus socios, a pagar la deuda laboral insoluta respecto a la cual fueron terceros.

7.1.5 En realidad, sin la prueba de un hecho ilícito concreto imputado a la empresa que contrató al trabajador y recibió sus servicios, la supuesta presunción de fraude atribuida a la organización del grupo no es más que una inaceptable fantasía. Esto lleva a pensar que lo jurídicamente importante a los efectos del levantamiento del velo, no es la injustificada presunción de fraude organizativo o funcional del grupo de empresas, sino la *insolvencia real* de la empleadora del trabajador, considerada, también anticipadamente por el juez, como un hecho doloso realizado con la intención de causar daño. Curiosamente, la sentencia 903 ni siquiera alude a la prueba del *dolo* de la empleadora del trabajador, para sustentar la responsabilidad del grupo. Únicamente se detiene en declarar que “quien pretende obtener un fallo contra un grupo económico y obtener la ejecución contra cualquiera de sus componentes, haciéndole perder a éstos su condición de persona jurídica distinta (individualidad), “debe alegar y probar la existencia del grupo, el incumplimiento de las obligaciones por uno de sus miembros, quien debido a su insolvencia o actitud perjudicial pretende burlar al demandante, a fin de que la decisión abarque a todos los que lo componen”⁷.

Debe observarse que el Convenio OIT N° 173, sobre *la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del deudor*, 1992, tampoco autoriza el desconocimiento de las formas jurídicas en todo supuesto de impago de una obligación laboral por el patrono, pues con el término *insolvencia* el instrumento designa las situaciones en que, “de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores” (Art. 1.1).

⁷ La declaración de la existencia del grupo “tiene que estar precedida de pruebas sobre los hechos que, según las leyes especiales, tipifican a estos entes, o en términos generales, sobre la existencia de sociedades controlantes y controladas y su vinculación en ese sentido”. El juicio de la Sala Constitucional sentenciadora concluye en que “dentro de un sistema de valoración mixto, donde se conjugan tarifas legales con la sana crítica, la prueba instrumental o documental será la que convenza plenamente de tal existencia, debido al mandato al juez de los artículos 1.360 y 1.363 del Código Civil”.

Aunque el citado Convenio permite extender el término *insolvencia* a otras “situaciones en que no puedan pagarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador”, el texto coloca el arbitrio del legislador y del juez dentro de los límites del ejemplo que cita, relativo al supuesto de que “*el monto del activo del empleador sea reconocido como insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia*” (Art. 1.2). Evidentemente, tal reconocimiento no puede provenir de la sola pretensión del trabajador acreedor, ni tampoco del sentenciador, sin base en lo alegado y probado.

7.1.6 En síntesis, el levantamiento del velo corporativo presupone en la sentencia N° 903 que comentamos, una convicción personal y anticipada del juez—distinta a la fundada sospecha de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes de administradores, comisarios y socios, a que se refiere el artículo 291 del Código de Comercio—, de que el incumplimiento de la empleadora del trabajador alegado en la demanda y no contradicho en las pruebas, fuerza al desvelamiento de todas las empresas del conjunto empresarial, por ser ilusoria la satisfacción del crédito laboral mediante la vía ordinaria de ejecución de la sentencia.

7.2 No es cierto que la unidad económica sea buen criterio técnico “para distinguir la realidad de un conjunto de empresas”, tal como la sentencia TSJ 903 lo declara.

El concepto de *unidad económica* es aplicado al grupo de empresas propiedad de un único dueño, o conjunto accionario de significativa influencia en la dirección y control de las decisiones de la agrupación. La identificación del grupo por la propiedad del capital social, es el elemento que permite a la Sala Constitucional del TSJ responsabilizar a los propietarios del patrimonio jurídicamente independiente de cada una de las sociedades integradas, del incumplimiento de las obligaciones que ellas, por separado, contrajeron.

Empero, tal concepto no es unívoco, ni sirve técnicamente para ser aplicado a supuestos extraños a la norma legal que, expresa o implícitamente, lo consagra. Es decir, que dentro del específico marco de la legislación del trabajo, el sentido que la frase “*unidad económica*” tiene en el artículo 177 LOT, no puede ser extendido a fines distintos del reparto de las utilidades previstos en esa misma ley (*como erróneamente lo hace la Sala de Casación Social del TSJ en su sentencia N° 242, de 10 de abril de 2003, in re: Rafael Oscar Lara Rangel vs.*

Distribuidora Alaska y otros)⁸, ya que ello equivale a olvidar que el artículo 611 de ese mismo ordenamiento contempla a las diversas empresas subsidiarias, vinculadas o combinadas, como unidades autónomas, y no como segmentos de una misma unidad, para designar los representantes laborales en las Juntas directivas de cada una de dichas empresas; o sea, con una visual absolutamente opuesta a la anterior sobre las utilidades o ganancias.

Igual puede decirse respecto a la unidad del *grupo financiero* a que se refiere el artículo 161 de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito (*Decreto con Fuerza de Ley de reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, de 13/11/2001*), cuando se coteja esa unidad con la contemplada en la legislación laboral, pues las *empresas relacionadas* a que dicha norma se refiere, son a ojos de la LOT (art. 57), sólo *contratistas* o *intermediarias* llamadas a realizar obras o servicios para el banco o la institución de crédito de que se trate, en un volumen que constituye la principal fuente de sus ingresos. Como puede advertirse, a pesar de que esas *sociedades relacionadas son parte del grupo financiero* a los efectos de las leyes General de Bancos y de Regulación Financiera⁹, la actividad de sus empleados y obreros, así como la de ellas mismas como empleadoras de éstos, se encuentran reguladas por la legislación laboral con fines explícitamente distintos.

⁸ En esta sentencia de la Sala Social, de 10/04/2003 la Sala de Casación Social interpreta extensivamente el artículo 21 (hoy 22) del Reg. LOT, en el sentido de que cada uno de los patronos integrantes del grupo está obligado a uniformar internamente las condiciones de trabajo de sus respectivas empresas, y se hacen solidariamente responsables de las obligaciones laborales de los otros asociados. Acierta la Sala en considerar al grupo consorcial como una unidad económica, como un centro virtual de intereses concurrentes a un fin común; pero yerra al aplicar este concepto de empresa a trabajadores no contratados por el grupo, o sea, ajenos a la sociedad irregular que el grupo constituye. No debe olvidarse que los patronos de un grupo no están impedidos para asociarse a otro con miras a obras o servicios distintos, caso en el cual resulta absurda la solidaridad entre los componentes de los dos conjuntos.

⁹ Artículo 15.- Ley de Regulación Financiera, de 5 de octubre de 1999. “A los efectos de esta Ley se consideran empresas relacionadas con un banco o institución financiera, además de las personas señaladas en el artículo 4 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, los grupos financieros señalados en sus artículos 101 y 102, las personas jurídicas, domiciliadas o no en la República de Venezuela, a las que se refieren los literales a y b del numeral 6 del artículo 120 de la citada Ley.

“También podrán ser consideradas personas vinculadas o relacionadas aquellas personas naturales, jurídicas o entidades o colectividades cuando tenga entre sí vinculación accionaria, financiera, organizativa o jurídica, y existan fundados indicios de que con la adopción de formas y procedimientos jurídicos ajustados a derecho, se han utilizado medios para eludir las prohibiciones de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras o disminuido

En síntesis, puede observarse que mientras la relación financiera crea la unidad económica global entre los diversos componentes del grupo bancario, la relación normal entre los intermediarios o contratistas y sus usuarios, prevista en los artículos 54 y 56 LOT, conserva, en cambio, la independencia jurídica y económica de las partes relacionadas. Lo expuesto quiere decir que, en una misma unidad y unos mismos sujetos, concurren con distintos efectos, independientes entre sí, las legislaciones financieras y laboral.

Vale agregar que en el supuesto de los grupos de empresas contemplado en el artículo 22 del Reglamento LOT de 28 de abril de 2006 (G.O. N° 38426 de esa fecha), resultan incongruentes sus parágrafos primero y segundo, pues si aquél considera constituido el grupo por patronos integrados en un pie de igualdad de poderes de administración y control, el parágrafo segundo (literales a y b), lo presume de relaciones de dominio accionario o de representación en los órganos decisorios de las empresas del grupo; esto es, entre *controlantes* y *controladas*, en situación jerarquizada o dependiente.

La unidad financiera conformada por la Ley de Bancos es, sin duda, una unidad económica, pero a los únicos efectos legales de vigilancia y control de las actividades bancarias y financieras en el territorio nacional. Allí, los sintagmas *unidad de decisión, o de gestión, o de control, de los órganos de dirección o administración de los grupos*

la responsabilidad patrimonial que deriva de los negocios realizados con el respectivo ente. Igualmente podrá ser considerado deudor la persona, entidad o colectividad que ejerza directa o indirectamente la administración o posea la mayor proporción de capital de alguna de las personas jurídicas referidas. Sólo el Juez que conozca de la causa podrá establecer otros criterios de vinculación”. Artículo 16.- “La condición de empresa relacionada, con base a la participación accionaria referida en el artículo 101 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, no será alterada o desvirtuada por los traspasos accionarios ni por las cesiones de acciones en garantía que se hagan, a menos que las referidas operaciones sean aprobadas por la Junta de Regulación Financiera, tomando en consideración los elementos de juicio indicados en el Parágrafo Segundo del artículo 16 de la citada Ley.

“En todo caso, se presumen adquiridas por personas interpuestas, en propiedad o por causa de garantía, las acciones traspasadas a personas naturales o jurídicas que no tengan capacidad de pago suficiente o no puedan hacer constar el origen de los fondos invertidos en las operaciones”.

Artículo 66.- “Cuando existan actuaciones o elementos que permitan presumir que con el uso de formas jurídicas societarias se ha tenido la intención de violar la ley, la buena fe, producir daños a terceros o evadir responsabilidades patrimoniales, el Juez podrá desconocer el beneficio y efectos de la personalidad jurídica de las empresas, y las personas que controlan o son propietarios finales de las mismas serán solidariamente responsables patrimonialmente”.

financieros, coinciden con la expresión “*unidad económica*”, en el entendido de que la existencia de la empresa, considerada como una unidad de medios técnicos, humanos y de capital con fines económicos, es el hecho *inferido*, y los sintagmas *unidad de dirección, decisión y control*, son los indicios o hechos *inferidores* de la unidad económica que el conjunto de empresas representa.

7.2.1 De la misma manera, es palpable la distinción entre la unidad económica precisada en el artículo 177 de la LOT, en que todas las empresas del conjunto desarrollan una actividad semejante (*unidad de comportamiento económico y social*) sujeta a idénticos riesgos que la principal, con la misma o diferente personalidad jurídica, y la que existe en el grupo de empresas de distinto objeto social, personal especializado, expuestas a diferentes tipos de riesgos (laborales, financieros, de inversión y de mercado), además de patrimonio propio e independiente, ya que estos grupos sólo pueden ser distinguidos como unidades económicas de manera nominativa o vulgar, porque pertenecen a un mismo propietario o están organizadas bajo formas unificadas de dirección y control. Sirven de ejemplo los ya citados Grupos Mendoza (*Banco La Guaira, Banco Hipotecario de la Vivienda Popular, Venepal, etc.*), Grupo Cisneros, (*Venevisión, Coca Cola, Concurso para la elección anual de Miss Venezuela, etc.*), y Grupo Polar (*fabricas de cervezas, de malta y de alimentos*), ya que todas las empresas integradas a esos conjuntos no admiten formas unitarias de organización comercial o industrial por exigencias propias de los recursos materiales, técnicos y humanos que su desarrollo requiere, y de los específicos riesgos que cada una de ellas deben atender.

Messineo distingue entre consorcio y sociedad, entendiendo que mediante aquél se crea una organización común, dirigida a regular la actividad económica de los consorciados singulares, con un elemento de carácter técnico, consistente en que los empresarios, para poder constituir el consorcio “deben ejercitar todos la misma actividad económica o (al menos) actividades que aún siendo diferentes entre sí, sean conexas” (*Ob. Cit.* Vol. VI, p. 25). De este criterio, que es también el nuestro, disiente el fallo TSJ que anotamos en la nota siguiente.

Sólo arbitrariamente podrían ser calificadas como actos simulados, a los efectos del sofaldamiento del velo y de la determinación de la responsabilidad común de todas ellas, las empresas propiedad de un mismo dueño o grupo accionario, organizadas con diferentes objetos mercanti-

les, patrimonios expuestos a riesgos propios y con relaciones jurídicas y de hecho cabalmente diferenciadas entre sí, tal como puede verse en las empresas integrantes de los grupos Cisneros, Mendoza o Polar.

Dicha realidad ayuda a comprender que la crisis económica de una cualquiera de esas empresas independientes no es indicio bastante para inducir la intención dolosa del dueño del capital de la organización empresarial. Razonar de otro modo significa alejar el Derecho de la vida real, al separarlo de los hechos y circunstancias del caso específico que sus reglas deben resolver.

7.2.2 Tampoco puede ser extendida la voz *empresa*, con el significado de unidad económica de efectos laborales que le atribuye el artículo 16 LOT¹⁰, a las empresas trasnacionales con filiales en nuestro país, ni a las constituidas con base en el Convenio para el Estímulo y Protección recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, suscrito en Caracas el 22 de octubre de 1991 (aprobado mediante ley de 6 de agosto de 1993, G.O. N° 35269), o en Acuerdos internacionales semejantes. Citamos tales Tratados para ofrecer ejemplos de personas jurídicas *no constituidas bajo las leyes del Estado venezolano*, pero controladas en forma directa o indirecta por personas naturales o jurídicas nacionales, y a la inversa, en las cuales resulta impertinente dicho concepto de unidad económica, aplicado con la pretensión de uniformar dentro y fuera del país las condiciones de trabajo y de salario, o de designar las Juntas Directivas de la matriz y de las sucursales en el extranjero, según las reglas de la legislación laboral venezolana (*o sea, con representantes gremiales elegidos de conformidad con éstas*).

Identificar, pues, la unidad económica del grupo financiero en la Ley de Bancos, con las que ofrecen la LOT y su Reglamento para entreverar efectos mutuos, contribuye a revelar un difícil cuestionario de preguntas para las cuales el Derecho del Trabajo actual no brinda respuesta lógica alguna, o ni siquiera responde de modo inteligible, por los profundos desarreglos que ocasiona en su doctrina y práctica administrativa y judicial. En el

¹⁰ Empresa es, según el artículo 16 LOT, “una unidad de producción de bienes o servicios..., para realizar una actividad económica con fines de lucro”. O sea, que la organización de medios materiales, técnicos y humanos, para desarrollar una actividad bancaria o financiera, es una unidad económica. Sin embargo, creemos que ese amplio sentido no se corresponde exactamente con el que la Ley Orgánica del Trabajo mira la unidad económica de la empresa para obras o servicios en beneficio ajeno.

punto III de este ensayo (“El previsible trastorno jurídico-laboral”) asomaremos varios de esos aún no bien visualizados problemas.

7.2.3 Según el criterio de James-Otis Rodner S., el grupo contemplado en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo podría ser incluido en el de los denominados *joint ventures*, que se caracteriza por estar integrado por empresas que se asocian por tiempo normalmente limitado, conservando su autonomía propia, para realizar entre ellos una actividad económica específica. El grupo de sociedades no es un tipo de organización de empresas en el derecho positivo, por lo cual no ofrece éste una definición general del concepto¹¹.

7.3 Las disposiciones de orden público que protegen el crédito laboral no son de orden jurídico superior a otras del mismo carácter imperioso, dictadas también para la protección de otros intereses fundamentales de la sociedad.

Nos referimos a la garantía de no ser condenado en juicio sin haber sido oído previamente, que resguarda constitucionalmente la seguridad de los derechos patrimoniales y personales del ciudadano, como postulado de una pacífica convivencia social. Esa garantía es de igual rango fundamental que los derechos laborales, pero tiene preeminencia con respecto a toda otra de aplicación jurídica, sustantiva o procesal, en cuanto es el principio en que toda sociedad civilizada descansa la seguridad de los derechos de sus miembros¹².

¹¹ “Grupo de sociedades en la Ley General de Bancos y la Ley de Mercado de Capitales”, James-Otis Rodner, *Derecho de Grupos de Sociedades*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, p. 153. Dice este autor: “La condición de dominación es una condición esencial para la existencia del grupo. Cuando lo que existe entre dos sociedades diferentes es un acuerdo de coordinación donde ninguna de las sociedades domina a la otra, no estamos frente a un grupo societario propiamente, sino frente a una asociación de sociedades, denominada en la doctrina Convenios de Empresas Conjuntas (*joint ventures*)”.

¹² Al reseñar la teoría de la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound, Recasens Siches expone: “El Derecho no crea esos intereses (deseos que los seres humanos, individualmente o a través de grupos o asociaciones, tratan de resolver). Los encuentra ante sí, clamando por protección y por seguridad. El Derecho los clasifica, y presta reconocimiento a un determinado número de ellos, mayor o menor. Determina los límites dentro de los cuales el Derecho se esforzará por proteger los intereses seleccionados por él; delimita la esfera de validez de unos intereses frente a la esfera de validez de otros, así como también la prioridad de unos sobre otros” (*Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México, 1973, p. 80).

Por tal motivo sorprende la sentencia mencionada (903), cuando autoriza al Juez:

7.3.1 Para condenar a la unidad formada por todos los miembros del grupo identificados en el fallo, que fueron mencionados en la demanda, así no fueran ellos emplazados, pero que quedó representada por el “controlante” (Capítulo VI del fallo, p. 21).

Este desvío judicial proviene del error de considerar que siempre pertenecen a un solo propietario, o grupo de accionistas, las sociedades demandadas, o sólo lo sean de capitales, de responsabilidades limitada o anónima, cuyo capital es propiedad de los trabajadores, como son, por ejemplo, las sociedades laborales españolas constituidas según las leyes 2/1995, y 4/1997, de 23 y 24 de marzo, respectivamente¹³.

Es evidente que, dentro de la hipótesis del levantamiento, la condena a la matriz emplazada únicamente podría hacerse ejecutoria sobre sus accionistas para el momento de la demanda, y no sobre los demás que, junto con ellos, aportan el capital de las empresas no emplazadas judicialmente. Tampoco puede entenderse que la unidad empresarial que incumple sus obligaciones para con el trabajador y debe sufrir las consecuencias de su dolo, simulación, fraude o estafa, pueda ser condenada sin ser oída en la causa judicial que la afecta en su patrimonio material y moral¹⁴.

7.3.2 Técnicamente, demandar y emplazar al grupo, mencionando, o no, en el libelo a la totalidad de las firmas que lo integran, sólo puede concluir en una sentencia de condena a las partes en el proceso incoado. A los no citados correspondería, según la misma sentencia 903 lo reconoce, intentar un discutible recurso de invalidación del pronunciamiento, en su condición de terceros afectados por la decisión. A esta

¹³ Sobre las sociedades laborales en España, puede consultarse la obra de ese nombre de José María Neila Neila, Madrid, 1998.

¹⁴ El capital social de la Siderúrgica del Orinoco C.A. (SIDOR) está constituido por aportes de una siderúrgica mexicana, de otra Argentina, y de los trabajadores beneficiados por la Ley de Privatización, de 30/12/97 (G.O. Ext. N° 5199). Según esta ley, además de los trabajadores y jubilados, tienen derecho a adquirir acciones del ente o servicio a privatizar, sus pensionados, todos dentro de un máximo del 20% de su capital social.

condición son asimilados los miembros del grupo, hasta tanto no se declare judicialmente la existencia de éste¹⁴⁻¹.

Es poco clara esta conclusión del fallo, pues si el controlante quedó citado en su condición de representante del grupo demandado y emplazado, todas las sociedades mercantiles jurídicamente independientes que lo integran responden solidariamente ante el trabajador del grupo y demás terceros, dada su cualidad de comerciantes, es decir, de personas constituidas para ejecutar actos de comercio, entre los cuales el artículo 2° del Código de Comercio enuncia los contratos de personas para la realización de obras y servicios entre los comerciantes y sus dependientes (art. 2°, ord. 23). Esta solución parece igualmente aplicable a los trabajadores individualmente contratados por cada una de las empresas del grupo de comerciantes o sociedades de comercio, dado que el desconocimiento de la personalidad jurídica por efecto del fallo no hace perder su cualidad de comerciantes a los socios de la comunidad empresarial allanada (véase: *infra*, IV, 18.8).

En un supuesto diverso, en que los componentes del grupo demandado sean personas naturales no comerciantes o sociedades civiles, la solución pertinente parece ser la que, en defecto de pacto expreso en materia de solidaridad de obligaciones, predica la doctrina civil: los miembros codeudores del grupo deben responder ante el trabajador y los terceros *mancomunadamente*, sin perjuicio de que la deuda laboral deba ser satisfecha íntegramente por cada codeudor, ni de que proceda la acción de regreso del *solvens* contra los restantes miembros de la comunidad. Aun cuando una obligación sea divisible (las dinerarias lo son por naturaleza), ella “debe cumplirse entre el deudor y el acreedor como si fuera indivisible”, según lo dispuesto por el artículo 1.252 del mencionado Código Civil.

¹⁴⁻¹ Debe observarse que la sentencia definitiva de Primera Instancia admite apelación por el tercero no citado (*art. 297 del CPC*), en caso de tener éste interés inmediato en lo que sea objeto o materia del juicio, o porque pueda hacerse ejecutoria contra él mismo, o menoscabar o desmejorar su derecho. El recurso extraordinario de invalidación se sustancia y sentencia por los trámites del procedimiento ordinario, no tiene sino una instancia, procede únicamente contra la sentencia ejecutoria o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, y no impide la ejecución de lo decidido, a menos que el recurrente diere caución (*arts. 327 y ss. ejusdem*). O sea, que la empresa del grupo no mencionada en el libelo ni citada, queda en situación de manifiesta desventaja procesal por fuerza de una conjetura sin apoyo en la ley, como es la de que basta a tal fin el emplazamiento de su holding (ver *supra*, en el punto 2, de este mismo punto, texto del fallo).

El artículo 10 de la vigente Ley de Impuesto sobre la Renta expresamente califica de *actividad económica mancomunada*, la que desarrollan en consorcio las personas jurídicas empresariales.

7.3.3 Innecesariamente, la consabida sentencia N° 903, sobre el Transporte Saet, C.A., se detiene en el problema de la naturaleza de la obligación de la sociedad irregular y de los socios de las personas jurídicas desconocidas, ante el acreedor. Decimos innecesariamente, porque una vez que el fallo declara la acreencia a favor del trabajador, la sociedad irregular deudora debe satisfacerla en su integridad, ya que toda obligación, incluso las susceptibles de división por su naturaleza, ha de ser cumplida entre acreedor y deudor como si fuera *indivisible*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.252 del Código Civil.

Por lo demás, ha de tomarse en cuenta que la lealtad, el respeto y, en general, los deberes morales derivados del contrato de trabajo, son todos indivisibles por naturaleza, antes, durante y después de la celebración y ejecución de dicho convenio (verbigracia: deberes de no concurrencia, y de no revelar secretos de la empleadora, derivados del deber de lealtad), razón que refuerza la idea de que los integrantes de la sociedad irregular, condenados al pago, se encuentran individualmente obligados a cumplir, y tienen el derecho de exigir, la prestación laboral en su integridad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.254 del Código Civil.

7.3.4 Ninguna de las empresas del grupo, desprovistas ya de personalidad y de patrimonio social individualizado, se halla capacitada para responder solidariamente por otra ante el trabajador acreedor, como acaecería en el caso de las *–relacionadas y vinculadas* a instituciones bancarias y de crédito, a las cuales responsabilizarían solidariamente como comitentes de intermediarias o contratistas. Esta conclusión revela, palmariamente, la debilidad de la tesis del desvelamiento frente al más ventajoso instituto de la solidaridad pasiva, ampliamente acogido por la legislación del trabajo.

Ahora bien, suponiendo, con la sentencia 903, que la deuda insoluta del trabajador fue contraída por la empresa insolvente del grupo, cuyos socios, junto con todos los demás del grupo, deben asumirla personal, indivisible y no solidariamente, cabe preguntarse:

7.3.4.1 Si ha de quedar a la conveniencia del trabajador acreedor ejecutar su crédito sobre una cualquiera de las empresas del grupo, mencionadas, o no, en el libelo ni en la sentencia;

7.3.4.2 Si la deuda original debe distribuirse entre los socios de las demás empresas del grupo, en la misma proporción de sus aportes en la sociedad insolvente, o si, en cambio, puede ejecutarse totalmente el crédito sobre la participación de uno solo de los socios deudores, de ser ésta suficiente para cubrir la obligación. Y, por último,

7.3.4.3 Qué sucede si la ejecución forzada del aporte de los socios deudores llega a modificar el equilibrio entre controladoras y controladas, que es característica del grupo en opinión del TSJ. De ser así, los efectos de tal conclusión podrían manifestarse no sólo en cambios de la unidad de gestión y de dirección del grupo, por consecuencia de la pérdida del control accionario del socio o socios afectados por el remate, sino también en la desafiliación de la empresa del grupo societario, por decisión de los propietarios quedantes.

7.3.4.4 Por mandato procesal indiscutido, asentado en exigencias de la sana razón, ninguna sentencia puede dejar al criterio del litigante favorecido fijar, en fase de ejecución, el alcance preciso del derecho judicialmente reclamado. En ese aspecto, las sentencias de nuestro TSJ conceden al trabajador una suerte de *carta foral* que lo autoriza, incluso, para decidir cuál, entre las distintas unidades asociadas, habrá de afrontar el riesgo de quiebra por no poder sobrevivir al remate del capital que garantiza sus obligaciones, si ese remate se concentra en ella. Mediante ese privilegio, el trabajador ejecutante de su crédito deja, paradójicamente, de inducir la quiebra de su empleadora insolvente, para provocar la de una empresa de distinto objeto social realmente ajena a su contrato de trabajo, y dentro de cuyas relaciones económico-sociales aparece inesperadamente. Con el uso de tan inusitado privilegio, resultado del deficiente análisis judicial, el trabajador asume las funciones que su Tribunal omisivamente no ejerció, y se coloca en situación de inícuo Juez de su propia causa.

III. El previsible trastorno jurídico-laboral

8. Como antes lo explicamos brevemente (*supra*, I, 4), la relatividad de las sentencias constituye una regla de efectos particulares al interés de las partes en litigio; pero el carácter vinculante de la jurisprudencia sobre el levantamiento del velo asentada por nuestro Supremo Tribunal, reconstruye socialmente el grupo de empresas jurídicamente independiente, como una nueva realidad capaz de originar, interior y exteriormente, procesos de relación social de interés para el Derecho del Trabajo.

El pronunciamiento judicial obligatorio, de que el patrimonio social de las empresas del grupo y del conjunto de sus propietarios responde de las obligaciones de cualquiera de las sociedades agrupadas, conduce lógicamente a pensar que tras la personería jurídica del conjunto de esas unidades existe, de hecho, un centro global de intereses y de imputación jurídica, válido para una disciplina que, constitucionalmente pregona el predominio de la realidad sobre las formas (art. 89.1 CRBV).

Nada de extraño resulta, entonces, que esa sociedad irregular globalizada, sobrevenida del potencial allanamiento sistemático de las individualidades jurídicas y patrimoniales del grupo, exija el mismo trato que les otorga el Derecho en general, y en particular, el del trabajo. En nuestra realidad social existe ya, creada por consecuencia de la doctrina jurisprudencial en referencia, una presunción de culpa intencional, asimilable al hecho ilícito, sobre los socios, directivos y administradores de todas las empresas agrupadas horizontal o verticalmente. Empero, curiosamente, ninguno de los fallos judiciales emitidos aplica a esas personas el artículo 1.195 del Código Civil, previsor de la responsabilidad solidaria de la totalidad de las personas imputadas, en razón de resultar extracontractualmente corresponsables (en su calidad de terceros respecto al contrato de trabajo vulnerado), de los ilícitos civiles atribuidos a cualquiera de las unidades del grupo¹⁵. El impago del crédito laboral por la deudora originaria (prejuiciosamente entendido como un caso de cesación definitiva de pagos), obligaría a esos administradores a solicitar judicialmente el estado de quiebra de la empresa deudora, para no incurrir en una eventual responsabilidad penal, si ese estado de quiebra fuera declarado fraudulento en el proceso mercantil correspondiente.

9. *Aunque los mencionados fallos pretenden resolver expeditivamente*, en nombre de un mal aplicado principio de favor, el problema del impago del crédito laboral, la doctrina judicial que los sustenta destapa de inmediato otras problemáticas situaciones, acaso irresolubles, por sistemáticamente contrarias a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia laborales. En efecto:

9.1 Dado que la unidad económico social existente de hecho, una vez desconocido la diversidad formal de cada empresa vendría a ser la res-

¹⁵ De haberse elegido aplicar el artículo 1.195 del C.C., los socios, directivos y administradores del grupo responderían de la obligación de reparar el daño, que habría que suponer igual a la suma del crédito insoluto, más la indexación e intereses y costas.

ponsable ante todos los trabajadores del grupo, no es irrazonable pensar que deba regir en él la imperiosa regla de la igualdad de salarios y condiciones de trabajo, en cuanto lo permita una fundada analogía de oficios y profesiones de los trabajadores del grupo. Es claro que en el procedimiento para la analogación de oficios y profesiones no podrían ser desestimadas las diferencias derivadas del específico riesgo a que están de hecho sometidos.

Imaginamos la controversial situación provocada por la coexistencia de las condiciones bancarias de trabajo (en el caso del ejemplo, del Banco La Guaira), con las aplicadas en una industria procesadora de papel (*Venepal*); o las de Coca Cola a los trabajadores de la empresa *Venevisión*, por fuerza de una pretendida uniformación de beneficios salariales y sociales en el seno del ente único grupal.

9.2 Resulta igualmente lógico que la supuesta unidad virtual, económica y jurídica, de toda organización de empresas, pretenda ser regulada por una misma convención colectiva, y administrada por un solo sindicato de trabajadores mayoritariamente representativo. Las pugnas intersindicales con ocasión de una pretensa mayor o menor representatividad, son fáciles de concebir, pero increíblemente dificultosas de solucionar prácticamente, dada la posible concurrencia de profesiones diferentes en el seno de la misma empresa, la segmentación de las profesiones en más de un sindicato, y por la diversidad geográfica de los centros de trabajo donde se aplican esas convenciones.

9.3 La convención colectiva por empresa, o por industria, perdería su lógico sentido de expresión de la voluntad profesional predominante en el seno de una determinada colectividad de trabajo (empleados de bancos, de industrias de papel, de telecomunicaciones, etc.), las cuales poseen características no susceptibles de mezclarse confusa o indiferentemente.

Pensamos que ante el riesgo de generalización de los beneficios a la totalidad de trabajadores del grupo, la reacción natural del holding podría ser la de inhibirse de reconocer ventajas o provechos salariales ligados a la actividad específica del trabajador para su patrono inmediato (como los préstamos a más bajo interés que algunos bancos conceden a sus trabajadores), visto que una estipulación de ese género, extendida a la totalidad de empleados y obreros del grupo financiero, puede desorbitar económicamente la intención original de las partes en la convención bancaria.

9.4 No pueden disimularse las protuberantes dificultades de un Juez conminado a elegir entre varias convenciones colectivas, y a interpretarlas como si éstas fueran leyes, “y no simples hechos sujetos a las reglas generales de la carga de alegación y prueba que rigen para el resto de los hechos aducidos por las partes en juicio”, según dogmatizan las sentencias Nos. 2361, de 3/10/2002, de la Sala Constitucional, y RC04, de 23/01/2003, RC535, de 18/09/2003 y RC1633, de 14/12/2004, entre otras.

Las sentencias de nuestro más Alto Tribunal, detenidas en lo aparente y formal de las convenciones colectivas, pasan por alto que de asimilarse a leyes tales acuerdos, cambian decisivamente las reglas de interpretación de los mismos, ya que ellas han de sujetarse a las previstas en el artículo 4 del Código Civil, en lugar de hacerse según la intención de las partes. En algunas industrias, como la de Hidrocarburos, por ejemplo, los celebrantes de las convenciones colectivas suelen fijar en las actas levantadas con ocasión de las discusiones de las diversas cláusulas, el propósito y alcance de cada una de ellas.

De otra parte, la obligación del Juez de conocer el derecho lo fuerza a decidir sobre convenciones de cuya existencia no tiene certeza, pues aun cuando solicitara los datos pertinentes de la Inspectoría del Trabajo de la jurisdicción, las estipulaciones contractuales pueden haber sido modificadas por los usos o prácticas en la empresa, hecho que sólo las partes conocen y tienen la carga de probar en juicio. El artículo 144 del nuevo Reglamento LOT, de 2006, ayuda a complicar la situación del Juez, obligado a aplicar una convención cuyas estipulaciones fueron consideradas íntegramente válidas por sus celebrantes, no obstante el criterio contrario del Inspector del Trabajo. La dificultad estribaría entonces en la cuestión de si el Juez debe decidir, de modo previo, sobre la legalidad o ilegalidad de las estipulaciones no homologadas; sobre las que no debieron serlo por idénticos motivos, y sobre la fecha de los efectos de la decisión judicial, confirmatoria o denegatoria de la opinión administrativa.

La situación de las empresas en que no existen sindicatos, sino coaliciones o grupos de trabajadores, puede ser más complicada, pues los acuerdos colectivos que pudieran celebrarse son anulables en cuanto sean menos favorables que los contratos individuales vigentes, por ejemplo: el que permite excluir un 20% del aumento salarial del cálculo de los beneficios sociales, de fuente convencional o legal. Estos hechos circunstanciales y de excepción respecto a la norma general del acuerdo

colectivo, tienen que ser materia de prueba por las partes para la oportuna valoración y decisión de Juez.

10. Se hace patente entonces que, ante tal realidad, la sentencia debería ordenar el recálculo del crédito, después de haber precisado el Juez la convención colectiva (o el acuerdo) más favorable o beneficioso entre todos los que puedan concurrir en la empresa en una misma jurisdicción administrativa, o en diferentes. Es igualmente previsible que en los supuestos de empresas multinacionales, coincidan reglas del derecho foráneo con las propias del derecho venezolano, vigentes dentro del marco de una empresa multinacional unificada económicamente. Tal podría ser el caso de las personas jurídicas constituidas y domiciliadas fuera de Venezuela, pero controladas por ciudadanos venezolanos, según las leyes aprobatorias de los Tratados para el Estímulo y Protección de las Inversiones en Venezuela, celebrados con los Países Bajos y varios otros países.

10.1 Si todas las empresas se consideran parte de una misma unidad económica con los extraordinarios efectos jurídicos que la Sala Social del TSJ hizo valer en la sentencia N° 242, de 10/04/2003, precedentemente transcrita, el sindicato más representativo tendría que recontarse en relación con la totalidad de los trabajadores de las empresas del grupo, y no en relación con los de cada una de ellas, por separado.

10.2 El Parágrafo Segundo del artículo 22 del Reglamento LOT, presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando “existiere relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes”.

Con base en la disposición arriba copiada (extraída de la Ley General de Bancos e Instituciones Financieras con un fin de control del Estado sobre la actividad económica de esa índole en el país), y en el criterio sobre la unidad económica del grupo de empresas propio de nuestro TSJ, todas las integrantes del complejo industrial Corporación Venezolana de Guayana, por ejemplo (CVG Electrificación del Caroní, C.A., CVG Industria Venezolana de aluminio, CVG Bauxilum, CVG Telecom, CVG Aluminio de Caroní, S.A., CVG Carbones de Venezuela, C.A., CVG Bauxiven, C.A., etc.), constituidas con dominio accionario del Estado venezolano, responden con el patrimonio indiviso; a su vez, y por idénticas razones, Petróleos de Venezuela, S.A., (PDVSA) es

deudora, solidaria e indivisiblemente, de todo crédito laboral contra cualquiera de las empresas del Estado venezolano.

11. En principio, luce errónea la indicada sentencia N° 903, Transporte Saet, C.A., al diferenciar los institutos jurídicos de la solidaridad e indivisibilidad de obligaciones por la falta de la acción de regreso que, en los nexos de esta última especie, existe entre los codeudores:

Pero la realidad es que quienes conforman el 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 solidarios 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 solo y mal pueden existir acreencias y deudas entre sus miembros, que se extinguen por confusión. La solidaridad funciona, cuando el criterio que domina al grupo no es el de la unidad económica (...). Pero cuando la unidad económica es la razón de ser del grupo, ya no puede existir una responsabilidad solidaria entre sus miembros, ya que la acción de regreso no existe, sino que el grupo queda obligado por una obligación indivisible.

Tal como lo hemos asentado anteriormente, la solidaridad pasiva es un medio de garantizar el cumplimiento de una obligación determinada, de cualquier naturaleza, con el patrimonio de un deudor adicional. La solidaridad y la indivisibilidad tienen características coincidentes en doctrina, pero también notorias diferencias. De confundirse el significado de las dos voces citadas, todas las obligaciones a cargo de una pluralidad de sujetos deudores devendrían de carácter solidario, por ser siempre indivisibles frente al tercero acreedor: de conformidad con el artículo 1.252 del Código Civil, toda obligación es indivisible entre acreedor y deudor, en el sentido de que aquél no puede ser obligado por éste a recibir por partes el pago de su crédito, aunque por su naturaleza sea divisible material o intelectualmente.

En cuanto a la acción de repetición, vale observar que la jurisprudencia sobre el desvelamiento reconduce a los casos de corresponsabilidad por culpa común de varios deudores (socios dueños del grupo, por su influencia significativa en las decisiones del mismo) frente a un solo perjudicado: el trabajador. En esos casos, la doctrina no uniforma la responsabilidad, sino la proporciona según la participación de cada agente

en la realización del daño, y atribuye al *solvens* que paga por todos la acción de regreso contra éstos para resarcirse. El ilustre profesor de la Universidad de Milán es categórico al respecto, en su estudio comparado de las obligaciones con pluralidad de sujetos, solidarias o indivisibles:

En cuanto al resto, la ley sujeta la obligación divisible al régimen de la obligación solidaria, en lo que el mismo sea aplicable (art. 1.317, C. italiano). De ello se sigue, entre otras cosas, que es admisible la repetición entre codeudores de obligación indivisible que haya sido satisfecha por uno de ellos; y que las causas de extinción de la obligación operan, de ordinario, sobre las obligaciones indivisibles, así como operan sobre las solidarias” (Messineo, *Derecho Civil y Comercial*, Vol. 4, p. 420, ed. 1979, B. Aires).

En análogo sentido se pronuncian los franceses Marcel Planiol y George Ripert (*Derecho Civil Francés*, Vol. VII, p. 418, La Habana, 1945).

12. Dentro de la hipótesis que desarrollamos, reclama nuestra atención el asunto relativo al atraso y quiebra de la empresa insolvente con el trabajador, pues se hace discutible si sólo ella, y no la una unidad económica compleja de la cual forma parte, podría ser declarada en estado de atraso o de quiebra. Claro está que esta última posibilidad contradiría frontalmente la teoría del desvelamiento, cuya base presupone la desaparición de la personalidad jurídica de las empresas del grupo y la unidad del patrimonio responsable de todos los adeudos que ellas, por separado, contrajeron.

13. Por lo demás, puede advertirse que la ejecución del crédito laboral sobre el patrimonio de otra de las empresas integrantes de la agrupación, significa reconocer a ese trabajador un derecho mejor que el de todos los demás acreedores de las unidades afectadas, incluyendo entre éstos a los trabajadores amparados con privilegio especial sobre los muebles e inmuebles, y a los acreedores prendarios o hipotecarios sobre los muebles sin desplazamiento de la posesión. Esto, sin contar con que la ejecución del crédito laboral sobre esos bienes puede ocasionar la del crédito hipotecario o prendario, de conformidad con la Ley de Hipoteca Mobiliaria y PSDP (G.O. 1575, ext., de 4 de abril de 1973), pues la acreencia garantizada con hipoteca de esta especie sobre los bienes del *solvens*, goza de privilegio especial, preferido a todos los

demás privilegios generales y especiales, con excepción del previsto en el ordinal 1° del artículo 1.870 del Código Civil (art. 17, LHM y PSP).

Imaginamos que una confusión de semejante envergadura está muy lejos de la intención de un legislador que, como el legislador del trabajo, sustantivo y procesal, se muestra siempre angustiado por la sencillez y claridad de sus disposiciones. Nunca más lejos de las limitaciones humanas ha de estar la posibilidad de que una decisión judicial de tal complejidad pueda ser proferida dentro del término perentorio reconocido al Juez para emitir su pronunciamiento, *so pena* de destitución (arts. 158 y 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo).

14. Detengámonos, por último, en la cuestión relativa a la responsabilidad impuesta por las leyes financieras a los administradores y directivos de las empresas responsables por simulación o fraude. Tal género de responsabilidad se encuadra en el estudio de la culpa por hecho ilícito de un tercero, no vinculado al deudor por efecto de disposición de ley o de contrato. Pero esa transferencia del deber de resarcimiento de la acción culposa a personas que no ejercen la dirección, vigilancia o custodia del agente del daño (de ordinario los administradores de las distintas empresas del grupo son independientes funcionalmente), requiere de norma legislativa expresa en la legislación mercantil o del trabajo, pues las citadas de carácter financiero, por su naturaleza excepcional, no admiten en derecho aplicación analógica.

Es esa falta de normas legales que autoricen al Alto Tribunal para proferir, en materia laboral, decisiones semejantes a las que permite el artículo 95 de la Ley de Impuesto sobre la Renta¹⁵⁻¹, el obstáculo insalvable en el plano jurídico.

Igual puede decirse de la regla preceptuada en el artículo 498 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (LGBIF), y de la posibilidad procesal de ejecutar el fallo definitivo favorable al trabajador sobre el aporte de los socios al capital social de las respectivas empresas. De conformidad con el artículo 208 del Código de Comercio,

¹⁵⁻¹ La Administración Tributaria, conforme al procedimiento de determinación previsto en el Código Orgánico Tributario, puede “desconocer la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos, aun cuando estén formalmente conformes con el derecho, realizados con el propósito fundamental de evadir, eludir o reducir los efectos de la aplicación del impuesto”.

tales aportes no se confunden con el patrimonio personal del socio, salvo pacto en contrario. La jurisprudencia en comento sustituye la regla general de tipo abstracto, recogida en la ley con un fin de utilidad pública, por otra, cambiante según el criterio del Juez, olvidando que las reglas jurídicas de carácter universal y tipo abstracto son absolutas, y no susceptibles de modificación sino por el Estado.

En resumen, la presunción de fraude o dolo que la sentencia 903 crea en los directivos y accionistas de las empresas del grupo es contraria a la evolución histórica del derecho universal, a nuestra Constitución y hasta al sentido común, pues los grupos empresariales son expresión de la libertad de asociación y de las necesidades jurídicas económicas y sociales del tráfico comercial.

Luce franca e inadmisiblemente desorbitada en el campo del derecho una iniciativa de semejante índole, asumida de oficio por el Juez en nombre del interés público, sin el respaldo preciso de normas legales que regulen la delicada cuestión.

IV. La hermética legislación laboral

15. En apariencia, existen situaciones jurídicas en que, mediante un artificio no prohibido por la ley, pero animado por una intención fraudulenta, el crédito del trabajador no pueda hacerse efectivo sin el extraordinario recurso del levantamiento del velo corporativo. Mas, no cabe duda de que en los casos sentenciados por las Salas Constitucional y Social del Tribunal Supremo de Justicia, dicha teoría resulta superflua por haber podido ser resueltos mediante las normas sustantivas y procesales ordinarias sobre el trabajo por cuenta ajena.

Suprimida la independencia formal que la personalidad jurídica otorga a las sociedades componentes del grupo, el sentenciador se priva del más idóneo recurso que el Derecho del Trabajo posee para lograr que se cumplan las obligaciones legales y contractuales del empleador. Nos referimos a la solidaridad de deudores, instituto corriente en el contexto de la legislación laboral venezolana para aludir a una pluralidad de sujetos vinculados por una misma obligación.

Sirve de paradigma de dicha afirmación el consabido caso de las empresas Transporte Saet, C.A., y Transporte Saet La Guaira, S.A., organizadas y explotadas por el mismo dueño o grupo accionario, ya que este indicio, unido al de la identidad de sus respectivos objetos y a la

unidad de sus comportamientos económicos y sociales, permitían inducir, con fundamento en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo, la unidad económica de las dos mencionadas empresas, manifiestamente divididas “en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas”. Destinado dicho artículo a impedir la fraudulenta dispersión de las utilidades de la empresa entre las agencias y sociedades afiliadas, habría bastado recurrir a dicha norma legal para lograr el fin que el sentenciador se proponía, o sea, el de vincular las dos empresas de la misma unidad en el cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales para con el trabajador demandante.

A semejante conclusión podía llegarse si se considera que Transporte Saet, C.A., efectuó la explotación de su negocio de transporte mediante la intermediación de Transporte Saet La Guaira, S.A., en cuyo caso tanto aquélla como ésta resultaban patronos solidarios de esa explotación. El artículo 57 LOT se ofrece como fórmula idónea para resolver situaciones jurídicas como la que originó la controversial decisión de la Sala Constitucional a la cual nos estamos refiriendo.

16. Insistimos en que el conglomerado de empresas sometidas al control de un único dueño o grupo accionario, las cuales desarrollan sus respectivos objetos mercantiles, independientemente unas de otras, no es el grupo de empresas a que alude el artículo 22 del Reglamento de nuestra Ley Orgánica del Trabajo, cuya estructura reproduce la de las sociedades irregulares en la concepción de Francisco Messineo y del artículo 219 del Código de Comercio.

17. Mas, suponiendo *gratia argüendi* que el Juez del trabajo, en ejercicio de los poderes que las Salas Constitucional y Social le reconocen, confundiera la existencia del grupo en la acepción técnica del artículo 22 Reg. LOT, con las empresas organizadas verticalmente bajo el control único de su dueño (y, en consecuencia, condenara a cualquiera de las empresas del grupo no demandadas), habría incurrido en los graves errores que de seguidas delinearemos:

17.1 Las empresas del grupo vertical condenado no actúan en calidad de recíprocos comitentes y contratistas, obligadas a extender las condiciones de trabajo de todos los empleados y obreros que formen parte del personal de dicho grupo. Es el desvío en que incurre la Sala Social del TSJ en su sentencia N° 242 de 10 de abril de 2003 (*in re*: Rafael Oscar Lara Rangel vs Distribuidora Alaska y otros), al atribuir a la so-

lidaridad, regla jurídica de excepción, inusuales efectos extensivos. Cabe preguntarse, entonces, si las indemnizaciones y prestaciones sociales debidas por los miembros del conjunto de empresas deben ser calculadas con base en las más beneficiosas condiciones de trabajo aplicadas por algún componente del grupo cuya personalidad se desvela.

17.2 La composición accionaria puede no ser exactamente igual en todas las empresas, aunque sea mayoritaria la participación de alguno de los socios; y, a veces, pudieran formar parte del grupo, total o parcialmente, asociaciones, cooperativas y otras sociedades civiles sin finalidades de lucro o, incluso, propiedad exclusiva de los trabajadores, como son las sociedades laborales, existentes en España, arriba indicada (*supra* 7.3.1). En esos casos, la utilidad de la teoría del levantamiento del velo luce opaca y carente de sentido práctico o funcional.

18. Por fortuna, no es en el ámbito laboral donde hace más falta la mencionada teoría jurisprudencial, ni donde encuentra una mayor utilidad, pues la legislación de esa disciplina sortea el riesgo de insolvencia del patrono deudor y la posible burla al derecho insoluto del trabajador, mediante el instituto de la *solidaridad pasiva* contemplado en nuestra ley y en casi todas las leyes y codificaciones del mundo. Como es sabido, esa especie de obligación pone a disposición del trabajador un patrimonio adicional al de su deudor primario, para hacer efectiva la acreencia de un modo más directo y eficaz. Nuestra Ley Orgánica del Trabajo establece al efecto:

18.1 Responsabilidad solidaria de intermediarios y contratistas (arts. 54, 55, 56 LOT).

En un caso semejante al planteado en la sentencia de la Sala Constitucional N° 183, de 8 de febrero de 2002, *Plásticos Ecoplast C.A.*, la vacilación del trabajador demandante, de su abogado y del Juez de juicio, sobre la identidad del responsable como patrono (*véase en la nota 1 del presente ensayo la motivación de esa sentencia*), sólo podría explicarse, vigente ya la LOPT, si se supone incumplido el trámite de la audiencia preliminar prevista en dicha Ley Orgánica Procesal del Trabajo, a cuyo tenor corresponde al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, desvanecer las dudas y resolver en esa oportunidad, a través del despacho saneador, los vicios que hubiere podido detectar de oficio o a petición de parte en el libelo de la demanda (arts. 124 y 134, en concordancia con el art. 5 de dicha ley).

Lo mismo puede decirse respecto a la sentencia N° 0194 de la Sala de Casación Social, (*in re*: Jesús Armando Rodríguez Briceño vs Inversiones Reyac, C.A., Transporte Weeden, C.A., y Transporte Stiwca, C.A., de 29 de marzo de 2005), según la cual el ciudadano Wolfgang Weeden, actuando con el carácter de Presidente de todas las empresas demandadas, comparece a la audiencia preliminar de la causa, en la cual consigna su escrito de promoción de pruebas. En la oportunidad de contestación de la demanda, una empresa denominada STIWCA, C.A., representada por el mismo ciudadano Wolfgang Weeden, reconoce que el demandante le prestó sus servicios, pero alega que ella no es parte en el proceso seguido por ese trabajador contra STIW, C.A.:

En fecha 28 de enero de 2004, se notificó al ciudadano Wolfgang Weeden, en su carácter de presidente de las empresas demandadas. En fecha 11 de febrero de 2004 tuvo lugar la audiencia preliminar, en donde se presentó dicho ciudadano en su carácter de representante de las empresas demandadas y a su vez, en dicha oportunidad consignó escrito de promoción de pruebas, a título personal y no en representación de ninguna de las empresas sino como persona natural.

Así mismo, señala (el apoderado de la parte demandante en el recurso de control de la legalidad) que en fecha 22 de marzo de 2004, quien comparece a contestar la demanda es una empresa denominada STIWCA, C.A., representada por el mismo ciudadano Wolfgang Weeden, que ni siquiera es parte del proceso, con lo cual y vista toda esta situación de enredo procesal trajo como consecuencia que el administrador de justicia violara normas de estricto orden público en detrimento a la naturaleza especial de los derechos protegidos del trabajador.

Es obvio que el alegado defecto del libelo ha debido ser objeto de corrección durante la audiencia preliminar por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, en ejercicio de su función de *despacho saneador* (art. 134 LOPT), pues el reconocimiento de los servicios del trabajador por el representante de STIWCA, C.A. (compareciente al acto de la audiencia preliminar), constituyó una infracción del deber procesal de STIW, C.A. de “determinar con claridad en su contestación los hechos invocados en el libelo que admite como ciertos y los que, en cambio,

niega o rechaza”¹⁶. Según el artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, vigente para la fecha de la sentencia N° 194 de la Sala de Casación Social que comentamos (29 de marzo de 2005), “se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en la demanda respectiva, de los cuales, al contestar la demanda, no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo, ni aparecieran desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso”.

18.2 Sin perjuicio de lo expuesto, también pudo el dueño de las obras, o beneficiario final de los servicios del trabajador, ser considerado comitente de la persona que, en calidad de intermediario o contratista, dio las órdenes y pagó la actividad del dependiente. Ese beneficiario de las obras o servicios del empleado u obrero del intermediario o contratista, quedó convertido, *ipso jure*, en responsable solidario de los salarios insolutos, prestaciones sociales e indemnizaciones demandadas. Claro está que, técnicamente, la acción procesal debe ser también dirigida en casos semejantes contra el dueño de la obra, comitente del intermediario o contratista.

Abrigamos, pues, la impresión de no haberse examinado si la sociedad anónima guaireña actuaba en calidad de contratista o intermediaria de la compañía establecida en Caracas, en cuyo caso el instituto de la solidaridad legal habría resuelto la controversia sobre el crédito laboral insoluto, sin complicaciones de ninguna especie.

18.3 Otro enfoque de fondo para la solución del problema planteado en la referida sentencia N° 183, lo depara con nitidez el artículo 51 LOT (copiado del artículo 12 del Reglamento de 1938 y, más lejanamente, del artículo 11 de la Ley Federal del Trabajo de la República de México sancionada en 1931), pues los jefes de personal, administradores, gerentes, capitanes de buque y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en el seno de una empresa, establecimiento, explotación o faena, se consideran, a todos los efectos legales, “representantes del patrono, aunque no tengan mandato expreso, y obligarán a

¹⁶ En ejercicio de su deber “de desterrar la mala fe procesal, prohibida por el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, impidiendo sus efectos, el juzgador está investido de las facultades procesales suficientes para corregir el vicio señalado con las actas que constan en el expediente” (sent. Sala Constitucional N° 183 de 8/02/02, Plásticos Ecoplast).

su representado para todos los fines derivados de la relación de trabajo” (art. 51 LOT).

Visto desde este ángulo, si la persona de quien el trabajador recibía los salarios, órdenes e instrucciones, no adujo oportunamente en su descargo haber actuado en representación de un tercero, asumió personalmente la responsabilidad consecuente de sus actos “como si el negocio fuera suyo propio”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.691 del Código Civil sobre el mandato.

18.4 Responsabilidad solidaria de las empresas de Hidrocarburos y Mineras.

La presunción de *inherencia o conexidad* de las actividades de comitentes y contratistas del ramo de las industrias de hidrocarburos y mineras, base de la solidaridad de aquellas personas naturales o jurídicas (art. 56 LOT), es ordinariamente interpretada como de carácter *juris et de jure*¹⁷. La solidaridad legal que vincula a ambas personas –comitentes y contratistas o intermediarios–, frente a los trabajadores de éstos, amengua la necesidad y el interés del Juez en sofaldar velo alguno al nexo contractual entre tales sujetos, para descubrir signos de fraude del derecho laboral tutelado. Esa responsabilidad solidaria se extiende hasta cubrir los adeudos sociales de los contratistas y subcontratistas de la comitente de hidrocarburos o mineras para con sus trabajadores, “aun en el caso de que el contratista no esté autorizado para subcontratar” (art. 56 LOT).

18.5 Responsabilidad solidaria de los grupos financieros.

A las diferencias de este tipo legal de agrupación de empresas de personalidad jurídica independiente y patrimonio propio, pero de un mismo dueño, idéntico objeto mercantil y unidad de riesgos, nos hemos referido ya con amplitud. Las empresas *relacionadas* a que se refieren los artículos 161 y 162 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones

¹⁷ En sentido estricto, la presunción de inherencia o conexidad de actividades entre el contratista y el comitente de empresas de hidrocarburos o mineras, no es una presunción desde el punto de vista técnico, sino más bien una disposición legal de orden público, que no requiere de razonamiento lógico alguno para perfeccionarse. Así lo exponemos en el ensayo dedicado a las presunciones laborales, en esta misma obra.

Financieras son, a nuestro juicio, desde el ángulo laboral, simples contratistas de la matriz bancaria, dado que, con elementos propios, desarrollan en beneficio de ésta su ordinaria actividad mercantil (ver: *supra*, II, 7.2).

La noción del grupo en las sentencias sobre el levantamiento del velo no coincide con la del grupo financiero según la Ley General de Bancos, ni con la del artículo 22 del Reglamento LOT:

La noción de grupo, significa 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 determinado, sino para actuar dentro de una o varias actividades económicas permanentemente, de allí su diferencia con asociaciones en cuenta en participación, o consorcios para la construcción o manejos de una obra, o para la explotación de un negocio. (Sent. cit. N° 903, de 14 de mayo de 2004).

Artículo 161 Ley General de Bancos.- (*omissis*). Igualmente, podrán ser consideradas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras como empresas relacionadas a un grupo financiero, aquellas empresas que realicen habitualmente obras o servicios para un banco, entidad de ahorro y préstamo u otra institución financiera, en un volumen que constituya la fuente principal de sus ingresos, siempre que se evidencien relaciones operacionales o de crédito.

La noción autorizada por nuestro más Alto Tribunal, supone la existencia de una sociedad regular, de lícita actuación en el campo del Derecho sustantivo y procesal, de personas, naturales o jurídicas, permanentemente relacionadas. Las vinculaciones entre los sujetos del grupo reglamentario son duraderas, pero no necesariamente de carácter permanente, en las cuales se da también la vida de relación de interés para el Derecho del Trabajo. En éstas son comunes entre los miembros del grupo el objeto y el fin económico que persiguen, así como la administración y el control de los recursos, mediante reglas convenidas voluntariamente por todos los asociados.

En el grupo reglamentario no existe la “*relación entre controlantes y controlados*”, característica del grupo según la sentencia analizada, en

la cual los poderes del controlante derivan directamente de su derecho de propiedad o dominio sobre el capital social. Cuando decimos que en esta especie de asociaciones son comunes las decisiones que se adoptan en su seno, aludimos al hecho de que son obligatorias para todos los componentes del grupo *nolens volens*, es decir, quieran o no quieran.

El artículo 161 de la LGBIF reproduce el contenido del artículo 57 de la Ley Orgánica del Trabajo, referente a los contratistas que realicen obras o servicios “*para una empresa en un volumen que constituye su mayor fuente de lucro*”, lo cual evidencia la operatividad de las reglas laborales en situaciones estrictamente sujetas a la legislación bancaria.

18.6 Responsabilidad solidaria del patrono sustituido.

En garantía del derecho de los trabajadores de las empresas enajenadas a un tercero por sus dueños, los artículos 88 y siguientes de la LOT vinculan solidariamente a los patronos sustituidos en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de los contratos, nacidas antes de la sustitución, hasta por el término de prescripción previsto en el artículo 61 de esa ley (*art. 90 LOT*).

18.7 Responsabilidad solidaria de los socios del grupo, según el Reglamento LOT.

El crédito del trabajador del grupo de empresas, en la acepción del artículo 22 del Reglamento, se mantiene protegido por la solidaridad de quien, en nombre del grupo, contrata al empleado y obrero, de conformidad con lo previsto en el artículo 219 del C. Comercio. En este caso, el grupo de empresas asume la condición jurídica de patrono, titular de una *obligación compleja* por la pluralidad de sujetos responsables de cumplir idéntica prestación, en calidad de deudores mancomunados.

De modo contrario a la letra del artículo 1.223 del Código Civil, el Reglamento LOT declara solidariamente responsables entre sí a los patronos integrantes del grupo de empresas, sin que la Sala Constitucional del TSJ haya objetado la ilegalidad e inconstitucionalidad de la disposición reglamentaria:

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 lu-

gar 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 el 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”¹⁸.

18.8 Responsabilidad solidaria de los socios en las sociedades de comercio. Los contratos entre los comerciantes y sus factores o dependientes.

Empero, la norma reglamentaria tachada de inconstitucionalidad e ilegalidad es, en rigor jurídico, innecesaria para cimentar en ella la responsabilidad solidaria de los socios del grupo de empresas frente a sus trabajadores, vistas las expresas disposiciones que sobre la cualidad profesional de la noción de comerciante y la índole objetivamente comercial de sus actos y operaciones según el Código de Comercio:

La legislación comercial constituye un privilegio que la clase profesional de los comerciantes ha logrado para la tutela de sus intereses públicos y privados. En el sistema mixto seguido por nuestro Código, se enumeran los actos tenidos como comerciales, quienquiera que los ejecute; y se tiene como comerciantes a quienes los realizan profesionalmente. La cualidad de comerciante deriva de la realización del acto de comercio; y determinado el comerciante, como una consecuencia, la ley

¹⁸ Voto salvado del Magistrado Rondón Haaz. Éste asienta, además:

“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 del Código Civil.

“Esta norma excede el marco reglamentario, en cuanto que no se ajusta al espíritu, propósito y razón de la ley que desarrolla, ya que le agrega una cualidad –el principio de solidaridad– a la responsabilidad de los patronos que no está en la ley reglamentada. Esta norma reglamentaria, que no debería recibir aplicación por su evidente inconstitucionalidad, es objeto de una cuestionable interpretación por la mayoría sentenciadora cuando afirma que no se trata de una responsabilidad solidaria, sino de una obligación indivisible del grupo, que actúa como una unidad económica y que se ejerce repartida entre varias personas, y que en materia de orden público e interés social como lo es la laboral, persigue proteger el interés de los trabajadores” (SC. TSJ, sent. N° 903, de 14-05-2004, citada).

presume que todos los actos que nacen de su actividad son comerciales. Así, pues, el carácter de comerciante tiene una directa influencia sobre los demás actos que él ejercita, y desde el mismo momento que ellos se cumplen, queda excluida la índole civil del acto y se reputan comerciales. El propósito legislativo ha sido crear alrededor del comerciante una especial situación regida por una sola ley “*en garantía de los derechos que el adquiere y de las obligaciones que asume*” (*Código de Comercio de Venezuela*, con notas de jurisprudencia del Dr. Luis Loreto y otros, Editorial Andrés Bello, Caracas, 1956).

Según el artículo 1.671 del Código Civil, en las sociedades que no sean de comercio, los socios no son responsables solidariamente de las deudas sociales. Contrapuestamente, el artículo 107 del Código de Comercio, presume que los codeudores de obligaciones mercantiles se obligan solidariamente, si no hay convención contraria.

A su vez, el artículo 2° *ejusdem* enuncia como actos objetivos de comercio los contratos entre el *comerciante y sus factores o dependientes (ordinal 23)*, evidenciando así la posibilidad de que el acto conserve su comercialidad para la persona, natural o jurídica que desarrolla la empresa con fines económicos, sin afectar la naturaleza del acto jurídico realizado por su trabajador, o sea, por una persona física de otra profesión, tutelada por una legislación especial de eminente orden público. Este es, precisamente, el criterio que sigue el distinguido abogado zuliano Néstor Luis Pérez con meridiana claridad:

(...) Dados los términos generales que sirven de epígrafe o encabezamiento común a cada uno de los casos a que alude la presente disposición, compréndese claramente que las operaciones efectuadas por cada una de las dos partes que figuren en la convención, son susceptibles de ser estudiadas y clasificadas de distinto modo por el legislador; es decir, que un mismo acto, por virtud de la varia relación que acaso guarde con los respectivos contratantes, puede ser o no ser, a los ojos de la ley, acto de comercio, según el punto de mira de donde se le estudie, variando así de naturaleza con la modalidad de las circunstancias... el acto objeto de sus negociaciones, será ante la ley de COMERCIO, o al contrario, según que se le estudie en relación con el comerciante o con el tercero, que es preci-

samente el caso que prevé la ley. (Pérez, Néstor Luis, *Tratado General de los Actos de Comercio*, Maracaibo, Imp. Americana, 1941, p. 91).

Esa personalidad dicotómica o dual del comerciante en la ejecución de los actos y operaciones de su empresa, es corriente en el curso de su desempeño económico: igual sucede con los contratos de seguros de vida, expresamente calificados como actos de comercio sólo para la sociedad mercantil aseguradora, la cual obliga por tanto *solidariamente* a sus socios frente al asegurado. También sucede con la cuenta corriente y el cheque, para las personas no comerciantes a menos que procedan de causa mercantil.

El artículo 3° del Código de Comercio excluye de la presunción de comercialidad los contratos y obligaciones de los comerciantes que resulten lo contrario del acto mismo, o sean de naturaleza sometida a reglas civiles (*esto es, en el caso de los dependientes, a reglas propias de la legislación especial del trabajo, según la disposición remisoria del artículo 1.629 del Código Civil*).

Los contratos del comerciante con sus dependientes (art. 2, ord. 23), coadyuvan a la realización y activación de la empresa, pero no participan de su naturaleza lucrativa ni de sus riesgos de pérdida de ganancias. Ejecutan su actividad bajo la dirección del principal (art. 94 del C.Co.), mediante un nexo de carácter laboral en el que asume el comerciante, con el nombre nuevo de *patrono* o *empleador*, obligaciones específicas, distintas a las propias de los actos y operaciones de su profesión.

Siendo, entonces, legal y doctrinariamente posible que una misma relación contractual sea comercial para quien la contrae en ejercicio del comercio, y laboral para quien ejecuta la actividad requerida por el comerciante, resulta aplicable la legislación del trabajo al empleado u obrero que presta el servicio al comerciante o a la sociedad mercantil, y a éstos las normas que rigen los actos y operaciones comerciales.

El artículo 427 del Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919, previsor de la Oficina Internacional del Trabajo y, de hecho, considerado la primera Declaración Internacional sobre los Derechos del Trabajo, enunciaba que el trabajo humano “no debe ser equiparado a las cosas, ni es un artículo de comercio”.

De vieja data es la jurisprudencia sobre el carácter mercantil del vínculo entre una compañía de comercio y su gerente:

Establecido el carácter mercantil de la compañía demandada y probado que el demandante era su gerente general en Venezuela, de acuerdo con el contrato que corre en autos, ese contrato entre un comerciante y su empleado (factor o dependiente) es un acto de comercio porque así lo establece esta disposición legal (art. 2º, ord. 23, C.Co., sent. de 06 de octubre de 1924, *Código de Comercio* anotado por el Dr. Luis Loreto, arriba citado).

Según esta opinión todos los comerciantes componentes de una sociedad irregular responden solidariamente de las obligaciones que contraen con sus trabajadores, conclusión que desarma la complicada elaboración de la jurisprudencia objeto de este ensayo. (Véase, *Grupo de Empresas*, p. 264, a) y b) de esa obra).

19. Las normas reglamentarias sobre las empresas de trabajo temporal, (arts. 24 y ss. Reg. LOT, 1999), cuya actividad permitía el disimulo del verdadero contrato de trabajo entre el solicitante de empleo y la empresa beneficiaria de sus servicios, quedaron derogadas de conformidad con la Disposición Derogatoria Tercera de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo recientemente reformada (G.O. N° 38.236, de fecha 26/07/2005). Desde entonces, las empresas de trabajo temporal quedan sujetas al régimen legal ordinario, es decir, en calidad de intermediarias o contratistas de sus comitentes respectivos, a quienes atan solidariamente frente a los trabajadores que utilizan.

De otra parte, el Reglamento sancionado el 31 de diciembre de 1973 asemejó la figura del intermediario contemplada en el artículo 3º de la Ley del Trabajo de 1936 (*mandatario del patrono*), a la del contratista de obras o servicios, e hizo, por tanto, igualmente solidarios a sus contratantes. La sospecha de ilegalidad e inconstitucionalidad de la disposición reglamentaria de 1973 quedó desvanecida por la reforma de la Ley del Trabajo de 1983, que hizo suya, textualmente, la heterodoxa concepción reglamentaria de la intermediación. De este modo, el conmovedor cuadro que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pinta en la mencionada sentencia *Ecoplast*, parcialmente transcrita (*supra*, 1), de un trabajador confundido e indefenso ante la borrosa imagen del responsable de finiquitar sus derechos legales y contractuales, tiene hoy única-

mente, si acaso, el valor sentimental de un viejo retrato evocador del trabajador de antaño, regido por la Ley del Trabajo de 1936.

A nuestro parecer, lo que sucede en el caso examinado es algo jurídicamente diferente de lo percibido por la Sala Constitucional sentenciadora, ya que, en un primer aspecto, la obligación del grupo constituye una sola obligación de contenido único, *asumida por la unidad de las empresas consorciadas* que actúan como una unidad económica con un interés común, y con la personalidad jurídica precaria que tiene reconocida en derecho. No hay en el caso concreto *una pluralidad de obligaciones*, asumidas conjuntamente por una pluralidad de sujetos independientes en un mismo acto, en proporción a su respectiva participación en el grupo. En frase más sencilla, puede decirse respecto a este primer aspecto del caso *in examine*, que un único sujeto jurídico (el grupo) se hace responsable de cumplir la obligación de pagar íntegramente la deuda que contrajo con su trabajador, según la ley y los contratos aplicables.

En un segundo aspecto, ha de resaltarse que el promotor, administrador y, en general, la persona que haya actuado en nombre del grupo contratando al trabajador, es solidariamente responsable del cumplimiento exacto de la obligación de aquél. De este modo, el trabajador tiene derecho a exigir, y a ejecutar, la obligación del grupo (consistente en una única prestación dineraria) en el patrimonio personal del codeudor solidario, obligado a cumplir la misma cosa (art. 1.221, C. Civil). Ello, sin contar con el efecto concurrente de la teoría sobre la responsabilidad directa de los administradores, ya de aplicación en Colombia según ley 222, de 1995 (Ver: Rafael Bernal Gutiérrez, *La responsabilidad de los administradores de la matriz en los grupos empresariales*, en la obra *Centenario del Código de Comercio de 1904*, editada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, vol. I, pp. 669 y ss., Caracas, 2004).

En resumen, la solidaridad preceptuada en el artículo 22 del Reglamento viene a ser, en rigor, técnicamente innecesaria para explicar que el trabajador tiene siempre derecho a la integridad e indivisibilidad de sus prestaciones sociales, cualquiera que sea el patrono y su forma de organizarse jurídicamente.

20. Tenemos conocimiento del intento de constituir compañías de comercio separadas según las respectivas profesiones, con los cocineros,

mesoneros, personal administrativo y de limpieza de determinados restaurantes y hoteles de la capital. Empero, la constitución de empresas de personalidad jurídica independiente, por trabajadores de oficios conexos con la actividad del hotel o restaurante que con ellas contrata, tampoco ofrece la seguridad de que, por ese equívoco medio sospechoso de fraude, pueda eludirse la responsabilidad de la persona jurídica usuaria de dichas unidades segmentarias de su propia actividad, ya que cada una de ellas deviene intermediaria o contratista del restaurante u hotel que las utiliza habitualmente.

21. Así pues, el laboralista venezolano puede ufanarse de que la posibilidad de fraude a la legislación del trabajo, sustantiva o procesal, provocada por la insolvencia de quien trata de eludir la responsabilidad que el patronazgo entraña, ha perdido su trascendente importancia desde la reforma de la Ley del Trabajo de 4 de mayo de 1945, fecha en que el empleo de contratistas por las empresas de hidrocarburos, mineras y de construcción, hizo solidariamente responsables a sus comitentes.

V. Conclusiones

22. Cabe finalmente preguntarnos si el concepto de unidad económica es realmente útil a la teoría del Derecho del Trabajo. La respuesta, bien meditada, no es otra que para muy poco. La aplicación de las disposiciones legales de orden público laboral no depende de que la empresa a la cual sirve el trabajador, sea de uno o más dueños; de que ella forme parte, voluntaria y autónomamente, de un conglomerado de empresas jurídicamente independientes; de que tal adjunción haya sido impuesta al ente productivo por decisión unilateral de los dueños de su capital, ni de que, con o sin el cobijo de una personalidad jurídica, las funciones, de organización, administración, control y disciplina de la empresa, hayan sido confiadas por aquél a otros trabajadores que dominan las técnicas de producción, administración y mercadeo. En verdad, la efectividad de la legislación del trabajo descansa en un hecho sencillo: la actividad dependiente por cuenta ajena, sea cual sea la persona que lo reciba, sea cual sea la especie de esa actividad, manual o no manual, y la modalidad civil o mercantil de la empresa, explotación o faena del empleador, con la única condición de que la índole del quehacer objeto del contrato de trabajo no sea contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres.

En las mismas supuestas condiciones que conducen, en criterio de nuestro TSJ, a la leva jurisdiccional del velo y a la responsabilidad

personal de los socios y administradores (fraude o simulación en perjuicio de terceros por la insolvencia irreparable del deudor), es imposible evadir la verdad de que no se necesita “unidad económica” para que la sentencia ejecutoria, favorable al trabajador contra la empresa insolvente, pueda hacerse efectiva sobre el patrimonio de los deudores legalmente solidarios según la legislación del trabajo (*infra*, IV). Y si un jurista escrupuloso se opusiera, como nosotros, a la aplicación analógica del artículo 498 de la Ley General de Bancos tantas veces mencionada, respecto de quienes controlaron los órganos de dirección o administración de la empresa insolvente involucrados en el fraude o la simulación¹⁹, no ha de faltar quien aduzca que el único grupo de empresas que sirve de fundamento a la sentencia 903 es, precisamente, el *financiero*, compuesto por empresas *controlantes y controladas*, regulado por la mencionada Ley de Bancos. Esta razón, que un criterio estricto rechazaría por el carácter especial de la norma invocada por analogía, no resulta tan desatentada si se piensa que en un fallo de 15 de marzo del año 2000, el TSJ basó su decisión de levantar el velo en un etéreo e indefinible deber de solidaridad civil y comunitaria entre los componentes del grupo empresarial:

Suele argumentarse que en el proceso civil, siendo las personas jurídicas diferentes a sus socios, ellas no pueden ser objeto de medidas cautelares de ninguna clase en que no son partes (*omissis*). Pero en materia de las medidas nominadas previstas en los artículos 171, 174 y 191 del Código Civil, las cuales no tienen que afectar bienes con el fin de evitar daños a las partes o hacer cesar la continuidad de una lección, no hay razón para que no se pueda ordenar la colaboración de un tercero a fin de obtener un fin, siempre que lo que se le pide no sea ilegal o le desmejore al tercero algún derecho. En la vigente Constitución tal colaboración es una participación solidaria en la vida civil y comunitaria del país, lo cual constituye un

¹⁹ **De las Responsabilidades y las Sanciones. De las Responsabilidades Personales. Artículo 498.-** “Los presidentes, directores, liquidadores, o ejecutivos, administradores, funcionarios y auditores de instituciones financieras intervenidas, estatizadas o en liquidación, así como de sus empresas relacionadas, responderán solidariamente con su patrimonio personal por los daños y perjuicios ocasionados por sus actos a dichas instituciones o a terceros; en aquellos casos en que se demuestre que en su actuación hubo dolo o culpa”.

deber ciudadano a tenor de lo dispuesto en el artículo 132 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁰.

En verdad, todos los pasos del raciocinio de las Salas Constitucional y Social de nuestro Tribunal Supremo lucen dependientes de la libertad del Juez para decidir exento de limitaciones procesales, y posesas del prejuicio de que el crédito del trabajador demandante es el único en el mundo que debe ser satisfecho de cualquier modo, incluso a costa del patrimonio garante del crédito de otros trabajadores y de terceros, como es el de las otras empresas del grupo. Atenidos a una especie de estrategia militar de tierra arrasada y de ocupación forzosa, los magistrados han procedido a sentenciar sin respaldo de norma jurídica alguna que autorice sus decisiones, con el solo respaldo del etéreo principio de favor. Ni siquiera consideran necesaria la citación de las empresas ajenas al contrato de trabajo del demandante, ni la determinación del dolo y de la culpa, a los efectos de las responsabilidades laborales, civiles y penales emergentes sobre los directivos y administradores de la empresa culposa, ni de las demás componentes del grupo, ajenos a la ejecución del contrato de trabajo, pero igualmente involucrados por el presunto comportamiento ilícito de la agrupación, tal como lo exige el artículo 498 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. Por supuesto, al no restringir la condena a la nulidad del acto fraudulento del deudor insolvente, del modo como lo contempla el artículo 1.279 del Código Civil, y lo concibe la Ley de Impuesto sobre la Renta (art. 95) y la legislación Tributaria, la decisiones dictadas descubren su sombría ilegalidad²¹.

²⁰ Sala Constitucional Sent. de 15 de marzo de 2000, (N° 94, exp. N° 00-0086, *in re*: Paul Harinton Schmos vs Corporación 18625, C.A., y otros) con la cual se justificó la aplicación de medidas cautelares a los socios de la sociedad aunque no fueran los demandados en el juicio, con fundamento en un deber de colaboración ciudadana, y no en la presunción de fraude o violación de la ley (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*, Tomo I, p. 823, ed. 2004).

²¹ “Debido a que por la ley todos los miembros tienen una responsabilidad o deben contribuir a resolver una situación”, por lo que conocen de la demanda así no sea contra ellos, si de autos quedan identificados quiénes conforman al grupo y sus características, la sentencia podrá abarcar a los miembros de éste no mencionados en el libelo (*Cfr.*, sent. N° 903 de 14/05/2004, Transporte Saet, C.A., antes mencionada).

Es cierto que el interés individual del trabajador es de orden primario en relación con el de otros acreedores de deudas no alimentarias, y que, en consecuencia, merece la atención judicial. Sin embargo, pensamos que la garantía de pago al trabajador frustrado no puede provenir del injusto daño que puede causar una decisión precipitada y sin fundamentos razonables.

Ningún Juez sujeto a las disposiciones de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo puede allanar la personalidad jurídica de la empresa deudora (y menos de las otras componentes del grupo, no citadas, y ni siquiera mencionadas en el libelo de la demanda), sin antes evidenciar el estado de insolvencia dolosa que justifique su decisión. De conformidad con el artículo 156 de la citada Ley Procesal, en concordancia con los artículos 5 y 6 del mismo texto, el Juez laboral de juicio está facultado para ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad.

23. En consecuencia, de modo previo a su pronunciamiento, puede y debe ese juzgador, en ejercicio de un poder semejante al que tiene el Juez mercantil según el artículo 306 del Código de Comercio, solicitar copias de los balances e informes de los comisarios depositados en las oficinas de la firma demandada; verificar el estado del fondo de reserva para el pago de las prestaciones sociales de los trabajadores asentado en los balances; recabar las declaraciones de Impuesto Sobre la Renta que le permitan formarse una idea cabal del estado económico real de la empresa²². No debe descartarse, como indicio de la intención fraudulenta en la constitución y en las operaciones del giro social, la relación desproporcionada entre el monto del capital social y el de los compromisos convencionales asumidos frente a terceros por la insolvente, así como las transferencias injustificadas de sus ingresos a terceras personas, miembros o no, del grupo de empresas.

²² El deudor en estado de insolvencia está obligado a solicitar la quiebra dentro de los tres días siguientes a la cesación de sus pagos, *so pena* de que ella sea declarada culpable (art. 917, num. 4º, en concordancia con el 925 del Código de Comercio). Desde luego, la presentación en el juicio laboral de una copia certificada de la solicitud del patrono, formulada ante el Tribunal de la quiebra, paralizaría la demanda del trabajador por efecto del fuero de atracción del juicio universal, y evitaría, de paso, la sentencia laboral desurdidora.

Aparte del valor sociológico, ético y jurídico, que la tesis jurisprudencial pueda tener para la sociedad viva, real, encubierta bajo ficciones del Derecho, y de resolver el problema litigioso del demandante, la extraordinaria facultad del Juez de unificar la diversidad jurídica y patrimonial de las empresas conduce hoy, inevitablemente, a un confuso sumidero de incoherencias y vacíos conceptuales, ni siquiera sospechados. En aras de la seguridad jurídica que ofrece al crédito laboral en disputa, el desaprensivo juzgador sacrifica otros derechos, individuales y colectivos, de igual naturaleza de orden público, garantizados hoy por la legislación del trabajo y la Constitución de la República. En otras palabras, nuestro Tribunal Supremo favorece la paradoja de que, prevalido del ánimo de favor característico del derecho laboral, los Jueces de esa disciplina destruyan las reglas y principios que sustentan su inteligente aplicación.

Conclusión final

24. Claro está que es siempre posible una manipulación intencional de los promotores del grupo, con el fin de desviar el objeto lícito de las sociedades integradas hacia hechos o actos que evaden o transgreden un dispositivo legal, o previenen una mala aplicación de la ley. En esos casos fraudulentos de excepción, la teoría del allanamiento puede adquirir genuina utilidad en el campo laboral, de no ser aplicable al caso en litigio el instituto legal de la solidaridad. En general, coincidimos en el punto con la opinión del español Bernardino Herrero Nieto en su obra *La Simulación y el Fraude a la Ley en el Derecho del Trabajo*, cuando expresa:

De todo lo dicho se deduce que el problema de la configuración del fraude no puede reducirse a un solo término, al de la intención, ni al simple hecho o resultado conseguido a través del fraude. La cuestión reside, precisamente, en la forma con que se da vida a esa intención, y la forma en materia de fraude es el arte perverso de despreciar las leyes con apariencia de someterse a ellas. Es, en una palabra, el conjunto de medios oblicuos empleados con el fin de conseguir el resultado que la ley quería prohibir, conformando su conducta de tal modo que no pueda reprobarse directamente. (*Ob. Cit.*, p. 303, Barcelona, 1958).

Pero estamos convencidos de que la protección tutelar que hoy brinda la legislación del trabajo, complementada con disposiciones legales se-

mejantes a las consagradas ya en España y Francia, entre otras naciones europeas (*Fondos de Garantía Salarial, descritos en el estudio dedicado a los privilegios laborales en los procedimientos concursales, en esta misma obra*), ofrece una mejor garantía del interés laboral que la que puede deparar la doctrina del levantamiento del velo con sus inexploradas consecuencias.

Acaso una fórmula sencilla, directa y eficaz, de solución al delicado problema de la insolvencia del crédito laboral, se encuentre en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo de la República de Colombia, cuyo texto reproducimos seguidamente para la reflexiva consideración de nuestro legislador:

Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y estos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión (Ley 15 de 1959, 15).

25. En fin, ateniéndose a ideas del maestro Luis Recasens Siches, la teoría del levantamiento del velo debería ser tomada y manejada como instrumento para una inteligente acción práctica, represiva del fraude manifiesto, y no como un concepto abstracto convertido en mandato judicial inflexible y general:

Entiéndase bien que no se trata en modo alguno de desterrar de la ciencia jurídica los conceptos que se forman por vía de abstracción; aquello contra lo cual se objeta es una manera indebida de servirse de esos conceptos. La ciencia del Derecho, como toda ciencia, necesita elaborar y utilizar conceptos abstractos. Lo que no debe hacer de ninguna manera es tomar y manejar esos conceptos abstractos como mandatos inflexibles, ni convertir sin más las hipótesis en proposiciones definitivamente establecidas²³.

²³ Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, México, 1973, p. 157.

26. Ignoramos si las convenciones colectivas unitarias y la uniformación de condiciones de trabajo en el seno de las empresas de un grupo –siempre sospechoso de fraude según la teoría jurisprudencial–, son hechos *probables* en el Derecho del Trabajo de hoy; aun cuando, en cambio, sí las creemos *posibles* en el Derecho de un no muy lejano mañana, por el efecto renovador de los hechos y circunstancias sociales sobre la conciencia colectiva.

Constitucionalidad de la exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva

*José Manuel Arráiz Cabrices**

Sumario:

Presentación

- 1. Determinación de los trabajadores de dirección y de confianza:** **1.1** *Consideraciones generales.* **1.2** *Antecedentes normativos.* **1.3** *Disposiciones vigentes.* **1.4** *Elementos que califican al empleado de dirección.* **1.5** *Elementos que identifican al*

* **Universidad Santa María (USM), Universidad Católica Andrés Bello (UCAB-Caracas),** Abogado. estudios de Especialización en Derecho del Trabajo. **Universidad Fermín Toro (UFT-Barquisimeto),** Especialista en Derecho Laboral. Centro de Resolución de Conflictos del Colegio de Abogados del Estado Lara (CRC-CAEL), Diplomado en Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Circunscripción Judicial del Estado Lara (Venezuela), Juez Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo.

trabajador de confianza. 1.6 Primacía de la realidad y examen probatorio.

- 2. Ámbito de aplicación personal del Convenio Colectivo y sus exclusiones:** *2.1 Regla general. 2.2 Tipos de exclusiones. 2.3 Exclusión facultativa. 2.4 Modalidades de aplicación en convenciones colectivas de trabajo. 2.5 El régimen jurídico de los trabajadores excluidos.*
- 3. Previsión del Artículo 96 de la Constitución de la República sobre el derecho a la celebración y aplicación de convenios colectivos de trabajo:** *3.1 Situación anterior a la Constitución de 1999. 3.2 Norma constitucional vigente y opiniones doctrinarias. 3.3 Estudio de casos y pronunciamientos judiciales.*

Conclusiones

Presentación

La presente investigación tiene como objetivo principal analizar la exclusión facultativa de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito subjetivo de las convenciones colectivas, en los términos establecidos en los artículos 509 y 552, Parágrafo Único, de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT), en conexión con lo previsto en el Artículo 146 del Reglamento de dicho cuerpo normativo (RLOT).

En este sentido, la Ley laboral venezolana distingue a los trabajadores que ejercen funciones de dirección de aquellos que ocupan cargos de confianza (artículos 42 y 45). Ambas categorías, forman parte del estadió superior de jerarquía dentro de la organización laboral, porque están a medio camino entre los sujetos que personifican a la empresa, establecimiento, explotación o faena, como los integrantes de juntas directivas; y los trabajadores en general (empleados y obreros). Por esta razón, se ha considerado que su cercanía a las máximas autoridades de la estructura laboral justifica excluirlos de los beneficios del convenio colectivo, que en muchas circunstancias deben negociar, suscribir y ejecutar.

Con fundamento en lo expuesto, se pretende:

- a) Determinar las características esenciales de las funciones de los empleados de dirección y de confianza en el ordenamiento jurídico venezolano.
- b) Establecer los límites subjetivos de la contratación colectiva, las formas de exclusión de los trabajadores, así como el

régimen jurídico aplicable a quienes ocupen cargos de dirección y de confianza, exceptuados de la aplicación de las cláusulas de la convención colectiva, conforme a lo dispuesto en los artículos 509 y 552, Parágrafo Único, de la Ley Orgánica del Trabajo.

c) Examinar si la exclusión facultativa de los empleados de dirección y trabajadores de confianza de los beneficios del pacto plural violenta lo dispuesto en el Artículo 96 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prevé el derecho de todo trabajador y trabajadora de estar amparado por la convención colectiva de trabajo.

La investigación incluye el análisis histórico de la normativa de fuente estatal¹, se presentan cláusulas de convenciones colectivas, así como pronunciamientos judiciales² y administrativos³ sobre tales aspectos⁴.

1. Determinación de los trabajadores de dirección y de confianza

1.1 Consideraciones generales

Antes de que el ordenamiento jurídico laboral venezolano definiera a los trabajadores de dirección y de confianza, autores, como Caldera (1960)⁵, se referían a los altos empleados⁶ y a las personas que desempeñaban

¹ Las leyes y demás actos normativos y sus abreviaturas se indican en el texto. *Op. Cit.*: Obra o citada, artículo o trabajo citado.

² Todas las sentencias emanadas de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia son anteriores al 31-12-2008 y se consultaron en www.tsj.gov.ve, salvo indicación en contrario. Se citan con su número y año, luego el día y mes. Las Salas se identifican con las siguientes abreviaturas: SCS: Sala de Casación Social; SC: Sala Constitucional y SPA: Sala Político Administrativa. GF: Gaceta Forense.

³ Todos los pronunciamientos del Ministerio del Trabajo se consultaron en www.mintra.gov.ve, salvo indicación en contrario. La abreviatura CJMT identifica a la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo.

⁴ Por la naturaleza de esta colaboración –que debe ser breve–, se omitieron deliberadamente algunos conectores y párrafos de explicación y ampliación de los criterios doctrinales, administrativos y judiciales. En general, la información se organizó en orden cronológico, manteniendo la relación con las disposiciones derogadas y vigentes. Se advierte que en algunos pasajes se incluyen pronunciamientos de vieja data con otros de fecha reciente para destacar la permanencia, superación o regresión de su contenido.

⁵ Caldera, Rafael, 1960, *Derecho del Trabajo* (2° ed.). Librería El Ateneo Editorial. Argentina.

⁶ “La vinculación de éstos a la empresa es tan íntima, que la personifican, por así decirlo, ante el público y los demás trabajadores; y su situación económica puede revestir condiciones de bonanza que lleguen casi a disipar la idea de subordinación económica” (Caldera, 1960, p. 228).

funciones de dirección o administración en la Junta Directiva de la organización laboral; y/o eran condueños de la misma (pp. 228-231).

Alfonzo-Guzmán⁷, afirmó que es difícil, por no decir imposible, dar una definición de este tipo de trabajadores; y que buena parte de las leyes americanas y europeas tienden a comprender los conceptos trabajador de dirección y de inspección en una sola categoría genérica de empleados de confianza⁸. De igual forma, Caldera⁹ señaló que “algunas leyes excluyen por entero del Derecho del Trabajo a los altos empleados; otras adoptan, como sucede en Bélgica, el sistema de establecer reglas completamente separadas y diferentes entre los empleados corrientes y los que rebasan cierto nivel de importancia”.

Según Mujica Rodríguez¹⁰ los antecedentes de la categoría de trabajadores de dirección se encuentra en el Artículo 11 de la Ley Federal del Trabajo de México, circunscrita a la declaratoria de que los trabajadores de dirección, gerentes, administradores y demás personas que ejerzan cargos de dirección y administración representan al empleador.

Cabanellas¹¹ distingue a los trabajadores de confianza y a los altos empleados¹²: “Los de confianza difieren de los altos empleados, porque ocupan puestos menos elevados y ejercen pocas atribuciones de dirección”.

⁷ Alfonzo-Guzmán, Rafael, 1967, *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana*. UCV. Caracas. 1967. Tomo I. pp. 571-574.

⁸ En el mismo sentido: Mille, Gerardo, 1999, *Temas Laborales Volumen XII: Comentarios sobre Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Laboral: 1998-1999*. Paredes Editores. Venezuela, Caracas. “A nivel mundial, los estudiosos han coincidido en que es sumamente difícil lograr una definición precisa y definitiva de lo que son los trabajadores de dirección o de confianza, habida consideración de que el principio general está conformado por el hecho de que todos los trabajadores son normales, comunes u ordinarios, en tanto que los trabajadores de dirección o de confianza son la excepción que, como tal, debe interpretarse en sentido restrictivo”, p. 145.

⁹ Caldera, 1960, *Op. Cit.* p. 228.

¹⁰ Mujica Rodríguez, Rafael, 1971, *Las obligaciones en el Contrato de Trabajo*. Editorial La Torre. Caracas, pp. 68-69.

¹¹ Cabanellas, Guillermo, 1998, *Diccionario de Derecho Laboral* (corregido, ampliado y actualizado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Claudia Flaibani). Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, p. 222

¹² Define a los empleados de confianza “los que, por la responsabilidad que tienen, las delicadas tareas que desempeñan o la honradez que para sus funciones se exige, cuentan con fe y apoyo especiales por parte del empresario o dirección de la empresa [...] Los empleados de confianza son trabajadores y su relación de trabajo es laboral, con esta particularidad en cuanto a su término: que sin la fe puesta en ellos por el patrono, el nexo contractual no puede subsistir” (Cabanellas, 1998, *Op. Cit.*, pp. 221-222).

Actualmente, los artículos 42 y 45 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT)¹³ venezolana definen a los empleados de dirección y a los trabajadores de confianza. Seguidamente se analizará el desarrollo de estas categorías de trabajadores en la legislación derogada, la doctrina y jurisprudencia.

1.2 *Antecedentes normativos*

Ninguna de las versiones y reformas de la Ley del Trabajo (1936, 1945, 1947, 1966, 1974, 1975 y 1983)¹⁴ –hoy derogada– incluyó una definición de los trabajadores de dirección y de confianza, aunque se previó la posibilidad de exceptuarlos de los beneficios de la convención colectiva y los excluyó de los límites ordinarios de duración de la jornada de trabajo¹⁵.

La ruta seguida por los reglamentos de la Ley del Trabajo fue distinta. El Reglamento de 1938 (RLT)¹⁶ enumeraba a los trabajadores que desempeñaban puestos de confianza: Los parientes del dueño o patrono, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, que realizaran una ocupación permanente y cuyos servicios eran remunerados (Artículo 56).

En este contexto, el Tribunal Superior del Trabajo, en sentencia de fecha 30 de diciembre de 1946 estableció que “la situación de los empleados de confianza, a juicio del Tribunal, es aquella que caracteriza en general a los altos empleados, pero también a aquellos a los cuales se les ha confiado algún aspecto del funcionamiento interno de la empresa. Los altos empleados y en ocasiones los empleados de confianza son los que, por ausencia o delegación del patrono deben cuidar de la existencia, intereses, prosperidad, seguridad del establecimiento o factoría, restablecer el orden entre los trabajadores; en general, son los responsables de la buena marcha de los negocios en los centros de trabajo, es decir, que es aquel que puede sustituir los trabajos personales del propio pa-

¹³ La última reforma se publicó en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.125, Extraordinario, de fecha 19 de junio de 1997.

¹⁴ La última reforma de la Ley del Trabajo (LT) se publicó en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 3.219, Extraordinario, de fecha 12 de julio de 1983.

¹⁵ Artículos 49 y 61 de la LT de 1983.

¹⁶ Publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, Número Extraordinario, de 5 de diciembre de 1938.

trono, estando generalmente vinculado al interés lucrativo de la empresa”, o le corresponde ocupar ese cargo “por su carácter técnico, ya por su habilidad personal en la dirección de los negocios de la empresa o parte de ella”¹⁷.

En 1959, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, se refería a los empleados de dirección y de confianza como si formaran una sola categoría, definiéndolos como aquellos que están vinculados con el patrono en tal forma, que la personalidad de éste se subsume en la de quien tiene a su cargo el puesto de dirección o de confianza.

La jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia en la década de 1960 ordenó que la calificación de estos trabajadores la establecieran los jueces en cada caso y con los elementos de autos¹⁸.

Como se puede apreciar, en esta etapa la jurisprudencia judicial y los pronunciamientos administrativos (dictámenes, providencias y resoluciones) perfilaron progresivamente, las características esenciales de esta clase de trabajadores, hasta que en 1973, la reforma reglamentaria¹⁹ los definió²⁰.

Efectivamente, el Reglamento de 1973 requería varias condiciones *para considerar que un empleado ejercía funciones de dirección*: Que tuviera el carácter de representante general del empleador frente a otros trabajadores o terceros; que pudiera sustituirlo en todo o en parte de sus funciones de administración, comprometiendo la responsabilidad de aquél;

¹⁷ Ver en: Porras Rengel, Juan (s.f.), *Jurisprudencia de la Ley del Trabajo*. Fundación “Rojas Astudillo”, Tomo III, p. 2.420.

¹⁸ La sentencia que da origen al criterio es de fecha 27 de julio de 1960, como se especifica, a su vez, en la decisión de fecha 14 de mayo de 1965 que se puede consultar en: Odón Acosta, José, 1972, *Nueva Jurisprudencia del Trabajo*. Ediciones Schnell, C.A. Caracas, p. 322.

¹⁹ Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 (RLT), publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 1.631, Extraordinario, de fecha 31 de diciembre de 1973.

²⁰ “Artículo 15.- *Son empleados de dirección* los trabajadores que tengan el carácter de representantes generales del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puedan sustituirlo en todo o en parte de sus funciones de administración comprometiendo la responsabilidad del patrono; y de cuya actividad y alto grado de responsabilidad dependa el buen resultado de los trabajos.- Artículo 17.- *Son trabajadores de confianza* las personas cuya labor implica la posesión de secretos industriales o comerciales del patrono; o su participación en la administración del negocio o en la supervisión de los demás trabajadores o en servicios personales del patrono” (cursiva agregada).

y que de su actividad y alto grado de responsabilidad dependiera el buen resultado de los trabajos (Artículo 15 RLT).

Por otra parte, la calificación de un *trabajador de confianza* exigía el cumplimiento de varios requisitos impuestos por el Reglamento: Que su labor implicara la posesión de secretos industriales o comerciales del patrono; participara en la administración del negocio; en la supervisión de los demás trabajadores; o que realizara servicios personales al patrono (Artículo 17 RLT)²¹.

En 1974 entra en vigencia la Ley Contra Despidos Injustificados (LCDI)²², para regular el derecho a la estabilidad²³ y en el Artículo 12, literal c, excluía de su ámbito de aplicación a los trabajadores de dirección o de confianza; y a quienes actuaran como representantes del patrono²⁴, dejando la calificación de dichos cargos a la Comisión Tripartita, órgano administrativo compuesto por un representante del Ministerio del Trabajo, uno por la organización sindical de trabajadores más representativa y otro en representación de los empleadores, que actuaban en primera y segunda instancia (Artículo 8).

Varios autores analizaron la Ley Contra Despidos Injustificados y su Reglamento (RLCDI)²⁵, comentando la situación de las categorías de

²¹ En dictamen del 4 de enero de 1960, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo había establecido las categorías de actividades que calificaban al empleado de confianza: “a) Los representantes generales del patrono, cuando tengan carácter de trabajadores; b) Los directores técnicos y administradores y sus colaboradores, tales como jefes de laboratorio, de producción, de compras y ventas, de personal y otros semejantes, de cuya actividad y alto grado de responsabilidad dependa el buen resultado de los trabajos; c) Las personas que tengan a su cargo la vigilancia general de los trabajos; y d) Los empleados que presten servicios personales al patrono, tales como el secretario o secretarios particulares y cuya discreción y celo son indispensables para un trabajo eficaz” (ver en Porras Rengel, Tomo III, p. 2.439).

²² Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 30.468, de fecha 8 de agosto de 1974.

²³ Arráiz, José, 2008, *Garantía individual de permanencia en el empleo y la nueva estabilidad laboral en Venezuela*, en *Derecho del Trabajo*, revista N° 5/2008, Extraordinario. Fundación Universitas. Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela, pp. 807-826.

²⁴ Nótese que la LCDI trató forma idéntica a tres categorías distintas de trabajadores: De dirección, de confianza y representantes del patrono, pero este criterio se abandonó en 1990 cuando se promulga la LOT, en el Artículo 112, que sólo excluye de la estabilidad a los trabajadores de dirección.

²⁵ Publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 30.604, de fecha 22 de enero de 1975.

trabajadores bajo estudio, como Araujo (1974)²⁶, que definió a los trabajadores de confianza como los “que tengan en sus manos la gestión administrativa de la empresa o cualquier otra actividad similar; los que no están sometidos a un horario fijo o los que ordenan abrir y cerrar el establecimiento mercantil y los que tienen los secretos de la empresa”.

Acosta²⁷ se refirió a los trabajadores de dirección, de confianza y de inspección en forma global o conjunta, como aquellos que por ejercer las más altas funciones dentro de la empresa, están tan íntimamente ligados a los intereses de ésta, que de ellos depende, en gran medida, la buena marcha de la gestión diaria de esas organizaciones mercantiles y remite, para la definición del empleado de dirección y del trabajador de confianza a los artículos 15 y 17 del Reglamento de la Ley del Trabajo.

En igual sentido se pronunciaron Torres (1978, 287-289)²⁸ y Hung (1979, pp. 66-71)²⁹. Éste se pregunta si el cumplimiento de los requisitos exigidos en las normas para la calificación de un cargo de dirección debe ser concurrente; que no necesariamente todo trabajador que representa al patrono es empleado de dirección y/o de confianza; y que existen situaciones prácticas que escapan a los estrechos márgenes de la norma (Hung, 1979, pp. 66-68).

En 1985, el Senador Vitalicio Rafael Caldera presentó el Anteproyecto de Ley³⁰ y propuso dar rango legal a las definiciones de los trabajadores de dirección y de confianza³¹, normas que pasaron sin modificación al Proyecto de Ley; y son casi idénticas a las promulgadas, salvo por eliminar algunas menciones.

²⁶ Araujo, Jesús, 1974, *Comentarios a la Ley del Trabajo*. Italgráfica, S.R.L. Caracas, pp. 35-37.

²⁷ Acosta, Sabas, 1976, *Ley Contra Despidos Injustificados: Estudio analítico de sus más importantes disposiciones*. Ediciones Magón, Venezuela, Caracas, pp. 86-88.

²⁸ Torres, Iván, 1978, *Despidos Injustificados. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*. Tipografía y Litografía Mauro, S.R.L., Venezuela, Caracas.

²⁹ Hung, Francisco, 1979, *Contribución al Estudio de la Ley Contra Despidos Injustificados*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

³⁰ Caldera, Rafael, 1985, *Anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo*. Ediciones del Congreso de la República. Caracas, Venezuela.

³¹ “Artículo [s.n.].- *Es empleado de dirección* el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo, en todo o en parte, en sus funciones de administración.- Artículo [s.n.] *Es trabajador de confianza* aquél cuya labor implica la posesión de secreto industrial o comercial del patrono; o su participación en la administración del negocio, o en la supervisión de otros trabajadores, o en servicios personales del patrono” (cursiva agregada).

1.3 Disposiciones vigentes

La Ley Orgánica del Trabajo define al empleado que ocupa un cargo de dirección y al trabajador que ocupa cargo de confianza, en los siguientes términos³²:

Artículo 42.- Se entiende por empleado de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo, en todo o en parte, en sus funciones.

Artículo 45.- Se entiende por trabajador de confianza aquel cuya labor implica el conocimiento personal de secretos industriales o comerciales del patrono, o su participación en la administración del negocio, o en la supervisión de otros trabajadores.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Trabajo (1990)³³ señala que “las definiciones [...] buscan facilitar y precisar la aplicación de algunas normas jurídicas que en determinados aspectos pueden interesar, tal como el de la duración de la jornada de trabajo”.

Destaca Jaime³⁴ que “la Ley emplea al término empleado de dirección, y no trabajador de dirección, por cuanto esta categoría de trabajadores está limitada a los empleados; no se concibe un obrero de dirección”. Luego agrega que, “a diferencia del caso de los empleados de dirección, sí podemos encontrar obreros que puedan ser calificados como trabajadores de confianza, aun cuando no sea una figura muy frecuente, como sería el caso de los capataces” (p. 39). Se debe destacar que en el dictamen de fecha 10 de abril de 1959, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo expresó que “el caporal [capataz], por ser obrero, no puede ser empleado de confianza”³⁵.

³² Ambos artículos corresponden al texto legal de 1990 y no sufrieron modificaciones en 1997.

³³ Congreso de la República, 1990, *Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Trabajo*, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, Extraordinario, N° 4.240, de fecha 20 de diciembre de 1990.

³⁴ Jaime M. Héctor A., 2001, *Título I: Normas Fundamentales*, en Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento (3ª ed.). Coordinador: Oscar Hernández. Jurídicas Rincón. Barquisimeto. Venezuela. 2001, pp. 11-63.

³⁵ Ver en Porras Rengel, *Op. Cit.*, Tomo III, p. 2.437.

A pesar de las opiniones contrapuestas, siempre hay que recordar que el elemento calificador del cargo como de dirección o de confianza, no es el trabajo manual (obreros) o intelectual (empleados), sino que las funciones encuadren en los supuestos de los artículos 42 y 45 de la Ley Orgánica del Trabajo, a tenor de lo previsto en el Artículo 47 *eiusdem*³⁶.

Según Mille³⁷, para identificar si un cargo es de dirección o de confianza, “no son determinantes la cuantía del sueldo o salario, ni la flexibilidad en el horario o importancia derivada del nombre del cargo”; y agrega que “parecen tener más peso, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, aspectos como la firma de correspondencia aceptando compromisos; la facultad de ordenar o aprobar ingresos y despidos, aumentos salariales, cotizaciones y órdenes de compra; vacaciones, permisos remunerados, horas extras, etc.”, así lo había expresado el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo del Estado Táchira, en sentencia de fecha 25 de octubre de 1961³⁸.

El análisis de estas disposiciones obliga a comparar factores como la jerarquía (nivel o grado del cargo en la organización), la autoridad (nivel de mando y decisión) y la autonomía o independencia en el ejercicio o cumplimiento de las funciones propias del cargo³⁹.

³⁶ Sobre la distinción entre obreros y empleados, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Trabajo (1990) expresa: “Se discutió en el seno de la Comisión la conveniencia de eliminar totalmente o no, la mención de obreros y empleados, como especies de trabajadores, dentro del concepto general. Se adoptó el criterio, que no fue unánimemente compartido, de mantener a través de toda la legislación el término trabajador, pero admitir casos excepcionales, en los que efectivamente se puede proteger mejor a los propios trabajadores estableciendo la distinción: como lo relativo al término para la duración de los contratos por tiempo determinado o al cómputo separado del porcentaje en la cuota necesaria de los salarios para los trabajadores venezolanos. Prevalió el criterio de que si se eliminara allí la distinción entre empleados y obreros se permitiría un escape en perjuicio del sector de los trabajadores manuales” (p. 02).

³⁷ Mille, 1999, *Op. Cit.*, pp. 147-148.

³⁸ Ver en Porras Rengel, *Op. Cit.*, Tomo III, p. 2.444.

³⁹ Mille, 1999, *Op. Cit.*: “Deberá tenerse presente que todos estos factores o elementos tienen un considerable grado de relatividad, pues si en un departamento, por ejemplo, se manejan secretos industriales y todo el personal de ese departamento tiene acceso a ellos, será difícil pretender que todo ese personal tenga la categoría de empleado de confianza, pues en todo caso lo serán el Jefe y su inmediato, y tal vez alguien más, pero difícilmente todos. En otras palabras: en ese departamento, la condición de trabajador de confianza resultará de otros factores, pero no de la posesión del secreto industrial o de su conocimiento” p. 147.

La Comisión Tripartita Laboral Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, en la Resolución N° 81, de fecha 3 de agosto de 1982 estableció que “facultades como las de: seleccionar, contratar o ingresar personal a la empresa, asignándoles cargos y remuneración, hacer nombramientos de gerente de grupos, autorizar transferencias de personal, autorizar bonificaciones económicas fuera del salario básico de un trabajador, conceder aumentos de salarios [...] ordenar la reducción de un gasto de la empresa, autorizar la concesión de préstamos, autorizar la concesión de vacaciones al personal de la empresa, decidir sobre el monto de un premio, poder decidir sobre el número de ventas que podían realizarse en una determinada localidad [...] manejar el dinero de la empresa y autorizar a otra persona para que proceda a su manejo, poder revocar una decisión tomada por otra persona [...] y otras señaladas en el escrito de la reclamada, constituyen entre otras las facultades que caracterizan a un empleado de dirección o confianza”⁴⁰.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia afirma que “dado el carácter excepcional⁴¹ de la condición de empleado de dirección [y también de confianza] respecto al resto de los trabajadores de una empresa, así como las características propias de este tipo de relación laboral, debe concluirse que existe una *presunción iuris tantum* que todo trabajador está vinculado con su patrono mediante una relación de trabajo ordinaria, y ante el alegato de que se trata de un empleado de dirección, resulta indispensable probar que de conformidad con la naturaleza de las funciones ejercidas, se dan los caracteres de la excepción” (sentencia N° 1975-07, 04-10).

La Sala también sostiene que las definiciones legales citadas son de “naturaleza genérica y los criterios en ella mencionados son meramente orientadores para determinar cuáles trabajadores están incluidos en di-

⁴⁰ Ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral*. Italgráfica, S.R.L. Venezuela. 1983. N° 4, pp. 258-261.

⁴¹ Esta calificación sobre el carácter excepcional de los cargos de dirección y de confianza lo expresó la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, en fecha 8 de noviembre de 1962 (ver en Porras Rengel, *Op. Cit.*, Tomo III, p. 2.445); y también las comisiones tripartitas laborales (ver *infra*: Comisión Tripartita Laboral Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, Resolución N° 34, de fecha 12 de julio de 1982).

cha categoría, dependiendo siempre, [...] de la naturaleza real de los servicios prestados” (sentencia N° 542-00, 18-12)⁴².

1.4 *Elementos que califican al empleado de dirección*

La definición de la Ley Orgánica del Trabajo se distingue de la reglamentaria de 1973 y del Anteproyecto, porque omite varias frases como “funciones de administración”, “comprometiendo la responsabilidad del patrono” y “de cuya actividad y alto grado de responsabilidad dependa el buen resultado de sus trabajos”.

Jaime⁴³ informa que a estos trabajadores “comúnmente se les llama también, altos empleados o altos ejecutivos de la empresa” y “prácticamente este tipo de empleados se identifica con la persona del patrono”. Para Carballo⁴⁴, “el rasgo esencial de esta categoría de trabajadores consiste en la generalidad de los atributos que ostentan en el seno de la unidad productiva, esto es, sus poderes (de decisión, influjo o representación del patrono) alcanzan a la globalidad del proceso productivo, se despliegan en la esfera plena (o, por lo menos, en una fase relevante) de la empresa”.

A continuación se analizarán los aspectos que establece el Artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo para considerar si el trabajador ejerce funciones de dirección:

1.4.1 Interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa.

A juicio del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social:

Cuando el legislador se refiere a esta categoría de empleados, indicando que son aquellos que intervienen en la dirección de

⁴² En la sentencia N° 46-04, 20-01, la Sala de Casación Social calificó al trabajador de dirección porque ocupaba el cargo de gerente de la región nor-oriental, sin indicar los medios de prueba que la fundamentaron; luego señala que “siendo así, constata la Sala [...] que la sentencia [...] impugnada [mediante control de la legalidad] al conocer y decidir el procedimiento de calificación de despido, en este caso declarado con lugar, cuando el accionante está legalmente excluido del procedimiento de estabilidad laboral, por tratarse de un empleado de dirección, incurrió en la violación del artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la que este recurso excepcional interpuesto resulta procedente aunque por una infracción diferente a la planteada por el recurrente”.

⁴³ Jaime, 2001, *Op. Cit.*

⁴⁴ Carballo M., César, 2002, *La noción de Empleado de Dirección y el status de los miembros de la Junta Directiva de una Sociedad Mercantil*, en Revista de Derecho N° 5, 2002, Tribunal Supremo de Justicia. Fernando Parra A., editor. Caracas. Venezuela, pp. 225-252.

la empresa, no pretende que sea considerado como empleado de dirección cualquier trabajador que de alguna manera tome o transmita decisiones, pues en el proceso productivo de una empresa gran número de personas intervienen diariamente en la toma de decisiones, muchas de ellas rutinarias y considerar a todo el que tome una resolución o transmite una orden previamente determinada como empleado de dirección llevaría al absurdo de calificar a la gran mayoría de los trabajadores como empleados de dirección, obviando el carácter restringido de tal categoría de trabajadores. Son empleados de dirección sólo quienes intervienen directamente en la toma de decisiones, que determinan el rumbo de la empresa y que pueden representarla u obligarla frente a los demás trabajadores” (SCS, sentencia N° 542-00, 18-12).

En la sentencia N° 368-00, 09-08 la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia concluyó que si las decisiones tomadas por el supuesto trabajador de dirección estaban sujetas a ratificación, no puede calificarse el cargo de tal categoría; pero si supervisaba a otros trabajadores podría considerarse trabajador de confianza (sentencia N° 603-07, 03-07).

“Es evidente que por la intervención decisiva en el resultado económico de la empresa o en el cumplimiento de sus fines de producción, los empleados de dirección se encuentran de tal manera ligados a la figura del empleador, que llegan a confundirse con él o a sustituirlo en la expresión de voluntad. Para que un trabajador pueda ser calificado como empleado de dirección, debe quedar claro que éste participa en la toma de decisiones y no sólo ejecuta y realiza los actos administrativos necesarios para cumplir con las órdenes, objetivos y políticas que han sido determinadas previamente por el patrono y los verdaderos empleados de dirección” (SCS, sentencia N° 542-00, 18-12)⁴⁵.

⁴⁵ En sentido similar se pronunció la Comisión Tripartita Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, en la Resolución N° 114, de 19 de octubre de 1982: “[...] de conformidad con el Manual de Política de Procedimientos, promovido por la actora sin objeción de la empresa, todas estas comunicaciones estaban sujetas a aprobación superior previa [...] no era el gerente de compras quien tomaba la iniciativa, es decir, la decisión original para la realización de una compra, sino el departamento que requiere la adquisición en cuestión”. Ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1983, N° 5, pp. 313-315.

En la sentencia N° 2243-07, 06-11 la Sala sostiene que “no quedó demostrado que las actividades de la actora [trabajadora demandante] intervinieran en forma decisiva en el resultado económico o en el cumplimiento de los fines de producción, que por su profunda vinculación con la figura del empleador, pudiera llegar a confundirse con él o a sustituirlo en la expresión de su voluntad”.

Se concluye que el empleado de dirección interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la organización con suprema relevancia o importancia; sus opiniones son determinantes en el giro del negocio⁴⁶. Sus atribuciones van más allá de la simple administración, hasta actos de disposición para el desarrollo de la actividad a la que se dedica la organización laboral.

1.4.2 Tiene el carácter de representante del empleador frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo total o parcialmente.

Bajo la definición del Reglamento de 1973, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 21 de enero de 1988, bajo la ponencia de la Magistrada Cecilia Sosa, expresó que “[...] es evidente que para el caso del trabajador de dirección la relación de supremacía del trabajador frente a otros trabajadores debe ser de tal magnitud que éste debe erigirse en representante general del patrono [y] poderes frente a otros trabajadores que lo coloquen a un nivel de responsabilidad en los asuntos propios de la empresa. Se observa pues, como respecto a este requisito [...] el previsto para la calificación como trabajador de dirección resulta ser más riguroso; mas, sin embargo, en lo que atañe al trabajador de confianza, si bien no se exige tal rigurosidad, ha establecido la norma como condición para ello, que dicho trabajador ejerza funciones de supervisión frente a los demás trabajadores”⁴⁷.

Según la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia, la sustitución que hace el trabajador de dirección

⁴⁶ Sostiene Jaime, 2001, *Op. Cit.*, que “el criterio utilizado por la jurisprudencia nacional para caracterizar los empleados de dirección es muy restringido, pues señala que tal noción es únicamente aplicable a los altos ejecutivos o gerentes de las empresas que participan en lo que se conoce como grandes decisiones, es decir, en la planificación de la estrategia de producción, en la selección, contratación, remuneración movimiento de personal, en la representación de la empresa y en la realización de actos de disposición de su patrimonio” (p. 38).

⁴⁷ Ver en Mille, 1999, *Op. Cit.*, pp. 150-152.

en las actividades inherentes al empleador no tiene que ser total, “sino únicamente en algunas funciones atinentes al cargo que le ha sido confiado” (sentencia de fecha 5 de diciembre de 1962, GF 38, 2E, p. 164)⁴⁸.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia considera que “cuando el empleado de dirección representa al patrono frente a terceros o frente a los demás trabajadores, debe entenderse que tal acto [...] es el resultado de las apreciaciones y decisiones que él ha tomado o en cuya toma participó, y no actúa como un mero mandatario; pues, si bien la condición de empleado de dirección implica un mandato del patrono, aún tácito, no necesariamente todo mandato implica que detrás del mismo subyace la condición de empleado de dirección” (sentencia N° 542-00, 18-12).

Más adelante, la Sala agrega que “toda vez que el empleado de dirección ejerce poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, estos poderes deben ser ejercitados con autonomía y responsabilidad, sólo estando limitados por las instrucciones y criterios emanados directamente del dueño de la empresa o de su supremo órgano de gobierno” (sentencia N° 542-00, 18-12).

En la sentencia N° 603-07, 26-03, la Sala estableció que, a pesar de que el trabajador “dirigía comunicaciones a terceros, no representaba a la empresa pues no podía sustituirla en sus funciones ni total, ni parcialmente”, situación que no encuadra en el supuesto legal.

Se concluye que el empleado de dirección tiene el carácter de representante del empleador frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo, en todo o en parte, en sus funciones; se trata de una representación legal, sin necesidad de poder o mandato expreso, lo que no excluye la posibilidad de que pueda otorgarse dicha representación por vía convencional (SCS, sentencia N° 128-02, 28-02)

En la sentencia N° 2243-07, 06-11 “quedó demostrado que la actora tenía un poder especial para otorgar finiquitos de fianzas en representación de la empresa y tenía firma autorizada tipo B en la cuenta del patrono en el Banco Exterior, pero ello no es suficiente para establecer

⁴⁸ Ver en Bustamante, 1978, *15 años de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: Sala Civil, Mercantil y del Trabajo*. Ediciones de la Contraloría. Caracas. Venezuela.

que los trabajadores o terceros la consideraban una representante del patrono, razón por la cual tampoco se cumple con este requisito”. Este criterio de la Sala de Casación Social es similar al establecido en la sentencia emanada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 26 de julio de 1984, bajo la ponencia del Magistrado Pedro Miguel Reyes, en la cual se resuelve que, como no constaba que las personas constituidas en factores mercantiles o apoderados hubiesen ejercido tales funciones, ese acto unilateral de la demandada no era suficiente para demostrar la condición del trabajador⁴⁹.

Al comparar lo previsto en los artículos 42 y 50 de la Ley (LOT), las facultades de dirección van unidas indisolublemente a la representación, pero no todo representante del empleador es trabajador de dirección⁵⁰.

1.5 Elementos que identifican al trabajador de confianza

Con la Ley Orgánica del Trabajo se elimina la mención de “los servicios personales del patrono” como elemento característico del cargo de confianza⁵¹. Según Mille (1999)⁵², “[...] tales trabajadores nunca cuadran apropiadamente en la inteligencia del concepto mismo de trabajador de confianza. Cuando un trabajador le compra cigarrillos o periódico a su jefe; o le deposita algún dinero en el Banco, o le lleva el carro a poner gasolina o le repara el carro o le pinta la casa; o simplemente realiza tantas otras modalidades de trabajo particulares o personales del patrono o de alguien que lo representa, no adquiere ese nivel, rango o jerarquía que caracteriza generalmente al llamado trabajador de confianza y que tenemos concebido o relacionado con labores de importan-

⁴⁹ Ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1985, N° 12, pp. 359-377.

⁵⁰ Este error se observa en algunas convenciones colectivas que serán citadas en esta investigación, quizás porque el Artículo 12, literal c, de la LCDI igualaba a los trabajadores de dirección, de confianza y representantes del patrono al excluirlos del régimen de estabilidad.

⁵¹ La Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 27 de junio de 1972 estableció: “Por trabajos personales del patrono dentro de la empresa, a objeto de calificar a un empleado como de confianza, debe entenderse no sólo a las labores de importancia y de cuidado que el empleado preste directamente a la persona física del patrono, sino que entran también en esa categoría las labores que presta el empleado sustituyendo en cierto modo las funciones propias del patrono, por delegación que éste haya hecho, en atención precisamente de la confianza que le ha inspirado el trabajador por sus cualidades profesionales y morales”. Ver en Bustamante, Maruja, 1978, *Op. Cit.*, p. 78.

⁵² Mille, 1999, *Op. Cit.*

cia y casi siempre como un sujeto de quien depende el éxito de algunas metas u objetivos de los negocios del patrono” (p. 153).

La Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo en fecha 19 de noviembre de 1969, consideró que “la confianza en la prestación de un servicio no puede conjugarse en relación con la responsabilidad y probidad que debe observar todo trabajador, sino en relación a las facultades de dirección y ejecución que tenga el trabajador dentro de la empresa, de manera tal que en mayor medida absorba las funciones que el mismo patrono puede ejecutar”⁵³.

Afirma Carballo⁵⁴ que, como lo apunta Alfonso-Guzmán (1985), la distinción entre empleados de dirección y de confianza no es sencilla y podría generar la idea de que aluden a idénticas categorías profesionales. Luego agrega que “a los fines de precisar el exacto alcance de las nociones que nos ocupan será, entonces, menester partir de la *generalidad* en los poderes de organización, dirección y disciplina que ostentan los *empleados de dirección* en contraste con las limitadas facultades que el empleador delega en los *trabajadores de confianza* o, incluso, con los conocimientos que éstos pudieren adquirir por virtud de las funciones desplegadas en la esfera de la empresa”.

El Artículo 45 de la Ley Orgánica del Trabajo establece los parámetros a considerar para determinar si el cargo es de confianza⁵⁵:

1.5.1 Su labor implica el conocimiento personal de secretos industriales o comerciales del empleador.

Sostiene Mille⁵⁶ que “el conocimiento de secretos industriales o comerciales, debe ser personal, esto es, en razón de los servicios que presta, o

⁵³ Ver en: Porras, Juan y Rodríguez María, 1989, *Compendio Práctico de Jurisprudencia de la Ley del Trabajo (desde 1936)*. Ediciones Jurisprudencia del Trabajo. Caracas. 1989. Tomo III, p. 1.210.

⁵⁴ Carballo, 2002, *Op. Cit.*

⁵⁵ Fuschino, Gabriela, 2007, *Herramientas para la Calificación de un Trabajador de Confianza*, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 127-07, Año LIII. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela, pp. 109-127. Comparte la opinión – entre otros, de Carballo, 2002, *Op. Cit.*, p. 249– de que “estos criterios son independientes entre sí. Basta que el trabajador cumpla con tan sólo uno de los preceptos previstos en el artículo 45 de la LOT para que sea catalogado como un trabajador de confianza” (p. 110).

⁵⁶ Mille, 1999, *Op. Cit.*

lo que es lo mismo, que por su actividad o función en el ente patronal, tenga la posibilidad o el acceso a informaciones confidenciales o secretas, del interés económico o directo de la empresa o de cualesquiera de las conformaciones del ente patronal, y que no pueden ser reveladas a terceros, por ser susceptibles de perjudicar los intereses patronales”⁵⁷.

Según Carballo, “el status de confianza dimana [...] de la relevancia o trascendencia de la información a que tiene acceso el trabajador por virtud de los servicios que constituyen el objeto de su contrato de trabajo”.

Fuschino aclara que “la LOT no define qué se entiende por secretos industriales o comerciales”⁵⁸; agrega que “el propietario debe conservar la información en secreto no sólo externamente sino también internamente en relación con sus trabajadores, por ejemplo, velando porque los empleados que manejen información confidencial firmen acuerdos de confidencialidad, limitando la divulgación de material confidencial únicamente a aquellas personas que sea necesario, asegurando y resguardando los lugares donde se mantengan los secretos industriales, indicando un aviso de *confidencial* o similar en los documentos importantes, manteniendo un control del número de copias que se generan, destruyendo los documentos y medios magnéticos para que no puedan ser descubiertos”⁵⁹.

Todos esos aspectos se pueden regular en los *reglamentos internos* de la organización, que como establece el Artículo 24, Parágrafo Único, del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo⁶⁰, sólo “deberán obser-

⁵⁷ Mille, 1999, *Op. Cit.*: “Se incluye aquí toda esa materia relacionada con el llamado espionaje industrial, del cual tanto se hace referencia en el mundo de los negocios. Pues bien, este acceso, como se dijo, está concebido en relación directa a la naturaleza del cargo desempeñado por el trabajador, lo que significa que si algún trabajador llega a enterarse o en cualquier otra forma toma conocimiento de algún secreto industrial o comercial del patrono, tal situación no lo colocará en la clasificación de trabajador de confianza” (p. 153).

⁵⁸ La referida autora define al secreto empresarial conforme a la Decisión 484 de la Comunidad Andina, como “cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que puede usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero” (Fuschino, 2007, *Op. Cit.*, pp. 111-112).

⁵⁹ “Así, por ejemplo, en una empresa perteneciente al sector químico, el conocimiento de los secretos de manufactura de los productos que en aquélla se elaboran suele involucrar a personal técnico de alto nivel que no necesariamente revisten el carácter de empleados de dirección pero que, obviamente, ostentarán –ex artículo 45 LOT– la condición de trabajadores de confianza” (Carballo, 2002, p. 250).

⁶⁰ Publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.426, de fecha 28 de abril de 2006.

var las normas de orden público y gozar de amplia publicidad en el ámbito de la empresa con la finalidad de garantizar su conocimiento”.

1.5.2 Participa en la administración del negocio.

Según Carballo “por contraposición a la *generalidad* inmanente a los poderes que ostentan los trabajadores de dirección, este rasgo supone reconocer la condición de trabajador de confianza a quienes ejercieren funciones análogas en ciertas áreas o fases del proceso productivo que revistan cierta autonomía o independencia: v.gr. gerentes de segunda línea, de sucursales o agencias, jefes de departamentos o divisiones, etcétera”⁶¹.

En el Derecho se distinguen los actos de simple administración, de los actos de disposición. Para Ossorio⁶² los primeros –actos de administración– son aquellos “que tienen por objeto conservar, mejorar o hacer que rindan unos bienes”, así como “el cobro e inversión de las rentas o dividendos que tales bienes produzcan”; y los segundos –actos de disposición–, “son los que realizan las personas jurídicamente capacitadas a tales efectos para enajenar un bien de cualquier clase o para gravarlo con un derecho real”.

Los actos de disposición, según el autor mencionado, “provocan una modificación sustancial del patrimonio; así, la venta, la donación, la permuta y la constitución de servidumbres o hipoteca” (Ossorio, 1981, p. 30).

Entonces, son propios del cargo de dirección, la ejecución los actos de disposición del patrimonio del empleador (SCS, sentencia N° 406-08, 10-04) y los actos de simple administración, al trabajador de confianza.

1.5.3 Participa en la supervisión de otros trabajadores.

Carballo⁶³ expresa que “la *supervisión* –en este contexto– no puede ser entendida como sinónimo de inspección o fiscalización, pues el legislador distingue [...] entre esta última categoría de trabajadores y los *trabajadores de inspección o vigilancia*, es decir, ex artículo 46 LOT,

⁶¹ Carballo, 2002, *Op. Cit.*

⁶² Ossorio, Manuel (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta, s.r.l. Argentina.

⁶³ Carballo 2002, p. 251 *Op. Cit.*

aquellos que tuvieran a su cargo la revisión del trabajo de otros trabajadores (inspección) o el resguardo y seguridad de bienes (vigilancia)”.

En la decisión de fecha 6 de noviembre de 1951, el Tribunal Superior del Trabajo (1º Circuito) advirtió que “no debe ampliarse el concepto de empleado de confianza a tal extremo que deba conceptuarse como tal a todo trabajador que realice funciones de vigilancia o inspección en la empresa”⁶⁴.

Carballo (2002) aclara que en funciones de supervisión, el trabajador de confianza “no sólo verifica los resultados obtenidos por otros trabajadores en la ejecución de sus actividades⁶⁵ sino que, además, ha de estar investido del poder de organización, dirección o disciplina en el ámbito o fase del proceso productivo que le fuere asignado [...] En otros términos, la potestad de supervisión [...] excede la mera inspección o fiscalización del trabajo ejecutado por otros trabajadores [...] y refiere, más bien, a la potestad (facultad-deber) de organizar, dirigir y disciplinar la cuota, proporción o etapa del proceso productivo que le fuere confiada por el empleador”⁶⁶.

En este sentido, la sentencia N° 465-04, 31-05 de la Sala de Casación Social estableció que el desempeño del cargo de subgerente y sus obligaciones de atención integral de los clientes, realizar arqueos sorpresivos de caja a los funcionarios bajo su responsabilidad, controlar los valores que ingresaban a su oficina, revisar el sistema de alarma, solicitar remesas, cubrir la falta de los supervisores, entre otras, son suficientes para calificarlo de confianza.

1.6 Primacía de la realidad y examen probatorio

Los trabajadores de dirección y de confianza tienen regímenes diferentes: Para ambos rige la ampliación de la jornada de trabajo, en los términos del Artículo 198 de la Ley Orgánica del Trabajo, pero en materia de

⁶⁴ Ver en: Porras Rengel, *Op. Cit.*, Tomo III, p. 2425.

⁶⁵ La Comisión Tripartita Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, en la decisión de fecha 12 de junio de 1986 incluyó como actividad característica del empleado de confianza la evaluación de otros trabajadores. Ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, N° 19, pp. 347-350.

⁶⁶ Carballo, 2002, *Op. Cit.* p. 251

estabilidad, el empleado de dirección carece de protección, conforme al Artículo 112 *eiusdem*.

Según Mille, el alegato de que el trabajador ocupa cargo de dirección o de confianza es “una defensa opuesta [...] para negar la procedencia de los beneficios del contrato colectivo que hayan sido reclamados y, por ello, los patronos tienen la carga de la prueba de esa situación de excepción alegada”⁶⁷; también para impedir la procedencia del reclamo de horas extraordinarias de trabajo o la calificación del despido –en el caso del trabajador de dirección–, situación que violenta el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales⁶⁸.

La Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1962 estableció que “corresponde al juzgador decidir, en cada caso, con los elementos de autos, si se trata o no de un empleado de confianza o de personal que desempeñe puesto de dirección”⁶⁹, criterio ratificado posteriormente el 27 de octubre de 1965, caso Víctor López García contra Creole Petroleum Corporation, que justificó esta medida ante la ausencia de definición legal⁷⁰.

⁶⁷ Mille, 1999, *Op. Cit.* pp. 145-146

⁶⁸ En este sentido, en fecha 20 de junio de 1995, el Juzgado Superior Sexto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a cargo del Dr. Alberto Martini Urdaneta, se pronunció en los siguientes términos: “Valga la oportunidad para agregar la particularidad de que el Derecho del Trabajo es sumamente casuístico y que la tendencia actual del Derecho Laboral es la de que hayan más trabajadores que gocen de estabilidad en el trabajo, restringiéndose por tanto el número de empleador que puedan ser calificados como empleados de Dirección”. Ver en Mille, 1999, *Op. Cit.*, p. 180. En la sentencia N° 294-01, 13-11 la SCS, invocando el principio de la irrenunciabilidad, expresa que “no puede pretenderse que un trabajador decline a ciertos beneficios que son excluidos por la legislación laboral para los empleados de dirección y trabajadores de confianza, por el solo hecho de que así se haya acordado al vincularse jurídicamente con el patrono, o por la calificación que se le diere al puesto de trabajo o cargo del trabajador cuando en realidad dicho trabajador por las funciones que ejerce no ostenta tal condición”.

⁶⁹ Ver en: Bustamante, 1978, *Op. Cit.*, p. 78.

⁷⁰ Ver en Alfonso-Guzmán, 1967, *Op. Cit.*, p. 571, nota N° 14-3°.

Afirma Torres que este razonamiento antiguo y reiterado de la Sala, lo acogió el Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973, en el Artículo 18⁷¹ y luego por el Artículo 47 de la Ley Orgánica del Trabajo⁷².

El criterio central que ha mantenido la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia está materializado en la sentencia N° 294-01, 13-11, caso Juan Carlos Hernández Gutiérrez contra Foster Wheeler Caribe Corporation, C.A. y PDVSA Petróleo y Gas, S.A.:

[...] conteste con el alcance y contenido de las normas transcritas, la determinación de un trabajador como de dirección o confianza debe orientarse conforme a las funciones y actividades que éste desarrolla, como del cargo que ejerce, y que de manera explícita aparecen enunciados en las referidas normas.

No hay duda, con relación al ámbito de aplicación subjetivo de las convenciones colectivas de trabajo, que las partes que celebren las mismas, pueden excluir a los empleados de dirección y trabajadores de confianza, según lo prevé el artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Sin embargo, la diatriba se encamina en determinar, quiénes realmente desarrollan actividades que se puedan catalogar como propias de empleados de dirección o trabajadores de confianza.

Tal categorización, sin duda alguna obedece a una situación de hecho, más no de Derecho. En efecto, es la Ley Orgánica del

⁷¹ “Artículo 18.- La calificación de un cargo como de dirección, de confianza o de vigilancia o el carácter continuo o discontinuo de la labor, dependerá de la naturaleza real de los servicios prestados, independientemente del calificativo que a tal efecto haya sido convenido por las partes o del que unilateralmente hubiese establecido el patrono”.

⁷² Fuschino, 2007, *Op. Cit.*: “De nada serviría una amplia descripción de funciones correspondientes a un cargo que en apariencia evidencien las características de un trabajador de confianza bajo el artículo 45 de la LOT, si esas funciones no son efectivamente desempeñadas por el trabajador que ocupa ese cargo. Esta es una manifestación clara y diáfana de que en el Derecho del Trabajo priva la primacía de la realidad sobre la forma o apariencia de los actos.- Es por ello que, si en una empresa se desea determinar si un trabajador es o no un trabajador de confianza, es importante analizar las descripciones de cargo que éste desempeña, pero también debe precisarse la realidad acerca de las funciones, deberes y responsabilidades que efectivamente desempeña día a día ese trabajador” (p. 111).

Trabajo la que instruye en este sentido, cuando en su Artículo 47, contempla:

La calificación de un trabajador como de dirección, confianza, inspección o vigilancia, **dependerá de la naturaleza real de los servicios prestados, independientemente de la denominación que haya sido convenida por las partes o de la que unilateralmente hubiese establecido el patrono** (negritas y subrayado de la Sala).

Como se podrá entender, es el principio de la realidad de los hechos el que opera al momento de verificar la condición de un trabajador como de dirección o confianza, y no la calificación que convencional o unilateralmente se le confiera.

Ante tal postulado, será en definitiva la naturaleza real del servicio prestado, lo que determine la condición de dichos trabajadores, y esto sólo se podrá verificar adminiculando las funciones, actividades y atribuciones que legalmente definen a los mismos, con las que efectivamente éstos desarrollan, independientemente de la denominación del cargo o puesto de trabajo.

Vigente el Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia del 31 de octubre de 1983, bajo la ponencia del Magistrado Pedro Miguel Reyes, estableció la posibilidad de que un mismo trabajador cumpliera funciones de dirección y de confianza: “[...] los conceptos de trabajador de confianza y empleado de dirección son diferentes, si bien no son excluyentes por cuanto un trabajador puede a la vez desempeñarse como empleado de dirección y trabajador de confianza, pero si se pretende ubicar a un trabajador dentro de una de estas categorías, cada una de ellas tiene supuestos que le son propios”. Álvarez⁷³ sostiene que el legislador de 1990 “se refiere a *trabajador de confianza*, en lugar de utilizar el

⁷³ Álvarez, Sandra, 1993, *Evolución del Derecho Laboral en Venezuela*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 43. Caracas. 1993.

término *empleado de confianza*, con lo cual admite la posibilidad de que en una empresa existan *obreros de confianza*⁷⁴.

En la aplicación de la Ley Contra Despidos Injustificados, las Comisiones Tripartitas consideraron la situación de los trabajadores de dirección y de confianza como “excepcional dentro del ámbito laboral⁷⁵, y por lo tanto debe observarse en esta forma excepcional, por ser este grupo de trabajadores, un grupo reducido, minoritario, que se encuentran en una situación intermedia entre el patrono y el trabajador común, acercándose más en sus funciones al patrono, según las actividades y/o funciones que se ejerzan, y de la continuidad con que las mismas se desempeñan, no bastando hechos aislados de este tipo de actividades⁷⁶ por parte del trabajador para calificarlo como trabajador de confianza” (Comisión Tripartita Laboral Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, Resolución N° 34, de fecha 12 de julio de 1982)⁷⁷.

El criterio anterior difiere con el establecido en la sentencia N° 1035-05, 02-08 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia

⁷⁴ Ver en Mille, 1999, *Op. Cit.*, pp. 148-149. Igualmente reseña la sentencia de fecha 21 de enero de 1988, emanada de la misma Corte, bajo la ponencia de la Magistrado Cecilia Sosa: “Por lo que atañe al carácter de empleado de dirección y de confianza del trabajador alegado por la recurrente, cabe destacar que ha sido reiterada la jurisprudencia al considerar que tales categorías pueden resultar inseparables, ya que con frecuencia los trabajadores de dirección lo son también de confianza y a la inversa” (pp. 150-151). En sentido similar se pronunció la Comisión Tripartita Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, en la Resolución N° 57, de fecha 14 de junio de 1982 al declarar que de los “documentos se evidencia claramente que el actor [...] cumplía funciones de dirección y de confianza, puesto que calificaba el rendimiento de los demás trabajadores, recomendaba su destitución o traslado, programaba planes de ventas y publicidad y cambios a nivel de personal”. Ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral*, 1983, N° 3, pp. 314-316. Carballo, 2002, *Op. Cit.*, también comparte ésta opinión (p. 250) y la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 1593-05, 10-11, al realizar la calificación del cargo ocupado por un trabajador.

⁷⁵ Este carácter excepcional lo comparte la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 1975-07, 04-10, ya citada.

⁷⁶ La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en la decisión de fecha 27 de noviembre de 1986, bajo la ponencia de la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó declaró que, con fundamento en la prueba testimonial, se evidenciaba “la condición transitoria en el cargo gerencial que el trabajador” desempeñaba, lo que no implicaba el ejercicio de una alta jerarquía. Ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1987, N° 22, pp. 326-335.

⁷⁷ Ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1983, N° 4, pp. 214-217. Dicho acto agrega: “Esas funciones de dirección, participación en la administración de la empresa, supervisión de los demás trabajadores, y/o tenerse de secretos comerciales o industriales debe ser continua, de tal modo que pueda a veces confundirse con las funciones del patrono, entendiéndose dentro de este orden de ideas, como empleado de confianza aquella persona que tiene a su cargo la marcha de la empresa o parte de ella, que toma decisiones gerenciales dentro de lo permitido por la política administrativa trazada por la empresa” (p. 214).

que estimó suficiente el hecho de que “el demandante podía tomar la decisión de suspender las labores en la perforación en casos *excepcionales o de emergencia* que implicaran el riesgo de vida para los trabajadores de la gabarra, ello supone que además de ser responsable en la seguridad de todo este personal, para poder suspenderlas éste debía necesariamente girarles instrucciones” (cursiva agregada).

Jurisprudencia reiterada había establecido que “aun en el supuesto de que el contrato colectivo definiera el empleado de confianza, tal definición por vía convencional, no excluiría la calificación jurídica por los Tribunales competentes, que pudiera darse en forma distinta a la determinada en el convenio respectivo”⁷⁸.

Las comisiones tripartitas laborales aplicaban las disposiciones de la derogada Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo⁷⁹, como lo dispuesto en el Artículo 68⁸⁰, en lo que respecta a la presunción de admisión sobre los hechos por defectuosa contestación⁸¹; y eran estrictas con la carga probatoria del empleador⁸².

⁷⁸ Ver sentencia de DFST1-105-1 de fecha 6 de diciembre de 1951 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República (1971), Volumen I, año 1951. Instituto de Codificación y Jurisprudencia. Ministerio de Justicia. Caracas. Venezuela, pp. 124-125.

⁷⁹ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 26.226, del 19 de noviembre de 1959.

⁸⁰ Esta forma de proceder la avaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de fecha 16 de febrero de 1983, bajo la ponencia del Magistrado José Duque Corredor al analizar lo dispuesto en el Artículo 15 de la LCDI y el Artículo 43 del Reglamento, al interpretar que la aplicación supletoria de la LOTPT debía incluir el caso del empleador que no contesta la solicitud de calificación y reenganche del trabajador. Ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1984, N° 6, pp. 301-313.

⁸¹ En la Resolución N° 10, de fecha 4 de febrero de 1982, la Comisión Tripartita Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, decidió que los argumentos de la contestación no cumplían con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo; en consecuencia, no toma en consideración lo expuesto en el escrito de promoción de pruebas, donde efectúa una mayor descripción de las tareas realizadas por la trabajadora reclamante, ni en el análisis de las pruebas presentadas por la empresa tendientes a demostrar la condición de empleado de confianza (ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1983, N° 2, pp. 319-321). En la sentencia N° 1460-06, 29-09, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia si le da valor al alegato de que el trabajador era de confianza, manifestado en el escrito de promoción de pruebas de la demandada, pero la Sala lo concatenó con las indicaciones del libelo.

⁸² En la Resolución N° 10, de fecha 4 de febrero de 1982, la Comisión Tripartita Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, destacó que para demostrar la naturaleza del cargo, se promovió sólo prueba testimonial, de la cual se evidencia que la reclamante preparaba la contabilidad general de la empresa; elaboraba planillas periódicas

La Comisión Tripartita Laboral Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, en la Resolución N° 107, de fecha 9 de noviembre de 1981, valora pruebas documentales y la confesión del trabajador contenida en un acta de entrega levantada en la sede patronal, para calificar las funciones que desempeñaba: “Esta Comisión de Alzada acoge el criterio de la Comisión de Primera Instancia en el sentido de que del estudio de las documentales promovidas por la accionada en la oportunidad correspondiente a la promoción de pruebas, y que corren a los folios 22 al 53 se evidencia que el trabajador reclamante actuaba en nombre y representación del patrono ante terceros, comprometiendo la responsabilidad del patrono ante los mismos [...] no haber desconocido la firma que aparece estampada en las documentales que cursan en los folios antes señalados, es necesario concluir que el reclamante ejercía el cargo de Gerente de Taller, siendo por tanto un trabajador de dirección y de confianza”⁸³.

En la Resolución N° 71, de fecha 23 de julio de 1981, el mencionado órgano tripartito se fundamenta en documentos y declaraciones de testigos: “[...] se observa que los testigos [...], todos hábiles quedaron contestes en afirmar que el reclamante dentro de sus funciones como Administrador de la Planta de la empresa, empleaba y supervisaba personal, concedía o negaba permisos diciendo si los mismos debían ser remunerados o no remunerados, que tenía a su cargo el control de asistencia del personal de la planta, que concedía o negaba préstamos solicitados por el personal de la planta y que manejaba la caja chica. Igualmente, de las pruebas documentales presentadas por el propio trabajador reclamante en la oportunidad de efectuar su promoción [...] y

para el Ministerio del Trabajo y Seguro Social y elaborar con base a la información contable que él mismo procesaba, la declaración anual sobre el Impuesto sobre la Renta; aprobar o improbar facturas de acreedores; elaborar y programar el sistema de nómina. La Comisión consideró que estos particulares, aparte de vagos e imprecisos, no eran suficientes para calificar al trabajador como empleado de confianza, porque es inherente a la función contable la preparación de la contabilidad y elaboración de diversas planillas de informes periódicos. Ahora, si tales funciones implican posesión de secretos industriales, o participación en el negocio es cuestión que debió ser demostrada con elementos más precisos y concretos, capaces de llevar al ánimo del Juzgador la convicción de la calificación (ver en: Torres, Iván, *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1983. N° 2, pp. 324-327).

⁸³ Ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1984. N° 1 (2ª ed.), pp. 87-89. En sentido similar se pronunció el organismo en la Resolución N° 92, de fecha 26 de febrero de 1982 (ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1983. N° 2, pp. 327-329).

debidamente suscritos por él, se desprende su condición de administrador y que tenía bajo su guarda el dinero y demás documentación propiedad de la empresa que en la misma se señala [...] firmaba como administrador de la planta, colocando en su firma el sello que la refrenda, y de ellos se evidencia, que el reclamante en tal carácter solicitaba el pago de remuneraciones para los trabajadores a su cargo, pago de indemnización, reintegros y efectuaba pedidos a casas comerciales. Dichos documentos [...] no fueron desconocidos, ni tachados por su suscribiente por lo que han de tenerse como emanados de él, y de los mismos, aunados a las declaraciones de los testigos firmes arriba mencionados, es deducible el carácter de empleado de confianza alegado por la representación de la empresa”⁸⁴.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha mantenido la carga de la prueba en el empleador, cuando éste alega que un trabajador es de dirección o de confianza, aplicando lo dispuesto en el Artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (sentencia N° 603-07, 26-03) y que existe una presunción *iuris tantum* de que todo trabajador tiene carácter ordinario y las situaciones excepcionales deben demostrarse por quien las alegue (sentencia N° 1975-07, 04-10).

La Sala –al igual que las comisiones tripartitas– en la decisión de asuntos analizó el escrito de demanda, donde el trabajador afirma que prestó servicios como supervisor de tráfico y un testigo declaró que tenía a su cargo la supervisión del desempeño de otros trabajadores (por todas: sentencia N° 511-06, 14-03). En la decisión N° 316-06, 21-02, adminicula la declaración del libelo con las restantes pruebas en autos⁸⁵; la sentencia N° 769-05, 06-07 da valor probatorio a las afirmaciones del demandante en el escrito de promoción de pruebas; y en la sentencia 1693-05, 24-11 la Sala acoge las afirmaciones del trabajador en la au-

⁸⁴ Ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1984. N° 1 (2ª ed.), pp. 110-113. En sentido similar se pronuncia el organismo en la Resolución N° 108, de fecha 31 de marzo de 1982 (ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1983. N° 2, pp. 362-365).

⁸⁵ En opinión de la Sala, no todas las expresiones del libelo configuran una confesión de la parte actora; además “este Alto Tribunal ha señalado que la necesaria invocación de la contraparte del confesante que quiere aprovecharse de una pretensa confesión espontánea, constituye presupuesto esencial para que su falta de análisis –de la confesión espontánea– por el sentenciador de mérito configure el vicio de actividad de inmotivación por silencio de prueba”, acogiendo el criterio de la sentencia 13 de agosto de 1997 de la Sala de Casación Civil (sentencia N° 29-02, 05-02).

diencia de juicio al ser interrogado por el Juez y declarar que era responsable de la seguridad de los bienes y de las personas en el sitio de trabajo, dirigía las actividades de la explotación y supervisaba personal.

El Juzgado Superior Primero Accidental del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en la sentencia de fecha 23 de marzo de 1999, tomó como referencia la confesión de la parte demandada y el principio *in dubio pro operario*: “De esta manera ha demostrado [el accionado] que el accionante no gozaba de la autonomía correspondiente a un empleado de dirección, al confesar que el demandante se encontraba supeditado a procedimientos, limitaciones en el cálculo de precios, formas de contratos y objetivos de ganancias y pérdidas, entre otros; todas estas características propias de un empleado subordinado a las decisiones y orientaciones de la empresa [...] Esta situación excluyente nos conduce inexorablemente a considerar la aplicación de la figura del *in dubio pro operario* consagrado en el Artículo 59 de la Ley Orgánica del Trabajo”⁸⁶.

Con respecto a las funciones y responsabilidades contenidas en los contratos de trabajo, las comisiones tripartitas se interesaron por verificarlas objetivamente con las pruebas de autos⁸⁷; inclusive, en los casos en que la denominación dada por el empleador y el trabajador coincidían⁸⁸.

La Sala de Casación Social en la sentencia N° 1515-06, 03-10 no le resta valor a la declaración contenida en el contrato de trabajo, donde

⁸⁶ Ver en: Ramírez & Garay, *Jurisprudencia Venezolana*. Editado por Ramírez y Garay, C.A., Tomo CLII, pp. 83-84.

⁸⁷ La Comisión Tripartita Laboral Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, en la Resolución N° 81, de fecha 3 de agosto de 1982 estableció que “la enumeración de funciones y responsabilidades [...] existe la necesidad de precisarlas, es decir, no importa una determinada asignación de atribuciones o facultades; interesa es la parte objetiva, la relación de hecho. Es importante señalar al respecto que el contrato de trabajo, acertadamente llamado contrato realidad, ello en razón de que no interesa lo que las partes hubieran pactado, sino la situación real y efectiva en que el trabajador presta el servicio, es decir, no se puede calificar una relación o una condición de un trabajador tomando en cuenta lo que las partes hubieran pactado [...]” (ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1983. N° 4, pp. 258-261).

⁸⁸ La Comisión Tripartita Laboral Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, en la Resolución N° 52, de fecha 19 de agosto de 1982 estableció: “La empresa no aporta ninguna prueba para demostrar que el reclamante cumplía funciones de empleado de dirección o de confianza, el hecho de que ambas partes califiquen el cargo como de inspector no es suficiente para calificarlo como empleado de dirección o de confianza, puesto que la calificación debe hacerse en base a las funciones realmente cumplidas por el trabajador, independientemente de la calificación o nombre del cargo acordado por las partes” (ver en: Torres, Iván. *Actualidad Laboral*. 1983. N° 4, pp. 266-270).

ambas partes acuerdan que se acogerán a las condiciones de los trabajadores de la nómina mayor; y en la sentencia N° 1169-05, 11-08 resalta que el trabajador “durante casi diez años que duró la relación laboral [...] no reclamó los beneficios de la nómina diaria o mensual, lo cual confirma que evidentemente percibía los de la nómina mayor, por lo que en este caso particular la Sala llega a la conclusión, que el trabajador estaba excluido del ámbito de aplicación subjetiva de la Convención Colectiva de Trabajo”.

Si el cargo ocupado por el trabajador forma parte del tabulador de personal anexo al convenio colectivo, la Sala ordenó analizar objetivamente las actividades realizadas en forma individual por el trabajador, en aplicación del principio de primacía de la realidad (sentencia N° 289-08, 13-03).

Otro aspecto relevante para la calificación de actividades directivas o de confianza son los documentos constitutivos y estatutarios de las organizaciones. En este sentido, la Sala, en la sentencia N° 1866-07, 18-09 estableció que “dependiendo de la organización de cada empresa, pueden existir distintos niveles de dirección, por lo que no se debe apreciar sólo el documento constitutivo y los estatutos de la sociedad para determinar si un empleado es de dirección sino que, de conformidad con el principio laboral de darle prioridad a la realidad de los hechos (artículos 2 y 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), se deben analizar las funciones que verdaderamente realizó el trabajador”.

En la sentencia N° 209-05, 07-04, la Sala consideró que “del examen de los recibos de pago se evidencia que el cargo asignado al trabajador era de Jefe de Máquinas, lo cual fue ratificado por la declaración de la demandada en la audiencia del recurso de casación, explicando que este cargo constituye la calificación de trabajador de confianza no amparado por la Convención Colectiva Petrolera. Sin embargo, los reportes de embarque y la constancia de trabajo demuestran que el cargo del trabajador era motorista”.

Luego de ratificar criterios anteriores, la Sala afirma que “de esta forma las declaraciones de las partes en las audiencias de juicio y del recurso de casación son determinantes para establecer la naturaleza del servicio prestado. De las declaraciones del actor se constató que su labor se desarrollaba en las máquinas de la embarcación, que éste no era director de ninguna operación inherente a la dirección de la embarcación o al servicios prestado a las sociedades contratantes, que traba-

jaban con él otros ayudantes; y, de la declaración de la demandada se extrajo que el trabajador realizaba su labor en braga de trabajo. Todo lo cual lleva a la Sala a la convicción de que la labor desempeñada por el trabajador era de mecánica y no constituye una actividad que se pueda catalogar como propia de un trabajador de dirección o de confianza” (sentencia N° 209-05, 07-04).

Si para demostrar la condición del trabajador se promueven medios en forma extemporánea, la Sala estableció en la sentencia N° 1451-06, 28-09 que el Juez de Instancia no está obligado a valorarlos, ya que “por disposición legal dicha presentación no podrá realizarse en una oportunidad posterior al inicio de la audiencia preliminar” y hacerlo podría afectar “el principio de equilibrio procesal de ambas partes que es de rango constitucional”.

En la sentencia de fecha 20 de junio de 1995, el Juzgado Superior Sexto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a cargo del Dr. Alberto Martini Urdaneta, sostuvo que en la calificación del cargo está involucrado el principio de la irrenunciabilidad de los derechos, conforme a lo dispuesto en el Artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, y que por ello, si la parte aceptó la calificación de la primera instancia y no apeló de ella, por ser de orden público, el Juez Superior puede cambiarla⁸⁹.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 542, de fecha 18 de diciembre de 2000, caso José Rafael Fernández Alfonzo contra IBM de Venezuela, S.A., expediente N° 99398, señaló que la definición del empleado de dirección es de naturaleza genérica y

⁸⁹ “[...] en consecuencia, en virtud de ese principio de orden público, este sentenciador considera que los documentos existentes en autos, lejos de demostrar que el demandante participaba en la toma de decisiones y sustituye al patrono, lo que hacen es determinar para el Gerente de oficina, la formación y experiencia necesaria; los conocimientos, habilidades y destrezas que deben tener y sus tareas y responsabilidades, o sea, las características y perfiles que deben tener las personas que desempeñan el cargo de Gerente de Oficina y la forma como deben ejecutar, supervisar, etc., esas decisiones que ya han sido tomadas por el patrono y los verdaderos empleados de dirección, ya que no se puede confundir al empleado de dirección con el empleado de confianza o con el supervisor, pues estos dos últimos lo que hacen es representar al patrono y ejecutar y realizar los actos administrativos necesarios para cumplir con las decisiones, objetivos y políticas que se han determinado, sin que el trabajador realmente sustituya al patrono y/o haya participado en la toma de decisiones de la empresa”. Ver en Mille, 1999, *Op. Cit.*, pp. 178-180.

los criterios en ella mencionados son meramente orientadores. Tal apreciación puede extenderse también al trabajador de confianza. No se trata de requisitos o extremos rígidamente establecidos. Son elementos que el Juez debe considerar en cada caso.

En la sentencia N° 1160-08, 10-07, la Sala expresa que cuando el Juez establece los elementos que califican al trabajador como de dirección o de confianza y analiza y valora las pruebas, no hay lugar a revisión ante ese alto despacho, porque ello forma parte de su “soberana apreciación”, “su convicción” y la casación no es una tercera instancia, ratificando el criterio de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia, manifestado, entre otras, en la sentencia de fecha 23 de febrero de 1967⁹⁰.

Por otra parte, la Sala Constitucional ha establecido que en amparo constitucional no es posible conocer de elementos fácticos, como las funciones que ocupa un trabajador en una determinada relación laboral (sentencia N° 2655-02, 23-10), ni las valoraciones del Juez sobre las pruebas (sentencia N° 5-00, 22-01). Sólo es procedente cuando se silencian de manera absoluta las pruebas (sentencia N° 436-06, 01-03).

2. Ámbito de aplicación personal del convenio colectivo

2.1 Regla general

Varias son las normas que regulan el ámbito de aplicación de la convención colectiva, directa e indirectamente.

Fundamentado en el principio de la igualdad, los artículos 508 y 509 de la Ley Orgánica del Trabajo ordenan que la convención colectiva beneficie a todos los trabajadores de la organización laboral (empresa, establecimiento o explotación); y que sus estipulaciones se *conviertan* en cláusulas obligatorias de los contratos de trabajo celebrados o que se celebren durante su vigencia, incluyendo a quienes no formen parte de la organización sindical que la haya suscrito.

Si la empresa tiene departamentos o sucursales en localidades que correspondan a jurisdicciones distintas, la convención colectiva se puede limitar a esos departamentos o sucursales (Artículo 513 LOT).

⁹⁰ Ver en Porras y Rodríguez, 1989, *Op. Cit.*, Tomo III, pp. 1.212-1.213.

En caso de que en la empresa existan actividades correspondientes a profesiones diferentes, cada grupo podrá celebrar la convención a través del sindicato profesional que represente a la mayoría absoluta de los trabajadores de la actividad correspondiente (Artículo 515 LOT).

Villasmil⁹¹ sostiene que el ámbito de la negociación colectiva se determina con atención a tres (3) criterios: El subjetivo o personal; el objetivo o espacial y el temporal o de duración. “El *ámbito subjetivo o personal* define a los trabajadores amparados por la convención colectiva y que así se benefician de sus estipulaciones; el *ámbito objetivo o espacial* refiere a la vigencia territorial de la convención por lo que ésta regirá, según los casos, por establecimiento, por empresa o por toda una rama de industria o actividad: sector textil, de la construcción o de la industria química, por ejemplo, y por fin el *ámbito temporal* definirá la duración de la convención, dos años como mínimo y tres como máximo, según el Art. 523 LOT”⁹².

En algunos casos pueden confundirse los ámbitos subjetivo y objetivo, cuando el convenio colectivo rige para la totalidad de los trabajadores⁹³. Haciendo un examen retrospectivo sobre las cláusulas de las convenciones colectivas⁹⁴ que regulan su ámbito de aplicación personal, se han observado varias modalidades: Convenios que acogen bajo su protección a todos los trabajadores de la organización laboral, sin hacer distinciones; y convenios que sí determinan a qué tipo de trabajadores se aplica y contienen exclusiones explícitas o implícitas, estas últimas, mediante definiciones genéricas de los beneficiarios (*p.e.*, los obreros) o precisas (*p.e.*, los obreros de la planta de producción; el área del taller o los profesionales de la mecánica; para los farmacéutas, entre otros).

⁹¹ Villasmil, Humberto, 1995, *Apuntamientos de Derecho Colectivo del Trabajo: Negociaciones y Conflictos*. Paredes Editores. Caracas, Venezuela.

⁹² Villasmil, 1995, *Op. Cit.*

⁹³ Afirma Villasmil, 1995, *Op. Cit.*, que “tal eventualidad, si bien es posible, es difícilmente verificable, pues con arreglo al Art. 509 de la LOT las partes podrán exceptuar a las personas a que se refieren los Arts. 42 y 45 de la Ley –trabajadores de dirección y de confianza– en cuyo caso dichos ámbitos devienen diferenciados, esto es, que el convenio regirá en la empresa (vigencia territorial) pero para determinados trabajadores, excluidos aquéllos que la Ley permitiría (vigencia subjetiva o personal)” (p. 20).

⁹⁴ La mayoría de las convenciones colectivas mencionadas seguidamente forman parte de la colección personal del autor, salvo indicación en contrario. Como las referencias tienen mero carácter ilustrativo, se prefirió citar pactos plurales vencidos y, algunos, celebrados en organizaciones ya inexistentes.

2.1.1 Convenios que acogen bajo su protección a todos los trabajadores de la organización laboral, sin hacer distinciones.

En el contrato colectivo de trabajo suscrito entre la empresa General Motor's de Venezuela C.A. y el sindicato, efectivo desde el 11 de mayo de 1970, la cláusula N° 1 define al trabajador como al empleado u obrero al servicio de la empresa.

En el contrato colectivo de trabajo para las ramas de bares, restaurantes, hoteles y afines, de fecha 23 de diciembre de 1976, la cláusula primera expresa que los trabajadores son "los empleados y obreros de las empresas sometidas a este contrato". En este instrumento también se distingue entre empleados y obreros, pero sin consecuencias posteriores.

En el contrato colectivo de trabajo celebrado en el Banco La Guaira Internacional C.A., depositado en fecha 03 de enero de 1977 ante la Inspectoría del Trabajo en el Distrito Federal y Estado Miranda, en el Capítulo 1, que trata de las definiciones, se señala que el término *trabajadores* "comprende a los trabajadores al servicio del Banco".

El contrato colectivo de trabajo celebrado en el Banco Industrial de Venezuela C.A., en fecha 10 de octubre de 1979, la cláusula 1 estableció que el término *trabajadores* estaba referido a "los trabajadores al servicio del Banco, en todos sus establecimientos, Sucursales y Agencias"; luego, la cláusula 2 determina el ámbito de aplicación de la siguiente manera: "Las partes convienen en que las condiciones de trabajo y demás estipulaciones contenidas en el presente Contrato, se aplicarán a todos los trabajadores del Banco Industrial que presten sus servicios en el territorio de la República". Dichas cláusulas se repiten en sucesivos contratos suscritos entre las mismas partes, como en el depositado en fecha 11 de septiembre de 1989.

2.1.2 Convenios que sí determinan a qué tipo de trabajadores se aplica y contienen exclusiones explícitas o implícitas, estas últimas, mediante definiciones genéricas de los beneficiarios (*p.e.*, los obreros) o precisas (*p.e.*, los obreros de la planta de producción; el área del taller o los profesionales de la mecánica; para los farmacéutas, entre otros):

El contrato colectivo suscrito en la Cía. Gillette de Venezuela S.A., con vigencia desde 1979 hasta 1982, determinó que los trabajadores cubiertos eran "todos los obreros que prestan sus servicios en la Compañía" (cláusula N° 1), excluyendo en forma implícita a los empleados.

La cláusula segunda del contrato colectivo de trabajo celebrado entre la Cámara Venezolana de la Construcción y la Federación de Trabajadores de la Industria de la Construcción, Madera, Conexos y Similares de Venezuela de, fecha 08 de diciembre de 1988 señala que “estarán beneficiados o amparados por este Contrato, todos los trabajadores que desempeñen alguno de los oficios contemplados en el tabulador que forma parte del mismo, así como todos aquellos trabajadores clasificados como obrero, conforme al artículo 50 de la Ley del Trabajo, aunque desempeñen oficios que no aparezcan en el tabulador”. Esta cláusula también se mantuvo en el contrato suscrito en enero de 1992.

En este sentido, la sentencia N° 35-01, 08-03 emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia estableció que estas determinaciones tienen relevancia: La demandada alegó en su escrito de contestación que al actor –que ocupó el cargo de administrador– no le eran aplicables las previsiones de la convención colectiva de la construcción, porque está reservada para los oficios indicados en el tabulador y a obreros (Artículo 43 LOT). “No obstante, en lugar de decidir si dadas las funciones de administrador que desempeñaba el actor, a éste puede incluirse en alguna de las dos categorías de trabajadores contempladas en la cláusula 2ª de la convención colectiva, y por tanto aplicársele las previsiones de la misma, la sentenciadora de la Alzada se pronunció sobre la aplicación de la convención colectiva al actor por no haber demostrado la parte accionada que el demandante era *trabajador de dirección*, lo cual no fue alegado por la demandada”.

En el contexto de la reunión normativa laboral, Alegría (2005)⁹⁵ manifiesta que conforme a lo dispuesto en el Artículo 552 de la Ley Orgánica del Trabajo, el convenio o, en su defecto, el laudo arbitral, “se aplicará a todos los trabajadores que presten servicio a los patronos comprendidos en uno u otro, cualesquiera sean sus profesiones u oficios, sin perjuicio de que se establezcan condiciones de trabajo específicas para cada oficio o profesión o para determinadas empresas” (p. 239).

⁹⁵ Alegría, 2005, *Op. Cit.*

La legalidad o licitud de esta normativa colectiva quedará en manos del Juez del Trabajo o del Inspector en la tramitación de los procedimientos que les corresponde sustanciar⁹⁶.

2.2 Tipos de exclusiones

Los artículos 509, 510 y 552 de la Ley Orgánica del Trabajo establecen el régimen de las exclusiones del ámbito de aplicación personal de las convenciones colectivas de empresa y por rama de actividad.

El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999 denominó a la posibilidad de exención de trabajadores de dirección y de confianza como “exclusiones facultativas del ámbito de validez personal de la convención” (Artículo 174); y a la sustracción de quienes negocian o autorizan el pacto plural en representación del empleador como “exclusiones automáticas del ámbito de validez personal de la convención” (Artículo 175), terminología que se mantuvo en la reforma reglamentaria de 2006 (artículos 146 y 147)⁹⁷.

Hernández Álvarez⁹⁸ señala que la exclusión automática que consagra el Artículo 510 de la Ley Orgánica del Trabajo⁹⁹ tiene sus límites: “Es

⁹⁶ En el caso del Inspector del Trabajo, podría examinar su legalidad si el trabajador protegido por inamovilidad alega una desmejora en sus condiciones de trabajo, por la no aplicación de la convención colectiva (Artículo 454 LOT); o la calificación de despido por la falta de cumplimiento de un deber establecido en la convención colectiva (Artículo 453 *eiusdem*).

⁹⁷ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.426, de fecha 28 de abril de 2006.

⁹⁸ Hernández Álvarez, Oscar, 2001, *Aspectos esenciales del régimen de la Relación Colectiva de Trabajo en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*, en Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento (3ª ed.). Coordinador: Oscar Hernández. Jurídicas Rincón. Barquisimeto. Venezuela. 2001, pp. 723-765.

⁹⁹ “Artículo 510.- No estarán comprendidos dentro de los beneficiarios de la convención colectiva los representantes del patrono a quienes corresponde autorizar la celebración de la convención y participan en su discusión”. En sentido similar se expresa el Artículo 552 de la Ley para los convenios para rama de actividad. Torres, Iván, 1992, *Negociaciones y Conflictos Colectivos*. Italgráfica, S.R.L. Venezuela, expresa: “Una interpretación literal de esta norma nos conducirán a pensar que es necesario, para que se cumpla su objetivo, que la persona no sólo autorice la celebración de la convención, sino que también participe de ella.- Sin embargo, no pudiera concebirse que un ejecutivo del ente afectado autorice a celebrarla, pero que en razón de su alto rango no participa de ella, y que por el hecho de no participar en sus deliberaciones, vaya a ser beneficiado con las mejoras de la convención.- Luego, es de presumirse que la disposición está referida no sólo al que autorice la celebración de la convención, sino también al que simplemente la autoriza en razón de su elevada categoría en la estructura administrativa del ente demandado u obligado a discutir” p. 470.

de señalar que no todos los representantes del patrono están excluidos de la misma, sino sólo aquellos que participan en la negociación y autorizan la convención colectiva, en relación a los cuales se ha planteado que no es adecuado que ellos sean beneficiarios de una convención colectiva que ellos mismos negocian y autorizan”.

Para Villasmil “se trata de una disposición a favor exclusivo del empleador con el fin de establecer, siempre teóricamente, ciertas garantías de respeto del comportamiento de los representantes patronales en la negociación o de quien deba autorizar la celebración posterior”¹⁰⁰.

Álvarez sostiene que el Artículo 510 de la Ley (LOT) está redactado en una forma ambigua: “El Contrato Colectivo sólo puede ser autorizado por la Asamblea de Accionistas o sus socios o por la respectiva Junta Directiva, conforme a los Estatutos, o por el patrono [persona] natural cuando no existe una persona jurídica, quienes bajo ningún concepto son beneficiarios del Contrato Colectivo”. Posteriormente agrega que “al reglamentarse la Ley deberá aclararse si dicha exclusión es absolutamente obligatoria para las partes, si el empleador podrá por decisión unilateral no excluir a sus representantes y aplicarles el Convenio Colectivo. Igualmente debe aclararse el sentido y alcance de esta norma en el caso de negociaciones colectivas en el sector público”¹⁰¹.

En este sentido, el Artículo 147 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo establece que, sólo en el sector privado, el empleador podrá incluir en el ámbito de validez personal de la convención a los representantes a que se refiere el Artículo 510 de la Ley (Artículo 147).

Lo dispuesto en el Artículo 510 de la Ley Orgánica del Trabajo no es aplicable a cualquier normativa laboral. En la sentencia N° 204-08, 26-02, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia estable-

¹⁰⁰ Villasmil, 1995, *Op. Cit.*: “Del mismo modo, muy usualmente, quien debe autorizar la celebración del convenio responde, a su vez, ante un órgano decisorio superior, usualmente la Junta Directiva o el Consejo de Administración, de tal suerte que en ninguno de los dos casos se actúa *motu proprio*. Tratándose de una excepción en beneficio exclusivo del empleador es renunciante por éste y así nada obsta para que decida no ejercer el derecho de excluir a alguien de los beneficios de la convención. Si las instrucciones al negociador estuviesen claramente establecidas y el empleador, como es natural, controlase en última instancia los términos del acuerdo, nada le impediría convenir que incluso los negociadores estén amparados” (p. 117).

¹⁰¹ Álvarez, 1993, *Op. Cit.*

ció que si la Junta Directiva de la empresa estipuló una indemnización especial “para todos los trabajadores” de la misma y de sus filiales, no podía el Juzgador excluir a quienes ostentarán cargos de dirección. No se trataba de un convenio colectivo.

En el caso de los integrantes de juntas directivas u organismos rectores de organizaciones laborales formales, como asociaciones, corporaciones y compañías de comercio, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 124, del 17 de junio de 2001, les negó el carácter de trabajadores amparados por el Derecho Laboral¹⁰².

Opina Carballo que “tradicionalmente, los miembros de juntas directivas, consejos de dirección o administración u otras instancias de máxima representación de personas jurídicas o morales, fueron considerados como típicos ejemplos de empleados de dirección. Sin embargo, la doctrina sentada [...] supone un *desplazamiento* del referido *status* hacia el nivel jerárquico inferior subsiguiente [...] no considerándose como trabajadores a quienes, en representación de una persona jurídica, integren la más alta instancia de dirección de la empresa”¹⁰³.

En la sentencia N° 1683-05, 18-11 de la Sala de Casación Social, se plantea una situación excepcional: De las actas se evidenciaba que la demandante era socia fundadora de la empresa demandada, ostentaba un cargo en su junta directiva, era accionista y también prestaba sus servicios personales como médico, de manera flexible y no sujeta a exclusividad, porque laboraba en el sector público y también en su consulta privada. En este caso, la Sala aplicó el supuesto del Artículo 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y ante la duda surgida, favoreció la condición de la trabajadora, pero la catalogó como trabajadora de dirección¹⁰⁴.

En 1960, Caldera había afirmado que, “unos sostienen enfáticamente que los administradores no tienen carácter de trabajadores [Krotoschin,

¹⁰² En el voto salvado de la sentencia N° 1042-07, 24-05, la Magistrada Carmen Elvigia Porras se separa del criterio de la mayoría y sostiene que el integrante de la junta directiva de una organización, también puede ser trabajador.

¹⁰³ Carballo, 2002, *Op. Cit.* p. 249.

¹⁰⁴ En la sentencia N° 1985-07, 09-10, la Sala decidió que, si bien es cierto que el demandante ocupaba un cargo en la Junta Directiva de una sociedad mercantil, por virtud de una asamblea general de accionistas, se le habían limitado sus facultades a simples actos de administración y gestión diaria, declarándolo empleado de dirección.

De la Cueva y Cabanellas], otros afirman que no hay razón ninguna para excluirlos del régimen general de los demás empleados [Riva Sanseverino y Santero Passarelli]”. Luego agrega que “el carácter de miembro de una Junta Directiva no da, ni quita, el carácter de trabajador: no lo atribuye por sí solo, pues quien lo tiene puede no hallarse bajo la dependencia de la empresa, ni tampoco lo quita, pues el hecho de que una persona preste servicios de carácter personal a una corporación bajo su dependencia, no se desnaturaliza por la circunstancia de que esté investido de un alto cargo de la misma. Se trata, pues, de una cuestión de hecho: la de averiguar si *en cada caso*, aparte la función propiamente administrativa, existe o no, una relación de trabajo” (p. 229)¹⁰⁵.

En la sentencia N° 347-08, 01-04, la Sala consideró que “el hecho que la actora fuere socia de la sociedad civil accionada, no resulta un elemento suficiente para desvirtuar la presunción de laboralidad, ya que es factible que un trabajador se vincule con la empresa para la cual labora, a través de la obtención de acciones que forman su capital social, sin que implique dejar de prestar un servicio bajo la dependencia de ésta”.

Sobre el trabajador accionista, Caldera (1960) expuso que, “si además de funcionario, el administrador es condueño de la empresa (en una comuni-

¹⁰⁵ Caldera, 1960, *Op. Cit.*: “En este mismo sentido hay jurisprudencia de la Corte de Casación, la cual vino a definir que el gerente, apoderado y hasta accionista de una empresa pueden ser trabajadores, si en su labor existe subordinación. Los argumentos esgrimidos para excluir al administrador, a saber, el que al representar a la compañía no puede ser empleado de sí mismo, el que no existe subordinación porque no recibe órdenes de nadie, el de que es funcionario estatutario y de período fijo y el que como mandatario está sujeto a una responsabilidad distinta, no son irrefutables. Puede redargüirse que, por más que haya representación, hay una distinción entre la personalidad de la empresa y la del administrador, en las relaciones que entre ambos existen; que el no recibir órdenes de otro empleado permanente, no excluye que no cumpla instrucciones de la asamblea o de otros cuerpos colegiados, o del dueño de la mayoría o totalidad de las acciones, ni mucho menos elimina la dependencia económica y la obligación jurídica de darle todo o parte de su tiempo a la empresa; que puede tener un período fijo como funcionario, pero como trabajador, su relación de trabajo puede cubrir una etapa mayor, comenzando antes o terminando después de ese período—el cual, en caso extremo, podría configurar un contrato por tiempo determinado—; y que el contrato de mandato existente entre él y la empresa no excluye la coexistencia simultánea de un contrato de trabajo, como ha sido el caso de un abogado-trabajador, que al mismo tiempo ejerciera mandato de su patrono. Si, pues, en un caso determinado llegan a darse los elementos que caracterizan a una persona como trabajador, la circunstancia de ocupar un alto cargo, directivo o administrativo, no constituye razón válida para negarle aquél carácter” (pp. 230-231). En sentido similar se expresan Mujica Rodríguez (1971, pp. 71-74) y Hernández Tovar, Vicente (1976). *Curso de Derecho del Trabajo*. Universidad de Carabobo. Volumen I. Venezuela, Valencia, pp. 187-188.

dad, sociedad en nombre colectivo o en comandita, de responsabilidad limitada o aun anónima, con acciones nominativas) en una *proporción suficiente* como para considerar que su labor constituye la gestión de sus propios intereses más que prestación de servicios por cuenta ajena, no podría entonces considerarse como trabajador” (p. 231)¹⁰⁶.

2.3 *Exclusión facultativa*

La sustracción de cierta categoría de trabajadores de los efectos de la convención colectiva, tiene su fundamento en los artículos 509 y 552, Parágrafo Único, de la Ley Orgánica del Trabajo, cuyo antecedente es el Artículo 49 de la Ley del Trabajo:

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

Artículo 552.- La convención colectiva por rama de actividad, o en su defecto el laudo arbitral, se aplicará a todos los trabajadores que presten servicios a los patronos comprendidos [...] Que a salvo lo dispuesto en el artículo 510.

Parágrafo Único: Se podrá exceptuar de esta disposición a las personas que desempeñen puestos de dirección o de confianza.

Para Torres, las partes tienen que hacer uso de esta facultad “expresamente en el texto de la convención, y no con posterioridad, como frecuentemente se ha querido invocar”¹⁰⁷.

En opinión de Villasmil “se trata [...] de un régimen de exclusión permisivo que en tal virtud permite [...] a las partes excluir de la aplicación de la convención a los empleados de dirección y a los trabajadores de confianza. Siendo así, la exclusión debe ser expresa, por tanto, de no haberla, estarán incluidos, automáticamente, en el ámbito personal del convenio”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Caldera, 1960, *Op. Cit.*

¹⁰⁷ Torres, 1992, *Op. Cit.* p. 471.

¹⁰⁸ Villasmil, 1995, *Op. Cit.* p. 117.

Sobre el carácter potestativo de la exclusión, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 526-06, 22-03, estableció que ello se deriva del “verbo *podrán* sin que ello sea obligante”.

Respecto a la forma de realizar la excepción, la Sala, en la sentencia N° 526-06, 22-03 expresó que “la doctrina en materia laboral se ha inclinado en señalar que debido a la exclusión facultativa que hace el artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo de los trabajadores de confianza y de dirección, dentro del ámbito de aplicación de un convenio colectivo, dicha exclusión debe hacerse de manera expresa en cualesquiera de las cláusulas contenidas en ella o de cualquier otro modo que haga indudable la inaplicabilidad de los beneficios de una convención colectiva de esta categoría”, pero al analizar la cláusula correspondiente concluye que la “convención tiene como objeto regular las relaciones obrero-patronal, entendiéndose esto como la exclusión de manera implícita pero indubitable de los trabajadores de confianza y de dirección dentro del ámbito de aplicación de la misma”, con lo cual la Sala califica de *empleados* a todos los trabajadores de dirección y de confianza.

2.4 Modalidades de aplicación en convenciones colectivas

Las normas legales y reglamentarias no establecen ningún tipo de rigidez para la determinación del ámbito personal de aplicación de las convenciones colectivas de trabajo. Alegría¹⁰⁹ advierte que “se ha hecho una práctica corriente en los convenios colectivos la exclusión de este personal con la anuencia de las organizaciones sindicales, cuestión que debe ser revisada fundamentalmente en cuanto concierne a empleados de confianza, por la forma tan amplia como es entendido y aplicado este concepto por parte de los patronos”.

En los convenios colectivos analizados, se han observado varias modalidades de exclusión: Las fundadas en las definiciones legales de los cargos de dirección y de confianza (artículos 509, 42 y 45 LOT); las determinadas por las funciones que se indican en la cláusula convencional; y por el ejercicio de ciertos cargos de dirección y administración. En algunos de los acuerdos plurales también se observa la

¹⁰⁹ Alegría, Marco, 2005, *Derecho Colectivo del Trabajo*. Colección Minerva N° 33, C.A. Editora El Nacional y Universidad Gran Mariscal de Ayacucho. Caracas, Venezuela, p. 223

combinación de las modalidades señaladas anteriormente. A continuación se ofrecen ejemplos:

El contrato de condiciones colectivas de trabajo suscrito entre Compañía Nacional de Galletas Nabisco La Favorita, C.A. y el Sindicato de Trabajadores del Alimento y sus Similares del Estado Lara (SINTRALIM-LARA) vigente de 1991 hasta 1994, amparaba a todos los trabajadores que prestaran sus servicios a la empresa, con excepción de quienes desempeñaran los cargos iguales, similares, equivalentes o comparables a los del Artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con lo establecido en el Artículo 510 de esa Ley. Nótese que la exclusión del Artículo 510 de la Ley está referida a quienes hayan suscrito el convenio colectivo en representación del empleador y el Artículo 51 *eiusdem* enumera a los representantes del patrono, por lo que no existe una coincidencia total entre ambas normas.

El contrato único para la industria del transporte colectivo vigente desde 1991 hasta 1994, en la cláusula primera, excluía de su ámbito de aplicación a los directivos, y en general, a quienes tuviesen la representación jurídica de las empresas, en sede judicial, administrativa o ante terceras personas, así como también a los administradores, si eran, a su vez, accionistas de las empresas o pertenecieran a su junta directiva. Luego, el pacto plural estableció que los fiscales, el jefe de taller mecánico y los trabajadores que sean accionistas de la compañía gozaran de los beneficios, a excepción de algunas cláusulas (segunda y séptima). De lo anterior se aprecia, en forma evidente, que la cláusula excede las previsiones de los artículos 509 y 510 de la Ley.

La cláusula 2 del contrato colectivo de trabajo celebrado entre la Asociación Civil Monteclaro Country Club y el Sindicato de Trabajadores de Hoteles, Clubes, Bares, Restaurantes y sus similares del Estado Miranda, en fecha 23 de septiembre de 1993, establecía la cobertura del mismo: “Los trabajadores del Club que presten servicios en la Sede de la Asociación Civil Monteclaro Country Club”, exceptuando a “los trabajadores de dirección, inspección y confianza acorde con la Ley Orgánica del Trabajo y sus reglamentos así, como quienes de alguna manera ejerzan la representación del Club”; y agrega que también estarán fuera del ámbito convencional, quienes ocupen los siguientes cargos: Gerente general, gerente administrativo, jefe del departamento de contabilidad, jefe de personal, gerente técnico, chef, jefe de seguridad, jefe de computación, jefe de costos alimentos y bebidas, jefe de cobran-

za, jefe de atención al socio, jefe de compras, secretaria administrativa, secretaria gerencia, secretaria junta directiva, y todo jefe de departamento, en general.

Nótese que la cláusula invoca la Ley Orgánica del Trabajo para la exclusión facultativa, pero incluye ilegalmente a los trabajadores de inspección. Respecto a la enumeración de cargos, no basta. Deben analizarse las funciones específicas para determinar si corresponden a trabajadores de dirección o de confianza. Sobre este proceder, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 294-01, 13-11, expresó: “Ha quedado suficientemente claro para esta Sala, el que la valoración para calificar a un trabajador como de dirección o confianza, es una situación estrictamente de hecho, orientado por el principio de la primacía de los hechos; por lo cual, no puede una convención colectiva de trabajo estipular, conforme al cargo que nominativamente desempeñe un trabajador, su exclusión del ámbito de aplicación de la misma, bajo el amparo del artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo”.

En la sentencia N° 264-07, 05-03, la Sala consideró suficiente para excluir a un trabajador de los beneficios de la convención colectiva, que ésta señalara expresamente que se aplicaba a los trabajadores de nómina semanal o quincenal y se demostró en autos que el trabajador pertenecía a la nómina mensual.

El 14 de octubre de 1997 fue depositada ante la Dirección de Inspección Nacional y Asuntos Colectivos de Trabajo la convención colectiva de trabajo suscrita en la reunión normativa laboral para la rama de actividad Industrial de la Madera, sus afines y conexos, convocada por FETRAMADERA y sus sindicatos afiliados. En este contrato se exceptúa de su ámbito de aplicación a aquellos trabajadores contemplados en los artículos 42 y 45 de la Ley Orgánica del Trabajo, “entendiéndose que estos trabajadores son los denominados como de Dirección, de Confianza y de Administración [categoría específica que no existe en el texto legal]”. No obstante, se aclara que “aquellos trabajadores comprendidos en los artículos anteriores que han venido disfrutando de los beneficios contractuales, continuarán disfrutando de los mismos”.

Con esta previsión se garantiza la imposibilidad de modificar las condiciones de trabajo. No obstante, si en la organización, los trabajadores de dirección y de confianza tienen beneficios superiores a los del convenio

colectivo, esta cláusula no puede ser obstáculo para que los trabajadores disfruten condiciones más favorables, en situación de igualdad con sus semejantes.

En todo caso, el Juez no está sujeto a la literalidad de las normas; debe aplicar el principio de primacía de la realidad y el principio *iura novit curia*, para lograr una solución equitativa y acorde con la voluntad de las partes y los fines del Derecho del Trabajo.

2.5 Régimen jurídico de los trabajadores excluidos

Montoya Melgar¹¹⁰ informa que el Artículo 2.1 del Estatuto de los Trabajadores de España contempla ocho (8) categorías de relaciones laborales especiales, entre las que se incluye al personal de alta dirección que no sea meramente consejero o miembro del consejo de administración de la sociedad, que también están excluidos de la vigencia de la convención colectiva.

Estos trabajadores deben celebrar, por imperio de la Ley, un contrato especial escrito¹¹¹, que da primacía a la voluntad de las partes para establecer sus derechos y obligaciones, con la única limitación de respetar el decreto especial 1438/1985 que regula este tipo de relación¹¹².

En Venezuela, el Artículo 146 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo establece que, si los trabajadores de dirección y de confianza son excluidos del ámbito de la convención colectiva, “los derechos y beneficios que disfruten no podrán ser inferiores, en su conjunto, a los que correspondan a los demás trabajadores [...] incluidos en el ámbito de validez personal” del convenio (antes en el Artículo 174 del Reglamento de 1999).

Para Sainz Muñoz (1993)¹¹³ la exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza debe utilizarse “en el entendido de que gocen de

¹¹⁰ Montoya Melgar, Alfredo, 2000, *Derecho del Trabajo* (20ª ed.). Editorial Tecnos. Madrid. España, pp. 282 y 285.

¹¹¹ Ramírez Martínez, Juan et al., 1999, *Curso de Derecho del Trabajo* (8ª ed.). Tirant lo Blanch. Valencia. España, pp. 467-471.

¹¹² López Álvarez, María, 2000, *Capítulo 14: Contratos y relaciones laborales especiales en Manual de Derecho del Trabajo*, bajo la dirección de Carlos Molero Manglano. McGraw Hill. Madrid. España, pp. 321-342.

¹¹³ Sainz Muñoz, Carlos, 1993, *Antecedentes y connotaciones de la nueva Ley Orgánica del Trabajo*. Ediciones del Congreso de la República. Caracas, Venezuela.

beneficios iguales o superiores, en caso contrario se aplicará el principio pro operario que orienta el derecho social y tendrán derecho a la condición más favorable” (p. 126).

En el 2000, Espinoza Prieto¹¹⁴ expresó que la exclusión “no pretende [...] perjudicar a los trabajadores exceptuados dejándolos absolutamente sin protección convencional y regidos exclusivamente por la Ley, sino, por el contrario, abrir las posibilidades de que el patrono pudiera establecer para ellos o convenir con ellos condiciones más favorables que las establecidas en las estipulaciones contractuales”¹¹⁵.

Con respecto a la jornada de trabajo, el Artículo 198, literal a, de la Ley Orgánica del Trabajo establece que los trabajadores de dirección y de confianza no estarán sometidos a las limitaciones generales sobre la duración del trabajo (Artículo 195 *eiusdem*) y podrán permanecer hasta un máximo de once (11) horas, de las cuales, una (1) hora, por lo menos, debe ser de descanso. La Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 26 de julio de 1960 estableció que “los empleados de confianza sí tienen derecho al pago de horas extraordinarias cuando el número de horas trabajadas sobrepase el permitido por la Ley” (GF 29, 2E, p. 64)¹¹⁶.

En la estabilidad laboral, el Artículo 112 de la Ley sustantiva laboral venezolana (LOT) excluye de su aplicación a los trabajadores de dirección, pero sí protege a los trabajadores de confianza de carácter permanente y con más de tres (3) meses de servicio ininterrumpido, en lo que respecta al reenganche y/o el pago de las indemnizaciones del Artículo 125 del mismo texto normativo (SCS, sentencia N° 1370-04, 02-11)¹¹⁷.

¹¹⁴ Espinoza Prieto, Antonio, 2000, *Los Derechos Laborales regulados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Editorial Buchivacoa. Venezuela.

¹¹⁵ “Entender, como se había entendido, la limitación en términos peyorativos, es un contrasentido que conduce a pensar que a medida que el trabajador se vincula más a la empresa, adquiere más confianza de ella y tiene más antigüedad en el servicio, tendría menos consideraciones y derechos dentro de la misma” (Espinoza Prieto, 2000, *Op. Cit.*, p. 164).

¹¹⁶ Ver en: Bustamante, 1978, *Op. Cit.*, p. 67.

¹¹⁷ Torres, Iván, 1993, *Estabilidad en el Trabajo*. Italgráfica, S.R.L. Venezuela, expresó: “Estuvo atinado el legislador cuando comprendió a dichos trabajadores de confianza dentro de los beneficios de sus previsiones, al eliminar la excepción que pesaba sobre éstos, en virtud de la LCDI, cuyas disposiciones protectoras no les eran aplicables” (p. 44).

García Vara¹¹⁸ sostiene que “si el trabajador realiza funciones atribuidas al trabajador de confianza y a la vez cumple tareas del trabajador de dirección, para los efectos de la estabilidad relativa, no está sometido a sus disposiciones y se considera a estos efectos como trabajador de dirección, porque esta calificación lo excluye de su aplicación” (p. 56).

La Sala de Casación Social determinó que si el cargo ocupado por el trabajador se equipara a lo previsto en el Artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo, aunque lo hayan despedido injustificadamente, no le corresponden las indemnizaciones previstas en el Artículo 125 *eiusdem* (Nº 1785-06, 31-11, ratificada por la Nº 347-08, 01-04).

En la sentencia Nº 223-01, 19-09, la Sala reiteró el criterio de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 3 de junio de 1999, caso L. Delgado contra Lagoven, S.A.) sobre la aplicación del convenio colectivo petrolero: No es posible aplicar los beneficios de los empleados de la nómina mayor junto al convenio colectivo, porque ambos regímenes son excluyentes, al establecer la cláusula de aquel que, las condiciones y beneficios laborales para los trabajadores pertenecientes a la nómina mayor nunca serán inferiores a las del contrato colectivo.

En este mismo sentido, decidió que ante “la preeminencia, privilegio o preferencia que obtienen los trabajadores comprendidos en la categoría denominada nómina mayor en sus condiciones de trabajo, la Contratación Colectiva de Trabajo de la Industria Petrolera no puede ni debe aplicársele, pues es de entender que dichos trabajadores disfrutaban de mejores y mayores beneficios laborales que los sujetos amparados por dicha contratación colectiva, beneficios superiores que generalmente vienen fundamentados por contratos individuales de trabajo” (SCS, sentencia Nº 2104-07, 18-10)¹¹⁹.

¹¹⁸ García Vara, Juan, 1995, *Estabilidad en Venezuela*. Editorial Pierre Tapia. Caracas. Venezuela.

¹¹⁹ En la sentencia Nº 1680-06, 24-10 la Sala casó la decisión del Juzgado Superior porque, la sola calificación de trabajador de confianza era suficiente para excluirlo del ámbito del convenio colectivo petrolero: “[...] calificada por las partes la labor como de confianza, el *ad quem* debió aplicar al supuesto de hecho la consecuencia jurídica prevista en el Artículo 45 de la Ley Orgánica del Trabajo y lo dispuesto en el 509 *eiusdem*, que trae como consecuencia excluir a los trabajadores de confianza”.

En otros casos, la Sala ha establecido que la exclusión es procedente “cuando de las pruebas aportados a los autos se logró comprobar que el trabajador tenía condiciones de trabajo más favorables en su conjunto a las que corresponden a los demás trabajadores incluidos en el ámbito de validez personal de la convención colectiva de trabajo” (sentencia 526-06, 22-03).

3. Previsión del artículo 96 de la Constitución de la República sobre el derecho a la celebración y aplicación de convenios colectivos de trabajo

3.1 Situación anterior a la Constitución de 1999

La exclusión facultativa de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito personal de la convención colectiva y el régimen especial aplicable ha suscitado diferentes opiniones en el Derecho del Trabajo venezolano.

Manrique Siso¹²⁰ sostuvo que el principio de primacía de la realidad integrado al Artículo 18 del Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 “trató de enmendar la discriminación estipulada” en contra de los trabajadores de confianza, que podían ser excluidos del ámbito del pacto plural.

Ruiz Carrillo¹²¹ opinó que la Ley Contra Despidos Injustificados discriminó a los trabajadores de confianza al excluirllos de la estabilidad, pronunciamiento que avaló Torres¹²² y tuvo eco en la reforma laboral de 1990 al otorgarle a esta clase de laborantes, el derecho a la permanencia (Artículo 112 LOT).

Es importante destacar que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, bajo la ponencia del Magistrado Aníbal Rueda, en la sentencia de fecha 6 de diciembre de 1984 estableció que los trabajadores que ocuparan cargos de confianza podían gozar del derecho a la estabilidad en los casos de que así lo estableciera el convenio colectivo¹²³.

¹²⁰ Manrique, Manuel, 1974, *El Trabajador y sus Derechos*. Asociación de Abogados Laborales de Venezuela. Caracas. p. 37.

¹²¹ Ruiz Carrillo, Rafael, 1975, *Análisis y Proyección del Derecho Laboral en Venezuela*. Colección Anri, volumen 1. Editorial Salto Ángel. Caracas. Venezuela. p. 141.

¹²² Torres, 1978, *Op. Cit.* p. 288.

¹²³ Ver en: Torres, Iván, *Actualidad Laboral, Op. Cit.*, 1985, N° 23, pp. 305-311.

Para Sainz Muñoz “no existe [en la Ley Orgánica del Trabajo] discriminación de ningún grupo de trabajadores a la aplicación de los beneficios de la convención colectiva”, salvo el caso de los trabajadores de dirección y de confianza, si éstos reciben beneficios iguales o superiores¹²⁴.

3.2 Norma constitucional vigente y opiniones doctrinarias

El Artículo 96 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela instituye que “las convenciones colectivas ampararán a todos los trabajadores y trabajadoras activos y activas al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad”. Como ya se indicó, la aplicación general del convenio plural se fundamenta en el principio de la igualdad.

Espinoza Prieto no manifiesta ninguna inconsistencia entre esta norma constitucional y lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo para la exclusión facultativa de los trabajadores de dirección y de confianza¹²⁵.

Como las normas legales y reglamentarias no prevén ningún tipo de rigidez para la determinación del ámbito personal de aplicación de las convenciones colectivas de trabajo, con las convenciones colectivas citadas y comentadas en esta investigación se ha demostrado lo afirmado por Alegría, que “se ha hecho una práctica corriente en los convenios colectivos la exclusión de este personal con la anuencia de las organizaciones sindicales, cuestión debe ser revisada fundamentalmente en cuanto concierne a empleados de confianza, por la forma tan amplia como es entendido y aplicado este concepto por parte de los patronos”¹²⁶.

El tratamiento desigual de los trabajadores de dirección y de confianza podría generar la aplicación de un régimen de condiciones de trabajo inferior al que prevé el convenio colectivo, tratamiento que podría lesionar los principios de igualdad e irrenunciabilidad.

En la sentencia N° 180-07, 13-02, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, para definir la discriminación, acoge el criterio sentado por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Jus-

¹²⁴ Sainz Muñoz, 1993, *Op. Cit.* p. 126

¹²⁵ Espinoza Prieto, 2000, *Op. Cit.*

¹²⁶ Alegría, 2005, *Op. Cit.* p. 223.

ticia, vertida en la sentencia de fecha 21 de julio de 1994, caso Vidal Blanco, en la cual se expresa que “la discriminación existe, también, cuando situaciones similares o análogas se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria” y luego aclara, invocando la sentencia de la Sala Constitucional de fecha 17 de octubre de 2000, que “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”.

Corresponde seguidamente, analizar cómo se ha ventilado esta situación ante los tribunales de la República.

3.3 *Estudio de casos y pronunciamientos judiciales*

En la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia existen pronunciamientos genéricos y específicos sobre el régimen de exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza, así como respecto a sus derechos.

3.3.1 Pronunciamiento sobre la irrenunciabilidad.

En la sentencia N° 294-01, 13-11 la SCS, invocando el principio de la irrenunciabilidad, expresa que “no puede pretenderse que un trabajador decline a ciertos beneficios que son excluidos por la legislación laboral para los empleados de dirección y trabajadores de confianza, por el solo hecho de que así se haya acordado al vincularse jurídicamente con el patrono, o por la calificación que se le diere al puesto de trabajo o cargo del trabajador cuando en realidad dicho trabajador por las funciones que ejerce no ostenta tal condición”.

3.3.2 Pronunciamiento específico sobre la exclusión facultativa.

En el asunto KP02-L-2003-1226, Rafael Guillermo Cabrera Arteaga contra Casa Propia, Entidad de Ahorro y Préstamo, C.A., el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, en fecha 14 de junio de 2004, se pronunció sobre la

exclusión de los trabajadores de confianza del ámbito de la convención colectiva¹²⁷:

Entonces, cuando en la convención colectiva que rige a las partes de este asunto se establece en la cláusula 04, parte *in fine*, que queda excluido el personal que se desempeña en cargos de dirección, supervisión o representantes del patrono según lo establecido en los artículos 42, 49 y 51 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, debe tenerse en cuenta que se trata de una modalidad particular, pues utiliza varias referencias: (1) directa a los empleados de dirección, que los define el Artículo 42 de la Ley; y a los representantes del patrono, que la Ley prevé en el Artículo 50; pero (2) indirectamente la exclusión puede alcanzar a otras categorías de trabajadores al analizar las funciones que se han descrito en la cláusula, aplicando el principio de primacía de la realidad (más allá de las calificaciones hechas por las partes) y en aplicación del principio *iura novit curia*.

La función de supervisión, en el ámbito de la Ley Orgánica del Trabajo está atribuida a los trabajadores de confianza (Artículo 45). Entonces, aun cuando la norma convencional no excluye expresamente a esta categoría de trabajadores del ámbito personal de la aplicación, el Juzgador considera que en razón de sus funciones de supervisión los trabajadores de confianza encajan en los supuestos de la misma, funciones que ejercía el actor, tal y como ya se ha determinado en esta decisión.

Por otra parte, el Artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo establece:

Artículo 51. Los directores, gerentes, administradores, jefes de relaciones industriales, jefes de personal, capitanes de buques o aeronaves, liquidadores y depositarios y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración se considerarán representantes del patrono, aunque no tengan mandato expreso, y obligarán a su representado para todos los fines derivados de la relación de trabajo.

¹²⁷ Disponible en <http://lara.tsj.gov.ve/>, consultada el 09-01-09.

Conforme a lo dispuesto por la norma transcrita, debemos agregar que en el presente asunto, el actor se presume representante del patrono; (1) al ejercer el cargo de gerente; y (2) al participar en la administración del negocio en la forma que ha quedado determinada en esta decisión.

Por todo lo expuesto, el Juzgador considera que al actor no le son aplicables las cláusulas de la convención colectiva, pero en todo caso, debe respetarse lo dispuesto en el Artículo 174 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, esto es, que en caso de que se excluya de la convención colectiva a los trabajadores de dirección y de confianza, las condiciones de trabajo y los derechos y beneficios que disfruten no podrán ser inferiores, en su conjunto, a los que correspondan a los demás trabajadores incluidos en el ámbito de validez personal de la convención colectiva de trabajo. Así se establece.-

Apelada esta decisión, el Juzgado Superior del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial se pronunció en el asunto KP02-R-2004-000743, en fecha 12 de agosto de 2004¹²⁸:

Luego de un análisis de los elementos de prueba antes señalados, resulta claro para este Juzgador que el demandante era un trabajador de confianza, en razón de que el mismo participaba en la administración del negocio en sentido restringido, no teniendo facultades de disposición plena [...].

Como segundo punto tenemos la procedencia o no de aplicar a favor del trabajador [...] la contratación colectiva suscrita en fecha 02 de septiembre del 2000 [...].

Efectivamente, la cláusula 04 del cuerpo normativo que rige las relaciones de los trabajadores con la entidad, excluye al personal que se desempeña en cargos de dirección, supervisión o representan al patrono según lo establecido en los artículos 42, 49 y 51 de la Ley Orgánica del Trabajo; tal normativa sindical violenta el espíritu y razón del constituyente cuando

¹²⁸ Disponible en <http://lara.tsj.gov.ve/>, consultada el 09-01-09.

entre las innovaciones más importantes introducidas por la Constitución Bolivariana, concretamente los cambios que se observan en los artículos 95 y 96, enerva esa distinción entre obreros y empleados; y entre trabajadores de confianza y empleados de dirección, pasando a considerarlos a todos por igual, esto es, como prestadores de servicios personales en relación de subordinación, sin distinción de clases o categorías [...].

No obstante a que nuestra Carta Magna data de 1999 [...] la contratación colectiva a que hacemos referencia es contemporánea con la Constitución, lo que de alguna manera debió enmarcarse dentro de la nueva concepción que sobre los derechos sociales tenía el constituyente; vale decir, la igualdad de todas las personas ante un hecho social que es el trabajo. Ante tal razonamiento, es forzoso para este Juzgador declarar válido y aplicable toda la normativa establecida en el contrato colectivo de trabajo suscrito [...] a favor del actor [...].

El Juez de Alzada comparte la opinión de Alegría¹²⁹ y analiza el alcance de la disposición legal desde el Artículo 96 de la Constitución de la República, pero omite señalar qué mecanismo de control constitucional aplica¹³⁰.

Linares¹³¹ destaca el carácter concentrado de las normas constitucionales y afirma que “toda constitución, precisamente por su afán fundacional y de permanencia, no puede entrar en todos los detalles que corresponde a la Ley, sino debe asegurar, básicamente, los aspectos más esenciales del Estado que está constituyendo [...] el texto fundamental establece sobriamente los valores esenciales del ordenamiento jurídico y el intérprete, más que llenar lagunas, debe extraer de ese derecho concentrado la regulación concreta a los parámetros de comparación para decidir sobre la constitucionalidad del asunto confrontado”. Luego agrega que “entran en juego aquí los valores fundamentales del ordenamiento”.

¹²⁹ Alegría, 2005, *Op. Cit.* p. 223.

¹³⁰ Sobre los mecanismos de control constitucional y el Derecho Laboral, ver: Arráiz, José, 2007, *Control judicial de la constitucionalidad en el Derecho del Trabajo Venezolano (estudio preliminar)*, en revista *Derecho del Trabajo*, N° 3/2007, Extraordinario. Universitas. Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela, pp. 715-734.

¹³¹ Linares, Gustavo, 1999, *El Proceso de Amparo*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela, pp. 135-137

Ejercido el recurso de casación contra esta decisión, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 1629-04, 14-12, se pronunció en estos términos:

[...] el Sentenciador de Alzada, resuelve el caso bajo estudio, aplicando la contratación colectiva que rige las relaciones entre la entidad demandada y sus trabajadores, al ciudadano Rafael Guillermo Cabrera Arteaga, quien ejercía el cargo de Gerente, sin embargo, finalmente declara que los beneficios por el accionante reclamados, no resultan procedentes, por cuanto los mismos no fueron probados.

De lo hasta aquí expuesto, considera esta Sala, existe una flagrante violación por parte de la Alzada al orden público laboral, al interpretar que la exclusión de los empleados de dirección y trabajadores de confianza que se desprende del derecho sustantivo laboral, está en contradicción con la Norma Constitucional, específicamente con las disposiciones 95 y 96 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como también incurre en una evidente contradicción al declarar aplicable la mencionada contratación colectiva y concluir en la improcedencia de los beneficios demandados, por cuanto, como se dijo anteriormente, los mismos no fueron probados.

El artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo, señala: “las estipulaciones de las convenciones colectivas beneficiarán a todos los trabajadores de la empresa...” sin embargo, “...Las partes podrán exceptuar de su aplicación a las personas a que se refieren los artículos 42 y 45 de esta ley”, es decir, tal disposición legal permite la exclusión de dichas convenciones a los trabajadores de confianza y empleados de dirección.

Ahora bien, nuestro Texto Constitucional (artículos 95 y 96) establece que todos los trabajadores sin distinción alguna gozarán de plena libertad sindical, es decir, tienen el derecho de constituir libremente sindicatos, así como también derecho a la negociación colectiva y a la celebración de convenciones colectivas las cuales ampararán a todos los trabajadores, colocándolos en un plano de igualdad.

En este sentido, la exclusión a la que hace referencia la Ley Sustantiva laboral, no implica discriminación alguna a los tra-

bajadores de dirección y de confianza, que genere violación al derecho que los trabajadores tienen de constituir sindicatos, así como de la posible aplicabilidad, a éstos, de una convención colectiva cuando así lo deseen las partes contratantes, la voluntaria exclusión de dichos trabajadores, considera esta Sala es producto de las labores que los mismos desempeñan, lo cual hace que se diferencien del universo de los trabajadores, sin que ello implique desigualdad discriminatoria alguna.

Considerar, tal como lo hizo la Alzada, que la sustracción de tales trabajadores, a la que hace referencia la contratación colectiva en comento, quebranta, vulnera el texto Constitucional, crearía un grave precedente al orden público laboral, ya que de esta forma se estaría privilegiando a una categoría de trabajadores que dadas sus características se encuentran en condiciones de tiempo, modo y lugar diferentes a aquellos que se encuentran bajo su subordinación, generando graves consecuencias al alto interés público nacional, tanto en el sector público como en el sector privado.

Así pues, existen razones suficientes para casar de oficio el fallo recurrido, quedando así nula dicha decisión

Es importante destacar que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha negado expresamente su competencia para pronunciarse *directamente* sobre la infracción de normas de rango constitucional, criterio sentado en la sentencia N° 171-00, 14-06, ratificado, entre otras, en la sentencia N° 1975-07, 04-10.

3.3.3 Criterio sobre el régimen especial.

En la sentencia N° 244-08, 06-03, la Sala señaló que la demandada negó y rechazó la aplicación del convenio colectivo porque la trabajadora demandante había “migrado” a la Ley Orgánica del Trabajo, mediante la suscripción de un contrato individual de trabajo más favorable que el pacto plural. En este caso, la Sala ratificó el criterio vertido en la sentencia N° 2316-07 y ordenó que en estas situaciones, debiera determinarse cuál es la norma más favorable para el trabajador.

En este sentido, la Sala acoge el criterio de Plá Rodríguez: “(a) La comparación debe efectuarse teniendo en cuenta el tenor de las dos normas. No puede, en cambio, comprender las consecuencias económicas

lejanas que la regla puede engendrar; b) la comparación de las dos normas debe tomar en consideración la situación de la colectividad obrera interesada y no la de un obrero tomado aisladamente; c) la cuestión de saber si una norma es o no favorable a los trabajadores no depende de la apreciación subjetiva de los interesados. Ella debe ser resuelta objetivamente, en función de los motivos que han inspirado las normas; d) la confrontación de dos normas debe ser hecha de una manera concreta, buscando si la regla inferior es, en el caso, más o menos favorable a los trabajadores; e) como la posibilidad de mejorar la condición de los trabajadores constituye una excepción al principio de intangibilidad de la regla imperativa, jerárquicamente superior, no puede admitirse la eficacia de una disposición inferior mientras que pueda dudarse de que sea efectivamente más favorable a los trabajadores” (SCS, sentencia N° 2316-07, 15-11).

Por otra parte, la misma Sala, en la sentencia N° 86-01, 17-05 estableció que “la interpretación de los contratos es una cuestión de hecho reservada a los jueces de instancia, controlable en casación sólo cuando el sentenciador hubiese incurrido en suposición falsa, salvo que el Juez califique erróneamente el negocio jurídico, y lo subsuma en una norma que no es aplicable, error éste de Derecho, el cual, en el supuesto de contratos colectivos procederá previa denuncia de infracción de las normas legales que ordenan su aplicación” (artículos 60, 508 y 398 LOT).

Conclusiones

1. El carácter excepcional de los empleados de dirección y de confianza y el resto de los trabajadores, genera una *presunción iuris tantum* de que toda relación es ordinaria y ante el alegato en contrario, la carga de la prueba corresponde al empleador.
2. Las definiciones legales sobre las funciones de dirección y de confianza son meramente orientadoras y para determinar cuáles trabajadores están incluidos en dichas categorías, sus supuestos no tienen carácter concurrente, es decir, que la calificación procede con la verificación de uno cualquiera de ellos.
3. La naturaleza real del servicio prestado determinará la condición de dichos trabajadores y esto sólo se podrá verificar adminiculando las funciones, actividades y atribuciones que legalmente definen a los mismos, con las que efectivamente desarrollan conforme a las pruebas de autos.

4. En la práctica se observaron convenios que acogen bajo su protección a todos los trabajadores de la organización laboral, sin hacer distinciones, así como otros determinan a qué tipo de trabajadores se aplica, con exclusiones explícitas o implícitas, estas últimas, mediante definiciones genéricas de los beneficiarios (*p.e.*, los obreros) o precisas (*p.e.*, los obreros de la planta de producción; el área del taller o los profesionales de la mecánica; para los farmacéutas, entre otros).
5. La sustracción automática del ámbito personal de la convención colectiva que consagra en los artículos 510 y 552 de la Ley Orgánica del Trabajo no se aplica a todos los representantes del empleador, sino sólo aquellos que participan en la negociación y/o autorizan el convenio.
6. La excepción facultativa de los trabajadores de dirección y de confianza de los efectos personales del convenio plural, que consagran los artículos 509 y 552, Parágrafo Único, de la Ley Orgánica del Trabajo, puede hacerse en forma explícita o implícita, pero indubitable.
7. En los convenios colectivos analizados, se observó la aplicación de varias modalidades de exclusión facultativa: Las fundadas en las definiciones legales de los cargos de dirección y de confianza (artículos 509, 42 y 45 LOT); las determinadas por las funciones que se indican en la cláusula convencional; y por el ejercicio de ciertos cargos de dirección y administración. En algunos de los acuerdos plurales también se observó una combinación de las modalidades señaladas anteriormente.
8. La exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza de los efectos de la convención colectiva, no implica discriminación alguna a estos laborantes, pero deben estar sujetos a un régimen que en su conjunto sea igual o superior a lo previsto en el pacto plural.

La inmotivación y los errores en la motivación del acto sentencial como causal de casación en el proceso laboral. Control de la cuestión de hecho y probatoria

*Humberto Enrique Tercero Bello Tabares**
*Dorgi Doralys Jiménez Ramos***

Sumario:

- 1. Introducción. La motivación de la sentencia como derecho constitucional.**
- 2. La motivación de la sentencia.**

* **Abogado.** Rango 1/52. Doctor en Ciencias Jurídicas. *Magíster Scientiarum* en Ciencias Jurídicas mención Derecho Procesal Civil. Especialista en Derecho Procesal Civil. **Universidad de Margarita (UNIMAR).** Profesor de Postgrado. **Universidad José María Vargas (UJMV).** Profesor de Postgrado. **Universidad Arturo Michelena (UAM),** Profesor de Postgrado. Autor de varias obras y artículos jurídicos.

** **Abogado.** Especialista en Gerencia Municipal. Especialista en Derecho Procesal Civil. **Universidad Central de Venezuela.** Especialización en Derecho del Trabajo. Tesista. **Universidad de Salamanca.** Diplomada en Derecho del Trabajo. Autora de varias obras jurídicas.

3. **Errores en la motivación de la sentencia censurables en casación:** 3.1 *La falta de motivación o inmotivación como motivo de casación.* 3.2 *Errores en la motivación como causal de casación.* 3.3 *Contradicción, error, falsedad e ilogicidad en la motivación, como yerros que conducen a la infracción de ley.*
4. **Conclusiones respecto a la falta de motivación y los errores en la motivación.**

1. Introducción. La motivación de la sentencia como derecho constitucional

El judicante al momento de emitir su acto sentencial, fallo o pronunciamiento, debe analizar los elementos de hechos controvertidos en el proceso, esto es, determinar cuáles fueron los hechos alegados por el actor en su escrito libelar que fueron rebatidos por el demandado al momento de ensayar su contestación o defensa, para posteriormente fijarlos o establecerlos a través de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes o que oficiosamente haya ordenado, construyendo de esta manera la premisa menor del silogismo judicial; una vez fijados los hechos previos, el análisis de los medios probatorios, el operador de justicia debe construir la premisa mayor del silogismo judicial, escogiendo las normas jurídicas que aplicará al caso concreto y donde subsumirá los hechos fijados –premisa menor– normas éstas que no necesariamente tienen que ser las señaladas por las partes, pues el juzgador en función del brocardo *iura novit curia*, aplica el derecho con independencia de las apreciaciones e invocaciones de las partes; fijada la premisa menor y construida la mayor, subsumidos los hechos fijados del caso concreto en la norma jurídica escogida por el juzgador para resolver el caso concreto, debe producirse la consecuencia contenida en la norma, la cual será en definitiva la que contenga la solución del caso concreto y que se traducirá o convertirá en el dispositivo del fallo.

De esta manera, son las partes quienes a través del envoltorio del alegato dan al operador de justicia los hechos sobre los cuales recaerá la actividad jurisdiccional; estos hechos para que el juzgador pueda tenerlos como fijados y construir la premisa menor del silogismo judicial, deben ser demostrados con los medios de prueba aportados por las partes y excepcionalmente a través de la actividad probática oficiosa del juzgador. En esta actividad, el juzgador al construir la premisa menor, debe razonar, explicar y fundamentar cuáles fueron los elementos que lo llevaron a fijar los hechos controvertidos en el proceso; debe explicar cuáles

fueron los hechos debatidos en el proceso y que se tienen como los hechos concretos del caso que se subsumirán en las normas jurídicas, como consecuencia del análisis del material probatorio cursante en autos; pero igualmente, el operador de justicia al momento de construir la premisa mayor del silogismo judicial, donde goza del brocardo *iura novit curia*, debe razonar, explicar y fundamentar cuáles fueron los elementos que lo llevaron a la aplicación de la norma para solucionar el conflicto judicial, esto es, los elementos que lo llevaron a interpretar o integrar la norma a aplicar; en definitiva, el juzgador al momento de emitir su fallo, debe motivar cuáles fueron las razones de hecho y de derecho que lo llevaron a emitir el dispositivo del fallo, pues éste –dispositivo del fallo– debe ser el producto de la actividad razonada y motivada realizada por el juzgador.

Lo anterior nos coloca en el terreno de la motivación de la sentencia, donde el juzgador en la misma debe dar las explicaciones que justifiquen el dispositivo del fallo, el cual, como hemos venido señalando, es el producto de la construcción de la premisa menor y mayor del silogismo judicial y de la actividad de subsumir los hechos concretos en el supuesto abstracto de la norma, actividades intelectuales éstas que deben constar en el cuerpo de la decisión, de manera que la sentencia debe estar motivada y esta motivación se hace a través de las argumentaciones de hechos y de derecho que expliquen las razones que tuvo el juzgador para acoger o no la pretensión, en otras palabras, el dispositivo del fallo debe ser el producto de una motivación donde se explique las razones de la actividad intelectual del juzgador para la construcción de las premisas y la determinación de la consecuencia jurídica.

La motivación de la sentencia como manifestación de la tutela judicial efectiva, garantiza el derecho a la defensa y de las partes, pues a través de la misma es que puede controlarse la constitucionalidad y legalidad del pronunciamiento judicial, de manera que la motivación de la sentencia evita la arbitrariedad de los fallos judiciales, pues el juzgador debe atenerse a la legalidad y argumentar las razones que lo llevaron a emitir su pronunciamiento; pero igualmente, la motivación del fallo persuade a los ciudadanos y les da el conocimiento de los mecanismos intelectuales que originaron la sentencia, mas aún, la motivación del fallo judicial permite al ciudadano confiar en su sistema de justicia, en su Poder Judicial y en sus jueces, decisiones inmotivadas a propósito de arbitrariedad judicial, de imposibilidad de control por la vía recursiva ordinaria o extraordinaria, conlleva al desconocimiento del estado de derecho y de

justicia y produce una influencia negativa en la colectividad, en los ciudadanos al producirles desconfianza un sistema con jueces que no explican el criterio seguido para resolver los conflictos judiciales, de manera que la falta de motivación no sólo es un problema que afecta a la tutela judicial efectiva, es un problema más amplio que afecta a la sociedad, a la confianza en el sistema de justicia, en los jueces y en la democracia, pues un país donde su poder judicial sea político y arbitrario, mal puede llamarse democrático y apegado a la Constitución y leyes.

En este orden de ideas, la motivación de las sentencias judiciales es un factor de marcada importancia y característica de los sistemas democráticos, jugando papel fundamental en la confianza de los ciudadanos en su sistema de justicia y en la existencia de un estado de derecho y de justicia, lo que en definitiva se traduce, en que el deber de motivación de los fallos tiene un alto índice de exigencia política, pues cuando el sistema se desmantela, cuando la justicia es arbitraria, cuando sus decisiones no son justificadas jurídicamente mediante argumentos o motivaciones existentes y sólidas, tanto en la construcción de la cuestión de hecho como de derecho, no puede alcanzarse ese valor superior del ordenamiento jurídico y constitucional democrático como lo es la justicia y el derecho; pero en esta misma línea argumentativa, debemos poner de manifiesto que la motivación de los fallos judiciales para eliminar todo atisbo de arbitrariedad, no puede ser cualquiera, debe tratarse de una motivación congruente, según el tema debatido, los hechos controvertidos y las pruebas aportadas al proceso, correcta, ajustada a la legalidad y constitucionalidad, pues una motivación errónea, absurda, ilógica, arbitraria, divorciada de la legalidad y de la justicia, incluso, totalmente ajena al tema que se debate, sigue siendo inmotivación; pero también la motivación –insistimos– debe ser acorde a la ley y a la justicia, pues cuando es penetrada por la política, como sucede en nuestro actual sistema de justicia, manipulándose la norma de derecho, los criterios para favorecer cierto sector o para satisfacer egoístas intereses, nos encontramos ante una inmotivación o motivación manipulada que al final se vuelca en inmotivación.

La motivación de los fallos judiciales, como parte del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 Constitucional, es un deber de la jurisdicción, tendente a que se garantice y respete el sistema democrático de derecho y de justicia, para evitar arbitrariedad, que forma parte esencial e indispensable de la decisión judicial, pues su ausencia la vicia de nulidad, como veremos más ade-

lante e impide su control recursivo, lo que a su vez involucra el derecho que tienen los justiciables de exigir del estado la explicación de los motivos que lo llevaron a declarar en el caso concreto la voluntad de la ley, de manera que se trata de derecho constitucional, ubicado en algunos ordenamientos jurídicos dentro del debido proceso y enmarcado en nuestro sistema constitucional en la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 Constitucional. Luego, la inmotivación como vicio de la sentencia y lesión al derecho constitucional mencionado, no sólo se refleja en la ausencia total o parcial de motivación y en los casos de motivaciones políticas, que en definitiva, producto de un derecho manipulado, de criterios contrarios a la ley y al texto constitucional, contrarios al derecho y a la justicia, que abren el camino político y cierran espacios democráticos, se vuelca en inmotivación, sino que también los vicios en la cuestión de la motivación se presentan cuando se produce contradicción, ilogicidad, absurdidad, arbitrariedad, irracionalidad, irrazonabilidad.

Estas anormalidades en la cuestión de la motivación, vale decir, las diversas modalidades que permiten señalar que se ha producido vicios en la motivación del acto sentencial, caen dentro del campo del control por parte del Tribunal de Casación, a través de la pertinente denuncia de yerros en la motivación, que precisamente es el tema que pretendemos abordar en estos momentos.

2. La motivación de la sentencia

Previo al análisis de los diversos yerros que pueden conducir a la casación por vicios en la motivación del acto sentencial, resulta primordial hacer algunas consideraciones y reflexiones sobre la cuestión de la motivación de la sentencia en términos generales, a cuyo efecto debemos comenzar con la siguiente interrogante: ¿Qué es la motivación de la sentencia?

Se dice que una decisión cumple con el fundamental requisito de la motivación, cuando expresa sus razones a través de contenidos argumentativos explicitados en el acto jurisdiccional, para comprender el porqué de un determinado resultado judicial, que por demás debe ser objetivo e imparcial, lo que permitirá conocer el criterio del juez sobre el asunto debatido.

La obligación de motivar el acto sentencial, en nuestro sistema procesal se consagra en la Constitución del 15 de Agosto de 1891, cuando estable-

ció que *“Todo tribunal debe fundar sus sentencias con expresión de la ley aplicable al caso, siendo que desde entonces existe la obligación de motivar la sentencia, lo que constituye una garantía contra la arbitrariedad judicial y tiene como finalidad que el justiciable conozca el mecanismo intelectual que utiliza el juez en su decisión”*.

Para Cuenca la motivación de la sentencia es un conjunto metódico y organizado de razonamientos que comprende los alegatos de hecho y de derecho expuestos por las partes, su análisis a la luz de las pruebas y pospreceptos legales y el criterio del juez sobre el núcleo de la controversia¹.

De La Rúa, señala que la motivación constituye un elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. Luego, señala que se trata de un requisito formal que en la sentencia no se puede omitir, siendo el elemento eminentemente intelectual, del contenido crítico, valorativo y lógico, siendo el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consignan habitualmente en los “considerandos” de la sentencia, de manera que motivar es pues, el fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución².

Perrachione³, al tratar el tema expresa, que entre el fundamento de la decisión debe haber una relación lógica, de manera que una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general, en conjunción con otras proposiciones fácticas, y a veces, analíticas, por lo que la violación del deber de motivar las sentencias, constituye una causal de anulación.

Para el profesor Humberto Bello Lozano-Márquez, siguiendo al magistrado Aníbal Rueda⁴, la motivación de la sentencia, son las razones de hecho y de derecho que el juez explana en el cuerpo de la sentencia, y que lo inducen a declarar con o sin lugar la pretensión que el actor ha

¹ Humberto Cuenca. *Curso de Casación Civil*. 132.

² Fernando De La Rúa. *La Casación Penal. El Recurso de Casación Penal en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Ob. Cit. pp. 15 y 106.

³ Mario C. Perrachione. *La Casación como Método de Control de la Función Jurisdiccional*. p. 169.

⁴ Aníbal José Rueda y Magali Perretti de Parada. *Recursos revisables ante la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Civil*. p. 94.

ejercido en contra del demandado, en el entendido que las razones de hecho, están formadas por el establecimiento de los hechos con ajustamiento a las pruebas que lo demuestran y los razonamiento de derecho, están conformando por la aplicación a éstos de los preceptos legales y a los principios doctrinarios atinentes⁵.

La motivación de la sentencia como expresa el magistrado y maestro don Alirio Abreu Burrelli, tiene dos propósitos esenciales: a) político, que consiste en permitir a las partes y a la comunidad entender las razones de la decisión, de manera que la sentencia cumpla no sólo por el peso de la autoridad de la cual emana, sino también convenza con la fuerza de la razón; y b) procesal, determinante para el examen de la casación, que consiste en permitir a la Sala de Casación Civil, controlar la legalidad de la sentencia⁶.

En resumen, por motivación de la sentencia podemos entender las explicaciones o argumentos de hecho y de derecho que justifiquen el dispositivo del fallo, el cual como hemos venido expresando, es el producto de la construcción de la premisa menor y mayor del silogismo judicial y de la actividad de subsumir los hechos concretos en el supuesto abstracto de la norma, actividades intelectuales que deben constar en el cuerpo de la decisión, en otras palabras, la motivación son las argumentaciones de hecho y de derecho que expliquen las razones que tuvo el juzgador para acoger o no la pretensión, pues el dispositivo del fallo debe ser el producto de una motivación donde se explique las razones de la actividad intelectual del juzgador para la construcción de las premisas y la determinación de la consecuencia jurídica.

Ahora bien, la sentencia debe bastarse por sí mismo –principio de autosuficiencia– lo que significa que en sí debe contener su legalidad sin tener que remitirse a las actas del proceso y esto se traduce, en que el judicante debe motivar su decisión en forma *precisa*, esto es, exacta, fija, cierta, determinada⁷; *suficiente*, esto es, bastante, apta o idónea⁸;

⁵ Humberto Bello Lozano-Márquez. *Las Fases del Juicio ordinario*, p. 275.

⁶ Alirio Abreu Burrelli. *La Casación Civil*, p. 278.

⁷ *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Tomo 8, p. 1.234.

⁸ *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Tomo 9, p. 1.430.

consistente, esto es, duración, estabilidad, solidez⁹; y *coherente*, esto es, conexión, relación lógica o unión de los elementos¹⁰, para despejar todo elemento capricho y arbitrario.

Pero la motivación también debe ser *racional* –racionalidad– esto es, debe basarse en la razón, debe ser *razonable*, conforme con la razón; no ilógica, absurda, arbitraria, incongruente, errónea, equívoca, ni contradictoria, completa, todo lo que se enmarca dentro de la tipología de yerros en la cuestión de la motivación que puede ser censurado en casación.

Con relación al principio de autosuficiencia de la sentencia el Tribunal de Casación ha expreso:

En relación con los argumentos planteados por el recurrente, se observa que el requisito de motivación previsto en el ordinal 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, impone al juez el deber de expresar en su sentencia los motivos de hecho y de derecho de la decisión. El fin perseguido es permitir el conocimiento del razonamiento del juez, pues ello constituye el presupuesto necesario para obtener un posterior control sobre la legalidad de lo decidido.

Los motivos de hecho están conformados por el establecimiento de los hechos con ajustamiento a las pruebas que los demuestran, y los motivos de derecho por la aplicación de los principios y las normas jurídicas a los hechos establecidos en el caso concreto.

(...) La ausencia de los motivos de hecho por los cuales el juez de alzada declaró el derecho de cobro de los honorarios profesionales reclamados, determina la insuficiencia del fallo e impide a las partes proponer el control de su legalidad, porque desconocen el proceso intelectual seguido para establecer los hechos. Además, cabe advertir que declarado el derecho al cobro de los honorarios profesionales culmina la fase declarativa y tiene lugar la retasa, si fuere pedida, en cuyo caso serán estimados los honorarios profesionales cuyo derecho de cobro

⁹ *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Tomo 3, p. 427.

¹⁰ *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Tomo 3, p. 394.

fue declarado, labor ésta de imposible realización si el fallo no determina las actuaciones judiciales que deben ser retasadas.

Sobre este particular, la Sala reitera que toda sentencia debe bastarse a sí misma y debe llevar la prueba de su legalidad, sin depender de elementos extraños que la complemente o perfeccionen. En aplicación del referido principio de autosuficiencia de la sentencia, la Sala ha establecido que los jueces de instancia en la redacción de los fallos, deben ser claros y precisos, de manera que no ocasionen confusiones, diferentes interpretaciones o conflictos que deban ser resueltos con posterioridad. En este sentido, dejó sentado la Sala, entre otras, en decisión de fecha 23 de mayo de 1990, (Caso: Héctor López Parra c/ Mercedes Mendive de Bolívar), que:

(...) las sentencias deben ser redactadas de manera tal, que pueda (sic) ser entendida sin confusión, dudas ni ambigüedades; de suerte que lo que se disponga o declare quede bien determinado y lo entienda todo el que lo lea, no quedando sujeto a condiciones ni eventualidades, de forma que lo decidido no quede dependiendo de ningún hecho futuro, de ningún acontecimiento por venir, de ninguna prueba por hacer, sin cuestiones ni pleitos pendientes, redactada en términos correctos, exactos, bien definidos, sin agregaciones innecesarias. Las sentencias, por otra parte, deben reflejar el grado de conocimiento del juez, así como también el cuidado que debe tener al dictarla, pues en ello va envuelto el concepto de una sana y eficiente administración de justicia. Los jueces deben evitar que sus fallos contengan errores que después resultan costosos para las partes, con el consiguiente retardo en la solución de los asuntos sometidos a su consideración.

En este orden de ideas, es conveniente asentar que los jueces de fondo deben cuidar mucho en dar cumplimiento a los requisitos intrínsecos de la sentencia (...)¹¹.

¹¹ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N° 138, de fecha 07 de Marzo de 2002, con ponencia del ex magistrado Franklin Arrieché Gutiérrez, expediente N° 2001-000416.

A modo de conclusión diremos que la motivación de la sentencia resulta el requisito más importante o esencial del acto jurisdiccional, donde el judicante debe expresar los argumentos de hecho y de derecho que lo han llevado a producir su acto lógico, racional y volitivo, producto de la construcción de la premisa menor, estableciendo los hechos a partir de los alegatos y pruebas cursantes en autos, de la premisa mayor, a través de la norma jurídica interpretada y aplicada, incluso a través de la utilización de las máximas de experiencia, que en definitiva produce el resultado que es la consecuencia del ese silogismo judicial.

3. Errores en la motivación de la sentencia censurables en casación

Hemos dicho que la motivación es uno de los requisitos o presupuestos de toda decisión jurisdiccional, referido a las argumentaciones de hecho y de derecho que llevan sostener el dispositivo del fallo, pues en la sentencia, como es sabido, el juez realiza una función histórica y narrativa de los hechos, una función analítica, crítica y lógica a la luz del derecho del tema debatido, comportándose como un jurista, catedrático o profesor y, una función decisoria, aplicando la voluntad de la ley al caso concreto, asumiendo el carácter de funcionario del estado. Luego, este requisito de la decisión judicial, que es obligación del estado, del juez, del órgano jurisdiccional, que forma parte de la tutela judicial efectiva, que es característica de todo estado de derecho y de justicia, encuentra su regulación legal en los artículos 243.4 del Código de Procedimiento Civil y 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el primero que señala:

Toda sentencia debe contener:

(...) 4º Los motivos de hecho y de derecho de la decisión (...).

Por su parte, el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, expresa:

Dentro del lapso de cinco (5) días hábiles siguientes al pronunciamiento oral de la sentencia, el Juez deberá, en su publicación reproducir por escrito el fallo completo, el cual se agregará a las actas, dejando constancia, el Secretario, del día y hora de la consignación, El fallo será redactado en términos claros, precisos y lacónicos, sin necesidad de narrativa, ni de transcripciones de actas, ni de documentos que consten en el expe-

diente; pero contendrá la identificación de las partes y sus apoderados, los motivos de hecho y de derecho de la decisión, así como la determinación del objeto o la cosa sobre la cual recai la decisión; pudiendo ordenar, si fuere necesario, experticia complementaria del objeto, con un único perito, el cual será designado por el Tribunal.

La cuestión de la motivación de la sentencia y sus distintos errores, en el marco de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, ha sido prevista como un motivo específico de casación, que encuentra regulación en el artículo 168.3 *ejusdem*, que dispone:

Se declarará con lugar el recurso de casación:

(...) 3. Por falta, contradicción, error, falsedad o manifiesta ilogicidad de la motivación.

Luego, en el sistema de casación laboral observamos, que el numeral 1° del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, recoge el vicio de indefensión, donde pueden encuadrarse los diferentes yerros de la sentencia, todo lo que representa en la teoría los denominados errores de procedimiento o *in procedendo*; en tanto que el numeral 2° del citado artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, recoge los diversos yerros en que puede incurrir el judicante al momento de interpretar y aplicar la norma jurídica, incluidas las máximas de experiencia, motivo de casación que se identifica con lo que la teoría ha denominado error de juzgamiento o *in iudicando*, donde la infracción de la norma jurídica, puede ser de manera directa, cuando se prescinde del análisis de la cuestión de hecho y probatoria o, de manera indirecta, cuando precisamente la falencia se ubica en la cuestión de hecho y probatoria que afecta o influye en la cuestión de derecho, todo lo que insistimos, queda comprendido en los errores de juzgamiento; mas el legislador en materia de casación laboral, agregó un tercer motivo o causal de casación, contenido en el numeral 3°, referido a la cuestión de la motivación, que puede ser analizado de manera bifronte, por un lado, como yerro de inmotivación y por otro lado, como yerro en la motivación.

Pero si bien el legislador laboral estableció en el artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, tres cauces, andariveles o motivos de casación, nos resulta que la técnica empleada no es la más certera, pues el problema de la motivación, en su modalidad inmotivación o de errores en la motivación, definitivamente pudieron entenderse compren-

didados en los dos primeros numerales, todo lo que hacía innecesario prever un numeral específico que tratara la cuestión de la motivación, pues tratándose de inmotivación de la sentencia, como error en la sentencia que genera indefensión, se encuentra comprendido en el numeral 1° del artículo 168 *ejusdem*; en tanto que si de errores en la motivación se trata, por contradictoria, errónea, falsa o ilógica, entendiendo que hubo motivación, pero que resultó errada, bien como consecuencia del establecimiento o valoración de los hechos o de las pruebas, bien como consecuencia de una suposición probatoria, bien como consecuencia de la infracción directa de la norma jurídica, por falsa interpretación, falsa aplicación, incluso por lesión de máximas de experiencia, pudieron entenderse comprendidas en el numeral 2° del artículo 168 *ibidem*, haciendo igualmente innecesaria la regulación de una causal separada para referir a la falencia en la cuestión de la motivación.

Lo cierto –como ya estamos acostumbrados, especialmente cuando de proyectos etiquetados como productos improvisados y carentes de ciencia procesal que provienen de la Sala de Casación Social– es que el legislador no fue acertado al regular de manera separada, como si de una causa de casación diferente se tratara, la cuestión de la inmotivación y de los yerros en la motivación, lo que en definitiva no es más que un defecto de actividad y un error de juzgamiento que queda comprendido o es abarcado por el contenido de los numerales 1° y 2° del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; no obstante, entendiendo que no se trata de un motivo diferente de casación, que el numeral 3° se refiere a la inmotivación y a los errores en la motivación, que pueden ser censurados por la casación, el recurso debe fundamentarse igualmente en errores de procedimiento o en errores de juzgamiento, según lo explicaremos seguidamente en nuestro estudio, dividiendo la cuestión de los motivos en casación, en inmotivación y errores en la motivación.

3.1 La falta de motivación o inmotivación como motivo de casación

El artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, como primer motivo censurable en casación prevé la “falta de motivación”, vale decir, la inmotivación de la sentencia, que como hemos venido expresando, se refiere a un defecto de actividad o error de procedimiento censurable en casación, que puede conducir al quiebre del acto sentencial, con el consecuente efecto repositorio o de reenvío impropio, para que el tribunal a quien corresponda conocer de la causa –reenvío impropio– dicte nueva sentencia.

Así las cosas, cuando la sentencia no contiene los razonamientos de hecho y de derecho que llevaron al juzgador a acoger o no la pretensión, es decir, cuando no existen las explicaciones de la actividad intelectual del juzgador para la construcción de las premisas y la determinación de la consecuencia jurídica, cuando no sea posible conocer el criterio utilizado por el juzgador para abordar el fondo del asunto jurídico debatido, indistintamente del grado de motivación o no de la sentencia, estaremos en presencia del vicio de inmotivación que la hace nula, conforme a lo previsto en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil y 160 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Pero ¿qué es la inmotivación?

La inmotivación es la falta absoluta de razonamientos de hecho y de derecho que sustentan el dispositivo del fallo, delatable por vía de defecto de actividad, conforme a lo previsto en el artículo 313.1 del Código de Procedimiento Civil –para la casación civil– donde se denuncie el incumplimiento del requisito a que se refiere el artículo 243.4 *ejusdem*, que produce la nulidad de la sentencia y el consecuente efecto reposición o de reenvío impropio, al estado que el tribunal de reenvío dicte una nueva sentencia, con plena jurisdicción o conocimiento de causa, no estando vinculado, ligado o atado con la decisión de casación; en tanto que si la falencia se produce en materia laboral, la denuncia deberá hacerse como defecto de actividad, al amparo del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo donde se denuncie el incumplimiento del requisito a que se refiere el artículo 159 *ejusdem* que hace nula la sentencia conforme a lo previsto en el artículo 160 *ibídem*, que conducirá al quiebre de la sentencia y al efecto de reposición o reenvío impropio en los términos señalados.

En este orden de ideas, resulta pertinente señalar, que el problema de la inmotivación, no se refiere al grado de suficiencia o no de la motivación, se trata más bien de una cuestión que debe ser analizado a partir del criterio sobre si existe o no motivación, que de haberla, la misma sea capaz de permitir conocer el criterio asumido por el judicante para resolver el caso concreto, para construir la premisa menor y mayor y extraer las conclusiones o consecuencias jurídicas, de manera que independientemente de la abundancia o no de la motivación, la inmotivación se presentará cuando resulte imposible conocer el criterio de hecho y de derecho utilizado por el judicante para dictar el fallo, el criterio jurídico que sostiene el dispositivo del acto sentencial, de manera que inclu-

so, en casos de yerros en la motivación, de existir, bien por contradictoria, por falsa o ilógica, si resulta de tal entidad que no puede apreciarse o desprenderse el criterio del juez para resolver el caso, más que en errores de motivación que conducen a una infracción de ley, estaremos en presencia de una inmotivación, que representa un error de procedimiento que conducirá al efecto repositorio, este último de importancia capital, pues entendiendo –como hemos explicado– que la función de la casación, aparte de la justicia del caso, es la protección de la ley y la unificación de criterios, no siendo una tercera instancia, si se presenta un problema de inmotivación donde la casación no pueda entender o conocer los motivos o criterios del juzgador para llegar a un dispositivo, no podrá prescindir del reenvío luego de quebrada la sentencia recurrida, pasando a conocer y decidir del fondo del asunto, pues en este supuesto, si estaríamos ante una verdadera tercera instancia que desconoce las funciones propias de la casación, desnaturalizando el instituto.

Lo anterior lo ponemos de manifiesto, pues aun cuando el vicio de falta de motivación o inmotivación se ubica en el artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que en los términos del artículo 175 *ejusdem*, pareciera tratarse de un error de juzgamiento, al prescindirse del reenvío, luego de demolido el acto sentencial, pasando a dictar la sentencia definitiva, esto es, conociendo del fondo en la actividad rescisoria del Tribunal de Casación, que como tal, ya no se encuentra o ubica en actividad y sede Casacional, efecto propio y típico del error de juzgamiento en una casación que prescinde del reenvío, lo cierto es que se trata de una inadvertencia del legislador que debe ser correctamente interpretado y comprendido por el Tribunal de Casación, pues, tratándose de un error por inmotivación, nos ubicamos en un defecto de actividad o error de procedimiento que no puede conducir a una casación con prescindencia del reenvío, dado que como hemos señalado, se desnaturalizaría el instituto casatorio, convirtiéndole en una tercera instancia, cuando lo correcto, bajo el imperio de un error de procedimiento, es el efecto repositorio o de reenvío impropio.

De esta manera, si analizamos el contenido del artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, observaremos que el efecto repositorio como consecuencia propia de un recurso de casación por defecto de actividad, sólo fue previsto en los casos de observarse alguno de los vicios delatados al amparo del artículo 168.1 *ejusdem*, los cuales incluso, al ser de orden público, pueden conducir a la casación de oficio, siempre que el vicio sea determinante o trascendente, para evitar reposiciones inútiles,

así como la casación inútil y la casación múltiple, de manera que una interpretación de la norma –por demás errónea– pudiera conducirnos a señalar, que en los demás casos del artículo 168, habría prescindencia del reenvío; mas lo cierto es que nos parece una inadvertencia supina del legislador –igualmente de los magistrados de la Sala de Casación Social, quienes elaboraron el proyecto de ley– pues sin perjuicio que la inmotivación o falta de motivación se trata de un error de procedimiento que queda comprendido en el numeral 1° del artículo en cuestión, que resulta de orden público y puede ser censurado oficiosamente, de producirse el quiebre de la sentencia por tal circunstancia, el efecto no podrá ser otro que el repositorio o de reenvío impropio.

Sobre este aspecto de la falta de motivación, el Tribunal de Casación ha expresado:

Con fundamento en el numeral 3° del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la parte formalizante denuncia la infracción del artículo 160 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, porque no expresó ningún motivo para ordenar la indexación del monto consignado por la demandada.

La Sala observa:

La motivación, ha dicho el Tribunal Supremo, debe estar constituida por las razones de hecho y de derecho que dan los jueces como fundamento del dispositivo. Las primeras están formadas por el establecimiento de los hechos con ajustamiento a las pruebas que los demuestran; y las segundas, la aplicación a éstas de los preceptos legales y los principios doctrinarios atinentes.

El vicio de inmotivación existe cuando una sentencia carece absolutamente de fundamento, sin confundir la escasez o exigüidad de la motivación con la falta de motivos.

Así, hay falta de fundamentos, cuando los motivos del fallo por ser impertinentes, contradictorios o integralmente vagos o inocuos no le proporcionan apoyo alguno al dispositivo de la sentencia, que es la finalidad esencial de la motivación.

En el caso concreto, la recurrida considera que el monto consignado por la parte demandada debe ser indexado a partir de la fecha de admisión de la demanda hasta la ejecución del fa-

llo, mediante experticia complementaria del fallo, sin expresar algún fundamento que justifique su decisión.

La recurrida sin pronunciarse sobre los cálculos realizados en la sentencia de primera instancia y sin tomar en consideración que el juez *a quo* en sus cálculos ya había restado el monto consignado antes de ordenar la corrección monetaria, ordenó la indexación del monto consignado (Bs. 24.832.850,26) sin explicar los fundamentos de su decisión ni las operaciones que se realizarían con este resultado, razón por la cual considera la Sala que hay falta absoluta de motivos y por tanto no cumple el fallo con la finalidad de resolver la controversia con suficientes garantías para las partes.

Por las razones expuestas se declara procedente esta denuncia.

La Sala deja constancia que se abstiene de analizar las otras denuncias del escrito de formalización por considerarlo inoficioso cuando de conformidad con el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, a ella le corresponde decidir el fondo de la controversia¹².

Como puede apreciarse de la sentencia de Casación transcrita, la Sala Social ante una denuncia de inmotivación al amparo del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, referida a la falta de fundamentos absolutos en cuanto a los argumentos que llevaron a la recurrida a establecer la corrección monetaria, lo que se trata de un típico vicio de defecto de actividad en los términos que hemos estudiado, luego de quebrar el fallo judicial, procede a la aplicación del efecto propio de la casación por infracción de ley, como lo es el dictado inmediato de la sentencia de fondo prescindiendo del reenvío, actividad de casación errada que confunde los efectos de la casación por defecto de actividad e infracción de ley, ya que en el caso concreto, para dar cumplimiento a los fines propios de la casación, tales como la protección de la ley y la uniformidad, debió aplicar el efecto repositorio o de reenvío impropio, típico de vicios de actividad, reponiendo la causa al estado que la nueva

¹² Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 782, de fecha 04 de mayo de 2006, con ponencia del magistrado Juan Rafael Perdomo, expediente N° 05-1723.

instancia dictara pronunciamiento, que eventualmente pudiera ser objeto de recurso de casación; en este orden de ideas, es claro y notorio la falla y el desconocimiento de quienes regentan la Sala de Casación Social, al no tener muy claro los diversos efectos que produce la sentencia de casación, como consecuencia de las diferentes denuncias que realicen las partes, entremezclando la casación que prescinde del reenvío, con una denuncia por defecto de actividad, lo que sería igual a considerar que al amparo de una denuncia por infracción de ley, el Tribunal de Casación estaría en libertad de casar de oficio, todo lo que en definitiva desnaturaliza la esencia y fines del instituto casatorio, que si bien cuenta con algunos profesores de la materia que hoy lamentablemente la adulan y aplauden, sin perjuicio que en otro tiempo la criticaron, al final no es más que un instrumento poco acabado en manos de quienes no manejan el tema.

En otra oportunidad y con relación al vicio de inmotivación, el Tribunal de Casación ha expresado:

En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de casar de oficio el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucionales que allí encontrase, aun cuando no se las hubiese denunciado o denunciadas no se cumpla con la técnica para ello, esta Sala pasa a decidir, sobre la base de las siguientes consideraciones:

En el caso examinado constata esta Sala de Casación Social un flagrante quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos en menoscabo del derecho a la defensa, que hizo incurrir a la recurrida en la infracción de normas de orden público como lo son el artículo 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con los artículos 159 y 160 *eiusdem*, 49 numeral 1° y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Es así que, del estudio exhaustivo del expediente se pudo constatar que una vez que el tribunal superior difiere la audiencia de apelación a efectos de pronunciar sólo el fallo respectivo, (folio 1277), el cual luego es dictado en fecha 08 de diciembre del año 2004 (folio 1279), no reproduce de manera sucinta y breve la sentencia, dentro de los cinco (5) días hábiles siguien-

tes, como lo ordena el segundo párrafo del artículo 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, limitándose en el acta de audiencia sólo a *“ratificar en todas y cada una de sus partes la decisión dictada por el a quo”*.

Así pues, al constar en el expediente, únicamente las actas de las audiencias orales, es decir, la primera donde se exponen los alegatos de las partes conjuntamente con el diferimiento sentencial y la otra relativa al pronunciamiento del fallo en donde sólo consta la parte dispositiva del mismo, y al no haberse inmediata o posteriormente reproducido la sentencia con los motivos de hecho y de derecho de la decisión, es evidente que esta Sala se encuentre impedida de ejercer el control de legalidad sobre la situación planteada.

Dicha forma de actuar del Tribunal Superior, en violación a disposiciones de orden público, sin lugar a dudas, debe ser censurada por este alto Tribunal, en pro del mantenimiento de la seguridad jurídica y de la igualdad entre las partes, que es el interés primario de todo juicio, pues no le es dable a las partes ni a los jueces subvertir las formas procesales preestablecidas para la sustanciación de los juicios, por cuanto su estricta observancia es materia íntimamente ligada al orden público.

Ahora bien, ciertamente las normas señaladas como infringidas, de manera general, establecen que la sentencia debe ser reproducida de forma lacónica, sucinta y precisa, sin necesidad de narrativa, ni transcripciones de actas, ni de documentos que consten en el expediente, es decir, sin formalismos innecesarios, empero, lo que no puede ni debe permitirse, es que en virtud de una interpretación tan escasa de dichas normas, los jueces, con la simple publicación del acta de la audiencia, relajen actos indispensables del proceso, como es la reproducción motivada de la sentencia que con anterioridad fue dictada en forma oral.

Obviamente, la intención del legislador en ordenar la reproducción de la sentencia, fue la de procurarle a las partes seguridad jurídica, pues al ser éste un acto indispensable dentro del proceso, conlleva a su vez un elemento esencial del fallo como es la motivación. Efectivamente, la argumentación realizada en la motivación de las sentencias es un mecanismo de seguridad que

debe seguir el juez para que la sociedad pueda fiscalizar el convencimiento judicial. De esta forma, se da lo que algún autor ha denominado momento social de la formación de la convicción o principio del carácter social del convencimiento.

En este sentido, si a la sentencia se llega a través de un diálogo, en el que se han mantenido, ideológica y polémicamente dos actitudes opuestas o diversas, indudablemente, dicha decisión debe razonarse, luego, el derecho a la seguridad jurídica, exige a su vez las explicaciones y razonamientos de la motivación jurídica.

La motivación en principio, se dirige al Estado, cuya voluntad expresa en la sentencia; se dirige a su vez a todos los tribunales, cuando éstos existen por razón de grado jerárquico, ordenando por consiguiente revocar o casar la sentencia cuando consideren inadecuada la motivación; se dirige igualmente al abogado, como colaborador técnico en la realización de la justicia; en fin, se dirige a la sociedad en general, porque ella es y debe ser titular efectiva de la soberanía y por ello fuente última generadora del Derecho, y le interesa, por lo tanto, conocer cuáles son los criterios de su aplicación. La sentencia motivada, es un acto que ennoblece y dignifica la función judicial, al mismo tiempo que revela su valor intelectual y moral.

(...) *omissis* (...)

Pues bien, de todo lo precedentemente expuesto y dado el carácter de orden público que tiene la estricta observancia de las formas procesales preestablecidas para la sustanciación de los juicios, esta Sala de Casación Social observa que en el presente juicio existió un flagrante quebrantamiento procesal atribuible al Tribunal Superior, el cual conllevó a la infracción del artículo 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con los artículos 159 y 160 *eiusdem*, así como de los artículos 49 numeral 1° y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por lo tanto, esta Sala considera que la decisión no ha alcanzado el fin al cual está destinada, es decir, no ha alcanzado la efectiva resolución de la controversia con fuerza de cosa juzgada, impidiendo por lo tanto el control de su legalidad tanto procesal y sustancial que produjo la in-

fracción de las normas antes señaladas, declaratoria ésta que hace la Sala de oficio. Así se decide.

Ahora bien, una vez precisado lo anterior, y consecuente con lo expuesto *ut supra*, esta Sala de Casación Social ordenará en el dispositivo del presente fallo el reenvío de este expediente para que el Tribunal Superior reproduzca de manera sucinta y breve los motivos de hecho y de derecho que lo llevó a declarar parcialmente con lugar la demanda, siguiendo los lineamientos pautados por esta Sala en el presente fallo. Así se decide¹³.

Obsérvese en esta sentencia dictada por la Sala de Casación Social, que ante un vicio de inmotivación absoluta del acto sentencial, a diferencia del antes analizado, en esta oportunidad procede a casar la sentencia de oficio, con efecto repositorio o de reenvío impropio, argumentando entre otras cosas, que la falta de motivos no permite al Tribunal cumplir su función de garante de la legalidad, de analizar la legalidad del acto sentencial, actividad ésta permitida sólo en el ámbito de la casación por defecto de actividad o error de procedimiento, criterio de casación que resulta correcto, pues tratándose la inmotivación de un defecto de actividad detectable oficiosamente, cuyo efecto no será otro que el repositorio, no pudiendo la Casación conocer del fondo del asunto, so pena de desnaturalización el instituto, pero que entra en contradicción con otros criterios que en el ámbito de denuncias por inmotivación, conducen al quiebre de la sentencia con prescindencia de reenvío, circunstancia esta que al final se traduce en inseguridad jurídica y falta de seriedad de la actividad de casación que realizan quienes por ahora regentan la Sala Social¹⁴.

¹³ Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 717, de fecha 27 de junio de 2005, con ponencia del magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, expediente N° 05-135.

¹⁴ Respecto de sentencias de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que a través de un recurso de casación por defecto de actividad, luego del quiebre de la sentencia proceden a dictar la sentencia de fondo, resolviendo la controversia, con absoluta prescindencia del reenvío, la encontramos en la sentencia N° 722, de fecha 02 de julio de 2004, expediente N° 04-383; sentencia N° 731, de fecha 13 de julio de 2004, expediente N° 04-502. Luego, en sentencia N° 1123, de fecha 27 de septiembre de 2004, expediente N° 04-823, en materia de daños morales y su fijación la Sala de Casación Social, anula la sentencia por inmotivación, con efecto repositorio o de reenvío impropio. En estas sentencias pueden apreciarse criterios contradictorios en materia de inmotivación, referido al efecto repositorio y de prescindencia de reenvío, luego de casada la sentencia.

3.2 *Errores en la motivación como causal de casación*

Conforme al contenido del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la casación también puede abrirse cuando el acto sentencial adolece de errores en la motivación, bien por ser la misma contradictoria, errada, falsa o manifiestamente ilógica, todo lo que en principio, no resulta un yerro propio de inmotivación de la sentencia que se refiera a un error de procedimiento que puede conducir al quiebre de la sentencia, en los términos de la denuncia o de oficio, con efecto repositorio o de reenvío impropio, pues como tal, en estos casos, sí hay o existe una motivación, sólo que la misma resulta errónea, lo que se ubica en un yerro de juicio o de juzgamiento, que permitirá al Tribunal de Casación prescindir del reenvío luego de demolido el acto sentencial, pasando a conocer del fondo del asunto, donde no resulta viable la casación de oficio; pero decimos en principio, pues una motivación falente por contradictoria, falsa o ilógica, incluso por irracional, irrazonable, arbitraria o absurda, también puede devenir en una inmotivación del fallo que no permita al Tribunal de Casación controlar la legalidad del acto jurisdiccional, impidiéndole cumplir su función de protector de la ley, mediante la unificación, todo lo que se ubica en un error de procedimiento, incluso casable oficiosamente.

De esta manera, como lo hemos expresado, la cuestión de inmotivación del fallo, no es sólo un problema referido a si la sentencia silencia o no los argumentos de hecho y de derecho que sostiene el dispositivo del fallo, se trata de un problema que no es ajeno a la motivación errada, contradictoria, ilógica, falsa, absurda, arbitraria o irracional, es decir, de un problema que le es propio y afecta, al tratar de conocerse si de esa motivación escasa, exigua, insuficiente o en general errada, puede inferirse o extraerse el criterio utilizado por el judicante para abordar el fondo del asunto, para resolver el caso concreto, para establecer los hechos, aplicar el derecho y extraer la conclusión, lo que no lleva a sostener, que la inmotivación no puede quedar excluida cuando la sentencia contenga motivaciones insuficientes, exiguas o erróneas, dado que también en estos casos, puede haber inmotivación, de manera que si del contenido de la sentencia es posible combatir los motivos del fallo, por ser éstos incorrectos, no estaremos en un problema de inmotivación, sino en un problema de errores en la motivación, que al contrario significa, que si de los motivos producidos en la sentencia, resulta imposible conocer el criterio del judicante, estaremos ante un problema de inmotivación, distinción que no es baladí, pues su importancia descansa

en el hecho de saber, si la denuncia se hará bajo el contexto de un error de procedimiento o de juicio, lo que en definitiva limitará la función del Tribunal de Casación para actuar y detectar oficiosamente yerros del fallo no delatados, así como los efectos que producirá la casación, luego de demolido el fallo.

En resumen diremos, que como problema de la motivación delatable en casación bajo el contexto del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se presenta la motivación contradictoria, errónea, falsa e ilógica, que se erige como falencias ubicadas dentro del contexto de errores de juzgamiento, que de ser detectados por el Tribunal de Casación, en el marco de la pertinente denuncia –con interdicción de casación de oficio– conducirán a la nulidad de la sentencia, con efecto de prescindencia del reenvío, que llevará a la Sala de Casación a conocer del fondo del asunto, dictando la sentencia que ponga fin a la controversia, todo lo que se ubica en el juicio rescisorio, que se presenta como una actividad posterior a la casación del fallo, que no corresponde a la institución de la casación, vale decir, que el dictado de la sentencia se produce por parte del Tribunal, convertido en instancia, concretamente, sustituyendo la recurrida, lo que no es una tercera instancia, ya que la actividad de casación terminó con el quiebre de la sentencia –juicio rescindente–; mas debemos insistir, que los yerros en la motivación, entendiendo que hay motivación, pero que no es correcta, bien en cuanto a la cuestión de hecho o de derecho, no descarta que el vicio se ubique en el contexto de un defecto de actividad, que no permitirá a la Sala de Casación prescindir del reenvío, pues el efecto será repositorio o de reenvío impropio, estando incluso habilitada la Sala para casar de oficio, en los términos que hemos expresado.

Pero ¿a qué se refiere la motivación contradictoria, errónea, falsa o ilógica?

Para responder lo anterior, debemos previamente remitirnos al criterio del Tribunal de Casación, quien al interpretar el contenido del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, ha señalado:

Para decidir, la Sala observa:

Se denuncia la contradicción, error, falsedad y/o manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia, por haber declarado el juzgador la improcedencia del daño emergente reclama-

do y haber establecido que la indemnización por daño moral no sería entregada directamente a la actora.

En cuanto al vicio de inmotivación, se ha reiterado que en el sistema de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la falta de motivos debe entenderse literalmente, aun cuando no lo precisa la norma, como la falta absoluta de motivos, que se da cuando no se expresa motivo alguno, es decir, cuando la sentencia no contiene materialmente ningún razonamiento de hecho ni de derecho en que pueda sustentarse el dispositivo, de modo que la motivación exigua, breve, lacónica, no es inmotivación, pues en tal caso la Sala podrá controlar la legalidad de la decisión, tanto en el establecimiento de los hechos como en la aplicación del derecho; la **contradicción en los motivos**, cuando las razones del fallo se destruyen entre sí; el **error en los motivos**, no se refiere a que los motivos sean errados o equivocados sino cuando los motivos expresados no guardan ninguna relación con la pretensión deducida y con las excepciones o defensas opuestas, caso en el cual los motivos aducidos, a causa de su manifiesta incongruencia con los términos en que quedó circunscrita la litis, deben ser tenidos como jurídicamente inexistentes; y la **falsedad o manifiesta ilogicidad de la motivación**, cuando los motivos son tan vagos, generales, inocuos o absurdos que se desconoce el criterio jurídico que siguió el juez para dictar su decisión¹⁵.

El criterio que sostiene la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto a la interpretación de lo que comprende la motivación contradictoria, errónea, falsa o ilógica, no es más que una infame copia del criterio sostenido por la Sala de Casación Civil de la otrora y digna Corte Suprema de Justicia, que hasta la fecha se mantiene, referida a las distintas modalidades del vicio de inmotivación de la sentencia, vale decir, que todos estos casos, más que a errores en la motivación que pueden conducir a denuncias por infracción de ley que

¹⁵ Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 514, de fecha 16 de marzo de 2006, con ponencia del magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, expediente N° 05-1297. Ver igualmente sentencia N° 1565, de fecha 09 de diciembre de 2004, expediente N° 04-1162, referida la motivación falsa e ilógica como modalidad de inmotivación.

permiten prescindir del reenvío, se trate de modalidades de inmotivación que se ubican en el contexto de un defecto de actividad, donde no hay prescindencia de reenvío, sino efecto repositorio, circunstancia esta que nos lleva nuevamente expresar que el Tribunal de Casación –Sala de Casación Social– no tiene claro los conceptos y efectos de la casación a que se refiere el artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pues si entendemos que todos los casos previstos en la norma, se refieren a los diversos modos o modalidades de inmotivación, como lo ha establecido la Sala de Casación Civil y como lo entiende la Casación Laboral, en tratándose de un yerro que se ubica en una infracción por defecto de actividad o error de procedimiento, el Tribunal de Casación tiene interdicción para prescindir del reenvío, pues al casarse la sentencia, el efecto propio que se producirá es el repositorio, donde incluso cabe la casación de oficio, circunstancia ésta que nos conduciría a manifestar, que la Sala de Casación Social, cuando bajo el contexto del artículo en cuestión casa la sentencia y prescinde del reenvío, no sólo desnaturaliza la esencia del instituto casatorio, no sólo confunde los vicios y sus efectos, sino que abusa de su función al reemplazar a la recurrida mediante el dictado de una sentencia, que no le corresponde.

De esta manera, bajo el criterio de la Sala de Casación Social, quien sigue el criterio de la Sala de Casación Civil, el vicio de inmotivación del fallo judicial, no sólo se presenta cuando hay carencia absoluta de motivos de hecho y de derecho, de argumentos de hecho y de derecho que llevaron al juzgador a dictar la decisión o en otras palabras, cuando no existen argumentos que sostengan el dispositivo del fallo, tal como lo hemos analizado, así como en aquellos casos que hemos señalado de motivaciones políticas, por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de desarrollar las modalidades que puede asumir el vicio de inmotivación, a cuyo efecto siguiendo el estudio hecho por el profesor y magistrado Aníbal Rueda, encontramos que la motivación de la sentencia consiste en la falta absoluta de fundamentos; y que los motivos exiguos o escasos, o la motivación errada no configuran el vicio de inmotivación, el cual puede adoptar las siguientes modalidades:

- a) Cuando la sentencia no contiene materialmente ningún razonamiento de hecho o de derecho en que pueda sustentarse el dispositivo, lo cual resulta poco probable, ya que es inconcebible que los operadores de justicia puedan llegar a tal extremo de ignorancia o descuido en la redacción de sus fallos, lo que denota una clara arbitrariedad judicial que lesiona la tutela ju-

dicial efectiva y pone en tela de juicio el sistema democrático de justicia y de derecho.

b) Cuando las razones expresadas por el sentenciador no tienen relación alguna con la pretensión deducida o con las excepciones o defensas opuestas, caso en el cual los motivos aducidos a causa de su manifiesta inconsistencia, deben ser tenidos como jurídicamente inexistentes, que es lo que entiende la Sala Social como motivación errada.

c) Cuando los motivos se destruyen los unos a los otros por contradicciones graves e inconciliables, generando así una situación equiparable a la falta absoluta de fundamentos, se trata de motivaciones contenidas en la decisión judicial que son insalvablemente contradictorias que dejan al fallo sin motivación como consecuencia de no poderse controlar cuál fue el verdadero motivo sostenido del juzgador para aplicar la voluntad de la ley al caso concreto, lo que identifica la Sala Social como motivación contradictoria.

d) Cuando los motivos son vagos, generales o inocuos, ilógicos o absurdos, que impiden a las partes, a la alzada o a la casación conocer el criterio jurídico que siguió el operador de justicia para dictar su decisión, caso éste que se equipara también al de falta de motivación, lo que identifica la Sala Social como motivación falsa o ilógica.

e) Cuando el operador de justicia no analiza las pruebas cursantes en las actas procesales, lo que produce o genera el vicio de silencio de pruebas, que parte de la doctrina y jurisprudencia considera como una de las modalidades de inmotivación, por tratarse de un error en la construcción del fallo judicial, tal como es el caso del criterio de la Sala Social, aun cuando el criterio que se asume en estos tiempos es el de considerar el vicio, no como modalidad de inmotivación sino como infracción de ley, especialmente por falta de aplicación del principio de exhaustividad, conforme a lo establecido en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, para la casación civil y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para la casación laboral, todo en concordancia con lo previsto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.

f) Cuando existe contradicción entre la parte motiva de la decisión y el dispositivo del fallo, lo que conlleva a establecer que si el dispositivo del fallo no se relaciona con la motivación del mismo, es porque en la parte motiva de la decisión faltaron argumentos capaces de sostener el dispositivo del fallo.

g) Cuando se produce el denominado caso de motivación acogida, que no satisface el contenido del artículo 243.4 del Código de Procedimiento Civil, para el caso civil y del 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para el caso laboral.

Pero veamos algunas decisiones del Tribunal de Casación –Civil– que se refieren a los aspectos señalados:

(...) Ha sido jurisprudencia reiterada que la inmotivación se produce: a) Cuando los motivos son tan vagos, generales, ino cuos, ilógicos o absurdos que impiden conocer el criterio jurídico que siguió el juez para dictar su decisión; b) Cuando en la sentencia hay una falta absoluta de motivos tanto de derecho como de hecho; c) Cuando hay una contradicción en los motivos; y d) Cuando surge una contradicción entre los motivos y el dispositivo, que es lo ocurrido en el presente caso (...) ¹⁶.

En cuanto a la contradicción lógica entre los motivos y el dispositivo del fallo la Sala señaló:

Constituye inmotivación la absoluta contradicción lógica entre los motivos y el dispositivo, de manera tal que todas las razones que sustenten el fallo conduzcan a un resultado diferente a lo decidido por el juez; así la doctrina de la Sala, en sentencia N° 576, de fecha 12 de agosto de 1999 en el juicio de Ángel Delgado Medina contra Terrenos y Maquinarias Termaq C.A., expediente N° 98-473, expresó:

(...) b) Que igualmente, la contradicción entre los motivos y el dispositivo, no da lugar a la nulidad de la sentencia por el vicio

¹⁶ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 30 de mayo de 2000.

de contradicción, sino por el de inmotivación, pues en este caso de lo que se trata realmente es de falta de fundamentos(...)¹⁷.

En sentencia de fecha 03 de Agosto de 2000, con relación a la contradicción de los motivos se doctrinó:

(...) Ha sido doctrina de la Sala de Casación Civil, el que la contradicción en los motivos equivale a inmotivación, siempre que, desde luego, la contradicción verse sobre un mismo punto.

Es decir, que la contradicción en los considerandos de un fallo que conduce a la destrucción recíproca de los mismos, es la que versa sobre un mismo objeto, caso en el cual resulta inmotivado el fallo (...)¹⁸.

En otra oportunidad, con relación a la contradicción de los motivos, la misma Sala precisó:

De conformidad con el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se denuncia la infracción del ordinal 4° del artículo 243 *eiusdem*, en concordancia con el artículo 244 del mismo Código, por considerar el formalizante que la recurrida contiene una fundamentación contradictoria.

Alega el formalizante, lo siguiente:

“esa sentencia de la última instancia formula dos considerandos recíprocamente contradictorios y excluyentes (inconciliables) con relación a un mismo punto, pues, de un lado, manifiesta el INCUMPLIMIENTO del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil con respecto a la sustitución de mandato hecha por el abogado ANDRÉS A. MEZGRAVIS (sustituyente) al abogado JAVIER RUAN (sustituto), y, del otro lado, manifiesta que el ‘poder’, otorgado por vía de sustitución, por el aboga-

¹⁷ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N° 147, de fecha 07 de marzo de 2002, con ponencia del magistrado Carlos Oberto Vélez, expediente N°. AA20-C2001-000301.

¹⁸ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N° 256, de fecha 03 de agosto de 2000, con ponencia del magistrado Antonio Ramírez Jiménez, expediente N° RC. 96-665.

do ANDRÉS A. MEZGRAVIS al abogado, entre otros, JAVIER RUAN, ESTÁ OTORGADO CON SUJECCIÓN A LOS REQUERIMIENTOS DE LEY (sic.)”.

La Sala para decidir, observa:

Según doctrina reiterada de este Tribunal Supremo, contenida entre otras en la sentencia N° 609 del 30 de julio de 1998, se señaló textualmente, lo siguiente:

“El vicio de contradicción, capaz de anular el fallo impugnado, debe encontrarse en su dispositivo, de suerte que lo haga inejecutable.

También existe el llamado vicio de motivación contradictoria, el cual constituye una de las modalidades o hipótesis de inmotivación de la sentencia, que se produciría cuando la contradicción está entre los motivos del fallo, de tal modo que se desvirtúan, se desnaturalizan o se destruyen en igual intensidad y fuerza, lo que hace a la decisión carente de fundamentos y por ende nula.

El primero de los vicios señalados se da en la parte dispositiva o resolutive del fallo, y ocurre cuando por la destrucción recíproca de las partes de la sentencia, es imposible su ejecución. Esto configuraría la violación del artículo 244 del Código de Procedimiento Civil.

El último de los vicios aludidos –motivación contradictoria– como ya se señaló, constituye una de las modalidades de inmotivación del fallo y se verifica si los motivos se destruyen unos a otros por contradicciones graves e irreconciliables, generando así una situación equiparable a la falta de fundamentos y ello conllevaría a la infracción del ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil”.

De acuerdo con la doctrina antes transcrita, la denuncia bajo análisis se compagina con el último de los casos citados, mas no con la contenida en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, como fue señalado por el recurrente, no obstante, respecto al fondo de la denuncia como tal, la Sala considera que si bien el sentenciador de la alzada incurrió en un error material al señalar “se observó el incumplimiento del artículo

155 del Código de Procedimiento Civil”, en lugar de “no se observó el incumplimiento del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil”, el mismo, en modo alguno, ocasiona la contradicción aludida por el formalizante, pues de la totalidad del contexto queda clara la voluntad del juzgador, siendo por demás perfectamente inteligible la parte motiva del fallo y ejecutable su dispositivo(...)¹⁹.

En sentencia de fecha 30 de Abril de 2002, la Sala señaló:

De acuerdo con el artículo 243 ordinal 4º del Código de Procedimiento Civil, toda sentencia debe contener los motivos de hecho y de derecho de la decisión, requisito que, según sentencia emanada de esta Sala, de fecha 14 de junio de 2000, consiste en lo siguiente:

“(...) En cuanto a los motivos de hecho, “deben estar ajustados a las pruebas que lo demuestran” (...).

En consecuencia, la motivación de los hechos será aquella que cubra adecuadamente los dos términos de este concepto, el establecimiento y la apreciación de los hechos de la causa.

Esta Sala en sentencia de fecha 3 de mayo de 1995, acogiendo los conceptos del autor patrio citado, ha establecido:

(...) La doctrina patria enseña que: “Establecer” los hechos creemos que significa constatar y declarar la existencia histórica de ellos; y por “apreciar” los hechos entendemos un acto de juicio que conduce a su estimación o valoración. Por tanto, la sentencia debe reflejar el proceso lógico-jurídico que justifique los múltiples dispositivos que ella contiene en la cuestión de hecho, y que obligue al juez a explicar el por qué del rechazo o de la admisión de un hecho (establecimiento); e igualmente, el por qué de su valoración una vez establecido (valoración) (...). Es jurisprudencia constante de esta Corte, que para que los fundamentos de una sentencia sean, como es debido, demostración de lo dispositivo, no pueden limitarse a simples afir-

¹⁹ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N° 241, de fecha 19 de julio de 2000, con ponencia del magistrado Antonio Ramírez Jiménez, expediente N°. RC. 99-481.

maciones sobre puntos de hechos sin que le preceda la exposición de tales hechos y el análisis de todas las pruebas constantes en autos (...).

En cuanto a la cuestión de derecho, ésta se relaciona con la aplicación de los preceptos legales y los principios doctrinarios atinentes a los hechos de la causa, es decir, que el juez debe realizar una labor de subsunción de los hechos alegados y probados en el juicio, en las normas jurídicas que los prevén, en el enlace lógico de una situación específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética de la ley (...)²⁰.

En cuanto a la modalidad de inmotivación por motivación acogida, en principio no fue considerado por la casación como vicio de inmotivación, pues al respecto estableció la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

Lo planteado constituye un caso de la situación que la doctrina ha denominado motivación acogida, lo cual no constituye inmotivación. En efecto, puede el sentenciador de alzada hacer suyos los motivos que sustentan la decisión de primera instancia, siempre que transcriba cuáles son éstos; pues que, de tal manera, quedan expresadas las razones que fundamentan la decisión.

La finalidad procesal de la motivación de alzada, consiste en permitir a la Sala de Casación Civil, resolver el recurso de casación, el control de legalidad del fallo, propósito que se cumple al acoger y transcribir dicha sentencia la fundamentación de la decisión apelada. Por tanto, al transcribir la recurrida las razones de primera instancia, las cuales son suficientes para conocer y controlar el criterio sobre el cual se base el juez para establecer los hechos y aplicar el derecho, fundamentó suficientemente su decisión²¹.

²⁰ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N° 239, de fecha 30 de abril de 2002, con ponencia del magistrado Antonio Ramírez Jiménez, expediente N° 99.255.

²¹ Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 29 de julio de 1998, con ponencia del Doctor Alirio Abreu Burelli, caso Carlos Antonio González Chirinos contra María Grazia Organtini Bartolomei, expediente 97-109.

Pero este criterio jurisprudencial fue modificado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, señalando al efecto:

Al respecto, se observa que, efectivamente, como bien señala la recurrida, esta Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha 29 de julio de 1998, con ponencia del Dr. Alirio Abreu Burelli, caso Carlos Antonio González Chirinos contra María Grazia Organtini Bartolomei, expediente 97-109, estableció respecto a la suficiencia de los motivos de los fallos de alzada, el siguiente criterio doctrinario:

(...).La finalidad procesal de la motivación de la sentencia de alzada, consiste en permitir a la Sala de Casación Civil, al resolver el recurso de casación, el control de la legalidad del fallo, propósito que se cumple al acoger y transcribir dicha sentencia la fundamentación de la decisión apelada. Por tanto, al transcribir la recurrida las razones de primera instancia, las cuales son suficientes para conocer y controlar el criterio sobre el cual se basó el Juez para establecer los hechos y aplicar el derecho, fundamentó suficientemente su decisión (...).

Criterio el cual ha sido mantenido a través del tiempo, haciendo viable la motivación acogida como fórmula del juez de alzada para dar a conocer el proceso lógico seguido para establecer los hechos y aplicar el derecho y, que en todo caso sería el mismo que utilizó el tribunal de la causa.

Sin embargo, la Sala considerando que una de sus misiones fundamentales consiste en brindar la correcta interpretación de la ley, en este caso en particular, del ordinal 4º del artículo 243 del Código Procesal Civil, que dispone: *“Toda sentencia debe contener(...). 4º) Los motivos de hecho y de derecho de la decisión(...)”*, y observando que la aplicación irrestricta del referido criterio ha degenerado en una práctica común, donde simples transcripciones o reproducciones totales de las sentencias dictadas por los tribunales de primera instancia se tienen o bastan como decisiones de alzada, considera necesario en esta oportunidad, establecer que tal pronunciamiento desde ningún punto de vista satisface el cumplimiento del precepto legal citado y, a tal fin, si bien, los fallos de alzada pueden realizar citas o transcripciones de las decisiones dictadas

por los tribunales de primera instancia donde acojan, además, la motivación de éstos, no por ello, quedan eximidos de expresar sus propias razones de hecho y de derecho para soportar la decisión, con especial mención o referencia a los motivos de apelación brindados por la parte proponente del recurso, los cuales en todo caso, deben ser claramente estimados o desestimados por el juzgador de alzada.

En consecuencia, se abandonan expresamente las jurisprudencias que hasta ahora habían prevalecido sobre la suficiencia de la motivación acogida; en lo sucesivo, con inclusión del caso bajo análisis, se reitera, la Sala tendrá como debidamente motivado, el fallo de alzada que contenga sus propias razones de hecho y de derecho respecto a lo decidido²².

Sobre la motivación acogida, la Sala de Casación Social, ha doctrinado:

Considera esta Sala de Casación Social que el pronunciamiento por parte del sentenciador superior que se limite a transcribir totalmente las sentencias dictadas por los tribunales de primera instancia y hacerlas suyas como decisiones de alzada, sin contener sus propias consideraciones respecto a los motivos que soportan la decisión, como lo asentó la Sala de Casación Civil, incumplen lo preceptuado en el ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, como lo es que toda sentencia debe contener los motivos de hecho y de derecho de la decisión. Por tanto, si bien considera este alto Tribunal que los sentenciadores de alzada pueden realizar dichas transcripciones, deben expresar necesariamente sus propias razones de hecho y de derecho para sustentar la decisión, por cuanto es obligación de todo sentenciador, como antes se indicó, expresar las razones por las cuales confirma o revoca la decisión objeto de su conocimiento.

Establecido lo anterior, esta Sala de Casación Social abandona el criterio sobre la suficiencia de la motivación acogida hasta

²² Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N° 404, de fecha 01 de Noviembre de 2.002, con ponencia del magistrado Antonio Ramírez Jiménez.

ahora manejada y en consecuencia, a partir de la publicación de este fallo, incluyendo el caso examinado cambia el criterio al respecto, teniéndose como debidamente motivada la sentencia de alzada que contenga sus propias razones de hecho y de derecho respecto a lo decidido. Así se resuelve²³.

Resumiendo encontramos, que conforme al criterio de Casación, tanto civil como laboral, el vicio de inmotivación se presenta cuando el fallo no tiene ningún tipo de motivación de hecho o de derecho que justifique el criterio del judicante, cuando los mismos son erróneos, falsos, ilógicos, contradictorios, cuando se trata del silencio de pruebas –para la casación laboral– cuando existe contradicción en los motivos, así como contradicción entre la parte motiva y dispositiva del acto sentencial, todo lo que en definitiva se trata de las diversas modalidades del vicio de inmotivación, como expone el maestro y magistrado Aníbal José Rueda, consecuencia de lo anterior, es que el contenido del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, conforme al criterio de casación, se presenta como un defecto de actividad, como un vicio en la construcción del acto sentencial que se presenta cuando no se cumple con el deber de motivación, que siendo de orden público, es censurable de oficio, produciendo siempre efecto repositorio o de reenvío impropio, de manera que no resulta correcto al amparo de la normativa en cuestión, del andarivel de casación de inmotivación y sus modalidades, prescindir del reenvío luego de quebrado el acto sentencial, siendo que sólo mediante otra interpretación referente a los yerros en la motivación que nos permitan salirnos de la modalidad de inmotivación y ubicarnos en el mundo de las falencias de la motivación, es que podríamos construir una tesis que nos permitiera censurar las falencias a través de un recurso por infracción de ley, que permitiría prescindir del reenvío, todo lo que nos proponemos exponer en el siguiente punto.

3.3 Contradicción, error, falsedad e ilogicidad en la motivación, como yerros que conducen a la infracción de ley

Hemos expresado que las diferentes modalidades de yerros en la motivación a que se refiere el artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal

²³ Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 117, de fecha 17 de febrero de 2004, con ponencia del magistrado Alfonso Rafael Valbuena Cordero, expediente N° R.C N° AA60-S-2003-000463.

del Trabajo, no se conciben desde la visión doctrinaria del Tribunal de Casación, como falencias de juzgamiento que pueden ser censuradas a través del recurso extraordinario, sino como modalidades del vicio de inmotivación, que conducirán a la nulidad de la sentencia recurrida con efecto repositorio o de reenvío impropio, todo lo cual sigue el criterio de la casación civil y de la doctrina escritural que hemos citado, mas en el otro lado de la moneda, conforme a otros criterios de casación, podríamos decir que las diversas falencias en la motivación de la sentencia, dan lugar al recurso de casación por infracción de ley, donde se prescindiría del reenvío, en la medida que habiendo motivación, la misma no fuera correcta, infraccionando la ley de manera directa o indirecta, dependiendo del lugar donde se ubique el yerro –en la cuestión de hecho o probatoria o en la cuestión de derecho, vale decir, en la premisa menor o en la premisa mayor– todo lo que se separa en definitiva del andarivel que analizamos, cuando se presentan problemas de ausencia de motivación.

En materia de casación se nos presentan dos problemas, el primero referido a la falta de motivación o inmotivación que analizamos en el punto anterior, donde se incluye un conjunto de situaciones que se erigen como sus diversas modalidades, que conducen a la casación por defecto de actividad, por error de procedimiento, pues se trata de un vicio de la sentencia que deja en estado de indefensión a las partes, especialmente al perdedor o agraviado con el fallo judicial, quien no puede conocer el criterio que movió a la recurrida para dictar la sentencia, para inclinar la balanza judicial a favor o en contra de alguna de las partes, que conducirá a la demolición del fallo con efecto repositorio para que un nuevo tribunal de alzada, dicte sentencia, la cual por demás podrá ser recurrida en casación; el segundo problema, se refiere a los yerros de la motivación, que lógicamente parte de la premisa que existe motivación, que la misma es suficiente, mas no correcta, vale decir, errónea, donde las partes, especialmente la agraviada o perjudicada con el acto sentencial, puede conocer el criterio que se siguió para resolver el asunto, pero que resulta equivocado e injusto, todo lo que dará lugar a un error de juzgamiento que permitirá al Tribunal de Casación prescindir del reenvío, luego de quebrado el fallo recurrido, el cual por demás, sólo procederá en la medida que sea determinante o influyente en los resultados del proceso, aspecto este último que es evidente cuando se trata de problemas de inmotivación.

Sobre este último aspecto, se ha considerado que resulta errada la motivación de la sentencia, cuando ésta presenta alguno de los yerros que pueden conducir a la demolición del fallo por actos o errores de juzgamiento, tales como la falsa interpretación, la falsa aplicación, la falta de aplicación, la aplicación de norma que no se encuentra vigente, o la negativa de aplicar la que sí se encuentre en vigencia, sumado a la lesión de las reglas de la lógica o máximas de experiencia, de manera que se trata de infracciones directas de la norma jurídica como consecuencia de una motivación errónea; pero este criterio con relación a lo que representa una motivación errónea, donde ubicaríamos la contradictoria, falsa e ilógica, en nuestro sistema de casación, no encuentra cabida o es indiferente en la casación vernácula, pues precisamente todos los aspectos o casos que pueden conducir a la motivación errónea, en definitiva representan los motivos de casación por infracción de ley, ubicados en el artículos 313.2 del Código de Procedimiento Civil y 168.2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, referidos a la infracción directa de la norma jurídica, sin perjuicio que la infracción se produzca como consecuencia de falencias en la cuestión de hecho y probatoria.

Pero cuando hemos señalado que en el marco de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, fue regulado el andarivel del recurso por indefensión, donde incluimos los vicios del acto sentencial –artículo 168.1– la infracción de ley –artículo 168.3– la inmotivación y los vicios en la motivación –artículo 168.3– sin que de manera alguna se hayan establecido los motivos o andariveles a través de los cuales se harán valer las falencias cuando se ubiquen en la premisa menor, en la cuestión de hecho o probatoria, la interpretación de los errores en la motivación como causas o motivos que dan lugar al recurso de casación como infracción de ley, toman relevancia, pues precisamente en los sistemas de casación donde no existe el control de la cuestión de hecho y probatoria, donde no se estableció o reguló normas jurídicas que permitan a los Tribunales de Casación controlar, fiscalizar y juzgar sobre los yerros en el establecimiento y calificación de los hechos, en el procedimiento y valoración de las pruebas, así como en la suposición probatoria, como acontece en España, Alemania, Argentina, Italia, incluso en Francia, donde el tratamiento en casación de la cuestión de hecho adopta distintas denominaciones como “motivación absurda”, “motivación ilógica, irracional o irrazonable”, motivación contradictoria o incongruente”, “motivación arbitraria”, motivación insuficiente, relato fáctico incompleto o falta de base legal”, “motivación omitida”, entre otras, que en definitiva se refieren al yerro en la motivación y permiten al Tribunal de Casación,

realizar el control de la cuestión fáctica, del establecimiento de los hechos y la apreciación de las pruebas hecha por la instancia.

Consecuente con lo anterior, diremos que es a través de la cuestión sobre la motivación, especialmente de las falencias en la motivación, como en los países donde no se regula la casación sobre los hechos, vale decir, el control de la cuestión de hecho y probatoria, se ha podido descender a las actas del proceso, a la fiscalización de la cuestión de hecho y probatoria que de manera indirecta o por vía refleja conducen a la infracción de la norma jurídica, de manera que si bajo un sistema o criterio de copismo como sucede en Venezuela, donde el legislador laboral apostó al establecimiento de los andariveles de la casación sin haber considerado siquiera el contenido de nuestro preclaro artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, norma que orienta los distintos motivos y vías que pueden conducir al control de la cuestión fáctica y probatoria en casación, sin perjuicio de su aplicación por remisión del artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, nos parece que el criterio lógico –mas no correcto– que debería primar en materia de casación laboral, tomando en cuenta que no fue regulada la casación sobre los hechos, es que el control de las falencias en la premisa menor, que la infracción indirecta de la norma jurídica por yerros en la cuestión de hecho y probatoria, precisamente se debe realizar por este andarivel de los errores en la motivación a que se refiere el artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de manera que a través de la pertinente denuncia de la motivación contradictoria, errónea, falsa e ilógica, es que se revisaría la construcción de los hechos, los yerros en los hechos y las pruebas, incluido la suposición probatoria, que insistimos, conduciría a la infracción indirecta de la ley, por falsa aplicación de la norma aplicada como consecuencia del establecimiento o apreciación errónea de los hechos y pruebas, incluso por falso supuesto, así como por falta de aplicación de la norma correcta de haberse establecido y apreciado los hechos y las pruebas sin falencias.

Pero decimos que este criterio resulta lógico, mas no correcto, pues al hacer un análisis comparativo entre las normativas legales que regulan los motivos de casación en el Código de Procedimiento Civil –artículo 313– y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo –artículo 168– que por demás siguen la clásica diferenciación entre errores de procedimiento y errores de juzgamiento, se presentan de manera idéntica los andariveles en cuestión, vale decir, que los motivos que dan lugar a los errores de procedimiento se presentan de manera idéntica, tanto en el proceso la-

boral como en el proceso civil –pues incluso, en cuanto a los errores del acto sentencial se aplica la normativa civil– así como los motivos que dan lugar a los errores de juzgamiento, de manera que si el legislador laboral siguió la misma línea del legislador civil en esta cuestión de la casación, al no haberse establecido en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo una norma jurídica con idénticas o similares características a la contenida en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil –como ocurren en los otros motivos de casación– resulta acertado afirmar que se quiso distanciar en materia de casación sobre los hechos, a cuyo efecto construyó el motivo tercero que incorporó al artículo 168, contentivo de los yerros en la motivación, que permitirían el control casatorio de la cuestión de hecho y probatoria, pues si pensamos que la creación de este andarivel fue sólo para identificarlo con las diferentes modalidades de la inmotivación, como lo ha doctrinado la Casación Civil, perfectamente quedaría comprendido en la primera causal de casación referida al efecto de actividad.

A nuestro juicio resulta un doble absurdo, por un lado, que contando nuestro sistema de casación con un artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que regula la casación sobre los hechos y los diversos motivos o causas que permiten el control de la cuestión de hecho y probatoria, el legislador laboral no haya aprovechado el material normativo y jurisprudencial de la precitada disposición legal, para incluirlo en el texto procesal laboral; pero también resulta absurdo, que ante la falta de regulación legal en comento, habiéndose creado un tercer motivo de casación por errores en la motivación, siguiendo la doctrina de casación civil, ahora éstos se asimilen a las diversas modalidades de inmotivación, que por demás quedarían comprendidas en el artículo 168.1 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, aplicando el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, por remisión del artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para fiscalizar la cuestión fáctica. Luego, nos parece que el legislador laboral –sin tener muy claro el instituto de la casación, así como el control de la cuestión fáctica y probatoria, sin perjuicio de ignorar nuestra historia sobre el tema– quiso apartarse del sistema de casación sobre los hechos que rige el proceso civil, acogiendo –o copiando– la doctrina de casación de países extranjeros que no cuentan con una normativa legal similar a la contenida en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, para dar paso al control de la cuestión fáctica y probatoria por conducto de los yerros en la motivación, criterio que nuevamente expresamos, no resulta correcto, pero sí lógico en la forma como se presenta el instru-

mento procesal laboral en materia de casación, por lo que a nuestro entender, en materia de casación sobre los hechos en el marco del proceso laboral, se ha producido una involución, por demás que en estos tiempos es propia de nuestro sistema de justicia.

En definitiva y conforme a la plasmación de los motivos de casación en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, partiendo de la premisa que no fue regulada la casación sobre los hechos y considerando que la interpretación que le ha dado el Tribunal de Casación en sede laboral, a los distintos yerros en la cuestión de la motivación se identifican como las modalidades de inmotivación, si queremos darle autonomía al sistema de casación laboral frente al sistema de casación civil –lo que a nuestro juicio es sólo un espejismo o utopía, mas aún pura miopía– diremos que las falencias en la cuestión fáctica que de manera indirecta conducen a la infracción de la ley, deben reconducirse a través de la motivación contradictoria, errónea, falsa, ilógica, absurda, irracional, irrazonable o arbitraria, de manera que todo error en el establecimiento de los hechos y su calificación, se tratará como error en la motivación, que puede ser contradictoria, absurda, ilógica o arbitraria, lo que será censurable por la casación; lo propio sucede con los errores en el procedimiento probatorio –sin perjuicio de la indefensión– y la valoración de las pruebas, que realizada de manera contradictoria, arbitraria, irracional o absurda, conducirán a la demolición del fallo cuando se trate de vicios que de manera indirecta conduzcan a la infracción de ley, siendo determinante en el dispositivo del fallo; situación que también se presentará en los casos de suposición probatoria por falsos juicios de existencia, falsos juicios de identidad o falsos juicios de raciocinio, que se conciben como casos de motivación absurda, contradictoria, irracional, errada, falsa o ilógica, capaces de demoler el fallo, cuando la infracción sea determinante.

De lo antes expuesto inferimos con mediana claridad, que los errores en la construcción de la premisa fáctica, los yerros en la cuestión de hecho y probatorio, tales como infracciones de normas jurídicas sobre el establecimiento de los hechos, valoración de los hechos, establecimiento de las pruebas y valoración de las pruebas, así como suposición probatoria, que conducirán a la infracción indirecta de la norma jurídica, por falsa aplicación y falta de aplicación, lo que partiría de un errado establecimiento de los hechos, conforme al criterio que venimos manejando, quedarían reconducidos al motivo tercero –artículo 168.3 de la Ley Orgánica procesal del Trabajo– de casación, referido a los yerros en la motiva-

ción, en el entendido que cuando la normativa legal en cuestión se refiere a motivos contradictorios, erróneos, falsos o ilógicos, no se trata de diversas causas o circunstancias que dan lugar a la casación, sino que en general se refieren al motivo de casación que permite el control de la cuestión fáctica, lo que se traduce en que las diferentes connotaciones que ofrece el legislador laboral para referirse a los yerros en la motivación, tales como los antes señalados, conjuntamente con los motivos irracionales, irrazonables, absurdos, arbitrarios o cualesquiera otros de iguales o semejantes, en definitiva se trata de un solo motivo, de un mismo aspecto, de la referencia al yerro que conduce a la casación sobre los hechos.

Es así como siguiendo la experiencia de otros países, diremos que motivación contradictoria, errónea, falsa, ilógica, absurda, irracional, irrazonable, arbitraria, son sólo denominaciones de un mismo vicio que permite el acceso a la cuestión de hecho y probatoria en sede casatoria, como ha sucedido en la Argentina y España, especialmente cuando se establece el sistema de sana crítica o libre convicción razonada para valorar las pruebas, cuando la misma se hace de manera contraria a las leyes de la lógica y la experiencia, lo que no producirá otra cosa que una motivación absurda, irracional, irrazonable, contradictoria, ilógica, censurable en casación por haberse establecido erróneamente los hechos que de manera indirecta pueden conducir a la infracción de ley, lo que en sintonía con nuestra exposición, se hará a través del andarivel del artículo 168.3 de la Ley Orgánica.

Dicho esto, veamos los criterios que ha seguido la doctrina extranjera respecto al control en casación de la cuestión de hecho y probatorio, especialmente cuando carecen de una vía normativa que permita fiscalizar la situación, todo lo que haremos a través del prisma específico de la valoración de las pruebas, a cuyo efecto observemos.

Guasch Fernández²⁴, al tratar el tema de la sana crítica, explica que en la aplicación del correcto entendimiento humano que comprende los aspectos de la lógica, formas o reglas de la lógica y las máximas de experiencia, siendo la sana crítica el juicio de razonamiento libre del

²⁴ Sergi Guasch Fernández. *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*. pp. 330, 333, 436, 441, 456, 469 y 470.

“correcto entendimiento humano” o “criterio humano racional” basado en el deber racional y motivación del juicio que evita toda arbitrariedad, conforme al debido proceso, cuando se producen falencias en esta actividad, la misma puede ser controlada en casación por vía de la motivación irracional o errónea contenida en la sentencia, cuando ésta viole las reglas de la lógica –logicidad– o las máximas de experiencia que pueden conducir a una falsa aplicación, en el entendido incluso que la motivación irracional o ilógica, pudiera conducir a la indefensión.

Luego, la sentencia debe ser racional, vale decir, que se aplique la ley debida o correctamente justificada, partiendo de los hechos establecidos a través de las pruebas demostrativas de los hechos controvertidos, todo lo que debe estar contenido en la pertinente motivación, que debe igualmente ser suficiente, con la explicación de los argumentos y razonamientos utilizados para la construcción de la premisa fáctica y de derecho, de manera que cuando la motivación vertida por el judicante resulta irracional, absurda o ilógica, la casación puede revisar la cuestión de hecho, especialmente la cuestión probatoria y de establecimiento de los hechos, que pueden conducir a la infracción indirecta de la norma jurídica, por falsa aplicación y falta de aplicación.

Concluye señalando el doctrinario español, que cuando la sentencia carece de explicaciones sobre la cuestión probatoria, sobre los criterios utilizados para el establecimiento de los hechos y la apreciación de la prueba, incluso en casos de silencio de pruebas –que como hemos indicado para la casación laboral se trata de un defecto de actividad– se controla en casación a través de la motivación de la sentencia; que la cuestión de hecho en casación puede ser controlada:

- a) Por inmotivación, por motivos ilógicos, irracionales o contradictorios.
- b) Por infracción de la norma jurídica expresa referida a la apreciación de la prueba por sana crítica.

El criterio del autor español traído a nuestro sistema de casación laboral, tendría identidad en cuanto a la casación sobre los hechos a través del andarivel de la motivación errónea a que se refiere el artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, donde se controlaría la cuestión del establecimiento de los hechos y la apreciación de las pruebas; mas en cuanto al silencio de pruebas, que conforme a la exposición precedente se pudiera censurar a través de la denuncia de la cuestión

sobre la motivación, en nuestro sistema casatorio, según la doctrina del máximo Tribunal, conduce a un defecto de actividad, que si bien se traduciría en efecto repositorio para el caso de observarse la falencia de casarse la sentencia, el mismo en todo caso tendría que ser determinante e influyente en las resultas del proceso, de manera que aun existiendo silencio de pruebas, si la prueba silencia no es capaz de cambiar las resultas del proceso, no podrá generar el quiebre del acto sentencia, so pena de fomentarse la casación inútil y la casación múltiple; pero el aspecto más importante del criterio de ^L Guasch Fernández, precisamente se presenta cuando permite por vía de la denuncia de la infracción en la motivación, delatar la norma jurídica referida a la valoración de la prueba, cuando se infracciona la sana crítica, que pudiera presentar dos vertientes, la primera referida a la falta de aplicación, al no haber el judicante utilizado las reglas de la lógica o la experiencia para apreciar la prueba y la segunda, la infracción concreta de la regla sobre la máxima de experiencia o de la lógica, donde habiendo un correcto establecimiento de los hechos, incluso una perfecta calificación jurídica, la apreciación que hiciera el judicante, fuera contraria a las reglas del correcto entendimiento humano, incluso de las reglas de la experiencia, lo que se vertería en una motivación absurda e ilógica del material probatorio, pues si bien la sana crítica representa cierta libertad de apreciación de las pruebas, la misma no puede rebasar los límites racionales, razonables, llegando a la arbitrariedad o a la ilogicidad, consecuencia de lo cual, como lo hemos expresado en otro momento, la cuestión de la apreciación de la prueba por el Sistema de sana crítica, no queda a criterio de la instancia inculparable por la Casación, aspecto este último que debe crear conciencia en el Tribunal de Casación, para permitir la denuncia y acceder a la fiscalización de la actividad valorativa de la prueba.

No obstante a lo señalado, sin perjuicio del control de la cuestión de hecho y de la apreciación de las pruebas a través del carril de la motivación errónea de la sentencia, seguimos apostando a la aplicación del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, para el control de la cuestión fáctica, para la revisión por parte de la Casación, de la construcción de la premisa menor, que resulta menos complicado que la tesis de la motivación ilógica o absurda, especialmente cuando en esta última no tenemos experiencia al respecto.

Siguiendo con la doctrina española, analizando los magníficos trabajos escritos por el profesor Nieva Fenoll— aun cuando lamentablemente no

tuvimos acceso a su libro de Casación Civil, por habernos sido imposible su adquisición— observamos, que el vicio de la motivación contradictoria genera un error de procedimiento al dejar la sentencia sin motivación alguna, que pueda llevar o dejar el acto sentencial sin motivos que permitan inferir el razonamiento judicial. Luego, que en relación a la apreciación de la prueba por conducto del sistema de sana crítica, obliga al judicante a exponer una motivación o razonamiento lógico, racional y coherente, de manera que cuando la motivación lesiona las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, se presenta un defecto de motivación que permite el control casatorio de la cuestión de hecho y probatoria que conducirá a la una falsa aplicación y una falta de aplicación de la norma jurídica —infracción indirecta de la norma jurídica—.

Expone el citado profesor, que en el marco del proceso judicial, la actividad probatoria puede ser controlada por la casación, dependiendo del momento o lugar donde se presente falencia, como serán:

- a) En la “*traslación*”, referido al procedimiento probatorio de la aportación de las pruebas al proceso, que en nuestro sistema de casación se identificaría con el establecimiento de las pruebas, censurable al amparo del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de la indefensión y la infracción de las reglas sobre la carga probatoria, todo lo que de manera indirecta conduciría a la infracción de la norma jurídica.
- b) En el “*establecimiento o fijación de los hechos*”, referido a la valoración de las pruebas que puede controlarse de la infracción de las reglas sobre la sana crítica, sin perjuicio de la infracción de la norma jurídica referida a la apreciación de la prueba.
- c) En la “*comparación*”, referido a la igualación o cotejo de los resultados de los medios de prueba aportadas al proceso, donde pueden resultar infraccionadas las reglas de la lógica o de la experiencia.

Según se expone, el yerro o falencia delatable y censurable en casación puede presentarse tanto en la cuestión de derecho como en la de hecho, esta última que conducirá a un error de derecho por falsa aplicación, error de hecho que a su vez puede ser probatorio, al incorporarse al proceso las pruebas sin cumplir con el pertinente procedimiento, al apreciarse o al concatenarse. Luego, conforme al criterio que sostiene Nie-

va Fenoll, refiriéndose a la casación española, el error de hecho, especialmente el producido por falencias probatorias, puede ser controlado y censurado en casación a través del defecto en la motivación, lo que se identificaría con el contenido del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que serviría para delatar el yerro en el procedimiento de la prueba, el yerro en su apreciación, así como el consecuente establecimiento erróneo de los hechos, que en definitiva producirá la infracción indirecta de la norma jurídica por falsa aplicación²⁵.

En otra oportunidad, Nieva Fenoll al tratar el caso concreto de los motivos de casación contenidos en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, con ocasión al III Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social celebrado en nuestro Tribunal Supremo de Justicia, en 2006, señaló en relación al contenido del artículo 168.3, contiene una mezcla de casación de fondo y casación de forma, que hace dificultoso la determinación si se trata de un motivo de casación por errores de procedimiento o errores de juzgamiento, lo que a su decir, es aclarado en el artículo 175 *ejusdem*, cuando al prescindir del reenvío, se presenta como casación fondal; pero luego agrega, que el problema del andarivel del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se presenta cuando no hay motivación, por lo que al no permitirse el control de la casación sobre el razonamiento judicial, estaríamos en presencia de un caso de error de procedimiento y no de error de juzgamiento, por lo que en aplicación del precitado artículo 175, si el Tribunal de Casación detecta la falencia y pasa a conocer del fondo del asunto prescindiendo de la reposición o reenvío impropio, no cumpliría con los fines de la casación, concretamente con la nomofilaquia, aun cuando daría cumplimiento al *ius litigatoris*.

La observación del profesor español, se encuentra en sintonía con lo que hemos expuesto en puntos anteriores, en el sentido que el motivo de casación a que se refiere el artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, establece dos falencias en la motivación, la primera referida a la falta de motivación o inmotivación, que como defecto de actividad o error de procedimiento, luego de detectado por el Tribunal de Casación, quebrada la sentencia de instancia, no podrá prescindir del reenvío, produciéndose el efecto repositorio o de reenvío impropio, pues

²⁵ Jorge Nieva Fenoll. *El Hecho y el Derecho en la Casación Penal*. pp. 179 y ss.

siendo la función de la casación la protección de la ley a través de la unificación de criterios, sumado a la justicia del caso, se desnaturalizarían las dos primeras funciones, si se produjera la demolición del fallo por inmotivación con prescindencia del reenvío, todo lo cual evidentemente repercute o influye en el proceso, pues una falta de motivación, de razonamiento de hecho y de derecho que permitan conocer el criterio seguido para resolver el conflicto judicial, impedirán, no sólo a las partes, sino al propio órgano de casación, fiscalizar o controlar la cuestión de hecho y de derecho que llevaron a determinada conclusión traducida en sentencia; la segunda, referida a los defectos o errores en la motivación, tales como contradicción, error, falsedad, ilogicidad, irracionalidad, irrazonabilidad, absurdidad, arbitrariedad, entre otros sinónimos, que se refieren a la cuestión de hecho y probatoria, que como infracción de ley o errores de juzgamiento, en la medida que fueran determinantes o influyentes en los resultados del proceso, producirían el quiebre de la sentencia con prescindencia del reenvío, primando la función dikelógica de la casación; de manera que en definitiva, la norma jurídica en cuestión, contiene una mezcla de errores de procedimiento y de juicio, en los términos que hemos expuesto.

Al tratar las diferentes expresiones contenidas en el artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para referirse a la motivación defectuosa, señala Nieva Fenoll, que la “*motivación contradictoria*”, es aquella que vulnera máximas de experiencia, aquella que no resulta en sintonía con las reglas de la lógica, del correcto entendimiento humano, más aún, con los conocimientos generales y empíricos, lo que se identifica con la “*motivación errónea*”, pues lo erróneo no es otra cosa que lo contradictorio, la contradicción entre la lógica y lo irracional, todo lo que lleva al profesor español a sugerir la eliminación de esta causal; que la “*motivación falsa*” es aquella que es producto de un falso supuesto; en tanto que la “*motivación ilógica*” se refiere igualmente a la lesión de las máximas de experiencia.

Por último agrega, que el control de la cuestión probatoria debe hacerse a través de las máximas de experiencia, siendo que los casos donde se controla por vía de la motivación errónea, falsa o ilógica, como sucede en Italia, es cuando no se acepta el control de las máximas de experiencia, de manera que estando regulado en nuestro sistema procesal laboral –artículo 168.2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo– la infracción de máximas de experiencia, todo el problema probatorio debe reconducirse por esta vía, para que la casación elimine todos los errores sobre

la motivación, dejando exclusivamente el carril del artículo 168.3 *ejusdem*, para el caso de la falta de motivación o inmotivación²⁶.

Respecto a estas últimas consideraciones hechas por el distinguido profesor, debemos expresar que a nuestro modo de ver las cosas, la cuestión de motivación contradictoria, errónea, falsa o ilógica, se refiere a una misma denominación para tratar el tema de los yerros en la motivación que como infracción de ley, permite el acceso y control de la cuestión de hecho y probatoria, que no sólo se refiere a las reglas de la sana crítica, sino al problema de los hechos y de las pruebas, donde la falencia puede ubicarse en el establecimiento o fijación de los hechos, en la calificación de los hechos, en el establecimiento o procedimiento de la prueba, en la valoración de la prueba, especialmente en cuanto a la infracción de las reglas de la lógica y la experiencia, así como en la suposición probatoria o falso supuesto, por falsos juicios de existencia, falsos juicios de identidad y falsos juicios de raciocinio, cuya delación podría hacerse al amparo del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que sólo conducirían a la demolición del acto sentencial, en la medida que fueran determinantes o trascendentes en las resultas del caso, lo que permitiría a la Casación, prescindir del reenvío, todo ello aun cuando insistimos que nos parece más fácil, especialmente con la experiencia de nuestro sistema, la casación sobre los hechos a través del prisma del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la desaparición de las causas de motivación defectuosa o errónea, vale decir, de la eliminación de la motivación contradictoria, errónea, falsa o ilógica prevista en el artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, como cauce a través de los cuales puede la casación controlar la cuestión de hecho y probatoria, para que se reconduzcan por vía de las máximas de experiencia –infracción de ley conforme a lo previsto en el artículo 168.2 *ejusdem*– con el debido respeto de la calificada doctrina, debemos separarnos de manera absoluta de la misma y censurarla en nuestro sistema de casación, pues no se trata de tener establecido o regulado en el sistema casatorio, el andarivel de la casación cuando se infraccionen las máximas de experiencia, a objeto

²⁶ Jorge Nieva Fenoll. *La Enunciación de los Motivos de Casación en las Leyes Procesales. Con especial atención al artículo 168 de la LOPT*, III Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Tribunal Supremo de Justicia. 2006.

de zanjar la delación de yerros en la cuestión probatoria, pues aun cuando la tesis es sostenible y respetable, resulta totalmente extraña o ajena a nuestra experiencia de casación sobre los hechos, especialmente cuando contamos con un artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que nos orienta y prevé los diversos yerros en que puede incurrir el judicante al construir la premisa fáctica, al establecer los hechos y calificarlos, al establecer las pruebas y valorarlas, donde se norman los diversos casos de suposición probatoria, incluyendo la casación por infracción en las pruebas libres, que en definitiva abarcan la mayoría de los supuestos donde pueden presentarse falencias en la cuestión de hecho y probatoria, lo que tiene su inmediato precedente en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil de 1916, de manera, que si bien es cierto nuestro sistema de casación reguló las máximas de experiencia, también encuentra regulación para censurar las falencias sobre la cuestión de hecho y probatoria, que resultan aplicables al sistema de casación laboral –aun cuando hemos expresado que se trató de una inadvertencia del legislador en esta materia– por ser adicionalmente, más lógica y orientadora que la propia tesis que analizamos del control fáctico por conducto de la motivación errónea.

Remitiéndonos a la experiencia argentina, analicemos diversos criterios, comenzando por De La Rúa, quien al tratar el tema señala, que cuando las máximas de experiencia son tratadas como normas de apreciación o valoración de las pruebas, referido a la cuestión de hecho, se reconduce por la vía de la motivación, especialmente de la motivación lógica, por lo que la cuestión de hecho que escapa de la censura de casación, se controlará a través de la cuestión sobre la motivación, criterio este que perfectamente tendría cabida en los términos del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, todo ello sin perjuicio de la falta de motivación, que se produce cuando el judicante no expone en el acto sentencial, el porqué de la demostración del hecho y las razones del porqué de la aplicación de la norma jurídica al hecho, lo que constituye un error de procedimiento; que la motivación ilógica, es aquella que se produce cuando se aprecia una prueba de manera irracional que lesiona la sana crítica, siendo que una sentencia dictada por el judicante prescindiendo de la prueba, es arbitraria, igual que contraria a la ley, incluso, resultando ilógica cuando se excede de los límites de razonabilidad a que está sujeta la valoración, contradiciendo reglas de la sana crítica.

Sigue exponiendo el distinguido profesor argentino, que mediante la motivación se explica cómo se valoran las pruebas, cómo se aplicó el

derecho, que el razonamiento ha sido racional, lógico, sin lesionar máximas de experiencia y la sana crítica, por lo que habrá carencia de motivación o inmotivación, cuando el juez no explique cómo apreció la prueba y cómo estableció los hechos; que en cuanto al silencio de prueba, puede presentarse en el proceso una prueba silenciada, pero no influyente en el proceso, que sea irrelevante o que de las otras pruebas apreciadas en autos, no silenciadas, se llegue al mismo resultado, caso donde no habrá demolición del fallo, por lo que la prueba ilegal nunca resulta de entidad capaz de destruir el fallo recurrido.

Que en los casos de errores o defectos en la motivación por elementos probatorios, la falencia puede presentarse en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el judicante aprecia la prueba que no debió –error en el establecimiento y valoración de las pruebas– donde debe atacarse la prueba que por demás debe resultar determinante en la suerte del proceso, para producir la demolición del fallo, lo que podrá constatarse a través de la “*supresión probatoria intelectual hipotética*”.
- b) Cuando hay silencio de prueba o “valoración omisiva de la prueba determinante”, que trae como consecuencia el no establecimiento correcto de los hechos, que generará falsa aplicación de la norma jurídica, todo lo que puede ser constatado a través de la “*adición probatoria intelectual hipotética*”.

En cuando al control de la logicidad y las reglas de la lógica por parte de la Casación, se expresa que si bien la estimación valorativa de las pruebas y de las conclusiones fácticas del acto sentencial resultan en un primer escenario o en teoría incensurables por la Casación, en la medida que se trate de una motivación legal, esto es, lógica, completa, expresa, coherente, más el proceso lógico seguido por el judicante en cuanto al razonamiento utilizado, si es controlable o fiscalizable por la casación, cuando se está en presencia de una motivación ilegal, por arbitraria o ilógica, de manera que el Tribunal de Casación realizará bajo este esquema un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, con el objetivo de vigilar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación plasmada en el acto decisorio, verificando si en su argumentación se observaron las reglas fundamentales de la lógica, de la psicología y de la experiencia; se trata que el judicante en su motivación, debe realizar una operación lógica

basada en la certeza, observando los principios lógicos supremos o leyes del pensamiento, lo que dará base a determinar las afirmaciones o negaciones verdaderas o falsas, todo lo que nos ubica en las leyes del pensamiento que conforme lo expone De La Rúa, son leyes a priori, que independientemente de la experiencia, se presentan al raciocinio como necesarias, evidentes e indiscutibles, cuando se analizan los propios pensamientos, leyes que se encuentran constituidas fundamentalmente por la coherencia y derivación por los principios lógicos de identidad, contradictorio, tercero excluido y razón suficiente, cuya infracción conducirá a un yerro en la motivación, concretamente en el establecimiento de los hechos basado en pruebas apreciadas ilegalmente, que como motivación arbitraria e ilógica, resultan censurables por la casación.

De esta manera para el estudio de la logicidad en la motivación del acto sentencial, para determinar si la misma ha cumplido con las leyes del pensamiento que pueden conducir al quiebre del acto sentencial al presentarse como motivación ilegal, la argumentación plasmada en el fallo judicial debe responder a las mencionadas leyes de la lógica, del pensamiento o del entendimiento humano, tales como son:

- a) Coherencia de los pensamientos: Referido a la concordancia o convergencia entre sus elementos.
- b) Derivación del pensamiento: Conforme al cual, cada pensamiento debe provenir de otro del cual guarda relación, salvo que se trate de un principio, que no es derivado.

De la “*ley fundamental de coherencia*”, se deducen los siguientes principios:

- a) De identidad: Cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico –total o parcialmente– al concepto predicado, de manera que el juicio es necesariamente verdadero.
- b) De contradicción: Cuando dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, conduce a que no pueden ser ambos verdaderos, siendo uno verdadero y el otro falso.
- c) De tercero excluido: Cuando dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos falsos, siendo uno de ellos el verdadero y ningún otro juicio es posible.

Por su parte, de la “*ley de derivación*”, se extraen los siguientes principios:

- a) Razón suficiente: Conforme al cual, todo juicio para ser realmente verdadero necesita de una razón suficiente, que lo justifique, que justifique lo que el juicio afirma o niega con pretensión de verdadero—.

Las reglas lógicas en comento, se encuentran sometidas al juicio del judicante, de manera que si resultan infraccionadas, el razonamiento será inexistente, lo que repercutirá en la motivación de la sentencia, que no tendrá vida como acto del pensamiento, conduciendo a su nulidad.

Dicho esto, conforme a los estudios de De La Rúa, en materia de apreciación de las pruebas judiciales y de las conclusiones que lleguen a establecerse en el acto sentencial, resultan inatacables en casación, siempre que las mismas se ubiquen dentro de los parámetros de la lógica, de las leyes de la lógica y del pensamiento, de manera que cuando la motivación vertida por el judicante rayan en la ilogicidad, al contrariar las reglas de la lógica, del pensamiento, del entendimiento humano, resultando absurdas, irracionales e irrazonables, el control de casación aparece a través de la pertinente denuncia que puede encausarse a través de la cuestión de la motivación ilógica, donde el Tribunal de Casación verificará si en la motivación establecida en el fallo, se cumplieron o no las reglas lógicas en comento, las reglas de la psicología y de la experiencia, en cuyo caso, de haberse infraccionado, resultan determinante o influyente el yerro o la falencia, se producirá el quiebre de la sentencia.

La motivación de la sentencia debe ser “*expresa*”, que de manera suficiente no sea suplible por remisión que se haga a las actas del proceso “*clara*”, que no arroje dudas, que sea reflejo de la seguridad del judicante al producirla; “*completa*” que sea suficiente tanto en la argumentación de la cuestión fáctica al establecerse los hechos en base a la apreciación de las pruebas y como en la argumentación *iuris*, para llegar a la debida conclusión traducida en dispositivo del acto sentencial; “*legítima*”, que las pruebas se hayan aportado conforme al procedimiento legal, valoradas correctamente; y “*lógica*”, que se ciña a las reglas del correcto entendimiento humano y a la experiencia, que sea racional, razonable, conforme a la sana crítica.

Sobre este último aspecto de la motivación lógica —expone el profesor argentino— se trata de aquella que cumple con los requisitos de “*cohe-*

rencia”, constituido por los elementos del razonamiento armónico entre sí, formulados sin violar los principios de identidad, contradicción o tercero excluido; “*congruente*”, cuando las afirmaciones, deducciones y conclusiones, guardan correlación o concordancia entre sí; “*no contradictoria*”, cuando no se emplean razonamientos contrastantes entre sí, que al oponerse la anulan; e “*inequívoca*”, cuando los elementos del razonamiento no dejan lugar a dudas sobre su alcance y significado; por motivación errónea o falsa, es aquella que es producto de una suposición probatoria o falso supuesto –criterio igualmente seguido por Nieva Fenoll.

Termina señalando De La Rúa, que conforme al criterio sostenido por la Corte Suprema de la Nación, se considera sentencia “*arbitraria*”, aquella que es la expresión de la sola voluntad de los jueces que las suscriben, las que se dictan prescindiendo de la prueba o son contrarias a la ley; cuando la motivación resulta “*ilógica*”, lo que sucede cuando se aprecia la prueba excediéndose de los límites del razonamiento a que están sujeta su valoración, contrariando las reglas de la sana crítica o, si no es expresa ni completa, al consistir en conceptos imprecisos, de los que no aparecen ni la norma general aplicada ni las circunstancias del caso; cuando es “*contradictoria*”, lo que se presenta cuando los argumentos expuestos se destruyen o van en contra de la lógica y la experiencia; cuando es “*ilegítima*”, al basarse en prueba inexistente o al no considerar un elemento probatorio fehaciente traído al proceso, incluso, cuando hace remisión a las actas procesales sin que exista. Luego, conforme a la doctrina de la sentencia arbitraria elaborada por la Corte Suprema en cuestión, se contemplan los casos en los cuales el judicante maneja con arbitrariedad el material existencial de la causa, siendo “*arbitrariedad fáctica*” aquella que se produce en los siguientes casos: a) Cuando se resuelve contra o con prescindencia de las pruebas fehacientes regularmente presentadas al proceso; b) Cuando se fundamenta en pruebas que no constan en el proceso; y c) Cuando hay apartamiento del buen sentido y de la sana crítica en la apreciación de los hechos y de las pruebas, como son los casos de análisis erróneo, parcial, ilógico o inequitativo del material fáctico y probatorio²⁷.

²⁷ Fernando De La Rúa. *La Casación Penal*, pp. 105 a 171.

Resumiendo el criterio sostenido por el profesor De La Rúa, podemos afirmar que el problema de la motivación se presenta en dos momentos, el primero cuando hay falta de motivación, que se plantea como un error de procedimiento y el segundo, cuando hay fallas en la motivación por ilogicidad o arbitrariedad, que concretamente referido al aspecto fáctico que nos interesa, se presenta en todos aquellos casos donde se infraccionan las reglas o procedimientos probatorios para incorporar las pruebas al proceso, cuando se prescinde en la sentencia de la apreciación de aquellas pruebas que resultan determinantes, lo que se identifica como supresión, omisión o silencio de pruebas, cuando se resuelve la controversia en contra de las pruebas que cursan en autos o se decide con pruebas que nos cursan en autos, lo que se presenta como casos de falso supuesto o suposición probatoria, cuando se aprecian y establecen los hechos o se aprecian las pruebas en contradicción con las reglas la lógica, contra la sana crítica, todo lo que resulta censurable en casación como disconducia del operador de justicia en la sentencia que conducirá a la demolición del fallo judicial, siempre que se trae de vicios determinantes o influyentes; por criterio en contrario se dirá, que la actividad del judicante en la cuestión fáctica y probatoria, especialmente en la apreciación de las pruebas, escapará de la censura de la casación y quedará en el campo de la soberanía de instancia, en la medida que se trate de una motivación legal y correcta, que de manera alguna caiga en el territorio de la arbitrariedad o ilogicidad, traducida en irracionalidad e irrazonabilidad.

Puesto en este estado el asunto que se analiza, observemos que conforme a la doctrina argentina, los problemas o falencias en la cuestión fáctica, en el establecimiento y calificación de los hechos, así como en la apreciación de las pruebas y la suposición probatoria, cuando rompen con las reglas lógicas y racionales, se censura en casación a través de la pertinente delación de arbitrariedad fáctica o ilogicidad en la motivación, de manera que ante la falta de normativa jurídica que permita el control o fiscalización de la cuestión de hecho que repercute en la cuestión de derecho, se ha creado toda una doctrina y jurisprudencia basado en los errores de la motivación que permitirán al Tribunal de Casación verificar la legalidad del razonamiento judicial al momento de construir la premisa menor, que perfectamente pudiera tener cabida en nuestro sistema de casación civil a través del andarivel del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al presentar similares características a la doctrina que analizamos, aun cuando debemos seguir insistiendo, que resulta más correcto la aplicación del artículo 320 del Código de

Procedimiento Civil, para controlar la cuestión de hecho –casación sobre los hechos–.

En sintonía con la experiencia argentina, se presenta el trabajo del ilustre profesor Juan Carlos Hitters, quien expresa que en la Argentina, aun cuando no hay regulación legal sobre la posibilidad de controlar la cuestión de hecho en casación, cuando se trata de una fijación errada del fáctico, indirectamente se viola la norma jurídica, resultando permisible la casación, de manera que al igual que lo sucedido en Colombia, la casación de los hechos no es un motivo autónomo sino que debe conducir a la infracción indirecta de la norma jurídica, lo que permitirá el quiebre de la sentencia.

Expone Hitters que en relación a las máximas de experiencia, el error o falencia puede presentarse tanto en la cuestión de hecho como en la cuestión de derecho, según la forma como sean utilizadas las reglas del conocimiento empírico; que aun cuando no fue previsto en la legislación argentina la infracción de máximas de experiencia, la misma no requiere de regulación expresa su violación, pues se presenta como sobreentendido, entender lo contrario, sería tan absurdo como pensar que se requeriría regular las reglas de la lógica, para que pudieran aplicarse, todo lo que resulta un evidente absurdo por evidente. Dicho esto y en cuanto a la infracción de las máximas de experiencia, tenemos:

a) Infracción de hecho: Que se presenta en aquellos casos donde la máxima de experiencia es utilizada para la apreciación de la prueba, todo lo que puede ser controlado por vía de la teoría de lo absurdo o arbitrario –absurdistad o arbitrariedad–.

b) Infracción de derecho: Que se presenta en aquellos casos donde la máxima de experiencia es utilizada para complementar el supuesto de hecho o para arribar a la conclusión, de manera que la falencia se presenta en la subsunción en el primer caso y, en el resultado en el segundo caso.

Se señala que en cuanto a la apreciación de la prueba judicial, la misma no es libre, ya que su control y censura en casación se hará a través de la lógica, pues cuando el judicante se separa de las reglas de la lógica y la experiencia, en un sistema de apreciación por libre convicción razonada o sana crítica, se tratará de una motivación arbitraria, absurda o ilógica, todo lo que de manera indirecta conducirá a la infracción de la

norma jurídica, por lo que todo error de hecho, siempre conducirá a un error de derecho. Luego, en error de derecho en la cuestión probatoria, es aquel que se produce cuando se infraccionan las normas de la tarifa legal o las reglas de la lógica o la experiencia en la sana crítica; en tanto que el error de hecho, se presenta en los casos de suposición probatoria o falso supuesto.

Concluye señalando el profesor argentino, que el control en casación de la cuestión de hecho, concretamente de la apreciación o valoración de las pruebas, se realiza a través de la “*teoría del absurdo o arbitrariedad*”, conforme a la cual, la actividad apreciativa de las pruebas cursantes en autos, se ubican en la soberanía de la instancia, salvo que se presenten como ilógicas o absurdas, lo que habilita a la Casación para controlar y eventualmente censurar la actividad probatoria de apreciación o valoración realizada por los jueces de instancia.

De esta manera, conforme a la “*teoría del absurdo*” puede presentarse tanto absurdidad material como formal, la primera –material– cuando se trata de falso supuesto o suposición probatoria, en tanto que la segunda –formal– cuando se trata de la infracción de las reglas de la lógica, cuando en la valoración de las pruebas se llega a conclusiones o resultados reñidos con lo lógico y racional, de manera que esta teoría se presenta como un error de juzgamiento que tiende a fiscalizar la construcción de la premisa menor, de la cuestión de hecho y probatoria, que de manera indirecta conducirá a la infracción de la norma jurídica por falsa aplicación y falta de aplicación, en los términos que hemos expuesto a lo largo de este trabajo. Por su parte, la “*teoría de la arbitrariedad*” se presenta cuando hay distanciamiento inequívoco de la solución normativa prevista en la ley o falta absoluta de fundamentación, así como en los casos de suposición probatoria y silencio de pruebas²⁸.

Morello, citado por Hitters²⁹, al referirse al tema de la motivación absurda, expresa que los hechos deben respetarse por la casación, sólo cuando fueren correctamente establecidos; que si se limita el examen de la cuestión fáctica, se restringiría el campo funcional de la casación; que la configuración del absurdo no se trata de un vicio de actividad o

²⁸ Juan Carlos Hitters. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la Casación*. pp. 382 y ss.

²⁹ Juan Carlos Hitters. *Ob. Cit.* p. 467.

error de juzgamiento, sino el resultado de la actividad en la valoración de la prueba, por la aplicación defectuosa de los hechos admitidos o probados, que no son respetados en casación producto del defecto que repercute en la aplicación de la ley.

Resumiendo lo antes dicho, podremos apreciar claramente que Hitters, así como De La Rúa y Morello, estudian el problema de la casacionalidad de los errores de hecho y probatorio, concretamente de la apreciación de la prueba, donde se presentan falencias como el error en el establecimiento de los hechos, en la calificación de los hechos, en las máximas de experiencia, en el silencio de prueba y en la suposición probatoria, lo que no queda al margen de la casación, pero que encuentran andarivel recursivo como error de juzgamiento a través de la cuestión de la motivación, cuando ésta resulta absurda y arbitraria, construyendo sendas teorías sobre la absurdidad y arbitrariedad de la motivación de la sentencia, que en nuestro sistema de casación –como hemos expreso– presentarían identidad con el motivo de casación previsto en el artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Pero siguiendo con la doctrina argentina, esta vez siguiendo los estudios de Mario C. Perrachione, diremos que la apreciación de las pruebas y la fijación de los hechos, resulta soberanía de los jueces de instancia, que sólo entrará al control de la casación, cuando se rompa la membrana al presentarse casos de arbitrariedad, absurdidad e ilogicidad, yerros de hecho ubicados en la cuestión fáctica que conducirán al error de derecho, por infracción indirecta de la norma jurídica. Luego, la cuestión de hecho y probatoria podría ser controlada en casación por medio de la cuestión sobre la motivación por falta o deficiencia, así como por cuestión de logicidad, que es cuestión de forma referido a la motivación ilógica, que abarcaría la sana crítica y las máximas de experiencia.

Indica que la cuestión probatoria o de valoración de las pruebas, pudiera encuadrarse en el defecto de actividad, por conducto de la motivación ilógica, donde se permita analizar la razonabilidad en la apreciación de la prueba y en el establecimiento de los hechos, especialmente en cuando al análisis de la sana crítica, lógica racional y máximas de experiencia, sin perjuicio de plantearse la “teoría del absurdo”, que conjuntamente con la arbitrariedad, la ilogicidad, la irracionalidad, irrazonabilidad y la lesión a las reglas de la sana crítica, resultan el mismo andarivel para censurar la cuestión fáctica y probatorio, siendo que se presentará una motivación arbitraria, cada vez que se infraccionen las reglas de la

sana crítica, se interpreten erróneamente las pruebas –suposición probatoria– se produzca irrazonabilidad de apreciaciones, violación de reglas de la lógica y experiencia, silencio total o parcial de las pruebas³⁰.

A modo de conclusión sobre lo anterior, diremos que sin perjuicio de considerarse que el problema fáctico y de apreciación de las pruebas se refiere a un error de procedimiento –que no compartimos y que identificamos como error de juzgamiento– toda falencia en la apreciación de las pruebas y en el establecimiento de los hechos que sea ilógico, irracional, irrazonable, absurdo, erróneo, falso que infraccione las reglas del correcto entendimiento humano y de la experiencia, puede ser tratado en casación a través de la cuestión sobre la motivación, más calificadamente, por motivación errónea, absurda o ilógica, que perfectamente resulta aplicable al contenido del artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

De Midón, al tratar el tema señala que las reglas del no acceso a la casación de planteos atinentes a cuestiones de hecho, en principio se basa en argumentos como que las cuestiones de prueba son materia propia de las instancias insuceptibles del control casatorio; o que el recurso extraordinario no se abre con agravios que sólo manifiestan las discrepancias del recurrente con los criterios de selección y valoración de las pruebas utilizadas por el judicante. Luego, se establece como regla que el Tribunal de Casación no puede modificar las conclusiones de hecho a las que lleguen los tribunales de instancia en el mérito de la prueba judicial.

No obstante, sólo a través de la invocación de la teoría del absurdo, es que puede penetrar la cuestión de hecho y probatoria al control de la casación, siempre en la medida que se trate de un error grosero y manifiesto que configure el absurdo, lo que se trata de una situación extrema, que sólo encuentra cabida en casos de demostrar la falencia grave y fundamental configurativa de la anomalía, de manera que cualquier error opinable o discutible descarta el absurdo, en tratándose de una manifiesta desinterpretación material de alguna de las pruebas de las

³⁰ Mario C. Perrachione. *La Casación como Método de Control de la Función Jurisdiccional*, pp. 127, 134, 169 y ss.

cuales resulte una conclusión contradictoria o incoherente con el orden lógico formal e insostenible en la discriminación axiológica.

Expone en las nuevas tendencias aperturistas, bajo las construcciones pretorianas de la “arbitrariedad” o del “absurdo”, el activismo judicial ha sabido encontrar un territorio desde donde efectuar el control de constitucionalidad y de razonabilidad de las motivaciones realizadas por los jueces en la cuestión de hecho y probatoria, de manera que las delaciones que hagan los recurrentes sobre falencias probatorias, son atendidas en casación, cuando se presentan algunos de estos casos:

- a) Análisis parcial y aislado de los elementos conducentes para la decisión del juicio, sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su conjunto.
- b) Expresión dogmática o indiscutible de que las pruebas son suficientes para el acreditamiento de los hechos, sin más explicaciones o motivaciones.
- c) Interpretación de las pruebas mediante criterios rigoristas, desvirtuante de la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponden a los diversos medios de prueba.
- d) Conclusiones de hecho producidas por una errónea distribución de la carga probatoria o inversión de la misma.
- e) Conclusiones de hecho desatendidas de la realidad económica al tiempo del fallo.
- f) La no indicación en la sentencia de las pruebas concretas en las que se basa la conclusión de hecho decisiva.
- g) Soslayar u obviar la prueba mediante argumentos producidos con defectos graves de razonamiento.
- h) Prescindencia de la valoración de las pruebas conducentes para la correcta solución del conflicto judicial.
- i) Exceder los límites de razonabilidad a que está subordinada la valoración de la prueba.
- j) Invocación de prueba inexistente o tergiversada –prueba inexacta– lo que constituye casos de falso supuesto que son

reconducidos para su control en casación a través de la teoría del absurdo.

k) Apreciación de las pruebas mediante argumentos absurdos, producido por razonamientos viciados.

Luego, el error en la cuestión probatoria, especialmente, la infracción de las reglas tasadas de la prueba y de la sana crítica, generan falencias de derecho en la apreciación probatoria, de manera que cuando se omiten pruebas decisivas, cuando no se hace un análisis integral de las pruebas aportadas al proceso o la apreciación raya en lo absurdo o ilógico, más aún en lo irracional e irrazonable, al lesionarse la sana crítica, la actividad de la instancia resulta censurable en casación como error de derecho.

En relación a la casación de las sentencias basadas en prueba inexistente –falso supuesto o suposición probatoria– señala De Midón, que conforme al criterio del Tribunal Supremo –argentino– el vicio se reconduce por la vía de la teoría del absurdo –absurdidad– o arbitrariedad, en donde se ubica el “*vicio de la apreciación fragmentada de la prueba*”, que consiste en que el judicante, de manera deliberada o por descuido, se abstiene de examinar las posibilidades contrarias que arroja una parte de la prueba a la otra que consigna como fundamento decisivo de su acto sentencial, lo que para nosotros sería el falso supuesto o suposición probatoria por prueba inexacta, que también puede censurarse en casación por vía de la teoría de lo absurdo; que en cuanto a la infracción de las reglas de la sana crítica, de las reglas de la lógica y la experiencia, el control casatorio se hace por vía de la delación de ilogicidad del pronunciamiento, en donde se ubica la modalidad de “*contradicción en la apreciación de la prueba*”, que es otra forma o modalidad del vicio de “apreciación fragmentada de la prueba” cuando se aprecia una prueba para fundamentar la sentencia, con prescindencia o silencio de otras pruebas que desactivan, anulan o modifican el contenido de aquella prueba apreciada –falso supuesto por prueba inexacta– de manera que la apreciación fragmentada de la prueba, la prueba apreciada parcialmente, contradictoria en sí misma o con otras pruebas cursantes en autos no apreciadas, lo que infracciona el principio de unidad de la prueba, en definitiva no sólo es revisable en sede casacional, sino que se traduce en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y al debido proceso constitucional, dada la motivación absurda, ilógica y arbitraria en la

valoración de las pruebas que condujo al establecimiento de los hechos y finalmente a la aplicación de la norma jurídica³¹.

Conforme al criterio sostenido por la profesora argentina De Midón, en sintonía con otros criterios de la doctrina argentina y de la jurisprudencia, la cuestión de hecho y probatoria, las falencias en el procedimiento de la prueba y en su apreciación, no escapan de la censura en casación, reconduciéndose por la teoría del absurdo, ilogicidad y arbitrariedad, debiéndose tratar de un error ostensible, evidente y grosero que no refleje el simple desacuerdo del recurrente con el criterio apreciativo del judicante, siendo que incluso, las falencias en casos de suposición probatoria, se presentan como motivos de absurdidad e ilogicidad censurables en casación, donde se construye la teoría de la “apreciación fragmentada de la prueba” cuando la prueba es apreciada parcialmente, en el sentido que en su propia entidad o corpus se infieren aspectos de la prueba que no fueron tomados en consideración por el juez y que de manera directa o indirecta demuestran la parte de la prueba que fuera apreciada para establecer los hechos, así como en los casos de pruebas contradictorias, cuando se aprecian algunas de ellas aportadas al proceso con prescindencias de otras que reflejan una verdad procesal diferente, que conducen a la teoría de la arbitrariedad, absurdidad o ilogicidad y que en nuestro sistema de casación, bien sea civil o laboral, son tratados como casos de infracción de normas jurídicas referidas a la apreciación de la prueba, como silencio de prueba o como falso supuesto por prueba inexacta.

4. Conclusiones respecto a la falta de motivación y los errores en la motivación

Como hemos podido observar del criterio que sostiene la doctrina y jurisprudencia de otros países, especialmente España y Argentina, que no cuenta con normas jurídicas concretas que permitan el control directo de la cuestión de hecho y probatoria, incluso sin regulación de las máximas de experiencia, es a través de la construcción de teoremas sobre la motivación, que se permite el control casatorio de las falencias probatorias que conducen al erróneo establecimiento de los hechos que al final de vuelvan en infracción indirecta de la norma jurídica.

³¹ Gladis Estigarribia De Midón. *La Casación. Control del “Juicio de Hecho”*. pp. 57-66, 318-346.

De esta manera, cuando se ha vulnerado el procedimiento de la prueba, cuando se han infraccionado las reglas de la lógica y la experiencia en la apreciación de la prueba, así como en los casos de suposición probatoria, apreciación fragmentada de la prueba, silencio de pruebas, contradicción en la apreciación de la prueba, la casación sólo puede controlar y casar la falencia, en la medida que la denuncia se haga por conducto del error en la motivación por ser la misma ilógica, absurda, arbitraria, irracional, irrazonable, falsa o errada, teoría que es el producto –insistimos– de la ausencia de normas que permitan el control casatorio de la cuestión probatoria y que pudieran ser aplicadas perfectamente en el sistema de casación laboral venezolano, como consecuencia del desatino o dejadez, no sólo del parlamento sino de los proyectistas –nos referimos a la ilustre Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, quien sin perjuicio de haber copiado del Código de Procedimiento Civil, prácticamente todas las instituciones procesales, como sucede en materia probatoria y de casación, no fueron lo suficientemente precavidos para incorporar la norma contenida en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que permite al Tribunal de Casación, previa la correspondiente denuncia, conocer de la cuestión de hecho y probatoria.

De esta manera, un primer intento sobre la explicación de la casación sobre los hechos que incluye lógicamente la cuestión probatoria, al no haberse regulado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y al haber incluido un tercer motivo de casación referido a la motivación que de manera bifronte trata la cuestión de la inmotivación como defecto de actividad y de error en la motivación como infracción de ley, nos permitirá afirmar, que las falencias que se presenten en la cuestión de hecho y probatoria, deberían ser censuradas a través de un recurso de casación basado o fundamentado en el artículo 168.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de manera que cuando se presenten errores en el establecimiento y calificación de los hechos, en virtud de silencio de pruebas, de apreciación fragmentada de la prueba, de prueba contradictoria, de infracciones al procedimiento de la prueba, de apreciación de pruebas fuera de los límites de la lógica y la experiencia –sana crítica– inversión de la carga probatoria, infracción en el procedimiento y apreciación de la prueba libre, falso supuesto o suposición probatoria por mención inexistente, prueba inexistente, prueba inexacta, infracción en materia de hechos notorios, de máximas de experiencia en la apreciación de las pruebas entre otros aspectos que tocan el punto de la prueba y establecimiento de los hechos que han sido analizados en capítulos anteriores, la denuncia debería realizarse por motivación errónea,

falsa, contradictoria o ilógica, que son tratados en la doctrina extranjera a través de la teoría de la motivación ilógica, absurda, irracional, irrazonable, arbitraria, contradictoria, debiéndose demoler la sentencia cuando se trata de una prueba esencial o fundamental, esto es, de un vicio determinante en las resultas del proceso, que de no haberse producido, las resultas procesales hubiesen sido otras, lo que presentado como un error de juzgamiento, conducirá a la prescindencia del reenvío luego de quebrado el acto sentencial, para que el Tribunal de Casación, cumpliendo la finalidad dilatoria del recurso, actuando ya no en sede de casación sino como tribunal de instancia al subrogarse las funciones de la recurrida, de la segunda instancia —en terminología propia del artículo 167.1 *ejusdem*— dicte la sentencia definitiva que ponga fin al proceso.

Pero lo antes anotado, que como teoría lógica encuentra su propio fundamento en el contenido normativo que regula la casación laboral, nos parece inconveniente y contrario a nuestra experiencia sobre el control casatorio de la cuestión de hecho, concretamente de lo que se ha llamado la “casación sobre los hechos”.

En efecto, no es poca cosa la construcción jurisprudencial y doctrinaria que han hecho nuestros procesalistas civiles al tratar el tema del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que permite el control en casación de la cuestión de hecho referido a las falencias en el establecimiento y apreciación de los hechos, establecimiento y apreciación de las pruebas, en los casos de falso supuesto por mención inexistente, prueba inexistente y prueba inexacta, incluidas las infracciones en materia de pruebas libres, de manera que a nuestro juicio, el camino para el control de la cuestión de hecho y probatoria en casación laboral, no debe ser otro que el andarivel plasmado en el artículo 320 en cuestión, siendo absurdo que contando nuestro país con una norma de tanta envergadura, a esta altura del juego se tenga que construir toda una teoría sobre la motivación para el control de la cuestión de hecho y probatoria, de manera que consideramos que la vía civil es la realizable en el proceso de casación laboral, con la debida adaptación, especialmente cuando en el proceso laboral y en su sistema de casación, no existe limitación o prohibición a la Sala Social, para extenderse al fondo del asunto, al establecimiento y apreciación de los hechos y de las pruebas hechas por la instancia, conforme a lo contenido en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

De esta manera, sin perjuicio de la no interdicción en materia de casación laboral al conocimiento del fondo del asunto, a la actividad realizada por la instancia en la cuestión de hecho y probatoria, como expresamente lo regula el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, debemos entender que esa libertad no se refiere a la revisión oficiosa y libre por parte del Tribunal de Casación, pues de igual manera que en el proceso civil, tratándose de un error de juzgamiento, debe existir la previa y correcta denuncia en casación referida a la cuestión de hecho y probatoria, donde se denuncien los errores de derecho al juzgar los hechos o los errores de hecho al juzgar los hechos, todo lo que conducirá a la demolición del fallo con prescindencia del reenvío, en la medida que se trata de un vicio influyente o determinante en los resultados del proceso, por lo que la interdicción de la casación laboral para censurar las falencias de hecho y probatorias, encuentra su ubicación en la falta de denuncia por parte del recurrente, todo lo que en definitiva nos parece, que no se distancia mucho del sistema de casación sobre los hechos en el proceso laboral, salvo la prescindencia del reenvío, donde prima la función de la justicia del caso –dikelógica–.

Delimitación del conflicto colectivo de trabajo en la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia

*César Augusto Carballo Mena**

Sumario:

- 1. Objeto.**
- 2. Régimen constitucional del conflicto colectivo de trabajo.**
- 3. Definición del conflicto colectivo de trabajo.**
- 4. Rasgos esenciales del conflicto colectivo de trabajo.**
- 5. Intervención de un sujeto colectivo en representación de los intereses de los trabajadores.**
- 6. Representación de los intereses colectivos, de clase o categoría profesional de los trabajadores: 6.1 Intereses grupales. 6.2 Intereses de personas colectivas.**

* **Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)**, *Facultad de Derecho*, Departamento de Derecho Social, Jefe. Profesor de Derecho Colectivo del Trabajo. **Universidad Central de Venezuela** y **UCAB**, Especialización en Derecho del Trabajo, Profesor de Conflictos Colectivos de Trabajo.

7. **Pretensiones circunscritas al ámbito de las relaciones que se desarrollan en el perímetro de la unidad productiva.**
8. **Exteriorización formal mediante la presentación de un pliego de peticiones.**

Conclusiones

1. Objeto

El presente ensayo tiene por finalidad exponer, de manera abreviada, los rasgos esenciales del régimen jurídico del conflicto colectivo de trabajo, con especial énfasis en los criterios que al respecto ha proferido el Tribunal Supremo de Justicia.

2. Régimen constitucional del conflicto colectivo de trabajo

El artículo 96 de la Constitución Republicana (CRBV) impone al Estado garantizar "...lo conducente para favorecer las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales". Como se observa, dichos "conflictos laborales", en la inteligencia de la norma parcialmente transcrita, refieren a aquellos de naturaleza colectiva, es decir, suscitados en la esfera de las "relaciones colectivas", cuyo desarrollo ha de ser favorecido por el Estado. Si alguna duda arroja la literalidad de la norma constitucional, cabría reparar en su ubicación: A lo interno del propio artículo 96 CRBV, se encuentra precedida por el derecho a la negociación colectiva voluntaria y la celebración de convenciones colectivas de trabajo, y seguida por la proclamación de la eficacia *erga omnes* del mencionado instrumento normativo. A su vez, el artículo 96 CRBV se encuentra flanqueado por institutos propios del derecho colectivo del trabajo, como son el principio de libertad sindical y el régimen de las organizaciones sindicales (artículo 95) y el derecho de huelga (artículo 97).

Tratándose pues de conflictos colectivos de trabajo resulta imperativo reconocer, como emanación de la libertad sindical y presupuesto de la negociación colectiva, que los mismos deberán someterse, *prima facie*, a los mecanismos de autocomposición que el Estado, en acatamiento al mandato previsto en el artículo 96 CRBV, ofrezca a los interlocutores sociales.

En concordancia con lo antes expresado, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) dispone que los conflictos colectivos de intereses o económicos, así como aquellos destinados a exigir el cumplimiento de

obligaciones contraídas por el empleador, se someterán al procedimiento previsto en el Título VII, Capítulo III de dicha Ley, es decir, a un mecanismo de conciliación obligatoria en sede administrativa.

3. Definición del conflicto colectivo de trabajo

El conflicto colectivo de trabajo puede definirse, a la luz de la LOT, como aquella tensión concreta que se suscita entre los trabajadores¹, en su dimensión colectiva, y su empleador, con ocasión de los intereses contrapuestos en la esfera del proceso productivo², y cuya gestión corresponde a los sujetos de naturaleza colectiva, implicando –por regla general³– su exteriorización formal mediante la presentación de un pliego de peticiones ante el funcionario administrativo competente.

4. Rasgos esenciales del conflicto colectivo de trabajo

De la definición ofrecida se desgajan cuatro rasgos esenciales del régimen legal del conflicto colectivo de trabajo:

- a) Intervención de un sujeto colectivo en representación de los trabajadores.

¹ En el presente ensayo, para evitar la sobrecarga gráfica, se optó por utilizar el clásico masculino genérico, en el entendido que todas las referencias, salvo que de su contexto se desprenda la intención contraria, refieren por igual a mujeres y hombres, sin distinción alguna.

² *Vid.* Palomeque López, Manuel Carlos (1.990): *Derecho sindical español*. 3ª edición, revisada, Ed. Tecnos, Madrid, pp. 208 y ss.

³ Por excepción, la LOT admite la gestión de un conflicto colectivo de trabajo sin necesidad de formalizarlo mediante la presentación de un pliego de peticiones ante la instancia administrativa competente. Se trata de los conflictos colectivos de trabajo que conciernen a unidades productivas donde presten servicios diez (10) o menos trabajadores. En efecto, el artículo 470 LOT establece que “[e]n una empresa, establecimiento, explotación o faena en que presten servicio más de diez (10) trabajadores, no podrán interrumpirse las labores, ya sea de parte del patrono, ya de parte de los trabajadores, antes de que se hayan agotado los procedimientos de negociación y conciliación previstos en las disposiciones de este Capítulo”. En consecuencia, en unidades productivas donde laboren diez (10) o menos trabajadores podrá ejercerse el derecho de huelga sin necesidad de agotar los procedimientos de negociación y conciliación legalmente previstos, los cuales se inician, precisamente, con la presentación del pliego de peticiones. Esta modalidad de gestión informal del conflicto no libera al sujeto colectivo actuante de observar las reglas que dimanar del principio de buena fe, tales como la notificación previa al empleador, el ánimo favorable a la negociación, y la conservación de la unidad productiva. Asimismo, en caso de huelga que afecte un servicio esencial, deberán observarse las restricciones que imponen los derechos de terceros, es decir, la prestación de servicios mínimos de funcionamiento.

- b) Afectación de un interés colectivo, de categoría o de clase de los trabajadores.
- c) Pretensiones circunscritas al ámbito de las relaciones que se desarrollan en el perímetro de la unidad productiva, esto es, el empleador como sujeto emplazado; y
- d) Exteriorización formal mediante la presentación de un pliego de peticiones.

5. Intervención de un sujeto colectivo en representación de los intereses de los trabajadores

El conflicto colectivo de trabajo reclama la actuación de sujetos colectivos en representación de los trabajadores, como imperativo para revestir de coherencia su administración o gestión, toda vez que resulta esencial la existencia de una instancia idónea para provocar y encauzar el diálogo de las voluntades individuales del cual ha de emerger la voluntad colectiva, en este caso, en clave conflictiva.

En términos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC-TSJ),

(...) los beneficiarios de los derechos colectivos son una agrupación de individuos subjetivamente indeterminados que gozan o pueden gozar de la satisfacción de un interés común. Esto significa que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los **sindicatos**⁴, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una ‘estructura organizacional, social o cultural’, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo⁵.

Aunque el sujeto colectivo por antonomasia sea la organización sindical, tutelado *ex* artículo 95 CRBV, debe reconocerse que, en observancia de un régimen de libertad sindical, también ostentan dicha condición

⁴ Las negrillas, cursivas y corchetes que aparezcan en la citas son míos, salvo que expresamente fuere advertido lo contrario.

⁵ Sentencia N° 2.347 del 3 de octubre de 2002 (caso Capriles Radonski).

otras organizaciones que representen los intereses de clase o categoría de los trabajadores, aunque sólo lo fueren subsidiariamente, es decir, en ausencia de aquélla o cuando ostentare una precaria representatividad.

Así, según lo dispone el artículo 10 del Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización, ratificado por Venezuela y, por ende, integrante del bloque de constitucionalidad *ex* artículo 23 CRBV, las organizaciones titulares de la libertad sindical serán aquellas “...que tengan por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”. Como se observa, el instrumento normativo internacional, con sano ánimo expansivo, define al sujeto titular de la libertad sindical en sentido colectivo con base en su finalidad u objetivo (fomento y defensa de intereses de clase), desatendiendo a su denominación o estructura organizativa.

En términos análogos, el artículo 114 del Reglamento de la LOT (RLOT), precisa que

[s]e consideran sujetos colectivos del derecho del trabajo y, por tanto, titulares de la libertad sindical, las organizaciones sindicales de primer, segundo y tercer grado; las coaliciones o grupos de trabajadores y trabajadoras; y las cámaras patronales, en los términos y condiciones de la Ley Orgánica del Trabajo; y las *demás organizaciones de representación colectiva de los intereses, bien sea de trabajadores y trabajadoras, por una parte, o de patronos y patronas, por la otra*⁶.

⁶ La norma transcrita, correspondiente a la reforma del RLOT de 25 de abril de 2006 (*Gaceta Oficial de la República* N° 38.426 del día 28 del mismo mes y año), suprimió la referencia a los colegios profesionales como sujetos colectivos del trabajo, prevista —a texto expreso— en el artículo 144 del RLOT de 1999. No obstante, la omisión reglamentaria carece de efectos jurídicos, toda vez que la cualidad de sujetos del derecho colectivo del trabajo reconocida a los colegios profesionales ostenta rango legal. En efecto, el artículo 405, único aparte LOT dispone que “los colegios de profesionales legalmente establecidos y sus federaciones y confederaciones gozarán de igual derecho para ejercer las atribuciones de los organismos sindicales de trabajadores en representación de sus miembros, previo registro en el Ministerio del ramo del trabajo”. La opción del reglamentista de 2006 quizá pudiese fundamentarse en la percepción de que el reconocimiento de la cualidad “sindical” de los colegios profesionales, *ex* artículo 405 LOT, resultaba inconveniente a los sindicatos por admitir una especie de “competencia desleal” a favor del sujeto de naturaleza corporativa cuya “representatividad” resultaría asegurada por virtud de la colegiación obligatoria impuesta legalmente. En otras palabras, le reforma reglamentaria de 2006 pudo haber hecho suya la crítica de cierto sector de la

En síntesis, resulta imprescindible que el conflicto colectivo de trabajo sea gestionado por un sujeto colectivo, formalmente constituido, como en el caso de las organizaciones sindicales y colegios profesionales, o integrado de manera informal y transitoria, como en el supuesto de las coaliciones o grupos de trabajadores.

6. Representación de los intereses colectivos, de clase o categoría profesional de los trabajadores

Según ha apuntado la SC-TSJ, los intereses colectivos pertenecen a una pluralidad de sujetos o agrupación de individuos subjetivamente indeterminados con cierto grado de integración a partir de aspiraciones o características sociales comunes, de tal modo que entre ellos existe o puede existir un vínculo jurídico que los une (grupos profesionales, grupos de vecinos, gremios, habitantes de un área determinada, etcétera), y afectan a todos por igual y en común (indivisibilidad), razón por la cual su satisfacción se obtiene mediante prestaciones generales⁷.

Tales intereses colectivos, a decir del Alto Tribunal, deben distinguirse de los meramente grupales y de los que sólo atañen a las personas colectivas.

6.1 Intereses grupales

El interés meramente plural es aquel integrado por la suma de intereses legítimos individuales de sujetos que se encuentran en una misma situación, cuyo ejercicio no presupone compartirlos con los demás, ni responde a un objeto jurídico que exija del obligado una prestación general (*Vid.* sentencia N° 770 de 17 de mayo de 2001, proferida por la SC-TSJ,

doctrina en relación con la inconveniencia de reconocer tal cualidad “sindical” a los colegios profesionales. No obstante, siendo que en nuestro ordenamiento jurídico la representatividad de los sujetos colectivos que representan a los trabajadores se determina con base en el apoyo recibido y no atendiendo a los niveles de afiliación, no luce ajustada la expresada crítica. En todo caso, la actuación sindical de los colegios profesionales deberá someterse estrictamente al principio de libertad sindical, independientemente de la naturaleza corporativa de tales sujetos.

⁷ Ver, entre otras, sentencias Nos. 656 de 30 de junio de 2000 (caso Dilia Parra Guillén), 770 de 17 de mayo de 2001 (caso Defensoría del Pueblo), 1.321 de 19 de junio de 2002 (caso Máximo Febres y otros), 1595 de 9 de julio de 2002 (caso Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas), 2347 de 3 de octubre de 2002 (caso Capriles Radonski), 3.648 de 19 de diciembre de 2003 (caso José Manuel Bastidas), 1.464 de 15 de octubre de 2008 (caso María Villavicencio y otros), y 1.728 de 11 de noviembre de 2008 (caso I.U.T.L.A.).

caso Defensoría del Pueblo). Dicho en otros términos, el interés plural “se construye [...] sobre la simple suma o yuxtaposición de intereses individuales, colectivamente gestionados”⁸.

En la esfera específica de los conflictos de trabajo, la Sala Politicoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA-TSJ), a propósito de consultas sobre jurisdicción⁹ sometidas a su escrutinio, ha emitido los pronunciamientos siguientes:

- a) Tratándose de un grupo de trabajadores que reclaman el pago de **sumas dinerarias**, de conformidad con lo pautado en diversas cláusulas de la convención colectiva de trabajo, corresponde a los tribunales con competencia en materia laboral dirimir la controversia, y no a la Inspectoría del Trabajo, según pretendía el Procurador General del Estado Aragua, alegando que se trataba de una reclamación por cumplimiento de una convención colectiva de trabajo (Sentencia N° 105 de 13 de febrero de 2001, caso Servicio Autónomo de Protección al Menor de Aragua [SAPAMA]); y
- b) “(...) [S]e observa claramente que la presente reclamación consiste en el pago de una **suma de dinero** [...] por concepto de participación en las utilidades de la empresa, según el régimen previsto en la convención colectiva de trabajo]. En consecuencia, siendo la reclamación de **índole pecuniaria** (...) se infiere claramente que los Tribunales del Trabajo tienen jurisdicción para conocer la presente causa. Por otra parte, (...) no se infiere que los trabajadores accionantes estén planteando en sede

⁸ Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez De La Rosa, Manuel (2000): *Derecho del trabajo*, 8ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, p. 529.

⁹ Por jurisdicción se entiende “la función pública realizada por los órganos competentes del Estado con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada” (SPA-TSJ, sentencia N° 50 de 31 de enero de 2001, caso William Pérez y Gisela Hernández). En este sentido, la SPA-TSJ conoce de los asuntos relativos a la falta de jurisdicción “cuando se discute sobre los límites de los poderes de los jueces en contraposición con los órganos de la administración pública o cuando se discute sobre el límite de los poderes del juez venezolano respecto al juez extranjero” (*Idem*).

jurisdiccional un conflicto colectivo (...) sino que se trata de un grupo de trabajadores, quienes reclaman el pago de una **suma de dinero**, establecida en la convención colectiva. Por tanto, la presente controversia deberá ser resuelta por los Tribunales Laborales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (...)” (Sentencia N° 270 de 23 de marzo de 2004, caso La Chacra C.A.).

En las sentencias proferidas por la SPA-TSJ se observa un especial énfasis en el contenido pecuniario de las prestaciones reclamadas, de donde se concluye, sin mayores precisiones, que corresponde entonces a los tribunales laborales dirimir la controversia planteada. De este modo, pareciera confundirse el contenido pecuniario de la prestación reclamada, que nada predica sobre el carácter colectivo o plural del conflicto, con el verdadero criterio relevante a estos fines, es decir, la “divisibilidad” o “desglose” de las pretensiones colectivamente gestionadas. En otros términos, si las pretensiones del grupo de trabajadores accionantes fueren susceptibles de delimitación, respecto de cada uno de ellos, de manera singular y concreta, reclamando pues el cumplimiento de prestaciones individualizadas, estaremos en presencia de un conflicto plural, aunque colectivamente gestionado.

En este mismo orden de ideas, cabe advertir que resulta perfectamente concebible un conflicto colectivo de trabajo por virtud del impago de sumas dinerarias, como suele acontecer respecto de los denominados conflictos colectivos de ejecución¹⁰, es decir, aquellos que derivan del incumplimiento patronal de obligaciones contraídas en los convenios o acuerdos colectivos (v.gr. cuando el sindicato reclama el impago de la

¹⁰ El artículo 167.b RLOT adoptó una definición restrictiva del conflicto colectivo de ejecución, al caracterizarlo como aquel que entraña el incumplimiento de las obligaciones patronales sobre *condiciones de trabajo*. En realidad, los conflictos colectivos de ejecución suponen, tal como se desprende de los artículos 5, 469, 475 y 497.a LOT, la pretensión de que el empleador cumpla con las obligaciones previstas en la convención colectiva de trabajo, cualquiera fuere su objeto (en términos del artículo 2 del Convenio N° 154 OIT: Condiciones de trabajo y empleo, régimen de las relaciones entre el empleador y sus trabajadores, y régimen de las relaciones entre el empleador y las organizaciones que representan a sus trabajadores). En síntesis, por imperativo de la libertad sindical y en prevalencia de las normas de rango legal, debe admitirse que el conflicto colectivo de ejecución deriva del incumplimiento patronal de las obligaciones, cualquiera fuere su objeto, contempladas en las convenciones o acuerdos colectivos.

prima que corresponde a los trabajadores por trabajo en horas extraordinarias). Lo mismo acontece, por ejemplo, cuando la organización sindical exige al empleador el cumplimiento de ciertas obligaciones, de contenido patrimonial, destinadas a asegurarle los recursos económicos necesarios para actuar autónomamente y, por tanto, para tutelar eficazmente los intereses de categoría o clase que representa¹¹.

6.2 *Intereses de personas colectivas*

Los derechos o intereses de las personas colectivas son análogos a los derechos o intereses de las personas individuales, pues no se refieren a una agrupación de individuos sino a la persona jurídica o moral a quien se atribuyan:

Del mismo modo que la protección de los derechos individuales beneficia el interés general, el beneficio del interés de una persona jurídica favorece a quienes participan en ella. Un *sindicato*, un gremio profesional o una sociedad mercantil, tienen derechos, lo mismo que las personas individuales, pero sus miembros o asociados se benefician de los derechos de la persona colectiva a la que pertenece.

Por ello, *cuando hablamos de derechos colectivos nos referimos más bien a los intereses de quienes no están organizados bajo la modalidad de las personas jurídicas o morales* y ello comporta una diferencia adicional, a saber, la forma de su actuación. Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso de que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colecti-

¹¹ Como se verá en los próximos párrafos, este criterio no es compartido por la SPA-TSJ, pues ha declarado que en el supuesto de reclamos sindicales por incumplimiento de cláusulas de la convención colectiva de trabajo de contenido patrimonial, de las que es beneficiaria dicha organización, la jurisdicción corresponde a los tribunales del trabajo. En cambio, declara la jurisdicción de las Inspectorías del Trabajo cuando el reclamo del sindicato, también por incumplimiento de obligaciones previstas en la convención colectiva y de las cuales la referida organización es beneficiaria, no reviste contenido pecuniario, como resulta en el caso del uso de cartelera sindicales o el derecho a ofrecer candidatos para ocupar cargos vacantes en la empresa (cláusula de agencia de trabajo o *hiring hall*).

vo de los derechos cuya tutela se invoca siempre excede al interés de aquél. Incluso la representación puede ser el objeto de alguna asociación, sociedad u organización que se constituye para tales fines. Las Organizaciones No Gubernamentales son un caso propio (...) ¹².

En el supuesto concreto de la acción incoada por una organización sindical para obtener el cumplimiento de un cúmulo de cláusulas previstas en la convención colectiva de trabajo y destinadas a promover la actividad de dicho sujeto colectivo, la SPA-TSJ sostuvo:

(...) [S]e observa que en el caso de autos no se pretende lograr la defensa, protección o mejoramiento de los derechos de los trabajadores adscritos al sindicato, sino que se evidencia la existencia de un *interés particular y directo del sindicato accionante*. Así, dado que la acción incoada no versa sobre algún conflicto colectivo de trabajo surgido entre el sindicato accionante y la sociedad mercantil demandada con motivo del incumplimiento de la convención colectiva, en cuyo caso sí resultaría aplicable el procedimiento previsto en el Capítulo III del Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo, corresponde efectivamente al Poder Judicial conocer de la demanda incoada (...) (Sentencia N° 534 de 1° de junio de 2004, con ocasión de la consulta sobre jurisdicción planteada por virtud de la demanda incoada por el Sindicato de Trabajadores de Fábricas de Materiales de Construcción y sus Similares del Distrito Federal y estado Miranda [SINTRA-FAMACONS] en contra de Arenera La Virginia, C.A., reclamando el cumplimiento de las cláusulas relativas a las contribuciones para la sede sindical, cuotas sindicales ordinarias y extraordinarias, actividades culturales, sociales y deportivas, federación y el sindicato contratante, y contribución de fin de año).

Este criterio ha sido reiterado por la SPA-TSJ, entre otras, en sus sentencias Nos. [i] 4263 de 16 de junio de 2005 (caso FETRACALZADO), [ii] 5221 de 26 de julio de 2005 (caso Sindicato Nacional de

¹² Sentencia N° 1.321 de 19 de junio de 2002, dictada por la SC-TSJ, caso Máximo Febres y otros.

Gandoleros y CODESA), [iii] 5706 de 27 de septiembre de 2005 (caso Unión de Trabajadores de la Industria del Vestido, Similares y Conexos del Distrito Capital y del Estado Miranda [UNTRAIVAES]), y [iv] 491 de 23 de febrero de 2006 (caso SUTEGALCA).

En contraste con lo expuesto, la SPA-TSJ apreció un interés colectivo en el caso de un sindicato que también reclamó el cumplimiento, en su provecho, de una cláusula de la convención colectiva de trabajo que entrañaba una prestación no pecuniaria, esto es, el derecho a ofrecer al empleador candidatos para ocupar los puestos vacantes (cláusula de agencia de trabajo o *hiring hall*). En otras palabras, considerando que la reclamación sindical versaba sobre el cumplimiento de cláusulas contenidas en una convención colectiva de trabajo, se negó la jurisdicción del Poder Judicial, atribuyéndose el conocimiento de la controversia a la Inspectoría del Trabajo, en atención a lo pautado en el artículo 5 LOT (Sentencia N° 00509 de 20 de mayo de 2004, con ocasión de la consulta sobre jurisdicción planteada por virtud de la demanda incoada por el Sindicato de Trabajadores de la Construcción, Obras Civiles, Limpieza, Asfaltado, Mantenimiento, Servicios y sus Similares del Municipio Cabimas del Estado Zulia [SINTROCLAM], reclamando el cumplimiento de la cláusulas Nos. 53 y 63 de la convención colectiva del sector de la construcción, vigente para entonces).

De lo antes expresado se evidencia una cierta penumbra en el método de reconocimiento de la jurisdicción en casos de conflictos gestionados por organizaciones sindicales: Si el sujeto colectivo pretende, en beneficio propio, el cumplimiento de una cláusula contemplada en la convención colectiva de trabajo, la controversia será sometida al conocimiento de la autoridad administrativa o judicial, dependiendo de la naturaleza de las prestaciones que entraña, es decir, si fuere pecuniaria corresponderá dirimirlo a los órganos judiciales, mientras que si no lo fuere (como acontece en el supuesto del derecho a ofrecer al empleador los candidatos para ocupar puestos vacantes), deberá someterse al conocimiento de la autoridad administrativa competente.

Dicho criterio jurisprudencial no encuentra fundamento normativo, toda vez que los artículos 5, 469, 475 y 497.a LOT reconocen la autotutela de los conflictos colectivos derivados del incumplimiento patronal de las obligaciones contraídas mediante una convención colectiva de trabajo, indistintamente de la naturaleza de las prestaciones que pudieren acarrear. Así pues no resulta admisible atribuir disímil jurisdicción para el

conocimiento de los conflictos colectivos de ejecución, con base en la naturaleza pecuniaria o no de las prestaciones reclamadas. En cualquier caso, podrá el sujeto colectivo que gestionare el conflicto ejercer la autotutela y, por ende, acudir al procedimiento pautado en el Título VII, Capítulo III de la LOT.

Es posible que la opinión jurisprudencial comentada encuentre sustento, aunque sólo fuere indirectamente, en los señalamientos de la SC-TSJ, al concebir a las organizaciones sindicales como personas morales ordinarias, cuyos intereses merecen idéntico tratamiento que aquellos que corresponden a las personas individuales y que, por tal virtud, no pueden ser calificados, en puridad, como “intereses colectivos”.

En sentido contrario, estimo que las organizaciones sindicales constituyen instancias de mera representación de intereses colectivos o de clase, de tal suerte que aquellas prestaciones, pecuniarias o no, que le correspondieren estarán destinadas a promover la defensa de aquellos intereses. En este sentido, la LOT atribuye a los sindicatos, tanto de trabajadores como de empleadores, como funciones primarias, “proteger y defender los intereses profesionales o generales de sus asociados” y “representar a sus miembros en las negociaciones y conflictos colectivos de trabajo” (artículos 408, literales a y b, y 409, literales a y b).

En consecuencia, resulta imperativo reconocer a los sindicatos una naturaleza análoga a las Organizaciones No Gubernamentales, en los términos de la jurisprudencia hilvanada por la SC-TSJ, toda vez que por diseño legislativo aquellas personas jurídicas son concebidas como instancias de representación de los intereses colectivos, de clase o categoría de los trabajadores o los empleadores. Por tal virtud, los conflictos derivados del incumplimiento de obligaciones patronales consagradas en convenciones o acuerdos colectivos, destinadas a fortalecer a la organización sindical o promover su actividad, deberán estimarse como conflictos de ejecución, indistintamente del contenido pecuniario o no de las prestaciones que entrañe.

7. Pretensiones circunscritas al ámbito de las relaciones que se desarrollan en el perímetro de la unidad productiva

El conflicto colectivo de trabajo surge con ocasión de los intereses contrapuestos de trabajadores y empleadores en el seno del proceso productivo, de tal suerte que es el empleador, en la inteligencia de la LOT,

el único sujeto emplazado por la acción conflictiva del sujeto colectivo que se arroga la representación de los intereses de clase o categoría de los trabajadores.

En otros términos, la referida Ley sólo prevé los conflictos en clave contractual, obviando la regulación de las manifestaciones de autotutela sindical frente a eventuales lesiones de los intereses de clase o categoría profesional de los trabajadores como consecuencia de conductas imputables a los órganos del Estado u otros interlocutores sociales¹³.

En efecto, el artículo 5 LOT, en concordancia con los artículos 469, 475 y 497.a *eiusdem* y 167 RLOT, determina el objeto del conflicto colectivo de trabajo susceptible de autotutela, es decir, cuya gestión por parte del sujeto colectivo podría desenvolverse ante las instancias administrativas a las que corresponde ejercer la conciliación y, en todo caso, en cuyo ámbito se admite el ejercicio de la huelga como medio de coerción destinado a doblegar la voluntad renuente del empleador.

El referido artículo 5 LOT establece:

La legislación procesal, la organización de los tribunales y la jurisdicción especial del Trabajo se orientarán por el propósito de ofrecer a los trabajadores y patronos la solución de los conflictos sobre derechos individuales o colectivos que surjan entre ellos, mediante una administración de justicia rápida, sencilla y gratuita.

¹³ La omisión legislativa en modo alguno puede implicar el desconocimiento de la libertad sindical como derecho a ejercer autónomamente las acciones que se estimen convenientes para la idónea promoción y protección de los intereses de categoría o clase tutelados. En otras palabras, la libertad sindical entraña el derecho a la autotutela colectiva, y ésta habrá de ejercerse frente a cualquier afectación de los intereses de categoría o clase objeto de representación: “[L]os intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social...” (Oficina Internacional del Trabajo [2006]: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5ª ed., Ginebra, p. 116, párrafo 526). “Las organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían en principio poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política, económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general...” (*Idem*, párrafo 527).

Los conflictos colectivos sobre intereses y los que se planteen para exigir el fiel cumplimiento de los compromisos contraídos se tramitarán de acuerdo con lo pautado en el Título VII de esta Ley.

Por tal virtud, el conflicto colectivo de trabajo susceptible de autotutela debe tener por objeto (artículos 469, 475, 497.a LOT y 167 de su Reglamento):

- a) Persuadir al empleador para que adopte determinadas medidas estimadas favorables a los intereses de los trabajadores, incluyendo la negociación y celebración de convenciones, acuerdos o pactos colectivos (conflicto novatorio).
- b) Disuadir al empleador de adoptar determinadas medidas estimadas desfavorables a los intereses de los trabajadores (conflicto defensivo), o
- c) Obtener el cumplimiento de las obligaciones consagradas en convenciones, acuerdos o pactos colectivos (conflicto de ejecución).

Los dos primeros supuestos (*conflictos novatorios y defensivos*) versan sobre intereses o pretensiones económicas, esto es, refieren a la pretensión de integrar al régimen jurídico normas que contemplen nuevos derechos o alteren el alcance de aquellos preexistentes. Por tal virtud, la solución de tales controversias es típicamente atribuida a los mecanismos de autocomposición (negociación, conciliación, mediación, etcétera), pues en su seno privan las percepciones y capacidades coercitivas de los interlocutores, más que criterios objetivos con pretendido carácter general.

En este orden de ideas, la SPA-TSJ consideró que los órganos judiciales carecían de jurisdicción frente a la pretensión de una organización sindical de modificar los contenidos de la convención colectiva de trabajo que regía a sus representados. En este caso, tratándose de un típico conflicto colectivo de intereses o económico, corresponderá a los actores sociales dirimirlo mediante el procedimiento administrativo de autotutela previsto en el Título VII, Capítulo III LOT (Sentencia N° 938, de 12 de junio de 2007, con ocasión la consulta de jurisdicción derivada de la demanda incoada por la Asociación de Profesionales y Técnicos de la Compañía Metro de Caracas [ASOPROTECMEC] contra la socie-

dad mercantil C.A. Metro de Caracas y el Sindicato de Trabajadores de la C.A. Metro de Caracas [SITRAMECA]).

Por su parte, los *conflictos de ejecución* versan sobre la aplicación e interpretación de normas jurídicas, esto es, constituyen típicos conflictos de derecho cuyo conocimiento, por regla general, corresponde a los órganos judiciales pero que, en la esfera de los conflictos colectivos de trabajo se admite que sean dirimidos mediante mecanismos de autotutela. En otras palabras, siendo los conflictos de ejecución verdaderos conflictos de derecho, la opción legislativa (*ex* artículos 5, 469, 475 y 497.a LOT) de admitir que sean dirimidos mediante mecanismos de autotutela, ha de interpretarse como un privilegio reconocido a las organizaciones sindicales y, por tanto, como medida favorecedora de la libertad sindical. Desde esta perspectiva entonces, considero que los sindicatos, en el supuesto de conflictos colectivos de ejecución, podrán optar, en ejercicio de la libertad sindical, entre gestionarlo ante las autoridades administrativas, o bien dirimirlo ante los órganos judiciales, por tratarse de un típico conflicto de derecho.

Sin embargo, este criterio no es compartido por la SPA-TSJ, toda vez que de las sentencias que al respecto ha proferido se desprende la *imperatividad* de la jurisdicción administrativa respecto de los conflictos colectivos de ejecución. Así, por ejemplo, en el caso SINTROCLAM (sentencia N° 509 de 20 de mayo de 2004), antes comentado, donde un sindicato reclamó ante los tribunales laborales el cumplimiento de cláusulas de la convención colectiva de trabajo, referentes al derecho a proponer la contratación de hasta el setenta y cinco por ciento (75%) del personal requerido por el empleador, se declaró que tratándose, correctamente, de un conflicto colectivo de ejecución debía, imperativamente, acudir ante la instancia administrativa competente y observar el procedimiento pautado en el Título VII, Capítulo III LOT.

El criterio esbozado luce restrictivo de la libertad sindical, toda vez que uno de sus contenidos esenciales, la autarquía (artículo 3.1 del Convenio N° 87 OIT), supone, entre otros alcances, reconocer a las organizaciones sindicales el derecho a organizar sus actividades y formular su programa de acción. Bajo esta perspectiva, corresponderá a los sindicatos y demás sujetos colectivos que representen los intereses de los trabajadores, decidir la vía idónea, judicial o administrativa, para obtener la eficaz tutela de los intereses de sus representados.

8. Exteriorización formal mediante la presentación de un pliego de peticiones

El pliego de peticiones refiere al instrumento escrito que ha de contener, básicamente, la identificación de los actores involucrados en el conflicto colectivo de trabajo y la descripción de los fundamentos del mismo, sin que éstos pudieren alterarse en el curso del procedimiento, salvo que se trate de hechos sobrevenidos (artículo 477 LOT). Aunque la práctica administrativa no lo refleje así, resulta lógico admitir la aplicación analógica del artículo 23, Parágrafo Único de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, emanación del principio tuitivo en la esfera adjetiva, por cuya virtud cabría la opción de presentar el pliego de peticiones oralmente, correspondiendo al Inspector del Trabajo reducirlo a escrito mediante Acta que encabezaría el procedimiento conflictivo.

Con la presentación del pliego de peticiones se perfecciona jurídicamente el conflicto colectivo de trabajo y se producen las consecuencias que el ordenamiento legal le atribuye, entre las que destacan el despliegue de las gestiones conciliatorias por parte del Inspector del Trabajo¹⁴ (artículos 479 y siguientes LOT), el reconocimiento de inamovilidad a los trabajadores interesados en el conflicto (artículos 458 y 506, único aparte LOT), y el inicio del cómputo del lapso de aviso previo al ejercicio del derecho de huelga (artículo 487 *eiusdem*).

Bajo la lógica expuesta, donde el pliego de peticiones formalmente presentado ante la autoridad administrativa competente, demarca el nacimiento del conflicto, se entiende que el legislador denomine como *diferencia colectiva* aquella misma situación de tensión concreta entre los interlocutores sociales antes de su exteriorización en sede administrativa (artículos 471 y 473 LOT). Dicho en términos crudamente sim-

¹⁴ Debe reiterarse que las potestades atribuidas a los Inspectores del Trabajo, con ocasión de los conflictos colectivos de trabajo, se circunscriben a la tramitación del pliego de peticiones y el ejercicio de los mecanismos de conciliación en el seno de la Junta constituida al efecto. En ningún caso podrá reconocerse a los funcionarios administrativos la potestad de pronunciarse sobre la licitud del derecho fundamental de huelga. No obstante, así lo admitió la SPA-TSJ, en su sentencia N° 1.316 de 29 de octubre de 2008, caso CVA AZÚCAR, S.A., en atención a la solicitud de declaratoria de ilegalidad de la huelga ejercida por el Sindicato de los Trabajadores del Central Azucarero Sucre (SINTRACENAZUSUCRE). En este caso, el Alto Tribunal declaró que corresponde a la Inspectoría del Trabajo conocer y decidir la solicitud interpuesta con el objeto de “...que se declare la ilegalidad del conflicto laboral planteado...”.

ples, la *diferencia colectiva* es el *conflicto* aún no exteriorizado mediante la presentación del pliego de peticiones ante el funcionario administrativo competente, de allí que se imponga al Inspector del Trabajo interesarse por esta situación e iniciar las gestiones conciliatorias que estime pertinentes¹⁵.

Conclusiones

1. La LOT delimita las modalidades de conflictos colectivos de trabajo susceptibles de gestionarse mediante mecanismos de autotutela, esto es, sin necesidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales para exigir un pronunciamiento dirimente. Por el contrario, podrá el sujeto legitimado, en representación de los trabajadores, negociar directamente con el empleador, bajo amenaza de ejercer acciones coercitivas (entre ellas, la más protuberante, la huelga) en caso de no alcanzarse un acuerdo satisfactorio.
2. En este sentido, el conflicto colectivo de trabajo susceptible de autotutela puede definirse, a partir de los artículos 5, 469, 475 y 497.a LOT, como aquella tensión concreta que se suscita entre los trabajadores, en su dimensión colectiva, y su empleador, con ocasión de los intereses contrapuestos en la esfera del proceso productivo, y cuya gestión corresponde a los sujetos de naturaleza colectiva, exigiéndose para ello su exteriorización formal mediante la presentación de un pliego de peticiones ante el Inspector del Trabajo competente.
3. La definición ofrecida refiere a dos (2) aspectos particularmente debatidos en el ámbito jurisprudencial: [i] Noción de interés colectivo; y [ii] Objeto del conflicto, es decir, fundamento de los intereses contrapuestos que se pretenden dirimir mediante mecanismos de autotutela.
4. En lo concerniente a la noción de interés colectivo, la jurisprudencia de la SC-TSJ ha apuntado que son aquellos que pertenecen a una plura-

¹⁵ Aunque excede el perímetro del presente ensayo, apunto que la intervención del funcionario administrativo en lo que considera una *diferencia colectiva*, debe interpretarse como reconocimiento formal del conflicto colectivo de trabajo y, por tanto, sustitutivo del pliego de peticiones. A partir de entonces, deberá atribuirse a la *diferencia* las consecuencias jurídicas que la LOT reserva al conflicto exteriorizado, entre otras, la inamovilidad de todos los trabajadores interesados (artículos 458 y 506, único aparte LOT) y el cómputo del lapso de aviso previo al ejercicio del derecho de huelga (artículo 487 LOT).

lidad de sujetos o agrupación de individuos subjetivamente indeterminados con cierto grado de integración a partir de aspiraciones o características sociales comunes, de tal modo que entre ellos existe o puede existir un vínculo jurídico que los une, y afectan a todos por igual y en común, es decir, de modo indivisible, razón por la cual su satisfacción se obtiene mediante prestaciones generales.

5. El aludido interés colectivo se diferencia del meramente plural y de aquel que atañe a personas jurídicas o morales:

a) En el primer supuesto, se trata sólo de la suma de intereses legítimos individuales de sujetos que se encuentran en una misma situación, cuyo ejercicio no presupone compartirlos con los demás, ni responde a un objeto jurídico que exija del obligado una prestación general¹⁶. Con base en dicho criterio, la SPA-TSJ ha declarado como plural ciertos conflictos de trabajo colectivamente gestionados, declarando la jurisdicción de los tribunales laborales para dirimirlos a¹⁷; y

b) En el caso de las personas jurídicas o morales se ha precisado que, como regla general, el beneficio de sus intereses, aunque favorezca a sus asociados, agremiados o miembros, no debe considerarse como satisfacción de derechos colectivos¹⁸.

A este respecto, la SPA-TSJ ha brindado un trato heterogéneo a los conflictos derivados de la pretensión de organizaciones sindicales de obtener, en provecho propio, el cumplimiento de obligaciones contempladas en las convenciones colectivas de trabajo: Si el contenido de la prestación reclamada fuere pecuniario, se niega la opción de autotutela y se declara la jurisdicción de los tribunales con competencia en materia laboral¹⁹. Por el contrario, si el contenido de la prestación exigida no fuere pecuniario, se ha declarado la jurisdicción de la Inspectoría del

¹⁶ Sentencia de la SC-TSJ, N° 770 de 17 de mayo de 2001, caso Dilia Parra Guillén.

¹⁷ Sentencias de la SPA-TSJ, Nos. 105 de 13 de febrero de 2001 (caso SAPAMA), y 270 de 23 de marzo de 2004 (caso La Chacra, C.A.).

¹⁸ Sentencia de la SC-TSJ, N° 1.321 de 19 de junio de 2002 (caso Máximo Febres y otros).

¹⁹ Ver, entre otras, sentencias de la SPA-TSJ Nos. 534 de 1° de junio de 2004 (caso SINTRA-FAMACONS), 4.263 de 16 de junio de 2005 (caso FETRACALZADO), 5.221 de 26 de julio de 2005 (caso Sindicato Nacional de Gandoleros y CODESA), y 5.706 de 27 de septiembre de 2005 (caso UNTRAIVAES).

esto es, el *imperativo* de someter el conflicto al mecanismo de autotutela previsto en el Título VII, Capítulo III LOT²⁰.

6. En cuanto al fundamento del conflicto, el artículo 5 LOT señala que serán susceptibles de autotutela aquellos “conflictos colectivos de intereses y los que se planteen para exigir el fiel cumplimiento de los compromisos contraídos”. Estos últimos, denominados por el artículo 167 RLOT como *conflictos de ejecución*, han propiciado los más trascendentes pronunciamientos por parte de la SPA-TSJ.

7. Los conflictos de ejecución revisten naturaleza jurídica o de derecho, esto es, refieren al contenido y alcance de normas preexistentes. En consecuencia, constituye un verdadero privilegio reconocer a los sujetos colectivos del trabajo la opción de dirimirlos mediante mecanismos de autotutela (en lugar de recabar la tutela de los órganos judiciales). En este sentido, como antes se señaló, el Alto Tribunal distingue, sin que norma jurídica alguna lo disponga, entre conflictos de ejecución que entrañen o no prestaciones de contenido pecuniario, cuando el beneficiario fuere un sujeto colectivo del derecho del trabajo.

8. En relación con lo expresado en el párrafo precedente, estimo que:

- a) Los conflictos de ejecución que tuvieren por beneficiario a sujetos colectivos que representen los intereses de los trabajadores, deberán reputarse de naturaleza colectiva y susceptibles de autotutelarse, puesto que el objeto de aquellos sujetos se circunscribe a la defensa y promoción de los intereses de clase o categoría de los trabajadores; y
- b) En el caso de conflictos de ejecución, toda vez que constituyen conflictos jurídicos o de derecho, los sujetos colectivos que representan los intereses de los trabajadores deberían poder optar, en ejercicio de la libertad sindical y, más específicamente, de la autarquía sindical, entre someterlos a los órganos judiciales o, por virtud del privilegio que les reconoce la LOT, acudir a los mecanismos de autotutela colectiva.

²⁰ Sentencia de la SPA-TSJ N° 509 de 20 de mayo de 2004 (caso SINTROCLAM).

Disertaciones sobre algunas particularidades del derecho procesal del trabajo

*Freddy Orlando Caridad Mosquera**

Sumario:

- 1. Consideraciones introductorias y sobre la oportunidad de la Ley Procesal, antes de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo: 1.1 Consideraciones introductorias: 1.2 Sobre la oportunidad de la Ley Procesal, antes de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo.**
- 2. La modernidad y el rostro humano del proceso.**
- 3. ¿Y cómo es el rostro humano del proceso, según la CRBV?**
- 4. La interpretación de la Constitución, y la interpretación de las leyes procesales desde la Constitución.**

* **Universidad Central de Venezuela**, Especializaciones en Derecho del Trabajo y en Derecho Procesal del Trabajo, Profesor. **Universidad Católica Andrés Bello**, Especialización en Derecho del Trabajo, Profesor. **Universidad Católica del Táchira**, Especialización: Derecho del Trabajo, Profesor. **Asamblea Nacional**, Comisión de Desarrollo Social Integral para la elaboración de Ley Orgánica Procesal del Trabajo y de la Ley sobre el Estatuto de la Función Pública, Asesor Legal. Abogado en ejercicio. Autor de numerosas colaboraciones en publicaciones especializadas por invitación y/o arbitradas.

5. **Las garantías procesales en la Constitución y su concepción como derechos fundamentales.**
6. **El artículo 257 de la CRBV, en relación con la unidad de la Jurisdicción y a la caracterización de todas las leyes procesales.**
7. **Algunas anotaciones sobre el principio de oralidad:** 7.1 *Precisiones sobre lo que se trata aquí del tema de la oralidad.* 7.2 *Lo dispuesto por el artículo 257 de la CRBV y el artículo 2° de la LOPT.*
8. **Sobre la aplicación de los principios generales del derecho y la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil en el proceso laboral:** 8.1 *La regulación de los actos procesales.* 8.2 *¿Cuál es el problema de fondo?* 8.3 *El criterio sobre la autonomía del Derecho Procesal del Trabajo.* 8.4 *Sobre un primer acercamiento a la aplicación supletoria de la norma procesal.*
9. **Notas sobre el sistema probatorio de la LOPT:** 9.1 *Sobre los principios del sistema probatorio en el proceso laboral.* 9.2 *Un segundo acercamiento respecto a la supletoriedad del CPC, pero aquí concretado al sistema probatorio laboral. Sus límites.*
1. **Consideraciones introductorias y sobre la oportunidad de la Ley Procesal, antes de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo**

Toda doctrina que resuelva el problema del proceso a expensas del juez, renuncia implícitamente a ser una solución, para constituirse en una evasión. Decir que el problema procesal se resuelve invistiendo al juez de los plenos poderes discrecionales de un Jefe de Estado autoritario, reforzando al máximo su autoridad, significa dejar las cosas en su punto anterior. Porque entonces, de allí en adelante, el problema será el juez. *En el momento mismo en que las formas dejan de ser una inquietud, el juez comienza a ser algo inquietante.*

Eduardo J. Couture**

** *Derecho Procesal Civil Hispanoamericano*, en Estudios de Derecho Procesal Civil, 1979, Tomo I.

Un solo dato es ilustrativo. La doctrina muestra prevención, lo ve riesgoso y le provoca miedos, que se le otorguen al juez demasiados poderes; pero no cuando al director del proceso se le asigna mayor responsabilidad que, al mismo tiempo y nivel, lo erigen en sujeto del reforzado poder de control de los abogados de parte. En todos los eventos –desde el del Brasilia al de Gante– la sintonía es la misma: reconocer *razonables poderes-deberes a los jueces, profundizarlos, sólo a cambio de subir al igual registro de control real, el de los abogados y aumentando, de consuno, la responsabilidad de aquéllos*. Está claro, asimismo, que las normas no cambian la sociedad, y que son más persuasivos los ejemplos de la realidad y la fidelidad a las convicciones y a una limpia trayectoria profesional, la del abogado como la del juez.

Augusto M. Morello***

La Reforma procesal no puede ser independiente de las reformas del ordenamiento judicial y de la ley profesional, ya que, como se ha observado, un código de procedimiento debe estar de acuerdo con los cuadros del orden judicial: el mismo “*no puede parecerse al manuscrito de una comedia que nadie sea capaz de recitar*” (Carnelutti)

Luigi De Litala****

1.1 Consideraciones introductorias

El 13 de agosto de 2009 se cumplen siete (7) años de publicarse en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana* de Venezuela N° 37.504, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT).

Muchas y variadas son las reflexiones que desde su entera aplicación en todo el territorio nacional han surgido alrededor de este instrumento

*** *El Proceso Civil Moderno*, 2001.

**** *Derecho Procesal del Trabajo*, Volumen I, 1949.

procesal y de su aplicación, por lo que parece pertinente realizar estos comentarios sobre algunas particularidades referidas en general, permítasenos la petulancia, a cuestiones principistas del Derecho Procesal del Trabajo, con el previo reconocimiento que públicamente hago a quienes desde la Sala de Casación Social, encabezados por sus Magistrados, y luego en la Comisión de Desarrollo Social Integral de la Asamblea Nacional, dirigidos por los diputados integrantes de la misma, realizaron sus mejores esfuerzos por establecer en nuestro país un instrumento legal procesal del trabajo que impulsare, como en efecto lo ha hecho, la justicia laboral tan relegada antes en su eficacia y considerada como poca impulsora del estudio de esta disciplina: A ciencia cierta que con la LOPT, con todo y las diferencias que se puedan tener no sólo en su concepción, sino también en su interpretación y aplicación, aquellas fallas han sido superadas, mejorada en forma muy notable la actividad de la jurisdicción social, superada la tardanza en la composición de los juicios laborales, y de sobremanera, accesible la justicia a todos los justiciables, en particular, a los trabajadores. Hoy nos queda mejorar los criterios jurisdiccionales mediante críticas actuales, que es lo que por de pronto vamos a realizar.

En ese orden de ideas, recordamos que en correspondencia enviada el 30 de agosto de 2001 al entonces diputado Luis Eduardo Franceschi, en su condición de Presidente de la Subcomisión de Asuntos Laborales, Gremiales y Sindicales, manifestamos nuestra discrepancia respecto al contenido del artículo 1° del Proyecto de LOPT, y propusimos lo siguiente:

De acuerdo con la fundamental concepción de Venezuela como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, esta Ley regula todo lo concerniente a que los órganos del orden jurisdiccional del trabajo conozcan, decidan y ejecuten conforme a derecho, los conflictos de naturaleza laboral que le fueren sometidos por los justiciables.

Los fundamentos de esa proposición siguen vigentes. En efecto, de acuerdo con las reglas de la técnica legislativa interna, destinadas, como así lo indica su denominación, no sólo a la técnica de elaboración de la norma, sino también a la configuración y estructura de la ley, lo aconsejable es que el primer dispositivo del instrumento legal contemple, lo más sobrio posible, su ámbito de aplicación material y personal.

En ese sentido se enmarca nuestra proposición, pero a partir, además, de que Venezuela se proclama como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, y dada su amplísima y hasta impredecible riqueza ideológica que este postulado contiene, la delimitación del ámbito de la ley DEBE, indispensablemente, comenzar por un postulado que recoja esa declaración y, sobre todo, el carácter constitucionalmente otorgado al proceso, a todo proceso jurisdiccional, de constituir un instrumento fundamental para la realización de la justicia, *ex* artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), pues como bien se sabe, en todo caso la interpretación de la ley procesal laboral, como cualquiera otra, comienza por la directiva constitucional, y sin duda de ninguna especie, de todas las directivas fundamentales, esta es la de mayor esencia.

De lo que se trata es de que en todas las normas de nuestra Constitución, la utilización de la voz “ley” es en sentido formal, o sea, la ley que única y exclusivamente, salvo las habilitaciones legislativas al Presidente de la República, puede emanar del órgano legislativo correspondiente, pero bien entendido que a diferencia del pasado, hoy día su comprensión no sólo tiene un sentido jurídico, aun cuando éste es el imperante, sino también consustanciado con los diferentes fenómenos políticos, económicos y sociales que acontecen en nuestra sociedad, pues como bien lo refiere Frosini, en alusión a la utilización del término “ley” en el artículo 101 de la Constitución italiana, “(...) La palabra *ley* no se refiere aquí a una ley singular, sino a la Ley en general, con la letra inicial en mayúscula para significar todo el conjunto de las leyes que componen el ordenamiento jurídico, más que para designar el espíritu de la ley que agrupa todas las leyes en su formulación literal (...)”¹.

Tan así, que justamente cuando la Exposición de Motivos de la CRBV se refiere al Poder Judicial y al Sistema de Justicia, comienza por resaltar que esa proclama de Venezuela como “(...) El Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia consagrado por la Constitución, al implicar fundamentalmente división de los poderes del Estado, imperio de la Constitución y las leyes como expresión de la soberanía popular,

¹ Frosini, Vittorio. *La Letra y el Espíritu de la Ley*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1995. Título original: *La Lettera e lo Spirito della Legge*. Traducido del italiano al español por Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alfonso, p. 30.

sujeción de todos los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (...)”, explica que ello es por igual, “(...) garantía procesal efectiva de los derechos humanos y de las libertades públicas (...)”, a cuyos fines “(...) requiere la existencia de unos órganos que institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan la potestad constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la Constitución y las leyes, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (...)”.

Aquí también cuentan los *valores y los principios* explícitos e implícitos de la Carta Política, y que coherentemente la Sala Constitucional ha sabido ponderar.

Dicho de otra manera y para todo lo que resta por decir: Nos hemos servido del contenido, propósito y alcance del artículo 257 de la CRBV, pues esta Norma contiene la esencialidad del mensaje constitucional en todo cuanto se refiera al proceso, de cualquier índole, a su caracterización legal y a la caracterización del procedimiento, escindiendo así que una cosa es el proceso y otra el procedimiento, y sin explicaciones que en lo de fondo y en atención a la técnica de elaboración constitucional no tenía que dar.

Sin pretensión de ser la única capaz de explicar toda esta fenomenología, de todas maneras se parte de una reflexión muy sencilla y suficientemente conocida: El hombre es un ser conviviente en una sociedad organizada. Esa convivencia explica sus habituales relaciones obligatorias con los otros y que el Derecho estima dignas de receptar y regular. De esas relaciones nacen diversas obligaciones que normalmente son cumplidas de forma voluntaria. Excepcionalmente el deudor incumple y cuando ello acontece surge el conflicto que resiente el derecho subjetivo del acreedor, pero que también arremete contra el derecho objetivo. La sociedad está interesada en que ambos derechos resquebrajados se restituyan, se compongan, por un acto emanado de un tercero, respecto a los conflictuados, que en sí es el Estado mismo a través del juez, previo el exacto cumplimiento del proceso, y entendido que esa composición del conflicto, jurídicamente hablando, no puede ser de cualquier forma, sino con arreglo al derecho y para hacer efectiva la justicia.

Nótese una vez más, cuán importante es que el artículo 257 comience no por definir qué cosa es el proceso, pues esa no es su tarea, sino el para qué y el cómo de su función, asignándole, como queda expresado, la muy grave y severa de ser “(...) un instrumento fundamental para la realización de la justicia (...)”, de manera que éste hacer efectiva la justicia, conjuntado con las precedentes manifestaciones de la Exposición de Motivos de la CRBV, con relación a que el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia implica “(...) garantía procesal efectiva de los derechos humanos y de las libertades públicas (...)”, a cuyos fines “(...) requiere la existencia de unos órganos que institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan la potestad constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular (...)”, “...y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (...)”, lo que viene es a establecer la plataforma ideológica según la cual el proceso –cualquier proceso– y los tribunales –todos los tribunales– están dispuestos para:

- a) Realizar la justicia,
- b) Ser garantía efectiva de los derechos humanos,
- c) Actuar para ello con independencia e imparcialidad,
- d) Investidos de una potestad constitucional por virtud de la cual aplican y ejecutan las normas,
- e) y así ofrecer a todos los justiciables la tutela judicial efectiva cuando éstos ejerzan sus derechos e intereses legítimos.

Por otro lado, cuando en la proposición nuestra sobre el artículo 1º nos referíamos a “(...) los conflictos de naturaleza laboral que le fueren sometidos por los justiciables (...)”, se comprenden los conflictos intersubjetivos de intereses y los conflictos sociales, sin preocuparnos aquí de mayores precisiones ni enfoques doctrinarios, a partir de la íntima – y según creo– insoluble vinculación entre el conflicto y el proceso, entendiendo con la doctrina de hoy, Gimeno Sendra por caso, respecto a los primeros como aquellos que surgen por la vulneración de algún derecho subjetivo, perteneciente al ámbito del Derecho Privado y de naturaleza disponible, en cambio que los conflictos sociales se caracterizan por la transgresión de algún bien o interés que la sociedad ha estimado

digno de protección y se rigen por normas de Derecho Público, por lo que suelen ostentar naturaleza indisponible².

Aún en la estructura del actual artículo 1° de la LOPT, y sin entrar en el asunto de la modernidad, los *conflictos intersubjetivos de intereses* se refieren, por ejemplo, al tradicional reclamo por el pago de una determinada prestación laboral que el trabajador considera le adeuda el empleador y que se tramita por el proceso laboral común, en tanto que los *conflictos sociales* se encuadran, por ejemplo, en el caso de la pretensión procesal de la patronal respecto a que el juez lo autorice para despedir al trabajador amparado por el fuero sindical, una vez cumplido el proceso especial de desafuero, mas con objeto de corregir algunas críticas a la anterior clasificación del conflicto, se entiende que el conocimiento del orden jurisdiccional del trabajo se pone en movimiento cuando alguno de los sujetos individual o colectivo del trabajo, hace uso de su derecho de petición, o sea, que el justiciable laboral someta el conflicto al conocimiento de aquel orden.

Esa plataforma, y siguiendo el ejemplo del artículo 14 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica³, sirve para introducir rectamente en la ley procesal la vinculación entre el derecho material y el derecho procesal, aun cuando no se ignora, ni habría forma de hacerlo, de que esta concepción del Derecho Procesal como instrumento del derecho material no es unánimemente aceptada, como por caso el insigne Guasp⁴, aun cuando no vamos a entrar en esta oportunidad en esa discusión.

Ahora, todo lo anterior está consustanciado con el pensamiento de que este artículo 257 de la CRBV dice relación con la idea de la unidad fundamental del proceso, en los términos del precitado Guasp, que no resulta destruida por la pluralidad de tipos procesales que de hecho y de derecho existen, como el laboral, por ejemplo, y que está por igual íntimamente vinculada con la formulación unitaria de la jurisdicción que,

² Gimeno Sendra, Vicente: *Introducción al Derecho Procesal*, en colaboración con Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez, Madrid, Editorial COLEX, 2000, 3ª edición, p. 17.

³ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1994, 3ª edición, p. 93.

⁴ Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1998, 4ª edición, revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonese, T. I, p. 47.

por supuesto, también contempla la Carta Magna, lo que dicho de otra manera explica que nuestra Constitución prevé un contenido totalitario de la jurisdicción en la composición de los posibles conflictos, bajo una categorización que pudiera formularse así:

- a) Toda composición de los conflictos dentro de la jurisdicción, ninguna fuera de ella, a salvo, desde luego, la autocomposición y aun el medio de heterocomposición acordado por los sujetos, como por caso el arbitraje.
- b) El carácter unitario de la jurisdicción se desarrolla bajo las líneas esenciales de uniformidad, simplificación y eficacia de los trámites procesales.
- c) Al mismo tiempo, obliga al legislador ordinario a homogeneizar en toda ley procesal, los principios del procedimiento: Oral, breve y público.

Y obvio, que la concentración y la inmediación, siguiendo a Montero Aroca, no son más que consecuencias ineludibles del precitado principio de oralidad, por lo que éste configura *in rerum natura*: (i) la forma *predominantemente oral* de los actos procesales; (ii) la concentración; (iii) y la inmediación de los mismos⁵.

Y en fin, que esa unidad jurisdiccional implica el común de que no se sacrificará la justicia por la consideración de la forma por la forma misma.

1.2 Sobre la oportunidad de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Pues bien, toda esa construcción Constitucional dice relación con la *unidad fundamental del proceso*, en los términos dichos y *sin atentar* contra la especialización, en nuestro caso, del orden jurisdiccional del trabajo, y para ello, la lógica del ideario de la CRBV es aplastante: Que el proceso se conciba como el instrumento fundamental para la realización de la justicia, no es una aspiración que se agota en un determinado ámbito de conflictos, como los laborales, por caso, sino que más allá, y en atención a una cara aspiración de la sociedad y aun del propio Esta-

⁵ Montero Aroca, Juan: *Introducción al Proceso Laboral*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons 2000, 5ª edición, pp. 73, 74 y 75.

do, se sigue que el proceso, cualquier proceso, se concibe como instrumento fundamental para la realización de la justicia, de cualquier justicia, dado que ésta debe imperar en cualquier ámbito.

Una teoría respecto a que la sanción de la LOPT debió ser posterior a la reforma de la LOT, lleva a la conclusión de que sin dudar de la autonomía del derecho procesal, al estudiar lo atinente a la jurisdicción, el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, entre otras, tampoco hay reparo científico respecto a que esa autonomía no significa conducir el proceso laboral, hacia la ineficacia en su función social: En lo de forma y de fondo, la actividad jurisdiccional imbrica principios y valores de ambos mundos, y no sólo por razones de hermenéutica, sino que, se insiste, la complejidad del fenómeno a componer así lo demanda. Lo material y lo procesal, como lo apunta Morello, no son refugios blindados “(...) Partidos por una fosa sin puentes lo que frustra su fluida comunicación y terminan por ser artificiales obstáculos que deforman la esencia de una situación *única y compleja*, con la consecuencia de dificultar el recorrido natural de las explicaciones concernientes a la esencia y vicisitudes de cada figura, por caso, la del contrato (...)” (cursivas del autor)⁶.

Con otro giro: No por esa autonomía el derecho procesal deja atrás su naturaleza instrumental respecto de aquel derecho sustantivo, pues por aquello de la interdicción de la auto justicia y su tesis contraria, la jurisdicción como poder-deber del Estado, así como por la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, el proceso laboral está destinado irrevocablemente a componer en concreto, los eventuales conflictos intersubjetivos de intereses entre los sujetos del trabajo, como por igual los conflictos sociales, conforme a Derecho y en particular, de acuerdo con la Teoría General del Derecho del Trabajo.

Así, cuando la Carta Política precisa en el segundo acápite de su artículo 253, que corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, así como ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, desde luego que está excluyendo cualquiera actividad diferente a la de

⁶ Morello, Augusto M.: *El Proceso Civil Moderno*, Buenos Aires, Librería Editora Platense 2001, p. 85.

componer las alegaciones conflictuadas conforme a derecho (o sea, mediante los procedimientos que determinen las leyes), y para ello, se insiste, el del *officium iudicis* ha de aplicar fundadamente la norma sustantiva, pues como lo ha expresado Rojas Rivero, la instrumentación procesal sigue, como su sombra, al derecho sustantivo o material⁷.

Luego, para el cabal cumplimiento de los predicados laborales insertos en la Carta Magna, es presupuesto indispensable la concurrencia concordante de la norma sustantiva y la procesal: La primera, con sus dispositivos necesarios relativos a la forma cómo se rigen las interdependientes y/o recíprocas obligaciones constituidas por el contrato de trabajo, y el conjunto de poderes y deberes *inter partes* que configuran a su vez la relación jurídica u obligatoria que técnicamente suele denominarse *relación de trabajo y/o relación laboral*, así como el régimen material de los conflictos sociales, en tanto que la segunda –la norma procesal–, aporta las reglas que habrán de regir el complejo de actos procesales que sucesivamente han de cumplir los sujetos del proceso, o sea, que entre aquel derecho material y este derecho procesal, debe darse una íntima e indisoluble atadura ideológica y epistemológica: El Derecho del Trabajo, *grosso modo*, regulando la prestación del trabajo subordinado y en régimen de ajenidad, y el derecho procesal laboral implementando las técnicas reguladoras del proceso y de los procedimientos en el ámbito de la jurisdicción social, y por descontado que esa instrumentalidad y para su mayor eficacia, supone una armonía normativa en cuanto a su contenido y fines, para lo cual y hasta por razones de técnica legislativa, lo conveniente es que la norma material preceda a la norma procesal.

Es útil retener que la Disposición Transitoria 4.3 de la CRBV, también ordena al Legislador constituido enmendar la LOT con objeto de establecer un “nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales”, y regular la jornada de trabajo en función de su progresiva disminución, pero en cuenta que esas *no* serán las únicas reformas de la Ley Laboral, pues del contexto de los postulados que sobre esta materia se insertaron en la Carta Política, se infieren explícitamente la enmienda de otras tantas, que si bien es imposible de prever en su extensión y contenido, sí presagian su reflejo en el proceso laboral.

⁷ Rojas Rivero, Gloria Pilar: *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*, Madrid. Civitas, 1994, p. 25.

Así por caso, el postulado de la primacía de la realidad que impone *in fine* el numeral 1 del artículo 89 de la Carta Magna, pues este predicado tiende a declarar que en la ejecución de las recíprocas prestaciones dadas por virtud de la relación de trabajo y/o laboral, constituida a su vez cuando se perfecciona el contrato, lo que habrá de prevalecer –en caso de ser controvertida la naturaleza de este último y por ende la de su efecto relacional– no son las abstracciones conceptuales, sino esas conductas concluyentes llevadas a cabo por los sujetos del contrato, y así determinar, que sí la prestación del servicio se ha dado en régimen de ajenidad, y por ello el beneficiario del servicio ha de pagar la retribución al prestador, entonces poco importa que los sujetos y por la razón y con la intención que fuere, hayan recurrido en fraude de ley a una figura distinta a la laboral. La esencialidad del asunto explica que si de la concatenación de aquellos indicios fácticos lo que se colige es la ejecución de un contrato de trabajo, pues será laboral la relación obligatoria y no de la naturaleza del contrato aparente que inicialmente fue concebido por los sujetos del mismo.

Pero por igual la situación contraria, pues como lo ha reiterado la Sala de Casación Social,

(...) indubitadamente lo que genera mayor convicción en esta Sala con relación a la real naturaleza jurídica de la relación prestacional en análisis, *radica en la intencionalidad de las partes al suscribir el contrato antes identificado*. Ciertamente, no puede desvirtuarse la presunción de laboralidad con lo que las partes hubieren pactado en el contrato, pues, si las estipulaciones consignadas en el acuerdo de voluntades no corresponden a la realidad de la prestación del servicio, carecerán de valor. *Empero, cuando tal manifestación de voluntad inserta en el contrato efectivamente se exterioriza en el acaecer de la realización de los servicios, pretender enervar la eficacia del contrato aduciendo fraude o simulación en su celebración, dista con el principio de buena fe que debe orientar la ejecución de los mismos (Artículo 1.160 del Código Civil)*. En el asunto en debate, el actor dio por terminada la relación de trabajo que lo vinculaba con la demandada por intermedio de renuncia, para, posteriormente, celebrar un contrato de servicios profesionales, en el cual, sus estipulaciones, se iban afianzando en el tránsito de su ejecución. Siendo el demandante contratado en razón de su experti-

cia y conocimiento profesional, y habiendo suscrito el mismo (el contrato) sin ningún tipo de coacción tal como lo afirmó su representante judicial por ante esta Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ello, al escenificarse la audiencia pública y contradictoria con ocasión del actual recurso de casación; debió el Juzgador de Alzada atender a la intención de la partes al relacionarse, por tener ésta (la voluntad evidenciada) plena ilación con la ejecución de lo pactado. De esa forma, al no integrarse el demandante en el marco del proceso productivo ordenado por la demandada, la ajenidad quedó diluida, desvirtuándose la presunción establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo (...)⁸.

Pues bien, la sola concepción de este predicado de la primacía de la realidad, induce hasta qué punto puede llegar esa futura reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, hasta qué punto puede implicar posibles escenarios –inéditos, a lo mejor, en nuestro sistema positivo– dentro de los cuales habrá de cumplirse la actividad jurisdiccional y, por consecuencia, su necesaria y conveniente armonía con las reglas que para esos mismos fines pueda consagrar la de la Ley Procesal Laboral. Incluso, es puntual que a diferencia de la instrumentalidad genérica del Código de Procedimiento Civil respecto a cualquier relación material, la instrumentalidad de la LOPT respecto a la relación de trabajo es, por el contrario, de naturaleza específica: Así lo propugnan particularmente los artículos 29 y 30 de esta última cuando proclaman las competencias *ratione materiae* y por el territorio de los Tribunales del Trabajo.

Y es que, siguiendo aquí a Alonso Olea, Miñambres y Alonso García, “(...) En líneas generales, el Derecho procesal y el Derecho sustantivo del trabajo y de la seguridad social son coextensos, lo que quiere decir que la Jurisdicción social en general conoce de las pretensiones cuyo fundamento jurídico material, “cuya causa de pedir”, se halla en hechos de Derecho del *trabajo* o de Derecho de la *seguridad social* (...)”, y que según estos autores, es lo que la doctrina de consuno llaman rama social del Derecho⁹.

⁸ Sentencia de la Sala de Casación Social dictada con el N° 1031 del 3 de septiembre de 2004, en el juicio seguido por Luigi Di Giammatteo, contra la sociedad mercantil Cerámica Carabobo C.A.,

⁹ Alonso Olea, Manuel, Miñambres, César y Alonso García, Rosa María: *Derecho Procesal del Trabajo*, Madrid. Thomson-Civitas, 2004, 13ª edición revisada, p. 37.

A todo cuanto se ha dicho se agrega lo relativo a, primero, el presunto interés de incorporar a Venezuela en integraciones regionales, como MERCOSUR; y segundo, el indispensable trato de lo que hoy día constituyen las dos grandes calamidades del mundo laboral: El desempleo y la precariedad, y más aún, la mecánica de la deslaboralización. No es este el lugar para desarrollar semejantes fenómenos, pero cierto que han de influir en la reforma de la Ley Sustantiva en materias tan sensibles como por ejemplo, la caracterización del contrato de trabajo y el tiempo de trabajo, y capaz que esas y otras influencias, también metajurídicas¹⁰, pudieran exigir modalidades especiales diferentes al proceso laboral común previsto en la LOPT.

Luego, con fundamento a lo expuesto, de cara a esas expectativas reformativas, y en cuenta que a partir de ellas es que las partes aportarán sus alegatos y luego el del oficio judicial profiere su sentencia, es evidente que el precitado conjunto de normas dice relación con el propósito que también debió animar la LOPT, y si es así, entonces también parecía útil y oportuno haber esperado la puesta en vigor de aquellas normas sustantivas y luego sancionar la adjetiva, con objeto de evitar un inmediato e innecesario surgimiento de problemas de interpretación y aplicación del Derecho, cuando no de obsolescencia prematura: Primero lo material y luego lo procesal, hubiese sido más coherente.

2. La modernidad y el rostro humano del proceso

El derecho, como el sol, declina aquí, pero retorna más allá, y por ello los juristas, si queremos cumplir con nuestro cometido social, no debemos entristecernos por la justicia que tramonta, sino que debemos procurar que se transforme la legalidad de un instrumento conservador en un medio útil y pacífico de renovación social, capaz de

¹⁰ Morello, quien siguiendo a Cappelletti (Mauro) y de alguna manera a Klein, es de los que cree que el procedimiento debe estar estrechamente vinculado a la política y a la sociedad, lo que implicaba reconocer que el proceso debía estar involucrado en el cambio social que se operaba a comienzos del año 1970. Este mismo autor ha expresado en nuestros tiempos, que "(...) La globalización está cambiando la composición de los Estados y del Derecho (...)" (Morello, Augusto M. *El Proceso Civil Moderno*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2001, pp. 2 y 3).

guiar al mundo, sin nuevas catástrofes, hacia la claridad de la justicia que resurge.

Piero Calamandrei*

El proceso judicial de cualquier clase exige formas y ritualidades que lejos de ser inconvenientes representan una garantía importante para el debido ejercicio del derecho constitucional de defensa. Pero es indispensable humanizar al máximo sus procedimientos y sus trámites, puesto que se trata de actuaciones de personas para juzgar a otras personas cuyos problemas son, por consiguiente, profundamente humanos. De ahí que deshumanizar el proceso es desnaturalizarlo y restarle eficacia para cumplir la función social de interés público, de obtener y tutelar la paz y la armonía sociales y los derechos fundamentales del ser humano.

Hernando Devis Echandía**

La Exposición de Motivos consignada con el Informe para la segunda discusión de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo¹¹, afirmaba lo siguiente:

(...) El desarrollo del Derecho Procesal del Trabajo en Venezuela, demuestra que en la actualidad no puede hablarse en puridad de una justicia laboral autónoma y especializada, que garantice la protección del trabajador en los términos y condiciones establecidos en la Constitución y en la legislación laboral. Por el contrario, nuestro proceso laboral está caracterizado por ser un proceso excesivamente escrito, lento, pesado, formalista, mediato, oneroso y no obsequioso para nada a la justicia. En efecto, la justicia del trabajo en Venezuela se ha deshumanizado por completo, convirtiendo a la administración de justicia laboral en una enorme y pesada estructura burocrática que en vez de contribuir a mantener la armonía social y el

* *Proceso y Democracia*, 1960.

** *Teoría General del Proceso*, 1997.

¹¹ Según parece, esta Exposición de Motivos no fue ni considerada ni modificada en la segunda discusión de la Asamblea Nacional. Lo que sí es indudable es que no fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.504, del martes 13 de agosto de 2002.

bien común, se ha convertido en un instrumento de conflictividad social. Por esa razón es importante la humanización del proceso laboral a través de una Ley Orgánica de Procedimiento del Trabajo que utilice el proceso como instrumento fundamental para lograr la justicia y la equidad (...).

Por su parte, se repite una vez más, el artículo 257 de la CRBV es claro y preciso en cuanto: (i) conferir al proceso la condición de ser el instrumento fundamental para la realización de la justicia; (ii) imponer al Legislador ordinario y como técnica legislativa, la ineludible obligación de establecer, o sea, instituir u ordenar –en toda ley procesal– la *simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites*; (iii) ordenar por igual al mismo Legislador constituido la adopción, la aprobación, el patrocinio –en toda ley procesal– de un *procedimiento breve, oral y público*; (iv) y en indicarle, ya no sólo a ese legislador procesal, sino también a todo operador jurídico el no sacrificar la justicia por la omisión de formalidades NO esenciales: Esto es, a título de resumen, lo que la Carta Magna dispone como de la esencialidad del proceso, o sea, la humanización y la modernidad del proceso.

Pero como suele suceder, si bien hoy es universal que ambos valores son consustanciales al proceso, no es menos cierto que los dos adquieren diferentes matices al momento de su instrumentación y según lo que tenga como ideario, y aun admitiendo que esta acotación implica una carga ideológica capaz de mermar el sosiego de su contemplación, su deslastre parece muy difícil.

Así entonces conviene señalar que partir del movimiento científico conocido como la escuela sistemática, y con todas las precisiones que puedan caber al respecto, que aquí no reparo por razones de espacio, se puede decir, no obstante, que en el siglo pasado se consolidó con el inmortal Chiovenda al frente, “(...) un nuevo procedimiento de cognición, inspirado en la oralidad, palabra programática con que se quiso expresar, no sólo el predominio de la sustanciación oral sobre la escrita, sino principalmente la concentración de todas las actividades del proceso en la audiencia y la inmediación de las relaciones entre las partes y el juez, no ya pasivo espectador del debate, sino activo participante en el proceso y provisto de los poderes necesarios para dirigirlo (...)”, y en donde, además, “(...) Todo el proceso debe hacerse más humano, en el sentido de que aparezca a los ojos del pueblo, no ya como una especie de ceremonia cabalística en la que sólo los iniciados pueden hacerse

entender, sino como accesible refugio puesto por el Estado a disposición de todos aquellos que crean en la justicia y que, para hacerse escuchar, no tengan otros títulos que el buen sentido y la buena fe (...)", tal como lo reseña la Relación Grandi¹².

Dejando atrás un inmenso tejido doctrinario, repito que es un ideario generalizado sobre todo a partir del Congreso de Gante (Bélgica, 1977)¹³, y con aceptación cada vez más creciente de las leyes procesales, las ideas de modernizar y humanizar el proceso, incluyendo el laboral, y que en nuestro medio integran la esencialidad de los valores superiores, los fines esenciales y los predicados fundamentales de la CRBV, y en cuenta las actuales tendencias de la disciplina procesal.

Pues bien, analizando integralmente la LOPT, me parece que la modernidad a ella atribuida resulta relativa, pues el alcance de la reforma se limita: (i) a modificar el proceso laboral ordinario, en ocasiones proponiendo principios del procedimiento como por caso el de la oralidad, y por ende, la concentración y la inmediación; y en otras, insertando creencias "algunas controversiales" respecto a la configuración o a la articulación de algunos actos procesales, algunos de los cuales no se compadece con el ideario universal de la tutela judicial efectiva que se internaliza en las garantías jurisdiccionales consagradas en la CRBV, básicamente "aunque no únicamente" en sus artículos 26, 49, 253, 254, 257, 259, 333 y 336, numeral 10; (ii) y a crear el control de la legalidad de las sentencias dictadas por la instancia, previsto en los artículos 178 y 179 de la LOPT.

Esto es, si por modernidad se entiende lo que se habla o es acorde con una época o acontecimiento reciente, ello quiere decir que estamos frente a una amplísima fenomenología que para el Derecho Procesal, y en

¹² Redenti, Enrico. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. EJE. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 1957. Tomo III, pp. 178 y 194. Alcalá-Zamora y Castillo ha dicho en relación con la autoría de esta Exposición de Motivos del Código Procesal italiano, "(...) que aunque oficialmente figure como del citado Ministro de Justicia (se refiere a Dino Grandi), es casi seguro que proceda de la pluma de Calamandrei (...)". Este aserto aparece en las indicaciones que Alcalá-Zamora consigna al CPC italiano de 1940, publicado en la obra "Sistema de Derecho Procesal Civil", de Francisco Carnelutti (Buenos Aires. UTEHA. 1944. Traducido por Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Tomo I, p. 398).

¹³ Se recuerda el lema de este Congreso de Gante: *Towards a Justice with a Human Face* (Hacia una justicia de rostro más humano).

particular para el laboral, implica la adopción de sus grandes líneas tendenciales de nuestros tiempos, según Berizonce, recreando “(...) los grandes temas del proceso, insertándolos en nuevas y ampliadas dimensiones –constitucional, social, transnacional– para formular propuestas siempre comprometidas, para la *transformación evolutiva de las instituciones jurisdiccionales* y su *adecuación a las nuevas circunstancias de la sociedad* (...)”, con lo cual se impone que

(...) todo el Sistema de Justicia, ha de ser contemplado necesariamente bajo el perfil de su *efectividad*, de su *accesibilidad*, de su *adecuación* a las instancias de una sociedad renovada y sustentada en *valores* proyectados hacia la construcción de un *orden social más justo*. Así, pasan a un primer plano, para convertirse en *objeto* de análisis y propuestas, temas antes *largamente descuidados* por la dogmática tradicional, como la *eficiencia* de la “máquina de justicia”, la *duración y costo del proceso*, la *accesibilidad* de la justicia a todos, la *correspondencia del derecho procesal a valores de libertad individual y de justicia social*, a las exigencias y tendencias evolutivas que se expresan en las nuevas “ideologías” sociales, constitucionales, supranacionales y comunitarias del mundo contemporáneo (...) ¹⁴.

De donde se sigue que modernizar la legislación procesal laboral no sólo es reformular el esquema del proceso ordinario ¹⁵: Más allá, es formular

¹⁴ Berizonce, Roberto: Derecho Procesal Civil Actual, Buenos Aires, Librería Editora Platense y Abeledo-Perrot, 1999, pp. 8 y 9.

¹⁵ Lo que sí propone la Ley Orgánica Procesal del Trabajo es la competencia de los Tribunales del Trabajo, para conocer *ratione materiae* de unas “demandas laborales” de trabajadores no dependientes, pero sin mencionar el procedimiento aplicable. Por de pronto, esta invocación la entendemos en los términos de la sentencia dictada por la Sala de Casación Social en el caso de Mireya Ortiz de Silva vs FENAPRODO, que sólo reproduzco lo que sigue: “(...) En esta secuencia de ideas, se puede afirmar, que a menos que exista un régimen especial legal para la prestación de un servicio determinado, la calificación de una relación jurídica como supeditada al ámbito de aplicación subjetiva del Derecho del Trabajo dependerá invariablemente, de la verificación en ella de sus elementos característicos (...)”, y luego de examinar el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, dijo: “(...) Ante tal postulado, necesariamente debe explicarse el alcance de los elementos comentados, pues, en definitiva de la recta configuración de éstos, dependerá la demarcación del ámbito de aplicación personal de nuestro Derecho del Trabajo (...) Actualmente el Derecho del Trabajo pasa por una profunda revisión, con mayor acentuación en unos ordenamientos jurídicos que en otros, pero retornando sin desatino alguno al planteamiento de situaciones resueltas tiempo atrás, como lo relativo a su campo de eficacia,

modalidades procesales tendentes a regular las diversas situaciones individuales y colectivas que acontecen a diario en el mundo laboral, muchas de las cuales, para mayor densidad del planteamiento, son atentas a la esencialidad de derechos fundamentales como la libertad sindical¹⁶.

el objeto tuitivo de éste, los atributos de la relación de trabajo y la distinción entre una prestación laboral y una de naturaleza distinta [...] 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 [...] 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 [...] No por ello ignora la Sala el mandato contenido en el artículo 87 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece que “(...) La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes [...] Sin embargo, tal como lo venía sosteniendo la extinta Corte Suprema de Justicia, interpretando al citado artículo 40 de la Ley Orgánica del Trabajo; sólo en tres casos específicos puede entenderse actualmente que la legislación laboral amplió su campo de aplicación a este rubro de trabajadores, ellos: a) ejercicio del derecho a sindicalización; b) celebración de acuerdos similares a las convenciones de trabajo; y c) integración al sistema de seguridad social y demás normas de protección de los trabajadores, en cuanto fuere posible...” (Sentencia del 13 de agosto del 2002. N° 489. Expediente N° 02-069) (Las negrillas, son nuestras).

¹⁶ Me refiero por de pronto, pues no son los únicos, a los casos del desafuero sindical y el de reincorporación, en el caso de los trabajadores directivos sindicales o promotores de sindicato amparados por la protección especial que consagra el artículo 95 de la CRBV, comúnmente conocida como fuero sindical, y excluidos del ámbito jurisdiccional ambos procesos por la LOPT.

Se trata de puntuales casos cuyo trato procesal NO se compagina con la tramitación por medio del laboral ordinario que se contrae al conflicto intersubjetivo de intereses entre trabajador y empleador, esto es, lo que invoco como defecto de modernidad en la LOPT es que ésta NO propone NINGUNA modalidad dispuesta a la composición del conflicto social también y al igual que aquel conflicto intersubjetivo, como presupuesto material de la jurisdicción, caracterizado ese conflicto social por la transgresión de algún bien o interés que la sociedad ha estimado digno de protección y se rigen por normas de derecho público, por lo que suelen ostentar naturaleza indisponible (*Vide*: Vicente Gimeno Sendra. *El Fundamento de la Jurisdicción*, en la obra *Introducción al Derecho Procesal*. AA.VV. Madrid. Editorial COLEX. 2000, p. 17).

Conforme a esa cosmovisión del proceso laboral actual señalo —a título de ejemplo— que la LOPT no formuló ningún procedimiento especial pertinente a la composición del conflicto social, por caso: (i) a la impugnación de cláusulas de convenciones colectivas de trabajo, como sí lo hace la Ley del Estatuto de la Función Pública en referencia a la contratación colectiva del funcionariado profesional (*Vide*: numeral 2° de su artículo 144); (ii) respecto a la pretensión del reparo de conductas antisindicales; (iii) a la solicitud ante la Jurisdicción Social de la

3. ¿Y cómo es el rostro humano del proceso, según la CRBV?

La tutela a los derechos constitucionales, en el proceso, debe consistir primordial y, en principio, completamente, en la facilitación de los medios para obtener una decisión que se ajuste a lo alegado y probado en autos, y que en su transcurso se respeten los derechos correspondientes a cada una de las partes. Es decir, proveer del acceso sin requisitos de inadmisibilidad desnaturalizantes del derecho de acción; excitar la conciliación de los contendientes; *asegurar el control a las partes de los medios de prueba*; evitar las dilaciones injustificadas, y otros por igual. *El proceso debe permitir el acceso y fijar una ruta segura,*

convocatoria de elecciones por omisión de la Junta Directiva del sindicato; (iv) o a la impugnación de las ya realizadas; (v) o a la acción del trabajador que ha sido inadmitido por la Directiva del sindicato, y cuando ésta se niega a cumplir con el mandato de la Inspectoría del Trabajo a favor del trabajador, y en fin, a otras tantas situaciones que deben ser conocidas, sustanciadas y decididas por los Tribunales del Trabajo, y con relación a las cuales –lamentablemente– no existe un proceso específico distinto, repito, al contencioso laboral ordinario. Sin embargo, contrariando anteriores decisiones, la Sala Constitucional dictó sentencia N° 1.889, con fecha 17 de octubre de 2007, mediante la cual y en consideración a lo dispuesto por los artículos 453 al 457 de la LOT, estableció que “(...) Las normas transcritas, establecen la competencia y el procedimiento para que las inspectorías del trabajo califiquen los despidos de los trabajadores investidos de fuero y al respecto se observa, que tal como se estableció en la decisión N° 962, dictada el 9 de mayo de 2006, en el caso Cervecerías Polar Los Cortijos C.A., y otros, la idea aristotélica de separación entre la función administrativa y jurisdiccional del Estado, fue desarrollada en la edad moderna a partir de 1790, cuando la ley proclamó la separación de ambas actuaciones en el sentido de que los tribunales no podían intervenir en los idearios revolucionarios de legalidad, libertad y garantía jurídica. Empero, la posterior identificación de que la consecución de la legalidad perseguida implicaba la concepción de un mecanismo de control, conllevó a la difuminación de estas inmunidades, enraizando como elemento natural del principio de separación de poderes, al control plenario de la actuación del Poder Público (...), de suerte que para la Sala “(...) la formulación aristotélica del principio de división de poderes, haya evolucionado desde una concepción de funciones categorizadas en compartimientos estancos e impenetrables, hacia una visión axiológica basada en que cada poder público ejerce de manera preponderante pero no excluyente ni exclusiva la función que le es propia por atribución constitucional, lo cual incluso se extiende a la cooperación con los otros poderes públicos en los puntos de contacto (...)”, todo para justificar, en contra de criterios antes expuestos por la misma Sala Constitucional, que “(...) Es evidente, entonces, que la *iurisdictio* o potestad de “decir” el derecho a los fines de resolver una disputa donde se ventila una situación jurídica, no puede ser actualmente concebida como aquella parte del *ius imperium* conferida de forma exclusiva y excluyente a los juzgados, pues, se reitera ninguna función esencial del Estado es desarrollada de forma impermeable por una de las ramas del Poder Público (...)”.

que dé a los litigantes las condiciones para discernir sin presiones desmedidas lo que más les convenga, y que no sea sólo la apremiante necesidad de recursos la que los lleve a componer la litis en posición de clara desventaja.

Sala Constitucional, Sentencia N° 442 del 23-05-00

Ahora bien, esta presunción no es *iuris et de iure*, no sólo porque el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo no le da ese trato, sino porque si la confesión expresa puede ser revocada, *con mucha mayor razón lo podrá ser la proveniente de ficciones de la ley*, ya que de no ser así, no sólo se violaría la estructura de la prueba de confesión, sino se transgrediría el derecho de defensa del patrono, o de cualquiera que se vea afectado por el incumplimiento de formalidades, que impedirían la búsqueda de la verdad. *De aceptarse esto, no se estaría ante un Estado de Derecho y de Justicia como el que preconiza el artículo 2 de la vigente Constitución, sino ante un Estado de ficciones legales, que devendría en la negación de la Justicia, ya que la ficción obraría contra la realidad.*

Sala Constitucional, Sentencia N° 370 del 27-03-01

Todo cuanto hasta ahora se ha dicho explica que, con todo y las observaciones técnico-procesales que se le puedan hacer a la LOPT, somos adherentes a la actualización, el avance y el desarrollo que para el juicio laboral ordinario ha significado la Ley Procesal Laboral, destacando, *grosso modo*, entre sus valores más reconocibles: (i) La recepción de un proceso cuya estructura básica en la primera instancia descansa en dos audiencias (proceso por audiencias), donde los sujetos del proceso ven, oyen, escudriñan, analizan y concretan sus conclusiones, en lo que a cada cual le corresponda, y que así se proyecta a la instancia superior y hasta la Casación; (ii) la adopción de la oralidad como modalidad predominante, pero conservando prudentemente la escritura para ciertos actos procesales (sistema mixto, desde luego, pues no hay oralidad ni escritura pura); y (iii) por consecuencia de lo anterior, la concentración e inmediación, que redundan en beneficio de una justicia laboral más rápida.

El tiempo nos ha permitido y lo seguirá permitiendo, a los jueces, funcionarios judiciales y abogados, formarnos una nueva y necesaria cultura al respecto, y necesitaremos de un legislador atento a las observaciones que fueren pertinentes, para que además de la justicia rápida, también sea fundada y que inspire seguridad jurídica.

Pero también explica que nadie se puede consternar por las observaciones y críticas que se le puedan hacer a esta Ley¹⁷, y que todo ello se discuta, además, con la pasión que siempre ha caracterizado la controversia en la disciplina laboral, desde los aspectos eminentemente concernientes al rito y al orden, hasta el ideario subyacente a la Ley en comento.

Y si en verdad ello ha sido siempre así, el asunto es ahora de mayor intensidad si tan sólo se retiene que el proceso, incluyendo el laboral, ha sido sacudido por lo que Heyde caracteriza hasta con cierta inflexión mordaz, como “(...) *la creciente alegría pleiteadora* (...)”¹⁸, propugnada por varios factores tales como el mayor acceso de la población a la jurisdicción, con lo cual no sólo es que, en el sentir de Montero Aroca, el proceso se ha transformado en un *fenómeno de masas*, lo que en sí es justo y alentador, sino que “y aquí lo delicado del asunto” “(...) ha supuesto el desbordamiento de las posibilidades de actuación eficaz de los tribunales civiles en casi todos los países (...)”, al punto que la socorrida respuesta de aumentar el número de jueces, “(...) ha sido de tal importancia que ya empiezan a oírse voces relativas a la *imposibilidad* de seguir por ese camino atendiendo razones económicas (...)”, y por consecuencia, lo que está llamando más la atención son otras medidas que sin ser absolutamente novedosas, son otra vez estudiadas para esos fines: Así, estimular la creación o el fortalecimiento de la llamada justicia de paz (con jueces profesionales o no); elevar las cuantías de las causas para su admisibilidad por los órganos jurisdiccionales (al menos para algunos); tendencia al tri-

¹⁷ En mi caso, la mayoría de estas observaciones las he formulado desde la discusión del Proyecto en la Comisión de Desarrollo Social Integral de la Asamblea Nacional: Lo hice en tres (3) escritos, tres (3) charlas organizadas por la propia Comisión y en varias exposiciones verbales en el seno de ésta.

¹⁸ Heyde, Wolfgang: *La Jurisdicción*, en Manual de Derecho Constitucional, AA.VV., Madrid, Marcial Pons, 1996, Traducido por Antonio López Pina, p. 819.

bunal unipersonal en vez del colegiado; perfeccionar y hacer más atractivos bien como medios alternos de resolución de conflictos o como equivalentes jurisdiccionales, al arbitraje, la mediación y la conciliación, lo cual es de particular interés en nuestra disciplina¹⁹ y en fin, cualesquiera otras fórmulas de autocomposición *pre e inter* proceso que puedan coadyuvar a solventar tamaña problemática²⁰.

La esencialidad de estas observaciones es a partir *de la y desde la* interpretación de la Constitución respecto: (i) al Poder Judicial y al Sistema Judicial; (ii) los particulares postulados que de nuestra disciplina han sido vertidos en ella; (iii) los valores superiores a que se contrae el artículo 2º *ejusdem*; (iv) los fines esenciales previstos en el artículo 3º de la misma CRBV; (v) y en fin, los postulados consagrados en los artículos 7º, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 49, 253, 257, 258, 269 (en cuanto a que la Ley debe promover la creación y competencias de tribunales y cortes regionales, a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial), 334, 335 y 336, algunos de los cuales serán invocados con mayor fuerza por su enorme contenido directamente vinculado con la libertad, la igualdad, la dignidad del hombre y el libre desenvolvimiento de la personalidad que, en su momento, nos permitimos destacar.

Por descontado que las coincidencias y las diferencias que se puedan tener respecto a la LOPT, no son notas ingenuas, pues insisto, a esos convencimientos generales que como tales no son controvertidos suceden, entonces sí, las predecibles diferencias cuando se trata de la mayor o menor intensidad del manejo de la línea argumental de la Ley como tal, y cuando se trata del contenido específico de la norma, pues como es obvio, esas diferencias vienen dadas por el ideario que se profese en tanto lo sustantivo y en cuanto lo procesal de nuestra disciplina.

Por ejemplo: No debe existir ninguna discrepancia con relación a que en el juicio laboral se debe preservar el debido proceso y con todo lo que tan sublime predicado implica, a tenor del artículo 49 de la Carta Políti-

¹⁹ La propia Constitución proclama en su artículo 258 la justicia de paz, con jueces electos, y obliga a la ley a promocionar el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

²⁰ Montero Aroca, Juan: *El Derecho Procesal en el Siglo XX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 58, 59, 76, 77, 78, 79, 80 y 81.

ca y del cual destacamos, para precisar el asunto, que no debe haber disidencias cuando y conforme a los numerales 1, 2, 3 y 5 de ese artículo 49, se diga que en el proceso laboral:

- a) Se reitera que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso;
- b) Que los sujetos activo y pasivo de la relación procesal, esto es, que toda persona tiene derecho de disponer del tiempo para defenderse;
- c) Debe disponer, además, del tiempo suficiente para prepararse, de poder prevenir, utilizar o disponer de cualquier medio adecuado y contra cualesquiera circunstancia anterior al o dentro del proceso para ejercer su defensa;
- d) Que todas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso serán nulas, y de sobremanera, que se entiende como uno de los casos más típicos de este ilícito, el que las partes no tengan control sobre la prueba.
- e) Que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario;
- f) Que toda persona, sea cual fuere su posición como sujeto procesal, tiene derecho a ser oída en el proceso, y bien entendido lo que *lato sensu* significa ser oída con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente;
- g) Y que toda persona debe ser oída y juzgada y sin discriminación alguna, por un tribunal que además de ser competente, independiente y establecido con anterioridad, debe ser por igual un tribunal imparcial.

Pero tan pronto se llega a la concreción de ese derecho fundamental del debido proceso y con las precisiones *supra* señaladas, comienzan las discrepancias. Pongamos por caso, la regulación de la contestación de la pretensión prevista en el artículo 135: Cuando éste ordena que en la contestación el accionado determinará con claridad cuáles hechos admite o contradice, así como el expresar los hechos o fundamentos que en su defensa creyere conveniente alegar, en realidad hay una línea argumental conforme con los principios de lealtad, buena fe y de colaboración, que hoy día son compañeros de ruta en todo proceso.

Pero ordenar en forma inédita en el precitado artículo 135, respecto a que se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en el libelo de cognición que al contestar la pretensión del actor, no se hubiere expuesto el o los motivos del rechazo, francamente parece una construcción lesiva al debido proceso que la CRBV le garantiza al demandado y, en particular, al inviolable derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso, aun cuando, por supuesto, habrá quienes justifiquen esa construcción por vía del debido favor al operario y a partir de dos premisas: La hiposuficiencia del trabajador respecto al empleador, y de que éste es quien tiene las pruebas.

Otros, por el contrario y entre los que me cuento, tenemos a esa obligación de exponer, de razonar el o los motivos del rechazo, y en su defecto, tener como admitidos los hechos invocados por el actor, como violatoria –entre otros– de los precitados artículos 2º, 3º, 7º, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 49, 253, 257, 258, 269, 334, 335 y 336 de la CRBV, según pretendo demostrar y ojalá lo logre, más adelante.

De todas maneras, no importa la discrepancia, al contrario, siempre y cuando todos estemos dispuestos a escuchar, razonar y excluir de este debate la cultura del *porque sí*, la contradicción siempre será importante e interesante. Por lo demás, se ha dicho que razonar no es más que expresar lo que se cree, y en este escenario ello es tanto como que todos debemos ser receptores complacidos del consenso jurídico razonado, pero animosos por igual ante la discrepancia jurídica igualmente razonada, más aún, cuando, precisamente, la bifuncionalidad del Derecho del Trabajo, en los términos actuales, significa tuición del trabajador, pero al mismo tiempo, regular el conflicto para preservar el sistema de producción (ley económica).

4. La interpretación de la Constitución, y la interpretación de las leyes procesales desde la Constitución

La interpretación constitucional tiene muchas funciones según quien sea el intérprete y cuáles sean las instituciones –si las hay– que determinan la validez –si la hubiera– de las decisiones interpretativas. Aquí es suficiente señalar tres tipos principales de funciones de la interpretación constitucional. Primero, la “función de orientación” consiste en ofrecer una información acerca de qué comportamiento es acorde o

contrario a las reglas constitucionales. Este tipo de orientación es necesario en varias situaciones. El legislador está obligado a actuar de acuerdo con las reglas constitucionales y esto, en casos de duda, depende de la interpretación constitucional. Este es especialmente el caso del Parlamento como órgano creador de leyes. Igualmente, en el régimen de legalidad, todos los órganos del Estado y demás destinatarios de una Constitución deberían actuar teniendo en cuenta las reglas constitucionales y, a veces, sus decisiones dependen de la interpretación constitucional.

Jerzy Wróblewski*

El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción del demandado. El proceso, que es en sí mismo sólo un medio de realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma.

Eduardo J. Couture**

Con todo –y así acontece en cualquier ámbito material– es posible que ese conflicto intersubjetivo de intereses entre trabajador y empleador o el conflicto social, según fuere, queden irresueltos y por consecuencia, en el primer caso, el trabajador insatisfecho (normalmente el demandante), en ejercicio de su derecho de petición (acción), acude ante el órgano jurisdiccional competente con la pretensión de que al final del debate contradictorio reglado por la normativa procesal, se dicte una sentencia para la definitiva composición del conflicto.

Es muy obvio, a salvo mayores determinaciones en las cuales ahora no reparo, que se está hablando de la jurisdicción, de la acción y del proceso como la tríada conceptual que Calamandrei llamó las tres nociones

* *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, 1988.

** *Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil*, en Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo I.

fundamentales de orden sistemático, indispensables de analizar para iniciar con utilidad el estudio descriptivo y exegético de cualquier cuerpo orgánico de derecho procesal²¹, y que tal como se anunció, esas nociones se examinarán desde el ideario de la Carta Política y conjuntadas con los valores, principios y derechos fundamentales atinentes a la cuestión procesal y se insiste, la ley procesal –cual fuere– ha de ser conforme a lo preordenado por la Constitución respecto a esa tríada.

De lo que se trata, al final de las cosas, es la concepción de la CRBV como la Norma Suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico todo, y que ese contenido material vinculante tanto para las personas como para los órganos que ejercen el Poder Público, implica indefectiblemente que todos quedan sujetos al contenido de su artículo 7°.

Aunque en referencia a la Constitución española, pero a partir de iguales postulados y similar tenor a los que se acaban de reseñar del Texto Fundamental venezolano, la doctrina constitucional ibérica de nuestros días, Merino Merchán, Pérez-Ugena y Vera Santos, por caso, han dicho que si bien ello explica que la ley puede ser un medio auxiliar o suplementario para interpretar la Carta Política, en todo caso es subsidiario, “(...) pues no puede implicar una desconstitucionalización fáctica y solapada haciendo de la ley el parámetro interpretativo de la Constitución (...)”, lo indubitable es que la ley se ha de ajustar a los parámetros establecidos por la *norma normarum*, en cuenta, además, que los valores superiores consagrados en el artículo 2° de nuestra Carta Magna (equivalente al artículo 1.1. de la española)²², “(...) representan en la frase de Bachof una “enérgica pretensión de validez” que ha de presidir la interpretación de todo ordenamiento, comenzando por la propia Constitución (...)”²³, lo que dicho de otra manera significa, que los mandatos constitucionales son imperativos de suyo inquebrantables, tanto para el

²¹ Calamandrei, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, EJE 1973, traducción de Santiago Sentís Melendo, volumen I, p. 109.

²² El artículo 1.1 de la Constitución española reza así: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (Constitución Española. Madrid. COLEX. 1988).

²³ Merino Merchán, José Fernando, Pérez-Ugena Coromina, María, y Vera Santos, José Manuel: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Madrid, TECNOS, 1995, pp. 132 y 133.

Legislador ordinario que sancionó la LOPT, como para los Tribunales al momento de interpretarla y aplicarla, pero es que, además, y esto es de singular importancia en lo ontológico del asunto, incluso, en atención a la libertad y a la democracia, la concepción de la Constitución como la Norma Suprema y como sistema de principios y de valores, se configuran como verdaderos e infranqueables *límites* (formales y materiales) para los poderes de aquel Legislador constituido y de estos Tribunales, siguiendo con el ejemplo propuesto.

En este orden, la Exposición de Motivos de la CRBV es explícita:

(...) los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, según los cuales ella es la norma de mayor jerarquía y alcanza su vigencia a través de esa fuerza normativa o su capacidad de operar en la vida histórica de forma determinante o reguladora. Dichos principios –agrega– constituyen el fundamento de todos los sistemas constitucionales del mundo y representan la piedra angular de la democracia, de la protección de los derechos fundamentales y de la justicia constitucional. Con base en lo anterior, todos los órganos que ejercen el Poder Público, sin excepción, están sometidos a los principios y disposiciones consagrados en la Constitución y, por tanto, todos sus actos pueden ser objeto del control jurisdiccional de la constitucionalidad (...) ²⁴.

Importa recordar que la Sala Constitucional ha realzado el valor y los efectos de estos principios esenciales de la Carta Política, cuando en conformidad con ellos y al recurso extraordinario de revisión (artículo 336, numeral 10 *ejúsdem*), declaró inexistente dos sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema. Vale transcribir *ad litteram* lo que en este sentido dispuso:

(...) Los principios inmersos en la Constitución, que la cohesionan, así no aparezcan en su texto, si no se aplican o se violan, tienden a desintegrar a la Carta Fundamental, y si ello sucediera la Constitución desaparecería con todo el caos que

²⁴ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial* N° 5.453 (Ext.) del 24 de marzo de 2000. Ediciones del Servicio Autónomo Imprenta Nacional y Gaceta Oficial. Caracas. 2000, p. 7.

ello causaría. Basta imaginar qué pasaría, sin un juez ordena que un científico convierta a un humano en animal, o que cese el sistema democrático y se elija a un monarca, o que condene a muerte a alguien, a pesar de la aquiescencia de las partes del juicio donde surge esa situación. El Juez que dentro de un proceso lo conociera que responde por la integridad y supremacía de la Constitución, de oficio tendría que dejar sin efectos tales determinaciones judiciales, ya que ellas contrarían el orden público constitucional y las violaciones de orden público se declaran de oficio. La Constitución, como se dijo, no sólo está formada por un texto, sino que ella está impregnada de principios que no necesitan ser repetidos en ella, porque al estar inmersos en la Constitución, son la causa por la cual existe; por ello una Constitución no explica los conceptos de justicia, de libertad, de democracia y otros valores (...) ²⁵.

Estos criterios fueron reiterados la misma Sala Constitucional en posterior sentencia del 7 de junio de 2000 ²⁶.

Luego, como cuerpo armónico de ideas esenciales, el trinomio jurisdicción, acción y proceso, conjuntado con los predicados que sobre el rito y el orden ha previsto la CRBV, son esenciales para la interpretación de la Ley Procesal del Trabajo, pues como lo advirtió Couture, la Constitución nos ofrece una primera estructura fundamental del orden procesal, estructura que se podría, en sus términos, denominar y utilizando una antinomia, el derecho sustancial del proceso, la parte básica, la que instituye derechos procesales que deben ser desenvueltos por el futuro legislador pues cual sea, la ley procesal es la ley reglamentaria de las garantías de justicia contenidas en la Carta Política, y bien entendido que esa actividad legislativa tendente a desenvolver en la ley los mandamientos de la Constitución, requiere una tarea previa a la de escribir artículos: Impone, dijo el Maestro, determinar los principios que han de regirla, o sea, que el legislador primero debe planear principios, y en definitiva, estructurar la ley procesal, refiriéndose a ese conjunto de

²⁵ Ramírez & Garay. *Jurisprudencia Venezolana*. Caracas. Año 2000. Tomo 163, pp. 271 y 272.

²⁶ Caso: Amparo propuesto por Mercantil Internacional C.A., Expediente N° 00-0380, sentencia 520 de fecha 07-06-00. Ponente: Magistrado Jesús Eduardo Cabrera.

principios, incluso, con independencia de que no dándose históricamente un sistema procesal puro, ese legislador puede dosificarlos: Lo que no puede es desentenderse de ellos²⁷.

Ese planteamiento del Maestro uruguayo resuena hoy con mucha fuerza, primero, porque en lo coyuntural de las situaciones que se presentan al momento de discutirse y sancionarse una ley procesal, Couture estaba absolutamente claro respecto a cuál fuerza telúrica puede convertir un proyecto de ley en virtud preceptiva, y a lo mejor, desde luego es de mi especulación, nuestro autor compartía el pensamiento del constitucionalista Georges Burdeau, respecto a que

(...) Ejercer el Poder es ser dueño de la máquina de hacer Derecho, es decir, del instrumento más eficaz para actuar sobre la sociedad. La lucha política no es otra cosa que el combate en el que el vencedor que haya conquistado el título de órgano del Estado se atribuye competencia para hacer la ley en su nombre (...) ²⁸;

y segundo, sobre todo si se comparte la idea de que lo consagrado en los artículos 49 y 257 de la CRBV, constituyen derechos fundamentales y que como tales, ahora siguiendo a Hesse, “(...) contienen derecho inmediatamente aplicable, de forma que han caducado las anteriores diferenciaciones entre derechos fundamentales actualmente aplicables y simples principios programáticos (...)”, lo que implica que la competencia de los jueces para controlar las leyes por su compatibilidad material con la Constitución, según Hesse “(...) es ahora un deber para cada juez (...)”, con todo y que la nulidad de las leyes esté reservada al Tribunal Constitucional (en el caso de Alemania, a la Sala Constitucional en el nuestro)²⁹.

Pues bien, creo, a pie juntillas, que esas apreciaciones de Hesse valen en su totalidad para nuestro medio, en presencia del artículo 334 de

²⁷ Couture, Eduardo J.: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1979, 3ª edición, Tomo III, pp. 47 a la 50.

²⁸ Burdeau, Georges: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Madrid, Editora Nacional 1981, Título original: *Droit Constitutionnel e Institutions Politiques*, Traducido del francés al español por Ramón Falcón Tello, p. 25.

²⁹ Hesse, Konrad: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas (Cuadernos), 1995, Traducido del alemán por Ignacio Gutiérrez G., pp. 54 y 55.

nuestra Carta Magna que impone a todos los jueces la obligación de asegurar la integridad de la CRBV, en función de lo cual y en el evento de incompatibilidad de ésta con cualquier ley u otra norma jurídica, aun de oficio aquéllos deben aplicar las disposiciones constitucionales, con independencia de que la Sala Constitucional tenga la competencia exclusiva para declarar la nulidad de las leyes y demás actos dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquélla.

Todo cuanto hasta ahora se ha dicho es perfectamente aplicable a las leyes que sancione o llegare a sancionar la Asamblea Nacional. Desde luego que la concepción del Estado de Derecho y los valores superiores que como tal ha de propugnar el Estado venezolano, en los términos del artículo 2° de la CRBV y desde luego, aunque no sean los únicos, los predicados insertos en los artículos 7° y 19, y los derechos fundamentales consagrados en los artículos 49 y 257, todos éstos de la misma CRBV, tienen que ver con la producción legislativa, como por igual, claro está, con cualquiera otra producción normativa de rango infralegal.

García De Enterría, para apuntalar este aserto, comprende que “(...) La Ley ha pasado a ser en nuestras complejas estructuras sociales un simple medio técnico de la organización colectiva (...)”, que como tal puede “(...) también convertirse en un modo de organización de lo anti-jurídico, en un modo de perversión del ordenamiento (...)”, en virtud de lo cual “(...) se impone la necesidad de establecer jurídicamente un sistema de defensa contra la Ley que permita hacer efectiva esa defensa por otras vías que la del viejo, inmatizado, gravísimo derecho de resistencia (...)”³⁰.

Desde otro ángulo, pero con similares convencimientos, Tomás-Ramón Fernández, sostiene que a pesar de los viejos dogmas (como el del legislador *soberano*),

(...) no es posible sencillamente prescindir de un juicio sobre la razonabilidad de las leyes, es decir, sobre el fundamento último de las mismas, que no puede ser sólo la mera voluntad de las mayorías que las aprueban. No pueden hacerlo los jue-

³⁰ García De Enterría, Eduardo. *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder*. Madrid. Civitas (Cuadernos). 1995, pp. 80 y 81.

ces constitucionales de ningún país cuando se encuentran frente a medidas legales que introducen diferencias de trato carentes de justificación suficiente, so pena de admitir que el principio de igualdad que proclaman los textos constitucionales es papel mojado, ni pueden tampoco tolerar intervenciones o limitaciones en los derechos fundamentales que esos mismos textos reconocen que se revelan innecesarias, inadecuadas o excesivas, porque hacerlo equivaldría a dejar esos derechos a expensas del libre arbitrio de los Legisladores de cada momento, contradiciendo lo que constituye su propia esencia y su papel de fundamento mismo del orden político (...) ³¹.

5. Las garantías procesales en la Constitución y su concepción como derechos fundamentales

El carácter normativo de la Constitución, unánimemente admitido en nuestros días, comporta que los derechos fundamentales vinculen a todos los poderes públicos; requiriendo un adecuado sistema de garantías constitucionales dentro de las cuales se halla la exigencia dirigida a los jueces de aplicar, de modo directo e inmediato, las normas constitucionales. Por este motivo “como hemos analizado” tales garantías se sustraen de la libre disposición a los particulares, esto es, son irrenunciables.

Así, la Constitución se introduce plenamente en el ordenamiento jurídico, en su cúspide, dejando de ser una mera norma programática, un simple catálogo de principios. Todo ello se traduce en una tutela jurídica sin necesidad de mediación legal, es decir, en la posibilidad de invocar cualquier precepto constitucional de carácter procesal como fundamento de cualquier actuación procesal.

Joan Picó I Junoy*

³¹ Fernández, Tomás-Ramón. *De la Arbitrariedad del Legislador*. Madrid. Civitas (Monografías). 1998, p. 38.

* *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, 1997.

El sistema procesal forma parte de nuestro modelo de organización de la convivencia. La Constitución no ha querido simplemente un sistema, sino que ha fijado los valores mínimos del mismo. Estos son los parámetros homologables que ha de cumplir para ser aceptado como tal y para que preste el servicio que se espera. A estos valores con proyección en todos y cada uno de los elementos del sistema procesal se les denomina garantías constitucionales. Sin duda puede considerarse que esta configuración va un paso más allá de lo que tradicionalmente se denominan principios del juicio.

En efecto, es lugar común en todas las construcciones científicas el hablar de principios para referirse a las máximas fundamentales que deben inspirar o inspiran el juicio. Con esta terminología, legítima y acuñada, se hace hincapié en los puntos fundamentales que deben presidir la actividad procesal. Los principios insuflan su ánima en cada uno de los actos en que el juicio se descompone y por ello se suelen exponer al inicio de cualquier construcción doctrinal.

Francisco Ramos Méndez**

Poco cabe agregar en estas reflexiones, tratándose de anotaciones generales y con referencia a la cuestión procesal del trabajo, sobre el Poder Judicial y/o Jurisdiccional³², entendido éste como uno de los Poderes Públicos, pues cuando se discierne sobre éstos para examinar, por ejemplo, la independencia entre ellos, el sistema de la separación de los poderes, el cumplimiento de sus funciones propias y, no obstante, también prevaleciente la consabida colaboración entre los órganos a los que incumbe su ejercicio cuando se trata de la realización de los fines del Estado (artículo 136 de la CRBV), e incluso, cuando se trata de lo dispuesto por el precitado artículo 7° *ejúsdem*, a lo que se refiere es a su contemplación política que si bien no le es

** *El Sistema Procesal Español*, 2000.

³² Sin detenernos aquí en precisiones subyacentes a este trato de los términos “judicial” como similar al de “jurisdiccional”.

indiferente al Derecho Procesal, en realidad su estudio a quien atañe es a la Teoría del Estado y desde otro ángulo, a la estructura y funcionamiento de los regímenes políticos.

Vale repetir algo suficientemente conocido: La jurisdicción como poder público es una SOLA, como por igual lo es cuando se habla en su otro sentido: como *potestad*, a pesar de ser común hablar de la jurisdicción civil, laboral, penal, contencioso administrativa, mercantil, concursal, minoril, militar e incluso, como lo reseña el artículo 260 de la CRBV, de la jurisdicción especial de los pueblos indígenas, pero de todo lo cual y a diferencia de la Constitución española (que excluye la militar), la CRBV concibe rectamente la *unidad jurisdiccional*, pues tanto la penal militar (artículo 261) como esta jurisdicción especial de los pueblos indígenas, *todas* configuran el Poder Jurisdiccional, o dicho en los términos de la Sala Constitucional,

(...) Como es sabido, la competencia supone la jurisdicción, que es “la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado” (Cfr. Montero Aroca, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional*, Tomo I, décima edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 40); y, entre los órganos que ejercen la función de resolver controversias jurídicas, la competencia o medida de la jurisdicción que ejerce cada juez en concreto se distribuye de acuerdo con la materia, la cuantía y el territorio. Entre dichos criterios de competencia, el relativo a la materia persigue lograr una mejor administración de justicia, al atribuir el conocimiento de las causas de acuerdo con la especialización de los jueces (...)³³.

Jurídicamente, hablar en plural de “las jurisdicciones” sólo es admisible *lato et improprio sensu*, como manera de identificar lo que técnicamente consiste en el conocimiento que la ley formal por razón de la

³³ Sentencia de la Sala Constitucional (12 de febrero de 2004), en el recurso de revisión intentado por la República Bolivariana de Venezuela contra sentencia laboral dictada por la Sala de Casación Social.

materia le ha asignado a un tribunal, esto es, que los órganos jurisdiccionales se desagrega según la competencia *ratione materiae* atribuida, y no que la competencia –como suele decirse– es la medida de aquella jurisdicción: Se trata, como se sabe, de grados y de diferencias pasibles por razón de la materia (o de la especialidad de la materia, si se quiere puntualizar más aún), que a cada tribunal le corresponda.

Todos los tribunales que ejercen la potestad jurisdiccional pertenecen a un mismo y único Poder Judicial y las diferencias admisibles, me refiero en lo sustancial del asunto, sólo se establecerán en función del grado (competencia funcional) y de las otras reglas competenciales que a cada uno de esos órganos se les aplique³⁴ y, en definitiva, todos sin excepción, comprometidos *in solidum* y por mandato constitucional a ejercer la jurisdicción, a componer los conflictos intersubjetivos de intereses y los conflictos sociales mediante los procedimientos que determinen las leyes, *ex* artículo 253 de la CRBV, lo que es tanto como decir, que las decisiones de los tribunales deben ser conforme a Derecho.

De similar importancia es destacar de ese Poder Jurisdiccional y en cuenta la conceptualización de la CRBV (artículo 253), es que el mismo se manifiesta en la potestad jurisdiccional, esto es, en la facultad –y deber al mismo tiempo– de conocer de la causa, sentenciar y hacer ejecutar lo sentenciado. Esta potestad emana de los ciudadanos y se

³⁴ Así se entiende que teniendo las Salas del Alto Tribunal la misma jerarquía y entidad, no obstante, la Sala Constitucional ostenta la condición de ser el intérprete por excelencia sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, al extremo, como se dijo, que su inteligencia sobre tales normas y principios vinculan u obligan, incluso, a las otras Salas del Supremo Tribunal, tal y como lo dispone el numeral 10 del artículo 336 *ejusdem*, según el cual la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, repitiendo los términos de la citada Exposición de Motivos, “(...) deberá consagrar un mecanismo de carácter extraordinario mediante el cual la Sala Constitucional pueda revisar los actos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios haya previamente fijado la Sala Constitucional, a fin de dar eficacia a los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución consagrados en el artículo 7, conforme a los cuales todos los órganos que ejercen el Poder Público, sin excepción, están sujetos a la Constitución (...)”, o sea, y sigo con la misma Exposición de Motivos, que tan mayestática potestad revisora atribuida a la Sala Constitucional por la Carta Magna, no tiene por objeto colocar fuera y por encima del Poder Judicial a dicha Sala Constitucional (distinto si lo consagrado hubiese sido un Tribunal Constitucional), no tiende, dicho de otra manera, a fraccionar el Poder Jurisdiccional, o a crear una suerte de jurisdicción distinta y superior. Por consecuencia, semejante potestad revisora sólo se comprende como una especial y extraordinaria “(...) COMPETENCIA de la Sala Constitucional para controlar la constitucionalidad de las actuaciones de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia (...)”.

imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley, pero su ejercicio, puesta por delante su naturaleza técnica, imparcialidad e independencia, así como la sujeción justa e inteligente a la ley, le corresponde a los tribunales como órganos del Poder Judicial, y entendido que esa actividad jurisdiccional se realiza a través de su instrumento por excelencia: El proceso.

La Exposición de Motivos de la Constitución dice al respecto lo siguiente:

(...) Se reconocen los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en virtud de los cuales toda persona puede acceder a los órganos de administración de justicia para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, incluidos los colectivos o difusos. A tal efecto, los referidos órganos están representados por las cortes y los tribunales que forman parte del Poder Judicial, así como por los demás órganos del sistema de justicia previstos en la Constitución, entre los cuales se encuentran los ciudadanos que participan en la administración de justicia o que ejercen la función jurisdiccional de conformidad con la ley (...).

Por consecuencia, cortes y tribunales son los órganos del Poder Judicial a quienes la Constitución les atribuye la función de conocer y decidir – conforme a la Ley, o sea, a Derecho– los conflictos intersubjetivos de intereses y los conflictos sociales que surjan entre los ciudadanos y los de éstos con el Estado mismo, así como poder ejecutar lo decidido: Esto es, la potestad jurisdiccional.

De la acción digo en esta lectura constitucional, creyente como soy de la tesis del eminente Couture, en cuanto a considerar que cuando el artículo 51 de la CRBV proclama que *toda* persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, utiliza una fórmula de tal generalidad que NO puede escapar de ella ningún órgano del Poder Público, y mucho menos la autoridad judicial, lo que explica suficientemente y por de pronto, pues luego volveremos sobre el tema en el espacio estrictamente procesal, que la acción vendría a ser así una especie dentro del género de los derechos de petición³⁵.

³⁵ Couture, Eduardo J. *Opus cit.*, Tomo I, p. 34.

Y en fin, el proceso. La Carta Magna no define ni conceptúa qué es el proceso, ni tenía por qué hacerlo, pero eso sí, se repite una vez más, le asigna una delicada función: Ser el instrumento fundamental para la realización de la justicia, *ex* artículo 257, justicia que a su vez es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que conforma el bloque de moralidad inserto en el artículo 2° *ejúsdem*, a los cuales nos hemos referido antes, y de los que el Estado venezolano ha de propugnar, constituido como ha sido en democrático y social de Derecho y de Justicia, y garantizar que esa justicia sea gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 de la CRBV).

Pero tampoco define ni conceptúa la CRBV qué es la justicia, y ni tenía por qué hacerlo: Para nuestra Carta Fundamental, la justicia es un valor superior propugnado y garantizado por el Estado en los términos dichos, un principio fundamental del ordenamiento jurídico que ha de estar presente en todas sus ejecutorias, y que en cuenta de ello, el artículo 257 *ejúsdem* señaladamente le asigna un doble cometido a la ley procesal, a toda ley procesal: Establecer la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites, y al mismo tiempo, adoptar un procedimiento breve, oral y público.

Vale repetir parte de la sentencia de la Sala Constitucional arriba transcrita: “(...) La Constitución, como se dijo, no sólo está formada por un texto, sino que ella está impregnada de principios que no necesitan ser repetidos en ella, porque al estar inmersos en la Constitución, son la causa por la cual existe; por ello una Constitución no explica los conceptos de justicia, de libertad, de democracia y otros valores (...)”³⁶.

Al final, y para una mayor caracterización del asunto, todo ello bajo un severo apercibimiento, si cabe la construcción: La justicia no se sacrificará por la omisión de formalidades NO esenciales, o sea, que en virtud

³⁶ Ramírez & Garay. *Jurisprudencia Venezolana*. Caracas. Año 2000. Tomo 163, pp. 271 y 272.

de ese mandato, sólo se deben atender las formalidades que resulten esenciales para el logro de ese valor superior³⁷.

Con fundamento a lo expuesto respecto a los principios procesales insertos en la Constitución, y para aproximarnos a su real dimensión, digamos, a título de compendio, lo siguiente:

- a) La jurisdicción es *única* y las cortes y tribunales que configuran el Poder Judicial, incluyendo los que tienen competencia en lo laboral, se rigen por una misma ideología constitucional y, por consecuencia, con todo y las especialidades que puedan darse, entre todas las disciplinas jurídicas hay lugares comunes que reclaman un sentido de plenitud hermenéutica.
- b) Todo los órganos que ejercen la potestad jurisdiccional, o sea, el conocer la causa, sentenciar y ejecutarla o hacerla ejecutar, incluyendo obviamente aquellos que tengan la competencia laboral, habrán de realizar dicha potestad conforme al imperio de la Ley, esto es, conforme a Derecho.
- c) Esa actividad jurisdiccional se concretiza a través de su instrumento por excelencia: El proceso, cuya sustancia para la realización de la justicia, y los caracteres intrínsecos de ésta, no puede ser menoscabada por la omisión de formalidades *no* esenciales, y lo de cuidar son las formalidades esenciales.
- d) Por imperativo constitucional, la ley procesal debe establecer la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites, y adoptar un procedimiento breve, oral y público.

³⁷ La Exposición de Motivos (Relazione Ministeriale) del Código de Procedimiento Civil Italiano, de inocultable influencia en el nuestro vigente, presentada por el entonces Ministro Guardasellos Dino Grandi, en su párrafo 34, reclamaba como tradición romana "(...) el espíritu de sensata comprensión humana que hace servir las formas a las necesidades sustanciales de la justicia, y no sacrifica la sustancia a las abstracciones de un formalismo mecánico, burdamente consecuencista (...)".

Es bueno recordar también, que en la misma Relación Grandi, éste señaló expresamente que "(...) En el Código de Procedimiento Civil, el procedimiento especial para las controversias individuales de trabajo no constituye ya un sistema distinto del ordinario, pues la mayor parte de las reglas que formaban su contenido se han extendido al proceso común (...)". (Redenti, Enrico: Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, EJE, 1957, Traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Tomo III, pp. 180 y 226).

e) Resultado que de todo ello nos permitimos distinguir que ellos *no* son señalamientos únicos o específicos para la ley procesal laboral, sino que, diferente a ello, todos esos principios deben impregnar a cualquiera normativa procesal, incluyendo, desde luego, la del trabajo: *Esa es la esencia del ideario de la Constitución.*

Por consecuencia, cuando la Disposición Transitoria 4.4 refiere la garantía de *una jurisdicción laboral autónoma y especializada*, está incurriendo en la impropiedad de señalar como jurisdiccional lo que es una competencia en razón de la materia.

6. El artículo 257 de la CRBV, en relación con la unidad de la Jurisdicción y a la caracterización de todas las leyes procesales

Antes de proseguir, debo manifestar un convencimiento académico: Con todo y estar atentos a las observaciones que respecto a los llamados principios procesales hace el procesalista argentino Enrique Falcón³⁸, de todas maneras me parece conveniente precisar que las nociones de “proceso” y “procedimiento” son diferentes, técnicamente consideradas y, por consecuencia, el trato indiscriminado de los principios de uno y otro me parece impertinente. Por ejemplo, en veces se habla de la oralidad como principio del procedimiento, y en veces se resalta como el principio fundamental del proceso, o sea, como si los principios del uno fueran los del otro y viceversa.

Fenech, por ejemplo, reafirmaba estas diferencias entre proceso y procedimiento, partiendo de lo amorfo que es la prístina noción del proceso, y sin otra característica que su propia secuencia, como opuesta a lo instantáneo, en tanto que “(...) El procedimiento, por el contrario, está fuera de la dimensión temporal; en su calidad de canon o regla es algo que pertenece al mundo adimensional del pensamiento, es el itinerario del *iter* que recorre el proceso intencional a cuya norma ha de plegarse éste. En una palabra, el procedimiento es la medida del proceso (...)”, sin dejar de observar que Miguel Fenech llamó la atención sobre este

³⁸ Falcón, Enrique M. *Derecho Procesal*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 2003. Tomo I, pp. 74 a la 77.

cambio: De la atención preferente que los “procedimentalistas” dieron inicialmente al tema del procedimiento, y que luego, cuando se trató del estudio del Derecho Procesal, “(...) se centró el estudio en el del proceso con olvido casi absoluto del de los procedimientos, incluso a la desintegración de sus elementos que fueron adjudicados en su mayor parte al proceso. El péndulo pasó del procedimiento al proceso; ahora bien, como en todo movimiento pendular persiste el desequilibrio en la posición actual que es necesario superar, como veremos más adelante, estableciendo el centro de gravedad de nuestro estudio en la actividad jurisdiccional colocada en el centro equidistante de las dos posiciones extremas superables del proceso y del procedimiento (...)”³⁹.

Montero Aroca afirma que los órganos dotados de jurisdicción y para cumplir con la función constitucional, no lo pueden hacer de modo instantáneo, “...necesitan realizar una serie de actividades, sucesivas en el tiempo, cada una de las cuales es consecuencia de la anterior y presupuesto de la siguiente, a cuyo conjunto llamamos proceso. Éste, por tanto, es el medio jurídico, el instrumento, con el que los órganos jurisdiccionales cumplen la función asignada por la Constitución...”, y en tal sentido, al acotar que en la utilización de las nociones proceso y procedimiento no siempre se marcan debidamente las diferencias, alude a dos de ellas: La primera, que el procedimiento no es exclusivo del ámbito jurisdiccional, sino que es aplicable a todas las funciones del Estado, y así se habla del procedimiento legislativo y, sobre todo, del procedimiento administrativo, en tanto que “...El proceso es exclusivo de los órganos jurisdiccionales del Estado...”, y respecto a la segunda dife-

³⁹ Fenech, Miguel. *Derecho Procesal Civil*. Madrid. AGESA. 1980, pp. 53 y 54. Vale acotar que Andrés de la Oliva Santos afirma que a pesar de la claridad de Fenech en cuanto a distinguir las nociones de proceso y de procedimiento, ella “(...) no fue recibida en el lenguaje común de juristas y no juristas (...)”, y luego de rechazar algunas posiciones doctrinarias sobre esta diferenciación, alega que el término procedimiento “(...) designa una compleja actuación de proceder, de seguir unos actos a otros, con independencia de la naturaleza que se pueda atribuir a tal actuación compleja o a tales actos. “Procedimiento”, por tanto, es palabra que puede utilizarse para cualquier serie o sucesión de actos jurídicos, mientras que la voz “proceso” se reserva para el procedimiento jurisdiccional propiamente dicho (no, por tanto, para las actuaciones administrativas, aunque sean llevadas a cabo por jueces) (...)” (Santos, Andrés de la Oliva, Díez-Picazo Giménez, Ignacio, y Vegas Torres, Jaime. *Derecho Procesal*. Introducción. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 2002. Segunda Edición, pp. 41 y 42).

rencia la fundamenta en que el “(...) Procedimiento hace referencia a la forma, y en lo judicial a la forma de la actividad jurisdiccional, de modo que en él resalta la apariencia externa de esa actividad, mientras que en el proceso es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan (...)”, incluyendo dentro de los principios del procedimiento el de la oralidad, la inmediación, y la concentración, entendiendo que estos dos últimos no son más que consecuencias de la oralidad⁴⁰.

Vicente Gimeno Sendra, quien si bien sostiene que los principios del proceso más relevantes son aquellos que se refieren a la esencia y/o estructura del proceso y al objeto del proceso, en tanto que los principios del procedimiento son aquellos que rigen la forma de la actuación procesal, determinan la índole de relación entre las partes y el órgano jurisdiccional, aquellas entre sí y todos los sujetos procesales con la sociedad e informan la sucesión temporal de los actos procesales, coloca entre estos principios del procedimiento a la oralidad, la inmediación, publicidad, concentración y la preclusión⁴¹.

Por esas razones y al margen de mejores precisiones, me concreto a proseguir con lo que la Ley Procesal Laboral de cada país considera principios y cuál su finalidad, pues como bien lo señala Stefan Leible, a cuáles principios del proceso debe dar forma el legislador, es “(...) una decisión de política jurídica (...)”, pues y coincidimos con este criterio, “(...) El legislador es libre en su decisión sobre qué principios deben acuñar el procedimiento (...)”, y ello con fundamento a la observación histórica respecto a que “(...) La importancia intrínseca de los diversos principios procesales para el procedimiento no está fijada inmodificablemente para todos los tiempos, no está “dado por Dios”, sino es modificable. Así el procedimiento civil se deja adaptar a modificadas circunstancias jurídicas y sociales y exigencias. Para los diversos tiempos han regido por ello en el derecho procesal alemán también diversos principios procesales. Los lineamientos constitucionales por cierto de-

⁴⁰ Montero Aroca, Juan. *Introducción al Proceso Laboral*. *Opus cit*, pp. 65, 66 y 74.

⁴¹ Gimeno Sendra, Vicente. *Opus cit*, p. 253.

ben observarse y pueden limitar al legislador en sus posibilidades de actuación, ya que algunos principios procesales son garantizados por la Ley Fundamental y no son cambiables a voluntad (...)”⁴².

Pongamos por caso, y siguiendo a Baylos Grau, Cruz Villalón y Fernández, los caracteres tradicionales del proceso laboral, en cuanto especialidad significativa del mismo respecto del proceso civil, se resumen en las cuatro notas que prevé el artículo 74.1. de la Ley de Procedimiento Laboral de España⁴³, como son las de inmediación, oralidad, concentración y celeridad, pues en sí “(...) Se trata de principios que tienden a hacer posible los propios fines del Derecho del Trabajo, dada la inescindible relación entre normas sustantivas y procesales en esta rama del Derecho, y que, al mismo tiempo, concretan y garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva (...)”⁴⁴, y en ese sentido y por esas mismas razones, aplicables a nuestra Ley Procesal del Trabajo, es claro que el artículo 2º de la LOPT no califica si los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y la equidad son principios del proceso o del procedimiento, sino que, omitiendo un pronunciamiento al respecto, lo que ordena al juez es a orientar su actuación en dichos principios.

Y es que, como bien lo ha dicho Montoya Melgar,

(...) El proceso de trabajo –que como todo proceso, y, más, como toda institución jurídica, obedece a los principios básicos de justicia y seguridad (Guasp)– se rige tanto por principios comunes con el proceso civil [...] como por principios peculiares, orientadores de su específica naturaleza y exigencias. Estos principios no constituyen, ciertamente, nove-

⁴² Leible, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Santafé de Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung y Biblioteca Jurídica Dike, 1999, Traducido del alemán al español por el Dr. Rodolfo E. Witthaus, pp. 129 y 130.

⁴³ El artículo 74.1 de la Ley de Procedimiento Laboral reza así: “Los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional social interpretarán y aplicarán las normas reguladoras del proceso laboral ordinario, según los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad” (Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Coordinado por Santiago González Ortega. Madrid. Códigos Ariel. 2001, p. 1.249).

⁴⁴ Baylos Grau, Antonio, Cruz Villalón, Jesús, y Fernández, María Fernanda. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Madrid, Editorial Trotta, 1995. 2ª edición, pp. 114, 115 y 116.

dad de la LPL⁴⁵; hace más de cuarenta años que Guasp reconocía en el proceso laboral (y no era él el primero en advertirlo) la inspiración del “principio de oralidad, inmediación y concentración”, y resaltaba que “no puede negarse desde luego que la justicia barata, rápida y sencilla, es esencial para el proceso del trabajo...”⁴⁶.

De acuerdo entonces con la Disposición Transitoria 4ª, numeral 4º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 1º y 2º de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en primer término, me parece claro que de la conjunción de esas tres Normas Fundamentales se deduce la estructura del proceso en general y, desde luego, la del laboral mismo, pues como se dijo, los predicados insertos en la Disposición Transitoria 4.4 de la Constitución, se encuentran diseminados en varias normas constitucionales y con directa referencia a todo cuanto tenga que ver con el acceso a la tutela judicial, a la efectividad de ésta, a la justicia que garantiza el Estado, al debido proceso, a las reglas básicas de la ley procesal, cualquiera que fuere, y al procedimiento, también cualquiera que fuere, de manera que con el señalamiento de la oralidad (artículo 257 de la CRBV), que obviamente conlleva la inmediatez y la concentración, la gratuidad (artículos 26 y 254 de la CRBV), la celeridad (artículos 26 y 257 de la CRBV) la inmediatez (artículo 257 de la CRBV), prioridad y/o primacía de la realidad (artículo 89.1 de la CRBV), y la equidad (artículo 26 de la CRBV), como orientadores de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la tal Disposición Transitoria 4.4 *ejúsdem*, salvo el mandato inicial, nada distinto aporta a los principios informadores de toda ley procesal, de todo proceso y de todo procedimiento que entren en vigencia bajo la CRBV, pues toda ley procesal, todo proceso y todo procedimiento de la naturaleza que fuere, tendrán necesaria e indispensablemente, so pena de inconstitucionalidad, los mismísimos principios informadores.

En suma: Interpretando la Constitución, en particular, aunque no únicamente, su artículo 257, nuestra conclusión es que *todos* los principios

⁴⁵ LPL: *Ley de Procedimiento Laboral*.

⁴⁶ Montoya Melgar, Alfredo. Curso de Procedimiento Laboral. Escrito en conjunto con Galiana Moreno, Jesús M., Sempere Navarro, Antonio V., y Ríos Salmerón, Bartolomé. Madrid. Editorial TECNOS. 2001. 6ª edición, pp. 73 y 74.

informadores del proceso civil son, con algunas particularidades, los mismos principios para el proceso laboral y la razón para ello –como se ha expuesto y aquí se repite– es muy sencilla: Lo querido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es que la tutela judicial, su acceso y efectividad, esa justicia que garantiza el Estado venezolano, el debido proceso, la oralidad, la inmediatez, concentración, gratuidad, celeridad, primacía de la realidad sobre lo abstracto de cualquier negocio jurídico, la equidad y la rectoría del juez en el proceso, *son situaciones procesales queridas por la CRBV para todos los procesos*, sin distinción alguna, pues la idea central es que ello sea posible por todos los justiciables. No sólo para algunos.

7. Algunas anotaciones sobre el principio de oralidad

De manera que se explica que los más perfeccionados sistemas procesales traten de coordinar y de combinar elementos orales y elementos escritos, teniendo precisamente en consideración aquellas que son las respectivas ventajas y desventajas, exigiendo, por consiguiente, la escritura para aquellos actos en los cuales prevalecen exigencias de precisión y conservación, y la formal oral, en cambio, para aquellos en los cuales se consideran predominantes los valores de espontaneidad, de intermediación y de simplicidad.

Mauro Cappelletti*

Pero entiéndase bien: con la oralidad, no con la oratoria. Se trata de utilizar la comunicación oral entre los sujetos del proceso, pero sin prescindir de los elementos escritos que pueden dar una mayor fijeza, y hasta solidez en algunos casos, al desarrollo procesal. La escritura es indispensable precisamente para establecer aquello que se debe tratar oralmente.

Santiago Sentís Melendo**

* *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil.*

** *Presentación*, en Mauro Cappelletti: *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*

Si se quieren precisar, con una formulación sintética, las características del proceso de cognición (de primer grado), no parece que es necesario insistir, además de sobre la adaptabilidad del desarrollo del proceso al contenido concreto del mismo, sobre la particular actuación que en el proceso han encontrado los criterios de la oralidad, de la concentración y de la inmediación. Actuación condicionada a una neta distinción entre fase preparatoria e instructoria y fase decisoria, que, sin embargo, no puede excluir complejas y delicadas integraciones, así como interferencias recíprocas.

Gian Antonio Micheli***

Esta es una de las sorpresas que da la memoria histórica. Klein y la Ordenanza Austríaca de 1895 representan una concepción autoritaria del Estado y del proceso, la que es propia del imperio austro-húngaro de finales del siglo XIX, de ideología esencialmente reaccionaria [...] y a pesar de ello su influencia en Cappelletti es tan manifiesta que su libro *Processo e ideologie*, cit., se coloca bajo una frase lema de Klein. No debe olvidarse que en la base de Klein estaba el control de los jueces por el poder ejecutivo y, más aún, el apoderarse de la justicia, también de la civil, que debía colocarse al servicio del interés general, siempre bien advertido que ese interés general es el que el poder político dice que es y en cada momento; el juez no es así el último garante de los derechos de los ciudadanos, sino el servidor de los intereses de la sociedad, y el titular de turno del poder es el que determina cuáles son esos intereses. No puede dejar de destacarse que Cappelletti, *Proceso Oral y Proceso Escrito*, en “La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil”, cit., p. 81, acababa de sostener que la oralidad requería una “gran magistratura: un juez honesto, socialmente

*** *Derecho Procesal Civil*. Volumen II, p. 13.

sensible, diligente”, que es –afirma– el juez austríaco que ha asegurado el éxito del código de Klein.

Juan Montero Aroca****

7.1 Precisiones sobre lo que se trata aquí del tema de la oralidad

No se tratará aquí la oralidad en el proceso laboral con amplitud, pues como queda expresado, todas las particularidades de este y los otros principios del proceso, han sido estudiados con profundidad y acierto en obras atinentes a la teoría general del proceso, pero sí nos motiva la sentencia –siempre presente– con la cual comenzaba el inmortal Chiovenda esto de la oralidad: “(...) Entre los diversos problemas concernientes al procedimiento, éste es el fundamental (...)”⁴⁷, y para decirlo de alguna manera, nos motiva también la discrepancia y las observaciones que sobre la oralidad ha expuesto Montero Aroca, según lo veremos más adelante.

Por otro lado, esa confrontación doctrinaria entre la oralidad y la escritura a veces luce débil o en todo caso, con razonamientos ligeros. En Colombia, por caso, Domingo Campos Rivera destaca que si bien el propósito del Legislador de ese país, cuando introdujo el principio de la oralidad en el juicio laboral, “(...) no fue otro que el de buscar la *celeridad* en su desarrollo, dado el fin social perseguido por ellos, cual es el de hacer “pronta y cumplida justicia” a la parte económicamente débil de él, que es el trabajador, y que, dada su condición de dependencia económica, no puede darse el gusto de atender procesos largos y costosos (...)”, de todas maneras entiende, “(...) en todo caso, que en la práctica de este principio no haya podido cumplirse estrictamente, dada la necesidad de dejar constancia escrita de todo lo actuado en el proceso (...)”, a lo cual añade, después de señalar los límites legales a la oralidad por medio de actuaciones necesariamente escritas, que no obstante dichas

(...) limitaciones al principio de la oralidad en los procesos laborales, la intención del legislador en el sentido de que estos procesos se tramiten en esa forma es laudable, dada la *celeridad* que esa

**** *Los Principios Políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, pp. 169 -170, cita N° 140.

⁴⁷ Chiovenda, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1922, Traducido del italiano al español por el Prof. José Casais y Santaló, Tomo II, p. 143.

forma de tramitación les da. El principio de oralidad busca, en consecuencia, *economía* de tiempo y de dinero, dos elementos especialmente valiosos para el trabajador asalariado (...)⁴⁸.

Comparto parcialmente el criterio de Campos Rivera, pues pienso que los sistemas establecidos en las leyes del rito procesal, generales y especiales, no toman en cuenta la plenitud de las diferencias dogmáticas entre el sistema de la oralidad y el sistema de la escritura, pues sobre estas concepciones, sobre la LOPT como caso concreto, más bien lo pensado y logrado fue una mezcla de conveniencias que el Legislador de la LOPT estimó oportuno –y afortunadamente acertó– para mejorar o superar una determinada situación que estimó en su momento contraria a los intereses generales de la sociedad.

Así por caso, la principal razón jurídica procesal, no la única, que el Legislador de la LOPT tomó en cuenta para la modificación del proceso laboral común, fue la excesiva duración de los juicios laborales mientras estuvo en vigor la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, y para solucionar o mejorar esa lesiva situación apeló a diversas técnicas que en definitiva resultaron una combinación de elementos pertinentes a la oralidad y otros a la escritura, con todo y la prevalencia de los primeros, pero también tomó muy en cuenta la utilización de otras técnicas procesales que nada tienen que ver con la oralidad, como por caso, la carga dinámica de la prueba (en la terminología de los procesalistas argentinos), el apelar a dar por concluido muchos actos procesales por la inasistencia de las partes, lo cual creo que en su exceso es negativo, y en alto grado es evidente que los Poderes Públicos intervinientes en la redacción del Proyecto de la LOPT, su discusión y aprobación, así como la puesta en marcha, la tendencia a la superación de esa negativa duración de los juicios laborales atendió, con notable disposición y acierto, a la interposición metódica de realidades y soluciones metajurídicas (extra ley procesal), como por ejemplo, el notabilísimo incremento de tribunales del trabajo, mejoramiento de las instalaciones tribunalicias, imposición de sistemas cibernéticos adaptados a la práctica procesal, como el caso del sistema JURIS2000 como Modelo Organizacional de los Tribunales, etc., o sea, que de lo tratado en su conjunto para la superación de la celeridad de los juicios laborales, y muy bien que así se haya hecho, fue el establecimiento

⁴⁸ Campos Rivera, Domingo: *Derecho Procesal Laboral*, Bogotá, Editorial Temis, 2003, pp. 39 y 40.

combinado de elementos jurídicos y metajurídicos, buena parte de las cuales combinaciones, nada tiene que ver con el sistema de la oralidad o con el sistema de la escritura.

Por otro lado, tampoco se puede incurrir en lo que Augusto Enrique Torregroza Sánchez ha denominado la sacralización de la oralidad, pues aparte de que esa práctica, refiriéndose a Colombia, desde luego,

(...) fue uno de los daños que se le hizo al proceso del trabajo. El cultor a la oralidad por la oralidad, que llegó hasta el extremo de reclamar que todas las pruebas, así fuesen la documental y la pericial, se evacuaran en audiencia, terminó dando al traste con la celeridad que identifica universalmente a las causas judiciales del trabajo. Acabó por convertirse la oralidad en un freno a la agilidad y a la rapidez de los trámites, con lo que devino un proceso laboral pesado, lento y demorado en demasía (...) ⁴⁹, lo cierto del caso es que el sistema de la oralidad no es perfecto y debe examinarse con mucha ecuanimidad.

Juan García Vara, por caso, considera que no obstante las actuaciones indispensablemente escritas previstas en la LOPT, ello no le hace cambiar la naturaleza de procedimiento oral al juicio laboral, lo cual es cierto, pero agrega que tampoco se puede calificar “(...) como mixto, porque el predominio de la oralidad es determinante, la mayoría de las actuaciones son orales, la oralidad se presenta como el elemento central, exigiendo la presentación de las partes a una hora y día determinado, para oír sus alegatos (...)” ⁵⁰.

⁴⁹ Torregroza Sánchez, Augusto Enrique. *Curso de Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2002. 2ª edición, pp. 27 y 28.

⁵⁰ García Vara, Juan. *Procedimiento Laboral en Venezuela*. Caracas. s/e. 2004, p. 27.

No obstante, pocos meses antes de la edición de su citada obra, Juan García Vara, antes de señalar que “(...) En el juicio oral la oralidad y la escritura se combinan (...)”, había expresado: “(...) La oralidad no sustituye a la escritura, está presente con ésta en cada juicio; lo que sucede es que se da más valor a la discusión oral de los hechos que a la comprobación de éstos por los escritos. En ningún sistema se puede prescindir de la escritura; la oralidad necesita de la forma escrita. Como sostiene Álvarez Sacristán, no es deseable la oralidad plena. Si existe el procedimiento exclusivamente escrito, no pasa lo mismo con el oral, pues en realidad cuando hablamos de éste, queremos significar que la forma oral es la que predomina dentro de él. Véscovi los llama mixtos o procesos por audiencia (...)” (“La Oralidad en los Juicios del Trabajo”, en *Estudios sobre Derecho del Trabajo*, Libro homenaje a José Román Duque Sánchez, del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas. Fernando Parra Aranguren editor, 2003, Volumen I, pp. 578 y 579).

Entiendo que el vocablo mixto implica algo que está mezclado, o mejor, que está formado por varios elementos que se mezclan para componer otro, y por consecuencia, como lo ampliamos casi de inmediato, siendo fieles a nuestra creencia de que la LOPT es una combinación de factores pertinentes a la oralidad, en forma prevalente, pero también tiene factores pertinentes a la escritura, o sea, que está formado por la mezcla de elementos jurídicos de distinta naturaleza, como acontece ecuménicamente en los diversos sistemas procesales consagrados en leyes generales o especiales, no tengo la menor duda de que el proceso laboral con predominio oral, pero también escrito, es un proceso de naturaleza heterogénea, mixta, o como lo expresan los Villasmil, que dada las características de la LOPT, ellos pueden “(...) afirmar que la forma oral es la regla y la escrita es la excepción aplicable a casos específicos (...)”⁵¹.

Incluso, se recuerda que cuando Chiovenda analizó el comienzo de las discusiones sobre la oralidad y la escritura en Italia, señaló que la discrepancia “(...) se resolvió adoptando un *sistema mixto*, sin pensar que hoy el proceso no puede ser puramente oral o escrito. Exclusivamente oral sólo puede ser un proceso primitivo: cuando los pleitos y los medios de prueba son sencillos, simples y no se admiten las impugnaciones o apelaciones y los medios de reproducción de la palabra son difíciles. En los pleitos de una civilización más avanzada, la escritura tiene siempre una parte. **Todo proceso moderno es, por lo tanto, mixto;** y será oral o escrito según la importancia que en él se dé a la oralidad y a la escritura, y, sobre todo, según el modo de verificar la oralidad (...)” (Las cursivas en el texto copiado)⁵².

Como lo expresa Sánchez Noguera, después de examinar las ventajas y desventajas del sistema oral y del sistema escrito, “(...) Resulta, por ello, que la oralidad pura no es la forma más adecuada del proceso civil y que a la oralidad debe agregarse, socorriéndola, la documentación (...)”, y no obstante que, como el mismo Sánchez Noguera lo anota, siendo aplicable al proceso laboral, “(...) El principio de oralidad comporta que solamente las alegaciones expresadas oralmente pueden llegar a constituir fundamentos del fallo, siendo el último debate oral el que regula lo que ha de tenerse como válido de lo aportado oralmente, lo

⁵¹ Villasmil Briceño, Fernando, y Villasmil Velázquez, María. *Nuevo Procedimiento Laboral Venezolano*. Maracaibo. Librería Europa C.A. 2003, p. 33.

⁵² Chiovenda, José. *Opus cit.* Tomo II, pp. 145 y 146.

que significa que los acontecimientos del último debate oral pueden privar de valor a los anteriormente conocidos en el proceso, pero de ningún modo éstos pierden su eficacia por no ser nuevamente aportados (...)", y por virtud de lo cual, en referencia al proceso laboral previsto en la LOPT, el citado autor manifiesta su convicción de que la oralidad es "(...) un instituto procesal fundamental, en virtud del cual el proceso judicial del trabajo sea un instrumento que permita la efectiva realización de la justicia y el cumplimiento del fin social de la misma (...)"⁵³.

Como se observa, es muy amplia esta temática de la oralidad, muchos los enfoques de diversos aspectos jurídicos y metajurídicos, pero ambos importantes en el juicio oral.

7.2 Lo dispuesto por el artículo 257 de la CRBV y el artículo 2° de la LOPT

Por lo expuesto, se insiste, aquí tan sólo expondremos algunas ideas relativas al significado que este principio de la oralidad tiene en la vinculación del mismo entre la CRBV y la LOPT, implantada como ha sido la prevalencia de la oralidad sobre la escritura, pero sin entrar en disquisiciones sobre las ventajas o desventajas del sistema oral, y en fin, si nos detendremos en una pequeña disertación sobre cómo se entiende hoy día la dogmática de la oralidad en general, y en particular en el proceso de nuestra disciplina.

Así, cuando la CRBV se refiere a la oralidad *ex* artículo 257, lo expresado es que todo procedimiento será predominantemente oral, lo que no excluye *per se* el acto procesal en forma escrita, y no sólo por una conclusión acomodaticia de que no hay un sistema escrito puro ni hay un sistema oral puro, sino que todos los sistemas son combinaciones de ambos con preeminencia de uno de ellos sobre el otro. Incluso, repitiendo la cita de Sentís Melendo, este artículo 257 lo que trata es de utilizar la comunicación oral entre los sujetos del proceso, pero sin prescindir de los elementos escritos que pueden dar una mayor fijeza, y hasta solidez al desarrollo procesal, pues la escritura es indispensable, precisamente, para establecer aquello que se debe tratar oralmente, y más allá, no siendo la oralidad un fin en sí mismo, lo que se busca con su predomi-

⁵³ Sánchez Noguera, Abdón. *El Principio de Oralidad en los Procedimientos Civil y de Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas. Ediciones Paredes. 2004, pp. 50 y 75.

nancia en cualquier proceso es la concentración –en una misma audiencia– de diferentes actos procesales, con lo cual se tiende al proceso célere, y que en su realización acontezca una total comunicación entre los sujetos del proceso, o sea, inmediación plena, sin superposiciones y sin intermediarios, sobre todo en referencia al destinatario del medio de prueba: El juez, todo con objeto de buscar exhaustivamente la verdad, pues en realidad, como bien lo afirmó el genio de Chiovenda, el proceso oral requiere sea concentrado en una audiencia o en pocas audiencias próximas, puesto que cuanto más próximas a la decisión del juez son las actividades procesales, tanto menor es el peligro de que la impresión adquirida por éste se borre y de que la memoria lo engañe, “(...) Este principio de la *concentración* es la consecuencia principal de la oralidad, y la que más influye en la brevedad de los pleitos. Decir *oralidad* es lo mismo que decir *concentración* (...)” (Las palabras en letra cursiva son del texto copiado⁵⁴, y todo ello sin olvidar que la concentración –y la inmediación también– provienen de la oralidad misma, aunque desde luego, nada impide que se mencionen como predicados separados como normalmente así sucede, y muestra de ello es la enunciación separada que como principios prevé el artículo 2° de la LOPT de la oralidad, la concentración y la inmediatez.

Según Devis Echandía, si bien la doctrina recomiendan la oralidad, no es menos cierto que este sistema “(...) exige más jueces y mayor costo, por lo que en muchos países como Colombia, no ha sido posible establecerla en lo civil, sino muy limitadamente (para recepción de pruebas personales: testimonios e interrogatorios a las partes y para el proceso oral que rige en los asuntos de mínima cuantía [...]) pero se consagró ampliamente, con la salvedad de la demanda, su contestación y ciertas peticiones fuera de audiencias, en nuestro proceso laboral, desde 1938 (...)”, de forma que para él en el procedimiento oral la concentración e inmediación operan de manera perfecta; el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen, y dispone, por último, de una mayor actividad y más amplias facultades. Todo esto permite un mejor predominio de los principios inquisitivos, de la inmediación, y de la concentración y celeridad⁵⁵.

⁵⁴ Chiovenda, José. *Opus cit.* Tomo II, p. 151.

⁵⁵ Devis Echandía, Hernando: *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997. 2ª edición, pp. 68 y 69.

8. Sobre la aplicación de los principios generales del derecho y la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil en el proceso laboral

(...) Objeto del proceso civil es la comprobación y ejecución de los derechos conferidos al particular por el orden jurídico. De qué manera y modo ello debe ocurrir, no puede quedar en la libre apreciación del juez. Es deber del legislador establecer reglas firmes, vigentes para la generalidad, según las cuales se debe desarrollar el procedimiento. Las primeras directivas para la concreta configuración del procedimiento ya las tenemos con la determinación de los principios fundamentales del mismo. Tales llamados principios contienen los puntos de orientación más importantes, al que se debe ajustar el desarrollo del procedimiento (...).

Stefan Leible*

8.1 *La regulación de los actos procesales*

Los actos que realizan las partes y el juez sirven para iniciar, impulsar, instruir y terminar el proceso, con objeto de componer definitivamente y según lo perseguido, el conflicto preexistente, con lo que se dice al mismo tiempo, que esos actos procesales están dispuestos para el cumplimiento de la función pública que caracteriza el proceso. Es más, hoy día, cuando ya se discierne sobre un derecho constitucional procesal, se dice que la forma esencial más que eso en lo que deviene es en un sistema de garantías para los justiciables, pues con tales formalidades-garantías lo querido es eliminar cualquier tipo de arbitrariedad que menoscabe los derechos de las partes, y más allá, la integridad misma de la jurisdicción, la integridad del Derecho Positivo.

Para regular todas esas actuaciones, en general se previó el artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, con la siguiente redacción:

Artículo 11. *El principio de legalidad de las formas. La integración del derecho por la **analogía** y el carácter tutelar*

* *Proceso Civil Alemán*. 1999

Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en la ley; en ausencia de disposición expresa, el Juez del Trabajo determinará los criterios a seguir para su realización, todo ello con el propósito de garantizar la consecución de los fines fundamentales del proceso. A tal efecto, el Juez del Trabajo podrá aplicar, *analógicamente*, disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el carácter tutelar de derecho sustantivo y adjetivo del derecho del trabajo, cuidando que la norma aplicada por analogía no contrarie principios fundamentales establecidos en la presente Ley.

Luego, concebido como está este artículo 11 para regular el proceso laboral, y destacada la relevancia de los actos procesales y el cumplimiento de sus formas, llama la atención que desde el proyecto original hasta la vigente LOPT, el único sistema de integración del derecho mencionado expresamente sea la *analogía*, sin mencionar siquiera este artículo 11 los *principios generales del Derecho*, así como tampoco el debido interés del Legislador respecto a la *aplicación supletoria* de las normas procesales en el procedimiento laboral, formándose así una especie de *omisión no argumentada* con relación a dicha aplicación *supletoria* de las normas procesales, particularmente las disposiciones del CPC en los vacíos de LOPT respecto a la formalidad de los actos del proceso.

Y extraña, además, esta omisión a la aplicación de los principios generales del Derecho, y la aplicación supletoria, si se reflexiona sobre los siguientes precedentes. No hay orden jurisdiccional más excelso, más especial y trascendental que el constitucional, y con todo la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales prevé en su artículo 48 la *aplicación supletoria* de las normas procesales *vigentes*, y para los otros casos que cursan por ante el Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 22.4 de su Ley Orgánica determina expresamente la *supletoriedad* de las reglas del Código de Procedimiento Civil, sin olvidar que múltiples sentencias de las distintas Salas del Máximo Tribunal, han reiterado la aplicación supletoria del CPC cuando se trata de recursos intentados ante el orden jurisdiccional constitucional o ante el contencioso administrativo.

Pero, visto el asunto desde otro punto, es tan sensible la aplicación de este artículo 11 a la libérrima voluntad del juez y tan indefinidos los

supuestos de aplicación, que al final parece difícil asumir la integración por analogía que es el método propuesto.

Así, nótese que al regular la formalidad de los actos procesales, se reitera que el principio de legalidad del acto está *limitado* a las formalidades que la Ley Procesal Laboral prevé, y en su defecto, deja a la *absoluta discrecionalidad* del juez social la determinación de los criterios a seguir para la realización del acto, y aunque vinculada esa determinación a los fines fundamentales del proceso, lo que si bien repudia la arbitrariedad, nos involucra en una discusión teórica inconclusa dadas las notables diferencias de la doctrina científica respecto a cuáles son esos fines del proceso, resultando así una directriz imprecisa.

Incluso, este procedimiento de integración por analogía no es tan sencillo como aparenta, pues no basta que a un caso no previsto se deba aplicar otra norma reguladora de un caso análogo, sino que, además, se requiere y en todos los casos, el convencimiento subjetivo del aplicador del derecho, respecto a la necesidad de que exista una misma razón para que el caso vacío sea resuelto de forma similar al caso previsto.

Además, cabe preguntar: Si con la integración por analogía lo que se está trayendo a colación es el postulado del artículo 4° del Código Civil: ¿Por qué razón no se invoca en este artículo 11 el otro sistema tradicional de integración como lo es el de la aplicación de los principios generales del derecho?, ¿existirá alguna razón jurídica que impida al operador del derecho y en ese evento de que ni aun la analogía aclare suficientemente las dudas, recurrir a los principios generales del derecho?

Me parece que no hay ningún impedimento para ello, creo con Couture en alusión a estas nociones de leyes análogas y principios generales del derecho, que

(...)Estos conceptos son, por supuesto, *necesariamente equívocos*. Significan mucho más o mucho menos de lo que se ha querido decir. Pero en todo caso, lo que queda *de relieve es que la ley lleva contenida en sí misma todo el ordenamiento jurídico en su integridad*. Cuando su texto lo refleja inequívocamente, el caso se resuelve por él; *cuando no ha sido prevista de modo expreso la situación de hecho que presenta la vida, es todo el ordenamiento jurídico en su integridad, el que está presente para decidir el caso*.

No hay aquí, en consecuencia, lagunas del ordenamiento. Habrá, en todo caso, omisiones de previsión expresa (... , destacados nuestros)⁵⁶.

8.2. ¿Cuál es el problema de fondo?

Comienzo por compartir con Lars D. Heriksson, que “(...) El derecho moderno está tan sobrecargado de tareas conflictivas y de valores mutuamente conflictivos que su colapso podrá ser inminente. Al menos, se puede hablar de una crisis conceptual del derecho moderno (...)”, lo que conduce a preguntarnos, para comenzar a precisar cuál es esa crisis conceptual, cuáles son, entonces, las funciones del derecho, y pese a la multiplicidad de criterios al respecto, también me adhiero a la temprana conclusión expresada así:

(...) Por mi parte, comparto la concepción weberiana, según la cual las funciones del derecho son: a) *integrar* los diferentes órdenes de los que la sociedad se compone; y b) resolver los conflictos que estos órdenes no son capaces de resolver, o bien dentro de sí mismos, o entre ellos. *El sistema jurídico es, en otras palabras, un orden de integración y un orden de resolución de conflictos, que “cubre” los otros órdenes diferenciados* (... , destacados nuestros)⁵⁷.

Así las cosas, parece evidente que toda norma étática debe cubrir, hasta donde sea posible y bajo la técnica legislativa de elaboración que fuere, el mayor número de escenarios posibles en el campo por aquella regulado, que con todo lo difícil de esa tarea, no puede abandonarse en cuenta su vocación a la *integralidad normativa y con vista al ordenamiento jurídico como un todo*, en virtud de lo cual a la imposibilidad intelectual y operativa de cubrir todos los eventos, sucede la concepción de que el derecho, el sistema jurídico, parafraseando a Heriksson, ha de comportarse como un orden de integración, o sea, como reglas (y principios) que conjuntadas armónicamente convergen en plenitud her-

⁵⁶ Couture, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, DEPALMA 1978, 2ª edición, Tomo III, p. 44.

⁵⁷ Eriksson, Lars D. *Tendencias Conflictivas en el Derecho Moderno*, en La Normatividad del Derecho, AA.VV. Barcelona, Gedisa Editorial, Traducido del Finlandés por Eduardo Rivera López, 1997, pp. 113 y 114.

menéutica tendente, precisamente, a cumplir con su función de resolución de los conflictos.

No basta con lo dicho. Se requiere también que la norma legal propenda a la *firmeza* en sus términos y en su intención. Si a lo dicho se añade que la norma procesal es *instrumental* y, por lo tanto, en su interpretación el Tribunal debe tener en cuenta que *el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales*, en los términos del artículo 14 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, se debe concluir en que aquella *integralidad y esta firmeza deben caracterizar señaladamente la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, o para decirlo con palabras de Leible: “...El objeto del proceso civil es la comprobación y ejecución de los derechos conferidos al particular por el orden jurídico. De qué manera y modo ello debe ocurrir, *no puede* quedar en la libre apreciación del juez. *Es deber del legislador establecer reglas firmes, vigentes para la generalidad, según las cuales se debe desarrollar el procedimiento* (... , cursivas agregadas)”⁵⁸.

De otra manera, lo que se debió buscar era cubrir en los términos más amplios y categóricos posibles todo lo referente a la formalidad de los actos procesales, mas como quiera que ello no es fácil, ya se dijo, debe abrirse la instrucción directa de la aplicación supletoria de las normas del proceso civil en tanto y en cuanto éstas no contraríen los principios fundamentales que se insertan en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

El querer evitar la aplicación supletoria de las normas procesales no sólo es que le da la espalda a la modernidad, que en todo caso es un juicio valorativo, sino que en lo de fondo, (i) conspira contra los postulados de la certeza y de la seguridad jurídica, que al proceso le son viscerales, como lo demuestra la inserción de esos dos señalamientos en el artículo 49 de la CRBV; (ii) de alguna manera no guarda empatía con el garantismo del Estado respecto a que la justicia, entre otras cualidades, debe ser transparente, (iii) y en fin, al dejar todo en manos de la discrecionalidad del *officium iudicis*, vuelca con exceso, el proceso al dominio del juez: Casi como que se pasa del extremo del juez fantoche al otro extremo por igual pernicioso: El juez dictador, y ninguno de los dos

⁵⁸ Cfr. Leible, Stefan. *Proceso Civil Alemán*, Santafé de Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung y Biblioteca Jurídica Dike, 1999, p. 129.

sirve para solventar la fenomenología procesal, pues como con su acostumbrada enjundia lo dijera Couture,

(...) Toda doctrina que resuelva el problema del proceso a expensas del juez, *renuncia implícitamente a ser una solución, para constituirse en una evasión*. Decir que el problema procesal se resuelve invistiendo al juez de los plenos poderes discrecionales de un Jefe de Estado autoritario, reforzando al máximo su autoridad, significa dejar las cosas en su punto anterior. Porque entonces, de allí en adelante, *el problema será el juez*. En el momento mismo en que las formas dejan de ser una inquietud, *el juez comienza a ser algo inquietante*. El juez es, a fin de cuentas, un hombre. Puede suponersele bueno y bien intencionado. Pero para saber lo que en definitiva ese hombre vale, como expresión definitiva del derecho, hay necesidad de investigar este punto fundamental: lo que ese hombre significa dentro del sistema político al que sirve (... , cursivas nuestras)⁵⁹.

El Maestro Cuenca transitó similar reflexión:

(...) la experiencia ha demostrado —dijo en una revista mexicana— que *tan funesto es a la administración de justicia dejar sin control en manos del juez los elementos de juicio, como el atarle las manos y convertirle en mero espectador de la controversia*, en la que se limita como bien dice la Relación Grandi, a levantar la mano del que resulte vencedor, sin haber participado activamente en la formación del proceso (...). Por tanto, un *buen procedimiento deberá procurar un justo equilibrio, que al mismo tiempo que evite la arbitrariedad judicial, capacite al órgano jurisdiccional para investigar la verdad sin mengua de los derechos de las partes* (... , cursivas añadidas)⁶⁰.

⁵⁹ Couture, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, DEPALMA 1979, 3ª edición, Tomo I, p. 340.

⁶⁰ Cuenca, Humberto: *Aspectos Fundamentales del Proceso Civil Venezolano*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, N° 8, octubre-diciembre 1952, p. 105. Citado por Jesús Clarke Pérez en su monografía *Facultades de los Jueces en el Proceso Laboral Venezolano*, Caracas. Editorial Sucre. 1968, p. 7.

En su letra y en su intención, íntegramente suscribo el criterio de nuestro eminente procesalista, todavía vivo hoy con sus ideas.

8.3 *El criterio sobre la autonomía del Derecho Procesal del Trabajo*

Todo cuanto se ha dicho sirve para aproximarnos a la autonomía del Derecho del Trabajo y, desde luego, a la del Derecho Procesal del Trabajo.

Ahora el asunto es más grave de lo que pueda deducirse de la manoseada y con frecuencia hipertrofiada autonomía del Derecho del Trabajo. Según creo, la especialidad de una disciplina no es un mero afán, y a pesar de las imprecisiones y dificultades para su determinación, su contenido puede ser indudable y, sin embargo, ese tampoco es el fondo de la discrepancia: Lo controvertido resulta el alcance de la socorrida tesis de la autonomía, pues no falta quienes pretenden derivar de ella una singular desvinculación de nuestra disciplina con el sistema positivo.

A semejante absurdo nos oponemos.

En realidad esto de la autonomía del Derecho del Trabajo tiene enfoques que resultan contradictorios. Así, mientras hay quienes le conceden importancia académica y práctica, autores hay, como el Maestro Barassi, para quien esta cuestión no tiene la trascendencia que se le ha atribuido, dado que si se atiende el concepto literal de la autonomía se pudiera inducir que nuestra disciplina está aislada en absoluto de las otras zonas del derecho, *lo cual es un contrasentido demasiado evidente por los múltiples nexos que esta materia tiene con el resto de las disciplinas jurídicas. Creyendo como cree en la unidad fundamental del Derecho, se inclina a no dar gran importancia a la discusión sobre esto de la autonomía* (cursivas añadidas)⁶¹.

Según nuestra manera de ver las cosas, la idea de que el sistema jurídico de cada Nación es uno solo e integral, determina la real dimensión del asunto: *No existen derechos, sistemas o disciplinas jurídicas fuera de ese sistema único e integral*, dentro de él, eso sí, caben y coexisten las diversas materias con sus características, con su particularismo (como le dicen Camerlynck y Lyon-Caen), especialidad, autonomía, como se le

⁶¹ Barassi, Ludovico: *Tratado de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Editorial Alfa 1953, Traducción de Miguel Sussini, Tomo I, pp. 231, 232 y 233.

quiera llamar: El Derecho del Trabajo es autónomo como son autónomas otras disciplinas jurídicas que por igual tienen principios, doctrina, academia y jurisdicción singulares, pero todas se inspira en el Derecho de siempre, se relacionan entre sí y acuden al derecho común cuando el especial no contempla o no tiene una solución adecuada a una determinada figura o situación.

Néstor De Buen, analiza el asunto así: Determinar en qué caso una disciplina jurídica merece los atributos que determinan su especialidad no es un problema de juristas, siempre inclinados a favorecer la autonomía de su materia, sino de políticos y aún más, de conciencia social. Luego lo que no logra entender este autor, es cómo se puede negar, aunque la negativa sea formal e intrascendente, la supletoriedad del derecho común respecto de los derechos especiales, pues la especialidad no le permite al derecho laboral llenar todos los aspectos de las relaciones en que intervienen trabajadores y patronos:

(...) Por muy desarrollada que esté una disciplina especial, nunca podrá colmar la totalidad de los problemas de sus sujetos, de sus actos y de sus normas, los que necesariamente estarán subordinados, en última instancia, a reglas del derecho común. Y lo que es más grave, de no ser así, de crearse dos sistemas jurídicos aislados como seguramente ha pretendido nuestro legislador de 1970, con argumentos más políticos que jurídicos, se produciría un caos que haría extremadamente difícil la vida social (...) ⁶².

Para Krotoschín la especialidad del derecho laboral se debe a que éste corresponde a la aparición de situaciones especiales no previstas o no adecuadamente resueltas por el derecho común, de manera que regularlo no pudo y no puede significar otra cosa que crear para los trabajadores un estatuto jurídico conforme con la importancia socio-económica a que ha llegado el trabajo dependiente, y apreciando el papel que los trabajadores subordinados han desempeñado en la evolución de la sociedad, de suerte que la especialidad de la disciplina se entiende, por un lado, en el sentido de referirse a determinada catego-

⁶² De Buen, Néstor: *Derecho del Trabajo*. México, Editorial Porrúa 1979, 3ª edición, Tomo I, pp. 109 y 110.

ría de personas en su calidad específica de trabajadores dependientes o de patronos y, por el otro, por constituir un derecho tendente a afirmar la posición jurídica de los trabajadores en conformidad con la posición que ocupan en la sociedad, sin que ello signifique que sea un derecho de excepción: “(...) Es un derecho singular, especial, que deroga al derecho común en cuanto éste no contradice con los fines que persigue aquél, pero que en lo demás, guarda estrecho contacto con el ordenamiento jurídico general (...)”⁶³.

Alonso García, no obstante lo enfático de sus consideraciones sobre este punto, se aligera a aclarar:

(...) pese a todo lo dicho, el sentido de esta autonomía no debe ser entendido de una manera tan radical y absoluta que lleve a la conclusión de que puede sostenerse la total independencia del Derecho del Trabajo respecto a otras disciplinas jurídicas o no. Con Bielsa y con Deveali tenemos que convenir en el sentido relativo de toda autonomía, en cuanto que no hay disciplina jurídica, por objeto muy propio y definido que tenga, que pueda ser estimada de modo aislado y con carácter ajeno a lo que significan las recíprocas e inevitables relaciones y dependencias entre las diferentes ramas del Derecho (...).

Más adelante el catedrático barcelonés concluye con una afirmación de suyo interesante: “(...) El significado de la autonomía científica no es, por consiguiente, ni el de un aislamiento que reduzca el Derecho del Trabajo a consideración totalmente ajena respecto de otros Derechos, ni supone tampoco una continuidad de solución al problema de la unidad del Derecho, que en todo caso, permanece asegurada con anterioridad ya, a la problemática misma del Derecho del Trabajo como Derecho autónomo (...)”⁶⁴.

De La Cueva fue tajante: “...Hemos afirmado varias veces que el derecho del trabajo actúa *dentro* de la órbita del orden jurídico total y

⁶³ Krotoschín, Ernesto: Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma 1968, 2ª edición (3ª reimpresión), Volumen I, pp. 7, 8, 9 y 10.

⁶⁴ Alonso García, Manuel: *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, Ediciones Ariel 1973, 4ª edición, pp. 116 y 117.

nunca admitiremos el desconocimiento de los principios que forman la esencia de este orden jurídico (...)” (cursivas añadidas)⁶⁵.

Caldera lo expresa así: “(...) Concluycamos, pues, que la rama jurídico-laboral es una rama autónoma de la ciencia jurídica, pero en *armonía* cada vez mayor con ella. La ciencia del Derecho del Trabajo no desconoce, como algunos pretenden achacarle, los principios fundamentales del Derecho. Ha contribuido, por lo contrario, a darle nueva vida (...)” (cursivas añadidas)⁶⁶.

Alfonzo Guzmán lo observa en términos no solamente claros y precisos, sino que además, de cara a la práctica forense, va al origen y al fondo del asunto: La enseñanza universitaria. En efecto, para nuestro autor, en tesis que comparto totalmente, la hiposuficiencia del trabajador es cierta, pero no siempre tratada con absoluta honestidad, o por lo menos, con rigor científico, agrego, ha desviado el acto de la enseñanza en el Alma Mater:

(...) Predicamos que el Derecho del Trabajo está enlazado a la naturaleza y al destino del hombre, y, en particular, del hombre más indefenso para la lucha económica vital. Pero ese inocultable ligamen ha llegado a *deformar la enseñanza de la asignatura en las universidades venezolanas*, pues parece dirigida a hacer *olvidar las técnicas propias de la Ciencia del Derecho en la interpretación y aplicación de las reglas del Derecho Laboral*. Con una desmesurada insistencia en el trasfondo de la lucha histórica de una clase contra otra, privilegiada por el dominio sobre los bienes de producción —en el cual funda el desigual reparto del producto de la empresa común—, nuestros centros de estudio han venido formando profesionales conscientes de la justificación moral de la nueva disciplina, *pero dolorosamente ignorante de su parentesco científico con el universo admirable del Derecho*. A ese alumno no se le enseña que todo el trato de favor infundido en la regla en el momento de su creación legislativa, no cambia

⁶⁵ De La Cueva, Mario: *Derecho Mexicano del Trabajo*, México Editorial Porrúa 1967, 8ª edición, Tomo II, p. 641.

⁶⁶ Caldera Rodríguez, Rafael: *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, El Ateneo Editorial, 1979, 2ª edición, 6ª reimpresión, pp. 83, 84 y 85.

los conceptos fundamentales sobre el conocimiento de las normas jurídicas; ni que la naturaleza, categorías, características y efectos de los derechos y obligaciones nacidas de esas normas y de las convenciones celebradas, *son idénticos a los propios del derecho común*. Esa exacerbada insistencia en lo sentimental provoca el drama de una docencia universitaria dirigida a conmover, *más que a formar, al abogado para las exigencias de una rama profesional que no se agota en las lágrimas de uno de los sujetos en litigio*. Por causa de esa debilidad científica, nacida de la superficialidad de la enseñanza, nuestro graduando sabe calcular la duración del preaviso, pero desconoce sus complejos efectos sobre la relación jurídica que vincula a las partes; y habla de la solidaridad del comitente con su contratista, pero se muestra perplejo y sin guía cuando uno de los dos codeudores se insolventa o le opone la prescripción, o los efectos de la cosa juzgada recaída en la causa contra el otro deudor. Estas dificultades se omiten de modo sistemático como materia docente, *en nombre de la autonomía de nuestra disciplina, por una cátedra orgullosa hasta el fanatismo de su voto de ignorancia* (... , cursivas agregadas)⁶⁷.

Si pudiera agregarse algo, digo que la grave a la par de valiente denuncia, pudiera llevarnos a un contrasentido en relación con lo que el Derecho del Trabajo ha representado histórica y científicamente en el sistema jurídico.

Me explico. Nuestra disciplina no sólo insurgió como una herejía contraria a las creencias decimonónicas del derecho común, hoy por cierto también superadas en buena parte, sino que además fue una herejía

⁶⁷ Alfonso Guzmán, Rafael J.: *Didáctica del Derecho del Trabajo*, Caracas, Adriana Alfonzo Sotillo editor., 2006, 14ª edición, pp. 6, 7 y 8. "(...) He decidido recurrir –afirma Martorell– a una frase del querido Jaime Anaya en la que habla de la impropiedad de los “autonomismos celosos”, cuando no “feroces” [...] porque me ha parecido la más gráfica para poner de manifiesto el grave daño que se le causa al ordenamiento y, consecuentemente, a la comunidad por él regida, cuando se analiza una situación particular con un parche en un ojo: el de la miopía producida por el empecinamiento de aislarse en el microcosmos creado por la rama del derecho que se cultiva [...] la sola idea de que se pretendiese desde otras ramas jurídicas –por ejemplo el derecho tributario, o el agrario minero– reglamentar en forma autónoma el pago, las nulidades, o las peculiaridades de la familia del “contribuyente” o del “gambusino” (buscador de oro), da una visión más clara de que en ese supuesto estaríamos frente a algo cercano al dislate (...).”

triumfante. Pues bien, pareciera que ciertos “autonomismos celosos”, cuando no “feroces”⁶⁸, se han quedado en la noche de los tiempos y han dogmatizado los presupuestos y las tesis laborales, otrora irreverentes, como si la dinámica social no fuera tal, y como si las circunstancias materiales de aquel entonces se han petrificado.

Tal postura de los “autonomismos celosos”, además de equívoca, pasa a ignorar, contradictoriamente con los postulados invocados por quienes así piensan, el grueso del asunto: El ideal de la justicia rápida es común para todos los procesos y no sólo para el laboral. De Litala diría en términos generales que el Derecho es unitario desde el punto de vista ideológico, aun cuando admite distinciones internas, dada la comprensión de la autonomía de ciencias jurídicas singulares dentro del sistema general del derecho: Es así cómo en lo particular considera que el procesal laboral constituye una disciplina autónoma, dado que ésta tiene y desarrolla institutos propios, que si bien en el estado actual constituyen una unidad sistemática particular, podrán mañana constituir los institutos del derecho procesal común, “(...) y entonces se fundirán el derecho procesal civil y el del trabajo en una rama única (...)”. La autonomía de una disciplina jurídica, agrega De Litala,

(...) no significa independencia absoluta de las otras disciplinas, *en cuanto existen relaciones de coordinación entre una ciencia y todas las otras*, aun cuando tales relaciones sean simplemente las de las partes que se funden en un todo, esto es, en el sistema general del derecho, o bien relaciones particulares de coordinación y de dependencia al mismo tiempo, de ciencias que, en el mismo campo del derecho, pertenecen, por decir así, a una misma ramificación creada por un proceso de especialización. Así la ciencia del derecho procesal del trabajo tiene relaciones de interdependencia con las ciencias particulares procesales y, por consiguiente, con *el derecho procesal civil, con el cual tiene muchísimos puntos de contacto, por la identidad de funciones* (...), destacados nuestros)⁶⁹.

⁶⁸ La expresión es de Jaime Anaya, quien es a su vez citado por Ernesto Eduardo Martorell, en su obra *Despido por Fuerza Mayor y por Causas Económicas*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1990, pp. 169 172.

⁶⁹ De Litala, Luigi: *Derecho Procesal del Trabajo*, Buenos Aires, EJE, traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo, 1949, Volumen I, pp. 23, 24, 25, 26 y 27.

La Ley N° 26.636, Ley Procesal del Trabajo del Perú, reformada por la Ley N° 27.021 del 23-12-98, contempla en la Tercera de las Disposiciones Derogatorias, Sustitutoria y Finales, la siguiente orden: “(...) En lo no previsto por esta Ley, son de *aplicación supletoria* las normas del Código Procesal Civil (...)”⁷⁰. A partir de ese pronunciamiento legal, Pasco Cosmópolis, reseña que esto de la autonomía de nuestra disciplina es planteado a menudo en forma extrema, desde quienes la niegan hasta quienes la adoptan en forma radical, entendiendo que la primera posición es una manifestación ya no teórica sino legislativa y real, que tiene como ejemplo el Código Procesal único del Uruguay que somete a un mismo trámite los asuntos civiles y laborales, en tanto que la tesis de la adopción radical de la autonomía fue preconizada, entre otros, por Trueba Urbina, asumiendo que no existe ninguna equiparación entre el Derecho Procesal Laboral y el Derecho Procesal Civil, y concluyendo Pasco Cosmópolis en que la mayoría de la doctrina laboralista milita en una línea moderada que “(...) reconoce la existencia común en todas las ramas jurídicas procesales de los elementos esenciales, sin negar la presencia de elementos propiamente diferenciales (...)”, y siguiendo a Hugo Alsina, afirma con éste que “(...) la existencia de normas propias “no excluye la posibilidad de una teoría general, que comprenda los principios comunes (...)”. Cita a Allocati, apuntando que esa es exactamente su posición, respecto a que “(...) Las particularidades de cada una de esas ramas del Derecho Procesal no pueden hacer olvidar la presencia de institutos procesales comunes como la acción, la excepción, la prueba, la sentencia y sus medios de impugnación, cosa juzgada, ejecución, etcétera (...)”, y después de otras varias citas doctrinarias sobre el tema de la autonomía, concluye con el siguiente planteamiento: “(...) La autonomía del Derecho Procesal del Trabajo resulta incuestionable en su perspectiva teórica, aunque su correlato práctico varíe en énfasis de país a país, *autonomía que, por cierto, no significa autarquía ni aislamiento, sino natural interdependencia, en una relación de mutuo enriquecimiento entre las diversas disciplinas procesales (...), cursivas nuestras*”⁷¹.

⁷⁰ *Legislación y Jurisprudencia Laboral*. Publicado por la Editora Normas Legales. Lima. 2002. Pág. 582.

⁷¹ Pasco Cosmópolis, Mario: *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. Lima. AELE. 1997, pp. 29 a 34.

En el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia, se prevé en su artículo 145 que

(...) A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las *normas análogas de este Decreto, y en su defecto, las del Código Judicial* (...), Código éste que, por cierto, entendemos fue derogado y se aplica en sustitución, por el Código de Procedimiento Civil (cursivas añadidas)⁷².

Por ello, quizás, Domingo Campos Rivera, después de proclamar como autónomo al Derecho Procesal del Trabajo, agrega que

(...) Ello, sin embargo, en ningún sentido quiere decir que entre unas y otras ramas del derecho deba existir una total y absoluta desvinculación, porque entre todas ellas existen *relaciones*, sino que cada una debe tener unos principios, unas instituciones, unos objetivos, etc., capaces de diferenciar los de una de las otras. A manera de ejemplo, consideramos el caso destacar el hecho de que *en nuestro medio las relaciones entre el derecho procesal laboral y el derecho procesal civil son tan estrechas, que en lo no contemplado por aquél deben utilizarse las disposiciones de éste*. Esto, sin embargo, no quiere decir que el derecho procesal laboral no sea autónomo (... , cursivas nuestras)⁷³,

conceptos éstos que luego repite, al estudiar las relaciones de nuestra disciplina con el derecho procesal civil.

José Obando Garrido, invoca la conveniencia, para un claro discernimiento, de “(...) hablar de derechos pares solidarios, sustantivo y procesal laboral, para efectos de una interpretación y aplicación eficaz de las normas del trabajo (...)”, entendido que “(...) Este concepto de paridad, lógicamente, no riñe con la idea de autonomía científica que le asiste al Derecho Procesal Laboral. Esta autonomía va pareja a su especialidad y trascendencia (...)”, y afirma, además, que con todo y la

⁷² *Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*, Bogotá, Editorial Temis 2005, 2ª edición, p. 258.

⁷³ Campos Rivera, Domingo: *Derecho Procesal Laboral*, Bogotá, Editorial Temis, 2003, pp. 31 a la 35.

especialidad del derecho procesal del trabajo, éste “(...) se relaciona, evidentemente, con las demás ramas del Derecho (...)”⁷⁴.

La Ley 18.345 (Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo) de Argentina, prevé en su artículo 155 la aplicación directa de un numeroso grupo de artículos que –según Miguel Ángel Pirolo, Cecilia Murray y Ana Cecilia Otero– llega a un total de 335 artículos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, copiados en forma total la mayoría y algunos en forma parcial, según los citados autores, dicha toma es como si fueren “(...) normas propias, sin perjuicio de admitir la supletoriedad de las demás disposiciones de dicho régimen, en tanto resulten compatibles con el proceso laboral (...)”⁷⁵, siendo que, en efecto, después de mencionar los 335 artículos en cuestión, al final el artículo 155 de la Ley Procesal Laboral, dispone que “(...) Las demás disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación serán *supletorias en la medida que resulten compatibles con el procedimiento reglado en esta Ley* (...)”⁷⁶. Pues bien, después de dar las explicaciones respecto a los factores que permiten considerar a una disciplina jurídica como autónoma, Alejandro Babio destaca que

*(...) El hecho de llegar a constituir una rama autónoma del derecho no implica la desvinculación o contraposición de la nueva disciplina jurídica con los principios generales que lo informan. No debe confundirse la “autonomía” de una ciencia con su “independencia” o “aislamiento” del resto de las disciplinas jurídicas, las que resultan de supletoria aplicación, en tanto y en cuanto no se opongan o contradigan los postulados o principios ordinales, formativos de la nueva rama jurídica (... , cursivas añadidas)*⁷⁷.

Para Marín Boscán, luego de realizar varias citas de De Litala, Couture, Valenzuela, Trueba Urbina y Rodríguez Díaz sobre la concepción de

⁷⁴ Obando Garrido, José: *Derecho Procesal Laboral*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley-Ediciones Tunvimir, 2003, 4ª edición, p. 60.

⁷⁵ Pirolo, Miguel Ángel, Murray, Cecilia, y Otero, Ana María: *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 2004, p. 7.

⁷⁶ *Leyes Usuales del Trabajo*, Edición dirigida por Marianela Chirinian, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 2000, pp. 69 y 70.

⁷⁷ Babio, Alejandro Oscar: *Teoría y Técnica Probatoria en el Proceso Laboral*, Buenos Aires, Librería Editora Platense 1998, p. 39.

estos autores respecto a la autonomía del derecho procesal del trabajo, concluye preguntándose si la autonomía en general puede ser absoluta o relativa, y se responde así:

(...) La autonomía de una disciplina científica debe asumirse en forma relativa, a los fines de evitar su aislamiento científico, ya que debe guardar relación con otras disciplinas afines. En el plano jurídico, la autonomía relativa de las ramas de la ciencia jurídica, y su relación con otras disciplinas, coadyuva a la integración y progresión de las ramas del Derecho. De esta manera, el Derecho Procesal del Trabajo cuenta con una autonomía relativa, ya que guarda relación con otras disciplinas como estudiaremos de inmediato (...),

siendo que, en efecto, cuando pasa a analizar la relación de nuestra disciplina con el Derecho Procesal Civil, añade que “(...) es importante considerar que la doctrina del Derecho Procesal Civil pertenece al campo de la Teoría General del Proceso, y es la base fundamental de todo proceso judicial (...)”⁷⁸.

A título de resumen, afirmo que ciertamente la determinación de la autonomía de la disciplina procesal laboral es un asunto más técnico-social que jurídico, aunque lo jurídico también influye en esa precisión, pero en todo caso, la autonomía de nuestra disciplina –como la de cualquiera otra– no da posibilidad para imaginar que ella comporta su aislamiento del resto de las disciplinas jurídicas, primero, por razones de la propia naturaleza de la ciencia del derecho que como tal es universal y por lo tanto, no es posible concebir la actuación separada de sus diversas disciplinas, sino lo contrario, lo concebible es el actuar de relación entre todas ellas; segundo, por considerar que si el Derecho se entiende como un control social es, precisamente, porque como tal se distingue por institucionalizar la reacción de la sociedad frente a aquellas conductas contrarias a ese orden social, y es evidente que para atender efectivamente semejante caracterización, el derecho es uno solo, y aun cuando admite varias disciplinas con sus especialidades cada uno, actúa vinculado íntimamente entre todas ellas; y tercero, porque como ya se ha

⁷⁸ Marín Boscán, Francisco Javier. *Curso de Procedimiento Laboral Venezolano*. Caracas-Valecia, Vadell Hermanos editores. 2006, 3ª edición corregida, pp. 27, 28 y 29.

dicho, nunca una disciplina puede cubrir la totalidad de las situaciones y de los actos que se presentan en sociedad, y por consecuencia, necesita el derecho procesal laboral y en su lógica autonomía, de la plenitud hermética del orden jurídico, esto es, requiere del auxilio de las demás disciplinas procesales vigentes en el país.

8.4 *Sobre un primer acercamiento a la aplicación supletoria de la norma procesal*

Con fundamento en lo antes expuesto, cabe entender de esa manera el alcance de la autonomía del Derecho Procesal del Trabajo. Ahora bien, vinculado con esto de la autonomía, hemos dicho antes que pareciera que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo omite la aplicación supletoria de las normas procesales en el proceso laboral, pues la única referencia que, en lo general, prevé dicha Ley, es la integración del Derecho por el sistema analógico, según lo dispuesto por su artículo 11, en razón de lo cual pasamos a exponer nuestros criterios relacionados con este tema de la aplicación supletoria de las normas procesales en el proceso laboral, y con fundamento a las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales que por igual citamos.

El proceso laboral y el proceso civil aparecen cuando la norma sustantiva se denuncia como violada, y en virtud de ello se recurre a la función jurisdiccional que le incumbe al Estado, además, como una obligación, vale decir, que ambos son derechos secundarios, son los instrumentos para el restablecimiento o el cumplimiento del derecho sustancial, sin que ello desmerite su autonomía científica.

Pero no ha lugar a la discusión en cuanto a que el derecho procesal civil propone un estudio completo de la acción, entendida como el derecho a petición de los ciudadanos ante cualquier funcionario público (artículo 67 de la CRBV), la jurisdicción como función (poder-deber) básica del Estado, y el proceso como actividad destinada a obtener un resultado (la sentencia), y una finalidad (aplicación del derecho material al caso concreto).

Sin descuidar la generalidad del asunto, el procesal del trabajo atiende los principios y caracteres del derecho material del trabajo al cual debe adecuarse: En consecuencia, y por vía del ejemplo se repite, que la ley procesal laboral no desarrolla la regulación de todos los actos e institutos constituyentes del proceso ordinario, en razón de lo cual fue que en definitiva se aprobaron los artículos 11 y 70 de la LOPT: Cuando así

acontece, surge la aplicación supletoria de las demás normas procesales, incluyendo, por supuesto, las del CPC y entendido, claro está, que la aplicación supletoria implica, primero, que efectivamente en la LOPT haya ausencia completa en la regulación de una determinada situación; y segundo, que la norma supletoria no infrinja los predicados más trascendentes y definitorios de la Ley Procesal Laboral.

Y ello es más ostensible si se retiene que en realidad hoy día la aplicación supletoria en el ámbito procesal es una constante sobre todo, aunque no únicamente, en el caso de los procesos especiales cuya regulación, como ocurre con nuestra Ley Orgánica Procesal del Trabajo, no cubre enteramente todas y cada una de las situaciones y actos procesales, de donde se sigue que el verdadero problema de la aplicación supletoria de las normas del proceso civil en el proceso laboral en nuestro caso se ubica, por un lado, en la correcta interpretación del sentido y el alcance de la norma procesal civil, con objeto de determinar si su aplicación al proceso laboral es pertinente, en tanto que por otro lado, las variantes que constantemente se dan en la regulación del proceso del trabajo en ocasiones conlleva nuevos problemas de difícil solución, y en fin, surgen dudas en la válida o inválida adecuación de la norma procesal civil a los principios particulares del proceso laboral.

A partir de estos fundamentales problemas, digamos entonces que la aplicación supletoria es en verdad un procedimiento que como tal no necesita su proclamación en ninguna ley, la aplicación supletoria surge cuando el aplicador del derecho comprueba que hay una norma procesal laboral, pongamos por caso, incompleta, que compruebe también la existencia de una norma procesal civil, para seguir con nuestro caso, que puede ser aplicada a la falla o ausencia de regulación en la normativa procesal del trabajo, y en fin, que la norma procesal civil es perfectamente aplicable por no contrariar la filosofía, los principios del proceso laboral.

Acudamos, para un mejor soporte de nuestras afirmaciones, al Derecho Comparado. La Ley de Procedimiento Laboral de España, que resulta ser una de las leyes procesales del trabajo más completas del mundo hispano, en el sentido de que en ella se regulan ampliamente todas las instituciones de este proceso, su desarrollo, sus efectos y hasta los procedimientos especiales –como el del despido disciplinario por ejemplo– a través de 303 artículos, normalmente desagregados en varios subnumerales, más seis disposiciones adicionales y cuatro disposiciones transitorias, no obstante esa suficiencia, la Disposición Adicional

Primera dispone expresamente que “(...) En lo no previsto en esta Ley regirá como *supletoria* la de Enjuiciamiento Civil (...)”⁷⁹.

Y aquí vale detenernos para citar algunos de los juslaboralistas españoles, pues es de tal intensidad en ese país esta supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso laboral, sobre todo a partir de la nueva del 2000, que autores como Alfonso Mellado, después de fundamentar su contrariedad contra quienes pretenden configurar el proceso laboral como una especie de jurisdicción civil especializada y de orden secundario, por considerar que esa tesis por él rechazada controvierte la realidad de los hechos y la normativa procesal española, a renglón seguido señala que no obsta a su tesis anterior, el carácter expansivo que la Ley Orgánica del Poder Judicial del país ibérico le atribuye al orden civil, como tampoco controvierte su anterior exposición “(...) la realidad de que, como en el orden jurisdiccional social se resuelven conflictos sobre intereses fundamentalmente privados y por tanto rige, en general, el principio dispositivo, *las normas procesales civiles resulten de aplicación supletoria* (...)”, pues en su criterio,

*(...) Esa relación de supletoriedad no hacer perder al orden social su entidad propia (especializada, eso sí, en una concreta rama del ordenamiento) y no supone sino reconocer que, al igual que en el ordenamiento sustantivo la legislación civil juega un papel supletorio general, también esa supletoriedad general de la legislación civil es posible en la legislación adjetiva o procesal y, por tanto, en el orden jurisdiccional social (...), cursivas nuestras)*⁸⁰.

Montoya Melgar, Galiana Moreno, Sempere Navarro y Ríos Salmerón, apuntan en ese sentido, que

(...) Finalmente, la ley procesal laboral ha recibido, en fechas más recientes, el importante influjo de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC); una ley ésta notoriamente inspirada a su vez en los principios típicos del proceso laboral (proximidad en-

⁷⁹ *Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Opus Cit.*, p. 1.296.

⁸⁰ Albiol Montesinos, Ignacio, Alfonso Mellado, Carlos L., Blasco Pellicer, Ángel, y Goerlich Peset, José María. *Derecho Procesal Laboral*. Madrid. Tirant lo Blanch. 2001, p. 28.

tre la justicia y el justiciable, oralidad e intermediación, simplificación de los procedimientos mediante su concentración y reducción de trámites, etc.). La LEC incide sobre Ley de Procedimiento Laboral (LPL) en tres sentidos: Primero, en cuanto que aquélla es *supletoria* de ésta; en segundo lugar, en cuanto que *la LPL contiene frecuentes remisiones a la LEC*; y, por último, en cuanto que *la LEC ha modificado expresamente diversos preceptos de la LPL (...)* (cursivas agregadas)⁸¹.

Por supuesto, vale aquí consignar las prevenciones de Rosa María Alonso García, en su monografía de comparación entre la Ley de Procedimiento Laboral y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre las dificultades que pueden presentarse con la aplicación supletoria de ésta sobre aquélla, pues

(...) Como ley que quiere ser procesal común, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece su *carácter supletorio* general en el artículo 4º: “En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”. Para el proceso social ya nos tenía dicho la disposición adicional primera de la Ley de Procedimiento Laboral que “en lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Si la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 1881 planteó dudas y dificultades en el proceso laboral, de esperar es que dudas y dificultades surjan en la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. *La remisión a una norma supletoria se efectúa por el legislador en un momento dado y teniendo en cuenta la regulación que en ese momento establece tal norma*. Un cambio posterior profundo del derecho supletorio producirá muchas veces dificultades de aplicación (...),

y como un parámetro para el trato de tales problemas, invoca juiciosamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según “(...) la cual la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil “ha de interpretarse modera-

⁸¹ Montoya Melgar, Alfredo, Galiana Moreno, Jesús M., Sempere Navarro, Antonio V., y Ríos Salmerón, Bartolomé. *Curso de Procedimiento Laboral. Opus Cit.*, p. 30.

damente, en el sentido de que aun existiendo laguna legal en la regulación, no podrá ser ésta cubierta por los preceptos de la Ley supletoria si el acto que ha de realizarse se rige por principios contrarios a los que inspiran la Ley Procesal Civil (...)", aun cuando y en el caso concreto de su monografía, la autora bajo cita recordó que esos principios de procedimiento estaban "(...) más cercanos, eso sí, al implantar la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil para sus procesos una mayor oralidad, concentración, inmediación y celeridad, clásicos en el proceso laboral (...)" (cursivas añadidas)⁸².

Lorenzo de Membiela comenzó su monografía sobre las modificaciones que en materia de la prueba laboral produjo la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, señalando que con ella se "(...) ha modificado sustancialmente la LPL de 1995. Sin embargo, los cambios más notables no se producirán únicamente por lo previsto en la disposición final 11ª de aquélla sino, principalmente, por el carácter *supletorio* que ostenta la Procesal Civil respecto a la Social (...)" (énfasis nuestro)⁸³.

Alfonso Mellado afirma que si bien la jurisdicción es única, hay razones de eficacia que motivan la existencia de 4 órdenes jurisdiccionales con peculiaridades propias (civil, penal, contencioso-administrativo y laboral), ello no ha impedido (siguiendo a Fairen Guillén) que se abogue por la mayor uniformidad posible en la regulación de los distintos procesos, y hasta se haya planteado la necesidad de una Ley Procesal General. Para este autor es evidente la diferencia entre el procesal civil y el laboral: No obstante, añade, si bien los principios de inmediatez, concentración, publicidad y celeridad –entre varios– inspiran el procedimiento laboral, no es menos cierto que ellos inspiran por igual a todos los procedimientos orales, y al concluir en lo pertinente a la especialidad del proceso laboral, expresa con énfasis lo siguiente:

(...) Por último, y en términos generales, es un procedimiento que debe garantizar los principios básicos de todo proceso democrático y especialmente la contradicción e igualdad de las

⁸² Alonso García, Rosa María. *El Proceso de Trabajo y la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid. Civitas. 2001, pp. 17 y 18.

⁸³ Lorenzo de Mambiel, Juan B.: *Modificaciones en la Prueba Laboral Operadas por la LEC de 2000*, Madrid, La Ley. 2001, p. 21.

partes, ambas deben gozar de las mismas posibilidades de defenderse, y el Juez *debe* colocarse en todo momento en una situación de absoluta imparcialidad frente a ellas. *En definitiva en el procedimiento laboral son aplicables todos los principios que generalmente se consideran implícitos en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y todos los característicos del procedimiento oral (...)*” (énfasis añadido)⁸⁴.

Gloria Pilar Rojas Rivero, soportada en la opinión de otros procesalistas españoles (Rodríguez-Piñero, Alonso García, Muñoz Campos, Ramos Méndez y Montero Aroca), ha enfatizado la incuestionable y prevalente aplicación de los derechos subjetivos fundamentales en todo proceso, incluyendo, por supuesto, el del trabajo, y habida cuenta de que por vía de las peculiaridades de este proceso se han producido decisiones judiciales aparentemente lesivas a ese orden Constitucional, rechazando a tales fines la “simplista” idea de que se favorezca o no al trabajador en un caso en concreto, pues en lo de fondo están los derechos y garantías fundamentales en cuestión. Para la Gloria Pilar Rojas Rivero,

(...) La exigencia de un proceso con todas las garantías ha supuesto al mismo tiempo una necesidad de rectificación de ciertas prácticas que habían venido siendo admitidas tradicionalmente como peculiaridades del proceso del trabajo, *pero que hoy pueden estar en contradicción con el derecho de la parte –también de la parte normalmente demandada, el empresario– a no sufrir indefensión*. En este sentido la CE supone, junto al reforzamiento de la singularidad del proceso del trabajo, una limitación de su especialidad, en cuanto ésta NO puede afectar o menoscabar los derechos de defensa de las partes en el proceso [...]. Sin embargo, la revisión crítica de las peculiaridades del proceso del trabajo no debe ser contemplada desde la dialéctica simplista del favorecimiento o no de la parte trabajadora, en la solución concreta del caso, sino contemplando el reforzamiento que para el pro-

⁸⁴ Alfonso Mellado, Carlos; *El Juicio Laboral*. En conjunto con Blasco Pellicer, Carmen, Carratalá Teruel, José, y Fernández Artiach, Pilar. Valencia. Tirant lo Blanch. 1992, pp. 18, 21 y 22.

ceso supone el aseguramiento de las garantías de defensa de las partes (... , cursivas y mayúsculas nuestras)⁸⁵.

Como se observa, la aplicación supletoria de la norma procesal civil, con el resguardo de los predicados arriba explicados, es perfectamente aplicable en forma supletoria en el proceso laboral, en el evento de que una norma de éste resulte incompleta. Por las particularidades del artículo 70 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, volveremos sobre este tema en el Capítulo inmediatamente siguiente.

9. Notas sobre el sistema probatorio de la LOPT

9.1 *Sobre los principios del sistema probatorio en el proceso laboral*

Por intenso que fue el esfuerzo Legislativo, la LOPT presenta vacíos sobre la regulación de la cuestión probatoria, pues ningún legislador puede precaver en las leyes relativas a la disciplina del orden y del rito, todas y cada una de las posibles situaciones pre e intraprocesales, y en cuenta también que la incorporación y práctica leal de las pruebas, vía la participación, la publicidad y el arreglo formal, son de enorme importancia y prevalentes, por eso, en el tema probatorio, fue por lo que propuse en la Mesa Técnica de la Comisión de Desarrollo Social, la aplicación supletoria de las disposiciones procesales vigentes y aplicables, por supuesto, sin deterioro de los principios informadores de la Ley Procesal Laboral. Específicamente, propuse el establecimiento en general de la aplicación supletoria del CPC e incluso, en atención a la relación genética del artículo 10 de la LOPT, argumenté su recta vinculación con los artículos 7°, 12, 15, 24 y 395, entre otros, de dicho Código.

Al final quedaron redactados en sus términos los artículos 11 y 70 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

A partir de este convencimiento sobre la aplicación supletoria de las Normas Procesales, me permití proponer la ratificación y en lo atinente al procedimiento probatorio, del principio de publicidad (Artículos 2° y 4° de la LOPT), y el de la legalidad de las formas (Artículos 3° y 11 *ejusdem*), caracterizado este último y en atención al artículo 257 de la

⁸⁵ Rojas Rivero, Gloria Pilar: *El Derecho del Trabajador al Ejercicio Individual de las Acciones Derivadas del Contrato de Trabajo*, Madrid, Civitas 1994, pp. 87, 88, 89 y 90.

CRBV, por aquello de las formalidades esenciales, y todo ello dadas sus vinculaciones, por una parte, con el debate contradictorio que se afianza en el predicado del debido proceso, y en particular, por lo consagrado en el artículo 49.1 *ejúsdem*, referida a la defensa como derecho inviolable en todo estado y grado del proceso, y por la otra parte, en virtud de la estrecha correspondencia que por igual guardan aquellos con el postulado previsto en el mismo artículo 49.1., según el cual todas las personas tienen el derecho de acceder a las pruebas, de sobremanera, por el debido proceso, del control de las pruebas, y la nulidad de las pruebas obtenidas con violación al debido proceso.

Propuse la reiteración de tales reglas, siguiendo a Arístides Rengel Romberg, respecto a que “(...) al tratar del procedimiento probatorio en particular, con mayor razón se hace necesario el estudio de las reglas que determinan las condiciones formales de realización de este procedimiento, que es una manifestación concreta del contradictorio, y tiene por finalidad asegurar a cada parte el debido control o fiscalización de la prueba de la contraparte (...)”⁸⁶, pues una de las mejores formas de garantizar el cumplimiento de ese contradictorio, del debido proceso, de la lealtad en la incorporación y control de la prueba, es con la satisfacción de las formalidades esenciales.

Couture diría con énfasis, que

(...) El procedimiento de la prueba no es sino una manifestación particular del contradictorio. Como no se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin una rigurosa fiscalización del juez y del adversario. Una prueba que se ha producido a espaldas del otro litigante, por regla general es ineficaz [...] El principio dominante en esta materia es el de que toda la prueba se produce con ingerencia (sic) y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar [...] El contradictorio se produce, pues, antes, durante y después de la producción de la prueba, dentro de las formas dadas por el derecho positivo. Su infracción se sanciona en algunos textos legales con la nulidad

⁸⁶ Rengel Romberg, Arístides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Caracas, Editorial Ex Libris 199., Tomo III, p. 311.

de la prueba. Pero aun sin texto expreso debe admitirse, en principio, esta conclusión (...) ⁸⁷.

Ahora, este convencimiento es tan ecuménico, que bien vale apuntar lo que en la Alemania de hoy (bajo el principio de la oralidad en el procedimiento civil), señala Stefan Leible. Así, respecto a la prueba legal, afirma que su recepción “(...) en el proceso civil tiene lugar fundamentalmente en el marco de un procedimiento formal [...] bajo limitación a los medios de prueba allí admitidos, es decir, la prueba por inspección ocular, de testigos, prueba por peritos, prueba documental y prueba por confesión de partes (...)”, y si bien “(...) La llamada prueba libre (*Freibeweis*) por el contrario no está sujeta a los mencionados medios de prueba ni a un procedimiento formal (...)”, también es cierto, por una parte, que “(...) el procedimiento de libre recepción de pruebas rige especialmente en la jurisdicción voluntaria...”, y por la otra, que admitiendo la jurisprudencia “...además la prueba libre en circunstancias sometidas a la prueba de oficio, como en especial en los presupuestos procesales y de recursos (...)”, “(...) La doctrina imperante es escéptica al respecto, ya que la ZPO⁸⁸ no contiene en tal sentido puntos de apoyo para quebrantar la prueba estricta en interés de un fundamento decisorio que garantice la seguridad jurídica (...)”, y más adelante agrega: “(...) las partes están autorizadas a estar presentes en la recepción de la prueba: El principio de publicidad para las partes excluye “procedimientos secretos”. Para poder estar presentes las partes deben ser informadas (...)”⁸⁹.

Comentando la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, Valentín Cortés Domínguez, al plantearse el alcance de las reglas de la sana crítica, ha dicho lo siguiente:

(...) De una parte, la convicción sobre la veracidad de los hechos, o de las afirmaciones efectuadas en el procedimiento, debe estar sometida a la utilización de criterios valorativos racionales; no parece válido que el juez pueda fijar un hecho en

⁸⁷ Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, DEPALMA 1981, 11ª edición, pp. 253 y 254.

⁸⁸ ZPO: Son las siglas que identifican la Ordenanza Procesal Civil de Alemania (*Zivilprozeßordnung*).

⁸⁹ Leible, Stefan. *Opus Cit*, pp. 248, 249 y 263.

la sentencia sin explicar en qué razones basa su convicción, o sin que existan éstas [...] la valoración responde, pues, de forma clara, a una lógica coherente que se desprende de la propia actividad judicial. Por consiguiente, prueba libre no quiere decir prueba arbitraria (...) ⁹⁰.

Vale consignar aquí nuestro convencimiento de que, a salvo las particularidades del proceso laboral, las anteriores consideraciones sobre la vigencia de dichos principios en el sistema probatorio del proceso civil, son perfectamente aplicables en lo específico del rito laboral. Ni lo singular del régimen de pruebas, y mucho menos lo general del proceso y del proceso del trabajo, insisto, a salvo las particularidades del caso, resisten la imbricación entre el orden y el rito civil, y el orden y el rito laboral, muchísimo menos hoy día en cuenta la *unidad jurisdiccional* y la clara vocación hacia la *unidad fundamental del proceso* que, se repite, no excluye la especialidad del proceso laboral, implícita y explícitamente contenida en la CRBV, en particular, aun cuando no únicamente, con fundamento a lo rectamente dispuesto en sus artículos 49 y 257, pues como lo expresa el Maestro argentino Palacio, y aplicable al sistema jurídico venezolano, “(...) El Derecho Procesal Civil se ocupa del estudio de todos aquellos procesos cuyo objeto consiste en una pretensión o petición fundada en el derecho privado (civil y comercial). En nuestro país; sin embargo, es aún habitual incluir en el marco de aquella disciplina al proceso laboral, pues no obstante la índole específica de los conflictos que en él se ventilan, la mayor parte de los principios del proceso civil mantiene vigencia a su respecto (...)” ⁹¹.

9.2 *Un segundo acercamiento respecto a la supletoriedad del CPC, pero aquí concretado al sistema probatorio laboral. Sus límites*

Pero como quiera que ese convencimiento no es unánime, y difícil es que en nuestra disciplina la conformidad exista, y con el único propósito de demostrar que el pensamiento precedentemente expuesto es la tendencia predominante en la doctrina procesal laboral, con la anuencia de

⁹⁰ Cortés Domínguez, Valentín: *Derecho Procesal Civil*. Parte General, AA.VV. Madrid, Editorial COLEX. 2000, 3ª edición, p. 250.

⁹¹ Palacio, Lino Enrique: *Manual de Derecho Procesal*, Buenos Aires Abeledo-Perrot 1997, 13ª edición actualizada, pp. 13 y 14.

los lectores, y además de lo arriba expuesto *supra* numeral 8.4., paso a citar y comentar la opinión de reputados juslaboralistas de diferentes países, de diferentes credos, e incluso, de conocidas discrepancias entre sí respecto a otros temas de nuestra disciplina, y tanto de los que puedan tenerse como clásicos, como autores de nuestros tiempos, como por igual, procederé a citar la *jurisprudencia reiterada* tanto de la Sala Constitucional como de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, *donde se admite plenamente la aplicación supletoria de las normas del proceso civil en el proceso laboral*, con los cuidados de que tal aplicación se da en los supuestos antes analizados de inexistencia de norma procesal laboral, y adecuación de la norma procesal civil a los principios del proceso del trabajo.

En efecto, Alonso Olea, Miñambres y Alonso García, después de manifestar su opinión respecto a que el

(...) objeto del proceso del trabajo es la pretensión procesal, entendida como reclamación que una de las partes (el demandante) dirige frente a la otra (el demandado), ante el tercero especialmente instituido (Juez, Tribunal), pidiéndole que decida. La doctrina de la pretensión procesal no presenta particularidad propia en el proceso de trabajo, naturalmente, la pretensión ha de estar fundada en normas jurídico-materiales de la que dan contenido y limitan el ámbito de la Jurisdicción Social (...) ⁹²,

parten dichos autores del convencimiento de que en general *todas las normas de la Ley Procesal Laboral de España sobre las pruebas se completan con las supletorias de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, y por consecuencia lo analizado son las peculiaridades de nuestro proceso.

Couture, atemperando afirmaciones emitidas en el cursillo que dictara por el año de 1939 en la Universidad de Córdoba⁹³, dijo unos cuantos años después, apercibido por la evolución de las cosas y en cuenta la “(...) tendencia actual de restringir las jurisdicciones comerciales y el procedimiento que les era inherentes, conduce a volcar en la materia

⁹² Alonso Olea, Manuel, Miñambres, César y Alonso García, Rosa Ma.: *Derecho Procesal del Trabajo. Opus Cit.*, pp. 127, 128, 129 y 130.

⁹³ Vide: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Depalma. 1979. Tomo I, pp. 271.

civil todo lo que anteriormente se le segregaba (...)”, manifestó de inmediato que “(...) También el procedimiento laboral, aun siendo una rama separada del derecho procesal civil, *mantiene muchos de los criterios propios de éste, compatibles con sus nuevos presupuestos políticos y sociales* (... , énfasis agregado)”⁹⁴.

Rodríguez Díaz, después de dedicarle un capítulo previo al estudio de la prueba en general y de acuerdo con la doctrina procesal científica, y desde luego, a partir del CPC, ha señalado que “(...) la incorporación de la nueva normativa procesal al derecho procesal laboral patrio, es de un innegable valor porque permitirá que el buen criterio, la rápida intuición humana, el sentimiento de la razón [...] atemperen la justicia civil y hagan más humano el derecho social (...)”: Y todo ello le sirve de plataforma para analizar los medios probatorios, su incorporación, práctica y valoración previstos en el CPC, con las particularidades, que no son muchas, pertinentes al proceso laboral⁹⁵.

Miguel Bermúdez Cisneros, en su interesante monografía sobre la carga de la prueba, después de referirse en general al procedimiento probatorio, advierte que lo restante es precisar “(...) *hasta qué punto la doctrina y la práctica civilista en relación a la prueba pueden tener aplicación del proceso en materia laboral* (...)”, sobre todo porque la Ley mexicana no fija en su artículo 762 ningún límite probatorio en los juicios laborales: al contrario, dispone que “Son admisibles todos los medios de prueba”⁹⁶, esto es, todos los medios de prueba dispuestos en la ley procesal civil del país azteca, por lo que en su criterio, “(...) *tenemos que recurrir a la teoría general de la prueba y buscar cuál es la limitación que sobre la materia de pruebas existe y de allí a configurar una lista que contenga los medios probatorios más comunes en los juicios* (... , cursivas nuestras)”⁹⁷.

⁹⁴ Fundamentos del Derecho Procesal Civil: *Opus Cit*, p. 8.

⁹⁵ Rodríguez, Isaías: *El Nuevo Procedimiento Laboral*, Caracas, Editorial Jurídica ALVA, 1987, p. 223.

⁹⁶ Después de la Reforma Procesal de 1980 en México, este artículo 762 pasó a ser el 776, aunque de texto igual: “(...) Son admisibles en el proceso todos los medios de prueba que no sean contrarios a la moral y al derecho, y en especial los siguientes: (...) ver Trueba Urbina, Alberto, y Trueba Barrera, Jorge: *Ley Federal del Trabajo*, México, Editorial Porrúa, 2001, 82ª edición actualizada, pp. 380 y 381).

⁹⁷ Bermúdez Cisneros, Miguel. *La Carga de la Prueba en el Derecho del Trabajo*. México. Cárdenas, Editor y Distribuidor. 1976. 2ª edición, pp. 19, 20 y 21

En cuanto a la problemática, también existente en nuestro sistema, respecto a que la regulación de la prueba en España se encuentra diseminada en la ley procesal civil, en el Código Civil y en la Ley de Procedimiento Laboral, de todas maneras Montero Aroca, el destacado Catedrático y Magistrado, las entiende concordantes pues, en su opinión, que comparto, “(...) Todas las normas probatorias son procesales, independientemente del lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico (...)”, y que el proceso laboral debe estarse, primero, a lo dispuesto en la ley de la materia, desde luego, “(...) y en lo no previsto en ésta habrá de acudir a la LEC y al CC, que se aplican conjuntamente de modo *supletorio* (...)”⁹⁸.

José María Ruiz Moreno considera que ninguna institución jurídico-procesal, *puede escapar*

*(...) del ámbito de influencia que le es en rigor y por derecho propio y exclusivo: La ciencia del Derecho Procesal. Cualquiera otra intención –por nuestra parte inexplicable– de abordar el estudio de la ejecución provisional laboral, bajo la perspectiva altanera del sector estudioso de las relaciones laborales, descuida o, aún ignora, completamente, la realidad del proceso laboral (... , destacados agregados)*⁹⁹.

Afirma Eduardo Stafforini:

(...) En nuestro régimen procesal inspirado en el principio de la sana crítica, el juez tiene libertad para apreciar un hecho según su criterio personal, excepto en aquellos casos en que leyes de fondo o de forma le imponen determinadas reglas de valoración. Posee, en consecuencia, dentro del proceso, un poder amplio de apreciación limitado por los principios que garantizan la posición de las partes en el contradictorio. Estas consideraciones generales respecto de las pruebas revisten en el procedimiento laboral características especiales que derivan de los principios de inmediación y de concentración. El principio de inmediación,

⁹⁸ Montero Aroca, Juan. *Introducción al Proceso Laboral*. Opus Cit, pp. 155 y 156.

⁹⁹ Ruiz Moreno, José María: *La Ejecución Provisional en el Proceso Laboral*, Pamplona, Aranzadi Editorial 1999, pp. 24 y 25.

referido a la prueba, impone el contacto directo del juez con las partes y los testigos, y el principio de concentración persigue la realización de la diligencia de prueba en una sola audiencia a los efectos de que el convencimiento del magistrado pueda lograrse mediante la confrontación de los diferentes elementos de prueba producidos en su presencia (...)”¹⁰⁰.

Podemos resaltar otros aspectos, dado que en nuestro medio las reglas de la sana crítica son aplicables en ambos procesos, de suerte que los autores citados concretan el énfasis diferencial en los principios de concentración e inmediación procesal dirigidos al procedimiento probatorio, eso es hoy absolutamente válido, pero mañana desaparecerá cuando y como se dijo, la Asamblea Nacional proceda a reformar el CPC con fundamento a lo dispuesto en el artículo 257 de la CRBV, puesto que de éste se desprende –sin duda de ninguna naturaleza– la imposición del principio de la oralidad para todo tipo de proceso, incluyendo, desde luego, el proceso civil: Y es evidente que la predominancia de la oralidad sobre la escritura implica, por todas, la aplicación segura e indefectible de los principios de concentración e inmediación, pues estos, si bien son compatibles aún en el procedimiento con predominancia de la escritura, a quienes le son connaturales es al sistema oral.

Eric Pérez Sarmiento coincide con nuestro criterio de que la aplicación supletoria es atraída al proceso laboral por vía del artículo 11 de la LOPT, aun cuando éste no la mencione. El autor bajo cita comienza su análisis del artículo 11 así: “(...) Este artículo, que establece la *supletoriedad* general de otras normas respecto al procedimiento laboral, es clave para la aplicación de esta LOPT, habida cuenta que este ordenamiento procesal deja de lado toda una serie de situaciones procesales que, siendo ineludible en la práctica, no tienen en su texto ninguna solución (... , énfasis añadido)”¹⁰¹.

Alfredo Gaete Berríos, opinó que

(...) El Derecho Procesal del Trabajo tiene autonomía derivada de su especial naturaleza y fines, pero, como ramo del sis-

¹⁰⁰ Stafforini, Eduardo: *Derecho Procesal Social*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina 1955, p. 534.

¹⁰¹ Pérez Sarmiento, Eric. *Comentarios a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, Caracas-Valencia. Vadell Hermanos editores, 2002, p. 30.

tema normativo que es el Derecho, se relaciona con otras disciplinas jurídicas. Esta vinculación se observa especialmente con el Derecho Procesal Civil, en cuanto ambos están constituidos por normas de carácter instrumental o formal para la actuación del Derecho substancial civil o del trabajo, y ambas disciplinas si bien no son idénticas son análogas. Además, las conexiones se manifiestan como quiera que a nuestro juicio **deben aplicarse al proceso laboral las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil**, a falta de texto expreso que regle las actuaciones procesales laborales, siempre que no se opongan a los fines y características específicas de nuestra disciplina (...)",

y para soportar sus afirmaciones cita la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, según la cual "(...) los tribunales del trabajo están obligados a aplicar en los juicios de que conocen las reglas especiales del trabajo y *sólo en su silencio pueden recurrir a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil*, siempre que no estén en contradicción con aquellas (...)", y reseña otra sentencia del Alto Tribunal Chileno, donde reiteró "(...) que a falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo *tienen aplicación las reglas del Código de Procedimiento Civil, siempre que éstas no sean incompatibles con el régimen establecido por los juicios del trabajo (...)*, énfasis nuestro)"¹⁰².

Gregorio Rodríguez Camargo, con todo y discrepar de Deveali en cuanto a que él^L ste opinaba que "...Los principios en que se inspira el Derecho Procesal del Trabajo no son, en lo esencial, escribe De Pina, distintos de los del derecho procesal civil...", puesto que eso es negar la autonomía de la materia, de todas maneras Rodríguez Camargo se apresuró a precisar lo siguiente: "...Debe aclararse desde luego, que autonomía no significa estrictamente independencia. *En derecho, y ello puede pregonarse del procesal laboral, existe lo que se llama interdependencia entre las diferentes ramas, que no es otra cosa que la coordinación y similitud en instituciones y normas generales de procedimiento (...)*, destacados nuestros)"¹⁰³.

¹⁰² Gaete Berríos, Alfredo: *Modificaciones Introducidas por el Derecho del Trabajo al Derecho Procesal*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1962, pp. 13 y 14.

¹⁰³ Rodríguez Camargo, Gregorio: *Curso de Derecho Procesal Laboral*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional. 1989. 6ª edición, pp. 18 y 19.

Particularmente esclarecedora me parece la exposición del mexicano Arturo Valenzuela, cuando afirma:

(...) En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia mexicanas reconocen en forma absoluta y sin discusión, que nuestros tribunales del trabajo son verdaderos órganos jurisdiccionales; *por lo que el contenido del proceso en trabajo, es fundamentalmente igual al contenido del proceso civil que se desarrolla ante los tribunales judiciales*. Por esta razón existe una doctrina común a ambos procesos. Además, la Ley Federal del Trabajo encuadró el proceso laboral dentro de los lineamientos del proceso civil; y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha interpretado las normas jurídicas fundamentales del proceso laboral, según los principios generales del proceso civil. Esto no significa, en manera alguna, el desconocimiento de las particularidades que caracterizan el régimen jurídico del proceso en materia de trabajo, ni es menoscabo de las razones que justifican que los conflictos laborales hayan sido sustraídos del conocimiento de las autoridades judiciales del orden común; es tan sólo el reconocimiento de que una y otra actividad jurisdiccionales están regidas por unos mismos principios fundamentales. *No se puede, por consiguiente, entre nosotros, hacer un estudio sobre el Derecho Procesal en materia de trabajo, sin acudir a los principios científicos generales del proceso civil, y la teoría general que pudiera elaborarse sobre el proceso, se aplicaría necesariamente al proceso del trabajo (... , cursivas nuestras)*¹⁰⁴.

Jesús Clarke Pérez (vigente la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo), consideró que de las facultades inquisitivas que la Ley derogada le confería a los jueces, una de las más importantes es que les permitía de oficio la evacuación de las pruebas promovidas por las partes que no hubieren sido evacuadas en la oportunidad correspondiente y, en general, de cualesquiera otra que consideraba necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad, con lo cual y desde entonces, ratificado por la LOPT, se le ha dado al Juez del Trabajo un pode-

¹⁰⁴ Valenzuela, Arturo: *Derecho Procesal del Trabajo*. México. Editorial José M. Cajica. 1959, pp. 9 y 10.

roso instrumento en busca de la convicción razonada para dictar sentencia, pero bien entendido que “(...) estos poderes conferidos al juzgador no pueden ir hasta permitirle violar el derecho de defensa– consagrado por la Ley a favor de las partes en litigio, ya que tal proceder viciaría de nulidad el juicio desde el momento en que se atropellara el derecho de defensa en aras de los poderes conferidos al juzgado en la dirección del proceso (...)”. Además, siguiendo anteriores observaciones de Roberto Goldschmidt, cuestionó la eficacia de estos poderes inquisitivos otorgados al Juez Laboral, a partir del poco uso que éstos hacen de aquellos poderes, o sea,

(...) que el resultado práctico del fortalecimiento de los poderes del juez en materia laboral está condicionada en primer lugar por la calidad de los magistrados. Resulta un hecho innegable el que nuestros tribunales del trabajo han sido parcos en el ejercicio de estos poderes, al punto que puede afirmarse que algunas de las disposiciones legales que la consagran son letra muerta sin mayor vigencia práctica (...) ¹⁰⁵.

Y a propósito, vale insistir, aprovechando las citas anteriores, lo siguiente: No sólo se trata de transformar el proceso laboral y, por ende, la ley que lo regula, no sólo se trata de configurar un proceso laboral en los términos ordenados por el artículo 257 de la CRBV, y no sólo se trata de superar dificultades de infraestructura física y técnica para que el proceso del trabajo cumpla con su misión de ser el instrumento fundamental para el logro de la justicia: *Subyacente a todo ello está el subjetivo y complejo problema cultural tanto de los Jueces del Trabajo como de los Abogados que transitamos el ejercicio de esta disciplina*, y si bien ello no es asunto exclusivo de nuestro medio, la doctrina comparada así lo enseña, de todas formas esa universalidad no nos consuela respecto a la necesidad de que en paralelo, debe darse un proceso de culturización tendente a la comprensión de que no sólo se está reformando el proceso laboral en los términos dichos, sino que además, y por caso, el Juez del Trabajo debe estar consciente (i) de que ahora tiene mayores poderes de conducción, pero se le exigirá mejores y más actualizados conocimientos del derecho y no sólo del laboral, sino de la ciencia jurídica en general; (ii) conjugados

¹⁰⁵ Clarke Pérez, Jesús: *Facultades de los Jueces en el Proceso Laboral Venezolano*. Caracas, Editorial Sucre, 1968, pp. 34 y 35.

con una enorme y real ponderación de lo sometido a la jurisdicción; (iii) que tendrá más poder inquisitivo, pero deberá demostrar al mismo tiempo más ecuanimidad, equilibrio y ponderación; (iv) y que su función de auscultar la verdad, como suele decirse, no es por o a favor de alguno de los sujetos activo y pasivo del proceso, sino porque encomendada como le ha sido a su oficio la composición del conflicto, el restablecimiento del derecho subjetivo y la integralidad del derecho positivo, ese Juez Laboral tiene por consecuencia el derecho y el deber de alcanzar aquella verdad por esquivas que fuere, lo que dicho con otras palabras significa, que la composición jurisdiccional del conflicto, que la sentencia judicial sólo podrá ser simétrica a la justicia en la misma medida que el del *officium iudicis* obtenga la convicción razonada, a través del aporte de los elementos probatorios de convicción respecto a los alegatos fácticos que los sujetos procesales activo y pasivo han aportado, de que ha alcanzado la verdad.

De paso, como con su habitual genialidad, Francesco Carnelutti precisó que la verdad formal no implica, en manera alguna, un menor grado de verosimilitud en comparación con el de la verdad material, sino, por el contrario, la verdad formal implica satisfacción del orden jurídico por el resultado conseguido con el empleo de los medios establecidos, o sea, que en lo sustancial, puntualizó que la verdad formal surge plena cuando la sentencia establece la equivalencia entre el hecho que sirve de medio para la fijación y el hecho hipotetizado por la norma jurídica, pues en este evento

(...) el ordenamiento jurídico toma sobre sí el eventual error de la divergencia entre el hecho real y el hecho puesto por la norma o, en otros términos, que el ordenamiento jurídico requiere que la norma se realice incluso si no existe el hecho por ella previsto, siempre que exista el hecho equivalente, y por tanto, la sentencia que la realiza pese a la inexistencia de aquél, no es en manera alguna una sentencia injusta, aun cuando la realice fuera del campo de su aplicación (...)¹⁰⁶.

Con fundamento a estos criterios, entonces, propuse el trato de los medios de prueba conforme a estos principios, y en el supuesto del vacío en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la aplicación *supletoria* de la

¹⁰⁶ Carnelutti, Francesco: *La Prueba Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma 1982, 2ª edición, traducido del italiano por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, p. 27.

norma procesal civil con atención, por supuesto, a los principios que se señalaron en nuestra proposición, esto es, que la supletoriedad procede en tanto y en cuanto la norma del proceso civil sea compatible con los principios del procedimiento probatorio referidos a la oralidad, unidad de acto, publicidad e intermediación.

Y esa proposición, con todo y mi convicción de que tarde o temprano y por imperativo de los principios, valores e ideario de la CRBV, expuestos en su artículo 257, concordante con sus artículos 19, 20, 21 (por lo de la no-discriminación y la igualdad real y efectiva ante la Ley), 26, 49 (*in totum*), 51, 255 *in fine*, 334 y 335, *esos principios del procedimiento probatorio referidos a la oralidad, unidad de acto, publicidad e intermediación, lo serán para el proceso todo y para todos los procesos.*

Y obvio, si tampoco la procesal civil contempla la forma de incorporación de la prueba o de su evacuación, en los términos dichos, entonces en aplicación defectiva surge el predicado de la libertad de las formas procesales a que se contraen los artículos 11 y 70 de la LOPT, en concordancia con el artículo 7° del CPC, y en virtud de los cuales y en tal evento, los Jueces del Trabajo determinará todas aquellas formas que considere idóneas para lograr los fines del mismo.

Finalmente, propuse también la expresa mención de la apreciación global, ecuaníme y conforme a las reglas de la sana crítica, con excepción de aquellos casos en donde la ley expresamente haya consagrado alguna norma de valoración probatoria, y también la aplicación de las máximas de experiencia.

A pesar de la obviedad, señalo que tratar estos temas, en particular el de las reglas de la sana crítica y el de las máximas de experiencia, es un asunto de mucha extensión y en realidad, nada distinto podría decir si se observa que nuestra proposición repetía el planteamiento del artículo 10 del Proyecto de la LOPT, y que éste a su vez, se corresponde con lo dispuesto por los artículos 12 y 507 del Código de Procedimiento Civil, de suerte que las variantes son de estilo y de precisión.

Pero me apresuro a dejar constancia de que lo anterior no pretende ignorar siquiera que esa temática en modo alguno es pacífica, pues como se recordará, un sector de la doctrina especializada entiende que hay tres sistemas para valorar el medio probatorio (el de la prueba legal o tasada, el de la libre convicción y el de la sana crítica), en tanto que por

el contrario, hay otro sector doctrinario que no le reconoce al de la sana crítica la entidad de *tertium genus*, de sistema diferenciado respecto al sistema de la libre convicción, sino que, distinto a ello, considera las reglas de la sana crítica como admisible atenuación del rigor que inicialmente se le asignó al juez bajo el régimen de la libre convicción.

En todo caso, también valen aquí los criterios que sobre la sana crítica y en relación con la valoración de las pruebas, mantiene en forma reiterada la Sala de Casación Social, de los cuales citamos el que a continuación sigue:

(...) En sentencia N° 665 de fecha 17 de junio de 2004 estableció la Sala que “La sana crítica en la apreciación de las pruebas, a que se refiere el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, conforme a la opinión unánime de la doctrina, *implica su examen y valoración razonada en forma lógica y atendida a las máximas de la experiencia, en atención a las circunstancias específicas de cada situación y a la concordancia entre sí de los diversos medios probatorios aportados a los autos, de modo que puedan producir la certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos*, como señala el artículo 69 de esa misma Ley”. En el caso de autos, el Juez de alzada, al apreciar las pruebas estableció que la demandada cumplía cabalmente con todas las obligaciones que establece la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo referidas a condiciones de prevención, salud, seguridad y bienestar en el trabajo, como son: instruir a los trabajadores en los riesgos del trabajo, proporcionar instructivos de prevención de contaminación, suministrar implementos de seguridad, capacitar a los trabajadores en materia de seguridad industrial, todas ellas destinadas a prevenir accidentes y enfermedades profesionales, y de conformidad con esto, concluyó que el patrono no actuó en forma negligente, de tal forma que ocasionase la enfermedad profesional y por tanto aplicó acertadamente los ordinales de la norma denunciada para la resolución de la presente controversia; y, con fundamento en ella, declaró improcedente la indemnización por enfermedad profesional, en consecuencia, no incurrió en la falta aplicación de la norma jurídica denunciada, puesto que el ordinal 2° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo en nada pre-

viene la ocurrencia de un accidente o enfermedad profesional (...)” (Sentencia del 05-12-2005, caso Antonio José Escalona Chirinos vs Ensco Drilling (Caribbean) Inc.).

Ahora, cual sea la posición que se adopte, lo cierto es que las tales reglas de la sana crítica han sido de generalizada aceptación, y normalmente conjuntadas con el sistema de la prueba legal, tanto en el proceso civil como en el laboral: Así acontece, se insiste, en nuestro Código de Procedimiento Civil el cual contempla en su artículo 507 el sistema de la regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, en defecto de la cual el juez deberá apreciar el medio probatorio según las reglas de la sana crítica.

En el proceso laboral, incluso, a pesar de no estar rectamente señalada por la derogada Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo, se admitía tanto por la doctrina como por la jurisprudencia la aplicación de la sana crítica –por cierto y valga la ocasión– por virtud de una exquisita y oportuna aplicación supletoria de ese artículo 507 del Código de Procedimiento Civil en aquel proceso laboral.

Cabe recordar al respecto una curiosidad y ratificar un convencimiento generalizado de la doctrina científica. La curiosidad es que las leyes procesales hablan de las “reglas” de la sana crítica, pero según parece, ninguna define o conceptúa al menos el contenido de esas reglas, como tampoco infieren en sí qué cosa es la sana crítica, por caso el tantas veces mencionado artículo 507 del Código de Procedimiento Civil, y el artículo 10 de la LOPT.

Para determinar entonces, cuál el contenido y cuál el alcance del sistema de la sana crítica, la jurisprudencia del Supremo Tribunal acude a lo que la doctrina especializada entiende por tal, básicamente, no únicamente, a las obras de Couture¹⁰⁷, Sentís Melendo¹⁰⁸ y Devis Echandía¹⁰⁹, y con fundamento a ello ha logrado estabilizar como concepto de la sana crítica, ratificando así la sentencia anteriormente copiada, lo siguiente:

(...) *La sana crítica en la apreciación de las pruebas*, a que se refiere el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del

¹⁰⁷ Couture, Eduardo J.: *Las Reglas de la Sana Crítica*, Montevideo, Editorial Ius 1990, y Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, DEPALMA 1981, 11ª reimpresión.

¹⁰⁸ Sentís Melendo, Santiago: *La Prueba*, Buenos Aires, EJE, 1978.

¹⁰⁹ Devis Echandía, Hernando: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE 1993. 4ª edición.

Trabajo, conforme a la opinión unánime de la doctrina, implica su examen y valoración razonada en forma lógica y atendida a las máximas de la experiencia, en atención a las circunstancias específicas de cada situación y a la concordancia entre sí de los diversos medios probatorios aportados a los autos, de modo que puedan producir la certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos, como señala el artículo 69 de esa misma Ley. No encuentra la Sala que la recurrida aplique realmente en el caso, como lo manifiesta, esa regla de la sana crítica, porque no incluye en absoluto en sus apreciaciones de lo declarado por los testigos citados, las consideraciones, esenciales, de que se trata, por una parte, de una actividad cuyos elementos de hecho pueden estar presentes cuando es de orden laboral y también cuando es mercantil, como lo es el transporte de bienes o mercancías efectuado con vehículos propios del transportista y por su cuenta y riesgo; y por la otra, de demostrar y así se lo declara en definitiva con apoyo en ello, la prestación de un servicio de naturaleza laboral, ininterrumpido durante veintidós años consecutivos, sin un solo día de descanso, ni siquiera en días feriados, y sin vacación alguna en todo ese largo tiempo, lo cual es inadmisibles por contrario a toda lógica y posibilidad incluso física. Es procedente, en consecuencia, la presente denuncia, y así se declara (...)" (Sentencia N° 665 del 17-06-2004, dictada en el caso de Wiilians Eduardo Affanis Cachutt vs Distribuidora de Publicaciones Capriles, C.A. (DIPUCA).

Y en fin, el aludido convencimiento generalizado, es que cual sea el sistema de valoración aceptado, el de la tarifa legal, el de la libre convicción o el de la sana crítica, se participe del criterio de que este último es un sistema independiente del de la libre convicción o, por el contrario, se limite a tener las reglas de aquél como instrumentos de adecuación de este último, como sea, lo que sí es claro absoluta y definitivamente, es que ninguno de ellos permisa el acto arbitrario, como por igual es definitivo que todos esos regímenes de apreciación, y no por vía defectiva, sino por su consustancialidad con la idea misma de la justicia y del derecho, rechazan la ausencia de fundamento por parte del juez en la valoración del medio probatorio, en otras palabras, execran la cultura "del porque sí" en esta apreciación: Y por eso, justamente, es que se habla de la convicción razonada, del análisis global de las pruebas y de la ecuanimidad en el examen y su aplicación.

Límites a la estipulación de eficacia atípica convenida con ocasión de un aumento de salario

*Manuel Díaz Mujica**

Sumario:

Introducción y conclusión

- 1. La evolución del salario de eficacia atípica.**
- 2. Análisis de la norma reglamentaria.**
- 3. ¿Qué porcentaje de un aumento salarial puede convenirse como salario de eficacia atípica?**
- 4. El criterio de nuestros tribunales.**
- 5. Nuestra opinión.**

Introducción

En la última reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, de junio de 1997¹, se incorporó a nuestra legislación una figura bien particular a la que luego el Reglamento de 1999 dio el nombre de Salario de Eficacia Atípica.

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de Derecho del Trabajo.

¹ *Gaceta Oficial* N° 5.152 Extraordinario, del 19 de junio de 1997.

La institución en cuestión básicamente permite que las partes de una relación de trabajo puedan convenir que hasta un veinte por ciento del salario que reciba el trabajador se excluya de la base de cálculo de beneficios, prestaciones e indemnizaciones laborales. Así, aunque el trabajador perciba todos los meses su salario íntegro, beneficios como las utilidades, la prestación de antigüedad e incluso las indemnizaciones por despido injustificado podrían calcularse sobre la base de un ochenta por ciento de ese salario, si se hubiese convenido la eficacia atípica.

Al desarrollar esta figura, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo dictado en 1999² dispuso que la estipulación de eficacia atípica sólo podía convenirse en dos oportunidades muy específicas, esto es, al inicio de la relación de trabajo (para la fijación originaria del salario), o con ocasión de un aumento de salario.

El propósito de este artículo es tratar de identificar con precisión dentro de qué parámetros lícitos puede pactarse en Venezuela el salario de eficacia atípica, con ocasión de un aumento de salario.

Conclusión

Cuando la eficacia atípica se conviene sobre un aumento de salario, ella no está limitada a un veinte por ciento del incremento, como actualmente sostienen nuestros tribunales. De hecho, según nuestro ordenamiento jurídico el salario de eficacia atípica puede afectar más de un veinte por ciento del aumento otorgado, siempre y cuando: (i) una porción de dicho aumento no se vea afectada por la referida estipulación, para así garantizar que el trabajador siempre estará en mejor situación que antes del incremento; y (ii) no se afecte con la estipulación de eficacia atípica más de un veinte por ciento del salario total del trabajador. A continuación desarrollamos esta conclusión.

1. La evolución del salario de eficacia atípica.

El párrafo primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 previó, por primera vez entre nosotros, la posibilidad de que las partes de la relación de trabajo puedan establecer que hasta un veinte

² *Gaceta Oficial* N° 5.292, de fecha 25 de enero de 1999.

por ciento del salario se excluya de la base de cálculo de los beneficios, prestaciones o indemnizaciones que surjan de la relación de trabajo, fueren de fuente legal o convencional.

El referido artículo agrega que semejante previsión debe pactarse necesariamente en la convención colectiva de trabajo y, por vía excepcional, en los acuerdos colectivos o contratos individuales de trabajo en el caso de empresas en las que no hubiere trabajadores sindicalizados. Finalmente, la comentada disposición también establece que aun cuando se convenga un salario de eficacia atípica, el salario mínimo tiene que ser considerado en su totalidad como base de cálculo para el pago de los beneficios, prestaciones e indemnizaciones que surjan de la relación de trabajo. En otras palabras, la eficacia atípica no puede pactarse sobre el salario mínimo ni puede afectar parte de él.

En esta disposición no se advierte limitación alguna respecto del momento en el que el salario de eficacia atípica puede ser pactado por las partes de la relación de trabajo. Es obvio que a falta de prohibición expresa, semejante estipulación podría convenirse en cualquier momento de la relación, siempre y cuando el acuerdo conste en una convención colectiva, acuerdo colectivo o contrato individual de trabajo, dependiendo de si existen o no trabajadores sindicalizados en la empresa. Las únicas limitaciones, obviamente, serían que la estipulación que a esos fines se negocie sólo tendría efectos hacia el futuro y no para los beneficios, prestaciones o indemnizaciones ya causados, y que el convenio no suponga una desmejora de las condiciones preexistentes de trabajo, consideradas en su conjunto.

La estipulación que comentamos fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en un momento muy especial, cuando la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo disponía la llamada reconstitución del salario, la integración al salario de una serie de subsidios que no tenían esa naturaleza, ampliaba la definición del salario y establecía además que la prestación de antigüedad debía calcularse sobre el salario integral o amplio y no sobre el concepto de salario normal, mucho más restringido, que se venía utilizando hasta la fecha. En este sentido, a no dudarlo, el salario de eficacia atípica fue deliberadamente diseñado por el legislador como una herramienta de flexibilización, para mitigar en el corto plazo el impacto que tendría que afrontar el patrono con esas medidas legislativas, y en el tiempo para facilitar a las partes una manera de incrementar el

ingreso semanal o mensual del trabajador a un nivel superior al que podían acordar si la totalidad del incremento fuese salario de efectos plenos o de eficacia “típica”.

Y el legislador, de manera bien previsiva, dotó desde el principio a esta figura de una garantía dual que prevendría su abuso; por un lado dispuso que la estipulación no podía imponerse de manera unilateral sino que debía ser el fruto de un acuerdo del empleador con el sindicato, en el marco de la convención colectiva, permitiendo que se pactara directamente con los trabajadores sólo cuando en la empresa no hubiere trabajadores sindicalizados. Por el otro lado, limitó a un veinte por ciento del salario la extensión máxima de la eficacia atípica.

Esta norma del párrafo primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo fue la única que reguló el salario de eficacia atípica por más de un año y medio, hasta que el 25 de enero de 1999 entró en vigencia el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Durante ese año y medio (desde el 19 de junio de 1997 al 24 de enero de 1999), quienes deseaban convenir un salario de eficacia atípica sólo tenían que dar cumplimiento a la referida estipulación legal.

En el artículo 74 del Reglamento de 1999 (artículo 51 del actual reglamento, vigente desde el 28 de abril de 2006)³, se agregaron varias precisiones de mucha importancia para el tratamiento del salario de eficacia atípica. Una de ellas consiste en exigir a las partes que identifiquen expresamente cuáles son las prestaciones, beneficios e indemnizaciones respecto de los cuales el salario de eficacia atípica no tendrá incidencia alguna. Otra estriba en prever que los trabajadores excluidos del ámbito de aplicación de una convención colectiva de trabajo pueden convenir el salario de eficacia atípica en acuerdos colectivos o en sus propios contratos individuales de trabajo, aun cuando en la empresa existan trabajadores sindicalizados. Una tercera precisión es que el salario de eficacia atípica conserva su naturaleza jurídica y está sometido al régimen de protección, modalidad de pago y privilegios propios del salario.

Pero la más importante de las consideraciones que incorpora el Reglamento de 1999, a los efectos del presente trabajo, es la de disponer que

³ *Gaceta Oficial* N° 38.426, de fecha 28 de abril de 2006.

el salario de eficacia atípica sólo puede pactarse en dos oportunidades bien específicas, a saber: al inicio de la relación de trabajo, para la fijación originaria del salario, o con ocasión de un aumento de salario, para afectar una porción del mismo⁴.

La norma contenida en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999 se mantuvo casi idéntica en el Reglamento de 2006, que sólo la modificó para agregar el género femenino en los sujetos de la disposición y para enfatizar que la cuota de salario de eficacia atípica no podría afectar el salario mínimo, asunto que ya estaba previsto en la Ley Orgánica del Trabajo. Nada relevante se agregó en esa oportunidad, y se desaprovechó la reforma para resolver las interrogantes creadas por el Reglamento de 1999.

2. Análisis de la norma reglamentaria

Independientemente de los argumentos que puedan esgrimirse contra el Reglamento de 1999 para invocar su ilegalidad, sobre la base de haberse extralimitado en sus atribuciones y haber creado requisitos, condiciones e incluso excepciones para la procedencia del salario de eficacia atípica, que no estaban previstas en la ley que desarrolló, es innegable que las disposiciones del referido reglamento están animadas de la mejor buena voluntad y son lógicas y coherentes.

Así, al establecer la posibilidad de que los trabajadores excluidos del ámbito de aplicación de una convención colectiva de trabajo puedan pactar el salario de eficacia atípica en sus contratos individuales o en un acuerdo colectivo, aun cuando en la empresa existan trabajadores sindicalizados e inclusive a pesar de que en la respectiva convención colectiva de trabajo no se hubiera previsto tal figura, el Reglamento de 1999 exhibe un razonamiento por demás lógico, cubre una posibilidad no prevista por la ley y atempera la aparente rigidez de la norma legislativa, que sólo permite el pacto de eficacia atípica en la convención colectiva de trabajo, cuando en la empresa existieren trabajadores sindicalizados.

⁴ La referida disposición prevé textualmente que el salario de eficacia atípica: “Sólo podrá pactarse cuando afecte una porción del aumento salarial que se reconozca a los trabajadores, o al inicio de la relación de trabajo a los fines de la fijación originaria del salario”.

La otra previsión de suma importancia que antes mencionamos, la que prevé que el salario de eficacia atípica únicamente puede pactarse al inicio de la relación de trabajo, o con ocasión de un aumento de salario y para afectar una porción del mismo, es otra norma lógica que procura garantizar la integridad de los derechos adquiridos por el trabajador.

Si el salario de eficacia atípica se pacta al inicio de la relación de trabajo, a los fines de la fijación originaria del salario, o si ya está previsto en una convención colectiva de trabajo con anterioridad al nacimiento de la relación laboral, se considera como una estipulación más del contrato, como una condición que el aspirante a empleo conoce desde el principio y libremente decide si acepta o no, y que obviamente no está afectando ningún derecho adquirido porque la relación aún no ha comenzado.

Y si el pacto de eficacia atípica no se acuerda al inicio de la relación laboral, entonces el Reglamento de 1999 se asegura que no pueda serlo posteriormente, a menos que lo sea con ocasión de un incremento de salario y que sólo afecte una cuota parte (no la totalidad) de dicho aumento. Con esta norma reglamentaria se garantiza que la eficacia atípica que se conviene después de iniciada la relación laboral no se extienda al salario de eficacia plena (típica) que el trabajador venía percibiendo con anterioridad al citado convenio, y que no se afecte negativamente la cuantía de los beneficios y prestaciones que el trabajador estaba devengando⁵. En otras palabras, por virtud de esta norma reglamentaria el

⁵ Bajo una posición más agresiva y con apoyo en la regla del conglobamento o del conjunto, se podría argumentar que incluso si con ocasión del aumento se pacta un salario de eficacia atípica que afecta una porción del salario que con anterioridad al aumento incidía plenamente en el cálculo de los beneficios, no se está necesariamente desmejorando al trabajador o incurriendo en despido indirecto, siempre que el monto del aumento sea de tal magnitud que compense suficientemente la cuantía de los beneficios afectados. Tal vez esto tuvo en mente el legislador de 1997 al no prever esta limitación (y, con ello, dejar a los jueces que determinasen en cada caso concreto si el salario de eficacia atípica pactado desmejoró las condiciones o en su conjunto las mantuvo o mejoró). Aunque se podría criticar que esta postura conlleva a una especie de “salarización” de los beneficios, en el fondo es inevitable que ello ocurra con esta figura que permite a las partes pactar un mejor ingreso o “flujo de caja” semanal o mensual a costa de afectar una porción (limitada al 20%) de beneficios. De hecho, esto pudo haber sucedido así en más de una empresa entre el 19 de junio de 1997 (fecha en que se consagró el salario de eficacia atípica en la ley) y el 25 de enero de 1999 (fecha de entrada en vigencia del reglamento). Así, imaginemos que en una empresa con menos de 50 trabajadores alguien que devenga Bs. 1.000 mensuales recibe un incremento salarial de Bs. 150. Bajo esta posición, si se conviene que la eficacia atípica afecte el 20% de la compensación total (Bs. 230), de todas maneras el trabajador saldrá beneficiado porque lo que deja de percibir en

trabajador pasa a devengar más salario y también más beneficios luego de recibir el incremento salarial sobre el que se pacta la eficacia atípica. En justificación de este enfoque, uno de los autores venezolanos que ha escrito sobre el tema, el profesor César Carballo, se expresa en los siguientes términos:

(...) si se admitiere la virtualidad del pacto de *eficacia atípica* sobre el salario que –hasta entonces– se estimaba íntegramente a los fines del cálculo de prestaciones, beneficios e indemnizaciones derivados de la relación de trabajo, ello constituiría una novación peyorativa de las condiciones de trabajo susceptible de configurar un despido indirecto en los términos del Parágrafo Primero del artículo 103 de la Ley Orgánica del Trabajo⁶.

3. ¿Qué porcentaje de un aumento salarial puede convenirse como salario de eficacia atípica?

El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999 no establece un porcentaje máximo de eficacia atípica que pueda aplicarse a un aumento de salario. En nuestro criterio ello no es una imprevisión del Reglamento sino un acierto, porque tal precisión no sólo es innecesaria sino además imposible de hacer, porque todo va a depender de la cuantía del aumento salarial y del porcentaje que éste representa respecto del total de la remuneración del trabajador. Así, en algunos casos se podrá pactar que incluso un noventa por ciento del aumento salarial tenga eficacia atípica, mientras que en otros casos sólo se podrá afectar un treinta o cuarenta por ciento del incremento, como máximo.

utilidades y prestación de antigüedad sobre esos Bs. 230 de eficacia atípica (digamos que el factor de ambos beneficios representa un 33% en su conjunto) se compensa favorablemente con el propio incremento recibido. El 33% de Bs. 230 representa Bs. 76 de beneficios que se pierden, contra un aumento de Bs. 150 que se recibe. Hay una diferencia de Bs. 74 a favor del trabajador. Aunque esta interpretación no es congruente con el Reglamento de 1999, es un argumento adicional para evidenciar lo inapropiado de limitar la eficacia atípica a un 20% del aumento salarial otorgado, que es la posición actual de nuestros tribunales.

⁶ Carballo Mena, César Augusto. *Aspectos Esenciales del Régimen de la Relación Individual de Trabajo en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*. Oscar Hernández Álvarez, Coordinador. Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. Barquisimeto. Tipografía y Litografía Horizonte, C.A., 2001, pp. 712-714.

En este orden de ideas, de la interpretación armónica de la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento se colige que son dos los límites que han de tenerse en cuenta cuando la eficacia atípica se pacta sobre un aumento de salario. El primer límite viene dado porque la eficacia atípica no puede afectar la totalidad del incremento concedido sino únicamente una cuota del mismo. El segundo límite es que el salario de eficacia atípica no puede representar en ningún caso más del veinte por ciento del salario del trabajador. Ahora bien, siempre que actúen dentro de estos dos límites, las partes tienen absoluta libertad para decidir qué porcentaje o cuota del aumento salarial será de eficacia limitada o atípica.

Concordantes con esta interpretación, los comentaristas Juan F. Porras Rengel y Juan David Porras Santana opinan que:

(...) el 20% ha de aplicarse sobre el monto total del salario, es decir, al todo que resulta de agregar al monto que ya devengaba el trabajador la cantidad correspondiente al aumento, sin afectar la cuantía del salario que ya tenía el trabajador, y que por ser un derecho adquirido no se puede disminuir⁷.

Los citados autores agregan que con la consagración del salario de eficacia atípica en nuestro ordenamiento jurídico se “ha querido abrir la compuerta al patrono para estimularlo a incrementar el salario, a cuyo fin le ha permitido un margen de holgura hasta del 20% de exclusión del total...”⁸.

Lo anterior es muy diferente a sostener que cuando el salario de eficacia atípica se conviene sobre un aumento de salario sólo puede afectar un veinte por ciento de dicho aumento, que es lo que han venido sosteniendo nuestros tribunales del trabajo e incluso la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. La confusión deviene, quizás, por el hecho de que en la misma norma reglamentaria se regulan apretadamente los dos supuestos en los que pueden pactarse salarios de eficacia atípica (al inicio de la relación y con ocasión de un aumento salarial) y en ella se hace referencia expresa a que “una cuota del salario, en

⁷ Porras Rengel, Juan F. y Porras Santana, Juan D. *Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento*. Caracas, 2002. Tomo I, p. 324.

⁸ *Ob. Cit.*, p. 324.

ningún caso superior al veinte por ciento (...)” puede convenirse como tal salario de eficacia atípica. La referencia expresa al veinte por ciento puede inducir al lector desprevenido a aplicar el referido porcentaje de manera indiscriminada, tanto al salario inicial como al aumento de salario, lo que pensamos no es correcto.

4. El criterio de nuestros tribunales.

Conocemos al menos tres decisiones dictadas por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo, en las cuales se ha sostenido que el salario de eficacia atípica que se pacta con ocasión de un aumento no puede afectar el salario que anteriormente venía percibiendo el trabajador, lo cual nos parece absolutamente correcto. Sin embargo, en todos esos casos el Tribunal Supremo ha limitado la estipulación de eficacia atípica a un veinte por ciento del aumento, cuando en nuestro criterio lo correcto hubiera sido limitarlo a una porción del aumento que no representara más del veinte por ciento del salario real (no del aumento únicamente) del trabajador.

En la primera de estas sentencias, la número 256, de fecha 5 de marzo de 2007 (Lorraine Kirmayer de Goldstei vs Banesco Banco Universal, C.A.), la Sala de Casación Social expresó lo siguiente:

(...) En la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 se ordenó la inclusión de todos estos bonos en el salario de los trabajadores, lo cual automáticamente aumentó el salario; y, se autorizó en el artículo 133, la exclusión de hasta un 20% del salario para el cálculo de los beneficios, prestaciones e indemnizaciones laborales, lo cual, de conformidad con el principio y derecho constitucional de progresividad de los derechos laborales, no debe desmejorar la condición del trabajador, permitiendo una exclusión salarial que pudiera ser mayor que el aumento de salario recibido, por lo cual se debe entender que la exclusión permitida era sobre el aumento salarial, a menos que la relación laboral estuviere iniciando, tal como lo estableció posteriormente el artículo 74 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (...).

En cuanto al reclamo de diferencias por razón de la indebida exclusión del 20 % de la totalidad del salario a los efectos del cálculo de prestaciones, encuentra la Sala que es también procedente, pues, aun cuando la cláusula del contrato colectivo

donde se estableció la exclusión, con vigencia a partir del 19 de junio de 1998, indica pura y simplemente la referencia al salario, es lo cierto que, conforme a la correcta interpretación del Parágrafo Primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el literal c) del artículo 74 de su Reglamento, la eficacia atípica del salario así convenida, sólo puede tener efectos respecto del aumento o aumentos salariales, no sobre la totalidad de la remuneración que venía percibiendo el trabajador.

En consecuencia, para obtener el salario real a tomar en cuenta para el cálculo de las prestaciones de la actora, el experto que se ordenará designar en el dispositivo de este fallo, deberá determinar el monto de la citada exclusión en los términos indicados, esto es, calculado dicho 20 por ciento no sobre la totalidad del salario que devengaba para abril de 1998, sino sobre el aumento del mismo que implicó a esa fecha la conversión en salario de lo que venía percibiendo en concepto de fondo de ahorro, así como sobre los aumentos posteriores recibidos. Así se declara.

En una segunda decisión, la número 2243, dictada el 6 de noviembre de 2007 (María Teresa Rangel vs Puertos del Litoral Central P.L.C., S.A.), la Sala de Casación Social expresó que el artículo 74 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sólo permite considerar salario de eficacia atípica el veinte por ciento de los aumentos de salario, con lo que inadvertidamente en nuestro criterio incurrió en la confusión que comentábamos con anterioridad. En la referida sentencia se lee textualmente lo siguiente:

(...) En el caso concreto quedó demostrado que en el Acta de 27 de febrero de 2003 se convino en otorgar un bono trimestral que no tendría carácter salarial, lo cual fue aceptado por los beneficiarios. No obstante esto, como se explicó en la sentencia transcrita, el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo en concordancia con el artículo 74 de su Reglamento sólo permite excluir de la base de cálculo de los beneficios, prestaciones y demás conceptos laborales, el veinte por ciento (20%) de los aumentos de salario, razón por la cual, por el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales establecido en el artículo 3° de la Ley Orgánica del Trabajo, no puede ser válido un acuerdo que desmejore las condiciones que la ley concede a los

trabajadores y, en consecuencia, el bono trimestral sí tiene carácter salarial, excepto un veinte por ciento (20%) del mismo.

Como quedó demostrado que el bono trimestral era de Bs. 2.250.000,00, que equivale a Bs. 750.000,00 mensual, sólo se excluirá de la base de cálculo de los beneficios, prestaciones y demás conceptos laborales Bs. 150.000,00 mensuales (20% de Bs. 750.000,0) y se tomará en cuenta como parte del salario Bs. 600.000,00 mensuales.

En una decisión más reciente, la identificada con el número 1916, del 25 de noviembre de 2008 (César Francisco Armas Martínez y otros *vs* Industria Láctea Venezolana, C.A. INDULAC), en un caso en el que la empresa convino con el sindicato un incremento salarial de un veinte por ciento del salario básico, aumento que en su totalidad sería considerado como de eficacia atípica, la Sala de Casación Social dispuso que sólo tendría carácter de eficacia atípica el veinte por ciento de ese aumento, y que sobre el ochenta por ciento restante debían calcularse beneficios laborales. La referida sentencia expresó lo siguiente:

Al considerar la recurrida que había sido acordado a efectos del cálculo de los derechos laborales, una exclusión del 20% del salario total y no sólo del aumento salarial, erró en la interpretación del Parágrafo Primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual, se declara procedente esta denuncia (...).

Tal y como fue referido anteriormente en esta sentencia, de las actas procesales se evidenció que en el aumento acordado entre las partes a partir del 1º de junio de 2004, se tomó como salario de eficacia atípica la porción completa del aumento conferido, no aplicando lo contenido en el artículo 74 literal c del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual se declaró con lugar el cobro de la diferencia de salario –salario de eficacia atípica– reclamado por la parte actora y su incidencia en sus prestaciones sociales y demás conceptos laborales. En consecuencia, se ordena a la empresa demandada pagar al demandante las respectivas incidencias de ese 80% del 20% de aumento salarial (acordado mediante acta suscrita por esa empresa y el Sindicato de Trabajadores de la Industria Láctea del Distrito Federal y Estado Miranda (SINTRALAC), en fecha 31 de mayo de 2004, con vigencia a partir del 1º de junio del mismo año), sobre las utilidades, prestación de

antigüedad e intereses y demás indemnizaciones por despido injustificado –indemnización de antigüedad por despido injustificado e indemnización sustitutiva de preaviso–, por cuanto las vacaciones y disfrute de vacaciones, deben pagarse con el 100 % del aumento salarial.

Este criterio del Tribunal Supremo, en el sentido de que cuando la eficacia atípica se pacta con ocasión de un aumento de salario, únicamente puede afectar un veinte por ciento de ese incremento, ha sido reproducido, como era de esperarse, por los tribunales de instancia. Al respecto podemos mencionar la sentencia dictada el 1º de junio de 2007 por el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, en el juicio seguido por Julio César Sánchez Meléndez contra Alimentos Heinz, C.A., y la dictada el 12 de junio de 2007 por el Juzgado Superior Tercero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio seguido por Elkar Escalante contra Seguros Nuevo Mundo, S.A.

5. Nuestra opinión

Respetamos la opinión de nuestros tribunales, pero lamentablemente no podemos compartirla. Cuando la norma reglamentaria expresa que el salario de eficacia atípica debe afectar una porción del aumento de salario concedido, es obvio que elimina la posibilidad de que la totalidad del aumento se considere como de eficacia atípica, lo que nos parece acertado. Sin embargo, eso no significa en modo alguno que sólo pueda afectarse con la eficacia atípica un máximo del veinte por ciento del incremento. Si la limitación del salario de eficacia atípica es un veinte por ciento del salario cuando se pacta al inicio de la relación laboral, el límite ha de ser el mismo cuando se conviene con ocasión de un incremento salarial, siempre y cuando no se afecte la totalidad del aumento.

Entonces, cuando las partes desean convenir un salario de eficacia atípica sobre un aumento salarial, deben tener presente las dos limitaciones esenciales impuestas por la ley y su reglamento. La primera es que no es posible afectar la totalidad del aumento, lo que implica que al menos una cuota pequeña de ese incremento debe producir la eficacia plena del salario (salario de eficacia “típica”). Y la segunda limitación es que no puede pactarse como salario de eficacia atípica una cantidad superior al veinte por ciento del salario del trabajador. Ahora bien, cumplidas estas dos condiciones, el pacto de eficacia atípica puede afectar cualquier porción del aumento salarial que las partes convengan, y no

únicamente el veinte por ciento del aumento como lo han señalado los tribunales en las sentencias precedentemente reseñadas.

Nuestro razonamiento se ilustra fácilmente con algunos ejemplos. Así, si un trabajador tiene asignado un salario mensual de Bs. 2.000 y recibe un aumento de Bs. 600 mensuales, las partes pueden convenir un salario de eficacia atípica de hasta Bs. 520 mensuales para ser aplicado sobre el aumento. Esto porque el veinte por ciento del salario resultante del trabajador (Bs. 2.600) es Bs. 520, y a su vez esta cantidad de Bs. 520 es inferior a los Bs. 600 de aumento que se están otorgando. En este caso entonces se estarían cumpliendo las dos condiciones exigidas por nuestro ordenamiento jurídico, ya que por un lado sólo se estaría afectando una porción del aumento salarial, no la totalidad del mismo, y por el otro lado la cuota de eficacia atípica no excedería del veinte por ciento del salario del trabajador ($Bs. 2.600 \times 20\% = Bs. 520$). Así, a pesar de que se estaría gravando con la eficacia atípica más de un ochenta y cinco por ciento del aumento de salario concedido al trabajador, no se le estaría afectando algún beneficio o condición preexistente, ya que la totalidad del salario que él venía percibiendo con anterioridad al incremento (Bs. 2.000), e incluso una pequeña porción del aumento salarial concedido (Bs. 80), tendrían carácter salarial pleno.

En el mismo ejemplo anterior, si el trabajador que devenga Bs. 2.000 mensuales recibe un aumento salarial más pequeño, digamos de Bs. 300 mensuales, entonces el máximo de eficacia atípica que podría pactarse tendría que ser algo menos de Bs. 300, porque se tendría que honrar la previsión reglamentaria de que la eficacia atípica sólo puede afectar una porción del incremento. En este caso es obvio que no podría convenirse como eficacia atípica un veinte por ciento del salario del trabajador (Bs. 460), porque esa cantidad es mayor que el incremento otorgado, pero nada impediría que pudiera pactarse una afectación del noventa por ciento, por ejemplo, del aumento concedido (esto es, Bs. 270), si las partes así lo deciden.

En cambio, si únicamente pudiéramos afectar con el salario de eficacia atípica un veinte por ciento del incremento salarial concedido, como lo han sostenido nuestros tribunales del trabajo, en el primer ejemplo sólo podría ser salario de eficacia atípica la suma de Bs. 120 mensuales ($Bs. 600 \times 20\%$), lo que representa menos de un cinco por ciento del salario del trabajador, a pesar de que el aumento otorgado fue equivalente al treinta por ciento de su salario. Es evidente que esta interpretación com-

promete severamente la utilidad práctica de la previsión de eficacia atípica, dada la dificultad de pactarla y –en contraste–, el muy limitado efecto que con ella se podría obtener. Además, lo que es más grave, esta interpretación en nuestro criterio colide con la norma contenida en el párrafo primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, la cual permite que hasta un veinte por ciento (no un cinco por ciento o algún otro porcentaje inferior al veinte por ciento) del salario pueda ser afectado por las partes mediante el convenio de eficacia atípica.

Sabemos que en muchos casos el empleador que negocia una convención colectiva de trabajo tiene serias limitaciones para conceder aumentos significativos de salario. Para esas ocasiones difíciles la previsión de eficacia atípica es una opción válida que le permite proponer un aumento salarial superior al que concedería si la totalidad del incremento tuviera incidencia en beneficios. Así por ejemplo, un empleador que sólo puede conceder un aumento de salario “típico” del quince por ciento, podría –dependiendo de su estructura de costos–, ofrecer un incremento del veinticinco o treinta por ciento, bajo la condición de que la mayor parte del incremento (sin exceder obviamente el veinte por ciento del salario) fuese de eficacia atípica. Semejante propuesta puede ser más atractiva para los sindicatos y sus representados que el simple aumento del quince por ciento, porque le garantizaría a sus destinatarios un mayor ingreso diario y mensual. Ahora bien, si se determina que la interpretación correcta es que sólo se puede afectar con la eficacia atípica un veinte por ciento del incremento salarial, entonces el ahorro del patrono en beneficios, prestaciones e indemnizaciones, que él podría trasladar al ingreso mensual de sus trabajadores, sería tan pequeño que la alternativa carecería de atractivo.

Por otra parte, la interpretación que proponemos permite que dos trabajadores que desempeñan idéntico cargo, en la misma jornada y condiciones de eficiencia (que según el artículo 135 de la Ley Orgánica del Trabajo deben tener igual salario), puedan llegar a tener similar cuota de eficacia atípica, a pesar de que uno hubiese pactado tal figura al principio de su relación laboral y el otro con ocasión de un aumento de salario⁹. En contraste, la interpretación que sólo permite

⁹ Como ocurre en el ejemplo que antes colocábamos, de un trabajador que devenga un salario mensual de Bs. 2.000 y recibe un aumento de Bs. 600 sobre el cual se pacta la eficacia atípica. Esta interpretación permitiría un trato igualitario y despejaría cualquier argumento de discriminación.

aplicar la eficacia atípica a un veinte por ciento del aumento salarial, condenaría al eterno distanciamiento de estos dos trabajadores, que aun percibiendo el mismo ingreso mensual tendrían cuotas de eficacia atípica (y, por ende, beneficios, prestaciones e indemnizaciones) radicalmente diferentes.

En definitiva, serán los tribunales del trabajo los que tendrán la última palabra, bien sea ratificando la tendencia que hasta ahora han ido marcando o ajustando el rumbo a una interpretación que nos parece más cónsona con la intención de la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. Pero una cosa parece segura, de esa interpretación dependerá que la figura del salario de eficacia atípica convenida con ocasión de un aumento de salario sobreviva con éxito o se convierta en una pieza de museo; por lo pronto es una especie en peligro de extinción.

La capacidad laboral de los incapaces de obrar

*María Candelaria Domínguez Guillén**

Sumario:

Introducción

- 1. La incapacidad de obrar.**
- 2. La capacidad laboral:** **2.1** *De los menores de edad.* **2.2** *De los mayores de edad incapaces de obrar:* **2.2.1** De los entredichos:
2.2.1.1 El entredicho judicial. **2.1.2** El entredicho legal. **2.2.2** De los inhabilitados.

Conclusión

Introducción

Dada la necesidad de conectar un tema del Derecho Laboral con nuestra área fundamental de estudio (Derecho Civil I Personas) y especial-

* **Universidad Central de Venezuela.** *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.* Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Doctora en Ciencias, Mención “Derecho”. Profesora Asociado. Jefe del Departamento de Derecho Privado. Jefe de la Cátedra de Derecho Civil I Personas. Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado.

mente la materia de la capacidad, hemos decidido hacer algunos comentarios sobre la situación relativa a la capacidad laboral de los incapaces de obrar, esto es, a la posibilidad de actuación jurídica en el ámbito del Derecho del Trabajo de quien no goza de plena de capacidad de ejercicio. Es decir, nos enfocaremos en el “trabajador” que esté afectado por incapacidad de ejercicio.

Para ello daremos una breve referencia de la incapacidad de obrar, y luego nos pronunciaremos sobre la capacidad laboral de los menores de edad por oposición a la capacidad laboral de los adultos o mayores de edad incapaces.

1. La incapacidad de obrar

La incapacidad de obrar es la imposibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia. Así, siendo que la capacidad de obrar o de ejercicio es la posibilidad o aptitud del sujeto de efectuar actos jurídicos (negociales y procesales)¹ por voluntad propia; el individuo capaz de obrar no precisa de un tercero que subsane su ineptitud en el ámbito de la capacidad de obrar². Aun cuando doctrinariamente se distingue entre incapacidad jurídica o de goce e incapacidad de obrar o de ejercicio, se admite que esta última constituye la “verdadera” incapacidad, toda vez, que la primera se traduce en prohibiciones que impone la ley por razones de moralidad o de la situación subjetiva de las partes en una relación jurídica. De allí que generalmente, cuando se alude a “incapaces” se trata de incapaces de obrar, a saber, aquellas personas humanas que son tales en razón de alguna circunstancia na-

¹ Se incluye dentro de la capacidad de obrar –además de la capacidad negocial y la capacidad procesal– la capacidad delictual (posibilidad de responder por hecho ilícito) pero técnicamente la misma no está en relación directa con la capacidad civil sino con el discernimiento, pues la pueden tener algunos incapaces de obrar a tenor del artículo 1186 del CC.

² Véase sobre la noción de capacidad de obrar: De Freitas De Gouveia, Edilia: *La noción de capacidad en la doctrina jurídica venezolana*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorronzona. Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2002, Vol. I, pp. 319-345; Domínguez Guillén, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Colección Nuevos Autores N° 1, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2ª edic., 2006, pp. 25 y ss.; Pons Tamayo, Héctor: *Capacidad de la Persona Natural*. Maracaibo, La Universidad del Zulia, Facultad de Derecho, 1971.

tural o legal que priva o limita su aptitud para realizar por su propia voluntad actuaciones jurídicas. Entre las causas que restringen la capacidad de obrar en nuestro ordenamiento jurídico vigente se aprecian: la edad, la salud mental, la prodigalidad y la condena penal a presidio. Dichas causas o circunstancias propician los diferentes regímenes de incapaces, que se distinguen *grosso modo* entre aquellos de menores de edad (patria potestad, tutela, colocación y emancipación) de los de mayores de edad (interdicción e inhabilitación).

También suele hacerse la importante distinción entre regímenes de “representación” y regímenes de “asistencia”, según se precise de la sustitución de un tercero o de la simple actuación conjunta, respectivamente; la primera supone una incapacidad absoluta en tanto que la segunda implica una incapacidad relativa³. La diferencia entre incapacitación absoluta (interdicción judicial) e incapacitación relativa (inhabilitación), resulta sustancial –entre otros– desde el punto de vista de la capacidad de obrar, del régimen de protección, del autogobierno, de la realización de actos personalísimos, etc.⁴. Precisamente el contrato de trabajo constituye un acto personalísimo que no admite en principio la representación legal⁵.

Las anteriores consideraciones generales son relevantes a los efectos prácticos de la capacidad laboral, es decir, a la posibilidad o aptitud de realizar actuaciones jurídicas en el legítimo ejercicio del derecho al trabajo. Puede adelantarse, que el “discernimiento” como elemento de comprensión básica del sujeto respecto de la trascendencia de ciertos hechos o actuaciones, constituirá factor determinante en el alcance de lo que hemos denominado “capacidad laboral” de los incapaces de obrar, porque puede sostenerse que éstos tendrán posibilidades de actuación laboral generalmente cuando presentan discernimiento.

³ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Reflexiones sobre la representación y la asistencia de los incapaces*. En: Revista de Derecho N° 11. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 273-282.

⁴ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Diferencia entre incapacitación absoluta y relativa*. En: Revista de Derecho N° 30, Tribunal Supremo de Justicia, 2009, pp. 97-132.

⁵ La representación es la realización de actos jurídicos en nombre del representado. La representación legal es la que impone la ley a los incapaces de obrar, en tanto que la representación voluntaria supone la capacidad de ejercicio y depende de la voluntad del representado.

Es de aclarar que desde el punto de vista civil el concepto de “*incapacidad de obrar*” no se corresponde con el de “*discapacidad*” y no debe confundirse con éste⁶, pues la primera alude a la citada noción técnica relativa a una imposibilidad de realizar actos jurídicos por propia voluntad; en tanto que la segunda, se refiere a cierta deficiencia (física, intelectual o sensorial) que le impide al individuo desempeñarse normalmente en determinada actividad o le dificulta su integración plena⁷. De tal suerte, que la discapacidad no supone necesariamente incapacidad de ejercicio; de las causas taxativas que afectan la capacidad de obrar, únicamente las discapacidades que constituyen afecciones mentales pueden propiciar la incapacitación absoluta y la incapacitación relativa en nuestro Derecho vigente⁸. De allí que se hable de la actuación del

⁶ Véase, sin embargo: Muñoz de Dios, Gerardo: *El patrimonio del discapacitado*. En: La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales. Seminario organizado bajo la presidencia de Honor de S.M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Madrid, Civitas y Europa Notario, 2000, p. 61, indica el autor que en ocasiones es difícil determinar cuándo una persona tiene una incapacidad y cuando se está en presencia de una discapacidad.

⁷ El Estado debe intervenir para garantizar la integración de tales personas, a fin de asegurar la participación, la equiparación e igualdad de oportunidades, según prevé el artículo 81 de la Carta Magna (El Estado “promoverá su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones de conformidad con la ley” —destacado nuestro—). Véase también: Ley para las Personas con Discapacidad (G.O. N° 38.598 del 5 de enero de 2007) cuyo artículo 5 indica que “se entiende por discapacidad la condición compleja del ser humano constituida por factores biopsicosociales, que evidencian una disminución o supresión temporal o permanente, de alguna de sus capacidades sensoriales, motrices o intelectuales que puede manifestarse en ausencias, anomalías, defectos, pérdidas o dificultades para percibir, desplazarse sin apoyo, ver u oír, comunicarse con otros, o integrarse a las actividades de educación o trabajo, en la familia con la comunidad, que limitan el ejercicio de derechos, la participación social y el disfrute de una buena calidad de vida, o impiden la participación activa de las personas en las actividades de la vida familiar y social, sin que ello implique necesariamente incapacidad o inhabilidad para insertarse socialmente”. El artículo 6 define las personas con discapacidad. También puede verse sobre el tema: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La protección jurídica de los impedidos*. En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 121, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 13-68 (también en: Domínguez Guillén, Ensayos..., pp. 565-615).

⁸ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La protección constitucional de los incapaces*. En: temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Colección Libros Homenaje N° 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 613, la incapacidad de obrar debe ser examinada a la luz de las causas taxativas que la afectan. No obstante la diferencia entre “incapaces” e “impedidos”, ambas categorías de personas requieren de una especial atención por parte del ordenamiento jurídico.

“discapacitado no incapacitado”⁹. Sin embargo, la discapacidad presenta importancia en el ámbito del Derecho Laboral¹⁰, pero ello escapa al estudio de nuestro trabajo.

El trabajo constituye sin lugar a dudas una actividad fundamental y necesaria para el ser humano, que le permite a éste no sólo obtener el sustento para su subsistencia sino sentirse útil y pleno. De allí que el trabajo representa una imperiosa necesidad de la persona, tanto a nivel individual como social. En tal sentido, el artículo 87 de la Carta Magna señala que “*toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar*”. Ese derecho-deber inherente a la persona humana se extiende a la generalidad de los incapaces de obrar, pues la necesidad de trabajar tal vez sea mayor respecto de quienes no cuentan con plena capacidad de ejercicio¹¹.

2. La capacidad laboral

2.1 De los menores de edad

Si bien el menor de edad es en principio “incapaz de obrar” hasta que llegue a la mayoría (CC, art. 18), el legislador le concede en diversos supuestos capacidad plena (actúa por sí solo) o limitada (actúa asistido o autorizado). El legislador atribuye progresivamente capacidad de ejercicio al menor antes de la mayoría a medida que adquiere discernimiento, lo cual comienza a la edad de doce (12) años, es decir, al ser

⁹ Véase: Leña Fernández, Rafael: *El tráfico negocial y el discapacitado*. En: La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales. Seminario organizado bajo la presidencia de Honor de S.M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Madrid, Civitas y Europa Notario, 2000, pp. 181 y ss.

¹⁰ Véase: *Ley para las Personas con Discapacidad*, Capítulo III, titulado “Del trabajo y la capacitación” (artículos 26 a 30). Se prevé la elaboración del respectivo Reglamento de la citada Ley (Véase http://www.conapdis.gob.ve/proyecto_reglamento.php.) Véase también: Villegas Alba, Alexis: *Recursos legales contra la certificación de discapacidad dictada por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL)*. En: Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Colección Estudios Jurídicos N° 19, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 589-632.

¹¹ Véase, aun cuando lo referíamos a los impedidos o personas con discapacidad: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 593: “El trabajo es esencial para el hombre, porque nos permite ocupar útilmente nuestro tiempo como forma de vida; sin él surge el ocio y hasta la depresión. Es por ello, que el mismo se torna aún más necesario respecto de las personas con necesidades especiales”.

adolescente¹². A partir de tal edad, la ley toma en cuenta al menor por ejemplo en materia de legitimación directa de ciertos procedimientos¹³, y posteriormente a los catorce (14) y a los dieciséis (16) el legislador considera al menor a los efectos de supuestos particulares o específicos de concesión de capacidad negocial (reconocimiento filiatorio¹⁴ u otorgar testamento¹⁵) y procesal¹⁶.

Precisamente, uno de los casos de capacidad de obrar plena del menor de edad, acontece en materia laboral, por clara aplicación de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA)¹⁷ que prevé:

Artículo 100. Capacidad laboral. Se reconoce a los y las adolescentes, a partir de los catorce años de edad, el derecho a celebrar válidamente actos, contratos y convenciones colectivas relacionados con su actividad laboral y económica; así como, para ejercer las respectivas acciones para la defensa de sus derechos e intereses, inclusive, el derecho de huelga, ante las autoridades administrativas y judiciales competentes.

Si bien el artículo 89, numeral 6 de la Carta Magna prohíbe “el trabajo de adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral” la LOPNNA permite, en atención a una realidad práctica, el trabajo del menor de edad a partir de cierta edad. “La sociedad contemporánea, a través de la incidencia de diversos factores, muestra una decidida participación del menor en la actividad laboral”¹⁸.

¹² Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La capacidad procesal del Menor de edad*. En: Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Colección Libros Homenaje N° 8. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 435 y 436. Esto porque la incapacidad del menor es gradual, pues existen actos que el menor puede realizar por sí solo según su edad y discernimiento. De allí que se haya reconocido al menor una importante esfera dentro de la cual tiene capacidad, a pesar de su incapacidad general en función de la edad.

¹³ Véase LOPNNA, arts 353, 361, 376, 509.

¹⁴ Véase: Art 222 CC; Artículo 22 de la Ley de Protección a las Familias, la maternidad y la paternidad: “Instructivo del Proceso de Identificación Civil de Niños, Niñas y Adolescentes nacidos en Venezuela”, (Gaceta Oficial N° 37.771 del 9 de septiembre de 2003), artículo II.1.2.2.1.

¹⁵ Véase: CC, art. 837, ord. 1°.

¹⁶ Véase: Art 451 LOPNNA.

¹⁷ La LOPNA de 1998 modificó el artículo 248 de la Ley Orgánica del Trabajo.

¹⁸ Véase: D’Antonio, Daniel Hugo: *Actividad jurídica de los menores de edad*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 3ª edic., 2004, p. 171.

En efecto, tuvimos ocasión de explicar, que la capacidad negocial y procesal del adolescente de catorce (14) años en materia laboral es plena, esto es, no precisa ni representación ni asistencia, toda vez que la ley le otorga la posibilidad de actuar por su sola y única voluntad, tanto en el ámbito negocial como procesal. Así pues, amén del cumplimiento de la normativa protectora laboral correspondiente, el menor de edad que tiene catorce años tiene capacidad de obrar plena para el ejercicio del derecho al trabajo¹⁹. Agregamos que la administración del producto de su trabajo en atención al artículo 273 del CC, supone por su parte una capacidad de obrar limitada, dada la remisión al caso del menor emancipado (autorización judicial para actos de disposición y asistencia en el aspecto procesal)²⁰.

Ahora bien, el adolescente con menos de catorce (14) años tiene capacidad negocial limitada según previsión del artículo 96 de la LOPNNA, párrafo tercero²¹, según indicamos²², porque la necesidad de “*autorización*” nos coloca en el ámbito de la capacidad relativa, parcial o limitada. El artículo 451 de la LOPNNA reconoce capacidad procesal plena a los adolescentes con capacidad de obrar, que no es otra –a nuestro criterio– que la capacidad “negocial” (pues la “delictual” no depende del discernimiento). Si bien la capacidad procesal plena es paralela a la capacidad negocial plena, y por ende donde existe capacidad negocial relativa o limitada habrá capacidad procesal limitada que precisará asistencia o autorización²³, previamente nos pronunciamos sin embargo, a falta de exigencia expresa, por considerar que la autoriza-

¹⁹ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La capacidad laboral del menor de edad*. En: Estudios sobre Derecho del Trabajo. Libro Homenaje a José Ramón Duque Sánchez. Colección Libros Homenaje N° 9. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, T. I, pp. 377-401.

²⁰ *Ibíd.*, pp. 389-392.

²¹ Indica la norma: “El Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes podrá autorizar, en determinadas circunstancias debidamente justificadas, el trabajo de adolescentes por debajo de la edad mínima, siempre que la actividad a realizar no menoscabe su derecho a la educación, sea peligrosa o nociva para su salud o desarrollo integral o se encuentre expresamente prohibida por ley”.

²² Véase: *ibíd.*, pp. 386-389.

²³ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Más sobre la capacidad procesal del menor (a propósito del artículo 451 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes)*. En: Revista de Derecho N° 29, Tribunal Supremo de Justicia, 2009, pp. 97-123.

ción que concede el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes al adolescente de 12 ó 13 años se extiende al ámbito procesal, relativo al ejercicio de las respectivas acciones laborales²⁴.

La LOPNNA consagra entre otros²⁵, en su artículo 101 el derecho de los adolescentes a la *sindicación*, pero indicamos que a falta de previsión expresa y en consonancia con el artículo 84 *eiusdem*, el adolescente no tiene capacidad de ser representante sindical²⁶.

En cuanto a los niños el parágrafo quinto del artículo 96 de la LOPNNA prevé:

El Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de manera excepcional podrá autorizar el trabajo de niños y niñas, para realizar actividades artísticas, conforme el procedimiento previsto en esta Ley y observando las limitaciones a que se refieren los párrafos tercero y cuarto del presente artículo.

Indicamos que podrían acontecer situaciones en las que excepcionalmente un niño (menor de 12 años) ejerciera labores artísticas que fuesen convenientes a su propio beneficio e interés²⁷. En tal supuesto, no operaría la figura de la “autorización” o de la “asistencia” porque la misma supone la intervención activa del incapaz en el acto; el niño, actuaría a través de su representante legal, a pesar de tratarse de un acto personalísimo²⁸. De tal suerte, que el trabajo artístico de los niños

²⁴ Véase: Domínguez Guillén, *La capacidad laboral...*, p. 388.

²⁵ Cabe citar el derecho de Huelga (artículos 100 y 103), de vacaciones (artículo 104) y de seguridad social (artículo 110).

²⁶ Véase: *Ibid.*, pp. 393 y 394.

²⁷ Se tendría que sopesar en tal caso el interés del niño, su opinión, aptitudes, y a su vez combinarlo con las correspondientes necesidades educativas. Pero ciertamente, no debemos cerrarnos ante una oportunidad excepcional en la cual el menor pueda recibir una importante cantidad de ingresos que inclusive servirá para su futuro. Así dada la remisión al citado parágrafo tercero del artículo 96 LOPNNA, no debe afectarse su educación, salud, desarrollo integral, ni tratarse de una actividad expresamente prohibida por el orden jurídico.

²⁸ De tal suerte, que de admitirse la posibilidad excepcional del trabajo infantil en ciertas y especiales circunstancias su actuación se haría efectiva a través de la representación legal por tratarse de un supuesto de incapacidad absoluta. Esto, a pesar que sería necesario tener siempre presente la opinión e intervención activa del niño, principal sujeto interesado en un asunto que le afecta en su esencia. Se trata, ciertamente de una situación delicada en la cual sería recomendable la intervención judicial a los fines de no propiciar una situación de explotación e incomodidad para el niño.

supone la posibilidad excepcional de la figura de la representación legal, la cual en principio no procede respecto de los actos personalísimos de los incapaces de obrar. Tanto en el caso de adolescentes como de niños la ley prevé la necesidad de escuchar la opinión del menor (artículo 96, parágrafo cuarto y quinto de la LOPNNA).

La doctrina se ha referido al trabajo de los menores de edad²⁹ y el “Derecho a la protección en materia de trabajo” de los menores se aprecia en los artículos 96 y ss. de la LOPNNA respecto de la cual la Ley Orgánica del Trabajo presenta aplicación supletoria³⁰. La capacidad del menor es plena a nivel laboral si cuenta con la edad de catorce (14) años, y parece presentar escasa importancia en este sentido, la distinción entre menor no emancipado y menor emancipado³¹. No obstante, este último por contar con el autogobierno o libre gobierno de su persona, posee su propio domicilio general voluntario, y puede presentar un mayor marco de actuación personal en lo atinente al aspecto laboral; es decir, el emancipado no está sometido a la potestad de nadie y ello bien pudiera proyectarse en ciertos contratos de trabajo que impliquen la posibilidad de viaje o alguna variación en su sede jurídica.

²⁹ Sobre el menor trabajador en la doctrina nacional, véase: Parra Aranguren, Fernando: *Derechos y deberes del trabajador joven y algunos problemas derivados del trabajo de menores en Venezuela*. En: Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales N° 12/13. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, enero/diciembre 1983, pp. 103-117; Wills Rivera, Lourdes: *Protección legal del menor trabajador*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 90. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1993, pp. 161-188; Marín Quijada, Enrique y Jacqueline Richter Duprat: *El Régimen de trabajo de los menores en Venezuela. La mujer y el menor trabajador serán objeto de protección especial. Constitución 93*. En Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 11, Caracas, 1994, pp. 109-175; Ramos de la Rosa, Emilio: *El derecho a trabajar de los menores*. En: Revista de Derecho Público N° 15. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, julio-septiembre 1983, pp. 71-77; Zuleta de Merchán, Carmen: *Breves reflexiones en torno a la valoración jurídica del trabajo de los niños y adolescentes*. En: Revista Lex Nova N° 241. Colegio de Abogados del Estado Zulia, 2002, pp. 47-58; Bustamante Pulido, César: *Los regímenes especiales en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo, Las Mujeres y los Menores*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 65. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1986, pp. 238-259.

³⁰ Véase: arts 115 y 116 LOPNNA.

³¹ La emancipación implica la adquisición del autogobierno y de un aumento relativo de la capacidad de obrar del menor de edad por el solo efecto del matrimonio (Véase: CC, arts. 382 y ss).

La Ley sobre Derecho de Autor, concede respecto de tal materia, al adolescente de dieciséis (16) años la misma capacidad (negocial y procesal) limitada que el artículo 383 del CC le atribuye al emancipado³².

2.2 De los mayores de edad incapaces de obrar

2.2.1 De los entredichos

2.2.1.1 El entredicho judicial:

La interdicción judicial o incapacitación absoluta implica una privación absoluta de la capacidad de obrar por decisión judicial en razón de un defecto intelectual grave, habitual y actual. El entredicho judicial precisa ser un individuo sustancialmente afectado en su discernimiento, es decir, incapaz de proveer a sus propios intereses aunque pueda presentar intervalos de lucidez. La ley (CC, arts. 393 a 407) somete al entredicho por afección mental a un régimen de representación que es la tutela, que conlleva la pérdida del autogobierno y de la capacidad de obrar.

La representación legal o sustitución del tutor a la realización de actos negociales y procesales en nombre de su representado incapaz, se limita a los actos estrictamente necesarios y básicamente de contenido patrimonial. De allí que se admita que no exista representación legal de actos personalísimos (reconocimiento de la filiación, matrimonio, etc.) entre los que ciertamente debe citarse el contrato de trabajo. Mal podría el tutor efectuar, en nombre del entredicho, un contrato de contenido laboral porque el trabajo constituye sin duda, una actividad personalísima del trabajador.

Será difícil pensar en la posibilidad de que un entredicho judicial trabaje sin conocimiento de quien formalmente es su tutor, porque a éste le

³² Al afecto la citada ley bajo el título “De la Capacidad en Materia de Derecho de Autor” señala en su Artículo 31: “El menor que ha cumplido dieciséis años de edad, puede realizar todos los actos jurídicos relativos a la obra creada por él, en las mismas condiciones que el menor emancipado, pero para la autorización de explotación mediante declaración pública prevista en el artículo 60 de esta Ley, o para la cesión de derechos a título gratuito, se requerirá la autorización del Juez competente”. El Artículo 32 prevé: “El menor que ha cumplido dieciséis años de edad, puede ejercer en juicio las acciones derivadas de su derecho de autor y de los actos jurídicos relativos a la obra creada por él, mediante la asistencia de las personas indicadas en el único aparte del artículo 383 del Código Civil”.

corresponde entre sus principales deberes el cuidado de la persona del incapaz absoluto (guarda). Ahora bien, de presentarse este extraño supuesto, vale aclarar que si bien el respectivo contrato de trabajo está afectado de nulidad relativa –que sólo puede ser alegada por el incapaz porque la misma existe en su exclusiva protección– el trabajo realizado, como es natural, debe ser remunerado, característica independiente de la validez del negocio jurídico en razón de la incapacidad; lo contrario constituiría enriquecimiento sin causa.

2.2.1.2 El entredicho legal

La interdicción legal por condena a presidio constituye en nuestro ordenamiento vigente, el único de los regímenes de incapaces con finalidad sancionatoria (y no de protección), a tenor del artículo 23 del Código Penal³³, que supone la privación de la administración y disposición de los bienes por acto entre vivos del reo condenado a presidio. Dado el sentido de interpretación estricta de las normas restrictivas de la capacidad, se admite que el entredicho legal sólo ve afectada su capacidad negocial en la esfera estrictamente patrimonial (y por acto entre vivos), lo que se traduce en la posibilidad de realizar actos negociales personalísimos (reconocimiento, matrimonio³⁴, etc.), entre los que cabe incluir por esencia el contrato de trabajo aunque sea un negocio jurídico esencialmente pecuniario³⁵.

³³ La norma dispone: “La interdicción civil por causa criminal no podrá imponerse como pena principal, sino únicamente como accesoria a la de presidio. Sus efectos son privar al reo de la disposición de sus bienes por actos entre vivos y de la administración de los mismos, de la patria potestad y de la autoridad marital. A la administración de los bienes del entredicho se preverá conforme lo dispone el Código Civil respecto a los que se hallen en interdicción”. Es de observar, que la autoridad marital desapareció con la Reforma del CC de 1982 y en cuanto a la patria potestad desde el punto de vista técnico tiene lugar una “causa de exclusión del ejercicio”.

³⁴ Véase sin embargo sentencia que autoriza matrimonio de entredicho legal (aunque ello no se precisa por tratarse de un acto personalísimo): Tribunal Penal de Ejecución del Circuito Penal del Estado Miranda, Extensión Valles del Tuy, Sent. 22-6-07, Asunto MP21-P-2006-000872, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/95-22-MP21-P-2006-000872-.html>

³⁵ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 391, “Mélich Orsini refiere que el condenado a presidio se encuentra afectado de una incapacidad absoluta para contratar, ya sea activa o pasiva. No obstante, pensamos que esa incapacidad contractual está dirigida al aspecto patrimonial y no a su esfera personal, porque la limitación del art. 23 del Código Penal se refiere a la administración de sus bienes. Sin embargo, en nuestra opinión tal prohibición no debe entenderse en un sentido absoluto, según el acto de que se trate y pensamos en consecuencia que el condenado a presidio podría por ejemplo contratar los servicios de un abogado o realizar contratos relativos a actividades de trabajo”.

La Constitución en su artículo 272 se refiere expresamente al “*trabajo*” en un contexto de rehabilitación del interno³⁶. La Ley de Redención Judicial de la pena por el estudio y el trabajo³⁷, en su artículo 2 señala que “el trabajo y el estudio en reclusión son procedimientos idóneos para la rehabilitación del recluso”, sin distinción al efecto entre presidio y prisión. De hecho, en diferentes Centros Penales del país, los reos pueden realizar actividades laborales manuales o físicas (carpintería, latonería, artesanía, talabartería, cocina, etc.) o intelectuales (facilitadores, instructores o profesores) de conformidad con el artículo 5 de dicha ley especial³⁸, cuyo artículo 7 se refiere inclusive a “los *ingresos* percibidos por los reclusos”³⁹. Se aprecian decisiones judiciales donde ha tenido aplicación la citada ley y por ende la reden-

³⁶ Dispone la norma: “El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación...”

³⁷ *Gaceta Oficial Extraordinario* N° 4.623 del 3-9-93.

³⁸ Qué prevé: “Las actividades que se reconocerán, a los efectos de la redención de la pena, serán las siguientes:

La de educación, en cualquiera de sus niveles y modalidades, siempre que se desarrolle de acuerdo con los programas autorizados por el Ministerio de Educación o aprobados por instituciones con competencia para ello.

La de producción, en cualquier rama de la actividad económica, siempre que haya sido autorizada por el instituto a cargo del trabajo penitenciario, y la de servicios, para desempeñar los puestos auxiliares que requieran las necesidades del establecimiento penitenciario o de instituciones públicas y privadas, siempre que la asignación del recluso a esta actividad haya sido hecha por la Junta de Rehabilitación Laboral y Educativa”. Dispone el artículo 6: “Se contará como un día de trabajo la dedicación efectiva a cualquiera de las actividades descritas en el artículo 5°, durante un lapso continuo o discontinuo de ocho (8) horas.

El recluso que actúe como instructor de otros en cursos de alfabetización de Educación o de adiestramiento, tendrá derecho a que se le cuente cada seis (6) horas como un día de trabajo, siempre que acredite títulos o experiencia que, a juicio de la Junta de Rehabilitación Laboral y Educativa, sean suficientes para ejercer la función instructora.

Tratándose de enfermos, se facilitarán los medios adecuados para que también puedan beneficiarse de la redención, mediante trabajos que sean compatibles con su estado”.

³⁹ Destacado nuestro. Indica la norma: “Se crea el Fondo de Compensación y Asistencia a las Víctimas del Delito como una dependencia adscrita a la Caja de Trabajo Penitenciario, destinada a compensar y asistir a las personas que han sufrido perjuicios por causa de acciones delictivas. Con el propósito de proveer los recursos del Fondo, se retendrá un porcentaje no mayor del diez por ciento (10%) de los ingresos percibidos por los reclusos que se incorporen a las actividades previstas en esta ley, sin perjuicio de otras fuentes de provisión de recursos”.

ción de la pena por trabajo y estudio⁴⁰, y también el trabajo como fórmula alternativa de cumplimiento de pena de conformidad con el Código Orgánico Procesal Penal⁴¹.

El citado artículo 23 del Código Penal y 408 del CC⁴² prevén respecto del entredicho legal, el sometimiento a tutela⁴³ en cuanto le resulte apli-

⁴⁰ Véanse entre otras: Juzgado Segundo de Primera Instancia en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda, Extensión Barlovento, ACT: 2E-078-06, enero 2008 (dato incompleto en la web), <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2008/enero/82-7-2E-078-06-2E-078-06.html> (artesano); Tribunal de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón Extensión Punto Fijo, Auto 10-12-08, ASUNTO : IP11-P-2005-000002 (aseador), <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2008/diciembre/330-10-IP11-P-2005-000002-308.html>; Juzgado Primero de Primera Instancia en funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda, Auto Julio 2008, Exp.: 1E-119-08 (Producción de la Cocina), <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2008/julio/81-3-1E-119-08-1E-119-08.html>; Tribunal Segundo de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón, Auto 14-4-08, IP01-P-2004-000166, (artesano) <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2008/abril/597-14-IP01-P-2004-000166-S-N.html>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Ejecución Extensión San Fernando de Apure, Auto 14-7-08, CAUSAN° 2E-714-08, <http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2008/julio/586-14-2E-714-08-.html>

⁴¹ Cuyo artículo 500 prevé... El tribunal de Ejecución podrá autorizar el trabajo fuera del establecimiento a los penados que hayan cumplido, por lo menos, una cuarta parte de la pena impuesta...". Véanse entre otras: Tribunal de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Ejecución, Extensión Barquisimeto, Sent. 21-7-08, Asunto KP01-P-2006-003657, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/julio/631-21-KK01-X-2008-000056-.html>; Tribunal de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Ejecución Estado Lara, Sent. 14-5-08, ASUNTO PRINCIPAL: KP01-P-2007-003382, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/mayo/631-14-KP01-P-2007-003382-.html>; Tribunal Unico de Ejecución del Circuito Judicial Penal, extensión Punto del Estado Falcón, Sent. , 18-9-08, ASUNTO : IP11-P-2008-000156, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2008/septiembre/330-18-IP11-P-2008-000156-219.html>; Sala Seis de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 29-4-08, EXP. N° 2399-2008 (Aa) S-6, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/abril/1727-29-2399-2008-.html>

⁴² El cual dispone: "El entredicho por condenación penal queda sometido a tutela, la cual se registrará por las disposiciones de este Capítulo, en cuanto sean aplicables".

⁴³ Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Const, Sent. N° 883 del 11-5-07, www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/883-110507-06-1570.htm, ...los derechos civiles, de cuya titularidad, por cierto, no se privó al penado, a quien el legislador amparó, mediante la designación de un tutor para dicho ejercicio. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 27-6-07, Causa N° 6394-2007, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/54-26-6394-07-6394-07.html>; Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda , Sent. 28-6-07, Causa N° 6400-2007 <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/54-28-6400-07-6400-07.html>; Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón, Sent. 10-10-07, Asunto IP01-P-2005-0005015, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/317-10-IP01-P-2005-0005015-S-N.html>; Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón, Sent. 7-11-07, ASUNTO : IP01-P-2005-006941, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/317-7-IP01-P-2005-006941-S-N.html>

cable. El condenado a presidio pierde la capacidad negocial patrimonial, lo que se dirige específicamente, a la privación de la administración de sus bienes, para algunos extensible hasta el producto del trabajo del reo⁴⁴. Sin embargo, a nuestro criterio, cabe interpretar que dada la especial naturaleza del trabajo⁴⁵ del reo⁴⁶, el entredicho legal no precisa de la constitución o formalidades de la tutela, para percibir el producto básico de su oficio, es decir, consideramos que el condenado a presidio puede percibir por sí solo lo necesario para su propia subsistencia, esto es, lo indispensable para cubrir sus requerimientos materiales básicos. Es irreal pensar que el régimen penitenciario cubre todas las necesidades económicas del reo, por lo que someter el acceso a su modesto ingreso laboral, al complicado mecanismo tutelar, se traduciría en la imposibilidad del sujeto de satisfacer por sí mismo sus necesidades mínimas. Ello amén que la implementación de la representación legal del entredicho por condena penal no está clara en nuestro sistema⁴⁷, pues

⁴⁴ Véase en la doctrina extranjera: Orgaz, *Ob. Cit.*, p. 393 y 394, señala que al penado a su salida debe entregársele el peculio logrado con su trabajo y esta entrega no se concibe sin la recuperación de la capacidad. ... La subsistencia de la incapacidad pondría al penado en la imposibilidad de disponer del producto de su arte, oficio.

⁴⁵ Fundamental para propiciarse lo necesario para la alimentación y subsistencia.

⁴⁶ Véase: Ochoa Gómez, Oscar E.: *Personas Derecho Civil I*. Caracas, Universidad Católica “Andrés Bello”, 2006, p. 700, “La interdicción legal es una medida que afecta al condenado a presidio en sus derechos privados de carácter patrimonial; le priva del ejercicio de sus derechos civiles, incompatibles con los trabajos forzados y el aislamiento celular de larga duración”. (Destacado nuestro).

⁴⁷ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 436-438. Véase también: *ibíd.*, p. 394, con inclusión de la nota 35 “...no sobran casos donde el problema fáctico de la necesidad de un tutor se haya hecho presente pues, los pocos que tengan bienes de fortuna disponen de los mismos antes de la declaratoria definitiva de la sentencia. Sería interesante contar, con más herramientas al respecto. Puede citarse en este sentido: el trabajo desarrollado durante el curso de seminario que ofrecimos “Las causas que afectan la capacidad de obrar del ser humano” (1997-98) por los estudiantes Marialy Navarro y Marcelino Brizón, referido al estudio de la condena penal como causa de interdicción legal. Lamentablemente dicho estudio reflejó un profundo desconocimiento de la institución y la imposibilidad material de constatar qué posición se estaba asumiendo en la práctica, debido a la escasez de personas con medios de fortuna sometidos a esta materia. No se encontró en la práctica ningún caso donde se pudiese apreciar la problemática planteada, lo cual nos hace dudar sobre la eficacia de la institución en nuestro derecho, para el caso de que algún condenado a presidio pretendiese realizar un acto de disposición dentro del marco legal. (Brizón, Marcelino y Marialy Navarro: La interdicción legal. Trabajo de seminario “Las causas que afectan la capacidad de obrar”. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, 1997-98 [inédito])”.

para algunos, el tutor del reo será el Estado a través del funcionario correspondiente⁴⁸, mientras que otros –en función de la remisión del artículo 408 del CC– se orientan por constituir la tutela de la misma forma que la del entredicho judicial⁴⁹. Esta última opción tiende a presentarse al menos inefectiva en razón de las formalidades que supone⁵⁰, de allí que pretender someter a las mismas el ingreso básico del esfuerzo del recluso se traduciría desde el punto de vista práctico en un retraso que podría afectar sustancialmente sus derechos personales⁵¹.

⁴⁸ Por lo que no existiría protutor, Consejo de Tutela, constitución de garantía, etc. Véase: La Roche, Alberto José: *Derecho Civil I*. Maracaibo, Edit. Metas C.A., 2ª edic., 1984, pp. 219 y 220; Graterón Garrido, Mary Sol: *Derecho Civil I Personas*. Caracas, Fondo Editorial USM, 2000, p. 351. Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 394, consideramos lógica tal posición en razón de la naturaleza de la institución. Aunque no dejamos de reconocer la validez de la posición contraria dada la remisión del artículo 408 CC (*ibid.*, p. 438).

⁴⁹ Véase: Ochoa Gómez, *Ob. Cit.*, p. 701, "...ha de regirse por... nombramiento de tutor, protutor, miembros del Consejo de Tutela"; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 19-7-07, 2006 / 7525, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/julio/741-19-2007-7525-.html> "se solicitó a la ciudadana... con el fin de declarar suficiente la garantía, a dar cumplimiento a lo establecido en el ordinal 3º del artículo 1885 del Código Civil, el cual dispone la constitución de hipoteca sobre los bienes del tutor que se determinen con arreglo a los artículos 360 y 397; evidenciándose el cumplimiento mediante la consignación de la constitución de hipoteca legal de primer grado sobre el inmueble en referencia efectuada por la mencionada ciudadana... Cumplidas como han sido las formalidades contenidas en el Título X, Capítulo I del Código Civil, relacionadas con la designación de Tutor al ciudadano..., hermana del entredicho...; Tribunal Penal de Juicio de Puerto Cabello, Sent. 16-9-05, Asunto: GP11-V-2003-000001, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2005/septiembre/880-16-GP-V-2003-00001-.html> "...se ordena oficiar con carácter de urgencia al Internado..., a los fines de que sea informado a este Tribunal si fueron realizadas en su oportunidad las gestiones necesarias para el nombramiento del tutor al mencionado penado, y una vez conste en autos tal respuesta el Tribunal procederá conforme a lo previsto en el artículo 427 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal..."

⁵⁰ Tales como inventario, constitución de garantía, discernimiento, etc.

⁵¹ Recordemos que la interdicción legal tiene un sentido sancionatorio, pero que no puede llevarse a interpretaciones extremas. Sopesar las implicaciones de una posible constitución del procedimiento de tutela en el caso que nos ocupa nos da una idea del sentido real de la institución en juego.

La delicada y exagerada situación del condenado a presidio desde el punto de vista de su capacidad ha sido objeto de crítica⁵² y de allí que sería recomendable la derogatoria o eliminación de la figura tal como lo prevé el proyecto de Código Penal elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia⁵³. Dicha eliminación a nuestro parecer se presentaría como

⁵² Véase: Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, Sent 23-5-08, Exp As 2181-08, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/mayo/1731-23-10As2181-08-S05-02.html> “Como puede verse al confrontar esta norma legal con la dispuesta en el Artículo 16 *eiusdem*, la pena accesoria a la de presidio, distinta a las dispuestas para la pena de prisión, es una sola, pero que implica la afectación de derechos de mucha trascendencia, como lo son la libre disposición por parte de la persona de los bienes de su pertenencia, en este caso en virtud de la condena penal que se le impone, quedando disminuida su capacidad civil, aparte de otros derechos que involucran decisiones de índole muy personal...debiendo resaltar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ampara mediante lo determinado en sus Artículos 73, 74 y 75, a la familia y su integralidad, resguardando por esta vía la protección de los derechos de los hijos, ...Cabe también tener muy en cuenta, que según lo previsto en el Artículo 401 del Código Civil, el procedimiento de tutela no tiene carácter de permanencia, o en otras palabras...

Es así como puede establecerse en opinión de esta Sala, que nos encontramos ante un caso, en el que si bien la pena dispuesta en el ordenamiento jurídico derogado, era más favorable por el número de años que contemplaba del tiempo de la privación de la libertad respectiva, pero, en cuanto a sus efectos en el ámbito personal, la pena actual o contemplada en el texto legal sustantivo vigente, es más beneficiosa porque no implica la disminución de la capacidad civil de la persona condenada, encontrándonos entonces, con una dualidad difícil de resolver porque ambas normas pueden ser aplicadas, ya que en un cierto sentido, las dos son más favorables en los aspectos antes precisados

...Aunado a esto, como ya se indicó la pena de presidio actualmente está entrando en desuso, precisamente, por la evolución que ha tenido el Derecho y la concepción de las penas, en el pensamiento jurídico a nivel mundial, comprendiéndose que ya no amerita se imponga más, visto que obedecía a criterios bien cerrados y represivos acerca de su finalidad, existiendo ahora otros medios de evitar lo que se pretendía con la imposición de la interdicción civil de la persona condenada, acorde a lo ya expuesto, aparte en nada contribuye con un adecuado tratamiento de readaptación o resocialización del individuo, que sufre la condena penal, objetivo vigente de tal imposición, por los efectos que en virtud de esta situación se producen en el ánimo de ese ser humano”.

⁵³ Véase al efecto: Proyecto Código Penal. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, p. 130, artículo 73: “Penas privativas de libertad. Las penas privativas de libertad son las siguientes: 1.- La prisión. 2.- El arresto”. Según se aprecia del Proyecto se eliminó la pena de presidio. Agrega la Exposición de Motivos: “Las penas y sus clases han constituido un avance de actualización, toda vez que el anteproyecto proporciona una moderna clasificación de las penas al eliminar una absurda diferencia teórica entre la pena de presidio y la de prisión y se establece la pena de prisión para los delitos y la de arresto para las faltas; quedan eliminadas la relegación a la colonia penitenciaria y otras formas anacrónicas de sanción penal.” (*ibid.*, p. 68) (También en: <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/anteproyecto2.html>).

positiva, pues la interdicción legal resulta actualmente poco efectiva y su funcionamiento se presenta al menos dudoso⁵⁴.

Compartimos el criterio relativo a que el entredicho legal conserva su capacidad procesal en razón del sentido de interpretación estricta de las normas restrictivas de la capacidad, pues la sanción que impone el artículo 23 del Código Penal se limita a la capacidad negocial patrimonial por acto entre vivos del reo⁵⁵, y así se ha reconocido judicialmen-

⁵⁴ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 353, nota 17, Algunos autores dudan de la efectividad de tal medida, por lo menos en el caso venezolano pareciera ser suficiente castigo el sometimiento al régimen penitenciario, de manera que la privación de la capacidad negocial más bien pudiera presentarse como inoperante y poco práctica en caso de que el condenado a presidio necesite realizar un negocio jurídico. Véase: *ibid.*, p. 359, nota 36, además de inoperante pudiera afectar los derechos de la persona si el Estado no es capaz de garantizar el funcionamiento de la institución, amén de la nulidad absoluta que afecta los actos que precisan de representación legal.

⁵⁵ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 438 y 439. Véase: *ibid.*, p. 393: “El entredicho legal no pierde su capacidad procesal, pues la limitación de la ley se dirige claramente a la disposición y administración de los bienes por acto entre vivos (es decir, afecta el sector patrimonial de la capacidad negocial pues, se permite la realización de actos personales), en tanto no se afecta la capacidad procesal del condenado a presidio. Sobre este aspecto y su alcance nos hemos pronunciado, señalando que en efecto, el entredicho legal conserva su capacidad procesal y en consecuencia puede por sí mismo otorgar poder a un abogado para que lo defienda en juicio”. Véase en el mismo sentido: La Roche, *Ob. Cit.*, p. 220, el entredicho legal puede constituir mandatario para que lo defienda en juicio contra cualquier acción, demanda o pleito..., la ley le permite el acto personalísimo de la constitución de un apoderado o mandatario para que defienda sus intereses y derechos ante los tribunales de justicia; Mendoza, José Rafael: *El derecho de Familia visto por un juez*. Valencia, Vadell Hermanos Editores, 3ª edic., 1995, p. 135, la restricción de la capacidad de ejercicio de los derechos del condenado a presidio, se limita a la disposición y administración de sus bienes, pues como se indicó anteriormente las medidas restrictivas de un derecho no se pueden interpretar en forma extensiva, y por ello no requiere curador (sic) para el divorcio: Su situación, es pues diferente al entredicho judicial. Véase igualmente en: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Algunos problemas de interpretación en materia de tutela*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas N° 109, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1998, pp. 257-306 (también en www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/109/rucv_1998_109_257-306.pdf)

te⁵⁶. Como bien señala La Roche, la designación de un apoderado o mandatario judicial constituye un acto personalísimo que debe permitírsele al entredicho legal, pues “sería un absurdo de la ley” que no pudiera designar quien lo defienda en juicio⁵⁷. Ello a pesar de las normas procesales de contenido general⁵⁸, amén de que según indicamos lo engorroso de la constitución de la tutela⁵⁹ haría nugatorio el legítimo ejercicio de la defensa del reo o el acceso a los órganos jurisdiccionales⁶⁰. Esto obviamente, salvando que por vía de un poder judicial se

⁵⁶ Véase: Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la circunscripción judicial del área metropolitana de Caracas, Sent. 22-11-07, N° 04-2286, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/2119-22-04-2286-.html> “...Con base a lo anterior, y siendo que el demandado presenta y vive actualmente una incapacidad legal, definida ésta como la privación de la capacidad negocial, pero en lo relativo al sector patrimonial, pues el sujeto conserva la posibilidad de realizar actos vinculados al ámbito, tales como reconocimiento, matrimonio, divorcio, etc. Supuesto que ha sido tratado por la jurisprudencia a la luz del artículo 23 del Código Penal Vigente que, desde el punto de vista negocial el entredicho legal queda privado de la disposición y administración de sus bienes por acto entre vivos. Se afecta la disposición de sus bienes por acto entre vivos, pero no así del poder de disponer por testamento: queda privado del poder de administración de sus bienes. Pero existen actos para los cuales el entredicho legal tienen capacidad según la ley, aquellos actos denominados por la doctrina “actos personalísimos” (matrimonios o hijos de reconocimiento extramatrimoniales, lo cual no es posible respecto del entredicho judicial. Esto en razón de que el condenado a presidio tiene discernimiento (tanto así que por ello es imputable desde el punto de vista penal). Así, pues, el condenado a presidio sólo ve afectado cierto sector de su capacidad negocial, aquella que tiene que ver con el aspecto patrimonial, pues la ley le priva en vida de la administración y disposición de sus bienes por acto entre vivos. Obsérvese que la limitación alude a la disposición en vida, razón por la cual puede disponer *mortis* causa o por testamento. Sin embargo, el condenado a presidio conserva cierto sector de la capacidad negocial, aquel que se refiere a sus relaciones personales, por ello puede reconocer hijos, contraer matrimonio e incluso divorciarse.

En razón de lo antes expuesto, como puede observarse no encuadra en el supuesto de ninguna de las dos causales que pretende enervar la accionante en el presente recurso de invalidación”.

⁵⁷ La Roche, *Ob. Cit.*, p. 220.

⁵⁸ A saber, los artículos 136 y 137 del Código de Procedimiento Civil. Ello porque la sanción impuesta al reo es concreta a la administración de los bienes por lo que no cabe –a falta de norma expresa relativa al entredicho legal– extenderla a la posibilidad efectiva de defender procesalmente sus derechos a nivel general.

⁵⁹ Véase, sentencia citada *supra* en la que la tutora (hermana del reo) constituye garantía hipotecaria, a propósito de una acción de daños y perjuicios: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 19-7-07, 2006 / 7525, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/julio/741-19-2007-7525-.html>. “se recibieron ante este despacho (distribuidor para la fecha) actuaciones provenientes del Tribunal Penal de juicio de Puerto Cabello, donde se solicitó la designación de un tutor que represente al ciudadano en el juicio por Daños y Perjuicios generados a la víctima de la causa penal, ciudadana, por la condenatoria penal recaída en la persona del ciudadano antes mencionado”.

⁶⁰ En consonancia con el artículo 26 de la Constitución.

pretenda otorgar una suerte de representación a los efectos de la administración patrimonial y desvirtuar así el sentido de la sanción legal⁶¹. De allí que valdría acotar que el entredicho penal por tener capacidad procesal puede otorgar poder a un abogado para que lo defienda en juicio, lo cual se extiende ciertamente a las acciones de contenido laboral o asociadas al cobro de las cantidades adeudadas por tal concepto.

El condenado a presidio presenta capacidad de obrar en materia de derecho de autor de conformidad con el artículo 33 de la Ley sobre Derecho de Autor⁶².

2.2.2 De los inhabilitados

La inhabilitación es la limitación o restricción de la capacidad negocial y procesal en razón de un defecto intelectual leve o de prodigalidad; la única inhabilitación que subsiste actualmente en nuestro Derecho es la judicial, pues la inhabilitación legal que afectaba al ciego (de nacimiento o que hubiere cegado durante la infancia) y al sordomudo que consagraba el artículo 410 del CC fue derogada por la *Ley para las Personas con Discapacidad*⁶³. Así pues, la inhabilitación judicial o incapacitación relativa precisa de una decisión judicial (al igual que la interdicción judicial) a partir de la cual el inhabilitado requiere de la

⁶¹ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 439; “Ahora bien, admitir la capacidad procesal del entredicho legal puede presentar problemas de orden práctico: normalmente la manifestación típica de la capacidad procesal se traduce en otorgar poder a un abogado, para que nos represente en juicio; sin embargo, en la práctica observamos que muchos de tales poderes tienen implícitos facultades de disposición (en efecto, es común la expresión en los mismos de “celebrar transacciones, recibir cantidades de dinero, efectuar posturas en remate, etc.”). Si bien es cierto que resulta difícil fijar un límite entre los actos procesales y de disposición, podríamos admitir que las facultades de disposición del apoderado del entredicho legal, sólo serán procedentes en la medida que resulten necesarias para la defensa de los intereses de su representado. Lo anterior en razón de que no resultaría válido para el entredicho legal otorgar un poder de disposición a un tercero, para que los efectos repercutan sobre sí, pues se estaría llegando al mismo resultado que la ley pretende evitar”.

⁶² Que prevé: “El entredicho por condena penal, no obstante su incapacidad, puede realizar por medio de mandatario, cualquier acto jurídico relativo a la obra creada por él y ejercer en juicio las acciones derivadas de estos actos jurídicos o de sus condiciones de autor”.

⁶³ G.O. N° 38.598 del 5 de enero de 2007. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La derogatoria de la inhabilitación legal*. En: Revista de Derecho N° 26, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 223-249.

debida “asistencia” del curador. Es de recordar que la asistencia supone una actuación simultánea o conjunta entre el inhabilitado y el respectivo curador, aun cuando el incapaz mantiene la iniciativa del acto en cuestión. Asistencia que se precisa, de conformidad con en el artículo 409 del CC para las actuaciones de contenido negocial patrimonial (en principio actos de disposición aunque pudiera excepcionalmente extenderse a actos de simple administración) y el ámbito procesal contencioso (estar en juicio⁶⁴).

El inhabilitado conserva sustancialmente su discernimiento porque la causa que lo afecta es leve, de allí que pueda por sí solo realizar actos personalísimos (tales como reconocimiento filiatorio⁶⁵ o matrimonio⁶⁶) entre los que perfectamente cabe incluir el contrato de trabajo, por lo que el trabajador civilmente inhabilitado no necesita de la asistencia del curador para tal acto esencialmente personal. Sin embargo, el producto del trabajo podría quedar afectado por la disposición del artículo 409 del CC, pues, si bien en principio la asistencia se precisa sólo respecto de actos de disposición, la norma agrega que “*la prohibición podrá extenderse hasta no permitir actos de simple administración sin la intervención del curador, cuando sea necesaria esta medida*”. Indicamos que en nuestro parecer esta última posibilidad precisa pronunciamiento expreso del Juzgador, pues caso contrario la asistencia se limita a los actos de disposición⁶⁷.

Ahora bien, recibir cantidades de dinero, si éstas no son significativas, constituye “en principio” un acto de simple administración; si dicho dinero es el producto de trabajo, es de indicar, que la recepción de tal ingreso o sueldo sólo precisaría asistencia del curador en caso de extensión expresa de la sentencia a los actos de simple administración. Caso contrario, es decir, a falta de indicación precisa de la sentencia de incapacitación relativa, el inhabilitado podría recibir libremente cantida-

⁶⁴ Creemos que se excluye de la incapacidad procesal a la jurisdicción voluntaria, dado el sentido estricto de las normas restrictivas de la capacidad y por oposición a la norma del art. 383 CC relativa al menor emancipado y que indica “para estar en juicio y para los actos de jurisdicción voluntaria”.

⁶⁵ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 20, 2008, pp. 328 y 329.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 71 y 72.

⁶⁷ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 376 y 377.

des de dinero producto de su trabajo que no pongan en riesgo su patrimonio (sueldo regular) porque ello constituye “en principio” actos de simple administración. La recepción de importantes cantidades por el inhabilitado precisarían asistencia a tenor del artículo 409 CC que impone la respectiva asistencia del curador para “...dar ni tomar a préstamo, *percibir sus créditos, dar liberaciones*, enajenar o gravar sus bienes, para ejecutar cualquiera otro acto que exceda de la simple administración”⁶⁸. La asistencia del curador se requiere para dar liberaciones considerables asociados al trabajo que por ser sustanciales se incluyan en el supuesto de “percibir sus créditos” y que precisen del correspondiente finiquito (“dar liberaciones”). Si el pago tiene lugar mediante la figura del depósito en cuenta de nómina o un equivalente, la asistencia del curador tendría lugar en principio, respecto de los actos de disposición correspondientes.

En cuanto a la capacidad procesal del incapaz relativo, el ejercicio de las respectivas acciones judiciales laborales requiere de la respectiva asistencia, pues la norma del artículo 409 CC alude a la necesidad de la misma para “*estar en juicio*”. Sin embargo, actuaciones de jurisdicción voluntaria según indicamos podrán realizarse libremente por oposición al menor emancipado (véase CC 409 y 383). Si se trata de “*transacciones*” por disposición expresa del citado artículo 409 CC, el inhabilitado precisa igualmente de asistencia del curador, lo cual ciertamente es aplicable a transacciones laborales.

Es de recordar, que el incumplimiento del respectivo régimen de protección simplemente vicia el acto de nulidad relativa, la cual sólo puede ser alegada por el propio incapaz, pues la ley la ha consagrado exclusivamente en su propio interés.

Conclusión

El contrato de trabajo como acto personalísimo puede ser realizado por la generalidad de los incapaces de obrar con aptitud para discernir. De tal suerte, que presentan capacidad laboral los incapaces que sustancialmente poseen “*discernimiento*”, a saber: el adolescente, el entredicho legal y el inhabilitado. Se excluye al entredicho judicial en virtud de la gravedad de la causa que lo afecta y que lo priva de razón. Recorde-

⁶⁸ Destacado nuestro.

mos que por tratarse el contrato trabajo de un acto personalísimo no se admite en principio la representación legal, salvo el supuesto particular del niño por razones artísticas y en función de su interés.

El adolescente, a partir de los 14 años tiene capacidad negocial y procesal plena a nivel laboral (aunque el producto del trabajo lo administre como un menor emancipado de conformidad con el artículo 273 CC). El adolescente de 12 y 13 años presenta capacidad laboral relativa, pues la ley prevé autorización a los efectos laborales. Excepcionalmente el niño podría realizar actividades artísticas dentro del marco jurídico y en función de su interés superior.

El entredicho legal puede celebrar válidamente un contrato de trabajo (la ley incentiva el trabajo del recluso), y consideramos que dada la naturaleza del trabajo del reo y lo engorroso del procedimiento tutelar, el condenado a presidio puede percibir por sí mismo el ingreso laboral necesario para su propia subsistencia. Somos del criterio que entredicho legal conserva su capacidad procesal lo que se extiende a las acciones asociadas al producto de su trabajo.

El inhabilitado posee capacidad de negocial plena para realizar contratos de trabajo, pues por tratarse de un acto personalísimo puede realizarlo por sí solo. La recepción del producto del mismo si se trata de modestas cantidades periódicas constituye en principio un acto de simple administración, que no requiere en principio de asistencia del curador. Otros actos considerables a nivel económico podrían precisar asistencia si se subsumen en percibir créditos y otorgar los respectivos finiquitos. Sin embargo, la sentencia de incapacitación relativa podría prever expresamente la necesidad de asistencia inclusive para actos de simple administración. El ejercicio de las respectivas acciones judiciales contenciosas y la celebración de transacciones, sí precisa de asistencia a tenor del art 409 CC.

Se aprecia así que por ser el trabajo una actividad individual, y dado su carácter esencialmente personalísimo (no admite la representación legal) la ley le concede en principio capacidad plena o limitada al trabajador incapaz de obrar. Ello a fin de combinar la función social del trabajo con la respectiva protección que ampara a los regímenes de incapaces. Así pues el trabajo como actividad primaria y necesaria del ser humano es enteramente predicable respecto de los incapaces de obrar con discernimiento. No podía ser otra manera considerando la importancia que el ordenamiento jurídico concede al hecho social trabajo y a los regímenes de incapaces.

El sistema de precedentes constitucional y laboral en el ordenamiento jurídico venezolano

*Ramón Escovar León**

Proclamamos la primacía de la ley, pero dependemos, en cuanto a su eficacia, de cómo la aplique el juez.

José Puig Brutau**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado *summa cum laude*. Magister en Administración de Empresa, Profesor Titular. **Universidad Central de Venezuela**, Doctor en Derecho, Profesor Titular en pre y postgrado, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Cátedra de Derecho Procesal Civil*, Jefe, *Consejo de Apelaciones*, ex Presidente. **Universidad de Stanford, Visiting Scholar**. Autor de los libros siguientes: *La Demanda* (1987), *(La Casación sin Reenvío 1988, Premio Fundación Procuraduría General de la República)*, *La Casación sobre los Hechos* (1990). *Estudios de Casación Civil* (2000), dos ediciones, la segunda revisada y actualizada (2002), *La Motivación de la sentencia y su relación con la Argumentación Jurídica*. (2001, Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2001-2002). *El Precedente y la Interpretación Constitucional* (2005). Autor de más de cuarenta trabajos en diversas Revistas Jurídicas. **Escritorio Jurídico Escovar León Abogados**, Socio Fundador. Ha recibido la Condecoración José María Vargas, Segunda Clase, y Francisco de Miranda en su Primera Clase.

Este trabajo corresponde a una línea de investigación que desarrollo en relación al tema del precedente y la interpretación jurídica en Venezuela. Parte del cual fue inicialmente publicado en mi libro *El precedente y la interpretación constitucional* (Caracas, Sherwood, 2005) pero ahora se presenta una nueva versión con ampliaciones y añadidos.

** *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona., Bosch, Edición homenaje a José Puig Brutau, 2ª Edic., con Estudios Introductorios, 2006, p. 87

Sumario:**Introducción**

1. Delimitación del precedente constitucional.
2. Doctrinas sobre el precedente constitucional.
3. La interpretación definida por la Sala Constitucional.
4. Las doctrinas vinculantes contradictorias.
5. El conflicto entre salas.
6. Fronteras del carácter vinculante.
7. Limitaciones de la labor interpretativa y las competencias de las salas.
8. Observación adicional sobre los límites de la labor interpretativa y la doctrina de la deferencia.
9. Definición del precedente laboral.
10. La opinión dominante y el precedente.

Conclusiones**Introducción**

El sistema de los precedentes se hace presente en Venezuela, primeramente, con la Constitución de 1999, al introducir el carácter vinculante de las interpretaciones de la Sala Constitucional (SC) sobre normas y/o principios constitucionales *ex* artículo 335. Luego aparece el precedente laboral con los dispositivos contenidos en los artículos 177 y 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT); y, finalmente, con el artículo 46, numeral 46, *in fine*, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ) se incorpora el precedente electoral.

En el precedente constitucional a que se refiere el artículo 335 de la Constitución se alude al carácter vinculante de las interpretaciones que haga la Sala a las normas y principios constitucionales. En los precedentes laboral y electoral se alude, más bien, a la “reiterada doctrina jurisprudencial”.

Este trabajo tiene como propósito delimitar el precedente laboral en contraposición al precedente constitucional. No haremos referencia al precedente electoral, aunque las reflexiones relativas al precedente laboral son trasladables a este último.

Este sistema de precedentes introduce además una serie de interrogantes: ¿Cuál es la influencia del sistema angloamericano en nuestro siste-

ma? ¿Constituye el precedente nuevo motivo de casación? ¿Cuál es la sanción que debe merecer un juez que se aparta de un precedente? El desarrollo de este trabajo se inicia con el enunciado del precedente constitucional. Aquí se exponen las distintas doctrinas, opiniones, jurisprudencias e inconsistencias en relación con el mismo, lo cual constituye el marco teórico. Luego se expone el concepto de precedente laboral para contraponerlo con el constitucional y determinar los espacios en conflicto; y, para terminar, se recogen las conclusiones.

1. Delimitación del precedente constitucional

El Tribunal debe declarar como derecho vinculante sólo aquellos principios capaces de lograr –en su momento, pero previsiblemente en el futuro inmediato– general aceptación.

Alexander Bickel¹

Las decisiones de la Sala Constitucional (SC) y de la Sala de Casación Social (SCS) tienen en común que son distintas a aquellas que provienen de la jurisdicción civil ordinaria², por dos razones. En primer lugar, porque no se basan necesariamente en el silogismo; y, en segundo lugar, porque tienen carácter vinculante, toda vez que son consecuencia o de

¹ Bickel, Alexander M: *The Least Dangerous Branch*. New Haven, Yale University Press, 1962, p. 239. Dice en la versión original así: (...) “the Court should declare as law only such principles as will –in time, but in a rather immediate foreseeable future– gain general assent”.

² Uso el término justicia constitucional como sinónimo de jurisdicción constitucional, tal como lo enseña Eisenmann, Charles: *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D’Autriche*. Paris, Economica– Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 1986, p. 2. No obstante, la doctrina nacional entiende que son dos conceptos diferentes. Véase Duque Corredor, Román José: *La Interpretación vinculante de la jurisdicción constitucional y los poderes correctivos de los jueces*. En: Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia. Barquisimeto, XXVII Jornadas Domínguez Escovar, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2002, p. 2. Dice así este importante autor: “La Justicia Constitucional es la que ejercen todos los Tribunales de la República, a través del control constitucional difuso de la constitucionalidad de las leyes y de otras disposiciones normativas y la acción de amparo. Mientras que la Jurisdicción Constitucional de las leyes y de los demás actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. Véase igualmente Brewer-Carías, Allan R: *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, p. 13.

la interpretación de una norma o principio constitucional, en el caso de la SC o de una norma o principio del derecho laboral. Este último aspecto, el carácter vinculante, es de vital importancia y exige conocer cómo se delimita el concepto de precedente.

Para acometer lo señalado, se hará referencia a las doctrinas sobre el precedente judicial, con especial énfasis en el sistema norteamericano. Luego, pasaré a examinar la “gramática” interpretativa de la SC, tal como ha sido definida por la sentencia N° 1077 de fecha 22-09-2001 (caso: *Servio Tulio León*). Posteriormente se analizarán algunas sentencias para mostrar los problemas que surgen cuando no se atiende el principio de la competencia de los órganos jurisdiccionales y los conflictos que se derivan de “doctrinas vinculantes” dictadas por la SC; y, finalmente, se presentarán algunas consideraciones generales.

El precedente tiene varios límites y uno de ellos está definido por la solicitud realizada, es decir, por lo que el Tribunal se propone resolver. Es por ello que se considera que el posible valor de precedente está conectado con el *thema decidendum*. Ahora bien, determinar lo que constituye el precedente no es tarea fácil, puesto que su existencia está determinada por la identidad fáctica o jurídica del caso que le sirve de base, antecedente o precedente. Hecha esta precisión se puede decir que la delimitación de los alcances de esa identidad entre los casos, es lo que debe ser objeto de precisión.

Lo señalado resulta sencillo cuando se trata del sistema de derecho común, en los cuales se distingue, sobre la base del caso concreto, entre los tres sectores estructurales de la decisión, es decir, el *holding*, el *dictum* (o *dicta*) y el *rationale*, los cuales constituyen la estructura del precedente³.

El término *holding* equivale a nuestra *ratio decidendi*; y en lo que atañe a la distinción entre *holding* y *dictum* hay que precisar el nivel de

³ Magaloni Kerpel, Ana Laura: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw Hill, 2001, p. 80. En relación con este libro, véase: Ahumada Ruiz, María Ángeles: *Stare Decisis y creación judicial de Derecho (Constitucional). A propósito de El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, de Ana Laura Magaloni Kerpel. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, N° 67, Enero-Abril 2003, pp. 351.

discusión al cual se refiere el análisis de la sentencia. Para el tratamiento del asunto hay que identificar lo que en el derecho norteamericano se define como *holding o ratio decidendi*⁴, es decir, la parte de la decisión que fundamenta el precedente. Este término se contrapone al *dictum* que se refiere a las motivaciones marginales, periféricas, circunstanciales o sobreabundantes⁵, las cuales carecen de carácter vinculantes con efectos *erga omnes*, pues estas últimas tan sólo poseen carácter persuasivo. Ello significa que la fijación de los límites de la sentencia constitucional puede lograrse con el uso del precedente judicial, concepto éste que inspira al principio de *stare decisis*, esto es, el principio jurídico en el cual los tribunales deben seguir las decisiones previas que han resuelto el punto objeto de su decisión, es decir, el sistema basado en las reglas jurisprudenciales preexistentes⁶. El *holding o ratio decidendi* es la parte de la sentencia que contiene el precedente y se equipara al concepto de precedente judicial del derecho civil⁷.

El término *rationale*, por su parte, alude a la motivación (*grounds of the holding*) que expone la decisión para fundamentar su conclusión y “tiene una especial relevancia para la elaboración de la doctrina vinculante”⁸.

La doctrina señala que los términos *holding* y *dictum* tienen distintos significados de acuerdo con diversos niveles de discusión pero, entre ellos, destacan el examen de la decisión desde el punto de vista del conflicto decidido y el referente a su fuerza normativa en futuros con-

⁴ El término *holding* es el usado en el sistema norteamericano y *ratio decidendi* en el sistema inglés. La doctrina iberoamericana utiliza ambos términos como sinónimos (Magaloni: *Ob. Cit.*, p. 81).

⁵ El término *dictum* (singular) o *dicta* (plural) constituye una abreviación de los términos *obiter dicta* u *obiter dictum* (Magaloni: *Ibid.*).

⁶ “The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation”. Black’s Law Dictionary. St. Paul, West Publishing Co., seventh edition, 1999, p. 1414. Véase igualmente Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Hoague, Eleanor C.: *Diccionario Jurídico. Law Dictionary*. Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1196, T. I, p. 711. También es traducido como: “Obligatoriedad de los precedentes judiciales” (*Ibid.*).

⁷ “The general orthodox interpretation of *stare decisis* ... is *stare rationibus decidendis* (‘keep to the rationes decidendi of past cases’) Black’s Law Dictionary: loc. cit. Véase igualmente Moral Soriano, Leonor: *El Precedente Judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 16. En nuestro sistema, en materia de precedente judicial, hay que atender al alcance o ámbito (scope) del precedente sobre su fuerza (strength).

⁸ Magaloni: *Ob. Cit.*, p. 82.

flictos. En relación con el primero, es decir, la determinación del precedente de acuerdo con el conflicto decidido, el *holding* está constituido por la regla o principio que define el tribunal al decidir el caso concreto. Y el *holding* desde la perspectiva del posible valor normativo de la decisión, está delimitado por la regla que se considera vinculante. Dicho en otros términos: en la primera visión (conflicto decidido), el *holding* es la regla establecida para decidir el caso; y en el segundo, lo es la regla que se establece como vinculante para el futuro⁹. En todo caso, la aplicación del precedente dependerá de la relación, por la similitud o diferencias fácticas, entre el caso en el cual se estableció el precedente y aquel en el cual se va aplicar en el futuro.

2. Doctrinas sobre el precedente constitucional

Uno de los mejores modos de no conocer lo propio es desconociendo lo ajeno.

Un viejo profesor español¹⁰

En el sistema jurídico norteamericano, la delimitación del precedente constitucional es concebida de manera diferente por las doctrinas *maximalista* y *minimalista*. Si bien ambas tienen maneras distintas de enfocar el problema, las mismas tienen un punto de encuentro en el terreno de la vida académica y judicial norteamericana; y la preferencia de una sobre la otra, obedece básicamente a aspectos de estrategia judicial.

Según la doctrina *maximalista*, la regla del precedente o el *holding* debe ser general y abstracta de manera que puedan abarcar a toda una categoría de asuntos en el futuro. Mientras que para la visión *minimalista*, la regla o *holding* debe ser confeccionada para el caso concreto (*cases to the point*), en vista de que la regla de precedente se aplicará a casos idénticos con la ayuda del razonamiento analógico¹¹.

⁹ *Ibid.*, p. 83.

¹⁰ Frase atribuida a un viejo profesor español por Manuel Aragón. En: Prólogo a la obra de Magaloni: El Precedente constitucional... cit., p. XXII.

¹¹ *Ibid.*, pp. 99-100. Estas doctrinas, maximalista y minimalista, cohabitan en la vida forense norteamericana (*Ibid.*, p. 89).

Se considera que el criterio *minimalista* debe prevalecer en aquellos casos en los cuales el Tribunal se enfrenta a un asunto conflictivo hasta colocarlo en el centro del debate político¹². En cuanto al criterio *maximalista*, se debe aplicar cuando se trata de un caso que, si bien es de interés general, no padece de la dosis de conflictividad política cotidiana que como se señaló, es campo preferido por la visión minimalista. Así, por ejemplo, en materia de aborto y segregación racial, en los conocidos casos *Roe vs Wade* (1973) y *Brown vs Board of Education* (1954) la Corte Suprema de los Estados Unidos utilizó la visión maximalista y luego elaboró reglas abstractas. En el primer caso, la Corte hizo abstracción de los hechos concretos alegados por Roe y prefirió pronunciarse sobre el tema del aborto de manera general¹³, para permitirlo. En relación con el segundo, la Corte estableció una regla general en materia de segregación racial para pronunciarse en contra de la misma¹⁴.

La definición de los criterios doctrinarios señalados, orientan el camino hacia la definición del precedente constitucional, tarea que requiere de un análisis detenido. Y en cuanto a la doctrina vinculante de un fallo, es conveniente aclarar que no es necesario dirigirse al dispositivo, entre otras razones, porque el concepto *holding* no es sinónimo de dispositivo. Así las cosas, cuando se trata de la identificación del carácter vinculante de una decisión constitucional, hay que realizar un cuidadoso examen en la fundamentación de la decisión, debido a que es posible que en ella se encuentren unos pronunciamientos que pueden ser parte integrante del *holding*.

Así, en un sistema de derecho civil como el nuestro, el establecimiento de una doctrina vinculante debe tener un carácter excepcional y, en principio, debe interpretarse en forma restrictiva¹⁵ y el carácter vincu-

¹² Cfr. *Ibid.*, p. 123.

¹³ Véase Tribe, Lawrence y Dorf, Michael: *On Reading the Constitution*. Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1991, p. 63.

¹⁴ Para un examen más detallado de estas decisiones, véase Sullivan, Katahleen y Gunther, Gerald: *Constitutional Law*. New Cork, Foundation Press, 2001, pp. 521-531 y ss y pp. 639-647.

¹⁵ Véase la acción de interpretación de fecha 25 de junio de 2002 propuesta por Hernando Díaz Candia y María Cecilia Rachadell en fecha 25-06-2002 y admitido en decisión número 1071 del 08-05-03 y pendiente de decisión a la fecha en que se termina este trabajo. Véase alguno de los importantes argumentos consignados en este escrito reproducidos en la mencionada sentencia N° 1071.

lante de la decisión sólo sería aplicable en un caso futuro, siempre y cuando exista identidad fáctica. Este es el criterio que debe aplicarse en los asuntos de repercusión política. Por ejemplo, las decisiones sobre el *referéndum* deben estar dirigidas a resolver un asunto concreto, el *referéndum*, y la doctrina que de él emerja sólo sería aplicable a otro asunto con identidad en los hechos.

En cambio, si se trata de la interpretación de una norma o principio constitucional como el derecho a la defensa, debido proceso, tutela judicial efectiva, la Sala podrá abstraerse de los hechos del caso concreto sometido a decisión para confeccionar reglas de aplicación general a otros casos, aunque no haya identidad total en los hechos.

Esta solución podría ser identificada con la combinación de la visión minimalista y maximalista vigentes en el sistema norteamericano, aunque habría que estar muy atento al análisis para evitar que se considere vinculante doctrinas que no pueda serlo, puesto que no se trate de interpretación de normas o principios constitucionales.

Cuando se hace referencia a la doctrina propia del modelo norteamericano, no se hace con la aspiración de copiar o trasladar el modelo a nuestro medio. También conviene aclarar que, pese a la influencia que ha tenido el sistema anglosajón en el derecho constitucional europeo, nuestro sistema no se corresponde al del *case law*¹⁶.

Cuando se analiza la doctrina de la Sala Constitucional, se puede encontrar que han establecido una doctrina equivocada y, en estos casos, el juzgador no debe estar constreñido a seguir un precedente de esas características¹⁷. Para el derecho venezolano el asunto no es banal, puesto que si se toma en cuenta que nuestra SC, actuando con una voracidad judicial inédita, ha dictado una cadena de decisiones que, por tener “efectos vinculantes”, han recibido el rechazo de la comunidad jurídica. A título de ejemplo, se puede mencionar la sentencia número 180 de fecha 28-03-00 (caso: *Megaelecciones*), y las que restringen la libertad de expresión, entre las cuales figuran la sentencia número 1013, de fecha

¹⁶ Véase Aragón en el prólogo a la obra de Magaloni; *El precedente constitucional...cit.*, p. XXI.

¹⁷ Silberman, Linda y Stein, Allan: *Civil Procedure: Theory and Practice*. New York, Aspen Law & Business, 2001, p. 56.

12-06-00 (caso: *Elías Santana*) y la decisión número 1942, de 15-07-03 (caso: *Rafael Chavero*). En los casos señalados, aun admitiendo, lo cual es dudoso, que ellas establecen un precedente constitucional vinculante, el juzgador no puede aplicar una regla que, de establecerse, tendría efectos devastadores en la sociedad.

En la labor de revisión de la SC se advierte una transformación en cuanto a la judicialización (*rectius*: constitucionalización) de las cuestiones políticas. Esa forma de creación jurisprudencial venezolana está influenciando de manera muy notoria las competencias de los tribunales. Y todo esto provoca, en consecuencia, la existencia de un ordenamiento jurídico que, paradójicamente, vulnera la garantía a una justicia transparente. Asumiendo un carácter voraz, la Sala Constitucional actúa de manera desmesurada en asuntos que, en verdad, no son de su esfera de incumbencia.

Esa ampliación del horizonte constitucional la ha llevado a decidir sobre la aplicación o no de “doctrinas” constitucionales, incluyendo declaraciones de inconstitucionalidad de disposiciones legislativas y se ha apropiado de todo cuanto atañe a los amparos, sin tomar en cuenta la materia (sentencia N° 7, 01-02-00, caso: *José Amando Mejía*). En materia de interpretación se reservó amplias facultades al extremo de incluir la posibilidad de interpretar *in abstracto* la Constitución (sentencia 1077, 22-09-01, caso: *Servio Tulio León*), y más recientemente en la interpretación de las normas contenidas en los Tratados relativos a los derechos humanos¹⁸.

Por todo lo antes señalado, se hace necesario, a la vez que útil, destacar la importancia que tiene una acción de interpretación sometida a la consideración de la Sala Constitucional propuesta en fecha 25 de junio de 2002¹⁹, en la cual los accionantes solicitaron la interpretación del artículo 335 de la Constitución. Esta solicitud fue admitida el 8 de mayo de

¹⁸ Sentencia N° 1942, 15.07.03. En este último aspecto, la Sala se reserva la potestad única, lo cual ha sido cuestionado por un sector de la doctrina (Véase Faúndez L., Héctor: *Los límites de la ignorancia*. En: “El Nacional”, 17-07-2003, p. A-6).

¹⁹ Acción de interpretación propuesta por los abogados Hernando Díaz Candía y María Cecilia Rachadell.

2003 en decisión N° 1071²⁰. En ella se utilizan importantes argumentos recogidos en la referida decisión N° 1071 de la manera siguiente:

En efecto, estimaron que los tribunales y los abogados en ejercicio deben tener certeza sobre si todo lo que decide esta Sala Constitucional, al referirse a normas constitucionales, es vinculante o si sólo la parte central del *thema decidendum* (“*holding*”) es vinculante, de modo que todas las aserciones incidentales (“*dictum*” o “*dicta*”), tienen sólo carácter persuasivo pero no vinculante, dado que la incertidumbre se refiere al carácter primario o secundario de la jurisprudencia de esta Sala como fuente del Derecho. Por ello, adujeron que de persistir la incertidumbre con respecto al contenido y alcance del artículo 335 de la Constitución, los tribunales “*podrían considerarse vinculados por todos los aspectos de las decisiones de esta Sala que mencionen disposiciones constitucionales (i.e. prácticamente todas), cuando, en realidad sólo algunas partes de dichas sentencias deben considerarse verdaderamente vinculantes.*”

Como se puede observar, la sentencia reproduce el argumento de la solicitud de interpretación en cuanto considera lo siguiente: (i) la interpretación constitucional no se hace *in abstracto* sino referida al caso concreto; (ii) las consecuencias vinculantes con efectos *ex nunc* “*deben ser limitadas y restringidas*”.

En forma muy resumida se puede decir que por la solicitud comentada se le pidió a la SC la interpretación del artículo 335 de la Constitución de manera restrictiva, con efectos *erga omnes*, para lo cual se deben cumplir concurrentemente con los dos requisitos siguientes: “(i) que se trate de interpretaciones realizadas por la Sala sobre el contenido o alcance de normas y principios constitucionales (tal como lo requiere la letra del artículo); y (ii) que se trate de principios jurídicos contenidos o desprendidos del *thema decidendum* central de la sentencia, y no de simples

²⁰ Contrasta con el caso Distribuidora Samtronic, que fue decidido en sentencia N° 1087 de fecha 09-05-03, ante una revisión propuesta contra la sentencia de la SPA de fecha 25-03-03. No hay criterios de selección, este último caso es de interés sólo para las partes y allí la Sala fue rápida y contundente; mientras que en la acción de interpretación que se comenta, que sí es un tema de interpretación de interés general, la Sala es lenta. No se puede saber cuál es el criterio de rapidez en un caso de interés particular, y la lentitud en un asunto de interés general.

aserciones hechas por la Sala o cuestiones incidentales, aun referidas al contenido o alcance de normas y principios constitucionales”.

De los párrafos que anteceden se pone de relieve el punto central del problema: el carácter vinculante de la sentencia constitucional se centra en lo que constituye el núcleo de la motivación y no puede extenderse a los sectores marginales o periféricos de la motivación; y esto independientemente.

Este asunto ya había ocupado la atención de nuestra más autorizada doctrina. En este sentido, Román Duque Corredor ha puesto de relieve que debe distinguirse entre lo que es la *esencia de la argumentación* de lo que constituyen *puntos marginales*²¹ cuando se trata de la interpretación del contenido o alcance de normas y principios constitucionales. En cuanto a la apreciación judicial, el precedente constitucional se ubica en la fundamentación directamente conectada con el tema a decidir (*thema decidendum*).

3. La interpretación definida por la Sala Constitucional

En otro trabajo ya publicado, tuve la oportunidad de exponer mis puntos de mira en relación con los criterios de interpretación constitucional²²; y en esta ocasión voy a referirme a la interpretación, tal como ha sido entendida por la jurisprudencia de la SC.

La sentencia líder en esta materia es la número 1077, de fecha 22 de septiembre de 2000²³ (caso: *Servio Tulio León*), la cual señaló que las potestades asignadas a la Sala en materia de interpretación “se ejercen

²¹ Duque Corredor, Román José: *La interpretación Vinculante de la Jurisdicción Constitucional y los Poderes Correctivos de los Jueces*. En: Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia. Barquisimeto, XXVII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Colegio de Abogados e Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2002, p. 2.

²² Véase La potestad de revisión constitucional como Deus ex machina...*cit.*, pp. 343-386.

²³ Véase Haro, José Vicente: *La Interpretación de la Constitución y la Sentencia 1077 de la Sala Constitucional*. En: Revista de Derecho Constitucional. Caracas, Editorial Sherwood, N° 2, pp. 453-460. El texto de la sentencia, así como el voto concurrente se puede consultar en la Revista de Derecho Constitucional... *cit.*, pp. 460-476; también puede consultarse en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/1077-220900-00-1289.htm. [Consulta, 24 septiembre de 2000].

con motivo de la acción popular de inconstitucionalidad, la acción de amparo, el recurso de interpretación de leyes u otro caso concreto de carácter jurisdiccional cuya competencia esté atribuida a la Sala (Revisión de sentencias prevista en el ordinal 10 del artículo 336 de la vigente Constitución)”. La sentencia referida antes, introdujo notables cambios y otorgó amplias facultades interpretativas a la SC que van más allá del acto interpretativo, llegando incluso la Sala a reservarse la potestad de interpretar *in abstracto* la Constitución, argumentando que se hace porque pueden surgir conflictos entre la norma constitucional con los valores y principios que la informan.

Con relación a la sentencia que se viene analizando, el significado es considerable y viene a establecer en términos concluyentes, lo siguiente:

- a) Las sentencias que se dictan en sede de jurisdicción constitucional son distintas a las que se dictan los demás tribunales que ejercen la “función jurisdiccional”.
- b) Es posible que no exista propiamente un demandado, lo que haría “dudar de su carácter contencioso, pero como no se persigue mediante ellas la formación de nuevas situaciones jurídicas y el desarrollo de las existentes, los procesos que en ese sentido se instauren no pueden considerarse de jurisdicción voluntaria (artículo 895 del Código de Procedimiento Civil), por lo que ésta no es la naturaleza de las causas constitucionales”.
- c) Los procesos constitucionales contienen “potencialmente” un conflicto de intereses entre el actor y “los otros componentes de la sociedad que tengan una posición contraria a él”, y esto no entraña una reclamación de derechos entre particulares. “Pero tal naturaleza, no elimina en las acciones constitucionales, procesos con partes que ocupan la posición de un demandado, como lo sería la sociedad encarnada por el Ministerio Público, o los interesados indeterminados llamados a juicio mediante edictos; o con litigantes concretos, como ocurre en los amparos constitucionales. Ni excluye sentencias que producen cosa juzgada, cuyos efectos, al igual que en el proceso civil, pueden ser absolutos o relativos”.
- d) Las sentencias que se dictan en materia constitucional “pueden” ser declarativas de certeza, es decir, mero declarativas.

e) Las pretensiones constitucionales no tienen que fundarse en hechos concretos de aquellos subsumibles en un supuesto de hecho abstracto, “y esto las diferencia de otras pretensiones que originan procesos contenciosos, las cuales están fundadas en hechos que conforman los supuestos de hecho de las normas cuya aplicación se pide”.

f) La acción popular de inconstitucionalidad se fundamenta en la circunstancia en la cual “una ley o un acto, colide con el texto constitucional”. Y esto es un asunto de mero derecho. Esta situación “no es exclusiva de todas las acciones constitucionales”, por cuanto ocurre también “en algunos amparos” y para ello basta que el accionante “afirme que la ley le reconoce el derecho a la actividad jurisdiccional, de allí la naturaleza popular”.

g) Ante la interrogante, ¿es posible que una persona solicite del Tribunal competente para ello la interpretación de la Constitución? recurre al concepto de acción, para luego aseverar que la Constitución prevé una acción para que “se interprete la ley”. Y ésta es llamada recurso de interpretación, según lo dispone el numeral 6 del artículo 266 que tiene por objeto el contenido y alcance de los textos legales, “lo que podría ser interpretado en el sentido que el “recurso” se refiere a lo legal y no a lo constitucional”.

h) Señala que “El artículo 26 de la vigente Constitución establece con carácter constitucional, el derecho de acceso a la justicia, lo cual se logra mediante la acción”. Luego desarrolla conceptos sobre interés jurídico para distinguirlo de interés procesal. El primero lo ostenta quien desea defender hacia el futuro una situación jurídica. Y el segundo (interés procesal) lo ostenta quien desea “poner en práctica la garantía jurisdiccional”; y es este último el que “fundamenta el llamado recurso de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley (numeral 6 del artículo 266 del vigente Constitución). Se trata de un interés jurídico, que no persigue la obtención de un bien que constituye el núcleo del derecho subjetivo, sino otro tipo de bien, en este caso el que se fije el contenido o alcance de un texto legal, lo cual, como interés, coincide con el que tiene alguien,

de que no se ejecute en su contra un fallo que nace en un proceso donde originalmente no es parte, y donde la decisión que se dicte no declara la existencia de un derecho a su favor, sino de otro, viéndose favorecido por tal declaratoria. En la acción de interpretación constitucional se está en presencia de un interés legítimo destinado a obtener certeza sobre el sentido y alcance de una disposición constitucional”.

i) El interés legitimador tiene un carácter colectivo. “El interés constitucional (como interés legitimador) es de esta categoría de intereses generales, por lo que los fallos que se dicten aprovechan a toda la colectividad”.

j) Destaca el interés jurídico del solicitante cuando expresa que “quien solicita el llamado recurso de interpretación de ley, propone una demanda mero declarativa, que la ley venezolana no ha regulado en plenitud, y que se funda en un interés jurídico del accionante”.

k) Otorga importancia a la acción popular por actos de inconstitucionalidad. “Por otra parte, existe en nuestro ordenamiento la acción popular de inconstitucionalidad, donde cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley. Este tipo de acciones populares es excepcional”.

l) Considera a la acción interpretativa para resolver casos por colisión de leyes “un interés jurídico personal y directo en el accionante diverso al que se exige para proponer la acción de inconstitucionalidad, y es ese interés particular necesario para incoar una acción de interpretación de ley, el que también se requiere para el ejercicio del recurso de interpretación de la Constitución, ya que se trata de acciones declarativas de mera certeza, que tienen en común que no anulan, y que buscan un efecto semejante. En estos casos, coincide el interés particular con el interés constitucional”.

m) Señala que la acción de interpretación entraña una tutela preventiva. Y su finalidad “*sería* una declaración de certeza

sobre los alcances y el contenido de una norma constitucional, y *formaría* un sector de la participación ciudadana, que *podría* hacerse incluso como paso previo a la acción de inconstitucionalidad, ya que la interpretación constitucional *podría* despejar dudas y ambigüedades sobre la supuesta colisión”²⁴. (Itálicas mías).

n) Destaca que el interés jurídico del solicitante es razón suficiente para solicitar la interpretación de una norma constitucional, y la sentencia que decide este tipo de recurso es de naturaleza mero declarativa.

o) Resalta la potestad exclusiva que tiene la Sala Constitucional y no la Político Administrativa para conocer de la interpretación de normas constitucionales. El recurso de interpretación de textos legales corresponde a la Sala Político Administrativa pero, en este supuesto, sólo en los casos previstos en la ley; mientras que en lo que atañe a la interpretación de la Constitución “no requiere de autorización legal previa que lo permita”.

p) Considera que el recurso de interpretación está dirigido a la interpretación de la norma o principios constitucionales, cuando no resulten claros; “o de explicar el contenido de una norma contradictoria, oscura o ambigua; o del reconocimiento, alcance y contenido, de principios constitucionales”.

Nutrida de las consideraciones señaladas, la sentencia que se comenta, define las situaciones en las cuales es posible la interpretación. Veamos:

1. Cuando se alegue que la norma constitucional choca con un principio también constitucional. En el supuesto de que existan “normas constitucionales inconstitucionales”²⁵, no es posible demandar la inconstitucionalidad de una norma constitucional el camino a resolver el problema, es la interpretación.

2. Cuando la Constitución se remite a principios o doctrinas generales. En este caso se requiere precisar el principio o la

²⁴ Obsérvese la conjugación en condicional o potencial. Se trata de una fundamentación dubitativa. Sobre esto volveré post en el texto.

²⁵ La sentencia cita la obra de García De Enterría, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Edit. Civitas, 1994, p. 99.

doctrina a través del recurso de interpretación. También cuando se trata de principios relativos a derechos humanos que, sin aparecer en la Constitución, son objeto de tratados internacionales no convertidos en leyes.

3. Cuando exista un conflicto *endoconstitucional*, es decir, cuando dos normas constitucionales están en conflicto aparente.

4. Las normas emanadas de organismos multiestadales a las cuales se remiten los Tratados y Convenios Internacionales, también pueden ser objetos de interpretación por la Sala.

5. Cuando se trate de cumplir las decisiones que en materia de derechos humanos dicten los órganos internacionales.

6. También cabe la interpretación ante los “huecos legales” abiertos por el solapamiento entre normas constitucionales y normas del “régimen transitorio”.

7. Cuando se trate de normas de la Constitución, que carecen de “desarrollo legislativo”, ante lo cual los interesados pueden solicitar la determinación del alcance de esas normas.

8. Cuando se trate de normas constitucionales de contenido ambiguo.

9. Cuando hubiese un conflicto entre la norma constitucional y las facultades del constituyente.

Como se puede observar, las situaciones previstas no guardan vínculo con el control de la constitucionalidad de las leyes para verificar y sancionar las violaciones de la constitución. La pérdida de esta competencia es consecuencia de la potestad que se ha autoatribuido la Sala Constitucional para interpretar *in abstracto* y fijar los límites de la interpretación constitucional.

Este fenómeno requiere de una reflexión profunda para evaluar las dificultades teóricas y las consecuencias prácticas que genera esa situación. Mostramos que dentro del Tribunal Supremo de Justicia se alteró el equilibrio natural de las Salas que lo integran. Ahora bien, ¿para qué? Para que desde su propio ámbito se atiendan los intereses de las instancias, poderes y/o personas que lo demandan. Ante el qué hacer se sugiere que conviene comenzar por tomar muy en cuenta los señalamientos

que ha hecho la misma Sala en cuanto a sus “*interpretaciones*”, las cuales han sido consideradas vinculantes sin mencionar cuál es el sector de la sentencia que constituye el precedente judicial²⁶.

La supuesta potestad que tendría la SC para de interpretar *in abstracto* la Constitución está claramente definida en la decisión que se comenta (N° 1077, 22-09-00), la cual, en su parte pertinente, asevera *in verbis* lo siguiente:

Ante la posibilidad de que normas constitucionales colidan con esos valores, “*normas constitucionales inconstitucionales*”, como nos lo recuerda García De Enterría (*Ob. Cit.*, p. 99), y ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional, a la confrontación del texto con los principios que gobiernan la Constitución, de manera que el contenido y alcance de los principios constitucionales se haga vinculante, y evite los efectos indeseables de la anomalía.

Tal interpretación, que puede ser urgente y necesaria, por lo que no es posible la espera de alguna acción para que la Sala se pronuncie, sólo puede pertenecer a esta Sala, máxima y última intérprete de la Constitución.

Luego, cuando normas constitucionales chocan con los principios y valores jerárquicamente superiores, es la interpretación, mediante la acción para ello, la vía principal para resolver la contradicción (*Sic*).

La opinión de García De Enterría es usada por los magistrados como argumento de autoridad, con el propósito de otorgarse potestades para declarar inconstitucional una norma constitucional. Si bien es cierto que la idea es tomada del autor, también es cierto que se hizo uso selectivo de un párrafo de su obra de manera literal, es decir, sin tomar en cuenta que lo que hizo García De Enterría fue destacar el valor normativo superior de la Constitución como la más importante creación del constitucionalismo norteamericano, cuya doctrina fundamentó la instrumentación de la revisión judicial.

²⁶ Así ocurrió en la sentencia N° 85 de fecha 24 de enero de 2002, tal como lo veremos post en el texto.

Del mismo modo, cuando se analiza el siguiente párrafo se encuentra que el concepto “normas constitucionales inconstitucionales”, que utiliza, se refiere a la primacía interpretativa de los principios de la Constitución, pero en ningún caso señala que una Sala Constitucional tiene la potestad de interpretación *in abstracto* la Constitución.

El carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho Bachof y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles ‘normas constitucionales inconstitucionales’ (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite (constitucional, como hemos visto: art. 168) que suponen a la reforma constitucional.

Esos principios, cuyo alcance no es posible, naturalmente, intentar determinar aquí, si se destacan como primarios en todo el sistema y protegidos en la hipótesis de reforma constitucional, presentan, por fuerza, una ‘enérgica pretensión de validez’, en la frase de Bachof que más atrás hemos citado, y constituyen, por ello, los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de la Constitución misma.

El análisis de los textos señalados permite mostrar que García De Enterría no dice en su obra que la Sala pueda interpretar *in abstracto* la Constitución y convertirse en una suerte de poder constituyente permanente. Lo que predica dicho autor es que se debe adaptar la norma constitucional a los principios que inspiran la Constitución.

Por lo tanto, en caso de que surjan dudas en la inteligencia de una norma constitucional, “debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma” y se sostiene la doctrina que *la norma constitucional inconstitucional* puede existir en el orden de los valores pero no ocurre en el plano formal²⁷. Para buscar esa concordancia hay que tomar

²⁷ Véase, García Belaúnde, Domingo: *La Interpretación Constitucional como problema*: En: Revista de Estudios Políticos, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, octubre-diciembre 1994, N° 86, p. 31.

en cuenta que en la Constitución, no todas las normas son iguales. Como se sabe hay normas programáticas que requieren de reglamentación, normas más precisas y otras que tienen el carácter de transitorias²⁸. Sin embargo, es posible encontrar dentro de ese universo de normas, a dos de ellas que recojan valores encontrados; y cuando ello ocurra, el intérprete constitucional tendrá que ponderar los valores a través del ejercicio de la argumentación.

En consecuencia, la acción de privilegiar unos valores sobre otros para solucionar casos de colisión de normas, sólo es posible con la argumentación. Como muestra puede señalarse que en caso de que se encuentren normas que consagren los derechos humanos, y otras normas que acojan un valor de corte autoritario se debe privilegiar aquella que beneficia los derechos humanos de los ciudadanos. Pero a veces sucede lo contrario, tal como aconteció en la sentencia número 1942 de fecha 15-07-03 (caso: *Rafael Chavero*).

Al redactar una sentencia, el juez juega un papel fundamental no sólo como agente expresivo de una opinión sino como actor importante del proceso judicial. Para garantizar la actuación independiente de los jueces se debe buscar, a su vez, la designación del juez constitucional. Una designación viciada compromete la imparcialidad del juez constitucional y se pierde el requisito de *auctoritas* que debe ser la impronta de la justicia constitucional.

4. Las “doctrinas vinculantes” contradictorias

Cuando el juez se encuentra ante dos doctrinas “vinculantes”, debe decidir cuál de ellas es la que debe aplicar. Así ocurrió en la sentencia número 1542 de fecha 11-06-03²⁹, que decidió una solicitud de revisión en la cual los solicitantes invocaron que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo habría infringido la doctrina vinculante de la Sala Constitucional establecida en la sentencia número 2.458 de fecha 28-11-01 (caso: *Aeroexpresos Ejecutivos C.A.*). Esta decisión prohibió la acumulación, en sede laboral, de pretensiones que dependieran de dife-

²⁸ Cfr: Sentencia de la SC N° 1002 de fecha 26.05.04 (Caso: Federación Médica Venezolana). En: www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/1002-260504-02-2167%20.htm.

²⁹ Caso: Municipio Pedraza del Estado Barinas, bajo ponencia del Magistrado J.M. Delgado O.

rente causa por entender que ello infringe el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, así como los artículos 26, 49 y 253, primer aparte, de la Constitución de 1999.

El caso antes señalado, consistía en escoger entre dos doctrinas “vinculantes” de la Sala Constitucional. La primera, es la sentencia número 708 de fecha 10-05-2001³⁰; y la segunda, es la sentencia número 2458 de fecha 28-11-2001³¹.

Estas doctrinas “vinculantes” contradictorias señalan dos reglas distintas en relación con la posibilidad de acumular pretensiones. Así, la sentencia número 708 del 10-05-01, con “carácter vinculante”, permite la posibilidad de acumular distintas acciones contra un mismo patrono; y la segunda decisión, de fecha 28-11-01 no permite dicha acumulación. Y se entiende que ambas tienen “carácter vinculante”.

Ante esta situación contradictoria, la misma Sala tomó nuevamente partido en esta delicada materia, y en sentencia número 1542 del 06-06-03 distingue entre el destino que tenga la acumulación, es decir, si va dirigida contra un solo acto administrativo o contra varios³². En el

³⁰ Caso: Jesús Montes de Oca, bajo ponencia del Magistrado Jesús E. Cabrera.

³¹ Caso: Aeroexpresos Ejecutivos, bajo ponencia del Magistrado Pedro Rondón H. Estas dos decisiones contradictorias (N° 708 y 2458) decidieron acciones de amparo; mientras que la decisión que tuvo que escoger entre las doctrinas contradictorias (número 1542 del 11-06-03) decidió una solicitud de revisión.

³² La decisión citada en el texto lo expone así:

Precisado lo anterior, observa la Sala que en el presente caso los apoderados judiciales del Municipio Pedraza del Estado Barinas afirman que la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo debió examinar como Tribunal de Alzada, con base en lo dispuesto por el artículo 87 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, si el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Los Andes aplicó correctamente la sentencia de la Sala Constitucional N° 708/2001, del 10-05, caso: Jesús Montes de Oca Escalona y otros, en la oportunidad de desestimar el alegato de inadmisibilidad por inepta acumulación de pretensiones formulado por el Municipio querellado, y si en vez de aplicar el contenido de dicho fallo a la controversia, debió aplicar el contenido de la sentencia de esta misma Sala N° 2.458/2001, del 28.11, caso: Aeroexpresos Ejecutivos C.A., pues mientras la primera de las sentencias mencionadas sólo puede aplicarse a causas en las que varios funcionarios públicos impugnen un solo acto administrativo que lesione sus derechos e intereses, la segunda de dichas decisiones es aplicable a todas aquellas causas en las que varios funcionarios públicos impugnen varios actos administrativos, lesivos de sus derechos e intereses funcionariales.

...*Omissis*...

primer caso, cabe la acumulación y se aplica la sentencia 708 (10-05-01). En el segundo caso, no cabe la acumulación y se aplica la decisión N° 2458 (28-11-01).

Esta contradicción podría salvarse si se apela a lo señalado anteriormente, es decir, a los criterios aplicados por las doctrinas maximalista y la minimalista. Si se entiende que cada una de estas decisiones, resuelven un caso *to the point*, la doctrina vinculante se aplicaría sólo a otro caso idéntico. En todo caso, la interpretación del artículo 146 del CPC no es materia que compete a la Sala Constitucional, pues ello es asunto que debe ser decidido por las otras Salas del TSJ.

La situación de conflictividad generada es una muestra de lo que ocurre cuando la Sala se extralimita en sus competencias. Si se analiza con

De acuerdo con el contenido de los fallos parcialmente citados, es evidente que la doctrina vinculante contenida en la primera de dichas sentencias (N° 708/2001, del 10-05), sólo resulta aplicable (estas cursivas, agregadas), como bien sostiene en su petición de revisión constitucional la representación judicial del Municipio Pedraza del Estado Barinas, a aquellos procedimientos contencioso-funcionariales en los que varios funcionarios públicos impugnen de forma conjunta un mismo acto administrativo de remoción, de retiro o de destitución de sus cargos que sirva de fundamento para actuaciones de la Administración lesivas de sus derechos e intereses personales, legítimos y directos, por existir en tales casos identidad de título o causa y ser, por tanto, admisible conforme al artículo 146 del Código de Procedimiento Civil el litisconsorcio activo, mientras que la segunda de las decisiones citadas (N° 2.458/2001, del 28-11), resultaría aplicable a todos los procedimientos contencioso-funcionariales en los que varios funcionarios públicos impugnen de forma conjunta varios actos administrativos de remoción, de retiro o de destitución de sus cargos, por no existir en tales casos identidad de título o causa y no ser, en consecuencia, admisible de acuerdo al mismo artículo 146 del Código de Procedimiento Civil el litisconsorcio activo en tales causas.

Siendo así las cosas, esta Sala Constitucional, luego de constatar que en el presente caso las ciudadanas Elsa Betty Silva Tibaduiza y María Leonides García Becerra mantenían relaciones de empleo público individuales con la Alcaldía del Municipio Pedraza del Estado Barinas, que éstas fueron separadas de sus cargos no por causa de un solo acto administrativo, sino mediante dos actos administrativos individuales contenidos en las Resoluciones números 067 y 061 emanadas del Alcalde del referido Municipio, considera que el alegato de inepta acumulación formulado en la presente causa no debió resolverse mediante la aplicación de la doctrina vinculante establecida por la Sala en su decisión N° 708/2001, del 10-05, caso: Jesús Montes de Oca Escalona y otros, como erróneamente lo sostuvieron el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Los Andes y la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo al confirmar el fallo proferido por aquél el 8 de febrero de 2002, sino que el mismo debió ser acogido o desestimado atendiendo a la interpretación vinculante contenida en la decisión de esta Sala N° 2.458/2001, del 28 de noviembre, caso: Aeroexpresos Ejecutivos C.A., pues fueron más de una funcionaria pública las que impugnaron diferentes actos administrativos emanados del Alcalde del Municipio Pedraza del Estado Barinas, por medio de los cuales se puso fin a las relaciones de empleo público que las impugnantes mantenían en forma individual con el referido Municipio”.

detenimiento, se encuentra que el embrollo aumentó cuando la SC tomó partido por la sentencia “vinculante” número 2458, del 28-11-2001 (caso: *Aeroexpresos Ejecutivos*), amparado en el sutil argumento de que esta última alude a “varios actos administrativos, lesivos de sus derechos e intereses funcionariales”. En definitiva, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA) quedó atrapada entre los criterios sostenidos por la Sala Constitucional y cuando fueron aplicados, (recogidos en la sentencia N° 2458) le anulan una decisión y, posteriormente, cuando aplica esta tesis, también le anulan su decisión.

Este tipo de situaciones podría evitarse si se llegara a aceptar que la SC debe limitarse a la interpretación de normas y principios constitucionales. De esa manera, entendería que es asunto de otras Salas la interpretación de normas de otro rango. La competencia de la SC para interpretar normas o principios constitucionales, según el modelo de la experiencia norteamericana, podría ser susceptible de aplicación basado en una estrategia diseñada para aplicar la visión maximalista o minimalista, según la materia, importancia y complejidad del asunto a decidir.

En el sentido señalado, la SC podría aplicar la visión maximalista para atender asuntos generales para la definición del debido proceso, libertad de expresión y otros semejantes. Cuando decide sobre asuntos políticos sensibles a la opinión pública, debería ser prudente y aplicar la visión minimalista. El asunto del litisconsorcio es un tema procesal que escapa a las atribuciones de la SC, pero si se admite que la SC puede decidir este tipo de materia cuando se relacione con la interpretación de una norma constitucional, entonces habría que pensar en la visión minimalista.

Semejante embrollo nace de la consideración de “carácter vinculante”, aún en aquellos casos en los cuales se trate de la “interpretación” de una norma de derecho adjetivo. Al hacerlo de esa manera, no se repara que el precedente judicial sólo es vinculante cuando: (i) se trate de interpretación de una norma o principio constitucional; (ii) y cuando se aplica a otro caso en el cual hay total identidad en los hechos (cuando se escoge la visión minimalista).

Conviene advertir que la antes referida sentencia número 1542 del 06-06-03 distingue entre impugnaciones contra uno o varios actos administrativos, distinción que no hizo la sentencia número 708 del 10-05-03 cuando permitió la acumulación de acciones contra un mismo patrono. Sin embargo, este asunto queda zanjado con la entrada en vigencia de la

Ley Orgánica Procesal del Trabajo, cuyo artículo 49 autoriza la acumulación de pretensiones contra un mismo patrono, la Sala de Casación Social en sentencia número 498 del 26-09-02 ha postulado que la sentencia número 2458 del 28-11-01 no tiene carácter vinculante, por cuanto “la inobservancia del artículo 146 del Código de Procedimiento Civil no constituye una violación del orden constitucional, sino de carácter normativo adjetivo”³³. En efecto, acierta la SCS en su decisión, puesto que la posible infracción del artículo 146 del CPC no involucra un tema de interpretación constitucional. Luego, las sentencias de la SC que pretenden interpretar esa norma procesal, no tienen valor de precedente constitucional.

La Sala de Casación Social tiene razón en su declaración, puesto que la sentencia número 2548 del 28-11-01 declaró que ella tenía carácter “vinculante”, aunque lo hizo sin precisar en qué consistiría dicho carácter “vinculante”. Como se ha insistido, el carácter vinculante viene ubicado en el denominado *holding* (*stare decisis*), siempre y cuando se trate de la interpretación de una norma o principio constitucional y que en él haya identidad fáctica entre los casos.

No puede pasar inadvertida una declaración de la sentencia de fecha 05-01-2000 (caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*) que copia la comentada decisión número 2548 en la cual la Sala proclamó lo que copio a continuación:

(...) la doctrina que se derive de la interpretación de los preceptos constitucionales, sea que la conclusión a que arribe la Sala no resuelva un caso concreto (solicitud de interpretación), sea que aproveche a la solución de una concreta controversia en tanto contenga el modo en que los valores, principios y reglas constitucionales exigen que se tome una decisión en un sentido determinado, tiene en ambos casos efecto vinculante. Tal aclaratoria desea resolver alguna duda que pudiera surgir en cuanto al alcance de la vinculación de la función interpretativa que toca desplegar a esta Sala conforme al citado artículo 335 de la Carta Fundamental, la cual, pueda que llegue a asociarse, erróneamente, a la desnuda interpretación de un precepto constitucional.

³³ Sentencia número 498 del 26.09.02.

Así pues, es vinculante, tanto la sola determinación del contenido y alcance de una norma constitucional que resulte oscura o contradictoria, como aquella interpretación de la Constitución que realice esta Sala, relativa, como hubo de afirmarse en líneas anteriores, a un caso concreto en que se hubiera examinado una determinada situación jurídica, y de cuyo examen hubiera resultado un modo de conducirse o actuar conforme con un valor, principio o regla contenido en el orden normativo constitucional. Interpretar la Constitución también es, pues, hacer valer sus preceptos en el caso concreto. La vinculación que se sigue en el segundo de los supuestos referidos, arropará sólo a casos similares a los resueltos conforme a la doctrina vinculante (*Cfr.* s. S.C. N° 1860 de 05.01.00, caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*).

La ambigüedad presente en la declaración anterior no resuelve el asunto y la Sala Constitucional no se ha ocupado de dar las explicaciones sobre el significado del principio de *stare decisis*. Ante la incertidumbre, es deseable que la SC delimite el sentido del principio de *stare decisis* y aclare lo que quiere decir “carácter vinculante”, lo cual debe hacerse con sentido de largo alcance y no caer en la tentación de dejar abierta esta compuerta para así aumentar el poder jurídico de esa Sala.

5. El conflicto entre Salas

En sentencia número 1540 de fecha 09-10-03 (caso: *Ramón Carmo-na*)³⁴, la Sala Políticoadministrativa (SPA) muestra el conflicto que se produce cuando la SC invade la esfera de competencia de otra Sala; conflicto que se hace más grave aún, porque para producir el pronunciamiento, la SC invadió la esfera de competencia que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa³⁵.

³⁴ Véase, sentencia N° 1540. En: www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/01540-091003-1998-14658.htm. [Consulta: 15, Octubre 2003].

³⁵ La decisión número 1540 lo expone así: “No existe duda alguna que el entramado constitucional se ha montado sobre la base del control jurisdiccional en dos vertientes, esto es, el que corresponde a las jurisdicciones especiales como la constitucional y la contencioso administrativa; y a las otras jurisdicciones. Por ello no puede existir ni suscitarse duda alguna sobre la relevancia constitucional de la jurisdicción contencioso administrativa, cuyo límite sólo está en la violación de las garantías constitucionales que pueden acusar algunas de sus decisiones, las cuales deben ser revisadas por ese otro órgano que detenta el control de la jurisdicción constitucional. Ahora bien, se trata de una revisión que debe producirse bajo el marco establecido por la propia Constitución: el de observar la presunta violación al orden constitucional, y por ello le está vedado, sustituirse en el órgano judicial cuya decisión ha sido revisada. De lo contrario, estaría la Sala Constitucional enervando todo el sistema jurisdiccional del Estado”.

Para resolver el conflicto jurisdiccional, la citada sentencia número 1540 se pronunció para afirmar la competencia que tiene la SPA para conocer materias de su competencia, como es la demanda sobre asuntos patrimoniales extracontractuales contra la República; y acuerda diferir el pronunciamiento de la decisión hasta tanto la Sala Plena del TSJ tome la decisión sobre el conflicto planteado. Esta nueva decisión de la SPA plantea un tema muy importante que debe ser resuelto por el Tribunal en pleno, para evitar este tipo de embrollos constitucionales.

En otra sentencia, la número 1930 de fecha 14-07-03 (caso: *Plinio Musso Jiménez*) la SC, también invade competencia de otra Sala, puesto que anuló una decisión de la Sala de Casación Social (SCS) de fecha 3 de mayo de 2000³⁶ (N° 93). Esta decisión resolvió la solicitud de revisión propuesta en fecha 2 de julio de 2002, es decir, después de haber transcurrido un lapso superior a los tres años contados a partir del día de la decisión de la SCS y la fecha en la cual la SC anuló la referida sentencia de la SCS. La sentencia de la SC (N° 1930) contradice la decisión número 1555 de fecha 11-06-03, que decidió el mismo punto de manera diametralmente opuesta.

Según la doctrina establecida por la Sala de Casación Social en su sentencia de fecha 15 de marzo de 2000³⁷, es posible invertir el orden del recurso, doctrina que ha sido ratificada en varias oportunidades, entre otras, en fecha 5 de diciembre de 2002³⁸.

El criterio utilizado permite la eliminación de la casación de forma cuando el vicio alegado no tenga ninguna trascendencia sobre la suerte del asunto debatido. Ello significa que no es posible buscar la nulidad por la nulidad misma sino que hay que procurar que el vicio que se plantea posea entidad para que impida “resolver la controversia con fuerza de cosa juzgada, posibilidad de ejecución y suficiente garantía para las partes”. Amparados en el razonamiento de la mencionada sentencia número 49 del día 15 de marzo de 2000, la SCS ha desaplicado en varias oportunidades el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil³⁹.

³⁶ Véase sentencia en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/93-030500-98012.htm. [Consulta: 16, julio 2003].

³⁷ Sentencia N° 49.

³⁸ Sentencia N° 662.

³⁹ Así lo hizo el 17 de mayo de 2000 (N° 116).

El pasaje copiado predica la tesis que privilegia el fondo sobre la forma, objetivo nuclear dentro del sistema de administración de justicia. Ahora bien, para lograrlo se puede llegar a decidir el recurso de fondo sin atender el de forma, en situaciones en las cuales el formalizante plantea denuncias de forma y, al mismo tiempo, alega vicios de forma. De ser aceptada la tesis según la cual un fallo no padece de vicios de forma cuando el recurrente puede abordar el fondo, entonces no habrá necesidad de decidir las denuncias por defectos de actividad⁴⁰, por cuanto éstas se pueden desechar en bloque en un solo párrafo⁴¹.

Cuando se analizan los recursos de casación, es frecuente observar que, las más de las veces, dichos recursos plantean denuncias de forma y, al mismo tiempo, se aleguen errores de juzgamiento. Del análisis se desprende que, primero se usa un alegato de inmotivación, y luego, haciendo uso de la misma argumentación, se invoca un error de juzgamiento. Mediante la aplicación de tan viciosa y arraigada costumbre, se pretende obtener una casación de forma que suele ser el soporte de una casación inútil.

Para corregir ese modo habitual de obrar, se requiere una doctrina consistente y suficiente capaz de desechar el recurso de forma –salvo que hubiese denuncias de indefensión– y de decidir únicamente el recurso de fondo. De esa manera, los litigantes se remitirían a plantear denuncias de forma, sólo cuando las mismas sean consideradas trascendentes. Además de lo señalado, se debe prestar atención a cada caso particular y concreto, para poder definir cuándo el vicio invocado es determinante y cuándo no lo es.

La propuesta trae consigo un cambio de paradigma, sobre todo para quienes entienden que la casación de forma no debe conectarse con el fondo y consideran irrelevante que el vicio sea o no trascendente. Nada de esto fue considerado por la SC en la referida decisión N° 1930 de fecha 14-07-03.

En cuanto a la adjetivación, es necesario tener presente lo señalado por la Constitución, es decir, la prédica que se le hace a la administra-

⁴⁰ Con las situaciones excepcionales señaladas antes.

⁴¹ Esta tesis puede ser aplicada por la Sala Civil, ya que la Social se rige por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, como veremos post.

ción de justicia: “expedita, sin reposiciones indebidas” (artículo 26 de la Constitución) y que “no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales” (artículo 257 de la Constitución). Queda claro así, que no se puede privilegiar lo adjetivo sobre lo sustantivo, así como también debe suprimirse el burocrático hábito de declarar con lugar denuncias de forma intrascendentes, si se desea acatar el mandato constitucional.

A ello puede añadirse lo que enseña el sentido común, es decir, que si hay denuncias de fondo es porque el justiciable conoce la manera cómo el juez abordó el fondo de la controversia. Esto es, si el recurrente plantea denuncias de fondo es porque el fallo no padece de errores de actividad; y de haberlos, éstos serían periféricos e intrascendentes y, por lo tanto, no justifican la casación porque ésta sería inútil.

Además, en un sistema jurídico que atiende al principio finalista y una justicia administrada sin formalismos inútiles, no es posible que se alegue la existencia de falta de motivación y, de inmediato, hacer uso de la misma argumentación, para invocar un error de juzgamiento sobre un mismo punto. Y esto es así porque si el fallo es inmotivado en un aspecto, no puede haber al mismo tiempo error de juzgamiento; y al revés, si se alega un vicio de fondo en relación con un punto, es porque no hay inmotivación respecto a ese específico sector de la sentencia⁴². Cuando se trata de casos donde están presentes la incongruencia, la indeterminación y la contradicción en el dispositivo (y demás vicios de la sentencia), la situación es diferente y, por lo tanto, dichos vicios deben ser examinados de manera casuística⁴³. Lo mismo acontece con la contra-

⁴² En este orden de ideas, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) dispone que la sentencia debe contener “los motivos de hecho y de derecho” (artículo 158); y ello significa que debe atender el requisito de la motivación, pese a que, en el artículo 160, al señalar los vicios que anulan la sentencia laboral, no incluye la falta de motivación. Aun cuando en esta norma no haya sido incluida, en el 167, consagra la falta de motivación como tercer motivo de la casación laboral. De esa manera queda demostrado que se consideró lo que es una realidad: la motivación es un principio que integra el concepto del debido proceso.

⁴³ En principio, estos vicios pueden corregirse por medio de una ampliación y esa sería una manera de hacer más sencilla la tramitación del recurso de casación. Ahora bien, si luego de proferida la ampliación, el vicio se mantiene, es posible plantearlo sólo si es trascendente. Por ejemplo, si la indeterminación es sobre la identificación de los linderos de un fundo, sí es necesario el reenvío para corregir el vicio. Pero si la indeterminación es sobre un aspecto superfluo, como la falta de identificación de un lindero de un apartamento, y el mismo se puede conocer del cuerpo de la sentencia, entonces no habrá necesidad de casar el fallo.

dicción y con la incongruencia. Si se trata de una contradicción en el dispositivo, pero del fallo se pueden extraer elementos que permitan subsanar la contradicción, la misma no puede justificar una casación. Además, en este caso se podrá aplicar la casación de oficio y prescindir del reenvío, para evitar la casación múltiple.

Esto significa que no debe haber casación si se trata de una incongruencia sobre un alegato intrascendente; y sólo será necesario cuando la omisión de pronunciamiento sea de tal entidad que impida conocer el fondo de la controversia. Esto último siempre sucede en relación con los alegatos superfluos. Lo contrario ocurriría cuando el sentenciador se pronuncia sobre un aspecto determinante del asunto debatido.

En materia laboral, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) establece un orden que se inspira en las referidas doctrinas de la SCS. Y todo esto se quedó en la vera del camino, gracias a la peculiar manera de argumentar de la SC.

En esa decisión número 93 de fecha 03-05-2000, anulada por la SC, se relacionó la casación de forma con el principio finalista, lo cual permitió concluir que no habrá casación si una sentencia padece de vicios de forma pero permite alcanzar el fin.

Lo anterior constituye, en resumen, los fundamentos por los cuales la SCS invierte el orden del recurso. Este asunto no había ofrecido resistencia de parte de la SC. Incluso su jurisprudencia al respecto había transitado sin obstáculos durante tres años, al punto que en su sentencia número 1555 de fecha 11-06-03 (caso: *Juvenal Aray y otros*), estableció su criterio cuando aseveró que la inversión del orden del recurso, en obsequio del principio finalista, no entraña infracción de una norma o principio constitucional “o de algún criterio vinculante de esta Sala Constitucional, pues la sentencia objeto de revisión resolvió razonadamente las distintas denuncias formuladas en el recurso de casación (inclusive las fundadas en supuestos defectos de forma, en el último aparte del fallo)”.

No obstante a ello, de manera sorpresiva la sentencia número 1930 del 14-07-03 (caso: *Plinio Musso Jiménez*) sin hacer referencia a la jurisprudencia de la Sala (“doctrina vinculante”) en un giro de ciento ochenta grados, sostiene que la inversión del orden del recurso que realiza la Sala de Casación Social desde su sentencia número 49 del 15-03-00 es

inconstitucional porque violaría los artículos 26 y 257 de la Constitución⁴⁴. Lo expone de la manera siguiente:

De manera que, lo que debe revisar el tribunal de casación es si los defectos de forma que están planteados configuran incumplimiento de formalidades esenciales o alguna inobservancia de los principios que rigen el debido proceso, para lo cual debe resolver cada uno de los motivos de casación de forma, antes de decidir sobre los vicios de casación de fondo.

Es así como a juicio de esta Sala que, el artículo 257 de la Constitución obliga constitucionalmente y le da pie de apoyo al artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, cuando obliga primero a considerar los motivos de casación de forma y, tras declarar que no existen infracciones con respecto a éstos, entrar a considerar los motivos de casación de fondo. Por lo que no considera esta Sala que exista colisión entre los referidos artículos y en tal sentido la Sala de Casación Social realizó una interpretación errónea del texto constitucional.

Sin embargo, en el caso bajo examen la Sala de Casación Social no resolvió los motivos de casación de forma, para entrar directamente a conocer los motivos de casación de fondo, con lo cual violentó el artículo 257 constitucional, ya que la legitimidad de las partes configura una formalidad esencial del proceso, de lo contrario se pondría en juego la seguridad jurídica, al interponerse acciones entre cualesquiera partes, incluso entre las que no se afirman titulares del derecho reclamado.

El fundamento de esta sentencia número 1930 luce erróneo. La afirmación se basa en que la SCS ha considerado la inversión del recurso para asuntos referidos a los vicios de la sentencia. En los casos de indefensión, no hay inversión, porque el efecto de una denuncia de violación al debido proceso involucra una reposición; en cambio, la nulidad de la sentencia tiene como efecto, el reenvío. Por eso, la SC no hace esa importante distinción y sostiene que no es posible invertir el orden del

⁴⁴ Estas normas se han convertido en el resorte bajo cuya utilización se pretende justificar la injerencia de la Sala Constitucional en asuntos que no entrañan interpretación de normas o principios constitucionales.

recurso porque la SCS habría dejado de pronunciarse sobre un alegato. Si esto fuese cierto, entonces estaríamos ante el vicio de incongruencia, que tiene como efecto la nulidad de la sentencia y el reenvío; mientras, que el razonamiento de la SC se refiere a un supuesto de violación al debido proceso. Veamos cómo razona la SC en su referida decisión número 1930:

Esta Sala observa que, en el presente caso la parte recurrente negó su condición de demandado y alegó en todas las instancias del proceso la falta de legitimidad tanto de la parte actora como de ella, como parte demandada, ya que mal podía ser Plinio Musso padre de la accionante, si legalmente, su padre era otra persona, cuyo reconocimiento seguía siendo válido. Siendo así, mal podría Delia del Carmen Chirinos afirmarse hija de Plinio Musso y poder hacer declaraciones de derecho en su contra, si legítimamente aparecía como hija de Antonio Chirinos, a quien no se le impugna tal condición, por lo que la Sala de Casación Social, al no pronunciarse en su sentencia, en relación a dichos alegatos lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución.

El error de la SC sube de tono, pues la SCS en la sentencia de fecha 3 de mayo de 2000 sí decidió el alegato que, según la SC, no fue examinado. Lo curioso del asunto es que la decisión de la SCS (“anulada” por la Constitucional) resolvió la cuestión de la legitimación *ad causam* en su correcta calificación de infracción de ley, lo cual no fue (ni pudo ser) planteado en el recurso de forma al respecto.

En efecto, la “anulada” sentencia de la Sala de Casación Social⁴⁵ decidió el asunto de la legitimación sobre la base de dos razones. En primer lugar, que la actora sí tenía cualidad para proponer la demanda. En segundo lugar, porque opera una presunción contra el demandado “por no someterse a las pruebas de exámenes y experticias hematológicas y heredo-biológicas previstas en el artículo 210 del Código Civil” y que ello sí puede desvirtuar el efecto de los documentos públicos. Esto independientemente de que haya o no acertado la SCS, no es materia de

⁴⁵ Véase decisión en www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/93-030500-98012.htm. [Consulta: 16, julio 2003].

interpretación de la SC porque no se trata de interpretación de normas o principios constitucionales. Por eso, la decisión de la SC (N° 1930, 14.07.03) es inútil, porque si en verdad “anuló” la decisión de la Sala de Casación Social, ésta, al decidir nuevamente, tendría que llegar a la misma conclusión⁴⁶.

6. Fronteras del carácter vinculante

La delimitación del sector de la sentencia constitucional que tiene carácter vinculante requiere de algunas precisiones. Con este propósito se utilizan dos ejemplos, ambos referidos a las limitaciones impuestas por la SC a la libertad de expresión. Son ellos la sentencia número 1013 de fecha 12-06-01 (caso: *Elías Santana y Asociación Civil Queremos Elegir*) y la sentencia número 1942 del 15-07-03 (caso: *Rafael Chavero*).

En el primer ejemplo (caso: *Elías Santana*) a la SC se le somete una acción de amparo por cuanto el señor Elías Santana en su propio nombre y a nombre, de la Asociación Civil Queremos Elegir, solicita el derecho de réplica para contestar al Presidente de la República lo que consideró unas ofensas proferidas en el programa *Aló Presidente*.

Posteriormente la decisión que se comenta (número 1013) asevera que va a interpretar los artículos 57 y 58 de la Constitución y que la interpretación será vinculante. En otras palabras, la decisión tenía que centrarse a lo que constituía su *thema decidendum*; y la motivación dirigida a servir de soporte del tema a decidir, es lo que tiene carácter vinculante. Sin embargo, no se hizo así. Nuestra Sala Constitucional, en uso y en ejercicio de una ampliación discutible de sus competencias, interpretó que toda la motivación es vinculante, llegando incluso a atribuirle tal carácter a las motivaciones marginales o innecesarias.

Ante la ausencia de razones argumentativas, en la sentencia número 1013 (caso: *Elías Santana*), la Sala apeló al uso de un lenguaje indefinido, vago y lleno de ambigüedad, tal y como se puede observar en el párrafo que se anota a continuación:

Resulta un abuso de los medios, que contraría la libertad de información, emitir conceptos negativos o críticos sobre ideas,

⁴⁶ Véase *supra* N° 8 donde se exponen otros ejemplos sobre las decisiones de la SC que desvirtúan el sentido de la jurisprudencia de la SCS.

pensamientos, juicios, sentencias, etc., sin señalar en qué consiste lo criticado, impidiéndole a las personas que tienen el derecho a informarse, enterarse de qué es lo deleznable. De igual entidad abusiva es acuñar frases con lugares comunes, tales como que una actitud es funesta, una idea un exabrupto o una locura, sin exponer cuál es la actitud o la idea criticada, o aislando de un contexto un sector y comentarlo, sin tomar en cuenta el todo donde se insertó lo resaltado, lo que cambia el sentido de lo aislado.

Tan ambiguas frases y el uso de la expresión “etc.” parecieran tener la intención de dejar abierta la posibilidad de agregar sobrentendidos y/o de mostrar que lo que no se mencionó no fue considerado importante. Ante tanta imprecisión, cabe preguntarse: ¿Es posible que un pasaje tan general, ambiguo y cargado de ideas marginales, sirva para mostrar que la sentencia tiene carácter vinculante? Sin duda, el caso que se comenta sirve para mostrar que la SC usa la especulación marginal, como argumento de sus decisiones, acción que les permite que, una vez que sometan a su decisión un punto concreto, puedan juzgar sobre aspectos marginales del *thema decidendum*.

Otro ejemplo de lo señalado lo constituye la decisión número 1942 de fecha 15-07-03 (caso: *Rafael Chavero*). En este caso se plantea una acción de nulidad por inconstitucionalidad en contra de los artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal y luego de hacer uso de especulaciones marginales, la Sala dicta con carácter “vinculante” una serie de microdecisiones que nada tienen que hacer con lo que constituye el tema a decidir.

En efecto, la Sala sostiene lo siguiente:

Se trata no sólo de la protección de las personas en sus valores básicos (honor, reputación, dignidad), sino en la del servicio, a fin que éste no sufra interrupciones debido a estos actos, y siendo el artículo 446, el cual tipifica el delito de injuria, una norma en criterio de esta Sala, ajustada a la vigente Constitución y al Convenio Internacional denunciado, el artículo 447, que protege al funcionario en razón del servicio, de las injurias, es una norma también adecuada a la Constitución, que no infringe los artículos 57 y 58 constitucionales, y así se declara.

Observa la Sala en el accionante una gran preocupación porque las normas que impugna, relativas a los funcionarios públicos, no protegen a otras funciones públicas, que están expuestas al debate público; y que resulta “*amedrentar a los medios y demás expositores*” requerir la prueba de la verdad para las expresiones dirigidas contra estas personas.

Apunta la Sala, que el artículo 58 constitucional, al menos en lo referente a la información que se comunica, otorga el derecho a las personas que la reciben, a obtener información veraz, por lo que mal puede ser una exigencia inconstitucional, el requerir la prueba de la verdad y considerarla insuficiente para el respeto de la libertad de expresión en los asuntos públicos.

Un resultado de la necesidad de la información veraz puede considerarse el artículo 290 del Código Orgánico Procesal Penal, que genera responsabilidades para quien impute públicamente un hecho cuya investigación no concluye algún resultado.

Si se analizan los párrafos anteriores, se observa claramente que la tesis que se emplea se hace con el fin de decidir que a los funcionarios públicos no se les pueden formular críticas severas que pueden poner en entredicho su honor. Esto quiere decir, *tout court*, que se impone una limitante al ejercicio de la libertad de expresión. Esta materia no representaría dudas si no fuese por las circunstancias en las cuales se debaten los asuntos políticos en la actualidad.

La referida decisión número 1942 junto con la número 1013 (caso: *Elias Santana*) constituyen un modo de interpretación constitucional, motivado por la necesidad política de limitar el ejercicio de las libertades ciudadanas. Por ello, tales fundamentos no pueden constituirse un precedente judicial “vinculante”, por entrañar una limitación o restricción a las libertades democráticas.

7. Limitaciones de la labor interpretativa y las competencias de las Salas

La SC, en sentencia N° 1309 de fecha 19 de julio de 2001 (caso: *Hermann Escarrá*)⁴⁷, señaló las pautas que debía seguir el juez en su labor

⁴⁷ www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1309-190701-01-1362.htm. [Consultada: 24, julio 2001]. Esta decisión contiene las reflexiones siguientes:

El carácter tópico o retórico de la nueva teoría de la interpretación permite constatar, sin dificultades, que el problema de los límites de los derechos fundamentales y del posible conflicto entre éstos (libertad contractual / protección al consumidor, libertad de expresión / protección al honor, pacta sunt servanda / rebus sic stantibus, libertad de expresión / derecho de réplica, favor libertatis / favor Constitutione, por ejemplo), requiere la identificación del criterio con que deba resolverse el problema según el proyecto axiológico de la Constitución, aparte el reconocimiento de la diferencia entre la teoría normativa de la interpretación y sus variantes ideológicas (J. Wróblewski, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 57 y ss.).

Como la interpretación está condicionada material e ideológicamente, una teoría descriptiva de ella es algo muy distinto de las ideologías interpretativas. Para aproximarnos a un tratamiento lo más objetivamente posible del asunto, es necesario hacer una teoría normativa de la interpretación jurídica y de sus métodos. Ello significa que una tal teoría normativa ofrece opciones hermenéuticas que la decisión política maneja para decidir.

Aunque haya una tipología consistente de esas opciones, la dimensión política (la opción por la mejor teoría política immanente al sistema como dice Dworkin) del escogimiento es un compromiso pragmático y axiológico. Los intereses y los valores forjan la decisión dentro de su marco de posibilidades técnicas y es necesario hacer valer buenas razones para justificarla. En el juego hermenéutico, por supuesto, la ideología es importante, pese a que la oportunidad de poder juzgar y el juego de fuerzas que opera

tras el conflicto, restringe el impacto del elemento ideológico. Por eso, hablar de interpretación estática (segura y predictiva) o dinámica (variable y progresiva) tendientes, respectivamente, a la seguridad y a la justicia, no forma parte de la teoría normativa de la interpretación sino de una teoría ideológica de la función judicial.

Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione). En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual la formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ella, como dice Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (Reine Rechtslehre, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

de interpretación para producir decisiones, destacándose que cada una de ellas debía observar y seguir los principios que inspiran el ordenamiento jurídico definido por la Constitución y los valores del Estado Social de Derecho y de Justicia.

La sentencia citada pone el énfasis en que “el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política” y hace referencia al proyecto axiológico de la Constitución. Sugiere que la interpretación debe comprometerse con este proyecto. Esto merece dos comentarios. En primer lugar, el proyecto que subyace detrás de la Constitución es con el Estado Social de Derecho y no, como parece, con el proyecto político de la Quinta República. En segundo lugar, la presencia de la ideología en la interpretación constitucional es, desde luego, un rasgo importante. Sin embargo, nuestra SC no decide, en la práctica, asuntos ideológicos sino políticos y, a veces, asuntos de interés mercantil⁴⁸. Tendrían que deslastrarse los Magistrados de sus “ideologías”, variopintas, al momento de sentenciar para privilegiar el fortalecimiento de los derechos fundamentales, y no restringirlos como ha sucedido hasta ahora. Esa limitación a los derechos fundamentales no obedece a razones ideológicas sino políticas. El compromiso interpretativo, no obstante, es con la Constitución y no con el partido de gobierno, cualquiera que sea.

En sintonía con lo señalado en el párrafo que antecede debemos invocar la opinión de John Hart Ely, quien predica la tesis según la cual los jueces constitucionales no tienen que imponer valores (ideologías o proyectos, agregamos nosotros) sino evitar las discriminaciones contra las minorías y que la Corte Americana debe actuar según principios⁴⁹. Por eso, es necesario que las minorías reciban protección para eliminar los obstáculos a su participación política⁵⁰. En relación con los valores del juez, seña-

⁴⁸ Por ejemplo, caso Distribuidora Samtronic C.A. contra sentencia de la SPA de fecha 25-03-2003. Obsérvese que este asunto, entre particulares, le tomó a la SC menos de dos meses para anular, gracias a una revisión constitucional, una decisión de otra Sala. Véase igualmente la decisión sobre la solicitud de aclaratoria y ampliación en la decisión N° 1348 de fecha 27-05-03. Este caso es asunto entre particulares, fue decidido en tiempo récord, pese a que no envolvía un problema real de interpretación constitucional. Tampoco reviste este caso ningún aspecto ideológico.

⁴⁹ Cfr: Ely, John Hart: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980, Cap. 3, pp. 43-72.

⁵⁰ *Ibid.*, Cap. 6, p. 135.

la Ely lo siguiente: “La idea de que el juez, al aplicar la Constitución, debería utilizar sus propios valores para medir el juicio de las ramas políticas es una metodología que rara vez se suscribe en estos términos”⁵¹.

Por consiguiente, si la labor interpretativa está perfectamente definida, resulta evidente que todo lo que escapa de estos límites puede generar usurpación de funciones. Y si la Constitución establece normas claras sobre las competencias de las Salas que integran el TSJ, no hay duda de que las competencias atribuidas a las SC y SPA están delimitadas sabiamente a los fines de la organización judicial, del debido proceso y del sano y prudente equilibrio que requiere la administración y el tratamiento de las materias respectivas.

En la práctica, lo señalado supone que la definición y delimitación jurisdiccional debe estar determinada por el acatamiento del principio de la competencia y por el cumplimiento de la legalidad, sobre manera cuando los órganos que deben actuar tienen la misma jerarquía.

De acuerdo con lo señalado, la potestad revisora de la SC tiene sus límites en la potestad interpretativa y en la facultad revisora. Como se dijo en parte anterior de este trabajo, una de ellas es su propia facultad para decidir la solicitud, la cual debe ser atendida sin entrar a conocer los elementos de hecho que se interpongan en los fallos, sino en virtud de la aplicación de los principios constitucionales y de los lineamientos que se deben seguir. De esta manera se respetan las esferas de competencias y de la autoridad, se evita la llamada “invasión” a otras Salas y se respeta la competencia del juez natural, tal y como lo señala la Constitución en su artículo 49 que postula el derecho de todo justiciable a ser juzgado por su juez natural.

8. Observación adicional sobre los límites de la labor interpretativa y la doctrina de la deferencia.

Pese a una posible interpretación sesgada del texto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004, la facultad interpretativa de la Sala Constitucional, a no dudar, debe limitarse a las normas y/o principios constitucionales. En materias distintas a la señalada se debe privilegiar la interpretación que haga la Sala afín a la materia objeto de

⁵¹ *Ibid.*, Cap. 3, p. 44.

interpretación. Así, por ejemplo, cuando se trata de los principios orientadores del derecho laboral, debe concederse deferencia a la interpretación que haga la Sala de Casación Social.

La doctrina de la deferencia es de inspiración anglosajona y se refiere a la condescendencia que debe concedérsele a la interpretación que haga el ente [administrativo] “cuyo acto es revisado”⁵². Si trasladamos este concepto al sistema venezolano podríamos sostener, como hemos señalado, que la Sala Constitucional debe conceder deferencia a las interpretaciones que formule la Sala de Casación Social en relación con las interpretaciones de reglas y principios laborales⁵³.

Encontramos un ejemplo en la interpretación del principio de la realidad sobre las formas, el cual es entendido por la SC en sentido opuesto a cómo lo entiende la SCS. Así, en sentencia N° 430 de fecha 14-03-08 (caso: *Seguros Nuevo Mundo*) la SC afirmó que dicho principio opera sólo cuando beneficia al trabajador. La SCS, en cambio, tiene una visión más amplia, ya que entiende que este principio opera en beneficio de la verdad, independientemente de si esa verdad respalda al trabajador o al empleador⁵⁴. Este criterio lo expone de la manera siguiente:

La actividad del Juez laboral se encuentra orientada por el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias (artículo 89.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el cual no se circunscribe únicamente, a reducir las brechas y desventajas entre los medios y condiciones del trabajador frente al empleador, sino

⁵² Hernando Díaz Candia: *La doctrina de la deferencia en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes*. En: Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Luis H. Farías Mata. Caracas, UCAB, 2006, T. I, p. 237 y En: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 338, Buenos Aires, 2006, p. 71 y ss. Igualmente véase, Bianchi, Alberto: *El control judicial de la administración pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*. En: El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías, Madrid, Civitas, 2003, T. II, p. 2.265.

⁵³ Véase igualmente Bianchi, Alberto: *El control judicial de la administración pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*. En: El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Madrid, Civitas, 2003, T. II, p. 2265.

⁵⁴ Véase igualmente sentencia N° 1021 del 01-07-2008 (caso: Gilberto Correa) y N° 1308 del 05-08-2008 (caso: Miguel Ángel Landa). En la primera (Gilberto Correa) se utilizó el principio en contra del actor; y en la segunda (Miguel Ángel Landa) en su beneficio.

que comprende, además, la búsqueda y establecimiento de la verdad como fin próximo del proceso. En tal sentido, el Juez debe indagar y establecer la verdad material de los hechos, para lo cual cuenta con amplias facultades legales, tal y como se desprende de la interpretación armónica de los artículos 2, 5 y 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Desde luego que si la verdad obra en beneficio del empleador, no podría el juez apartarse de ella y torcer el principio para desdoblar la justicia y la verdad.

Para demostrar la necesidad de que la SC limite su tarea interpretativa a las normas y/o principios constitucionales, además del reseñado caso de Seguros Nuevo Mundo, podemos añadir otro ejemplo. Se trata de la sentencia N° 1854 de fecha 28-11-08 (caso: *Oracle de Venezuela*) en la cual la SC consideró nuevamente que el principio de la realidad sobre las formas *ex* artículo 89.1 de la Constitución sólo opera en beneficio del trabajador. En este caso, el actor laboró para la empresa *Oracle* en territorio venezolano durante el tiempo necesario para obtener la visa de los Estados Unidos de América, el cual, según reportan las decisiones de las instancias, fue inferior a siete meses. Posteriormente el actor fue trasladado a la ciudad de Miami. El asunto se refiere a determinar

(...) si la legislación laboral venezolana debe aplicarse a toda la relación de trabajo, que duró desde el día 1° de junio de 1999 hasta el 15 de octubre de 2004, como lo alegó [su] representado durante todo el juicio; o si sólo debía aplicarse al segmento de la relación laboral que el trabajador cumplió en la República Bolivariana de Venezuela, entre el 1° de junio de 1999 y el 1° de enero de 2000, como lo alegó la contraparte.

Al decidir el caso reseñado en el párrafo que antecede, la SCS estimó que al actor sólo se aplicaba la ley venezolana por el tiempo laborado en territorio nacional, por cuanto el tiempo transcurrido en Venezuela fue el necesario para gestionar la visa de los Estados Unidos de América⁵⁵.

⁵⁵ La sentencia de la SCS de fecha 26-02-08, lo expone así: “A la conclusión referida llega el Juzgador de alzada como consecuencia de la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, puesto que la condición estipulada en la oferta de trabajo referida al necesario recibo de la aceptación a la misma en las oficinas de ORACLE CORPORATION, en los

Siendo así el asunto, es conveniente referirnos a cada uno de los pronunciamientos que formuló la SC para “anular” la decisión de la SCS. Estos fundamentos se refieren a lo siguiente:

- 1) La omisión en la que habría incurrido la SCS al no descender al fondo de la controversia para verificar si se produjo o no la errónea interpretación del artículo 10 de la LOT.
- 2) La omisión de la SCS al no aplicar las decisiones N° 377/2004 (caso: *Frederick Plata*, N° 1099/2005 (caso: *Enrique Emilio Álvarez Centeno*), y N° 1792/2005 (caso: *Samuel Enrique Leal Perozo*) que según la SC se refieren a “casos similares” y, por consiguiente, la SCS habría infringido sus propios precedentes judiciales”.
- 3) La violación del principio de igualdad.
- 4) La violación del principio de confianza legítima.
- 5) La supuesta violación del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, “al ignorar el carácter de orden público que ostentan las disposiciones protectoras contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo”.
- 6) La violación del principio de la congruencia y del principio de la realidad sobre las formas, al no advertir que el Juzgado

Estados Unidos de América, es una formalidad que se vio rebasada por la realidad, constituida por la efectiva prestación del servicio en las oficinas de ORACLE DE VENEZUELA, C.A., así como por el pago de la debida contraprestación. Por otra parte y también derivado de la aplicación del referido principio constitucional, el sentenciador concluye que no resulta aplicable la legislación venezolana al caso bajo estudio, sino durante el período laborado en el país, por cuanto evidenció del análisis probatorio que la voluntad de las partes, contenida en la oferta de trabajo y en la aceptación a ésta, fue la celebración de un contrato de trabajo que, por la naturaleza del cargo a desempeñar, Director de Impuestos de la Corporación a nivel de Latino América, acarrea la prestación del servicio personal fuera de Venezuela, lo cual debió haber sido comprendido a cabalidad por el demandante, pues ejerce la profesión de abogado. Es por ello que, en virtud de la oferta de trabajo realizada, así como de las funciones que en razón del cargo debía desempeñar el actor, la prestación del servicio debía realizarse en el exterior y si bien éste realizó labores en Venezuela, al comenzar la relación de trabajo, fue únicamente mientras se realizaban los trámites necesarios para la obtención de los documentos necesarios para trabajar en Estados Unidos de América, siendo durante este lapso, únicamente, que la Ley Orgánica del Trabajo reguló dicha relación, no pudiendo extenderse su territorialidad mas (sic) allá del mismo”.

Superior, “además de incurrir en el vicio de incongruencia, interpretó erróneamente *el principio de la realidad sobre las formas*”.

7) Igualmente la SC “delata el error cometido por la Sala de Casación Social al señalar que el fallo recurrido en casación por el hoy peticionario fue dictado el 5 de febrero de 2007, cuando en realidad fue dictado el 15 de marzo de 2007, y publicado en extenso el 30 del mismo mes y año, por el Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas”. Es decir, la SC denuncia que la SCS incurrió en un *lapsus calami*.

En vista de que, según la SC, los Magistrados de la SCS habrían cometido la infracción de prácticamente todos los principios que fundamentan el derecho laboral y del derecho procesal laboral, así como graves errores *in iudicando*, y no habrían tenido el cuidado de identificar el fallo objeto del recurso de casación, lo cual, desde luego, constituye una manera de describir un supuesto error inexcusable al que se contrae el artículo 5, numeral 4 de la LOTSJ, conviene comentar a continuación uno tras uno los reseñados pronunciamientos de la SC.

1) La SC entendió que la SCS “no efectuó el debido análisis sobre la posible errónea interpretación del artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo”, y que, además, la SCS ha debido “descender al fondo de la controversia, a fin de verificar si se produjo o no la infracción alegada”, tal como sucedió en anteriores oportunidades, que bajo los mismos supuestos, dio lugar a declarar nula o a casar el fallo recurrido en casación”.

En relación con este pronunciamiento, debemos señalar que la SC, al no ser especialista en materia de casación laboral, hace una aseveración reñida con las reglas que gobiernan los motivos de casación, específicamente los errores *in iudicando*. En efecto, la SC afirma que la SCS ha debido descender al fondo para determinar si se cometió o no la infracción alegada. Resulta que el mecanismo es al revés de como lo afirma la SC, es decir, primero se determina si hay o no una infracción de forma o fondo y, de ser procedente, se desciende al fondo. En nuestro sistema de casación sólo es posible descender al fondo para determinar los errores de hecho en casos excep-

cionales, pero en los supuestos de errores *in iudicando* a secas, como el que alude la SC, no es posible descender al fondo para luego determinar la infracción. Se trata de un claro error conceptual que comete la SC por inmiscuirse en espacios que no son de su especialidad.

2) En adición a lo anterior, la SC opina que la SCS no aplicó los precedentes de las decisiones 377/2004, 1099/2005 y 1792/2005 decidió casos similares y no aplicó dichos criterios. Sin embargo, no demuestra la semejanza fáctica entre dichos casos. Ciertamente que hay similitud abstracta en relación con la cuestión de derecho entre el caso “revisado” y aquéllos decididos en las aludidas decisiones, pero no existe tal identidad en relación con los hechos concretos entre estos distintos casos. En verdad, aquí el actor sólo estuvo en Venezuela el tiempo requerido para gestionar la visa y en esto hay una diferencia sustancial percibida por los jueces que cumplieron con la oralidad e inmediatez. Ahora bien, resulta irónico que la SC señala que la SCS no aplicó las sentencias mencionadas, pero si se lee detenidamente la decisión que se anula, se observa que sí aplicó la sentencia N° 1792, pero interpretada de acuerdo con los patrones conceptuales que la llevaron a establecer sus criterios. Y el holding de la decisión de la SCS es el siguiente: *“Es por ello que, en virtud de la oferta de trabajo realizada, así como de las funciones que en razón del cargo debía desempeñar el actor, la prestación del servicio debía realizarse en el exterior; y si bien éste realizó labores en Venezuela, al comenzar la relación de trabajo, fue únicamente mientras se realizaban los trámites necesarios para la obtención de los documentos necesarios para trabajar en Estados Unidos de América, siendo durante este lapso, únicamente, que la Ley Orgánica del Trabajo reguló dicha relación, no pudiendo extenderse su territorialidad más allá del mismo”*. Entonces la SCS sí fue consistente y coherente con sus doctrinas.

3) Al aplicar sus doctrinas, como queda señalado en el párrafo que antecede, de manera consistente, lejos de violar el principio de igualdad, como lo afirma la SC, lo aplicó acertadamente.

4) En relación con la supuesta infracción del principio de la confianza legítima, la decisión de la SC merece los comenta-

rios siguientes. En primer lugar, la decisión hace un uso exagerado del argumento de autoridad, pues copia largos párrafos de la sentencia de la propia Sala N° 3057/2004, sin extraer resumidamente los hechos fundamentales del caso decidido en esa decisión. Desde luego que, en estos casos, sería suficiente con simplemente resaltar el holding que se quiera aplicar. Además en materia de precedentes quien pretende decidir su infracción, debe demostrar, a partir del pormenorizado examen del cuadro fáctico, si existe o no la identidad entre los casos.

Más todavía, la SC invoca su decisión N° 2191/2006 (y esta vez sí indica el *holding*) para señalar que los justiciables tienen la expectativa de que las situaciones procesales sean consistentes, “sin que caprichosamente se estén modificando” pero el asunto sometido a su decisión no era de derecho procesal sino de derecho sustantivo. A esto se añade, como quedó señalado, que no hay identidad fáctica entre el caso decidido por la SCS y los que invoca la SC para fundamentar la supuesta violación del principio de la confianza legítima.

5) En lo que atañe a la supuesta violación del “principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales y del orden público” la SC argumenta que la SCS ignoró “el carácter de orden público que ostentan las disposiciones protectoras contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo”. Desde luego que es obvio que los Magistrados de la SCS no pueden ignorar el carácter de orden público de dicha ley porque semejante afirmación de la SC resulta inverosímil, lo que no merece más comentarios.

6) En relación con la interpretación del principio de la realidad sobre las formas, la mejor doctrina⁵⁶ aclara este asunto cuando señala que los principios protectores, es decir, el principio de irrenunciabilidad, el de la continuidad del contrato y el de no discriminación, sólo pueden ser invocados por el trabajador. Los demás principios, como primacía de la realidad, razonabilidad y buena fe, pueden ser invocados por ambas

⁵⁶ Plá Rodríguez, Américo: *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Despalma, 1998, p. 40.

partes de la relación laboral⁵⁷. Las palabras de Plá Rodríguez son lapidarias cuando expone que el trabajador no puede ampararse en lo formal para fulminar la verdad de los hechos⁵⁸. En todo caso, en Venezuela si el principio es violado por los jueces del fondo, tal pronunciamiento es controlable en casación. Así, por ejemplo, si el juez de instancia declara como laboral una relación que es abiertamente mercantil, tal pronunciamiento tiene control en casación bajo el planteamiento casacional del *test de laboralidad*.

Siendo así el asunto, la SC debería conceder deferencia a la interpretación que haga la SCS, puesto que está integrada por Magistrados que tienen al derecho laboral como objeto cotidiano de su agenda jurisdiccional. El conocimiento que tienen del caso que permite a los Magistrados respetar el principio constitucional de la oralidad, así como la inmediación y la concentración, puesto que formulan preguntas en la oportunidad de llevar a cabo la audiencia oral en sede de casación. La SC, al contrario, sin atender a estos principios y, desde luego, sin ejercer la faena cotidiana del derecho laboral, no debe señalar al especialista la manera de entender la materia de su especialidad.

9. La definición del precedente laboral

En la definición del precedente laboral son aplicables las mismas reglas usadas en la delimitación del precedente constitucional. En efecto, el precedente laboral responde a dos modalidades de acuerdo con la visión maximalista y la minimalista. El primero supone que del caso contrato se extrae una regla abstracta. Y el segundo requiere la identidad fáctica entre el caso que estableció el precedente y aquel en el cual se desea aplicar el mismo⁵⁹. En nuestro medio se ha desarrollado el concepto de precedente con mucha ambigüedad, como lo expusimos *supra* 8.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ Así lo expone Plá Rodríguez: “En la búsqueda de la verdad real –que es lo que inspira el principio de primacía de la realidad– cualquiera de las partes puede invocar la verdad verdadera frente a los aspectos formales que la desfiguren. El trabajador no puede invocar lo formal para contrarrestar el argumento derivado de la verdad de los hechos. O mejor dicho, si lo llega a hacer, el empleador podrá invocar este principio de primacía de la realidad para hacer prevalecer la verdad sobre la apariencia, el formalismo o la ficción” (*Ídem*).

⁵⁹ Es de advertir que este tema ha sido utilizado indiscriminadamente por la SC y es difícil determinar cuándo estamos ante un precedente vinculante.

Un sector de la doctrina nacional formula críticas al carácter vinculante u obligatorio para los jueces de instancia del precedente laboral, por cuanto constituye un obstáculo a la independencia de los jueces⁶⁰. Esta doctrina demuestra, con ejemplos, cómo decisiones dictadas sin ajustarse al precedente han sido el punto de partida de un nuevo precedente e, incluso, de una reforma legal. Por eso pensamos que el juez puede separarse del precedente, siempre y cuando exponga sólidas razones que así lo justifiquen.

El precedente laboral descubre un nuevo motivo de casación, por infracción del mismo, por falta de aplicación, falsa aplicación o errónea interpretación. En adición, de consagrarse el motivo genérico de casación, como lo recoge el artículo 489-A de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes⁶¹, entonces el motivo sería por infracción a secas del precedente.

10. La opinión dominante y el precedente

Resulta ahora interesante hacer referencia a la noción de la opinión dominante y su relación con la fuerza vinculante del precedente. En efecto, ésta no es la opinión de “los que mandan” como algunos irónicamente lo piensan del precedente constitucional.

Aunque el concepto de opinión dominante puede generar controversias, como acertadamente lo plantea la doctrina⁶², en este trabajo, y para simplificar el tema, vamos a equiparar opinión dominante con opinión mayoritaria de la doctrina. Además, en el caso de que un reconocido autor consigne aisladamente su opinión sobre un tema poco tratado o solo tratado por él, se podría también considerar como dominante a esta opinión.

La opinión dominante de los jueces, reflejada en sus decisiones, se equipara a la noción de jurisprudencia dominante. Es posible que ambas nociones, doctrina dominante y jurisprudencia dominante, o precedente,

⁶⁰ Véase Hernández Álvarez, Oscar: *Anotaciones sobre el carácter vinculante de la doctrina de la Sala de Casación Social*. En: Derecho del trabajo y derecho de la seguridad social: Normas laborales, decisiones judiciales y Estudios. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, serie normativa N° 7, 2006, pp. 451-464.

⁶¹ Así como la sentencia de la SCS N° 2200 de fecha 1.11.07.

⁶² Puigpelat Martí, Francesca: *Funciones y Justificaciones de la Opinión Dominante en el Discurso Jurídico*. Barcelona, Bosch, 1994, pp. 15-32.

según el caso, se encuentren en conflicto pero también pueden coincidir, pues no son excluyentes.

Simplificado el asunto al equiparar la opinión dominante con opinión mayoritaria, tendríamos que este concepto nos lleva a sostener que invocar la opinión dominante es apelar al argumento de autoridad. Y es sabido que esta modalidad argumentativa, tan frecuente en el foro venezolano, suele conducir a la falacia de autoridad, al pretender aplicar la opinión de algún autor (o de la jurisprudencia) a un asunto fáctico distinto al examinado por el autor cuya opinión se invoca. De allí que el uso de esta modalidad argumentativa debe ser examinada con detenimiento.

Ya lo hemos visto antes al examinar el caso de la sentencia N° 1854 de fecha 28-11-08 (caso: *Oracle de Venezuela*) en la cual (*supra* N° 8) la SC consideró que el principio de la realidad sobre las formas *ex* artículo 89.1 de la Constitución sólo opera en beneficio del trabajador apartándose del camino señalado por la doctrina dominante en esta materia.

Conclusiones

1. Cuando la SC asume su papel suprajurisdiccional para dictar sentencias normativas, o lo que es lo mismo, cuando se conduce como centro de una jurisdicción normativa⁶³, crea una novedosa manera de aplicar justicia. Ciertamente la “jurisdicción normativa” ejercida y sesgada ilimitadamente, atenta contra el principio de separación de poderes. Por eso, es recomendable limitar la posibilidad de dictar sentencias normativas sólo en aquellos casos en los cuales se encuentren en juego derechos funda-

⁶³ Las denominadas sentencias normativas tienen un tibio antecedente en la sentencia de la SPA de fecha 20-10-1983 (caso: Andrés Velásquez). En: *Gaceta Forense*, 3ª Etapa, N° 122, Vol. I, pp. 166-169. Igualmente en: Jurisprudencia Ramírez & Garay. Caracas, 1983, cuarto trimestre, T. 84, pp. 558-560. Esta sentencia invoca la prudencia en esta delicada materia. Luego, este antecedente se robustece con la sentencia N° 7 de fecha 01-02-2000 (caso: José Amando Mejía), ambas, tanto el caso Andrés Velásquez como esta última, están referidas al amparo constitucional. Sin embargo, jurisdicción normativa adquiere mayor potencia con la sentencia N° 1571 de la SC de fecha 22.08.2001 (caso: ASODEVIPRILARA). En: www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm. [Consultada en varias ocasiones, entre otras, el 29, agosto 2001 y 15, octubre 2003]. De acuerdo con esta decisión, la SC se atribuyó la potestad de dictar, ante la omisión legislativa, normas con carácter provisorio. Para un estudio de esta sentencia, véase, por todos: Rondón de Sansó, Hildegard: *Estudio sobre la Acción Colectiva. Con motivo del análisis crítico de las sentencias de la Sala Constitucional sobre los Créditos Indexados*. Caracas, Edit. Ex Libris, 2003.

mentales. En otras palabras, lo señalado no niega la posibilidad de producir sentencias normativas. Todo lo contrario, se consideran convenientes y necesarias, para casos especiales, específicos y transitorios como, por ejemplo, aquellos donde sea necesario evitar que una omisión legislativa pueda permitir el atropello a un derecho fundamental⁶⁴.

2. La incertidumbre que pudiera surgir en el proceso de producción de sentencias puede obviarse si se toma en cuenta la relación original que existe entre la jerarquía de las fuentes que crean derecho y las formas como éstas deben funcionar. No obstante, el asunto no es fácil, puesto que si se toma en cuenta a la jerarquía de las fuentes, hay que comenzar por aceptar que el documento constitucional que rige al sistema jurídico en nuestro país, posee un lenguaje complejo, lo cual hace más arduo el trabajo interpretativo. Como es conocido, algunas normas y principios constitucionales pueden llegar a tener significados diferentes de acuerdo con la ideología dominante en un momento determinado.

3. Esa situación de superioridad de una Sala, la Constitucional, sobre sus pares es producto de una interpretación *lato sensu* de la normativa jurídica; y, como se señaló antes, altera el ejercicio autónomo que tienen legalmente establecidos las otras Salas del TSJ.

4. Cuando las Salas del TSJ se subordinan a la potestad revisora e ilimitada de la SC, se pierde el sentido del orden jurídico entendido como el complejo de relaciones jurídicas capaces de producir decisiones judiciales argumentadas, previsibles y seguras.

5. La situación planteada también afecta el ejercicio de la magistratura judicial, sobremanera la labor interpretativa, la prudencia y el respeto a los principios de proporcionalidad y racionalidad al momento de decidir.

6. El equilibrio que debe regir al sistema de justicia en venezolano se ha visto alterado por la influencia descollante que ha adquirido la SC y que

⁶⁴ Véase Escudero, Margarita: *Los poderes del juez venezolano sobre las acciones y omisiones inconstitucionales de las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*. Caracas, tesis presentada para optar al título de Doctor en Ciencias, Mención Derecho, en la UCV, septiembre 2003, p. 416. Casal, Jesús María: *La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas*. En: Revista de Derecho Constitucional. Caracas, Edit. Sherwood, N° 4, 2001 pp. 141-187.

ha alterado las competencias definidas constitucionalmente para cada una de las salas. Esto queda demostrado con la reiterada interferencia de la SC sobre la labor que desarrolla la SCS.

7. La interferencia constante en asuntos que competen a la SCS por parte de la SC no es un aporte a la estabilidad institucional. No es posible deducir una facultad ilimitada de la SC de producción de “doctrinas vinculantes”, diga lo que diga la LOTSJ del año 2004, pues ésta no puede estar por encima del principio de colaboración con los fines del Estado que inspiran a nuestro sistema de Derecho.

8. El presente trabajo pretende ser una contribución con el necesario debate sobre la delimitación del concepto de precedente. Ojalá se haya podido lograr.

Derecho Laboral y Migración:
Aproximación a la situación actual
de los trabajadores migrantes y su
protección por el Derecho Internacional
de los Derechos Humanos

*Eunice García Guart**

Nosotros queríamos trabajadores,
pero obtuvimos personas

Max Frisco

Sumario:

Introducción

- 1. El trabajador migrante y el proceso migratorio:** **1.1** *Antecedentes del proceso migratorio.* **1.2** *Concepto y categorías de*

* Universidad Católica Andrés Bello, Abogado. Especialización en Derecho del Trabajo, tesista.

trabajadores migrantes. 1.3 Causas que motivan la migración en la actualidad.

2. Instrumentos internacionales de protección al trabajador migrante: 2.1 Organización Internacional del Trabajo. 2.2 Naciones Unidas. 2.3 En el ámbito regional.

3. Situación actual de los trabajadores migrantes: 3.1 Globalización, desarrollo y migración. 3.2 La vulnerabilidad del trabajador migrante. 3.3 Tendencias actuales.

4. Obligaciones estatales en la determinación de políticas migratorias.

Conclusiones

Introducción

Bien sea por razones políticas o económicas, cada día son más los países que se suman a la lista de “exportadores” de migrantes, mientras que la lista de países “receptores” se reduce. Estos migrantes necesariamente buscarán trabajo en su país receptor para cubrir sus necesidades básicas, pues sea éste su objetivo primario o no, ciertamente todos necesitamos un trabajo que nos garantice las condiciones mínimas de una vida digna.

Según estimaciones recientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cerca de 100 millones de personas, entre trabajadores migrantes y sus familias, residen en la actualidad, legalmente o no, en un país distinto al suyo¹.

Lo preocupante de este fenómeno es que mientras día a día aumenta el número de trabajadores migrantes, en la misma medida aumenta el número de violaciones a los derechos de estos trabajadores. Este fenómeno se debe fundamentalmente al crecimiento proporcional de las migraciones en condiciones de ilegalidad, lo que acarrea que no pocos empleadores decidan contratar a migrantes ilegales para pagar salarios inferiores a los mínimos, pocos o ningún beneficio laboral y, en general, establecer condiciones de trabajo en aumento de la productividad y en desmedro de los derechos de los trabajadores.

¹ Martínez Daniel. Las normas de la OIT sobre migraciones laborales, en *Las migraciones internacionales en América Latina y el Caribe*. Secretaría Permanente de la SELA. Edición N° 65. Mayo-agosto 2002. p. 59

Los trabajadores migratorios, en especial aquellos que se encuentran en situación irregular, generalmente son objeto de un tratamiento hostil debido a su condición de extranjeros y como consecuencia de ello son considerados como un grupo inferior en relación con el resto de los trabajadores legales o nacionales del Estado que se trata².

Sin embargo, los trabajadores migratorios, al igual que el resto de las personas, deberían tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Pero, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas en criterios discriminatorios y colocándolos de esa forma en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto al goce y ejercicio efectivos de estos derechos.

Trataremos en el presente ensayo de aproximarnos al dilema planteado cuando se aborda el tema de las migraciones internacionales, esto es, por un lado, el derecho y el deber de todo Estado de proteger los intereses del mercado de trabajo en atención a sus nacionales, y por otro, el derecho de los trabajadores migrantes a la igualdad de trato, el respeto a la dignidad humana y, en general, al respeto de sus derechos laborales y humanos.

1. El trabajador migrante y el proceso migratorio

1.1 *Antecedentes del proceso migratorio*

La migración, entendida como el desplazamiento geográfico de individuos o grupos generalmente por causas económicas o sociales³, es un fenómeno del cual la historia de la humanidad no ha estado exenta. En efecto, podemos citar como ejemplo arquetípico de migraciones históricas las realizadas durante la colonización de América.

Sin embargo, los estudios que en materia migratoria se han realizado en los últimos años, coinciden en afirmar que es con el inicio de la Segunda Guerra Mundial que inicia la migración de personas como mano de obra

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

³ *Diccionario de la Real Academia Española* en www.rae.es

a distintos países⁴ que, a efectos del presente trabajo, es a lo que intentaremos circunscribirnos.

Durante el período que abarca los años 1945 y 1952, la migración era procedente de Europa; mientras que los países receptores por excelencia eran fundamentalmente los Estados Unidos de América, Argentina, México y Venezuela.

El período que sigue entre 1952 y 1959 indica un cambio significativo en comparación con el período anterior, y marca una tendencia hacia la reducción de la migración hacia Latinoamérica. En efecto, el aumento de la capacidad productiva en Europa exigió de estos países la captación de mano de obra calificada, en consecuencia Alemania, Austria, Bélgica, Francia y el Reino Unido, ya superadas las confrontaciones bélicas de la Segunda Guerra Mundial, pasaron a convertirse en importadores de mano de obra⁵. Como era de esperarse, en este período el flujo migratorio hacia América Latina disminuyó considerablemente.

Para el período que abarca desde 1960 a 1980, la composición de la migración cambió radicalmente, el país receptor por excelencia era Estados Unidos de América, mientras que la migración de trabajadores provenía, fundamentalmente, de América del Sur y del continente asiático.

En la década de los 90, el proceso migratorio se ha manifestado con características propias de la globalización, diferenciándose así de los procesos migratorios anteriores que, en términos generales, respondían a causas derivadas de conflictos bélicos o por razones de carácter político o económico.

Así, las migraciones han ido en un impresionante aumento hasta nuestros días, tanto así que resulta difícil encontrar personas que no tengan algún familiar que haya migrado al extranjero en busca de mejores condiciones de vida, incluso de manera ilegal.

⁴ Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión. Informe VI del Secretario General de Naciones Unidas. En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 2004.

⁵ Informe 2001. *Los Derechos del Trabajador Latinoamericano Agresiones y Desafíos*. Comisión Latinoamericana por los Derechos y Libertades de los Trabajadores y Pueblos.

Lo que en realidad preocupa de este fenómeno es que, por distintas razones, una gran parte de estas migraciones son realizadas de manera ilegal, debido fundamentalmente a las restricciones impuestas por los países receptores que se ven en la obligación de limitar el acceso indiscriminado de extranjeros.

Según una estimación de la OIT, hace diez años ya existían en el mundo unas cien millones (100.000.000) de personas implicadas en la migración internacional, excluidos los refugiados y los que buscan asilo⁶.

Para el año 2004, el número de trabajadores sin autorización legal para trabajar en Estados Unidos se estimó en 6 millones de la fuerza laboral⁷.

Venezuela no escapa de esta realidad. Siendo uno de los principales países receptores de migrantes en los años 50, se ha convertido en uno de los países “exportadores” de migrantes. La Tasa de emigración neta estimada en Venezuela para el 2008 fue de -0,84 migrante(s)/1.000 habitantes⁸, esto significa que el efecto de la migración en Venezuela produjo una disminución de la población de 0,8 personas en promedio anual, por cada mil residentes.

1.2 *Concepto y categorías de Trabajadores Migrantes.*

La complejidad de este tema, tanto en sus características como en sus implicaciones legales, no permite lo que la OIT denomina la “homogenización” en cuanto a conceptos y tipos de migración existente⁹.

Por ejemplo, el trabajador migrante es definido por el Artículo 11 del Convenio N° 97 de la OIT como toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta¹⁰. Mientras que la Convención Internacional sobre la Protección de

⁶ Protección de las categorías de trabajadores más vulnerables, Reunión tripartita de expertos sobre las actividades futuras de la OIT en el campo de las migraciones, OIT, Ginebra, 1997.

⁷ Jeffrey S. Passel, *Undocumented Immigrants, Facts and Figures 1 (2004)*, revisado en www.urban.org/UploadedPDF/10000587_undoc_immigrants_facts.pdf.

⁸ CIA World Factbook, revisado en <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/>.

⁹ Informe 2001. *Los Derechos del Trabajador Latinoamericano Agresiones y Desafíos*. *Supra* nota 5.

¹⁰ Convenio N° 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado) 1949. OIT. Entrada en vigor el 22 de enero de 1952. Ratificado por Venezuela el 9 de junio de 1983.

los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en su artículo 2, define al trabajador migratorio como toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional¹¹.

Sólo en estas dos definiciones podemos observar cómo existen diferencias en cuanto a los elementos que permiten definir al trabajador migrante, pues si bien todas las definiciones concuerdan en que el trabajador para ser considerado como migrante debe prestar sus servicios en un país distinto al de su origen nacional, no es menos cierto que existen algunas inconsistencias con respecto al elemento que define esa prestación de servicios (remuneración o ajeneidad).

Por lo que respecta a la clasificación de los tipos de trabajadores migrantes, existen las más variadas categorías atendiendo, entre otras razones, a las causas que motivaron la migración, a los estudios realizados por el trabajador o a la regularidad del ingreso del trabajador migrante al país de residencia.

A continuación, intentaremos realizar una clasificación que abarque todas las categorías antes citadas.

1.2.1 De acuerdo a la permanencia del migrante en el país receptor o de acogida:

- a) Trabajadores Migrantes permanentes o definitivos, que migran con ánimo de establecerse definitivamente en el país de acogida, generalmente con sus familias.
- b) Trabajadores Migrantes temporales, que migran por un espacio de tiempo determinado en busca de empleo.

1.2.2 De acuerdo a la calificación académica del migrante:

- a) Migrantes altamente calificados, se trata de profesionales y técnicos que, generalmente, forman parte de las políticas de inmigración selectiva que aplican algunos países¹².

¹¹ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Entrada en vigor el 1º de julio de 2003.

¹² Ejemplo de estas políticas de migración selectiva son las aplicadas por países como Canadá y Australia.

- b) Migrantes semicalificados, quienes emigran para ocupar empleos en sectores en que los nacionales se niegan a hacerlo.

1.2.3 De acuerdo a la legalidad en el ingreso del migrante en el país receptor:

- a) Migrantes irregulares, que sin ningún tipo de documentación ingresan a un país buscando empleo.
- b) Migrantes regulares, que ingresan a un país con todos los requisitos y documentación necesaria tanto para su residencia como para su trabajo.

1.2 *Causas que motivan la migración en la actualidad.*

Debido a la diversidad de categorías de migrantes existentes, establecer las causas que originan la migración, no resulta tarea fácil. Como ya advertíamos, en la actualidad la migración no puede asociarse a una causa específica, como anteriormente se asociaba con conflictos bélicos o situaciones económicas determinadas.

Según el informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes en el 61º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los flujos migratorios “se generan como consecuencia de las desigualdades socioeconómicas y de derechos humanos, y son fomentados por la atracción que ejercen los países más desarrollados, como espacio de bienestar, oportunidades y libertades democráticas”¹³.

Esta es la causa fundamental de las migraciones actuales; aunque las razones de la migración son distintas incluso de migrantes provenientes del mismo país y en iguales épocas, la migración como fenómeno mundial no atiende a una situación específica, como lo fue en su momento la Segunda Guerra Mundial.

¹³ Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, de conformidad con la resolución 2004/53 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En los últimos años, son diversas las causas de las migraciones procedentes de Latinoamérica: En Colombia es la violencia generalizada que han creado los paramilitares, la guerrilla y el Ejército Nacional Colombiano en ese país. En Argentina, la agudización de la crisis económica. En Venezuela, factores vinculados a la polarización política.

Sin embargo, más allá de los factores asociados con las realidades políticas, bélicas o económicas, en todos los países latinoamericanos ha disminuido la seguridad en el empleo, bien porque no hay trabajo, o bien porque el empleo y los ingresos son cada día más precarios, lo que contribuye a las migraciones desde estos países¹⁴. A pesar que en muchas ocasiones suele asociarse como causa de la migración a la pobreza, esto no es necesariamente así. Normalmente, el estereotipo del trabajador migrante es un hombre joven en condiciones de pobreza, pero la migración actual, en su mayoría, responde al deseo de superación de clases con niveles socioeconómicos y de educación medios, en búsqueda de mayores y mejores oportunidades que las ofrecidas en su país de origen. No son pocos los casos de estudiantes en países extranjeros que deciden quedarse en los mismos para engrosar las listas de trabajadores migrantes, a consecuencia de las pocas oportunidades de empleo en su país de origen.

2. Instrumentos internacionales de protección al trabajador migrante

2.1 Organización Internacional del Trabajo

La normativa existente para la protección de los trabajadores migrantes establecida con base en los Convenios y Recomendaciones de la OIT, propenden tanto a reglamentar las condiciones de migración como a proteger a este importante sector de los trabajadores¹⁵.

La OIT ha reconocido la especial protección requerida por los trabajadores migrantes desde su constitución. En efecto, no es casual que en el

¹⁴ Ruiz de Santiago, Jaime. Diagnóstico de la realidad de los derechos humanos en América Latina, tendencias y desafíos, en La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI. ACNUR, San José de Costa Rica, 2004. p. 83.

¹⁵ Informe 2001. *Los Derechos del Trabajador Latinoamericano Agresiones y Desafíos*. *Supra* nota 5.

preámbulo de la Constitución de la OIT se señale el interés de esta organización en la protección de los trabajadores ocupados en el extranjero.

Entre los convenios dirigidos específicamente a reglamentar las condiciones de migración se encuentran el Convenio N° 21 sobre la inspección de los emigrantes (1926), el Convenio N° 48 sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes (1935), Convenio N° 97 sobre los trabajadores migrantes (1949) y el Convenio N° 143 sobre los trabajadores migrantes (1975)¹⁶. Adicionalmente, de las recomendaciones específicamente dirigidas a trabajadores migrantes tenemos las Recomendaciones Nos. 61, 62, 86, 100 y 151 sobre los trabajadores migrantes (1939, 1949, 1955 y 1975, respectivamente).

Por otra parte, la OIT ha intentado adoptar distintas normas contenidas en ciertos instrumentos generales que sólo incluyen algunas disposiciones sobre los trabajadores migrantes, a fin de buscar soluciones globales a los problemas con que se enfrentan los mismos. Ejemplo de ellos son la Recomendación N° 26 sobre la protección de las emigrantes a bordo de buques (1939), el Convenio N° 82 sobre política social (1947), el Convenio N° 19 sobre la igualdad de trabajo –accidentes de trabajo– (1925), el Convenio N° 118 sobre la igualdad de trato –seguridad social– (1962), el Convenio N° 157 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social (1982), entre otros.

2.2 Naciones Unidas

El único instrumento de las Naciones Unidas que se refiere directamente a los trabajadores migrantes, es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990.

Esta Convención reconoce y se inspira en los convenios de la OIT, y en muchos casos va más allá de ellos, porque extiende a los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias los derechos que antes se limitaban a las personas que practicaban una migración legal por razones de empleo¹⁷.

¹⁶ Venezuela ha ratificado los Convenios Nos. 21, 97 y 143.

¹⁷ Martínez, Daniel. *Las normas de la OIT sobre Migraciones Laborales*. Supra nota 1. p. 64.

Sin embargo, para el 15 de diciembre de 2002, habían ratificado la Convención o se habían adherido a ella tan sólo 19 Estados, cuando se necesitaban 20 ratificaciones para su entrada en vigor¹⁸. Esto demuestra el poco interés de los Estados en las normas de protección de los trabajadores migrantes, cuando a trece (13) años de su aprobación se logró que este importante instrumento entrara en vigor¹⁹.

En atención a la protección del trabajador migrante, existen otros instrumentos de Naciones Unidas que, aunque no van dirigidos a los trabajadores migrantes de forma específica, consagran una serie de normas para la protección de derechos humanos que generalmente son violados en esta categoría especialmente vulnerable de trabajadores. En este sentido, podemos destacar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

2.3 *En el ámbito regional*

En la mayor parte de las regiones del mundo existen instrumentos e instituciones cuyo objeto es reglamentar la entrada, estancia, trato y salida de los trabajadores no nacionales²⁰.

En América, estos instrumentos son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, el Instrumento Andino de Migración Laboral aprobado por la Comisión del Acuerdo de Cartagena por medio de la Decisión 116 de 1977 y la tarjeta andina de migración que permite facilitar los trámites migratorios dentro de los países de la región andina.

En Europa, se ha desarrollado un importante cuerpo de normas regionales, entre las que destacan el Convenio Europeo para la Protección de

¹⁸ Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión. Informe VI del Secretario General de Naciones Unidas. *Supra* nota 4.

¹⁹ La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que entró en vigor el 1º julio de 2003, hasta la fecha ha sido ratificada por 27 Estados.

²⁰ Martínez, Daniel. *Las normas de la OIT sobre Migraciones Laborales*, *supra* nota 1. p. 65.

los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea con su Protocolo adicional, el Convenio europeo sobre la condición jurídica de los trabajadores migrantes, los acuerdos de Shengen y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

En África, básicamente se encuentran el Tratado de Lagos y el Convenio sobre Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, pero también son relevantes las disposiciones contenidas en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Los países de Asia y el Pacífico aún no han adoptado acuerdos ni establecido instituciones a nivel regional que traten específicamente de los derechos humanos o de los derechos de los migrantes, aunque el tema ha sido tratado por el Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC)²¹.

3. Situación actual de los trabajadores migrantes

3.1 Globalización, Desarrollo y Migración

La globalización, el desarrollo económico y tecnológico y el incremento de la población en los países en desarrollo, así como el impacto cultural y económico de los migrantes en los países de origen y de destino, han redimensionado el fenómeno migratorio como un elemento esencial de las estrategias y políticas de desarrollo²².

En efecto, pareciera que la migración implica una relación de “ganar-ganar” entre los trabajadores migrantes y los países receptores, la empresa en el país receptor gana competitividad, pagando la mitad del salario mínimo, o menos, y exigiendo más horas de trabajo al migrante. Pero también, el trabajador migrante obtiene el empleo que necesita y, con él, una remuneración que puede hasta triplicar lo que obtendría por un trabajo igual en su país de origen, a costa de la violación de sus derechos laborales y humanos²³.

²¹ Martínez, Daniel. *Las normas de la OIT sobre Migraciones Laborales*, supra nota 1. p. 66.

²² Presentación de la Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones a la sexta conferencia regional de migración. San José, Costa Rica 2001.

²³ *Revista Alianza*. N° 8. Septiembre de 2001. San Diego, California, EE.UU.

Es por ello que, aun cuando la globalización es un factor de crecimiento económico, es necesario que dicho crecimiento se acompañe de un conjunto de reglas sustentadas en valores y principios que permitan a aquellos involucrados, reclamar una participación adecuada en la riqueza que ellos legítimamente contribuyeron a generar²⁴.

Si bien la globalización y el avance de los medios de transporte han acelerado las posibilidades migratorias, hay que considerar que sólo una de cada cinco personas en el mundo dispone de una cobertura adecuada en materia de seguridad social²⁵.

Sobre este último punto, vale la pena resaltar lo dispuesto en el recién aprobado Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en el sentido de que éste resalta la urgencia de contar con instrumentos de coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones que garantice los derechos de los trabajadores migrantes u sus familias, protegidos por la Seguridad Social de los diferentes Estados²⁶.

No es admisible que un Estado proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaleciendo de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente²⁷.

Ciertamente existe una obligación del Estado de proteger las fuentes de trabajo de sus nacionales, y el incremento de la mano de obra extranjera

²⁴ Discurso del Director General de la OIT en la reunión tripartita sobre los nuevos contenidos de la Administración Laboral y la modernización de los Ministerios de Trabajo, San José, Costa Rica. Mayo 1997.

²⁵ Peñalba Cordovés, Carmen. *La migración como partner silencioso del desarrollo*. Encuentro Binacional Desarrollo con Equidad: Una mirada desde la migración. Pereira, Colombia del 25 al 27 de noviembre de 2004. p. 13.

²⁶ Ley Aprobatoria del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.122 de fecha 17 de febrero de 2009.

²⁷ *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

barata podría ser considerado como una causal de desempleo de nacionales del Estado del que se trate. Por otra parte, también deben tomarse en cuenta las implicaciones de las migraciones en otros sectores como el de salud y educación. Sin embargo, todo ello no puede llevar al Estado receptor a establecer políticas que violen los derechos de los trabajadores migrantes, regulares o irregulares.

Paradójicamente, no sólo en los países receptores de migrantes sino también en los países de origen, se implementan políticas en desmedro de los derechos de los trabajadores migrantes. En efecto, hay quienes señalan que ciertos países fomentan la emigración, no sólo en tanto toman conciencia de su incapacidad de generar a corto plazo las condiciones económicas y sociales que eleven los niveles y la calidad del empleo; sino también por la importancia que han adquirido las remesas en las economías de esos países. Esto es tan cierto, que las remesas de salvadoreños residentes en los Estados Unidos a su país de origen constituyen el componente más determinante del Producto Nacional Bruto de ese país²⁸.

3.2 *La vulnerabilidad del Trabajador Migrante*

La Relatora Especial de la ONU para los derechos humanos de los/as migrantes, entiende la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes como

(...) la combinación de: a) las diferencias de poder basadas en una estructura en la que el inmigrante se encuentra en un nivel inferior que los nacionales; y de b) el conjunto de elementos culturales que lo justifican, lo que tiene por resultado diversos grados de impunidad en caso de violación de los derechos humanos del migrante. Esta impunidad se convierte por tanto en una indicación empírica de la falta de poder del migrante, igual a su vulnerabilidad²⁹.

Esta situación de vulnerabilidad se debe, entre otras cosas, a las dificultades que enfrentan los migrantes a causa de diferencias de idioma, costumbres, diferencias económicas y sociales, así como los obstáculos

²⁸ Informe 2001. *Los Derechos del Trabajador Latinoamericano Agresiones y Desafíos*. *Supra* nota 5.

²⁹ E/CN.4/2000/82, de 6 de enero de 2000.

que muchos de estos trabajadores enfrentan para regresar a sus Estados de origen³⁰.

Lógicamente, la migración genera en muchos casos choques culturales y genera en los nacionales del país receptor desconfianza y en algunos casos segregación, bien sea por falta de entendimiento de las costumbres del migrante o sencillamente por considerar que su estadía en el país receptor de alguna manera “roba” los puestos de trabajo de los nacionales.

Adicionalmente, las denuncias por la violación de los derechos de los trabajadores migrantes son escasas, bien por miedo a una deportación por su situación de migración irregular o bien porque, como ya hemos explicado anteriormente, el migrante empieza a justificar el trato discriminatorio para su condición de extranjero para obtener beneficios y condiciones de empleo que normalmente no obtendría en su país de origen desempeñando el mismo trabajo.

En este sentido, otro factor a considerar es que las migraciones laborales no se corresponden, necesariamente, con las necesidades del mercado laboral de los distintos países receptores y como consecuencia de ello, muchos migrantes se encuentran atrapados en un país extranjero sin posibilidad real de integrar efectivamente a la sociedad productiva³¹.

Todo ello determina la situación de vulnerabilidad del migrante: Una mano de obra flexible, barata, disciplinada, carente de red social o familiar de apoyo y, por todo ello, atractiva para las empresas, lo que los convierte en blanco fácil de violaciones de derechos humanos fundamentales.

De este modo, para Amnistía Internacional: “ha surgido un discurso hipócrita y peligroso que fomenta el lado productivo del trabajador migrante, al tiempo que niega su condición humana, agravando así su extrema vulnerabilidad”³². Cuestión que el trabajador migrante acepta por la realidad socioeconómica de su país de origen.

³⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000.

³¹ Peñalba Cordovés, Carmen. *La migración como partner silencioso del desarrollo*. Supra nota 25. p. 17.

³² Amnistía Internacional. *Día Internacional del Migrante: Los Migrantes son seres Humanos*. News. Amnesty. 18 de diciembre de 2004.

3.3 *Tendencias actuales*

Cada día son más y peores las violaciones a los derechos humanos de las que son objeto los trabajadores migrantes, a pesar de los compromisos internacionales asumidos por los Estados partes en los distintos instrumentos internacionales de protección de los trabajadores migrantes.

La vulnerabilidad de los trabajadores migrantes deviene en continuas violaciones a sus derechos, para muestra de ello basta sólo con citar algunos de los casos más conocidos:

El secuestro de los pasaportes de los trabajadores por los empleadores y, particularmente en el caso de los trabajadores domésticos, su cautiverio de hecho, constituyen prácticas comunes de explotación, muy semejantes a la esclavitud, que afectan a los trabajadores migrantes³³.

Los abusos de los que son objeto los trabajadores domésticos, se había vuelto tan grave en Kuwait para 1992 que aproximadamente 250 empleados domésticos buscaron refugio en las embajadas de sus países declarando haber sido víctimas de violaciones, abusos y maltratos por parte de sus empleadores³⁴.

Con frecuencia sucede que los grupos de niños migrantes, son detenidos, golpeados y sometidos a abusos sexuales, lo cual contraviene las normas más fundamentales del derecho internacional de derechos humanos³⁵.

En muchos casos se recluta a las mujeres extranjeras para ocupar puestos de recepcionista o encargada de un local, e incluso se las provee de permisos para desarrollar tales trabajos pero, al llegar al país de destino, se encuentran trabajando para el comercio del sexo. Frecuentemente, la confiscación de sus pasaportes, las deudas que debe reintegrar al intermediario que las reclutó, el miedo de ser denunciadas a la policía sumado a la lejanía de sus países, al desconocimiento del idioma y las

³³ Weissbrodt David. *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2002. p. 17.

³⁴ Informe 2001. *Los Derechos del Trabajador Latinoamericano Agresiones y Desafíos*. *Supra* nota 5.

³⁵ Informe 2001. *Los Derechos del Trabajador Latinoamericano Agresiones y Desafíos*. *Supra* nota 5.

costumbres del lugar, hacen que estas mujeres se encuentren en una situación de enorme vulnerabilidad³⁶.

En una preocupante sentencia, la Suprema Corte de Estados Unidos negó a los trabajadores indocumentados despedidos por haber participado en actividades sindicales, el derecho de percibir los salarios que hubieran ganado hasta el momento de la decisión de la Corte, si no hubieran sido despedidos. Con esta decisión se condena su libre asociación en sindicatos, su protección legal contra empleadores que violen sus garantías laborales, a causa de su condición migratoria irregular³⁷.

Ocurre cada vez con más frecuencia que una persona, tras haber recibido la ayuda de un traficante o persona semejante para entrar en un país de manera ilegal³⁸, se vea sometida a una relación de explotación que puede implicar la servidumbre por deudas, la prostitución u otras formas de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud³⁹. Con razón, el tráfico de personas ha sido reconocido por las Naciones Unidas “como el sector criminal con mayor expansión en el mundo”. Alrededor de siete mil millones de dólares anuales reporta este mercado cuyas víctimas en su mayoría son trabajadores migrantes⁴⁰.

Así como éstos, podríamos seguir en una interminable lista de violaciones; sin embargo, lo que se pretende es brindar una visión general de la realidad de casi cien millones de trabajadores migrantes que existen hoy en el mundo.

4. Obligaciones estatales en la determinación de políticas migratorias

La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio⁴¹.

³⁶ Martínez, Daniel. *Las normas de la OIT sobre Migraciones Laborales*. *Supra* nota 1. p. 63.

³⁷ Decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América del 27 de marzo de 2002 en el caso *Hoffman Plastic Compounds vs. NLRB*.

³⁸ Ejemplo de ello son los llamados “coyotes” en la frontera entre México y EE.UU.

³⁹ Weissbrodt David. *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*. *Supra* nota 32.

⁴⁰ Informe 2001. *Los Derechos del Trabajador Latinoamericano Agresiones y Desafíos*. *Supra* nota 5.

⁴¹ *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-18/03. *Supra* nota 26.

En este sentido, las políticas de migraciones internacionales han utilizado para su formulación diferentes tipos de argumentos de base, donde la protección o los derechos de los individuos normalmente han sido concebidos como subordinados a los intereses más amplios de los Estados o de los grupos económicos favorecidos o perjudicados por las migraciones⁴².

Si bien, como ha reconocido Amnistía Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de vigilar sus fronteras, ello no puede hacerse a expensas de los derechos humanos de ninguna persona migrante, con independencia de su condición jurídica⁴³.

De este modo, la condición migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo, pues estos derechos son consecuencia de la relación laboral⁴⁴.

Al derecho está reservado un papel de fundamental importancia para atender a las nuevas necesidades de protección, pues urge situar al ser humano en el centro de las políticas públicas de los Estados y de todo proceso de desarrollo⁴⁵.

Conclusiones

Los derechos humanos y los derechos laborales comparten la característica de irrenunciabilidad y, por ello, tiende a pensarse que todos los derechos en materia laboral son derechos humanos, cuando técnicamente ello no es así. Desde la visión del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho al trabajo es un derecho humano, mas no así los derechos que implican el ejercicio del derecho al trabajo, los cuales deben su irrenunciabilidad al carácter proteccionista del derecho laboral.

⁴² Mármora, Lelio. *La fundamentación de las políticas migratorias internacionales en América Latina*, en Estudios Migratorios Latinoamericanos, N° 10, 1988, Buenos Aires. p. 390.

⁴³ Amnistía Internacional. *Día Internacional del Migrante: Los Migrantes son seres Humanos*. *Supra* nota 31.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03. *Supra* nota 26.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto concurrente del Juez A. Cançado Trindade. *Medidas Provisionales en el caso de los Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana*. Resolución de 18 de agosto de 2000.

El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos irrenunciables por ser trabajador, como consecuencia de su relación laboral, pero además, por el simple hecho de ser persona, es titular de derechos humanos que no pueden ser violentados.

Los derechos laborales surgen a favor de toda persona que realice una actividad subordinada que no habrá de ejercer por su propia cuenta, independientemente de su condición de extranjero o nacional, pues adquiere la condición de trabajador. Sin embargo, el estatus migratorio del extranjero puede ser la base para interminables violaciones de sus derechos laborales y ello a su vez, coloca al trabajador migrante en una situación de vulnerabilidad que lo hace presa fácil de violaciones a sus derechos humanos.

A pesar de los múltiples tratados y convenciones internacionales existentes para la protección de los trabajadores migrantes, las violaciones siguen ocurriendo cada día con mayor fuerza. Esto permite realizar un cuestionamiento a la validez material de dichos instrumentos legales, toda vez que los mismos nunca podrán otorgar una solución real a la problemática que plantea la contratación del migrante que ingresa al Estado receptor en condición de irregularidad o ilegalidad. Ello es así, porque existe una ilegalidad *ab initio* en la forma en que el migrante ingresa al Estado, lo que comporta una limitación formal y material para el Estado en cuestión de proteger la relación laboral.

De esta forma, los Estados receptores deben garantizar los derechos laborales adquiridos por el trabajador migrante irregular, mas no se encuentran en la obligación de garantizar a éstos una relación laboral a futuro ni menos aún la permanencia en su territorio debido a su condición irregular, sin que ello implique un menoscabo de los derechos humanos de los trabajadores migrantes.

Sin embargo, en el fondo, no sólo es necesario tener en cuenta las políticas migratorias que deben aplicar los países receptores de trabajadores migrantes, sino también atender a las necesidades de las personas en su país de origen para evitar la migración, no con el objeto de retener a las personas, sino de ofrecerles una mejor alternativa de vida en su propio país, para lograr así el utópico derecho de las realidades latinoamericanas a no migrar, que no es más que el derecho a no verse en la necesidad de trasladarse a un país distinto al de origen para mantener una sobrevivencia digna.

Requisitos de la apelación en la audiencia oral

*Juan García Vara**

Sumario:

Introducción

- 1. Fases procesales que requieren la forma escrita previa:** 1.1 *Escrito contentivo del libelo de la demanda.* 1.2 *Escrito contentivo de la contestación de la demanda.* 1.3 *Escrito contentivo de la formalización del recurso de casación.* 1.4 *Escrito contentivo del recurso de control de la legalidad.*
- 2. Fases procesales que no requieren la forma escrita.**
- 3. Consideraciones sobre la oralidad en los juicios.**
- 4. Observaciones a ser seguidas en la audiencia oral en la alzada.**
- 5. Criterio de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia sobre el tema:** 5.1 *Contenido parcial de la sentencia.* 5.2 *Consideraciones de orden doctrinal y legislativo.*

Conclusiones

* Juez Superior del Trabajo. **Universidad Central de Venezuela**, *Magister Scientiarum*, Profesor Postgrado. Autor de publicaciones y ensayos. Expositor en congresos, jornadas y talleres en materia laboral.

Introducción

Con este trabajo se pretende destacar la diferencia legal existente en relación con los requisitos que debe cumplir el recurrente para tener acceso a la audiencia en la alzada, en contraposición a los requisitos exigidos a las partes en las otras fases o etapas del juicio, para éstas concurrir a la audiencia preliminar, audiencia de juicio y en las audiencias ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, para sustanciar los respectivos recursos –de casación y de control de la legalidad. En la primera –la alzada– no se requiere o exige la presentación de una forma escrita; en las otras fases sí hay obligación de presentar previamente un escrito, según se trate, aunque la oralidad priva en todas ellas.

En los procesos laborales entre la primera instancia y la Sala existe un determinante influjo de la oralidad sobre la escritura, pero en el Superior este predominio se encuentra reflejado con mayor intensidad o proporción que en las otras fases del juicio laboral, cuando se cumple el procedimiento establecido en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT).

El juicio laboral, actualmente, es un proceso mixto –parte oral y parte escrita–, pero se impone predominantemente la oralidad, y esa oralidad se materializa con mayor énfasis en la audiencia de alzada.

Se precisa que para intervenir en el Superior, fungiendo éste como alzada, no se requiere la presentación previa –ni posterior– de un escrito que contenga una pretensión o los fundamentos de la apelación.

En tal sentido, considerando las diferentes fases de un proceso laboral –sustanciación, mediación y ejecución; juicio; alzada; recurso de casación; y, recurso de control de la legalidad– encontramos que a excepción de la fase que se cumple en el juzgado superior –actuando éste como segunda instancia–, en todas se requiere –exigencia formal– un escrito para acceder a ellas. Veamos.

1. Fases procesales que requieren la forma escrita previa

El proceso laboral está integrado por una primera instancia que se cumple en los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución y en los Tribunales de Juicio, una segunda instancia a cargo de los Tribunales Superiores y, para concluir, las actuaciones en la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

En el proceso laboral, la normativa adjetiva exige para algunas actuaciones en juicio ciertos requisitos que deben constar en forma escrita.

Para iniciar un juicio en materia del trabajo se requiere la presentación de un escrito llamado libelo de demanda –Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución–; para tener lugar, en principio, a la audiencia de juicio es indispensable presentar un escrito de contestación de la demanda –Tribunal de Juicio–; para intervenir como recurrente ejerciendo un recurso de casación, es imprescindible presentar un escrito de formalización del recurso –Sala de Casación Social–; por último, para solicitar un recurso de control de la legalidad se debe presentar el escrito correspondiente –Sala de Casación Social– aunque dicho escrito se consigna por ante el juzgado superior que dictó el fallo del cual se recurre, para que éste lo envíe a la Sala, formando parte de las actas procesales.

Si no consta el respectivo escrito previo, no se podrá llevar a cabo la audiencia respectiva.

1.1 *Escrito contentivo del libelo de demanda*

Así tenemos que todo juicio del trabajo debe iniciarse mediante un libelo de demanda que se presenta en forma escrita –no es posible que un Tribunal del Trabajo inicie un juicio de oficio–, a los fines de su admisión por el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución, para lo cual el accionante –demandante o actor– debe cumplir con los requisitos previstos por el legislador¹, que señalan que “Toda demanda que se intente ante un Tribunal del Trabajo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución se presentará por escrito”.

Esta exigencia –la escritura– también abarca la presentación de la demandada en forma oral², porque el Juez, oída la exposición del reclamante, ha de reducirla a escrito para su admisión, con lo cual se mantiene el requisito que el libelo conste de manera escrita.

¹ *Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT)*, Artículo 123.

² *LOPT*, Art. 123, Parágrafo Único.

Si el libelo no llenare los requisitos de Ley y conforme el contenido de la disposición adjetiva correspondiente³, quien acciona estuviera obligado a una corrección, ésta también deberá presentarse en forma escrita.

En resumen, las demandas en esta materia, se presentan por el demandante en forma escrita; no siendo permitido tampoco –no le está dado– al Tribunal del Trabajo, como se indicara en precedencia, instruir por su cuenta el inicio de una demanda.

Este es el presupuesto preparatorio o precedente para que se pueda iniciar un proceso de naturaleza laboral, es decir, siguiendo el procedimiento previsto por el legislador en la LOPT. Esta exigencia laboral no exime a la parte actora que adicionalmente exponga, de manera oral, sus pretensiones cuando se da inicio a la audiencia de juicio.

1.2 *Escrito contentivo de la contestación de la demanda*

En cuanto a la actividad a cumplirse en el Tribunal de Juicio, también la disposición adjetiva correspondiente⁴ exige la utilización de la forma escrita, cuando sienta como obligación para el demandado que debe “consignar por escrito la contestación de la demanda”.

En ambos casos –escrito contentivo del libelo de la demanda y escrito contentivo de la contestación de la demanda– no queda excluida por dichos escritos, la obligación de la exposición oral en la fase de la audiencia de juicio⁵ –al inicio–, sólo que la escritura es un requisito esencial –una exigencia formal–, impuesta por el legislador. Por ello, si no hay demanda escrita no hay inicio del juicio; si no hay contestación escrita se termina el proceso.

1.3 *Escrito contentivo de la formalización del recurso de casación*

Las actuaciones en la Sala de Casación Social del TSJ también están marcadas por este requisito de la escritura.

Si la comparecencia a la audiencia en la Sala es por un recurso de casación, debemos anunciar por escrito el recurso por ante el Tribunal

³ LOPT, Artículo 124.

⁴ LOPT, Art. 135

⁵ LOPT, Artículo 152.

Superior⁶ y presentar tempestivamente por ante la Sala, el escrito conteniendo los términos de la formalización⁷, lo que no excluye la obligación del recurrente en casación de comparecer a la audiencia oral y exponer oralmente su pretensión⁸. Si el recurrente en casación no formaliza por escrito no hay recurso de casación, se entiende perezido⁹; pero si formaliza y luego no comparece a exponer oralmente en la audiencia, se entiende desistido el recurso de casación¹⁰.

No se trata, como fue en el pasado, una secuencia de actuaciones mediante la presentación de escritos –formalización, contestación, réplica y contrarréplica–, sino un único escrito obligatorio –formalización o también denominado escrito razonado– y otro de orden potestativo –argumentos para contradecir la formalización–, pero estableciendo el legislador, en ambos casos, limitaciones de extensión¹¹. Adicionalmente, y como requisito de formalidad, contempla la normativa exposiciones orales en la audiencia ante la Sala; ahora hay actuaciones escritas y actuaciones orales.

1.4 *Escrito contentivo del recurso de control de la legalidad*

Si la presencia en la Sala se debe al ejercicio del recurso de control de la legalidad, debemos solicitar el recurso por ante el Tribunal Superior que dictó el fallo contra el cual se recurre, presentando el escrito contentivo del recurso de control de la legalidad¹², lo que no exime la obligación del recurrente en control de la legalidad de exponer oralmente su pretensión en la audiencia ante la Sala. Si no presenta solicitud escrita en el Juzgado Superior no hay recurso de control de la legalidad; si presenta el escrito contentivo del recurso de control de la legalidad y luego no comparece a la audiencia oral en la Sala, se entiende desistido el recurso, porque estas audiencias se tramitan en los mismos términos establecidos para el recurso de casación, esto es, escrito y exposición oral.

⁶ LOPT, Artículo 169.

⁷ LOPT, Artículo 171.

⁸ LOPT, Artículo 173.

⁹ LOPT, Artículo 171.

¹⁰ LOPT, Artículo 173.

¹¹ LOPT, Artículos 171 y 172.

¹² LOPT, Artículo 178.

2. Fases procesales que no requieren la forma escrita

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en su Exposición de Motivos, en relación con el procedimiento a seguir en la segunda instancia, contempla que dicha audiencia se llevará a cabo “*oralmente* en todos sus estados”, que es el propio Tribunal Superior quien “fijará el día y la hora de la celebración de la *audiencia oral*”, para culminar señalando que el recurrente deberá acudir a la audiencia oral “para *formular sus alegaciones*”, las cuales, claro está, deberán exponerse oralmente.

De esta manera, resulta indubitable la intención del legislador de exigir en la segunda instancia en los procesos laborales una actividad procesal ceñida, apegada en todo a la oralidad, como principio que orienta e identifica el nuevo derecho procesal del trabajo¹³, donde la escritura no tiene cabida como forma primaria, sino como un corolario; en todo caso, de lo que ha de alegarse oralmente. En esta fase ante el juzgado superior, la escritura no puede sustituir el mandato de hacer la exposición en forma oral. No se exige ninguna forma escrita previa para comparecer a la audiencia oral en la alzada, como sí ocurre en los casos mencionados en precedencia¹⁴.

Consecuente con lo expuesto arriba, resulta fácil concluir, que el proceso laboral está imbuido del principio de la oralidad, como forma de predominio, no de exclusividad, pero particularmente, por lo que atañe a las actuaciones relativas a la apelación para la audiencia oral, no se requiere ninguna forma escrita previa para acudir a ella y sí se exige la exposición oral que exprese los fundamentos de la apelación.

La exigencia en el Superior es la oralidad (la exposición oral), no la presentación de escritos.

Ahora bien, el hecho que se exija la oralidad como forma de expresarse en las actuaciones en la audiencia de la alzada, no prohíbe que la parte interesada presente, previamente a la audiencia oral, un escrito que contenga los fundamentos sobre los cuales se base el recurso, pero esto no exime al apelante de exponer oralmente los fundamentos de su apela-

¹³ Principio contemplado en la CRBV, artículos 257 y Disposición Transitoria 4.4, y en LOPT, Artículos 2 y 3.

¹⁴ Ver 1.1, 1.2, 1.3 y 1.4.

ción, al extremo que lo que ha de considerar el juez de alzada es el contenido de la exposición oral y no la del escrito que pudo haberse consignado; por esto, la exposición oral no tiene que coincidir necesariamente con el texto del escrito, porque lo que priva es el contenido de la exposición oral.

En efecto, el contexto de un escrito que se acompañe, conteniendo las razones de la apelación, no limita la exposición oral en la audiencia en la alzada, pudiendo coincidir el escrito con la exposición oral, o ajustarse parcialmente a ésta, o ignorarlo al alegar oralmente razones distintas a las reflejadas en el escrito; en suma, lo que debe considerar el Juez para decidir es el contenido de la exposición oral, y lo que debe esperar el apelante que le decidan es lo expuesto oralmente en la audiencia de alzada.

De esta manera, en criterio del autor de este trabajo, no es posible presentar un escrito con el fundamento de la apelación y luego, en la oportunidad de la audiencia oral en la alzada, remitir al juez al escrito cursante a los autos; no, los fundamentos hay que exponerlos oralmente, de viva voz, frente a toda la audiencia.

3. Consideraciones sobre la oralidad en los juicios

Sobre el valor de los escritos y las exposiciones orales en las audiencias se ha pronunciado la Sala Constitucional del TSJ¹⁵, así:

(...) no le es dado a los intervinientes presentar escritos (...) siendo las audiencias orales las únicas oportunidades para exponer lo que crean conveniente. (...)

(...) En consecuencia, a las partes no se les recibirá argumentos, ni pedimentos escritos siendo la audiencia oral la única oportunidad para exponer.

Las actuaciones en los procesos orales que se ventilan en las Salas Constitucional y de Casación Social se llevan a cabo en forma oral, no

¹⁵ Sentencia de fecha 12 de mayo de 2003, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, expediente N° 03-0817, sentencia N° 1090, caso José Benigno Rojas Lovera y otro.

siendo suficiente a las partes presentar únicamente escritos con los alegatos que deben exponerse verbalmente.

En materia procesal era frecuente leer y oír el aforismo jurídico consistente en sostener que lo que no estaba en el expediente en forma escrita no estaba en el mundo¹⁶, o como expresó el tratadista y profesor Mauro Capelletti “Inexistencia jurídica de todo acto procesal que no hubiese asumido la forma escrita”¹⁷, porque los juicios se ventilaban antes bajo la modalidad de la escritura total, todo tenía que constar en forma escrita, no aparecía la oralidad, ni siquiera circunstancial o parcialmente.

En nuestro abrogado procedimiento laboral¹⁸, todos los actos eran escritos, hasta la declaración de testigos, pues a pesar que el declarante deponía verbalmente, su dicho se copiaba textualmente en un acta, que era lo que después leía el Juez –al mes, al año, a los seis años–; porque tampoco regía el principio de la inmediatez o inmediación, de hecho, los jueces usualmente no presenciaban los actos de absolución de posiciones juradas –hoy no permitidas–, ni la de los testigos que rendían declaración en el tribunal.

Con la oralidad –que en nuestro proceso alcanza su mayor manifestación en las audiencias –preliminar, juicio y en la alzada– se produce un verdadero cambio, se da al traste con lo que hemos llamado “el litigio a distancia”, se introduce una manera de representación judicial por abogado, donde predomina la forma oral, donde en algunas etapas o fases del juicio prácticamente no se advierten actuaciones escritas de las partes, como sería en las audiencias preliminar y de alzada; de ahí la importancia de la argumentación o requisito de la apelación en la audiencia oral. Es requerimiento del razonamiento o fundamento de la apelación en la alzada, hacerlo de manera oral, no siendo potestativo de las partes intervenir mediante escritos, utilizando la forma escrita de manera absoluta, ni parcialmente. Se hace necesario, vital, emplear la oralidad.

¹⁶ “*quod nom est in actis non est de hoc mundo*”.

¹⁷ *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*.

¹⁸ Seguido por las disposiciones de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo (LOTPT) y del Código de Procedimiento Civil (CPC).

4. Observaciones sugeridas para ser seguidas en la audiencia oral en la alzada

No es posible limitar la intervención oral en la alzada utilizando únicamente frases como: “apelo de lo que no favorece a mi representado”, “apelo de la sentencia por no estar de acuerdo con su contenido”, “solicito se revise todo el fallo de la primera instancia”, o “fundamento la apelación en lo expuesto en el escrito de fecha tal”.

Por eso los abogados que asisten a las audiencias orales deben prepararse muy bien, porque la verdad es lo que percibe el juez, no lo que sabe el abogado si no logra comunicárselo. Para que el Juez pueda captar lo que quiere transmitir el abogado, éste debe venir preparado a la audiencia; estando en ella, no puede comenzar a buscar papeles y estudiarlos para argumentar frente al Juez. Hay que recordar que para la exposición oral en la alzada, el juez superior limita la exposición de las partes a un tiempo determinado, que en casos muy precisos y no frecuentes, puede ser extendido.

Kenney Hegland, había expresado que en el juicio oral no hay que impresionar, la tarea es convencer, concluyendo en su reflexión que convence más señalar hechos que clamar justicia¹⁹. La escritura sirve para comunicarse entre ausentes; los presentes usan la palabra hablada²⁰.

De nuestra experiencia en la alzada se constata o evidencia que los abogados que se encargan de representar intereses en los procesos orales que se siguen por el procedimiento pautado por el legislador en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, no se han capacitado suficientemente, en su mayoría, para su intervención directa en un proceso oral.

Muchos abogados han estudiado exhaustivamente el articulado de la Ley Adjetiva Laboral, han hecho interpretaciones y estudios que han reflejado en diversas obras escritas; pero no se han preparado para los juicios orales.

¹⁹ *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1995, 2ª Edición, pp. 72 y 45, en ese orden.

²⁰ Chiovenda, citado por Humberto Cuenca, *Derecho Procesal Civil*, Caracas 1965, tomo I, p. 244.

Para algunos, los menos por ventura, la oralidad pudiera entenderse como la lectura de un escrito; que lo importante, lo que priva, es la labor intelectual de análisis y valoración de los hechos, que es lo trascendente en toda confrontación de derechos, siendo de interés menor que los juicios se rijan por el principio de la oralidad; que no importa cómo se expresa una posición, lo importante es hacerlo.

Pues bien, estas afirmaciones expresadas *supra*, no pueden, en su contexto general, considerarse como absolutamente inexactas, sólo que de seguir las, como se hacía en el pasado, se traducen en exagerados retardos procesales; cuando se dictaba la sentencia que pretendía imponer justicia, ya era tarde.

En la fase de la segunda instancia como alzada, la oralidad –absoluta en la intervención de terceros y compartida con la escritura en la relación con el juzgador– en una administración de justicia expedita y más apegada a la realidad de los hechos, que la forma escrita.

La escritura permite exponer de manera fría, sin inmutarse, hechos que ciertamente no pertenecen a la realidad o verdad, son mentiras; la exposición oral no puede contener con tanta facilidad una falsedad. De ahí que actualmente se venga imponiendo la oralidad como forma de expresión judicial en todas las jurisdicciones²¹.

La oralidad en la alzada no es una representación teatral, el Juez no debe –no puede– dejarse impresionar por la oratoria del abogado, utilizando éste de la retórica.

Al Juez Superior lo que le interesa oír en la audiencia oral son los hechos o afirmaciones de la sentencia de primera instancia con los que no está de acuerdo el apelante; no con lo que acepta el recurrente o con lo que no formó parte de la controversia. En la primera instancia se hacen recuentos de la relación entre actor y demandado; en la segunda instancia se hace una revisión de los aspectos sobre los cuales no está de acuerdo el que recurre.

Sólo se puede acudir en alzada para pedir oralmente la revisión de lo que no favorece los intereses del mandante o poderdante.

²¹ Artículo 859 CPC.

Pero esa forma oral en la alzada, sin lectura ni presentación de escritos, no puede entenderse como la manifestación mayor de una improvisación, para ir diciendo lo que se le vaya ocurriendo al abogado en el curso de su intervención.

Sostiene Humberto Cuenca: “El proceso oral requiere jueces y abogados de gran capacidad mental, experiencia y preparación jurídica”²².

La intervención debe tener una ilación casi perfecta, puntualizando de manera clara y expresa cada punto o asunto decidido por la primera instancia y con el que no se está de acuerdo, razón de la interposición del recurso. El apelante debe referirse a los aspectos que quiere sean revisados, considerando que las intervenciones individuales –regularmente– están limitadas a un tiempo que no excede de 10 minutos, por eso la claridad y concreción.

La contraparte del apelante –si hace uso de su derecho a intervenir– debe seguir la secuencia desarrollada por el apelante, para contradecir o rechazar cada cuestión esgrimida por el recurrente; debe limitar su intervención oral a exponer para contrarrestar, contradecir, atacar los fundamentos expuestos oralmente por el apelante, reforzar lo acordado por el *a quo*, en favor del derecho que representa. La contraparte del recurrente debe referirse exclusivamente a los fundamentos expuestos por el apelante, dentro del mismo tiempo otorgado al recurrente para la intervención oral.

Si la conducta procesal del apelante en la audiencia oral se circunscribe a lo expuesto en precedencia, esto es, señalar concretamente las cuestiones decididas en el fallo impugnado con las que no está de acuerdo, sin lugar a dudas el juzgador se encuentra obligado a pronunciarse sobre ellas; a decidir conforme a lo fundamentado por el apelante, siempre y cuando esto esté alegado y probado a los autos. Así, el Juez de alzada podrá decidir y pronunciarse sobre cada uno de los temas llevados a su consideración por virtud de la apelación.

²² *Derecho Procesal Civil*, Caracas 1965, Tomo I, p. 243.

5. Criterio de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia sobre el tema

Hemos desarrollado *supra* la importancia de la oralidad en las audiencias en la alzada, al extremo que, con base en la doctrina que surge – incluso– de la Exposición de Motivos de la LOPT, la interpretación que hace la Sala Constitucional del TSJ sobre los argumentos escritos en las audiencias orales²³ y el tratamiento seguido por los Juzgados Superiores²⁴, no hay duda sobre la importancia de la exposición oral en la alzada, privando sobre la forma escrita; pero, recientemente aparece otro criterio –distinto–, surgido de la Sala de Casación Social, donde pareciera que la escritura se impone sobre la oralidad o, dicho en otros términos, la oralidad está supeditada o limitada por lo que se exprese mediante la forma escrita.

5.1 Contenido parcial de la sentencia

En efecto, la Sala, en fallo de fecha 11 de diciembre de 2007²⁵ dispuso que:

En nuestro proceso laboral por mandato del artículo 161 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, *‘la apelación se propondrá en forma escrita ante el Juez de Juicio’*, e igualmente se dispone en el artículo 163 que deberá celebrarse una audiencia oral para resolver la misma. Surgen, entonces, las siguientes interrogantes ¿cuál es la oportunidad que debe ser considerada a los efectos de circunscribir el ámbito de la apelación?, ¿es el momento en que se propone la apelación en forma escrita, o es la ocasión en la que se lleva a cabo la audiencia de apelación?

Considera esta Sala que la oportunidad que definitivamente deberá ser tomada en cuenta para el establecimiento de los puntos sometidos a apelación es el momento en que ésta es propuesta en forma escrita y de allí que sea determinante

²³ Sentencia de fecha 12 de mayo de 2003, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, expediente N° 03-0817, sentencia N° 1090, caso José Benigno Rojas Lovera y otro.

²⁴ Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas.

²⁵ Sentencia N° 2469, expediente AA60-S-2006-001963.

para la aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum* la forma en que sea planteado el recurso; si es de manera genérica, el juez adquirirá pleno conocimiento de la causa, en caso contrario deberá limitar su examen a los aspectos especificados en el escrito de apelación. Ante tal afirmación, conviene profundizar en las razones que la motiven y para ello es necesario comprender el sentido y los límites del principio de la oralidad contenido en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (...).

Como bien puede apreciarse, la oralidad es entendida como un instrumento que permite la efectiva realización de la justicia, el cumplimiento del fin social de la misma y un instituto procesal fundamental porque garantiza el principio de inmediación que a su vez humaniza el proceso, permitiéndole al Juez obtener una percepción directa y clara de los hechos controvertidos y a las partes una mejor defensa de sus derechos e intereses. Tal propósito no puede ser desvirtuado para convertirse en un rigorismo que traiga como consecuencia que todo lo que no sea expresado oralmente carezca de validez y por ende sea ignorado por el juzgador. (...).

Del estudio del presente caso, se evidencia que ambas partes ejercieron el recurso de apelación en forma escrita y genérica, por lo que correspondía a la Juez de Alzada conocer la causa en toda su extensión y no limitarla a los aspectos sobre los cuales manifestaron su inconformidad los recurrentes en la audiencia de apelación. Sin embargo, la Juez consideró que las cuestiones sometidas a su pronunciamiento quedaron expresadas en la audiencia de apelación y sólo en cuanto a ellas profirió su fallo, bajo el entendido que los aspectos restantes al ser decididos por el *a quo* y no ser sometidos a su conocimiento, se encontraban inmutables y con autoridad de cosa juzgada. (...).

5.2 Consideraciones de orden doctrinal y legislativo

La Exposición de Motivos de la Ley Adjetiva y las normas contenidas en dicha Ley, señalan de manera indubitable que la oralidad es el principio fundamental y principal pilar de este nuevo procedimiento en mate-

ria laboral; es el elemento que orienta el proceso del trabajo y, particularmente, el procedimiento. Veamos.

Los términos del fallo fueron considerados en foros y conversaciones con profesores, jueces y litigantes, concluyendo que el criterio expuesto en la sentencia trastoca los principios que orientan el derecho procesal del trabajo, entre los que se mencionan, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), la gratuidad, celeridad, oralidad, immediatez, prioridad de la realidad de los hechos, equidad, rectoría del juez en el proceso (constitucionales), y en la LOPT, la uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, immediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos, equidad, insistiendo que el proceso será oral, breve y contradictorio, para concluir que sólo se admitirán las formas escritas previstas en la LOPT.

La Exposición de Motivos de la LOPT hace alusiones directas a la utilización de la forma oral como forma regular de la sustanciación de un proceso de naturaleza laboral, destacándose que la oralidad, junto con la inmediación y la concentración “son tres de los pilares fundamentales del moderno proceso laboral venezolano”.

El legislador ha querido sustituir en el proceso laboral la forma escrita, imponiendo la oralidad como mecanismo preferente, que priva y orienta estos juicios del trabajo, porque el sistema anterior era “escrito, lento, burocrático y tardío”.

En la propia Exposición de Motivos se señala que “nuestro proceso laboral está caracterizado por ser un proceso excesivamente escrito, lento, pesado, formalista, mediato, oneroso y no provechoso, para nada, a la justicia”, para agregar que “la oralidad permite que los actos procesales se realicen de viva voz” y, sostiene, además, que “la estructura fundamental del proceso laboral, descansa sobre la base del principio de la oralidad”.

Se lee también en la citada Exposición de Motivos que “La oralidad, como principio básico, rige y condiciona todas las actuaciones procedimentales”, para enfatizar de modo terminante y definitivo que “la manera más clara en que se concreta este principio se encuentra en la propia existencia de un proceso oral, *en el que de forma verbal se exponen las alegaciones de las partes*” (cursivas agregadas).

Se aprecia, del mismo modo, en la Exposición de Motivos que “este principio (se viene refiriendo a la oralidad) no consiste tan sólo en que las alegaciones de las partes, las declaraciones de testigos y peritos deban hacerse en forma oral, sino en que también las determinaciones del Tribunal serán dictadas y dadas a conocer oralmente”, para culminar que “El sistema establecido en la Ley, desarrolla el principio de la oralidad a través de la audiencia”.

En otro orden de ideas, la exigencia de la exposición oral de lo pretendido por la respectiva parte, no se traduce en un examen de memoria, ni del llamado caletre, pues se permite, de hecho todos lo usan, un papel “ayuda memoria”, que sirve de orientación o favor al expositor.

Lo que sí se ha logrado, con la exigencia de exponer oralmente en la alzada los fundamentos de la apelación, es que se ha erradicado definitivamente el ejercicio de la profesión desde el bufete o escritorio jurídico, porque para exponer oralmente en la audiencia en la alzada, se requiere que primero el abogado se haya dedicado al estudio y solución del caso, y luego venir a la audiencia oral a explicar su pretensión. Se ha dado al traste con lo que hemos llamado “el litigio a distancia”; no se puede enviar a un abogado que no conoce el caso, para comparecer en la alzada y sólo indicar que el fundamento de su apelación está en la diligencia de apelación.

Ahora bien, si la CRBV establece el principio de oralidad como orientación en los procesos laborales y así lo ratifica el legislador en la LOPT, artículos 2 y 3, no puede privar la escritura.

Ciertamente, en la LOPT se exige la forma escrita para algunas actuaciones: libelo, escrito de pruebas, contestación de la demanda, interposición de la apelación y de recursos, escrito de formalización para el ejercicio del recurso de casación y escrito de solicitud del recurso de control de la legalidad, sentencia, estas formas escritas van acompañadas de la actuación oral, salvo, por ejemplo, la promoción de pruebas o la interposición de recursos; pero en modo alguno exige que la interposición de la apelación para ante el Superior debe incluir en forma escrita los términos o alcance de dicha apelación.

Si para las partes en la alzada la escritura privara sobre la oralidad, el juez también pudiera hacer privar la escritura sobre la oralidad y cambiar incluso los términos del fallo pronunciado en forma oral, lo cual sería –indubitadamente– contrario a derecho, pues la exigencia legal

de la comparecencia el apelante en la audiencia oral es para que de viva voz y en ese momento se enteren –actor y demandado– del dispositivo que luego será reproducido en la sentencia en extenso. La sentencia escrita que contiene además de la parte dispositiva expresada oralmente, la parte motiva sobre los hechos y el derecho, viene a representar la materialización del resultado final del juicio oral, pero lo decidido por el juez se obtiene, en primer lugar, de la exposición oral del dispositivo.

Ahora bien, no compartimos el último criterio de la Sala²⁶, porque de aceptarse, estaría limitando la posibilidad del apelante, que tendría entonces que estampar su diligencia de apelación agregando los puntos que a su decir deben ser modificados por el Superior; no dispondría del tiempo necesario para su evaluación, habida cuenta que de los cinco días que se dan para interponer la apelación, las partes no disponen del primer día siguiente para ver el expediente en el archivo, a veces ni al comienzo del cuarto día, con lo cual, regularmente, el lapso se reduciría para la intención de la sentencia a tres días y medio, para leer la sentencia y establecer los fundamentos de la apelación. Sería más cómodo apelar de todo el fallo, a pesar que sólo se difiera por algún o algunos puntos precisos, porque con ello permitiría al recurrente prepararse para la audiencia en la alzada y agregar todos los demás puntos que no advirtió en los tres días y medio.

Más jurídico y cónsono con los principios sociales del Derecho del Trabajo, tratándose además de un proceso oral, es dejar que el recurrente en la audiencia correspondiente señale de viva voz cuál o cuáles son los puntos que adversa del fallo de la primera instancia. Sostener el criterio expuesto en la sentencia de la Sala equivaldría a pensar y sustentar que al momento de anunciar el recurso de casación, el recurrente debe indicar en su diligencia los motivos de la formalización, con lo cual quedaría inútiles los veinte días otorgados para redactar y presentar el escrito contentivo de los motivos de la formalización del recurso de casación. No fue este el propósito del legislador.

En resumen, reiterando lo expuesto *supra*, pensamos que el recurrente dispone de toda la libertad para presentar en la audiencia de alzada los fundamentos de su apelación, independientemente de lo que haya podido incluir en su diligencia de apelación o por escrito adicional.

²⁶ Sentencia N° 2469, expediente AA60-S-2006-001963.

Conclusiones

1. La Ley Adjetiva Laboral no exige ningún requisito de escritura para interponer el recurso de apelación para ante el Superior y comparecer a la audiencia oral, salvo por lo que se refiere a la manifestación de apelación, estampada tempestivamente, en forma simple, en una diligencia o en un escrito.
2. El legislador con esta forma de interponer el recurso o apelación excluyó requisitos formales y facilitó la revisión de la sentencia del *a quo*; pero en contraposición a esto, los abogados que comparecen a la audiencia oral en el Superior deben extremar su preparación para la exposición oral.
3. Las actuaciones en la alzada se limitan a exposiciones orales de las partes; a señalar de viva voz los fundamentos de la apelación o los alegatos de contradicción de la contraparte, sin presentación de escritos, ni pruebas –como ha establecido el legislador en la Exposición de Motivos de la LOPT²⁷–, salvo en los casos de justificación de incomparecencia a la audiencia preliminar o a la audiencia de juicio, presentando como excusa el caso fortuito o la fuerza mayor o cualquier otro acto asimilable a éstos.

²⁷ “Es de resaltar que ya no se admite ningún tipo de pruebas en segunda instancia, ni siquiera los instrumentos públicos, pues el amplio debate desarrollado en primera instancia no lo justifica”.

El Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional Humanitario

*Ana Cecilia Gerson Anzola**

Sumario:

Introducción

- 1. Carácter protector del derecho del trabajo y del derecho internacional humanitario. Especial referencia al derecho internacional humanitario: 1.1** *Carácter protector del derecho del trabajo y del derecho internacional humanitario.* **1.2** *Especial referencia al derecho internacional humanitario: 1.2.1* Definición del Derecho Internacional Humanitario. **1.2.2** Antecedentes y origen del Derecho Internacional Humanitario. **1.2.3** Principales normas del Derecho Internacional Humanitario dirigidas a la protección de las personas.
- 2. Algunos sujetos de interés común para el derecho del trabajo y para el derecho internacional humanitario: 2.1** *Niños combatientes: 2.1.1* Algunos datos sobre la situación mundial de

* **Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Abogada, Profesora de Derecho del Trabajo y de Sociología Jurídica.**

los niños combatientes. **2.1.2** Principales normas relativas a la participación de los niños en los conflictos armados. **2.2** *Periodistas en conflictos armados*: **2.2.1** Algunos datos sobre la situación de los periodistas que se desempeñan en conflictos armados. **2.2.2.** Principales normas relativas a los periodistas que laboran en conflictos armados.

Conclusiones

Introducción

El Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional Humanitario coinciden en varios aspectos. Uno de ellos es que las normas de ambas ramas del Derecho tienen un carácter protector. En el caso del Derecho del Trabajo, la protección ampara a los trabajadores; y en el caso del Derecho Internacional Humanitario, a las personas que en un conflicto armado, no han participado o han dejado de participar en las hostilidades.

El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho del Trabajo, también coinciden en ocasiones de una manera más específica, en su ámbito personal de aplicación, cuando sujetos en cuyo bienestar está interesado el Derecho del Trabajo, se ven involucrados en un conflicto armado. Además, ambas ramas del Derecho se encuentran muy vinculadas con el Derecho de los Derechos Humanos.

En atención a la importancia que tiene para el Derecho del Trabajo destacar la situación de ciertos trabajadores o sujetos de su protección, involucrados en conflictos armados, y la trascendencia de difundir los principios y normas del Derecho Internacional Humanitario, haremos algunas referencias a los ámbitos de coincidencia señalados, dejando a salvo las diferencias de origen y fines particulares que lógicamente se pueden establecer.

Comenzaremos haciendo referencia al carácter protector del Derecho del Trabajo y del Derecho Internacional Humanitario. Continuaremos con una referencia especial al Derecho Internacional Humanitario, incluyendo su definición, antecedentes y orígenes, así como una reseña de las principales normas que lo integran, orientadas a proteger a las personas. Finalmente, desarrollaremos dos casos específicos, que resultan particularmente relevantes en los hechos para ambas ramas del Derecho, como son los casos de los periodistas y de los niños combatientes.

1. Carácter protector del derecho del trabajo y del derecho internacional humanitario. Especial referencia al derecho internacional humanitario

1.1 *Carácter protector del derecho del trabajo y del derecho internacional humanitario*

El objeto del Derecho del Trabajo es el bienestar del trabajador. Su carácter tuitivo fue inspirado en sus orígenes a partir de la revolución industrial, por los postulados de la justicia social, que destacaron la situación de debilidad en que se encontraba el trabajador, frente a una situación más ventajosa de patrono, en términos de riqueza, prestigio y el poder. Como consecuencia de esa influencia, las normas del Derecho del Trabajo están típicamente dirigidas a proteger al trabajador, con el ánimo de contribuir al establecimiento de un equilibrio entre las partes de la relación laboral, ante la desigualdad que en los hechos, tiende a existir entre ellas.

En el caso del Derecho Internacional Humanitario, su propósito es: “...impedir que las partes en un conflicto armado actúen con una crueldad ciega e implacable, y proporcionar la protección fundamental que los más directamente afectados por el conflicto necesitan, sin que por ello la guerra deje de seguir siendo lo que siempre ha sido: un fenómeno aterrador”. “El Derecho Internacional Humanitario de los conflictos armados no es un fin en sí, sino un medio para lograr un fin: preservar la humanidad ante la realidad de la guerra”. En el entendido de que, esta finalidad del Derecho Internacional Humanitario: “...es secundaria: el primer objetivo debe ser evitar los conflictos armados”¹.

1.2 *Especial referencia al derecho internacional humanitario*

1.2.1 Definición del Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario “es el conjunto de normas cuya finalidad, en tiempo de conflicto armado es, por una parte, proteger a

¹ Kalshoven, Frits y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*. Tercera edición. Traducción en español: Margarita Polo. Buenos Aires, CICR, 2001, pp. 12, 237, 238.

las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades; y, por otra, limitar los métodos y medios de hacer la guerra”².

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) por su parte, define el Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados, como:

(...) las normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitario que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección y protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto³.

El Derecho Internacional Humanitario comprende entonces, el establecimiento de límites a los medios utilizados por los combatientes, normas para proteger ciertos bienes que pueden ser afectados por la guerra y naturalmente, normas para proteger a las personas. Específicamente, a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades.

El Derecho Internacional Humanitario está referido además, a situaciones relacionadas con conflictos armados internacionales o no. El conflicto armado internacional supone la oposición entre las fuerzas armadas de dos Estados, por lo menos. En este concepto se considera incluida, la guerra de liberación nacional. El conflicto armado no internacional consiste en el enfrentamiento en el territorio de un Estado, de las fuerzas armadas regulares con grupos armados identificables, o grupos armados entre sí. Para que un conflicto armado no internacional sea reconocido como tal, es necesario además, que los combates revistan cierta intensidad y se prolonguen durante cierto tiempo⁴.

Otros conceptos distintos son los de disturbios interiores y de tensiones internas. Existen disturbios interiores cuando, sin que exista un

² Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra, autor, 2003, p. 4.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

conflicto armado propiamente dicho, el Estado recurre a la fuerza armada con el objeto de restaurar y mantener el orden público. Las tensiones internas se refieren a una situación en la que sin existir disturbios interiores, se emplea la fuerza armada para restaurar y mantener el orden público⁵.

1.2.2 Antecedentes y origen del Derecho Internacional Humanitario

La naturaleza protectora del Derecho Internacional Humanitario está vinculada, naturalmente, a los hechos que le dieron origen. Los antecedentes del Derecho Internacional Humanitario se sitúan en prácticas que con el correr del tiempo se convirtieron en normas consuetudinarias que, con mayor o menor precisión, establecieron algunas restricciones a las acciones de guerra a lo largo de la historia. Algunos precedentes muy antiguos llaman particularmente la atención, como las leyes de la guerra de Hammurabi, Rey de Babilonia, promulgadas con la intención expresa de “(...) evitar que el fuerte oprima al débil”⁶.

Esas normas consuetudinarias se transformaron luego en derecho convencional. Con relación a esta transformación, existe una institución que tuvo un papel clave: el Comité Internacional de la Cruz Roja. Su origen se debe a que en 1859, un ciudadano suizo en viaje de negocios, llamado Henry Dunant, presencié los miles de soldados muertos y heridos que resultaron de los enfrentamientos entre los ejércitos austriaco y francés en la ciudad de Solferino, ubicada en el norte de Italia. Dunant apremió a los habitantes de la localidad para que atendieran a los heridos, insistiendo en que debían prestar ayuda a todos ellos, independientemente del bando al que pertenecieran.

Al regresar a Suiza, Dunant escribió su obra *Recuerdo de Solferino*, publicada en 1862, en la cual propuso: “la creación en cada país, de sociedades privadas, con personal capacitado para atender a heridos en conflictos bélicos, que colaboraran con los servicios sanitarios militares, que carecían de equipamiento suficiente –y que funcionaran como sociedades de socorro en tiempo de paz–; y que a sus voluntarios y a su

⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Descubra el CICR*. Ginebra, autor, 2002, p. 15.

⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Derecho Internacional (...)*, Op. Cit., p. 9. Kalshoven, Frits y Liesbeth Zegveld, *Restricciones (...)*, Op. Cit., p. 15.

propósito se les protegiera y reconociera mediante un acuerdo internacional”. En 1863, la “Sociedad Ginebrina de Utilidad Pública”, con sede en Ginebra, designó una Comisión para estudiar la manera de materializar las propuestas de Dunant. Esa Comisión fundó el “Comité Internacional de Socorro a los Militares Heridos”, que después se convirtió en el “Comité Internacional de la Cruz Roja”⁷.

En 1864 el Gobierno suizo, por iniciativa de los miembros fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja, convocó una Conferencia Diplomática en la cual se aprobó el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña, que estableció las bases del Derecho Internacional Humanitario. En ese tratado se establecieron normas permanentes y universales dirigidas a proteger a las víctimas de los conflictos⁸.

En la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Viena en el año 1965, se proclamaron los principios fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Este Movimiento está integrado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. En la actualidad, cuenta con aproximadamente 97 millones de voluntarios, colaboradores y personal empleado en 186 países⁹.

1.2.3 Principales normas del Derecho Internacional Humanitario dirigidas a la protección de las personas

Con posterioridad al Convenio de Ginebra de 1864, se realizó una serie de revisiones, convenios y protocolos, entre los que se encuentran los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que comprenden: El Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña

⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Descubra (...), Op. Cit.*, p. 7. Kalshoven, Frits y Liesbeth Zegveld, *Restricciones (...), Op. Cit.*, p. 29 y ss.

⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Descubra (...), Op. Cit.*, p. 7. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Derecho Internacional (...), Op. Cit.*, p. 8. Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja [<http://www.ifrc.org/sp/index.asp>](24.02.09).

⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Descubra (...), Op. Cit.*, p. 8 y ss.

(I Convenio); el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II Convenio); el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III Convenio); y el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio).

En 1977, se dictaron dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, que mejoran la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y no internacionales (Protocolo II).

1.2.3.1 Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña, del 22 de agosto de 1864.

El Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña del 22 de agosto de 1864, incluyó entre sus disposiciones principales, el reconocimiento como neutrales –lo que implica el deber de respeto y protección por los beligerantes– de las ambulancias y hospitales militares, mientras haya en ellos enfermos y heridos; que el personal de los hospitales y ambulancias, incluyendo la intendencia, servicios de sanidad, administración, transporte de heridos, así como los capellanes, gozarán del beneficio de la neutralidad cuando ejerzan sus funciones, y mientras haya heridos que recoger o socorrer; que los militares heridos o enfermos serán recogidos y cuidados, sea cual fuere la nación a la que pertenezcan; y que se adoptará una bandera distintiva y un brazal para las instituciones y personal considerado neutral, que llevarán una cruz roja con fondo blanco: colores de la bandera nacional suiza invertidos (Convenio de Ginebra, 1864: arts. 1, 2, 6 y 7).

Respecto al mencionado emblema de humanidad, en 1929 el Imperio Otomano optó por utilizar la media luna roja en lugar de la cruz roja. Otros Estados hicieron lo mismo, y en 1929 la media luna roja fue reconocida oficialmente, junto con el león y sol rojos que fue usado por Irán, y que no se utiliza en la actualidad¹⁰.

¹⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), (...), *Op. Cit.*, p. 12.

1.2.3.2 Convenios de Ginebra de 1949.

1.2.3.2.1 Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I Convenio).

El Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I Convenio), sustituyó al Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864. Este Convenio de 1949 protege a los heridos y enfermos pertenecientes a las fuerzas armadas y a otros cuerpos combatientes, o a la población que tome espontáneamente las armas, para combatir contra tropas invasoras.

Protege también a las personas que siguen a las fuerzas armadas sin formar realmente parte de ellas, tales como: los miembros civiles de las tripulaciones de aviones militares, los corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan (I Convenio: arts. 13, num. 4 y 59).

El I Convenio en su artículo 12, que se refiere a la protección, trato y asistencia a heridos o enfermos cubiertos por sus disposiciones, establece que las personas en esas condiciones deben ser respetadas y protegidas en todas las circunstancias. Deben ser tratadas y asistidas con humanidad por la Parte en conflicto que las tenga en su poder, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión, las opiniones políticas o en cualquier otro criterio análogo.

Agrega el I Convenio, que está estrictamente prohibido todo atentado contra la vida e integridad de estas personas, en particular matarlas o exterminarlas, torturarlas, efectuar en ellas experimentos biológicos, dejarlas deliberadamente sin atención médica o sin asistencia, o exponerlas a riesgos de contagio o de infección causados con esa finalidad. En caso de ser mujeres, se señala que han de ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo (I Convenio: art. 12).

El I Convenio expresa también que, los heridos y los enfermos de un beligerante caídos en poder del adversario serán prisioneros de guerra y

les serán aplicables las normas del derecho de gentes, relativas a tal condición (I Convenio: art. 14).

El Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I Convenio), establece igualmente el deber de respeto y protección al personal religioso, y al personal sanitario permanente, temporero, y de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja, así como de las demás sociedades de socorro voluntarias (I Convenio: arts. 14 y ss.).

1.2.3.2.2 Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II Convenio).

El Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II Convenio), contiene disposiciones similares al I Convenio, en cuanto a los sujetos protegidos y el contenido de la protección, trato y asistencia, sólo que referidas a las personas, bienes y acciones en el mar (II Convenio: arts. 12, 13, 36 y ss.).

1.2.3.2.3 Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III Convenio).

El Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III Convenio), considera beneficiarios del mismo a personas que caigan en poder del enemigo, que sean miembros pertenecientes a las fuerzas armadas y a otros cuerpos combatientes, y a la población que tome espontáneamente las armas, para combatir contra tropas invasoras, entre otros.

El III Convenio, también protege a personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, de modo similar a los dos Convenios de Ginebra de 1949 citados anteriormente, tales como: los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, correspondientes de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar a un modelo adjunto al Convenio. También define los términos de la protección que se debe brindar a

esos sujetos, que comprende un trato humano en todas las circunstancias (III Convenio: 4, 12 y ss.).

1.2.3.2.4 Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio).

El Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, protege a las personas que en cualquier momento y de la manera que sea, estén en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas.

No se consideran personas protegidas en el sentido del IV Convenio, las personas protegidas por los restantes Convenios de Ginebra de 1949, a los que hemos hecho referencia anteriormente (IV Convenio, art. 4): el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I Convenio), el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II Convenio), y el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III Convenio).

Las personas protegidas por el IV Convenio tienen derecho, entre otras previsiones, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados, en todas las circunstancias. Siempre deben ser tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública.

Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor. Todas las personas protegidas serán tratadas por la Parte en conflicto en cuyo poder estén, con las mismas consideraciones, sin distinción alguna desfavorable, especialmente por lo que atañe a la raza, a la religión o a las opiniones políticas (IV Convenio: art. 27).

1.2.3.2.5 Artículos 2 y 3 de los Convenios de Ginebra de 1949: conflictos armados internacionales y conflictos armados que no sean de índole internacional.

Los Convenios de Ginebra de 1949, son aplicables en caso de conflictos armados internacionales, esto es, en caso de guerra declarada o de cual-

quier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra (I, II, III y IV Convenios de Ginebra: art. 2).

No obstante, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada uno de estos Convenios establece disposiciones mínimas que las Partes en conflicto tendrán la obligación de cumplir, respecto a las personas que no participen directamente en las hostilidades.

Esas disposiciones de protección mínimas, comprenden: 1) las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo; y 2) los heridos y los enfermos será recogidos y asistidos.

Respecto al contenido del numeral 1 que se acaba de citar, se prohíben en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas allí mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados (I, II, III y IV Convenios de Ginebra: art. 3).

1.2.3.3 Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

En 1977, se dictaron dos protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, para mejorar la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y no internacionales: Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), y Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

1.2.3.3.1 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).

El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), comprende dentro de su ámbito de aplicación, a heridos, enfermos y náufragos, personal sanitario y religioso, prisioneros de guerra, y dedica el Título IV, a la población civil (Protocolo I: arts. 8, 9, 43 y ss, 48 y ss).

De acuerdo con el Protocolo I, la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, y para hacer efectiva esta protección, dispone normas que deben observarse en todas las circunstancias, entre las cuales se destacan las siguientes: 1) no serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Se prohíben los actos o amenazas de violencia, cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Las personas civiles gozarán de la protección establecida, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación; 2) se prohíben los ataques indiscriminados y las represalias contra la población civil y personas civiles, así como usarlas para cubrir zonas, objetivos u operaciones militares (Protocolo I: arts. 50 y 51).

El Protocolo I también contiene disposiciones sobre socorros a favor de la población civil y trato a las personas en poder de una parte en conflicto. Dentro del tratamiento de este último tema, el Protocolo I, prevé disposiciones sobre la participación de niños en las hostilidades y sobre los periodistas, que examinaremos con más detenimiento bajo los apartados de este trabajo dedicados a ellos (Protocolo I: arts. 68 y ss., 77 y ss.).

1.2.3.3.2 Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), se aplica a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I (referido a los conflictos armados internacionales). El Protocolo II no se aplica sin embargo, a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de

violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados (Protocolo II: art. 1). A las tensiones internas y conflictos interiores, hicimos referencia en el apartado 1.2.1 de este trabajo.

El Protocolo II contiene disposiciones relativas al trato humano para todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, que establecen garantías fundamentales, como el respeto a su persona, honor, convicciones y prácticas religiosas, su vida, salud e integridad física y mental. Contiene igualmente disposiciones específicas sobre la participación de niños en las hostilidades, que expondremos bajo el apartado correspondiente de este trabajo (Protocolo II: arts. 1, 2 y 4).

2. Algunos sujetos de interés común para el derecho de trabajo y para el derecho internacional humanitario

Como se señaló en la Introducción de este trabajo, además del carácter protector de sus normas, el Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional Humanitario coinciden en el interés común que tienen en ciertos sujetos, respecto a los cuales tomaremos dos casos: el de los niños soldados y el de los periodistas que se desempeñan en áreas de conflicto armado.

2.1 Niños combatientes

2.1.1 Algunos datos sobre la situación mundial de los niños combatientes

El siguiente texto proporciona algunos datos que ilustran el estado de la situación mundial de los niños soldados:

El número de niños involucrados en conflictos armados ha crecido significativamente durante la última década. En el 2001 la OIT estimaba que aproximadamente 300.000 niños estaban sirviendo en unidades armadas alrededor del mundo (120.000 de ellos en África, 120.000 en Asia/Pacífico y 30.000 en América Latina y el Caribe). Aunque muchos de ellos son niños mayores de 15 años, la tendencia ha cambiado a reclutar niños cada vez más pequeños. La presencia de niños luchando tanto en los ejércitos regulares como en los grupos armados de oposición ha salido a la luz pública en el África Sub-Sahariana, primero en el África Occidental y más recientemente en el África Central. Sin embargo, adolescentes y niños han estado involu-

crados en conflictos armados en otras partes del mundo, notablemente durante muchos años en Sri Lanka.

El uso de niños en primera línea de fuego los expone a riesgos de muerte y lesiones graves, principalmente porque ellos se arriesgan más que los adultos. Además del riesgo de heridas y lesiones, su involucramiento en asesinatos y atrocidades refuerza su percepción de que la violencia es algo normal, y les causa traumas severos, lo que dificulta su readaptación a una vida normal. Incluso aquellos niños involucrados en unidades armadas pero que no participan directamente en las hostilidades pierden su educación y otras oportunidades para desarrollar destrezas sociales y económicas, y están expuestos a otros muchos riesgos, incluyendo el SIDA y, en el caso de las niñas, embarazos y maternidad tempranos.

Algunos niños se unen a grupos armados voluntariamente mientras que otras veces se les anima a hacerlo y en otros casos son secuestrados y obligados a reclutarse...

...En algunos países, las niñas han informado unirse a los grupos armados para escapar de la servidumbre doméstica, la violencia en el hogar o el abuso sexual¹¹.

El tema de los niños afectados por los conflictos armados ha generado interés desde hace años, en diferentes instancias internacionales. El tratamiento de este problema, obviamente trasciende el dictado de normas jurídicas que lo regulen, ya que requiere además, la actuación de una compleja serie de factores y acciones, que cooperen si no para eliminar, para reducir al mínimo posible sus graves efectos. No obstante, la normativa que se ha generado en torno al tema, constituye una base importante que atañe e involucra en la actualidad, a diferentes ramas del Derecho, como el Derecho de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional del Trabajo y el Derecho Penal Internacional.

¹¹ *Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, Conflictos armados (niños soldados) [<http://www.ilo.org/ipec/areas/Armedconflict/lang-es/index.htm>](24.02.09)

2.1.2 Principales normas relativas a la participación de los niños en los conflictos armados

2.1.2.1 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).

El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), contiene normas generales sobre los niños afectados por conflictos armados y normas especiales sobre su participación en las hostilidades. Establece en su Título IV “Población civil”, Sección III “Trato a las personas en poder de una parte en conflicto”, Capítulo II “Medidas a favor de las mujeres y los niños”, que los niños serán objeto de protección especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto, también están obligadas a proporcionarles los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón (Protocolo I: art. 77, num. 1).

Con relación a los combatientes, el Protocolo I establece la obligación de las Partes en conflicto, de tomar todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, absteniéndose especialmente de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Si las Partes en conflicto, reclutan personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, procurarán alistar en primer lugar a los de más edad (Protocolo I: art. 76, num. 2).

El Protocolo I también establece, que si en casos excepcionales –no obstante las disposiciones citadas en el párrafo anterior– niños menores de quince años participaran directamente en las hostilidades y cayeran en poder de la Parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por sus disposiciones, sean o no prisioneros de guerra (Protocolo I: art. 76, num. 3).

Si los niños fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares (Protocolo I: art. 76, num. 4). El Protocolo I, prohíbe la ejecución de la pena de muerte impuesta por una infracción cometida con relación al conflicto armado, a personas que en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años (Protocolo I: art. 76, num. 5).

2.1.2.2 Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), también contiene normas sobre los niños y los conflictos armados. En su Título II “Trato humano”, establece que se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten, y particularmente, que los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados, y no se permitirá que participen en las hostilidades. Dispone asimismo, que la protección especial prevista para los niños menores de quince años, seguirá aplicándose a ellos si, no obstante lo dispuesto, han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados (Protocolo II: art. 4, num. 3, lit. “c” y “d”).

2.1.2.3 Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el día 2 de septiembre de 1990.

La Convención sobre los derechos del niño (CDN), establece normas generales sobre los derechos y la protección que se les debe brindar a los niños. La Convención para sus efectos, entiende que niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (CDN: art. 1).

La Convención sobre los derechos del niño, contiene también normas específicas sobre la participación de los niños en los conflictos armados, algunas de las cuales reiteran parte de lo establecido en los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. Establece así, que los Estados partes se comprometen a respetar y velar porque se cumplan las normas del Derecho Internacional Humanitario, que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño; y adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad, no participen en las hostilidades directamente (CDN: art. 38).

La Convención sobre los derechos del niño agrega, que los Estados Partes deben abstenerse de reclutar en las fuerzas armadas, a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan a personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18,

procurarán dar prioridad a los de más edad; y de conformidad con las obligaciones dimanadas del Derecho Internacional Humanitario, de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado (CDN: art. 38).

Los Estados Partes, de acuerdo con la Convención sobre los derechos del niño, deben adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, así como la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o pena crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. La recuperación y reintegración deben llevarse a cabo, en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño (CDN: art. 39).

2.1.2.4 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, en vigor desde el 1º de julio de 2002.

La competencia de la Corte Penal Internacional, comprende los crímenes considerados más graves para la comunidad internacional en su conjunto: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (Estatuto de Roma: art. 5, num. 1).

Este Estatuto considera comprendidos dentro de los crímenes de guerra, el reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, tanto respecto a los conflictos armados internacionales, como aquellos que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de Derecho Internacional (Estatuto de Roma: art. 8, num. 2, lit. “b”, xxvii y lit. “e”, vii).

Cuando los delegados redactaron el Estatuto, acordaron que los términos “utilizar” y “participar” prohibirían, no solamente la participación directa de los niños en combate, sino también su participación activa en actividades militares relacionadas con el combate, como el rastreo, el espionaje, el sabotaje, así como la utilización de niños y niñas como señuelos, correos o en puestos de control militares. Igualmente se pro-

híbe la utilización directa de los niños en funciones de apoyo “directo”, como el transporte de víveres al frente¹².

2.1.2.5 Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), junio de 1999.

Este Convenio de la Organización Internacional del Trabajo establece que todo miembro que lo ratifique, deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.

A los efectos del Convenio 182, el término “niño” designa a toda persona menor de 18 años, al igual que lo define la Convención sobre los Derechos del Niño (Convenio 182: arts. 1 y 2; CDN: art. 1). El Convenio 182 señala los supuestos que considera comprendidos dentro de la expresión “las peores formas de trabajo infantil”, e incluye entre ellos: el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados (Convenio 182: art. 3, lit. “a”, *in fine*).

Sobre el Convenio 182 es importante acotar que, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa, a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión, celebrada en 1998, incluyó la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio y la abolición efectiva del trabajo infantil, entre los principios relativos a los derechos fundamentales, que todos los Miembros de la Organización deben respetar, promover y hacer realidad, independientemente de que hayan ratificado los convenios que los expresan.

2.1.2.6 Resolución 1261 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada el día 25 de agosto de 1999.

Esta Resolución condena el reclutamiento y la utilización de niños en conflictos armados, en violación del Derecho Internacional y exhorta a todas las partes interesadas a que pongan fin a esas prácticas. Insta a los Estados y a todas las partes pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, a intensificar sus esfuerzos para que se ponga fin al recluta-

¹² *Coalition to stop the use of childsoldiers*, [<http://www.whrnet.org/docs/tema-derechotrabajo.html>], (21.03.08).

miento y la utilización de niños en conflictos armados^L, en violación del Derecho Internacional, mediante medidas políticas y de otra naturaleza, y a esos efectos, se fomente que los niños tengan alternativas a la participación en conflictos armados (Resolución 1261: num. 2 y 13).

La Resolución del Consejo de Seguridad insta a los Estados y al sistema de las Naciones Unidas a facilitar el desarme, la desmovilización, la rehabilitación y la reintegración de los niños utilizados como soldados en violación del Derecho Internacional y exhorta, particularmente al Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, al UNICEF, al ACNUR y a los demás organismos competentes del sistema de las Naciones Unidas, a intensificar su labor en ese sentido (Resolución 1261: num. 15).

2.1.2.7 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 25 de mayo de 2000, en vigor desde el día 12 de febrero de 2002.

Este Protocolo fue adoptado, de acuerdo con las consideraciones que el mismo expresa, tomando en cuenta la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y la inclusión entre los crímenes de guerra en conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales, del reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años o su utilización para participar activamente en las hostilidades.

Se consideró además, que un protocolo facultativo de la Convención de los derechos del niño, por el que se eleve la edad mínima para el posible reclutamiento de personas en las fuerzas armadas y su participación en las hostilidades, contribuiría a la aplicación del principio de que el interés superior del niño, ha de ser una consideración primordial en todas las decisiones que le atañen.

Se tomó en cuenta además, que en diciembre de 1995 la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja recomendó, entre otras cosas, que las partes en conflicto tomaran todas las medidas viables para que los niños menores de 18 años no participaran en hostilidades, así como la aprobación unánime, en 1999, del Convenio N° 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, en el que se prohíbe, entre otros aspectos, el

reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.

El Protocolo condena y expresa gran preocupación por el reclutamiento, adiestramiento y utilización, dentro y fuera de las fronteras nacionales, de niños en hostilidades por parte de grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado, reconociendo la responsabilidad de quienes reclutan, adiestran y utilizan niños de este modo.

Este instrumento establece que los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades; y velarán porque no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años (Protocolo facultativo: arts. 1 y 2).

Los Estados Partes elevarán asimismo, la edad mínima contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el numeral 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹³, teniendo en cuenta los principios formulados en esa disposición, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial (Protocolo facultativo: art. 3, num. 1).

Los Estados Partes, de acuerdo con el Protocolo facultativo, que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años, establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que: a) el reclutamiento sea auténticamente voluntario; b) el reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal; c) esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar; y d) esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional (Protocolo facultativo: art. 3).

El Protocolo facultativo, también dispone que los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado, en ninguna circunstancia reclutarán o utilizarán en hostilidades a menores de 18 años. Los Es-

¹³ “Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad”. (CDN: art. 38, num. 3).

tados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar tales prácticas (Protocolo facultativo: art. 4).

Cada Estado Parte deberá adoptar todas las medidas jurídicas, administrativas y de cualquier otra índole, necesarias para garantizar la aplicación efectiva y la vigilancia del cumplimiento efectivo de las disposiciones del Protocolo facultativo, dentro de su jurisdicción; y se compromete a difundir y promover por los medios adecuados, entre adultos y niños por igual, los principios y disposiciones del mismo.

Los Estados Partes adoptarán asimismo, todas las medidas posibles para que las personas que estén bajo su jurisdicción y hayan sido reclutadas o utilizadas en hostilidades en contradicción con lo dispuesto por el Protocolo facultativo, sean desmovilizadas o separadas del servicio de otro modo. De ser necesario, los Estados Partes prestarán a esas personas toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social (Protocolo facultativo, art. 6).

Los Estados Partes deberán cooperar con la aplicación del presente Protocolo facultativo, especialmente en la prevención de cualquier actividad contraria al mismo, y la rehabilitación y reintegración social de las personas que sean víctimas de actos contrarios al Protocolo, mediante la cooperación técnica y la asistencia financiera, entre otras medidas.

La asistencia y cooperación se llevarán a cabo en consulta con los Estados Partes afectados y las organizaciones internacionales pertinentes. Los Estados Partes que estén en condiciones de hacerlo, prestarán la asistencia, mediante programas multilaterales, bilaterales o de otro tipo existentes o, entre otras posibilidades, mediante el establecimiento de un fondo voluntario (Protocolo facultativo: art. 7).

2.2 *Periodistas en conflictos armados*

2.2.1 Algunos datos sobre la situación de los periodistas que se desempeñan en conflictos armados

Según un informe de la Federación Internacional de Periodistas, en un lapso de doce (12) años, entre 1990 y 2002, fueron asesinados 1.192 periodistas y trabajadores de medios, de los cuales el 27% (274) fallecieron en zonas de guerra identificables y el 53% (534) por efecto de la

violencia y el conflicto interno en países donde no existe una guerra abiertamente declarada¹⁴.

El número de periodistas asesinados en 2003 en el mundo, cuarenta y dos, es el más elevado desde 1995 [1]. El reciente conflicto en Irak ha contribuido en gran medida a este balance. Durante la campaña militar, hubo proporcionalmente más víctimas entre los periodistas que en las filas de las fuerzas armadas de la Coalición. Catorce periodistas y colaboradores de medios de comunicación perdieron la vida, dos desaparecieron y unos quince resultaron heridos mientras cumplían su tarea informativa durante la guerra y la posguerra en Irak. Sin olvidar a los periodistas atacados deliberadamente en los territorios ocupados en Oriente Medio, el bombardeo por la OTAN, en 1999, del edificio de la Radiotelevisión del Estado serbio (RTS) en Belgrado o los bombardeos de las oficinas de la cadena de televisión qatari Al-Jazira en Kabul y en Bagdad por el ejército estadounidense¹⁵.

Entre los periodistas, los denominados *freelance* –colaboradores que no forman parte de la nómina–, suelen enfrentarse a un mayor riesgo, debido a que no acceden a la protección ofrecida a los trabajadores de nómina. Cuando los medios utilizan periodistas *freelance*, obtienen noticias a bajo costo, sin proporcionarles normalmente, seguro ni otros beneficios. También suele suceder que los periodistas locales, no cuentan con la protección y los recursos con que disponen los periodistas de las grandes cadenas internacionales.

Los periodistas *freelance* y los periodistas locales, suelen trabajar arriesgándose a quedar sin ingresos si resultan incapacitados o que su familia quede sin recursos si resultan muertos en el ejercicio de su profesión. Las organizaciones interesadas en el tema, promueven que las presta-

¹⁴ Federación Internacional de Periodistas (FIP). *Manual de protección para periodistas*. Bruselas, autor, 2005, p. 121 y ss.

¹⁵ Alexandre Balguy-Gallois: *Protección de los periodistas y de los medios de información en situación de conflicto armado*, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Revista Internacional de la Cruz Roja, número 853, pp. 37-68, [<http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5ZMKBS>](25.02.09).

ciones médicas y de seguridad social, deben amparar equitativamente a los periodistas *freelance*, periodistas de nómina y a todo el equipo¹⁶.

Los sindicatos y las asociaciones de periodistas tienen un papel primordial en la defensa de la seguridad de los periodistas. La Federación Internacional de Periodistas (FIP), es la organización de periodistas más grande del mundo, y desde hace muchos años organiza cursos de seguridad para quienes no trabajan en grandes medios y no tienen acceso al entrenamiento sobre protección que reciben los corresponsales de guerra internacionales, realiza campañas por una mayor seguridad de los periodistas y elaboró un manual de protección para periodistas.

La FIP, junto con otras organizaciones, crearon en el año 2003 el Instituto Internacional para la Seguridad de la Prensa (INSI), que tiene por objeto promover acciones prácticas para mejorar la seguridad y la protección de los periodistas, y empleados de los medios. Promueve la capacitación en seguridad, elabora materiales pedagógicos sobre el tema y brinda asesoría a periodistas y trabajadores de medios¹⁷.

La FIP puede realizar acciones ante la Organización de las Naciones Unidas, para recordar a los gobiernos su responsabilidad en la protección de los periodistas y solicitó a esa Organización, condenar los asesinatos de los trabajadores de medios e insistir en que los gobiernos actúen contra la impunidad, informando sobre los hechos y tomando medidas eficaces para sancionar a los criminales¹⁸.

La situación planteada por las estadísticas sobre muertes de periodistas en escenarios de conflicto armado, dio lugar a que Reporteros sin Fronteras elaborara una “Declaración sobre la seguridad de los periodistas y de los medios de comunicación en situación de conflicto armado”, abierta a la firma el día 20 de enero de 2003. Esa Declaración tiene como objetivo recordar los principios y las normas del Derecho Internacional

¹⁶ Federación Internacional de Periodistas (FIP). *Manual (...), Op. Cit.*, p. iv, 2, 12. DCOMM: En el mundo actual los periodistas se enfrentan a graves peligros, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Revista trabajo, número 47, junio 2003, pp. 19 y ss. [http://www.ilo.org/wow/Articles/lang-es/WCMS_081390/index.html](21.03.08).

¹⁷ Federación Internacional de Periodistas (FIP). *Manual (...), Op. Cit.*, p. iv, 5, 6, 98 y ss. Federación Internacional de Periodistas (FIP) [<http://www.ifj.org/es/pages/libertad-de-prensa-seguridad>](25.02.09).

¹⁸ Federación Internacional de Periodistas (FIP). *Manual (...), Op. Cit.*, p. 98 y ss.

Humanitario que protegen a los periodistas y a los medios informativos en situaciones de conflicto armado, y proponer mejoras del Derecho para adaptarlo a las exigencias actuales¹⁹.

El tema de los periodistas en los conflictos armados por otra parte, no se agota con el problema de los riesgos durante su desempeño en una zona conflictiva, sino que se puede extender al período posterior a la finalización de su labor en esos escenarios, debido al estrés postraumático que algunos profesionales de los medios pueden sufrir y el cual puede llegar a afectar gravemente su desempeño laboral. Por lo que los periodistas afectados, deberían contar con asesoría adecuada y confidencial²⁰.

2.2.2 Principales normas relativas a los periodistas que laboran en conflictos armados

2.2.2.1 I, II y III Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Como señalamos bajo el apartado 1.2.3.2, tres de los Convenios de Ginebra de 1949, identificados como I Convenio, II Convenio y III Convenio, protegen a las personas que siguen a las fuerzas armadas sin formar realmente parte de ellas, incluyendo en tal categoría a los corresponsales de guerra, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan (I Convenio: art. 13, num. 4; II Convenio: art. 13, num. 4, III Convenio: art. 4, lit. "A", num. 4).

2.2.2.2 IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio).

Como se explicó bajo el apartado 1.2.3.2, no se consideran personas protegidas en el sentido del IV Convenio, las personas amparadas por los restantes Convenios de Ginebra de 1949, a los que hemos hecho referencia anteriormente (IV Convenio, art. 4). De modo que cuando los periodistas que laboran en conflictos armados, no asumen la figura de corresponsales de guerra que siguen a las fuerzas armadas, a que se refieren los Convenios de Ginebra I, II y III, quedan protegidos por las

¹⁹ Alexandre Balguy-Gallois: *Protección...*, *Op. Cit.*, p. 37-68.

²⁰ Federación Internacional de Periodistas (FIP). *Manual (...)*, *Op. Cit.*, p. 88 y ss.

disposiciones del IV Convenio, en su condición de personas civiles. Acerca del contenido de la protección que para las personas civiles, prevé el IV Convenio, remitimos a lo explicado bajo el apartado 1.2.3.2 de este trabajo.

2.2.2.3 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).

El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), establece en su Título IV “Población civil”, Sección III “Trato a las personas en poder de una parte en conflicto”, Capítulo III “Periodistas”, que los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado serán considerados personas civiles (Protocolo I: art. 79, num. 1; art. 50, num. 1).

Dispone igualmente, que los periodistas serán protegidos como personas civiles, a condición de que se abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil y sin perjuicio del derecho que asiste a los corresponsales de guerra acreditados ante las fuerzas armadas a gozar del estatuto que les reconoce el III Convenio (Protocolo I: art. 79, num. 2; III Convenio: art. 4, lit. “A”, núm. 4).

Los periodistas, podrán obtener una tarjeta de identidad según el modelo anexo al Protocolo I. Esa tarjeta, que será expedida por el Gobierno del Estado del que sean nacionales o en cuyo territorio residan, o en que se encuentre la agencia de prensa u órgano informativo que emplee sus servicios, acreditará la condición de periodista de su titular (Protocolo I: art. 79, num. 3).

El Protocolo I además, considera como infracciones graves, los actos que se cometan intencionalmente, en violación de sus disposiciones y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud, de personas civiles, y tales infracciones se considerarán crímenes de guerra (Protocolo I, art. 85, num. 3 y 5).

2.2.2.4 Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

Como ya explicamos bajo el apartado 1.2.3.3, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la

protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), se aplica a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I (referido a los conflictos armados internacionales), quedando exceptuadas de la aplicación del Protocolo II, las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores.

De manera que cuando lo periodistas actúan en conflictos armados de índole no internacional (exceptuando las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores), quedarán protegidos por las disposiciones del Protocolo II. Acerca del contenido de la protección que para las personas, prevé el Protocolo II, remitimos a lo explicado bajo el apartado 1.2.3.3 de este trabajo.

2.2.2.5 Propuesta de instrumento internacional específico para los periodistas que actúan en conflictos armados.

Debido al alto número de periodistas muertos en Irak y en otros escenarios bélicos, se ha comenzado a promover la idea de la adopción de un nuevo instrumento, cuyo objeto sería desarrollar el Derecho Internacional Humanitario aplicable a los periodistas y a los medios informativos en períodos de conflicto armado. Tal instrumento podría eventualmente asumir la forma de un acuerdo entre Estados o de un instrumento unilateral de una organización internacional (Naciones Unidas, OTAN, etc.)²¹.

Conclusiones

El Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional Humanitario comparten su condición protectora, que está naturalmente vinculada a su origen, evolución y fines. Ambas ramas del Derecho desarrollaron normas para proteger a personas socialmente débiles, en las relaciones de trabajo y en los conflictos armados, respectivamente. Su afinidad no termina allí, porque obviamente debido a la naturaleza de los intereses que protegen, están estrechamente vinculadas y comprometidas con la protección y realización de derechos humanos fundamentales.

Fuera de lo anterior, en los hechos encuentran áreas de mutuo interés, que se materializan cuando sujetos en cuyo bienestar está interesado el

²¹ Alexandre Balguy-Gallois: *Protección (...), Op. Cit.*, pp. 37-68.

Derecho del Trabajo, se ven involucrados en conflictos armados. En este trabajo hicimos referencia a dos de estos casos, que despiertan especial preocupación en las instancias que trabajan con estas disciplinas jurídicas, como son los casos de los niños combatientes o soldados, y los periodistas que cubren las noticias que se generan en los escenarios de los conflictos armados.

En el caso de los niños que participan en conflictos armados, la situación revelada por las estadísticas y estudios que se han hecho al respecto, es muy grave. Es un tema que ha despertado el interés de diversas instancias internacionales, entre las que se cuentan entre otras, las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Tal preocupación ha generado un importante conjunto de normas específicas, en las que convergen no sólo el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional del Trabajo, sino también el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional.

Entre esas normas se destacan los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención sobre los derechos del niño, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de la OIT, la Resolución 1261 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

Tal como advertimos en el apartado correspondiente, la generación de instrumentos jurídicos sobre el particular, es un paso muy importante que establece las bases jurídicas, pero insuficiente por sí sola para atacar el problema. Se trata de una situación compleja en la que los niños no sólo son forzados a integrarse a cuerpos armados, con toda la gama de abusos que eso implica, sino que también se integran “voluntariamente” huyendo de la servidumbre doméstica, la violencia en el hogar o el abuso sexual en el medio del que provienen.

El tratamiento de la situación por lo demás, no se agota con la prevención del reclutamiento, ni con la desmovilización de los niños soldados, sino que abarca también su recuperación física y psicológica, así como la reintegración social de todo niño que ha sido víctima de los conflictos armados. De tal manera que la normativa existente debe ir necesariamente acompañada de políticas y acciones en diferentes áreas sociales, que permitan minimizar esta condenable situación.

En el caso de los periodistas, se trata de afrontar situaciones de alto riesgo, en la que los profesionales difieren respecto a la protección, entrenamiento y recursos con los que cuentan. Los periodistas *freelance* y los periodistas locales suelen encontrarse en las condiciones más desventajosas.

De modo similar a lo que sucede con los niños combatientes, los problemas derivados de su situación, no termina con la finalización de la cobertura de un conflicto armado, porque muchos periodistas sobrevivientes, quedan significativamente afectados a nivel psicológico, al punto de que esto puede impedirles continuar normalmente con sus vida y sus labores, y deben contar con terapia adecuada y confidencial.

Las acciones y campañas que al efecto realizan las organizaciones y asociaciones de periodistas, entre las que se destaca la labor de la Federación Internacional de Periodistas (FIP), para igualar el acceso de los periodistas y el resto de los trabajadores de los medios, a las mejores condiciones de protección en todos los sentidos, cumple en la actualidad un papel fundamental.

Obviamente, estas acciones se apoyan en la existencia de normas internacionales sobre los periodistas o aplicables a ellos, en su condición de personas civiles, que constituyen una base indispensable para su protección, como los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977. Como vimos, en el caso de los periodistas, se plantea además la adopción de un nuevo instrumento internacional, que desarrolle de manera específica la protección de los periodistas en los conflictos armados.

Las coincidencias en la inspiración de las normas y el interés común respecto a ciertas realidades sociales, entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional Humanitario, los identifica como Derechos que se complementan en la protección de los más vulnerables.

La tercerización y la subcontratación laboral, análisis de su problemática: regulación, deslaboralización o eliminación

*Napoleón Goizueta Herrera**

Sumario:

Introducción

- 1. La regulación del trabajo humano.**
- 2. Nueva realidad de cambios.**
- 3. ¿Cómo abordar esta problemática? 3.1 Posibles vías de solución.**
- 4. ¿Cuál ha sido la forma de regulación tradicional? 4.1 ¿Cuál ha sido la forma de regulación tradicional en Venezuela? 4.2 ¿Cómo ha respondido la normativa constitucional venezolana?**
- 5. ¿Cómo y cuándo llegan las nuevas modalidades de trabajo?**

* **Universidad de Carabobo**, Abogado, Doctor en Derecho, Profesor Titular. **Maestría en Derecho del Trabajo**, Coordinador. *Comisión Coordinadora Doctorado en Ciencias Sociales, mención Estudios del Trabajo*, Miembro. Profesor postgrado. Profesor invitado de varias universidades.

6. **¿Qué se observa en Latinoamérica?** 6.1 *Experiencia de la vía del fortalecimiento legislativo.* 6.2 *Experiencia de eliminación.* 6.3 *Experiencia de disolución.*
7. **¿Cuál es la tendencia de la evolución legislativa en Venezuela?**
8. **¿Cómo aborda nuestra jurisprudencia el régimen de subcontratación?**
9. **¿Cómo lo aborda la Convención Colectiva de Trabajo?**

Conclusión

Introducción

Ha sido una constante la preocupación del Derecho del Trabajo desde su aparición a finales del siglo XIX, la de lograr la protección integral y efectiva del trabajador; este objetivo es el que ha predominado en la legislación, la doctrina, la jurisprudencia laboral, así como en la acción sindical, mediante un proceso evolutivo en donde originariamente las cuestiones fundamentales eran el tiempo de trabajo y el salario, para luego adicionar otras tantas, como por ejemplo, el de la subcontratación e intermediación laboral en su forma tradicional, manifestándose esta importante tendencia a través de diferentes vías, ya sea en los principios que inspiran a esta disciplina laboral (hoy centenaria), como por ejemplo, a través de uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo como lo es el Principio Protector, tuitivo, o garantista, que partiendo de la premisa de que en la relación de trabajo, a diferencia de la relación de naturaleza civil en donde priva el principio de la autonomía de la voluntad y la igualdad de las partes, es una relación entre desiguales, en virtud de que uno de los sujetos es el débil jurídico (trabajador) frente a la otra (empleador), por lo que innova creando una igualdad a través de la norma con el propósito de nivelar a las partes a fin de compensar la debilidad negocial, tal como lo expresan Bronstein y Marín, así como también en su contenido normativo que regula las instituciones laborales que lo integran, a lo cual se adiciona la acción constante y tesonera de algunas instituciones, como lo es por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que reiteradamente ha buscado entre otras, ampliar la protección del trabajador internacionalmente, y hoy en día, el logro del objetivo del trabajo decente, en cuyo contenido se ha incluido la protección de los trabajadores con carencia e insuficiencia de protección como lo es el caso de los trabajadores subcontratados, cuya problemática analizamos en el presente estudio en donde estudiamos las vías o propuestas tendiente a solucionarlas, así como la

tendencia legislativa, jurisprudencial y de la acción sindical a través de la negociación colectiva.

1. La regulación del trabajo humano

Como bien es sabido, el trabajo humano ha sido regulado por el Derecho del Trabajo (hoy denominado clásico o garantista), teniendo como objeto central al trabajo subordinado, dependiente y por cuenta ajena, preferiblemente a tiempo indeterminado, completo, y para un solo empleador, en donde la prestación de servicio personal puede ser realizada en una relación de trabajo bilateral y directa (entre el trabajador y el empleador o patrono), o en una indirecta, a través de las formas tradicionales de intermediación y subcontratación laboral, o en las hoy nuevas formas flexibilizadoras de subcontratación laboral de las denominadas relaciones triangulares, tercerizadas, externalizadas, o de *outsourcing*, que si bien pueden conllevar para el empleador una ventaja competitiva, al disminuir los costos y aumentar la productividad; sin embargo, estas nuevas formas de organizar el trabajo pueden impactar negativamente a los trabajadores tanto en lo individual como en lo colectivo, y en este último aspecto, en relación a la asociación sindical, a la huelga y al mecanismo de la negociación colectiva.

De ahí es que, por ello, siempre ha existido la preocupación en esta disciplina jurídica, que busca ante todo la realización de la justicia social, la de evitar sobre todo en estas últimas relaciones de trabajo indirectas, los abusos sociales en materia de intermediación y subcontratación laboral, no sólo por la posible evasión de normas laborales o de carácter social que conducen a la precarización del empleo, sino también, por la insolvencia del empleador y las diferencias de trato igualitario y discriminatorio entre los trabajadores, que hacen que normalmente estas mismas labores, por lo que sus organizaciones no vean con buenos ojos estas figuras laborales, hasta el punto de que ya el maestro laboralista mexicano De la Cueva (1975), expresaba que “La intermediación ha sido una de las actividades más innobles de la historia, porque es la acción del comerciante cuya mercancía es el trabajo del hombre, para no decir el hombre mismo” y que por ello, la Comisión en ese entonces estudió la conveniencia de suprimir la figura¹.

¹ Mario, De la Cueva. *El Derecho Mexicano del Trabajo*. Tercera Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. 1975, p. 160

2. Nueva realidad de cambios

Ahora bien, la realidad actual nos indica, que desde la década de los noventa del pasado siglo XX, nos encontramos ante un acelerado y complejo proceso de cambios que venía siendo impulsado o motorizado por el sector financiero (hoy en derrumbe), debido a muchos factores que han impactado a la sociedad y en especial al mundo del trabajo (globalización), en donde se hizo presente la denominada reestructuración productiva, la reducción del tamaño de la empresa (el *downseizing*), el cambio organizacional y la flexibilización laboral tanto del mercado de trabajo como del marco regulatorio laboral, en donde la empresa en su transformación productiva, en aras de la búsqueda de la productividad y la competitividad, así como el deseo de reducción de los costos, han implementado nuevas formas de trabajo y de organización, volviendo a su individualización, utilizándose además las ya existentes, pero con mucho más frecuencia que en épocas pasadas; y en donde en ese proceso de reconversión industrial emerge la denominada flexibilidad laboral interna y externa, la descentralización productiva, que tiene diversas peculiaridades, como lo son las que se refieren a las nuevas formas de producción en la denominada sociedad postfordista, así como a la contratación del trabajo humano bien sea en forma directa o indirectamente, y en esta última, la presencia en la empresa de trabajadores propios y de trabajadores de terceras personas, bien mediante la utilización en forma mucho más frecuente de las tradicionales figuras de la subcontratación, y la intermediación, a las que ahora se les adicionan las modalidades de la tercerización, el suministro de trabajo temporal a través de empresas o de cooperativas y otras formas de intermediación laboral, que tienen en común crear una situación de externalización, que nos hace replantear las interrogantes de las desigualdades de beneficios, de la precarización del trabajo, así como el de la responsabilidad y, sobre todo, en la respuesta adecuada y racional de cómo materializar o realizar una defensa adecuada a la problemática planteada, ante la fragmentación de beneficios y responsabilidades entre varios sujetos laborales contractuales, en donde como bien se ha afirmado, no siempre la utilización de estas nuevas formas de trabajo se realizan en fraude a la ley, sino para tratar de contrarrestar las oscilaciones del mercado.

3. ¿Cómo abordar esta problemática?

Al hablar de la esta problemática laboral, en donde se ha hecho presente la flexibilización y la desregulación laboral, las migraciones laborales,

la simulación en fraude a la ley, la reducción de las fronteras del derecho del Trabajo y la carencia o insuficiencia de protección de algunos importantes sectores de trabajadores, se nos ha planteado con mucha insistencia la interrogante de cómo debería abordar el sistema jurídico laboral toda esta problemática.

Recordemos que la legislación laboral ha reconocido como legítimas y ha regulado estas formas tradicionales de relaciones de trabajo indirectas: subcontratación e intermediación laboral, y que aun esta postura se ha reiterado hoy en día con las nuevas modalidades, en donde a pesar del abordamiento por el ordenamiento jurídico laboral en una forma no uniforme en estas nuevas modalidades que son heterogéneas, tal como nos los observa Bronstein (1999)², estas actividades no han estado al margen de la ley, y que si bien es cierto que las nuevas relaciones triangulares de trabajo o de tercerización han sido también cuestionadas dentro del Derecho del Trabajo, sobre todo por los abusos que de ellas se han efectuado, así como por sus efectos precarizadores del trabajo; sin embargo, como ellas son una realidad, y en algunas circunstancias pudieran ser una necesidad para la empresa no sólo para el sector privado, sino también para el público, es por lo que luego del impulso de esa tendencia flexibilizadora y desreguladora, se hace necesario una nueva respuesta del sistema jurídico a la problemática que genera el ya varias veces citado régimen de subcontratación laboral; problemática ésta de la insuficiencia de protección que genera la subcontratación laboral que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha estudiado y trató en el orden del día de las reuniones de la Conferencia 85ª y 86ª (1997 y 1998) en el punto del régimen de subcontratación laboral, abriendo un debate, a fin de lograr reglas generales y comunes en los países que la integran, pero que sin embargo, por falta de consenso no se logró el acuerdo que se pudiera plasmar en la aprobación de un Convenio y una Recomendación sobre la materia, quedando todavía a la presente fecha la realización de estudios a fin de que en un futuro retomar el tema y someterlo nuevamente a discusión; que en igual forma el movimiento sindical ha cuestionado estas modalidades de trabajo por que coadyuvan a precarización del empleo.

² Arturo S. Bronstein. *La Subcontratación Laboral*. OIT. 1999. Cuadernos de Integración Andina. Consejo Consultivo Laboral Andino, p. 12.

3.1 Posibles vías de solución

Por otra parte, como la problemática persiste y el debate se mantiene, y ante esta importante interrogante de lo que debería ser la respuesta del Derecho del Trabajo y en especial de nuestra legislación en el abordamiento de esta problemática de falta o insuficiencia de protección en materia de subcontratación o de tercerización, que vulneran los derechos de los trabajadores, y en especial la estabilidad, condiciones de trabajo, beneficios contractuales, así como la acción sindical, nos podríamos plantear las vías, alternativas o tendencias que en el marco jurídico se pueden observar se plantean o se desarrollan, a fin de corregir estas desviaciones; en tal sentido, nos permitimos señalar las siguientes:

- a) Eliminar y prohibir estas formas precarias de trabajo;
- b) Deslaborizarlas, pero no para regularlas bajo los principios neoliberales de la normativa del derecho común: civil o mercantil; o
- c) Mediante la promulgación de nuevas normas laborales que incorporen mecanismos idóneos que regulen estas formas de contratación precaria, a fin de preservar los derechos de los trabajadores.

Iniciaremos nuestros planteamientos refiriéndonos a la primera alternativa que se ha planteado ante esta grave problemática de precarización del empleo, que con toda seguridad se va a incrementar y a extender aún más por todo el mundo, por la crisis económica mundial debido entre otras, al derrumbe del sector financiero; esta vía gira en torno a la factibilidad y conveniencia de eliminar estas formas o modalidades de trabajo; ya anteriormente nos referíamos por ejemplo a lo dicho por el maestro De la Cueva sobre la conveniencia de suprimir esta figura; así también a que la acción del movimiento sindical tiende en el mismo sentido, al hacer énfasis sobre todo en los aspectos negativos, así como por las falsas fragmentaciones de la empresa que redundan en perjuicio de los trabajadores; pero creemos que en relación a esta posición debemos tener presente que la selección de esta vía si bien encuentra motivos que la pudieran justificar, podría conducir a nuestro parecer, tanto a la limitación a la empresa del como funcionar y de optar por la estructura adecuadas a las nuevas realidades, así como la actividad de organizar el trabajo que lleva implícito el poder de dirección *o ius variandi*, lo cual

conduciría a que la empresa debería realizar por sí misma, el ciento por ciento (100%) de sus actividades, bien sean éstas centrales o complementarias, trátase de labores de tipo eventual u ocasional, o especializadas o dentro de las actividades habituales del empleador.

Por lo que respecta a la segunda alternativa o vía que va encaminada a la deslaborización, pero aclarando que no es la inspirada en el neoliberalismo, sino la impulsada por la economía solidaria, en donde a pesar de que se realiza la actividad trabajo, las personas que la ejecutan, no son consideradas jurídicamente como trabajadoras, por cuanto las relaciones entre los asociados se basan en la autogestión, no persiguen ánimo de lucro y no están sujetas al régimen laboral, como es el caso de las cooperativas u otras formas de trabajo asociado de prestación de servicios o de producción de bienes a terceros, alternativa ésta que a pesar de la importancia del movimiento cooperativista y de los principios que lo inspiran, puede y ha conducido al fraude laboral, en virtud de la proliferación de las seudocooperativas de trabajo asociado que evaden las obligaciones laborales y niegan el ejercicio de la acción sindical, problemática ésta que fue tratada por la OIT en la Recomendación número 193 del año 2002, en donde en el punto 8.1 b) establece que las políticas nacionales deberían “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 seudocooperativas que violan los derechos de los trabajadores, velando porque la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas”.

Y en cuanto a la tercera alternativa, tiene que ver con la promulgación de un nuevo marco regulatorio que esté en concordancia con las nuevas realidades, que proteja a los más vulnerables, a los que más necesitan de protección, bien por carencia o por insuficiencia de ésta, con una nueva normativa laboral que regule estas formas de contratación precaria, lo cual conduciría a la reforma de la legislación vigente, a fin fortalecerla, incorporando mecanismos que corrijan las consecuencias negativas de estas nuevas modalidades laborales para los trabajadores.

En esta tercera posición, se parte del principio del reconocimiento a la empresa de su facultad de organizar el trabajo y, por lo tanto, que la utilización de las formas de subcontratación o tercerización laboral es legítima, con lo cual se facilita el funcionamiento de la actividad productiva, pero a la vez sin caer en rigideces extremas, se incorporan nuevos mecanismos normativos mediante un nuevo régimen de responsabilidad

laboral, que contribuya a corregir las deficiencias del sistema tradicional laboral que fue diseñado en un determinado contexto, y que fue permeado por la tendencia flexibilizadora, con lo cual se modernizan las relaciones laborales, pero a la vez se amplía la protección social, y se retoma la orientación proteccionista que como bien afirman Yranzo y Richter (2005) había caracterizado a la legislación laboral.

4. ¿Cuál ha sido la forma de regulación tradicional?

Ahora bien, si nos preguntásemos cuál ha sido la forma tradicional de regulación, ya que hemos hecho referencia a la problemática que se ha generado, podríamos en una forma muy sucinta decir, que el legislador había regulado sobre todo en latinoamérica y en especial Venezuela, estas formas de prestación de servicios personales de trabajo, incorporando normas en los textos legales relativos a los sujetos de trabajo y distinguiendo en estos dentro de los sujetos individuales a el patrono o empleador, a los intermediarios y a los contratistas, a fin de poder determinar, de parte del sujeto empleador, quién es la persona que responde de las obligaciones legales o contractuales, bien en las relaciones directas entre el trabajador y el empleador, o en el supuesto de las indirectas, cuando en estas relaciones se incorpora una tercera persona, ya sea con el carácter de intermediario o la del contratista; estableciéndose que para el supuesto del intermediario, la responsabilidad frente a los trabajadores contratados por éste, recaía en forma solidaria, tanto sobre este sujeto intermediario, como para el usuario o beneficiario que lo habría autorizado expresamente para ello, o recibiere la obra contratada, por cuanto como bien lo destaca Alfonso-Guzmán (2000)³, éste luce ante los trabajadores como si fuera patrono, lo cual es considerado así en casi toda la legislación laboral americana; y con relación al sujeto contratista, que como bien sabemos, actúa en nombre propio y con sus propios elementos en la ejecución de la obra o servicios, la regla es la de que no existe un vínculo de naturaleza laboral en esta relación indirecta, entre la empresa usuraria, principal o contratante, con los trabajadores contratados por la contratista o el subcontratista, exonerándole de responsabilidad, para posteriormente, a fin de evitar los abusos, se fueron incorporando, supuestos muy precisos de

³ Rafael J. Alfonso-Guzmán. *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas 2000. Undécima Edición. Editorial Melvin, p. 101.

excepción a la regla; pero como bien sabemos, con los cambios operados en el mundo del trabajo se fueron planteando nuevas interrogantes, y en virtud de que como la normativa generada para un contexto no respondía a las nuevas exigencias de las denominadas relaciones atípicas laborales, es por lo que tanto la legislación, como la doctrina y la jurisprudencia, han tratado de dar una respuesta satisfactoria a las mismas.

4.1 *¿Cuál ha sido la forma de regulación tradicional en Venezuela?*

Con relación a cómo se ha regulado en Venezuela la materia de la tercerización (subcontratación) laboral por nuestro legislador, observamos, que desde sus inicios en la Ley del Trabajo del 16 de julio de 1936 se incorporó en el Título I denominado Disposiciones Generales, en el artículo 3 como sujeto laboral, tanto a la figura del Intermediario, como la del Contratista, estableciendo que cuando se utilizaba la figura del INTERMEDIARIO, quien respondía de las obligaciones laborales legales y contractuales frente a los trabajadores, era tanto la persona del intermediario, como la del patrono beneficiario, siempre que lo hubiere autorizado expresamente para la gestión de que se trata o hubiere recibido la obra ejecutada; y que por el contrario, en el supuesto de empresas que se encarguen por contratos de trabajo que ejecutan con sus propios elementos, no serían considerados como intermediarios, sino como patronos (contratistas), siendo en consecuencia éste el único responsable frente a los trabajadores, por lo cual se exoneraba de responsabilidad al beneficiario contratante de los trabajos ejecutados por la empresas con sus propios elementos; posteriormente, y sobre todo debido a los casos de insolvencia del patrono contratista, se reformó parcialmente la ley estableciendo entre otras excepciones, a los fines de proteger a los trabajadores de la empresa contratista, como fue la del año 1945 que manteniendo la regla de que frente a los trabajadores que prestan servicios para una empresa contratista, el responsable era éste y no el beneficiario de la obra o Contratante, se estableció la responsabilidad solidaria entre contratista y contratante en el cumplimiento de las obligaciones que impone la Ley, en el supuesto de que la obra contratada sea inherente o conexas con la actividad a que se dedica la persona a quien se presta el servicio; para posteriormente en la reforma parcial del 47, debido al trato diferencial entre trabajadores, adicionarse, que cuando las obras ejecutadas por la contratista para las empresas de hidrocarburos o mineras y de construcción (que eran las más importantes del país), los trabajadores tendrían derecho en caso de inherencia o conexidad a

disfrutar de las mismas condiciones de trabajo y beneficios que correspondan a otros trabajadores de esas empresas (Goizueta, 1979)⁴.

En la reforma del año 90 con vigencia plena en el año 91, las figuras del intermediario y el contratista pasan al artículo 55 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT), con la peculiaridad de que a los fines de garantizar una mayor protección a los trabajadores, se adicionaron aspectos importantes que tratan de proteger a los trabajadores de la empresa contratista, como lo son, la incorporación de dos presunciones de inherencia o conexidad con la actividad de la empresa principal o usuaria, en primer lugar, en el supuesto de que la obra o servicio ejecutadas por contratistas sean empresas mineras y de hidrocarburos (último aparte artículo 55); y una segunda presunción de inherencia o conexidad contenida en el artículo 57, en el supuesto de que un contratista realice habitualmente obras o servicios para una empresa en un volumen que constituya su mayor fuente de ingreso; a lo cual se adicionó en la parte final del artículo 56 del disfrute y goce de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores o empleados en la obra o servicio.

4.2 *¿Cómo ha respondido la normativa constitucional en Venezuela?*

Por lo que respecta a la normativa constitucional podemos observar, que en la continuidad del proceso de incorporación de normas laborales en estos instrumentos, la Constitución vigente del año 1999 (CRBV G.O. N° 36.860 del 30 de diciembre 1999, reimpresa en G.O. Extraordinario N° 5.453 del 24 de marzo de 2000), además de ratificarle el rango constitucional a la normativa que regula la subcontratación laboral en nuestro país en el artículo 94 (artículo 89 Constitución derogada de 1961), con lo cual reconoció la existencia de esta forma de organizar el trabajo, reenvió a la vía legislativa la determinación de la responsabilidad que corresponda a la persona natural o jurídica beneficiarios de los servicios que se le prestan mediante intermediarios o contratistas, “sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de éstos”, y como ya para esta fecha se habían hecho presente en nuestro país las nuevas formas o modalidades de trabajo tercerizado, algunas de ellas

⁴ Napoleón Goizueta. *Reformas a la Ley del Trabajo*. Universidad de Carabobo Ediciones Rectorado 1979, p. 13.

en fraude laboral, en este mismo artículo 94 se estableció que “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”.

5. ¿Cómo y cuándo llegaron a Venezuela las nuevas modalidades de trabajo?

Consideramos convenientes destacar que a nuestro país llegaron a nuestra realidad laboral las nuevas modalidades de prestación de trabajo bajo el régimen de subcontratación o tercerización laboral sin la existencia de un marco legal acorde que las regulara y en algunas situaciones como en el caso de las empresas de carácter temporal (ETT), había carencia o ausencia de normas que amparara los derechos de los trabajadores; la llegada de estas modalidades como estrategia frente a las nuevas exigencias del mercado y la tecnología se debió como bien lo afirman Hernández y Richter (2002)⁵ a diversos factores a finales de los años sesenta y a inicios de los años ochenta; por su parte y en coincidencia con esta afirmación Bencomo y Rojas (2007)⁶ citan a Díaz, quien se refiere a la instalación de Man Power desde 1969 y la trasnacional Grupo Adecco en 1995.

En vista de esta ausencia de una normativa laboral de rango legal y ante la presencia de estos entes que deseaban utilizar estas figuras o modalidades laborales en el país ajustadas a una normativa, como lo fue en el caso concreto de estas Empresas de Trabajo Temporal, se optó por darles cabida y fundamentación legal, en la oportunidad en que se reglamentó integralmente la LOT 1999 (G.O. 5.292 Ext. del 25 enero 1999) a fin de reconocer una realidad no regulada, así podemos observar por ejemplo, que en el artículo 32, se incorporó la figura innovadora del contrato de jóvenes en formación; y en los artículos 23 al 28 a las Empresas de Carácter Temporal, con lo cual si bien se invadió la potestad legislativa, esto en verdad no era, ni es algo extra-

⁵ Oscar Hernández A. y Jacqueline Richter. *El Trabajo sin Tutela en Venezuela*. 2002. Universidad Central de Venezuela, p. 49.

⁶ Tania Bencomo y Belkis Rojas. *Empresas de Trabajo Temporal: ¿eliminadas o modificadas en su naturaleza jurídica?* Gaceta Laboral. 3/2007 CIELDA, p. 315.

ño en nuestra experiencia reglamentaria, en virtud de que esto ha sido una práctica reiterada de nuestros reglamentistas; así podemos observar que aconteció en el Reglamento del año 1938, en el del 1973 con vigencia en el 74, así como también en el vigente Reglamento del 2006 (G.O. 38.426 del 28 de abril de 2006); teniendo como características estas normas innovadoras y flexibilizadoras que si bien ya no había la carencia normativa, sin embargo, por la forma como se regularon, ellas presentaron graves problemas de insuficiencia de protección de los trabajadores, en virtud de que en nuestro parecer, la manera como se exoneró a la empresa beneficiaria de la responsabilidad, al excluir a la empresa de trabajo temporal de su consideración como intermediario (artículo 24 Parágrafo Único) y al darles a éstas en el artículo 25 el carácter de patrono o empleador único, esto condujo a graves abusos por parte de las empresas usuarias, que ante este tratamiento flexibilizador de responsabilidades que permitía entre otras la disminución de los costos laborales, se incrementó la utilización de las mismas, dejando de lado en muchas ocasiones tanto la contratación de trabajadores directos, como la utilización de la figura del contratista por lo de posibilidad de responsabilidad solidaria en el supuesto de la inherencia o conexidad, así como la del intermediario por lo de la responsabilidad solidaria, lo cual condujo a su cuestionamiento, no sólo en torno a su fundamentación de rango sublegal, sino también, en cuanto a si eran o no convenientes la existencia de estas modalidades laborales, a lo cual nos referiremos más adelante.

Por lo que respecta a las cooperativas de trabajo asociado, este es un movimiento de una larga e importante trayectoria, con experiencias exitosas en nuestro país, que se estimula desde la Constitución de 1999 (Arts. 70, 118, 184, 308) y se desarrolla por la vía de la Ley Habilitante, con el Decreto con Fuerza de Ley Especial de Asociaciones Cooperativas (en lo adelante DFLEAC) (G.O. N° 37.231 de 2 de julio 2001), bajo un nuevo enfoque que persiguiendo el fortalecimiento del desarrollo económico del país sustentado en la iniciativa popular (Art. 308 CRBV), en donde el Estado las protege y las fomenta con otras modalidades de acción comunitaria, bajo la forma de asociaciones abiertas y flexibles (Art. 2 DFLEAC), les ha permitido desarrollar cualquier tipo de actividad económica (Art. 118 CRBV), en donde el régimen de trabajo para los asociados que aportan su trabajo no tienen vínculo de dependencia con la cooperativa y los anticipos societarios no tienen condición de salario y, en consecuencia, no están sujetos a la legislación laboral (Art.

33 DFLEAC), salvo los casos excepciones para trabajos temporales, en que se permite contratar los servicios de no asociados, cuya relación se rige por la legislación laboral (Art. 35 DFLEAC); pero que sin embargo, como nuestra experiencia cooperativista que debería estar impregnada de espíritu solidario y conciencia asociativa, nos ha demostrado la existencia de seudocooperativas, que realizan intermediación laboral, sustituyendo trabajo subordinado por trabajo asociado, reduciendo costos y limitando la acción sindical, desnaturalizando con ello el acto cooperativo, es por lo que actualmente se les cuestiona, y ya comienzan a ser objeto de una supervisión más efectiva.

Otra figura que ha sido utilizada con mucha frecuencia tanto por el sector privado como el público, sobre todo en el área docente, es la del trabajador no dependiente, definido en el artículo 40 de la LOT, como “la persona que vive habitualmente de su trabajo sin estar en situación de dependencia respecto de uno o varios patronos”, y que por razones que no vienen al caso analizar en el presente estudio, esta figura ha sido transformada en fraude a la ley en un contratista independiente, mediante la celebración de un Contrato de Servicios (Profesionales o Docente), con pago de honorarios profesionales, no sujetos a la legislación laboral, a pesar de que en la gran mayoría de ellos se dan los elementos tipificantes del contrato de trabajo, obviando así en algunos supuestos la celebración de la modalidad del contrato de trabajo por tiempo determinado (Art. 77) y en otros la del trabajador eventual u ocasional (Art. 113 LOT), para con ello excluirlo de la protección laboral al considerarlos como trabajador autónomo, independiente o cuentapropista, al reemplazar al contrato de trabajo por el contrato de servicios; situación de precariedad que ahora se agrava por cuanto en virtud de la calificación dada a las percepciones dinerarias entregadas como honorarios profesionales y no como salario, lo hacen sujeto al Régimen de Facturación contemplado en la Providencia Administrativa 0591 (G.O. N° 38.759 de 31 de agosto 2007) al calificar como contribuyente ordinario del impuesto al valor agregado; ante esta situación de evasión en que incurren importantes sectores del mundo empresarial y de instituciones estatales, creemos que si la supervisión o inspección laboral no se hace efectiva y sigue siendo insuficiente para constatar y ponerle coto a las continuas y reiteradas transgresiones al ordenamiento laboral, será la vía jurisdiccional la que solucionará en última instancia esta situación.

6. ¿Qué se observa en Latinoamérica?

Ahora bien, en Latinoamérica se pueden observar, recientemente, las tres tendencias a las que arriba hicimos referencia; así tenemos que:

6.1 *Experiencia de la vía del fortalecimiento legislativo*

En cuanto a la vía que tiende a la promulgación de textos legales, que busca además de reconocer las nuevas realidades, modernizar las relaciones laborales, corregir irregularidades, así como la precariedad en las relaciones de trabajo tercerizadas, fortaleciendo la legislación a fin de proteger los derechos de los trabajadores, la vamos a observar en Uruguay (país que como bien sabemos se caracteriza por una tendencia de abstencionismo legislativo) en donde se han promulgado dos leyes sobre esta problemática, como lo son la Ley N° 18099 (de 24 de enero de 2007) y la 18.251 (publicada D.O. 17 Ene/008- N° 27-407) sobre RESPONSABILIDAD EN LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL, textos legales que innovan al introducir cambios de gran importancia en el régimen de responsabilidad aplicable al patrono o empresa principal que en el desarrollo de sus actividades, utiliza las nuevas modalidades de subcontratista, intermediarios o suministro de mano de obra, estableciendo la responsabilidad del patrono o empresa principal, de naturaleza subsidiaria, y en otros supuestos la solidaria, por obligaciones laborales y previsionales (artículo 6). En igual sentido también se observa esta misma tendencia, en Chile en donde la Ley N° 20.123 (2006) regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de servicios transitorios, con lo cual reconoce la legalidad y legitimidad de la actividad de la subcontratación, pero fortaleciendo el marco regulatorio, tanto en materia de responsabilidades laborales, como en lo atinente al cumplimiento efectivo de las obligaciones previsionales y de la protección de la seguridad y salud en el trabajo a los trabajadores que prestan servicios en estas modalidades laborales; conviene destacar que en esta ley también se incorporan los conceptos de responsabilidad solidaria y la subsidiaria, lo cual conducirá a una mayor exigencia por parte de la empresa principal en el proceso de selección de empresas contratistas.

6.2 *Experiencia de eliminación*

Por lo que respecta a vía legislativa que tiende a eliminarlas, podemos observar la forma cómo evolucionó el marco legal sobre la regulación en materia de intermediación laboral y tercerización en Ecuador, en donde en el proceso de desarrollo jurídico se reformó el Código del Trabajo con vigencia desde el 23 de junio de 2006 incorporándose un nuevo orden jurídico para los efectos de la intermediación laboral y tercerización, en virtud de que como bien nos los señala Villacreces⁷, el Decreto Ejecutivo 2.166 publicado el 14 de julio de 2004 que regulaba estos servicios, les daba el carácter equivalente a estos términos y en cambio con esta reforma se los distinguió conceptualmente, utilizando la denominación intermediación laboral y, por otra parte, la de tercerización de servicios complementarios, estableciéndose además una serie de exigencias para el funcionamiento de estas empresas y de formalidades; para posteriormente mediante el MANDATO CONSTITUYENTE N° 8 de la República de Ecuador (treinta días de abril de 2008) decretar la eliminación y prohibición en el artículo 1, cuyo texto es el siguiente: Artículo 1.- Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador”.

6.3 *Experiencia de deslaboración*

Otra de las modalidades de tercerización han sido las cooperativas y otras formas de trabajo asociado a las que ya hemos hecho referencia, que buscan un nuevo estilo de organización productiva y que como bien sabemos, la relación entre la cooperativa y sus socios trabajadores no es de carácter laboral, así como tampoco existe una vinculación que genere obligaciones laborales entre la empresa usuaria o contratante con los socios cooperantes subcontratados, modalidad que se ha desarrollado y extendido, conjuntamente con las otras formas flexibilizadoras y en donde como su tratamiento legal ha sido deficiente a pesar de que la consideración del trabajo como hecho social que debería conllevar su protección en cualquiera de sus modalidades, esto ha generado

⁷ Geraldo J. Villacreces C. *Intermediación Laboral y Tercerización*. Cuadernos de Integración Andina 20. Consejo Consultivo Laboral Andino. 2007, p. 139.

su utilización abusiva y en algunas circunstancias en fraude a la ley, lo que ha conducido a la utilización del mecanismo jurisdiccional, a fin de dilucidar la naturaleza jurídica de la vinculación contractual.

Así observamos que Colombia reguló esta figura por la Ley 79 de 1988 y 10 de 1991, en donde ante la problemática generada por su no correcta utilización, se promulgaron Decretos como el N° 2879 de 7 de septiembre de 2004, que trataba de reencausarlas, para luego dar marcha atrás a los pocos días, por el Decreto N° 2996 de 16 de septiembre de 2004.

En este país al decir del profesor colombiano Guillermo López Guerra los empresarios jóvenes

prefieren a todas las formas nuevas de deslaboración, como las cooperativas de trabajo asociado, el suministro de personal a través de las empresas de servicios temporales, la tercerización del trabajo, la contratación de trabajadores independientes, etc., así sean más costosos, pero sin los problemas que entre la ley laboral y la jurisprudencia los sorprende cada día⁸.

7. ¿Cuál es la tendencia en la evolución legislativa en materia de subcontratación laboral en Venezuela?

Como ya hemos señalado en nuestro proceso evolutivo, nuestro legislador incorporó desde sus inicios (1936) la figura de la intermediación y la de los contratistas, bajo el modelo clásico o tradicional de su tiempo; posteriormente en el dinamismo que caracteriza al Derecho del Trabajo, la forma de contratación laboral mediante contratista, fue objetos de ajustes a los fines de evitar en lo posible los riesgos de la insolvencia laboral; incorporando además en dos supuestos la presunción de inherencia o conexidad; posteriormente cuando surgen los cambios que originó la globalización o mundialización de la economía, con la flexibilización laboral, ésta también se hizo presente en nuestro país y en materia de nuevas formas de contratación laboral, por vía reglamentaria (1999 Reglamento de la LOT), se incorporaron dos figuras como lo fueron: el

⁸ Oscar Blanco. *Una vida dedicada al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*: en Evolución y tendencias de las relaciones laborales en Colombia, Homenaje al Doctor Guillermo López Guerra en conversación con Oscar Andrés Blanco Rivera. Primera Edición 2006, p. XXVII.

contrato de jóvenes en formación (artículo 32) y las Empresas de Trabajo Temporal (artículos 23 al 28); posteriormente, con la entrada en vigencia en el año de 1999 la CRBV, retorna a nuestro marco regulatorio laboral la tendencia o vuelta a la rigidez y al garantismo legal, retorno éste que se manifiesta por ejemplo, en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) del año 2005, en donde se derogan los artículos 23 al 28 del RLOT del año 1999 y se le da la condición de intermediario a las empresas de trabajo temporal debidamente registradas ante la autoridad competente (Disposición Derogatoria Tercera); y como esta derogatoria se refería a una materia que no era del área específica de la LOPCYMAT, se interpusieron los recursos pertinentes, en vista de lo cual fue suspendida por el TSJ en sentencia de 18/ Octubre 05, para posteriormente ser restablecida esta derogatoria en la Reforma Parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006 (RLOT), por lo cual se volvió a ratificar la condición de intermediario de estas empresas debidamente registradas ante la autoridad competente (artículo 240); y con relación del Contrato de jóvenes en formación contemplado en el antes citado artículo 32 del RLOT, esta disposición fue suprimida o eliminada; con lo cual desaparece la posibilidad de contratar a jóvenes de hasta 24 años de edad, con el objeto de someterlos a formación profesional; con relación a estas derogatorias y eliminatorias, a pesar de ser muy respetuosos con estas decisiones, somos del criterio, que lo más aconsejable era la de realizar los ajustes necesarios, a fin de garantizar mediante una reforma legal y una efectiva supervisión laboral, que no se desnaturalizara la finalidad de estas dos formas de contratación laboral; cabe observar que con la derogatoria de las disposiciones que regulaban a las ETT, no se incorporó una Disposición Transitoria que previera la internalización de éstos trabajadores, vale decir, la asunción directa de estos trabajadores, por la empresa usuaria.

Por lo que respecta a la norma contenida en el artículo 94 de la CRBV, en donde se le da base constitucional a las figuras contractuales del intermediario y del contratista en donde por vía legislativa se va a determinar la responsabilidad que corresponda a la persona natural o jurídica (usuaria) en cuyo provecho se presta el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de éstos; así como la protección en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral, como bien sabemos, esta norma no ha sido todavía desarrollada,

así como tampoco otras de igual importancia, en donde ya existe una prolongada mora legislativa en materia laboral.

En cuanto a la figura del sujeto contratista existe la interrogante relativa a si puede o no ser eliminada o suprimida de nuestra legislación laboral, en virtud de la declaración formulada por el ciudadano Presidente de la República, así como por el diputado Orlando Castillo, del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) en torno a que el nuevo proyecto de Ley Orgánica del Trabajo prevé la eliminación de la figura del trabajador tercerizado (Antv Noticias-www.aporrea.org, 04/06/08); por nuestra parte, somos del criterio de que esta idea de la supresión, que causó tanta confusión no podrá ser realizada ni por vía legislativa, ni por Decretos con fuerza de ley en el supuesto de una Ley Habilitante, ni tampoco por la vía reglamentaria, en virtud de que esta modalidad laboral tiene base constitucional, por lo cual, la única vía de supresión es a través de una Asamblea Constituyente o como afirma Rodríguez Perdomo (2008)⁹, en una reforma del texto constitucional y de la LOT; lo que sí es viable y recomendable en nuestro modesto parecer, es de que por la vía legislativa se desarrolle el citado mandato constitucional, a fin de que estas modalidades laborales no vulneren los derechos de los trabajadores, sobre todo en aquellos supuestos en que la actividad de tercerización, sólo buscan la disminución de los costos laborales y el lucro de las personas que la realizan, con lo cual se abusa de estas formas de contratación; un ejemplo importante a seguir en esta opción del reforzamiento de protección, lo encontramos en lo dispuesto en el penúltimo aparte del artículo 57 de la LOPCYMAT en los términos siguientes “Tanto el empleador o empleadora como el o la contratante serán solidariamente responsables de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y trabajadoras y demás normas laborales y de seguridad social”; así como también, cuando se extendió el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley (artículo 4) a “Quienes desempeñen sus labores en cooperativas u otras formas asociativas, comunitarias, de carácter productivo o de servicios”, por lo que por ahora la orden del ciudadano Presidente de la República de eliminar las contratistas, no podrá ser ejecutada legalmente y a lo sumo sólo tendrá efectos en la medida de

⁹ Ramón Elías Rodríguez Perdomo. *Foro Dominical*, “El Carabobeño”, lunes 15 septiembre 2008.

que en el sector público no contrate con estas empresas, y las desplace utilizando vías alternas como las cooperativas de trabajo, servicios o de producción, con el riesgo de la falta de una efectiva supervisión que evite las seudocooperativas; en igual forma podrá seguir con la importante política de incentivar las iniciativas de microempresas, o también con las nuevas Empresas de Producción Social (EPS), figura ésta que el gobierno promueve e impulsa en el tránsito hacia el socialismo desde la actual economía mixta, con un empresario socialista que “a diferencia del empresario capitalista que está motivado por fines de lucro, ganancia y rentabilidad, el empresario socialista está motivado por su vocación de servicio y principios de solidaridad, cooperación y complementación”, Álvarez y Rodríguez (2007)¹⁰ antes éstos de las EPS que ya están presentes en la realidad venezolana, y esperan por un marco legal que determine su naturaleza jurídica; lo que en igual forma es factible y recomendable, como ya varias veces lo hemos señalado, es el reforzamiento de la vigente normativa laboral, en la oportunidad en que por fin se haga realidad la reforma de la Ley del Trabajo en un contexto de diálogo social.

8. Cómo aborda nuestra jurisprudencia al régimen de subcontratación

Sobre esta temática creemos conveniente resaltar que se han producido en nuestro país, a nuestro parecer, dos hechos importantes que han influido en su desarrollo, uno relacionado con el Poder Judicial y su sistema de justicia con la creación de la Sala de Casación Social (Art. 262 CRBV) y el otro, con la jurisdicción laboral especializada (Art. 255 CRBV), y la aprobación de una Ley Orgánica Procesal del Trabajo que busca garantizar además del funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en la Constitución y las leyes (Disposición Transitoria Cuarta. 4 CRBV), y con ello la igualdad de trato, así como la protección jurídica de quienes el Derecho del Trabajo presume son desiguales; en este sentido, se puede observar que se ha aumentado el nivel de protección del trabajador sobre todo a la terminación de la relación de trabajo, así podemos señalar algunas sentencias importantes de la

¹⁰ Víctor Álvarez R. y Davglia Rodríguez A. *Guía Teórico Práctica para la Creación de EPS (Empresas de Producción Socialista)*. Primera Edición. 2007. CVG ALUCASA, p. 31

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sobre casos concretos de fraude a la ley; entre éstas podemos solamente citar (y no analizar), la sentencia N° 98-546 del 16-3-200 dictada por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo (caso Félix Ramón Ramírez y otros contra Distribuidora Polar S.A. (DIPOSA), en donde en el caso de unos presuntos vendedores independientes o distribuidores de cerveza se declara la existencia de un contrato laboral y no uno de carácter mercantil, como en forma reiterada se venía sosteniendo; otras sentencias que también podemos mencionar, son la sentencia N° 97-333 de fecha 09/03/2000 en Sala de Casación Social, con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, caso Carlos Luis Casas (Productor de Seguro) contra Seguro la Metropolitana, S.A. en donde se determina la posibilidad de coexistencia de otra relación como la del seguro con una laboral; la sentencia número expediente 99-0887 de fecha 12/04/2000, dictada por la Sala de Casación Social con ponencia del Magistrado Alberto Martini Urdaneta. Caso Juan Alberto Sánchez contra Benarroch y Cabrera C.A. y otros, relativo a un profesional del derecho es considerado trabajador; Sentencia Expediente N° 99-572 de fecha 21/06/2000, con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, caso Mario Medina (productor de seguro) contra Seguros Caracas de Liberty Mutual, en donde se determina que la relación no es de carácter mercantil; Sentencia Expediente N° 00-197 de fecha 9/08/2000, con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz. Caso Harold José Franco Alvarado, contra Aerobuses de Venezuela C.A. y otras, en donde se determina que la relación no es de carácter mercantil, si no laboral; pero en igual forma se puede observar en sentido contrario, algunas sentencias en donde se desconoce la existencia de una relación de trabajo, como lo es la Sentencia Expediente N° 01-056 de fecha 12/06/2001, con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz. Caso Román García Machado, contra Banco Hipotecario de Inversión Turística de Venezuela C.A. (INVERBANCO), en donde se determina que el Presidente del Banco no es trabajador; Sentencia N° 489 de fecha 13/8/2002, con Ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz. Caso Mireya Beatriz Orta de Silva, contra Federación Nacional de Profesionales de la Docencia “Colegio de Profesores de Venezuela (FENAPRODO-CPV), en donde la Sala, luego de aplicar el “test de dependencia o examen de indicios” llega a la conclusión a que la parte actora prestó servicios a la demandada de manera autónoma y laboralmente independiente.

Mediación

En materia de contratista podemos señalar la Sentencia N° 2.397 de fecha 29/11/2007 con Ponencia del Magistrado Juan Ramón Perdomo. Caso Carlos A. Lozano y otros contra la sociedad mercantil PARENCO VENEZUELA S.A. en donde se determinó que si bien la empresa realizaba la misma actividad que Petróleos de Venezuela PDVSA, la empresa Parencos de Venezuela tenía suscrito con el Estado venezolano a través de PDVSA un Convenio Operativo y “al no ser una empresa contratista no les resulta aplicables a los ex trabajadores de Parencos ninguna Cláusula de la Convención Colectiva Petrolera”.

En materia de inherencia o conexidad, citaremos la Sentencia N° 7 de la Sala de Casación Social, de fecha 03/02/2009. Con Ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero. Caso Nancy Coromoto Oviedo Herrera contra Instituto de Capacitación Profesional C.A. (INCAPRO C.A.) y la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.) en donde en virtud de que no se dan los supuestos de conexidad para que opere la solidaridad pretendida y consecuencial aplicación de la Convención Colectiva que rige para los trabajadores de CANTV, se le excluyó del campo de eficacia de la convención colectiva de trabajo que rige las relaciones de la empresa CANTV y sus trabajadores.

9 ¿Cómo aborda la convención colectiva el régimen de subcontratación en Venezuela?

Una de las manifestaciones más importantes de la acción sindical es el mecanismo de la negociación colectiva y su principal producto, la convención colectiva de trabajo, en donde las partes convienen condiciones genéricas de trabajo con beneficios superiores a la Ley, siendo en algunos casos estas reivindicaciones precedente o fuente de la legislación laboral, por lo cual consideramos importante reflexionar en torno a como ha respondido la acción sindical a esta importante problemática de la subcontratación laboral que como bien lo hemos ya afirmado, impacta negativamente tanto en el aspecto individual como en lo colectivo a la clase trabajadora, por cuanto puede conllevar un trato desigual o discriminatorio y además, por cuanto debilita a las organizaciones sindicales tanto en lo cuantitativo, como en lo cualitativo; sobre esta interrogante podemos observar que la cláusula sobre subcontratación es poco frecuente su inclusión en el contenido de nuestras convenciones colectivas de trabajo, por cuanto como bien sabemos los trabajadores de las em-

presas contratista no están afiliados al sindicato de la empresa principal, usuaria o contratante que negocia y suscribe la convención, a lo cual se adiciona a que los trabajadores tercerizados de la contratista no tienen legalmente derecho a disfrutar de las mismas condiciones de trabajo de que benefician a los de la empresa contratante que generalmente son muy superiores; sin embargo, comienza a observarse que ya se inicia un proceso incipiente de inclusión de esta cláusula, un ejemplo de esto lo podemos constatar en la Convención Colectiva de Trabajo de la Industria de la Construcción, Similares y Conexos de Venezuela 2007-2009, en donde se incluyó la CLÁUSULA 4 denominada SOLIDARIDAD DE LA EMPRESA CON SUS SUBCONTRATISTAS, cuyo texto es el siguiente:

El empleador se compromete y se hace responsable de las obligaciones que le imponen la presente convención, de la Ley Orgánica del Trabajo y demás disposiciones legales correspondientes a los contratistas y subcontratistas que se utilicen en la ejecución de una obra y se compromete igualmente a dar cumplimiento a los artículos 54 y 56 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Asimismo, el empleador se compromete a cumplir todas las obligaciones que le imponen la Ley del Seguro Social, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, la Ley de Alimentación para los Trabajadores, la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat y demás normas que le resulten aplicables.

Conviene señalar que este es un convenio negociado a nivel centralizado a través de una Reunión Normativa Laboral por rama de actividad a nivel nacional.

Así mismo en este proceso evolutivo incipiente observamos que en la Convención 2004-2007 suscrita entre: SIDERÚRGICA DEL ORINOCO (SIDOR), C.A. y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE LA SIDERÚRGICA Y SUS SIMILARES DEL ESTADO BOLÍVAR (SUTISS) también se había incluido la CLÁUSULA 97 CONTRATISTAS, en donde la empresa Sidor hacía uso de contratistas, así como de subcontratistas de éstos, ofrecía unas garantías sobre el otorgamiento de salarios y beneficios conforme a los artículos 55 y 56, haciéndose solidariamente responsable del cumplimiento de dichas obligaciones, cuando la obra contratada fuese inherente o conexas; obli-

gándose además a incorporar en los contratos celebrados con contratistas cláusulas de aseguramiento del cumplimiento con los trabajadores, así como procedimientos adecuados para garantizar su cumplimiento, tomando en esta materia en consideración las opiniones que formule el sindicato; en igual forma “Sidor se compromete con el Sindicato a que los trabajadores de las contratistas sean entrenados y protegidos suficiente y debidamente por ellas, para el desempeño de sus labores en la empresa en condicione seguras”, a lo cual se adicionaban otros compromisos, como en el supuesto para el “Suministro de Mano de Obra” en actividades operativas en los procesos de transformación y que se ejecuten con elementos propiedad de SIDOR, garantizaba que la contratista aplicara a sus trabajadores determinados beneficios, así como también la empresa se obligaba a que en caso de incumplimiento de las obligaciones laborales a establecer sanciones “que pueden alcanzar hasta la exclusión del Registro de Proveedor, según la gravedad de la falta”.

Recordemos que esta empresa que había sido privatizada en 1997, fue reestatizada, expropiada o nacionalizada el pasado año 2008, cuando se desarrollaba la discusión del Convenio Colectivo que debería sustituir al vencido en el 2007, en donde había tres puntos muy conflictivos: Salario, la inclusión de los contratistas a la nómina, y el pago de prestaciones sociales a los jubilados y pensionados, en donde de conformidad con información a la prensa ya se había logrado acuerdo en dos y negociaban salario¹¹; para luego proseguir las negociaciones en torno al convenio colectivo ahora con un nuevo empleador (el Gobierno) y lograr el acuerdo en donde fue cláusula de honor por el Sindicato la modificación de la citada cláusula 97, a fin de absorber a los trabajadores que laboren en actividades inherentes o conexas a la producción de acero¹².

Por último, en esta materia podemos observar cómo en el desarrollo de este proceso de negociación colectiva en la materia de subcontratación, que en conflicto laboral en la empresa MMC AUTOMOTRIZ, una de las peticiones por parte de los trabajadores a la directiva de la compañía “es que incluyan en la nómina a 135 empleados mercerizados que ofrecían el servicio de limpieza y mantenimiento”.

¹¹ TERNIUM defiende su gestión y pide a Chávez reconsiderar nacionalización, en “El Carabobeño” de 10-04-08, p. A 10.

¹² Gobierno y Suttiss lograron acuerdo en contrato de Sidor, en “El Nacional” 05-05-2008, p. 6 *Empresas y Negocios*.

Conclusión

Ya para concluir, podemos señalar que ante los problemas y desafíos que presenta la subcontratación con sus nuevas modalidades de contratación, se requiere de nuevos criterios jurídicos de atribución de responsabilidad laboral a un tercero que formalmente no es el empleador, pero que se beneficia y lucra indebidamente de las mismas, que la solución no pareciera estar en la eliminación de estas modalidades flexibilizadoras a través de la legislación laboral, y que en cuanto a la deslaboralización con modalidades de formas de trabajo asociado, éstas pudieran complementar a la nueva normativa laboral repontenciada, sujetas a una efectiva supervisión, a fin de no desnaturalizarlas, a lo cual se sumaría la acción de la jurisprudencia y la sindical a través de la negociación colectiva.

Consideraciones sobre algunos aspectos de las normas que regulan a las personas con discapacidad

*Reinaldo J. Guilarte Lamuño**
*María G. Reingruber Esteves***

* **Universidad Católica Andrés Bello.** Abogado (2000), *Especialización de Derecho del Trabajo*, por presentar el trabajo de Grado. **Varas, Longo, Bontes & Asociados**, Asociado.

** **Universidad Católica Andrés Bello.** Abogada (2002), *Especialización en Derecho del Trabajo*, cursante. **Universidad de Salamanca**, Reino de España, *Especialista en Derecho Corporativo*, Curso de Postgrado en Derecho del Trabajo. **Schlumberger Venezuela, S.A.**, *Consultoría Jurídica*, Attorney Labor VTT (Venezuela, Trinidad y Tobago).

A los fines del presente artículo serán utilizadas las siguientes abreviaciones. LOT: Ley Orgánica del Trabajo; RLOT: Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo; LOPCYMAT: Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo; CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; LPD: Ley para las Personas con Discapacidad; PRLPD: Proyecto de Reglamento de la Ley para las Personas con Discapacidad; CPC: Código de Procedimiento Civil; LIPI: Ley para la Integración de Personas Incapacitadas; LOPA: Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; CONAPDIS: Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad; INPSASEL: Instituto Nacional de Prevención Salud y Seguridad Laboral; U.T.: Unidad Tributaria; MPPTSS: Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social; ISLR: Impuesto sobre la Renta.

Sumario:**Preliminares**

- 1. Normas generales y principios.**
- 2. Obligaciones del patrono para con las personas con discapacidad.**
- 3. Sanciones y procedimiento sancionatorio en contra de los patronos.**

Conclusiones**Preliminares**

La LPD viene a derogar la LIPI, creando una normativa novedosa en lo referente a la tutela de las personas con discapacidad, en la que se otorga una serie de beneficios y privilegios a éstas, para permitirles una mejor inserción en una sociedad que se encuentra en permanente cambio.

Así, vemos cómo recientemente el CONAPDIS presentó su propuesto de PRLPD, sobre el que han invitado a realizar los aportes que los particulares consideren necesarios.

Del mismo modo, hemos podido observar cómo el CONAPDIS viene realizando una serie de visitas a los patronos, para verificar el cumplimiento de la LPD, especialmente en lo referente a la adaptación de los puestos de trabajo para las personas con discapacidad, así como el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 28 de la LPD, en lo referente a la contratación de personas con discapacidad.

Motivado a lo anterior, es que nos permitimos hacer algunas consideraciones sobre determinadas normas contempladas en la LPD, y que se pretenden desarrollar en el PRLPD, teniendo en cuenta las implicaciones socio-económicas que tienen para el patrono.

1. Normas generales y principios

El artículo 1 de la LPD prevé que la Ley tiene como objeto lograr el desarrollo integral de las personas con discapacidad de forma plena y autónoma, teniendo en consideración las capacidades que éstas tengan, entendiendo que las normas de la LPD tendrán carácter público, razón por la cual conforme al PRLPD las normas que regulan a las personas con discapacidad se consideran irrenunciables, indisponibles e intransigibles.

En este sentido, es importante tener en consideración que conforme a la LOT, es posible transigir los derechos de los trabajadores, por lo que entendemos que en el supuesto de los trabajadores con discapacidad que presten servicios para un patrono, es posible que éstos puedan transigir, con las particularidades que pudieran presentarse en cada caso, como sería el supuesto de los trabajadores que sufran una discapacidad mental, quienes deberán estar representado en el acto donde es suscrita la transacción, por la persona que sea designada por el Tribunal competente, para velar por los intereses de la misma.

Igualmente, en el supuesto que deba ser suscrita una transacción laboral con un trabajador con movilidad reducida, estimamos que el Inspector del Trabajo deberá designar un funcionario especial, para que proceda a trasladarse al lugar donde se encuentra el trabajador, para firmar la transacción. Adicionalmente, pensamos que debería permitirse que la transacción sea suscrita ante un Notario Público, quien deberá dejar constancia de la condición de movilidad reducida del trabajador, teniendo la obligación el patrono de consignar ante la Inspección del Trabajo la transacción suscrita ante el Notario Público, a los fines que sea homologada.

De la misma manera, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la LPD estarán sujetas a la LPD los venezolanos o extranjeros (residente o en tránsito), que tengan algún tipo de discapacidad en los términos que prevé el legislador. Asimismo, la LPD resulta aplicable a la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, así como a las personas públicas o privadas que tengan como objeto la atención de las personas con discapacidad, lo que se encuentra reforzado en el PRLPD, al establecer a éstos la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos y deberes en condiciones de igualdad a las personas con discapacidad.

Por otra parte, la LPD se encuentra orientada por los principios de humanismo social, protagonismo, igualdad, cooperación, equidad, solidaridad, integración, no segregación, no discriminación, participación, corresponsabilidad, aceptación de la diversidad humana, respecto por la evolución de las capacidades de los niños con discapacidad, accesibilidad, equiparación de oportunidades y respeto a la dignidad personas, así como los regulados en la CRBV, los tratados internacionales, convenciones, convenios, acuerdos, declaraciones y compromisos internacio-

nales que hayan sido suscritos y ratificados por Venezuela, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LPD.

A su vez, el artículo 5 de la LPD prevé que la discapacidad es la condición compleja del ser humano constituida por factores biopsicosociales, que evidencia una disminución o supresión temporal o permanente, de alguna de sus capacidades sensoriales, motrices o intelectuales que puede manifestarse en ausencias, anomalías, defectos, pérdidas o dificultades para percibir, desplazarse sin apoyo, ver u oír, comunicarse con otros, o integrarse a las actividades de educación o trabajo, en la familia con la comunidad, que limitan el ejercicio de derechos, la participación social y el disfrute de una buena calidad de vida, o impiden la participación activa de las personas en las actividades de la vida familiar y social, sin que ello implique necesariamente incapacidad o inhabilidad para insertarse socialmente.

Aunado a lo anterior, según el artículo 6 la LPD, se consideran personas con discapacidad a todas aquellas que por causas congénitas o adquiridas presenten alguna disfunción o ausencia de sus capacidades de orden físico, mental, intelectual, sensorial o combinaciones de ellas; de carácter temporal, permanente o intermitente, que al interactuar con diversas barreras le impliquen desventajas que dificultan o impidan su participación, inclusión e integración a la vida familiar y social, así como el ejercicio pleno de sus derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás, teniendo la sociedad conforme al PRLPD el deber de evolucionar constantemente para permitir, que las personas con discapacidad se puedan desenvolver sin ningún tipo de barreras y con naturalidad.

En lo que respecta a quién debe calificar la discapacidad, el artículo 7 de la LPD establece que serán los profesionales, técnicos, especializados en la materia de discapacidad, en el área de competencia pertinente, quienes se encuentren adscritos al Sistema Público Nacional de Salud, quienes podrán calificar la discapacidad que pueda padecer una persona, los cuales deberán conforme a lo contemplado en el PRLPD realizar un informe que determine la condición, clase, tipo, grado y característica de la discapacidad, considerando los elementos contemplados en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, Discapacidad y Salud de la Organización Mundial de la Salud.

Por su parte, será competencia del CONAPDIS, certificar que la persona tiene una discapacidad, para lo que deberá reconocer y validar las

evaluaciones, informes y certificados de la discapacidad que tenga la persona, y que hayan sido expedidos por especialistas con competencia específica en el tipo de discapacidad del cual se trate.

Tal certificación será necesaria para que la persona con discapacidad, pueda disfrutar de los beneficios y asignaciones económicas y otros derechos económicos y sociales que otorga el Sistema de Seguridad Social.

Cuando se trate de la calificación y certificación de la discapacidad laboral que pueda padecer una persona, el órgano competente será el INPSASEL.

Sin importar el órgano que emita el certificado donde se constate la condición de discapacidad de la persona, la misma deberá contener la identificación de la persona, tipo y grado de discapacidad, la fecha de expiración, identificación de los funcionarios competentes responsables, su especialidad, sus respectivos códigos, sellos y firmas, fecha y lugar de emisión, datos de la unidad certificadora y la entidad a la que pertenecen, la cual será remitida a la ONIDEX para su reconocimiento a nivel nacional e internacional, según lo estipulado en el PRLPD.

De igual manera, a tenor de lo contemplado en el PRLPD el acto que califica la discapacidad podrá ser objeto de los recursos administrativos regulados en la LOPA; sin embargo, no se establece en el PRLPD quiénes son los sujetos legitimados para ejercer los recursos administrativos, por lo que pensamos que debería indicarse lo mismo, tal como ocurre en el caso del artículo 77 de la LOPCYMAT.

En otro orden de ideas, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9 de la LPD ninguna persona podrá ser objeto de trato discriminatorio por razones de discapacidad, y en caso que ello ocurra le será impuesta al infractor alguna de las sanciones reguladas en el artículo 89 de la LPD.

2. Obligaciones del patrono para con las personas con discapacidad

Junto con la protección que existe actualmente en Venezuela a través de las diversas leyes de carácter social, parece que la tendencia es mejorar la protección y lograr la inclusión de aquellos (personas con discapacidad) que hasta la fecha han estado ciertamente desvinculados de una protección especial que los ampare o por lo menos que los ayude

a lograr una inclusión en la sociedad, con la finalidad de tener igualdad de condiciones con los demás.

Para todas estas personas que han estado excluidas de cierta manera, consideramos que se ha podido crear un régimen especial a través del cual se recauden las rentas derivadas de contribuciones parafiscales y así cubrir las necesidades y contingencias de este universo de personas. Sin embargo, se implementó un conjunto de normas cuyo común denominador reside en lograr la regulación de los medios y mecanismos que garanticen el desarrollo integral de las personas con discapacidad de manera plena y autónoma, de acuerdo con sus capacidades, y lograr su integración a la vida familiar y comunitaria.

Dicho esto, y a pesar de que se ha podido crear un régimen de contribución, por parte de las empresas públicas y privadas, destinado a la ayuda e integración de las personas con discapacidad, en Venezuela se prefirió la aprobación de un nuevo texto normativo que consagra las diversas normas aplicables para lograr la integración y protección de todos los venezolanos y extranjeros con discapacidad que residan legalmente en el país o que se encuentren de tránsito.

Es así como surge la LPD, cuyo artículo 28 (y los relacionados con su aplicación práctica) serán el punto central de estas líneas, por tratarse de los artículos relacionados con el “empleo para personas con discapacidad”. El mencionado artículo es del tenor siguiente:

Los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, así como las empresas públicas, privadas o mixtas, deberán incorporar a sus planteles de trabajo no menos de un cinco por ciento (5%) de personas con discapacidad permanente, de su nómina total, sean ellos ejecutivos, ejecutivas, empleados, empleadas, obreros u obreras.

No podrá oponerse argumentación alguna que discrimine, condicione o pretenda impedir el empleo de personas con discapacidad.

Los cargos que se asignen a personas con discapacidad no deben impedir su desempeño, presentar obstáculos para su acceso al puesto de trabajo, ni exceder de la capacidad para desempeñarlo. Los trabajadores o las trabajadoras con discapacidad no están obligados u obligadas a ejecutar tareas que resulten riesgosas por el tipo de discapacidad que tengan.

Del artículo antes transcrito surge la difícil (y en algunos casos de “imposible” cumplimiento) obligación de las empresas de contratar a personas con discapacidad, cuyo porcentaje no puede ser, en ningún caso, menor al 5% de la nómina total de la empresa. Decimos “imposible cumplimiento” por el incremento que hubo en el porcentaje de personas con discapacidad a ser contratadas por las empresas, establecida en la LIPI que era del 1%. Más aún, cuando según el criterio manejado, por los funcionarios del organismo competente en realizar las inspecciones a las empresas, es de que las personas que han adquirido la discapacidad en las empresas donde laboran actualmente, no podrán ser consideradas dentro del mencionado porcentaje, y sólo lo serán aquellos cuya discapacidad sea innata o adquirida en un trabajador anterior, lo cual disminuye aún más las posibilidades de las empresas para dar cumplimiento a la LPD.

Adicionalmente, en cuanto a la aplicación de la LPD, cuyo objetivo es permitir la integración de las personas con discapacidad, consideramos que dicho objetivo debe lograrse tomando en consideración la realidad económica y social del país en la cual se pretende aplicar este nuevo régimen, ya que de nada sirve tener una ley perfecta en el papel, si no se puede lograr una total y adecuada aplicación.

En este sentido, nos gustaría hacer una reflexión particular en relación con las empresas del sector petrolero o de servicios petroleros, cuya nómina total de trabajadores requiere la contratación de un gran número de personas con discapacidad, que difícilmente podrían desempeñar las actividades propias de la industria, no constituyéndose con esto un acto de discriminación, sino por el contrario de protección de dichas personas, las cuales correrían un gran riesgo, en caso de desempeñar actividades típicas de la extracción del crudo. En estos casos, consideramos necesaria la aplicación de una excepción al porcentaje establecido por el legislador.

Ahora bien, escribir sobre el artículo 28 de la LPD, es hacer referencia necesariamente a un régimen especial, creado para prestarle atención a todas aquellas personas que por causas congénitas o adquiridas, presenten alguna ausencia en sus capacidades de orden físico, mental, intelectual, sensorial o combinaciones de ellas, de carácter temporal, permanente o intermitente, que le impiden desarrollarse en igualdad de condiciones con los demás. La creación de una ley que le permita mayores posibilidades a estas personas, puede considerarse un avance

importante, sólo que lamentablemente no estamos preparados para un régimen especial como éste, por lo que consideramos que se ha debido iniciar el proceso con la adaptación de las instalaciones a nivel nacional, en escuelas, empresas, universidades, transporte público, centros comerciales y de recreación, entre otros, por parte del Ejecutivo Nacional, estados y municipios, para luego dar paso a la aplicación de la LPD por parte de las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, que incluirán a estas personas en sus nóminas.

Lo anterior lo mencionamos en virtud de que actualmente se le está exigiendo, por lo menos a las empresas, la adecuación inmediata de sus instalaciones a la LPD, cuando la realidad imperante es que ni siquiera existen en el país, los medios necesarios para lograrlo.

En las inspecciones realizadas por el organismo competente, el funcionario designado se traslada con la finalidad de verificar lo siguiente:

A. Datos de la nómina: con la finalidad de determinar la cantidad total de trabajadores de la empresa y la cantidad de personas con discapacidad que deberán ser incorporadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LPD.

B. Condiciones del centro de trabajo: con la finalidad de verificar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la LPD, lo siguiente:

- a) La existencia de espacios físicos adaptados para personas con discapacidad, tales como ascensores, baños, pasillos, escaleras, rampas, pasamanos, puertas adaptadas, buena iluminación, puestos de estacionamiento, señalización.
- b) Si los puestos de trabajo cuentan con las herramientas tecnológicas tales como, Software Jaws, Programa Voices e Impresora Braille.
- c) Si en caso de contar con trabajadores con discapacidad auditiva, cuál es la forma de comunicación: intérprete, lenguaje de señas u otro.
- d) Si las personas con discapacidad tienen asistencia integral.

C. Asimismo, verifican el cumplimiento de 7 objetivos-requerimientos descritos a continuación:

- a) Constatar que la empresa cumple en contratar, no menos del 5% de personas con discapacidad permanente, de su nómina total, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LPD.
- b) Constatar que la empresa ha tomado un conjunto de medidas, que permitan desplazamientos sin obstáculos ni barreras, y acceso seguro a los diferentes ambientes a personas con discapacidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la LPD
- c) Constatar que la empresa ha asignado en su estacionamiento, espacios exclusivos para vehículos que transporten o sean conducidos por personas con discapacidad físico-motora, de acuerdo con el artículo 32 de la LPD y de la Norma Covenin 2733-2004.
- d) Constatar que la empresa ha colocado en sus instalaciones señalizaciones luminosas, que permitan transmitir a los trabajadores y trabajadoras con discapacidad auditiva un mensaje y/o información específica, de acuerdo con el artículo 31 de la LPD y de la Norma Covenin 2733-2004.
- e) Constatar que la empresa ha colocado en sus instalaciones símbolos (pictogramas), imágenes perceptibles sensorialmente, reproducidas por medio de dibujo, impresión o cualquier técnica (Braile, textura y relieves), destinadas a transmitir un mensaje y/o información dada a trabajadores y trabajadoras con discapacidad visual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la LPD y de la Norma Covenin 2733-2004.
- f) Constatar que la empresa cumple con los reportes estadísticos, que debe presentar semestralmente al CONAPDIS, al Instituto Nacional de Empleo y al Instituto Nacional de Estadística, de acuerdo con lo establecido en el artículo 72 de la LPD.
- g) Constatar que la empresa cumple con el pleno acceso, brinda atención preferencial y crea mecanismos adecuados y efectivos para facilitar información, trámites y demás servicios que prestan a las personas con discapacidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 de la LPD.

Los aspectos antes mencionados, son los revisados por las autoridades competentes al momento de realizar la inspección especial correspondiente, en virtud de lo establecido en los artículos 3, 12 y 13 del Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo; del artículo 590 de la LOT y de los artículos 232 y 233 RLOT; artículos 12, 18 y 136 de la LOPCYMAT, y el artículo 79 de la LPD para lo cual es importante hacer las siguientes consideraciones:

En relación con los espacios físicos adaptados para las personas con discapacidad, así como con los objetivos-requerimientos identificados anteriormente con los literales b), d) y e), se pretende imponer obligaciones en cabeza de las empresas que realmente no están establecidas legalmente, tal como la instalación de señalizaciones luminosas, símbolos (pictogramas), imágenes perceptibles sensorialmente, estableciéndose realmente una obligación legal no constituida por tales requerimientos, ya que la LPD en relación con las condiciones del centro de trabajo (artículo 31), incluidas dentro del capítulo relacionado con la accesibilidad y vivienda, establece lo siguiente:

Los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, y todas *las personas* naturales y *jurídicas de derecho privado, que planifiquen, diseñen, proyecten, construyan, remodelen y adecuen edificaciones y medios urbanos y rurales* en los ámbitos nacional, estatal y municipal deben cumplir con las normas de la Comisión Venezolana de Normas Industriales (COVENIN), así como las reglamentaciones técnicas sobre la materia provenientes de los organismos respectivos, relativas a la accesibilidad y transitabilidad de las personas con discapacidad.

Las áreas comunes de zonas residenciales, los diseños interiores para uso educativo, deportivo, cultural, de atención en salud, centros, establecimientos y *oficinas comerciales*, sitios de recreación, turísticos y los ambientes urbanos *tendrán áreas que permitan desplazamientos sin obstáculos ni barreras y el acceso seguro a los diferentes ambientes y servicios sanitarios a personas con discapacidad* (destacados nuestros).

Del artículo antes transcrito, se evidencia la obligación que tienen las empresas que planifiquen, diseñen, proyecten, construyan, remodelen y adecuen edificaciones y medios urbanos, de dar cumplimiento a las

Normas Covenin, por lo que mal podría entenderse que la no observancia del primer aparte del mencionado artículo, por parte de las empresas, represente un incumplimiento de las disposiciones contenidas en la LPD.

En relación con el objetivo requerimiento de exigirle a las empresas la contratación del 5% de personas con *discapacidad permanente*, consideramos que se excluyen (en forma tal que podría ser considerado discriminatorio) a las personas con discapacidad temporal o intermitente que la LPD define, para lo cual habría que preguntarse si estas personas no tienen derecho de acceder a un puesto de trabajo digno, que pueda ser perfectamente desempeñado de acuerdo con sus capacidades.

Adicionalmente, le exigen a las empresas la adquisición del Software Jaws, del Programa Voices y de la Impresora Braile (sin especificar si la impresora debe contar con teclas en lenguaje Braile o si debe imprimir en le mencionado lenguaje), supuestamente de acuerdo con el artículo 14 de la LPD, cuando éste realmente es del tenor siguiente:

Toda persona con discapacidad, por sí misma o a través de quien legalmente tenga su guarda, custodia o probadamente le provea atención y cuidado, tiene derecho a obtener para uso personal e intransferible ayudas técnicas, definidas como dispositivos tecnológicos y materiales que permiten habilitar, rehabilitar o compensar una o más limitaciones funcionales, motrices, sensoriales o intelectuales, para su mejor desenvolvimiento personal, familiar, educativo, laboral y social.

El Estado proveerá oportunamente los recursos necesarios para la dotación de ayudas técnicas y material pedagógico, que sean requeridos para completar los procesos de habilitación, rehabilitación, educación, capacitación o los necesarios para la inclusión, integración social y desenvolvimiento personal y familiar de las personas con discapacidad, así como para su mantenimiento, conservación, adaptación, renovación y readquisición.

El Estado facilitará formas apropiadas de asistencia y apoyo, tales como: guías, cuidadores, cuidadoras, traductores o traductoras, intérpretes de lengua de señas como parte de la atención integral a las personas con discapacidad.

Tales prestaciones se otorgarán a través del Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad, los estados, los municipios y demás instituciones o fundaciones que se dediquen a tal fin, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de esta Ley.

El mencionado artículo se encuentra inserto dentro del Título II “De los Derechos y Garantías para las Personas con Discapacidad” y es identificado como “Ayudas Técnicas y Asistencia”. En dicho artículo se evidencia el derecho que tiene toda persona con discapacidad de obtener (para uso personal e intransferible) ayudas técnicas para su mejor desenvolvimiento personal, familiar, educativo, laboral y social. Ese derecho lo obtendrán las personas con discapacidad, por sí mismas o a través de quien legalmente tenga su guarda, custodia o probadamente le provea atención y cuidado.

Adicionalmente, se establece una obligación en manos del Estado, quien deberá proveer oportunamente los recursos necesarios para la dotación de ayudas técnicas y material pedagógico, que sean requeridos para completar los procesos necesarios para la inclusión, integración social y desenvolvimiento personal y familiar de las personas con discapacidad.

Asimismo, es el Estado quien facilitará las formas apropiadas de asistencia y apoyo y las prestaciones se otorgarán a través del CONAPDIS, los estados, municipios y demás instituciones o fundaciones que se dediquen a tal fin.

Dicho lo anterior, de la norma comentada anteriormente, no se desprende obligación alguna por parte de las empresas de adaptar los puestos de trabajos con herramientas tecnológicas, tales como: i) Software Jaws; ii) Programa Voices; y iii) Impresora Braille.

En este sentido, no se debería establecer un incumplimiento por parte de las empresas del contenido del artículo 14 de la LPD, si no cuentan con las herramientas tecnológicas verificadas al momento de la inspección, ya que dichas herramientas tecnológicas no aparecen mencionadas en la ley como de obligatoria adquisición por parte de las empresas.

Adicionalmente, en relación con la adquisición del Software Jaws, Programa Voices, Impresora Braille, así como de pictogramas, imágenes perceptibles sensorialmente, entre otros, es importante señalar que en Venezuela no es fácil encontrar empresas que suministren dichos im-

plementos, con la finalidad de poder adaptar las instalaciones de las empresas, por lo que se hace aún más complicado dar cumplimiento a la LPD.

3. Sanciones y procedimiento sancionatorio en contra de los patronos

La LPD desarrolla una serie de sanciones en contra de los patronos que violen las normas contempladas en la LPD.

Así encontramos que el artículo 84 de la LPD prevé una multa para los patronos que incumplan con la obligación de contratar personas con discapacidad conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la LPD, por lo que en ese supuesto el patrono podrá ser sancionado con una multa que oscila entre 100 U.T. y 1000 U.T.

De otro lado, en el supuesto que el patrono incumpla con la obligación de llevar el registro de las personas con discapacidad, que contempla el artículo 72 de la LPD, podrá ser sujeto de una sanción que oscila entre 30 U.T. y 60 U.T., conforme a lo estipulado en el artículo 85 de la LPD.

A la par de lo anterior, en caso que el patrono desarrolle una conducta que pueda ser calificada como un acto de discriminación en contra de una persona con discapacidad, éste podrá ser sancionado con la obligación de asistir de 2 a 10 sesiones de concientización dictadas por el CONAPDIS en apoyo al trato social y protección familiar. Si el patrono no acude a las sesiones de concientización se le impondrá una multa que oscila entre 10 U.T. y 20 U.T., estando obligado a asistir a las sesiones. En caso de reiteración de las conductas tipificadas en el artículo 9 de la LPD, la multa se incrementará en 5 U.T., por cada oportunidad en que se produzca, con la obligación para el patrono de asistir a las sesiones, sin menoscabo de la responsabilidad civil o penal correspondiente a que hubiere lugar.

Ahora bien, para la imposición de las multas antes mencionadas, será necesario seguir el procedimiento sancionatorio regulado en la LPD, así tenemos que el artículo 90 de la LPD señala que el procedimiento sancionatorio podrá ser iniciado de oficio por el CONAPDIS o por denuncia escrita u oral que será recogida por escrito, y que deberá

cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 91 de la LPD¹, los cuales son los siguientes:

- a) La identificación del denunciante y, en lo posible del presunto infractor.
- b) La dirección del presunto infractor, si la conociere, a los fines de practicar las notificaciones pertinentes.
- c) Los hechos denunciados.
- d) Referencia a los anexos que se acompañan, según sea el caso.
- e) Las firmas y las huellas dactilares del o los denunciantes.
- f) Cualesquiera otras circunstancias que permitan el esclarecimiento de los hechos.

La denuncia o el acta de apertura que sea levantada en contra del patrono, deberá ser notificada a éste en un lapso no mayor a 10 días hábiles siguientes a la recepción de la denuncia o levantamiento del acta de apertura, teniendo el patrono un lapso de 10 días hábiles siguientes a su notificación para presentar su escrito de alegatos y pruebas que considere pertinentes para ejercer su derecho a la defensa. Sin embargo, en casos debidamente justificados, se podrá otorgar una prórroga de 5 días adicionales a los 10 días hábiles que regula el artículo 93 de la LPD.

La división encargada de la sustanciación del procedimiento sancionatorio será la Consultoría Jurídica del CONAPDIS, a tenor del artículo 94 de la LPD, quien tendrá 45 días hábiles (contados desde el acta de apertura)² para sustanciar el procedimiento según el artículo 96 de la LPD, teniendo conforme al artículo 95 de la LPD las siguientes facultades:

- a) Requerir de las personas relacionadas con el procedimiento los documentos o informaciones pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

¹ Los requisitos exigidos para la denuncia, también resultan aplicable en caso que el procedimiento sancionatorio sea iniciado de oficio por el CONAPDIS, caso en el cual deberá levantarse un acta de apertura.

² Es posible que conforme al artículo 96 de la LPD le sea otorgada a la Consultoría Jurídica del CONAPDIS una prórroga de 5 días hábiles siguientes, siempre y cuando la complejidad del asunto así lo requiera.

- b) Emplazar, mediante la prensa nacional o regional, a cualquier persona interesada que pudiese suministrar información relacionada con la presunta infracción.
- c) Realizar u ordenar las inspecciones que considere pertinentes a los fines de la investigación.
- d) Evacuar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Una vez que concluye la fase de sustanciación del procedimiento sancionatorio el CONAPDIS³ tiene un lapso de 10 días hábiles siguientes a la terminación de la fase de sustanciación, para dictar la resolución en donde deberá determinar si existió o no violación por parte del patrono de la normativa aplicable a las personas con discapacidad, y en caso que se determine que existió infracción a las normas referidas, el CONAPDIS deberá proceder a imponerle al patrono la sanción que corresponda.

Posteriormente, el CONAPDIS deberá notificar al patrono de la resolución que declaró la infracción a las normas que tutelan a las personas con discapacidad, para que éste en un lapso no mayor a 5 días hábiles siguientes a su notificación⁴, proceda con el pago de la multa o con el cumplimiento de la sanción impuesta, pudiendo también el patrono ejercer el recurso de reconsideración, agotando con ello la vía administrativa, por lo que en consecuencia queda habilitado para acudir ante los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para interponer el recurso que estime pertinente⁵.

Sin embargo, en el supuesto que el patrono no pague la multa que le fuera impuesta dentro del lapso de 5 días hábiles que le otorga el artículo 74 de la LPD, se procederá conforme al procedimiento de ejecución de créditos fiscales regulado en el CPC⁶.

³ Las sanciones serán impuestas por el Consejo Directivo del CONAPDIS a tenor del artículo 57.6 de la LPD.

⁴ Artículo 74 de la LPD.

⁵ Artículo 75 de la LPD.

⁶ El procedimiento de ejecución de créditos fiscales se encuentra regulado en los artículos 653, 654, 655, 656, 657, 658 y 659 del CPC.

Por último, en caso de reincidencia el CONAPDIS podrá duplicarle al patrono la sanción, por cada ocasión de reincidencia, en proporción a la aplicación de la sanción anterior.

Conclusiones

1. La LPD debe permitir la excepción al 5% de la nómina total, establecido para la contratación de personas con discapacidad, por lo menos en empresas de alto riesgo (incluidas las empresas petroleras o de servicios petroleros), en las cuales no sería seguro la contratación de personas con discapacidad, ya que por la naturaleza de las actividades desarrolladas en esas empresas, existe un elevado riesgo para la integridad física de las personas con discapacidad. En estos casos se debería permitir la disminución del mencionado porcentaje, pudiéndose sustituir dicha disminución con una contribución parafiscal por parte de las empresas involucradas, cuyas rentas sean destinadas a instituciones de cuidado de personas con discapacidad.
2. Lamentablemente el país no está preparado para Personas con Discapacidad, para lo cual consideramos que se debe comenzar con la adecuación general de todas las instalaciones (empresas, centros comerciales y de recreación, centros educativos, universidades, transporte público, etc.) por parte del Ejecutivo Nacional, los estados y municipios, para así poder exigir (posteriormente) el cumplimiento de la Ley y no imponer sanciones actualmente, cuando realmente las empresas no cuentan con las herramientas necesarias para adecuarse a las exigencias de la LPD.
3. Para poder aplicar la LPD u obtener óptimos resultados, se deberían establecer jornadas de educación y concientización para personas naturales y jurídicas, de derecho público y privado, con la finalidad de inmiscuirlos en un proceso de transición y adecuación, para luego darle la bienvenida a la aplicación de las normas establecidas en la ley, momento en el cual no se tendrán excusas para su no aplicación.

Tendencias de los regímenes de pensiones en América Latina

*Oscar Hernández Álvarez**

Sumario:

- 1. América Latina. Comunidad histórico-cultural y diversidad nacional de una región.**
- 2. La seguridad social: el gran déficit social de América Latina.**
- 3. Los grandes obstáculos: administración, cobertura, financiamiento e inflación.**
- 4. El principio de la universalidad y su relativa aplicación en América Latina: sectores privilegiados y sectores precarios.**
- 5. Las perspectivas de los regímenes pensionales en América Latina: entre el reparto y el financiamiento individual, la prestación por el Estado o la privatización.**

Conclusiones

* **Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado**, Barquisimeto, Venezuela, Profesor de Derecho del Trabajo. Profesor Invitado en varias universidades nacionales y extranjeras. **Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, Venezuela, y **Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, Individuo de Número. Conferencia dictada en la Universidad de Girona, España, Octubre de 2008.

1. América Latina. Comunidad histórico-cultural y diversidad nacional de una región

Hablar de América Latina supone referirse a una región heterogénea, que comprende veinte países, que se extienden a lo largo y ancho de veinte millones de kilómetros cuadrados y en donde habitan más de quinientos millones de habitantes. Cada uno de estos países tiene su propia realidad. No obstante ello, todos vivieron un muy similar proceso de formación histórica y cultural, marcado por la conquista de esos territorios por potencias “latinas” de Europa y por el mestizaje étnico, cultural y religioso producido durante el proceso de conquista y colonización. Este proceso de formación histórica y cultural determinó la existencia factores comunes al grupo de países, los cuales permiten hacer ciertos análisis generales sobre América Latina que pueden ser válidos, incluso tomando en cuenta la referida heterogeneidad. La existencia de importantes elementos culturales comunes, el predominio generalizado de una misma formación religiosa, la coincidencia de muchos aspectos en los procesos históricos de las distintas naciones y en los problemas económicos y sociales que ellas confrontan, la facilidad de comunicación lingüística, son, entre otras, circunstancias que crean un marco general. Dentro de esta perspectiva, intentaré señalar algunos problemas de los sistemas de pensiones latinoamericanos, debiendo hacer la advertencia de que mis comentarios no pueden ser aplicados de una manera radical a todos los países y en todas las etapas. Se trata más bien de tendencias que pueden relevarse del estudio del conjunto de la región, que se encuentra más presentes en unos países que en otros y en unos momentos históricos más que en otros.

2. La seguridad social: el gran déficit social de América Latina

América Latina está integrada por países en vía de desarrollo. Ninguna de sus economías puede considerarse totalmente desarrollada. Ni Brasil ni México, con una importante población y con economías consideradas entre las veinte más importantes del mundo, ni Chile quizás la economía más sólida de la región y con décadas de constante crecimiento, ni Venezuela cuyo fisco se ha beneficiado considerablemente de los altos precios petroleros de la última década, pueden considerarse ingresados al exclusivo club de los países “del primer mundo” industrializado y post industrial. Y es que incluso, en aquellos países latinoamericanos de mayor crecimiento industrial, pervive una economía “dualista”, en la cual coexisten sectores de avanzada, con sectores tradicionales e

incluso atrasados. En algunos países existen sectores enteros de la industria que ni siquiera han agotado el fordismo-taylorismo. Así, es notable que en Brasil, que en muchas ocasiones ha sido considerado entre los diez países de mayor desarrollo industrial con derecho a representación neta en el Consejo de Administración de la Organización Industrial del Trabajo, se señala el carácter parcial y reactivo del proceso de modernización, destacándose que el país se encuentra “distante de la frontera tecnológica internacional, presentando un desfase en relación a los países desarrollados o incluso en relación a los “tigres asiáticos”, siendo necesario recordar que el nivel de difusión es muy desigual en lo que respecta a los diferentes sectores (*Organización del Trabajo y Relaciones Industriales en el Brasil*, Marcia de Paula Leite, en Nueva Sociedad N° 124, Marzo-Abril 1993).

Las anteriores circunstancias gravitan necesariamente y en forma negativa, sobre los niveles de vida de la población y sobre el alcance y la eficiencia de las políticas públicas de protección social. No obstante ello, podemos afirmar que el derecho laboral latinoamericano, fuertemente inspirado por la acción de la O.I.T., es susceptible, en general, de ser objeto de una cómoda comparación con los sistemas jurídico-laborales de otras regiones más desarrolladas como Europa. Lo que es más, el nivel de tutela jurídica legislativa y judicial que los estados latinoamericanos prestan, en general, a las relaciones de trabajo dependientes, es mayor que el prestado en aquellos países desarrollados en los cuales se privilegia la acción autónoma de las partes y no la intervención estatal a través de la legislación. En realidad el gran déficit de las sociedades latinoamericanas en relación con sus trabajadores no se encuentra en relación a la existencia de una adecuada legislación laboral sino en la seguridad social. En aquellos sectores laborales de América Latina en los cuales las leyes laborales tienen un grado relativamente normal de aplicación –y la poca eficacia que esta legislación tiene en vastos sectores de la población es otro importante déficit– el trabajador goza de una relativa protección en cuanto al disfrute de su salario, a los descansos remunerados y al pago de diversos beneficios laborales establecidos legislativa o convencionalmente. Pero la gran dificultad que experimentan muchos trabajadores que, en general, disfrutan de la tutela legislativa laboral, aparece cuando deben afrontar contingencias que no pueden atender adecuadamente con su salario y demás beneficios legales o contractuales. Cuando el trabajador enferma, muere o entra en una desocupación crónica, cuando se hace viejo y pierde sus faculta-

des productivas, el Derecho Laboral deja de ser un instrumento adecuado de ayuda. Es entonces cuando la Seguridad Social debería prestar al trabajador el auxilio que ya no le da el Derecho del Trabajo y es entonces cuando, desgraciadamente, la seguridad social en muchos países de la región latinoamericana aparece como bastante inadecuada para llevar a cabo esta importante misión.

Algunas cifras de la Comisión Económica Para la América Latina (CEPAL) dependiente de las Naciones Unidas (*La Protección Social de Cara al Futuro: acceso, financiamiento y solidaridad*, Montevideo, marzo de 2006), permiten evidenciar el carácter deficitario de la seguridad social en la región. Para el 2006 el porcentaje de trabajadores de la región que cotizaba a la seguridad social era apenas del 38,7%. Esta cifra, que comporta una reducción de la que arrojaban las estadísticas para 1990, supone un promedio que comprende desde los países con cobertura más amplia (Costa Rica, con el 65,3% y Chile con el 64,9%) hasta los de cobertura más baja (Paraguay 13,5% y Perú 13%). Esta baja cobertura de la seguridad se corresponde con la existencia de un alto porcentaje de la población (42,%) que se encuentra debajo de la línea de pobreza y sin protección social básica. En cifras absolutas tenemos cerca de 220 millones de pobres, de los cuales 88 millones viven en la extrema pobreza. Estas cifras evidencian un creciente y significativo aumento del problema, pues se estima que para 1980 el índice de pobreza era la mitad del actual y que el índice de indigencia, que para la fecha es del 17%, para 1981 llegaba al 12%.

Los efectos de la exclusión y la pobreza son aún mayores entre los discapacitados sin amparo previsional ni posibilidades de reinserción social: entre 45 y 65 millones de personas sufren en América Latina y el Caribe las consecuencias de esta situación. Además, la calidad de las prestaciones no es la mejor: Tardanzas en los pagos, montos insuficientes y exigentes requisitos, rodean la dotación de los servicios. En general, se estima que existe un déficit de trabajo decente para 93 millones de trabajadores, lo que representa alrededor del 50,5% de la población activa (Agustín Muñoz Vergara, *Trabajo Decente y sus déficit en América Latina. Los desafíos regionales*. Oficina Internacional del Trabajo. Turín. 2002).

Se ha observado que este gran déficit o deuda social en materia de seguridad social no se corresponde con otros grandes logros históricos en otros ámbitos. El más importante de ellos es el notable aumento de la

esperanza de vida en la mayoría de los países de la región durante las últimas décadas, el cual en el período 1970-1975 era de 61,4 años, mientras en el período 2000-2005 se había elevado a 72,0, siendo de observar que este logro, que comporta un envejecimiento relativo de la población, supone una mayor presión sobre el financiamiento de los sistemas de pensiones y de salud (CEPAL, *Ob. Cit.*).

3. Los grandes obstáculos: administración, cobertura, financiamiento e inflación

Diversas y muy variadas son las circunstancias que explican el retraso relativo de la seguridad social en América Latina. Un análisis detallado de las mismas tendría necesariamente que hacer referencia a las diversas realidades nacionales, lo cual rebasa los límites de esta exposición. Por ello y con el riesgo de caer en generalizaciones que un momento dado no sean aplicables a la específica realidad de un determinado país, me limito a señalar cuatro grandes obstáculos que han entorpecido el buen desarrollo de la seguridad social en la región: administración, cobertura, financiamiento e inflación.

A) Importantes fallas han sido relevadas en los organismos que administran la seguridad social en la región. En general, los países han ensayado administraciones de naturaleza tripartita, pero no siempre este tripartismo ha funcionado en forma transparente, armónica y eficiente. En algunas ocasiones el tripartismo ha sido más una fachada que una realidad y es el gobierno quien ha ejercido el peso decisivo. En otras ocasiones, la confrontación de los representantes de las partes sociales en el seno de los entes administrativos no ha sido un factor de colaboración para la eficiencia de los mismos. Pueden observarse situaciones nacionales de una exagerada centralización en la gestión de la seguridad social, así como otras en donde impera una gran dispersión institucional. El manejo de los diversos fondos por parte de los entes administradores no siempre ha sido adecuado. En más de una ocasión los fondos de pensiones, por ejemplo, han sido utilizados para el pago de gastos corrientes, produciéndose una descapitalización de aquéllos, lo cual ha incidido negativamente en el pago oportuno y correcto de las pensiones. Pero más allá de las fallas puntuales que pueden observarse en los organismos que tienen a su cargo la seguridad social, al analizar estos temas no puede soslayarse que históricamente la América Latina se ha caracterizado por una constante tensión entre tendencias autoritarias y libertarias, que ha dado lugar a que todos los países hayan vivi-

do largos períodos de gobiernos autoritarios y personalistas, que, en general, han prestado poca atención a la vigencia de los derechos civiles, políticos y sociales, y han carecido de una verdadera política social. El desarrollo político marcado por el caudillismo militarista, que aun presenta en la región importantes, aun cuando cada vez más escasas, manifestaciones, no ha favorecido el desarrollo de la institucionalidad de los organismos que administran la seguridad social.

B) El tema de la cobertura tiene mucho que ver con la evolución del mercado de trabajo. Desde inicio de los noventa hasta la fecha la cobertura contributiva experimentó una importante reducción. En palabras de la CEPAL, “a esa baja contribuyeron tanto el aumento del desempleo como la escasa expansión del empleo asalariado, el incremento del empleo informal y la precarización laboral; esta última se refleja en el hecho de que la condición de asalariado ya no garantiza la cotización a la seguridad social”. En materia de pensiones, las estadísticas arrojan que, en el conjunto de la región, sólo un promedio de 4 de cada 10 personas mayores de 70 años recibe directamente algún tipo de ingreso por jubilación o pensión. En esta situación, en varios países la protección a la tercera edad pasa a ser, mayoritariamente, un tema de asistencia familiar o de caridad, más que un tema de seguridad social. Queremos advertir que esta afirmación no puede generalizarse, ya que estos promedios regionales suponen cifras notablemente más altas en algunos países. En otros aspectos de la seguridad social y en determinados países, el tema de la cobertura es aún más preocupante. Así, en Venezuela, de acuerdo con cifras oficiales, para 2.002 la población económicamente activa llegaba a 11.925.916 personas, de las cuales 2.196.586 personas estaban cesantes, mientras que la población beneficiaria del seguro de paro forzoso andaba alrededor de 70.000 personas. (Luis Eduardo Díaz, *Relaciones Laborales y Exclusión Social en Venezuela*, borrador facilitado por el autor.)

En fin, podemos concluir que la cobertura de la seguridad social en América Latina es precaria desde dos puntos de vista: por una parte grandes sectores de la población están excluidos de los regímenes protectores y, por la otra, éstos no prestan una atención adecuada y suficiente a quienes sí lo están.

C) Otros de los grandes obstáculos que afronta la seguridad social en América Latina tiene que ver con su financiamiento. El modelo latinoamericano tradicional, que introdujeron en América Latina los países

pioneros, como Argentina, Chile y Uruguay, y que posteriormente vino siendo adoptado en términos generales por otros países, parte de la concepción de repartir los costos de la seguridad social entre toda la población y de la manera más equitativa posible. Por ello estos sistemas tradicionales se caracterizan como de “reparto” o “solidaridad”. Todos los cotizantes, empleadores y trabajadores, contribuyen a un fondo colectivo, el cual financia todos los beneficios de la seguridad social. En materia pensional, el sistema de seguridad social garantiza el derecho a disfrutar una pensión cuando el cotizante cumpla con determinado número de cotizaciones y alcance determinada edad. El monto de la pensión se predetermina en función de ciertos criterios legalmente establecidos, pero que para nada suponen la existencia particular de un “fondo maduro”, creado por las cotizaciones hechas por cada empleador y su respectivo patrono y que ‘permitan financiar, con cargo a tal “fondo”, el costo de la pensión. De allí que en estos sistemas tradicionales se da y no infrecuentemente el caso, de pensiones que no se sustentaban, al menos totalmente, en las contribuciones hechas por el pensionado y su empleador, lo cual supone la necesidad de un aporte fiscal para su pago. En los sistemas tradicionales las exigencias suelen ser menores para las mujeres que para los hombres, lo cual implica necesariamente un aporte adicional del Estado para sostener las pensiones del sexo femenino. Estos sistemas funcionaron, con mayor o menor eficiencia, en sociedades jóvenes y relativamente despobladas. Por ser jóvenes poseían una población activa cotizante muy superior a la población pasiva pensionada. Siendo su número de habitantes muy inferior al que alcanzaron después de décadas en las cuales los niveles de salud subieron, los de mortalidad infantil descendieron y los flujos inmigratorios fueron importantes, los recursos fiscales eran destinados a la atención de un número de habitantes relativamente moderado. Todo ello daba al Estado un cierto margen para sufragar los gastos de la seguridad social. Cuando las condiciones cambiaron, se aumentaron las perspectivas de vida, crecieron los requerimientos de una población cada vez mayor y, además los estados se enfrentaron a nuevos problemas como los del peso de la deuda y las crisis económicas, con sus componentes de recesión e inflación, a los estados latinoamericanos se les hizo cada vez más difícil el mantener el financiamiento del sistema de seguridad social y muy particularmente de los regímenes pensionales. En esta crisis de financiamiento, se encuentra el principal elemento impulsador de las reformas asumidas en esta materia en las últimas décadas.

D) Las altas tasas de inflación que históricamente han estado presentes en la América Latina, aun cuando han venido siendo controladas en la mayoría de los países en las dos últimas décadas, han sido otro importante inconveniente para el buen desarrollo de la seguridad social. Estos altos índices inflacionarios han perjudicado especialmente el sistema de pensiones, pues impiden la maduración adecuada de fondos que permitan financiar asignaciones monetarias capaces de adecuarse al aumento del costo de la vida.

4. El principio de la universalidad y su relativa aplicación en América Latina: sectores privilegiados y sectores precarios

Uno de los principios que informan la seguridad social como disciplina y como régimen de protección social es el de la universalidad. Se parte de la premisa de que todo régimen de seguridad social debe proporcionar a todos los habitantes del país un mismo grado de protección básica ante las contingencias cubiertas por el régimen. Cada beneficiario o sector de beneficiarios está en la posibilidad de complementar el alcance y contenido de esa protección de la manera que lo crea más conveniente, pero la protección básica debe estar garantizada por la seguridad social a todos los habitantes del país.

Podemos afirmar que, en general, en América Latina el principio de la universalidad no ha funcionado adecuadamente, lo cual tiene mucho que ver con las grandes desigualdades que la caracterizan y que la hacen, de acuerdo con palabras de la CEPAL, la región con más desigualdad en el mundo. En efecto, estadísticas aportadas por este organismo ilustran la acentuada concentración del ingreso, al comparar la proporción que capta que del mismo capta el decil más rico de la población en relación al 40% más pobre. En el 2002 la diferencia más baja entre estos dos grupos se registró en Uruguay, país en que el décimo decil captó el 27,3% de los recursos nacionales y tuvo un ingreso medio 9,5 veces superior al de los cuatro primeros; en el otro extremo se observa que en el 2001 en Brasil el 40% más bajo de la distribución percibía apenas el 10,2% del total del ingreso, en tanto que el decil más rico recibía cerca de la mitad (46,8%), lo que implica un cociente de rentas medias de ambos grupos de 32,2 veces (CEPAL, 2004a). En promedio, el decil más rico recibe el 36,1% del ingreso de los hogares en los países de América Latina más aún, la tendencia observada indica que la participación del décimo decil ha tendido a aumentar en la última década en la mayoría de los países de la región, lo que refuerza una tendencia

histórica regresiva. (*La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, CEPAL, Nueva York, 2004).

Esta situación de desigualdades, de privilegios y carencias, se ha manifestado en el campo de la seguridad social y, muy específicamente, en el de las pensiones. Ante la existencia de una seguridad social caracterizada por su precariedad, por pensiones insuficientes y pagadas con retardo, los sectores profesionales con mayor poder de presión social fueron logrando, a través de legislaciones especiales o de negociaciones colectivas, un régimen de privilegio. Así, paralelamente al régimen general ofrecido por el Estado a la ciudadanía común, algunos grupos especialmente poderosos, fueron obteniendo para sí regímenes más ventajosos. Militares, trabajadores de la salud y trabajadores de la educación, entre otros sectores privilegiados, lograron un régimen pensional cuyos beneficios superan altamente al régimen ordinario. En estos casos es frecuente la existencia de pensiones que se otorgan a los veinte o veinticinco años de trabajo sin importar la edad del beneficiario, que montan el cien por ciento del último salario o del promedio de los últimos años, que se reajustan a los índices inflacionarios y que después de la muerte del pensionado se siguen pagando a determinados parientes. Este régimen de privilegio generalmente es soportado por aportes fiscales del Estado, por lo cual, no sólo es chocante con el régimen deficitario que corresponde a la generalidad de la población pensionada, sino que suele gravar notablemente los presupuestos de los diferentes organismos públicos, al punto de constituir un importante obstáculo para el mejoramiento de las condiciones de trabajo de sus trabajadores.

5. Las perspectivas de los regímenes pensionales en América Latina: entre el reparto y el financiamiento individual, la prestación por el Estado o la privatización

En general, los primeros regímenes pensionales en América Latina, en su mayor parte concentrados en el sector público, comprendían pensiones pagadas directamente por el empleador con cargo a sus recursos financieros, previéndose, en algunos casos, una cotización parcial por parte del trabajador. Posteriormente y en la medida que la seguridad social se fue extendiendo, se pasó a un régimen de reparto o solidaridad intergeneracional, que preveía la constitución de fondos pensionales con aportes de los trabajadores, de los empleadores y del Estado, en el concepto de que las generaciones activas, no sólo contribuirían al financiamiento parcial de sus propias pensiones, sino también, siendo lo más

importante, al de las generaciones pasivas. La ola de reformas iniciada en Chile dio prioridad a sistemas de cotización definida en los cuales cada trabajador financia y crea una cuenta individual, administrado por entidades previamente autorizadas y que le va a permitir gozar en su vejez de una pensión. Las perspectivas de este modelo pensional, basado en el ahorro y financiamiento individual, ha sido objeto de diversas observaciones que han dado lugar a la implantación de modelos mixtos, que combinan el financiamiento individual con la solidaridad y que dan lugar a la participación de entes públicos y privados en la administración de los fondos pensionales.

La irrupción de modelos de capitalización individual en la América Latina fue fundamentada en las críticas hechas a las deficiencias observadas en los regímenes tradicionales de reparto, administrados por entes estatales y a las cuales nos hemos referido anteriormente. Un análisis más objetivo del problema nos lleva a considerar que el fundamento empleado para sustentar la implantación o la propuesta de modelos de financiamiento individual manejados exclusivamente por entes privados, no tomó en cuenta algunos matices importantes. Por una parte, ignora que históricamente pueden mostrarse ejemplos de funcionamiento adecuado de sistemas de solidaridad manejados por el Estado. Por la otra, no considera que algunas de las deficiencias que han mostrado estos sistemas no tienen mucho que ver con el hecho de que tengan su fundamento en el reparto y no en el financiamiento individual. Temas como el del envejecimiento de la población, los problemas creados por los flujos emigratorios e inmigratorios, el alto costo de los regímenes de privilegio, afectan el funcionamiento de un sistema pensional, independientemente de que esté fundado en el reparto o en el financiamiento individual y de que esté manejado por entes públicos o privados. Además, se parte del falso supuesto de que la ineficiencia administrativa, los altos costos de funcionamiento y la corrupción son notas exclusivas del sector público.

El modelo de financiamiento o capitalización individual, establecido originariamente en Chile en 1981, promocionado entusiastamente por sus creadores y sostenedores en el resto de países latinoamericanos, sirvió de fuente de inspiración a varias de las reformas adelantadas por países latinoamericanos. La descripción sumaria de este modelo podría hacerse así: el monto de las pensiones se fija en el momento de su disfrute y en atención a las contribuciones pagadas por el beneficiario dependiendo de los salarios depositados y el rendimiento de las inversiones; el

régimen de administración financiera es la capitalización en cuentas individuales y portables entre ocupaciones o sectores; los operadores del sistema son entidades financieras privadas, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), que actúan comercialmente en un régimen de competencia, pues los afiliados pueden escoger libremente el ente que va a administrar sus fondos. Una vez establecido el nuevo modelo de financiamiento individual, se cierra, salvo las muy contadas excepciones que se establecen: militares y algunos empleados públicos civiles, la posibilidad de continuar afiliados al régimen de reparto. El papel del Estado se limita a la supervisión del funcionamiento del sistema y a garantizar el pago de una pensión mínima a aquellos trabajadores que aun habiendo cumplido con el número mínimo de cotizaciones no hayan logrado madurar un fondo capaz de producirles una pensión mínima.

En Bolivia y México, en 1977, en El Salvador, en 1998 y en República Dominicana en 2003 y 2005, se aprobaron reformas inspiradas en el modelo chileno.

En general las reformas favorecedoras de un régimen de capitalización individual no fueron producto de un consenso entre los actores sociales, sino de una decisión unilateral de los gobiernos, usualmente con respaldo de los sectores empresariales y con el aliento, por no decir presión, de los entes financieros internacionales.

El modelo chileno, iniciador y paradigmático, de los sistemas de ahorro individual ha sido objeto de un profundo debate, no sólo al interior de Chile sino en toda la región. Sus adversarios no dejan de recordar que el modelo fue implantado autoritariamente, sin discusión alguna, durante la dictadura militar y que sin embargo las fuerzas armadas siguieron disfrutando del sistema tradicional de reparto. Afirman que “el régimen de capitalización no tiene una naturaleza compatible con la esencia solidaria de la seguridad social y que no está en condiciones, entre otras cosas, porque pareciera no ser su objetivo fundamental, de otorgar una protección universal y suficiente a la población ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte. Observan la existencia de una baja cobertura, de prestaciones insuficientes, ni siquiera amparadas por la garantía estatal de montos mínimos, de una administración basada en la competencia que, sin embargo, está construida por pocas empresas de estructura oligopólica; de un costo de operación en el que inciden las administradoras de fondos de pensiones y compañías de seguros, quienes aparte de invertir en altos gastos de comercialización generan para

sí utilidades manifiestamente desmedidas; en fin, de la incapacidad del sistema para resolver las situaciones de discriminación que afectan a las mujeres, a los jóvenes, a los temporeros, a los trabajadores por cuenta propia y, en general, a la gran mayoría de los chilenos que percibe bajos ingresos. La conclusión es que la mitad de la población está expuesta al desamparo absoluto, salvo que su indigencia extrema le dé cabida al menguado amparo asistencial. La otra mitad, no obstante destinar casi una cuarta parte de su esfuerzo previsional a financiar los gastos de administración de las AFP, está hoy condenada, en un demasiado alto porcentaje, a ahorros insuficientes que no les permitirán obtener pensiones siquiera superiores a la pensión mínima; de este mayoritario sector de cotizantes una pequeña parte obtendrá garantía estatal para ajustar su pensión al monto mínimo, debido al fenómeno generalizado de bajas densidades. La mayor parte quedará, como decíamos, con la sola expectativa de calificar como indigente para aspirar a alguna ayuda extrema”. (*Propuesta de la Asociación de Abogados Laboristas Respecto de la Reforma del Sistema de Pensiones*. [Laboral 2004@yahoogroups.com](mailto:Laboral2004@yahoo.com) de fecha 29-05-2006)

Por su parte, los defensores del modelo, sin dejar de reconocer algunos de los problemas expuestos, aun cuando no con la magnitud, según ellos, exagerada en que los plantean los adversarios del régimen, señalan que el nuevo modelo ha superado, en general, las deficiencias propias del modelo tradicional y que ya hemos resumido en este trabajo. Afirman que además de cubrir en forma más adecuada con los objetivos del sistema pensional, el modelo de capitalización ha devenido en un importante factor para el aumento del ahorro y de la capacidad financiera nacional, estimulando el desarrollo de los mercados financieros. En este sentido recalcan que el nuevo modelo se ha constituido en uno de los pilares que han permitido el crecimiento económico constante experimentado en Chile durante las últimas décadas.

Tanto el Gobierno como la propia Asociación de Administradoras de Fondo de Pensiones han admitido que la mitad de los afiliados al sistema no alcanzará a ahorrar en su cuenta individual lo mínimo para alcanzar siquiera una pensión básica cuando llegue el momento de su jubilación: casi 50% de los afiliados a las AFPs recibirían una jubilación menor a la asistencial, que bordea los ochenta dólares mensuales. Esta situación, aunada a las críticas sobre la alta rentabilidad de las AFP, de casi un 25% en los últimos 12 años, motivaron que en enero de 2008 se aprobara una reforma que había sido considerada entro los puntos fundamen-

tales de la propuesta electoral de la Presidente socialista Bachelet. La reforma mantiene a las AFP, pero diseña un sistema sobre la base de tres pilares, un pilar contributivo, un pilar solidario y un pilar de ahorro voluntario. Se contempla el disfrute de pensiones básicas solidarias, con financiamiento público, que beneficiarán al 60% de la población de menores ingresos. Aquellos que no han cotizado nunca podrán recibir, a partir del 1° de julio de 2008, una Pensión Básica Solidaria de 60 mil pesos (unos 120 dólares), que aumentará a 75 mil (150 dólares) en la misma fecha del 2009. El actual monto del beneficio no supera los 60 dólares. Por otra parte, aquellos que sí hayan cotizado pero, aun así, no lleguen al monto de imposiciones necesario para obtener una pensión por jubilación recibirán un Aporte Previsional Solidario que permitirá complementar las pensiones más bajas de manera proporcional a lo que cada quien haya cotizado en su vida laboral.

La ley establece también que las mujeres que cumplan 65 años recibirán una bonificación adicional por cada hijo nacido vivo.

En cuanto al funcionamiento de las AFP, el Parlamento no aprobó la propuesta presidencial de crear un ente estatal que participara en el negocio de gestión de las pensiones, razón por la cual el mismo sigue estando a cargo de entes privados. La reforma garantiza una mayor competencia entre las AFP, estableciendo, entre otras cosas, que la cuota de nuevos afiliados, unos 200.000 por año, se otorgará a aquella Administradora que, mediante licitación, aparezca como cobrando una menor comisión de servicio. Las modificaciones al funcionamiento de las AFP buscan aumentar su competitividad y regular el funcionamiento de estas instituciones a las que están obligados a afiliarse los trabajadores desde hace 25 años, con una cotización mensual que oscila entre el 10 y el 13 por ciento del salario mensual.

Las críticas que desde hace más de una década cuestionaron el modelo pensional chileno y que al fin determinaron su modificación, influyeron para que en las reformas implantadas en otros países de la región, aun tomando ideas fundamentales del modelo chileno, hayan incorporado otros elementos para tratar de moderar los efectos negativos que le han sido observados. Así, en Perú, 1993 y Colombia, 1994 las reformas del régimen pensional se caracterizan por el establecimiento coyuntural de regímenes paralelos, que mantienen el componente de reparto pero incorporan, como alternativa, un componente de capitalización individual. En estos países el sistema público no se cerró sino que se reformó,

creándose un nuevo sistema privado, de manera que los dos compiten entre sí por la afiliación de los trabajadores. Se ha señalado (CEPAL, *Ob. Cit.*) que la elección de esta modalidad responde fundamentalmente a consideraciones fiscales y políticas. En la medida en que sólo parte de los afiliados se traslada al sistema de capitalización, el costo fiscal de la transición es menor a corto plazo (con respecto a la opción en que todos los trabajadores se trasladan al sistema capitalizado). Por otra parte, dado que la decisión de afiliación queda en manos del propio trabajador, se reduce la oposición política a las reformas. Entre la reforma del sistema colombiano y la del sistema peruano hay algunas diferencias. Puede decirse que, en general, la reforma colombiana fue mucho más amplia. Por otra parte, mientras en Colombia es posible que el trabajador pase de un sistema a otro, con un mínimo de cinco años de permanencia, en el Perú el trabajador que se integra al mercado laboral es libre de afiliarse al sistema de su elección y le está permitido trasladarse del público al privado. El proceso inverso sólo está permitido, sin embargo, con causales justificadas.

Posteriormente a la reforma chilena, cuatro países (Argentina, 1994, Uruguay, 1996, Ecuador, 2001 y Costa Rica, 2001) adoptaron modelos que pueden considerarse mixtos en cuanto suponen la coexistencia, no de manera coyuntural como en Colombia y en Perú, sino de manera estable, de un régimen de reparto administrado por el Estado, que garantiza una pensión básica predeterminada que se complementa con régimen de capitalización individual, administrado por entes privados y que, al contrario del régimen público, supone una cotización predeterminada y unos beneficios variables en función de los resultados financieros de la inversión de los fondos individuales. En estos modelos mixtos son los propios afiliados, al ir estableciendo sus preferencias entre uno y otro sistema, los que van a decidir el debatido tema de cuánta importancia debe darse a la solidaridad y cuánta a las posibilidades de obtener individualmente mejores beneficios en función de la personal capacidad de ahorro de cada contribuyente. Ha observado la CEPAL que tanto en estos modelos mixtos como en los paralelos, persiste la necesidad de reformar el modelo de reparto de forma de garantizar su sostenibilidad financiera en el tiempo.

En cuanto al caso argentino, es necesario anotar que en octubre de 2008 la Presidenta del Gobierno presentó un proyecto de Ley, posteriormente aprobado por el Parlamento, que estatiza las administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (diez en total, una española, una

británica, una holandesa y siete locales), que en su conjunto administran fondos por cerca de treinta mil millones de dólares, constituyendo el principal inversor institucional del país. La justificación que da el Gobierno es que estas Administradoras tienen invertido cerca del setenta por ciento de los fondos que administran en bonos y acciones, los cuales, con ocasión de la actual crisis financiera mundial, han caído en alrededor del 45% de su valor, lo cual crea una incertidumbre en cuanto al futuro pago de pensiones. Con la medida, señala el Gobierno, se pretende proteger a los aportantes de la caída de rentabilidad que han sufrido los fondos privados de pensiones. El titular de la Administración Nacional de Seguridad Social declaró que con la estatización se va a dar por terminado el experimento fracasado del régimen de capitalización individual. Algunos analistas, tanto argentinos como extranjeros, consideran que la motivación principal de la medida es asegurar el financiamiento de la deuda pública, que para el año 2009 presenta vencimientos por doce mil millones de dólares, cuyo pago se obstaculiza por la escasa liquidez del gobierno y por las dificultades de acceso al crédito que se presentan con motivo de la actual crisis. En tanto, la medida ha afectado negativamente los índices bursátiles. El índice Marbal de la Bolsa de Buenos Aires descendió en 10.99 puntos. En España la medida tuvo una repercusión negativa, ya que una de las principales administradoras pertenece al grupo español BBVA. Al día siguiente del anuncio, el índice IBEX de la Bolsa de Madrid acusó un descenso del 8,6% y las acciones BBVA del 9,1%.

No obstante las reiteradas críticas al sistema tradicional de reparto y las grandes expectativas que se han producido en torno a las reformas realizadas al sistema de pensiones que venimos de comentar, buena parte de los países latinoamericanos no ha realizado reformas a sus sistemas pensionales o se han limitado a realizar reformas muy puntuales (ampliación de cotizaciones, reducción de beneficios, aumento de edades mínimas, castigo a pensiones a temprana edad, estímulo a la postergación del disfrute de la pensión,) que no modifican en su esencia al régimen pensional, sino que se limitan a cambiar alguno de sus elementos particulares, con la intención de hacer más adecuado y sostenible el funcionamiento del sistema de reparto. Es el caso de Brasil, Cuba, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela.

Conclusiones

Primera: En términos generales la región latinoamericana presenta un gran déficit de seguridad social. La cobertura de la misma alcanzaba para 2.005 apenas a un promedio del 38,7% de la población económicamente activa, lo cual comporta un importante descenso en relación a décadas anteriores. Es de observar que algunos países como Costa Rica y Chile, este índice se sitúa alrededor del 65%. En general las prestaciones son insuficientes, los pagos suelen ser tardíos y algunas contingencias no están adecuadamente cubiertas. Esta situación precaria crea un círculo vicioso: la precariedad se debe en buena parte a la baja cobertura pero al mismo tiempo desincentiva la afiliación, pues muchos trabajadores perciben el pago de cotizaciones más como un impuesto que como una inversión para mejorar la calidad de su vida.

Segunda: Entre los grandes obstáculos que ha encontrado el funcionamiento de la seguridad social en América Latina podemos señalar la administración, la cobertura, el financiamiento y el impacto negativo de la inflación.

Tradicionalmente la administración de la seguridad social ha estado confiada a entes públicos. En muchos casos los mismos suponen una dirección tripartita, la cual, en la práctica, suele no funcionar o hacerlo inadecuadamente. El desarrollo político marcado por el caudillismo militarista, que aun presenta en la región importantes, aun cuando cada vez más escasas, manifestaciones, no ha favorecido el desarrollo de la institucionalidad de los organismos que administran la seguridad social. La ineficiencia administrativa y la corrupción han sido características frecuentes en estos organismos.

La cobertura de la seguridad social en América Latina, no sólo es baja, sino que tiene una clara tendencia al descenso. De esta tendencia no se han escapado aquellos países que han modificado sus regímenes de seguridad social. Entre las causas de la misma pueden señalarse el aumento del desempleo, la expansión del empleo informal en detrimento del empleo asalariado y la precarización laboral.

El financiamiento de los sistemas de seguridad social tropezó serias dificultades a partir de ciertas condiciones que comienzan a presentarse en la segunda mitad del siglo XX y que hacen crisis a partir de los años 80. El aumento de la perspectiva de vida, los flujos migratorios, el peso

de la deuda y las crisis económicas, hicieron cada vez más difícil el mantener el financiamiento del sistema de seguridad social y, muy particularmente, de los regímenes pensionales.

América Latina ha registrado altas tasas de inflación, especialmente en los años 80 y a principio de los años 90, las cuales impactaron negativamente a la seguridad social, especialmente a los regímenes de pensiones.

Tercera: El modelo de pensiones tradicional en América Latina consiste en un régimen de reparto o solidaridad intergeneracional, que prevé la constitución de fondos pensionales con aportes de los trabajadores, de los empleadores y del Estado, en el concepto de que las generaciones activas, no sólo contribuyen al financiamiento de sus propias pensiones, sino también al de las generaciones pasivas. Este modelo tropezó con las grandes dificultades experimentadas por la seguridad social a partir de los años sesenta, a las cuales se ha hecho referencia en este trabajo. En general su cobertura se hizo cada vez más baja y sus beneficios insuficientes y pagados con retardo. Esta precariedad estimuló a los sectores profesionales con mayor poder de presión social a luchar para el logro a través de legislaciones especiales o de negociaciones colectivas, un régimen de privilegio, generalmente soportado por aportes fiscales del Estado, por lo cual, no sólo es chocante con el régimen deficitario que corresponde a la generalidad de la población pensionada, sino que suele gravar notablemente los presupuestos de los diferentes organismos públicos, al punto de constituir un importante obstáculo para el mejoramiento de las condiciones de trabajo de sus trabajadores y de la seguridad social del resto de la población.

Cuarta: Ante las deficiencias del modelo tradicional de reparto, algunos sectores, especialmente empresariales, con el apoyo de los organismos financieros internacionales han promovido los sistemas de financiamiento individual en los cuales cada trabajador financia y crea un fondo particular, administrado por entidades privadas previamente autorizadas que invierten dichos fondos en los mercados financieros y le otorgan una pensión en su vejez, cuyo monto no está previamente definido sino que se determina en función de los resultados de la inversión, de manera que tanto el costo del sistema como sus riesgos se trasladan al trabajador. Este sistema se estableció por primera vez en Chile y con importantes modificaciones, ha inspirado las reformas que se han producido en otros seis países de la región. Más allá de las bondades y defectos del modelo chileno, hay que reconocer que su implantación en dicho

país y la fervorosa promoción que del mismo han hecho sus promotores en los otros países, la cual ha estado acompañada de una no menos fervorosa crítica impulsada muy especialmente por analistas chilenos adversos al modelo, han despertado en toda la región un inusitado interés por los temas de la seguridad social, estimulando, entre otras cosas, la convicción acerca de la necesidad de reformar la seguridad social.

Quinta: Planteadas así las cosas, puede concluirse que la alternativa entre solidaridad o financiamiento individual es el gran tema del debate sobre seguridad social en América Latina.

Para hacer algunas consideraciones personales en relación al mismo, parto de una interrogación que por elemental podría parecer intrascendente ¿cuál es la finalidad de la seguridad social? ¿qué se persigue con un sistema de pensiones? La superficialidad de tal interrogación es tan sólo aparente, ya que quienes con tenacidad han promovido en la región el modelo chileno de pensiones —éste ha pasado, junto con el cobre, los vinos y las frutas, a ser uno de los principales productos de exportación del país austral— insisten permanentemente que el éxito económico que Chile ha alcanzado en las últimas décadas —puede decirse que la economía chilena es la que en la región presenta un crecimiento más constante, equilibrado y sólido— se debe en buena parte al papel positivo que los fondos de pensiones han desempeñado como factor de crecimiento del ahorro y expansión de los mercados financieros. El objetivo de un régimen de pensiones es lograr que la generalidad de las personas de la tercera edad de una determinada sociedad puedan obtener, de una manera viable y permanente, los recursos necesarios para vivir una vejez digna. Si un sistema de pensiones no cumple tal finalidad, no será adecuado, así constituya un elemento importante para el crecimiento económico. Por otra parte, es necesario destacar que la experiencia demuestra si bien este tipo de reformas puede contribuir positivamente al desarrollo del mercado financiero y al crecimiento de la economía, sus efectos concretos en una determinada economía nacional dependerá de muchos factores que exceden de lo que es en sí el modelo de pensiones, tales como la estabilidad macroeconómica, la inflación, la estructura productiva y la política monetaria y cambiaria. Hay que tomar en cuenta, además, que dado el carácter privado de los entes administradores de fondos de pensiones, muchos de los cuales están de una manera u otra conformados o asociados a empresas transnacionales, una parte de los ahorros administrados son invertidos en el extranjero.

Otra observación que pueda hacerse al modelo de financiamiento individual tiene que ver con la menguada capacidad de ahorro que caracteriza a la mayor parte de los usuarios del sistema en América Latina. Ya hemos señalado los altos niveles de pobreza y de informalidad que imperan en la región. Pero se debe mencionar que aun en los sectores laborales que operan en la economía informal, la mayoría de los trabajadores devengan salarios mínimos que apenas les permiten lograr un nivel de subsistencia, pues generalmente dichos salarios están por debajo de los costos de la canasta alimentaria. En consecuencia, cabe preguntarse ¿cómo exigir a estos trabajadores, que difícilmente pueden asumir los costos de su vida presente y la de su familia, que financien además su pensión de vejez? Un sistema de financiamiento individual sólo es viable para aquellos trabajadores que tengan ingresos que les permiten cubrir sus gastos de vida y, además, hacer algún ahorro. Por eso parecen más realistas y equitativos aquellos sistemas que mantienen el reparto o solidaridad como un sistema básico a cuyo financiamiento pueden contribuir trabajadores y empleadores pero que suponen un aporte fiscal hecho por el Estado por la vía de redistribución de los ingresos tributarios y que además prevén un sistema complementario y optativo de capitalización individual.

En fin, a mi personal juicio, se ha exagerado la bondad de que la administración del sistema estén manos privados y no del Estado. Es cierto tradicionalmente en la América Latina el Estado ha presentado deficiencias en la gestión de las actividades que están a su cargo. Pero no es menos cierto que las empresas privadas no están exentas de tal pecado. Lo que es más, en la región se han presentado de manera alternativa, en uno u otro país, crisis que han afectado la casi totalidad de los entes financieros privados y que han obligado al Estado a financiar soluciones de emergencia para salvaguardar los intereses de los depositantes y que han comportado endeudamientos y devaluaciones monetarias. Por otra parte, los gastos de comercialización que comporta el funcionamiento de entes privados en dura competencia para captar los afiliados y las comisiones que estos entes devengan, aumentan onerosamente los costos de los regímenes pensionales.

Las anteriores consideraciones no me llevan a sostener la intangibilidad del modelo tradicional de reparto. Es obvio que el mismo necesita reformas que lo hagan no sólo más eficiente y adecuado, sino financieramente viable. Es igualmente obvio que la existencia de regímenes de privilegios que atentan contra el principio de universalidad comportan

para el Estado altos costos financieros que le dificultan la atención adecuada del régimen general del resto de la población. Es claro que un sistema eficiente de seguridad social en países de economía de mercado no debería funcionar sobre la base de monopolios estatales que descarten la participación del sector privado. Pero por encima de todo, es necesario afirmar que la seguridad social y por ende los regímenes pensionales, deben funcionar, por su propia esencia, con base en el principio de solidaridad y atendiendo a la necesidad de dotar de adecuada protección a toda la población y no sólo a aquella que esté en capacidad de financiarse individualmente tal protección. La salud de los habitantes de un país, la atención de los mismos ante contingencias que no pueden afrontar con sus recursos propios, la dignidad de la vida de quienes han llegado a la tercera edad, son desafíos que la sociedad no puede dejar al sólo esfuerzo y capacidad individuales de sus miembros. Las deficiencias que en el siglo XX mostró el Estado de Bienestar Social en el cumplimiento de las metas de equidad social que se propuso, no pueden ser justificación para que el estado del siglo XXI desmonte todos los mecanismos de la protección social y deje a cada individuo en la difícil situación de protegerse a sí mismo. En una economía de mercado que produce riqueza y en donde hay desigualdades, el papel del Estado es el de ser agente de distribución de esa riqueza para proveer a la tutela de los sectores menos favorecidos. La historia ha demostrado el fracaso de los regímenes colectivistas que pretendieron concentrar en el Estado todas las actividades esenciales de la sociedad. No nos sentemos a ver el fracaso de regímenes que, atendiendo a una dinámica pendular lamentablemente frecuente en la historia de la humanidad, pretendan desmontar todas las estructuras de solidaridad social y dejar al individuo como único factor de actuación y decisión ante problemas que competen a la sociedad entera.

Comentarios al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista

*José Ernesto Hernández Bizot**

Sumario:

Introducción a la temática.

- 1. Del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista:** *1.1 Cambio de denominación: 1.2 Principales competencias. 1.3 Patrimonio.*
- 2. Obligaciones patronales:** *2.1 Obligación de cotizar ante el INCES. 2.2 Obligación de cumplir con el Programa Nacional de Aprendizaje. 2.3 Obligación de inscribirse en el Registro Nacional de Aportantes.*
- 3. Obligación de los trabajadores:** *3.1 Cotizar ante el INCES.*

* Universidad Católica Andrés Bello, Abogado. Universidad Central de Venezuela, Especialización Derecho del Trabajo, cursante. Grau García Hernández & Mónaco, Abogado.

- 4. Solvencia de cumplimiento de la obligación tributaria de cotizar.**
- 5. De las situaciones no previstas en el Decreto Ley.**
- 6. Sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones.**

Conclusiones

Introducción a la temática

El pasado 23 de junio de 2008, fue publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.958 el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (en lo sucesivo, El Decreto Ley).

El referido texto normativo derogó expresamente la Ley sobre el Instituto de Cooperación Educativa (INCE) (en lo sucesivo, Ley del INCE), publicada en G.O. N° 26.043, de fecha 22 de agosto de 1959, así como su reforma parcial publicada en G.O. N° 29.115 de fecha 8 de enero de 1970.

El Decreto Ley surgió por la necesidad de posicionar al INCE dentro de los principios ideológicos del Socialismo, así como transformarlo en una organización que impulse los procesos de educación, formación y capacitación integral de los ciudadanos.

Así las cosas, con las presentes notas trataremos de ilustrar sobre los principales aspectos prácticos e innovaciones contenidas en el Decreto Ley y su impacto en las empresas obligadas a dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el mismo.

1. Del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES)

1.1 Del Cambio de Denominación

Con el Decreto Ley se decidió cambiar el nombre del INCE por el de Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES) y se dispuso su adscripción al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Economía Comunal¹.

¹ Desde su creación el INCE estuvo adscrito al Ministerio de Educación.

1.2 Principales Competencias del INCES

Entre las principales competencias del INCES se encuentran (i) ejecutar y desarrollar la política nacional en materia de educación y formación socialista; (ii) crear y mantener actualizado el Registro Nacional de Aportantes (RNA); (iii) recaudar y fiscalizar los tributos establecidos en el Decreto Ley; (iv) otorgar certificaciones educativas; (v) brindar orientación a los participantes² y aprendices³, en la exploración de sus aptitudes e intereses en la selección de planes de estudios, etc.

1.3 Patrimonio del INCES

El patrimonio del INCES se encuentra compuesto por:

1. Una contribución de los patronos, equivalente al dos por ciento (2%) del salario normal, pagado al personal que trabaja para personas naturales y jurídicas, de carácter industrial o comercial y todas aquellas formas asociativas cuya finalidad sea la prestación de servicios o asesoría profesional, no pertenecientes a la República, a los Estados ni a las Municipalidades.
2. El medio por ciento (1/2%) de las utilidades anuales, aguinaldos o bonificaciones de fin de año, pagadas a los obreros y empleados, y aportadas por éstos, que trabajan para personas naturales y jurídicas, pertenecientes al sector privado, y todas aquellas formas asociativas cuya finalidad sea la prestación de servicios o asesoría profesional. Tal cantidad será retenida por los respectivos patronos para ser depositada a la orden del

² Antes de la promulgación del Decreto Ley, sólo podían tomar cursos dictados por el INCES (antes INCE), aquellos que resultaren calificados como aprendices, mientras que a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley, pueden recibir los cursos inclusive otras personas denominadas Participantes, quienes han sido definidos por el Decreto Ley como: "Artículo 5: Serán participantes de las actividades del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista todas las personas, con especial atención a las que no posean instrucción profesional, adolescente, con necesidades educativas especiales, pueblos y comunidades indígenas, con penas privativas y restrictivas de la libertad y demás que requieran inclusión socioproductiva (...)".

³ Se entiende por aprendices a los efectos del Decreto Ley: "(...) las y los adolescentes entre 14 y 17 años, según su vocación y libre elección del oficio de su preferencia y que no hayan recibido formación previa en el oficio a desarrollar, con un grado de instrucción acorde con las exigencias del oficio en el cual se va a capacitar". (Artículo 5).

Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista, con la indicación de la procedencia.

3. Los aportes provenientes de la Ley de Presupuesto y los aportes extraordinarios que le asigne el Ejecutivo Nacional.
4. Los bienes, derechos y acciones de cualquier naturaleza que le sean transferidos, adscritos o asignados por el Ejecutivo Nacional.
5. Las transferencias y los ingresos provenientes de órganos de cooperación internacional, de acuerdo a las normas vigentes para tal efecto.
6. El producto de las multas impuestas por el incumplimiento de las obligaciones señaladas por el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.
7. Las donaciones y legados de personas naturales o jurídicas, hechas al Instituto.
8. Los demás aportes, ingresos o bienes destinados al cumplimiento de la misión y objetivos del Instituto, percibidos por cualquier otro título legal.

Resulta oportuno señalar que las contribuciones previstas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 8 no estaban previstas en la Ley del INCE, pues únicamente se incorporó el numeral 6 en el Reglamento⁴, cuyas disposiciones permanecen en vigencia entre tanto no contradigan los aspectos contenidos en el Decreto Ley.

2. Obligaciones Patronales previstas en el Decreto Ley

2.1 *Obligación de Cotizar ante el INCES*

El Decreto Ley mantuvo una de las principales obligaciones contenidas en la Ley del INCE, consistente en la necesidad cotizar al INCES, esto es, aportar una suma de dinero en forma trimestral, con el objeto de servir como parte del patrimonio de dicha Institución.

⁴ Publicado en *Gaceta Oficial* N° 37.809 del 3 de noviembre de 2003.

En este sentido, es de comentar que el Decreto Ley señala expresamente que se trata de una contribución equivalente al 2% del *salario normal*⁵ pagado a los trabajadores.

Sobre este particular, conviene recordar que el numeral 1 del artículo 10 de la Ley del INCE (ahora derogada), disponía que la contribución era el 2% del total de sueldos, salarios, jornales y remuneraciones, es decir, debía incluirse –en principio– el total de lo pagado a los trabajadores y no lo sólo recibido en forma regular y permanente.

Sin embargo, en principio, pareciera ser ésta una de las principales reformas contenidas en el Decreto Ley, vale decir, señalarse en forma expresa que la contribución será estimada con el salario normal pagado a los trabajadores.

Y es que ello, a nuestro juicio, resulta cónsono con lo previsto en la LOT según la cual “cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el *salario normal* correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó”. (Parágrafo Cuarto del artículo 133 de la LOT, cursivas agregadas).

Nótese que el legislador definió y limitó la base de cálculo de las contribuciones e impuestos de carácter laboral –caso del aporte al INCES– al salario normal del trabajador, quedando excluidas todas las percepciones que reciban los trabajadores en forma accidental, como lo serían las vacaciones, utilidades fraccionadas y otros beneficios contractuales.

Ahora bien, a pesar que antes del Decreto Ley se establecía en la Ley del INCE que la base de cotización era el total de sueldos, salarios y jornales devengado por los trabajadores, la jurisprudencia patria había sido conteste en sostener que por tratarse de una contribución de carácter tributario, sólo podía ser pechada con el salario normal devenga-

⁵ La Ley Orgánica del Trabajo (LOT), define al salario normal como “PARÁGRAFO SEGUNDO.- A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial. Para la estimación del salario normal ninguno de los conceptos que lo integran producirá efectos sobre sí mismo”.

do por los trabajadores en aplicación de lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 133 de la LOT antes citado.

Así, basta revisar decisiones como la sostenida por el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario del 14 de agosto de 2002, reiterada en fechas 22 de enero de 2003, 15 de agosto de 2003 y 22 de agosto de 2003, en la cual dicho Tribunal señaló:

Conforme a las normas antes transcritas (artículo 133), se le atribuye a la definición de salario, los elementos de remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente, como consecuencia de retribución por la labor desempeñada, excluyendo de aquél, los percibidos por labores distintas a las pactadas; los considerados por la Ley como de carácter no salarial; los esporádicos o eventuales y los proveenientes de liberalidades por parte del patrono. Criterio éste recogido por el citado Artículo 133.

De esta forma y según estas disposiciones, *la base imponible para el cálculo de las obligaciones tributarias del INCE, recaerá sobre remuneraciones que se adapten a las condiciones de periodicidad, regularidad y permanencia*; por lo que las utilidades, objeto del reparo, ya sean legales o convencionales, no son otra cosa que un pago circunstancial, en el que además del imperativo legal interviene lo convenido por el patrono y el trabajador, que depende de factores económicos ajenos a la voluntad de este último. Por lo cual, debe entenderse como la intención del Legislador al remitir a las disposiciones de la Ley del Trabajo para la definición de los conceptos antes desarrollados, la de establecer con precisión la extensión de estas nociones que, ciertamente chocan con la expresión genérica de *“remuneraciones de cualquier especie”*.

Por las razones antes expuestas, este Tribunal considera que las denominadas utilidades no están incluidas dentro de las definiciones de salario ni sueldos y, mucho menos bajo la frase de *“remuneraciones de cualquier especie”*, en virtud, primero a no reunir los elementos integradores de éstos y, luego, por cuanto, el propio Legislador previó para ellas, en el numeral 2 del Artículo 10 de la Ley del INCE, específicamente, las causas idóneas para su exigencia, excluyéndolas de la grava-

bilidad del 2% requerido a los patronos” (las primeras cursivas, son nuestras; las dos últimas, del original).

En este mismo sentido, el 20 de enero de 2006 se pronunció el Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario:

De esta manera, la base imponible para el cálculo de las obligaciones tributarias, recaerá sobre remuneraciones que se adapten a las condiciones de periodicidad, regularidad y permanencia; en tal razón, las utilidades objeto de reparto, son sólo un pago circunstancial, en el que además del imperativo legal, interviene lo convenido por el patrono y el trabajador, que depende de factores económicos ajenos a la voluntad de este último (destacado agregado).

Asimismo, el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario reiteradamente ha expuesto en casos similares:

Para completar esta idea, abordamos a Rafael Alfonso Guzmán, profesor de Derecho Laboral, quien señala lo siguiente:

(...) salario normal es la retribución devengada en forma regular y permanente por el trabajador durante su jornada ordinaria de trabajo, despojada: de los incrementos accidentales o eventuales (pago de horas extras, recargo del 50% de la remuneración por el trabajo en feriados y días de descanso obligatorio; percepciones por trabajo en días adicionales de vacaciones, etc.); de los graciosos (regalos con ocasión del cumpleaños del trabajador; o por el día de la secretaria; día de la madre, etc.) de los que no guardan vinculación con el trabajo pactado (...) En consecuencia, de lo antes expuesto, el salario normal a que hace referencia la Ley Orgánica del Trabajo, es la retribución devengada en forma regular y permanente por el trabajador durante su jornada ordinaria de trabajo (...).

En el presente caso, para explicar con mayor certeza el fallo, hemos tomado una decisión de nuestro más alto Tribunal en Sala de Casación Social en la cual se alegó y se determinó en la dispositiva que “(...) la parte correspondiente a las utilidades legales sólo se tomará en cuenta para el cálculo de las prestaciones sociales (...)”.

Quiere entonces señalarse que el salario es aquel que se recibe en contraprestación del cumplimiento de las labores del trabajador en un período determinado y que debe ser en forma habitual, por ello lo transcrito viene a aclarar que las utilidades no son una remuneración habitual en ocasión al objeto de trabajo y entender lo contrario, a nuestro saber, configura un evidente falso supuesto, por cuanto la Resolución recurrida no debe incluir en el ordinal 1° del Artículo 10 las utilidades, ya que no forman parte del salario. (Sentencia 52. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social de fecha 15 de marzo de 2000, con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo. Caso Oswaldo Esté Zozaya vs Lagoven, S.A.) (...)

De lo anterior se puede concluir que *las utilidades no encuadran dentro del supuesto normativo del ordinal 1° del Artículo 10 de la Ley del Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE) y, que en la Resolución impugnada*, existe un evidente error de apreciación, el cual se encuentra totalmente separado de la interpretación que le ha dado tanto la doctrina como la jurisprudencia al concepto de salario, incluso se ha tergiversado de tal manera que el sujeto acreedor del tributo no ha considerado suficiente la contribución especial y separada a que hace referencia el ordinal 2° del Artículo 10 eiusdem, sobre las utilidades (cursivas nuestras).

Para que se entienda mejor esta deducción se debe además recalcar que la norma a que se hace referencia no sólo debe tomarse en cuenta bajo los principios fiscales, sino también bajo los postulados laborales, toda vez que el hecho imponible se refiere a situaciones jurídicas previamente establecidas y con una interpretación uniforme, doctrinal y jurisprudencial. Por lo que desconocer este aspecto es incurrir tanto en el falso supuesto, como en la denominada voracidad fiscal, la cual se agrava con el elemento de doble tributación” (Sentencia del 23 de abril de 2007, caso Panamco de Venezuela, S.A.).

Finalmente, y más reciente, la Sala Politicoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia señaló, en sentencia de fecha 28 de junio de 2006, caso *Nestlé de Venezuela, S.A.*:

A tal efecto, debe señalar y ratificar una vez más esta Sala, la pacífica jurisprudencia sobre la gravabilidad de la partida de

utilidades, a los fines del cálculo del aporte patronal del 2% dispuesto en el numeral 1 del Artículo 10 de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa, reiterada desde la sentencia dictada en fecha 5 de abril de 1994 (Caso: Compañía Anónima Nacional de Cementos), hasta sus fallos N° 00781 de fecha 04 de junio de 2002 (Caso: Makro Comercializadora, S.A.), N° 1.624 del 22 de octubre de 2003 (Caso: Banco Caracas, Banco Universal, C.A.), N° 00003 del 27 de enero de 2004 (Caso: Hilados Flexilón, S.A.), N° 05211 de fecha 27 de julio de 2005 (Caso: Damler Chrysler de Venezuela, L.L.C.) y N° 05762 de fecha 28 de septiembre de 2005 (Caso: Ford Motors de Venezuela, S.A.), en las que quedó sentado su criterio al respecto, en los términos siguientes: (*Omissis...*)

A partir del criterio acogido por esta Sala, y tomando en cuenta la declaratoria contenida en el presente fallo sobre la aplicación de la legislación laboral para precisar el contenido y alcance de la frase “...sueldos, salarios, jornales y remuneraciones de cualquier especie...”, a los fines de determinar la base imponible de la contribución contemplada en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), se observa:

El artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, reformada en el año 1997, aplicable *ratione temporis* al caso bajo análisis preceptúa que cuando el patrono o el trabajador se encuentren obligados al pago de un tributo, la base de cálculo del mismo estará constituida por el salario normal, cuyo concepto se haya definido en el artículo 1 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sobre la Remuneración (publicado en *Gaceta Oficial* N° 35.134 del 19 de enero de 1993), el cual establece: “Artículo 1. Cuando la Ley establezca como base de cálculo el salario normal, se entenderá por tal la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente, durante su jornada ordinaria de trabajo como retribución por la labor prestada (...)”. (Destacado de la Sala).

Por tanto, conforme a la reiterada y pacífica jurisprudencia de este Alto Tribunal antes reseñada y de acuerdo con la normativa transcrita, aplicables al presente debate, forzosamente juzga esta Sala que, conforme fue apreciado por el *a quo*, las

utilidades no resultan gravables a los fines del cálculo de la contribución del dos por ciento (2%) prevista en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), por cuanto tal como lo dispone el numeral 2 del aludido artículo, las utilidades ya se encuentran gravadas con una alícuota impositiva de un medio por ciento (1/2%) distinta a la establecida para los sueldos, salarios y jornales y, además, se trata de una remuneración complementaria y aleatoria, en tanto que la empresa haya obtenido beneficios, sólo pagadera en proporción a los meses de servicios prestados, no así en función de la jornada diaria de trabajo”.

Así las cosas, resulta fácil observar cómo en la práctica los tribunales habían sostenido que la obligación patronal de aportar al antiguo INCE, debía estimarse sobre la base del salario normal y no sobre el integral, situación ésta que fue aclarada por el Decreto Ley.

Ahora bien, y como complemento de lo antes señalado, creemos oportuno analizar *¿quiénes se encuentran obligados al cumplimiento de esta disposición?*

Conforme lo previsto en el artículo 15 del Decreto Ley están obligados:

Todas las personas naturales y jurídicas, así como todas aquellas formas asociativas cuya finalidad sea la prestación de servicios o asesoría profesional, que dan ocupación a cinco (5) o más trabajadores, están en la obligación de cotizar ante el Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista en dos por ciento (2%) del total del salario normal, pagado a los trabajadores que les presten servicios.

Queda prohibido el descuento de cualquier cantidad de dinero a las y los trabajadores para el cumplimiento de la obligación establecida en el numeral 1 del Artículo anterior.

Son contribuyentes del aporte señalado en el numeral 2 del artículo anterior, los obreros y empleados que trabajan para personas naturales y jurídicas, pertenecientes al sector privado, y quienes se desempeñen en todas aquellas formas asociativas cuya finalidad sea la prestación de servicios o asesoría profesional”.

Así, están obligadas todas aquellas personas naturales y jurídicas y todas aquellas formas asociativas cuya finalidad sea la prestación de servicios o asesoría profesional, que den ocupación a cinco (5) o más trabajadores. En principio, esta obligación permanece igual a la prevista en la Ley del INCE. No obstante ello, se amplió el ámbito de obligación inclusive a aquellas formas asociativas cuya finalidad sea la antes indicada.

Sin embargo, es de indicar que el Decreto Ley prevé excepciones no existentes con anterioridad para el cumplimiento de la obligación de cotizar o contribuir al INCES. Así las cosas, e independientemente del número de trabajadores, sostiene que se encuentran exceptuadas del cumplimiento de esta obligación “(...) los órganos y entes del Estado, los medios de producción colectiva, cooperativas, fundaciones, unidades económicas asociativas, cajas rurales y mutuales, unidades productivas familiares, empresas de producción social, empresas de cogestión, bancos comunales, unidades comunales de producción y cualquier otro tipo de asociación sin fines de lucro y que desarrolle los principios y valores de la economía social, solidaria, participativa y comunal” (Artículo 17 del Decreto Ley).

Sobre este particular, queda la duda sobre lo que debe entenderse por desarrollar principios de economía social, solidaria, participativa y comunal y quién lo definirá.

Asimismo, se conserva el beneficio para quienes mantengan academias o cursos para sus trabajadores distintos a los de educación inicial señalados en el Reglamento de la LOT, vale decir, guarderías, de ser deducido de su contribución el costo de tales cursos, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la Ley (Artículo 18 del Decreto Ley). Dichas *deducciones* se efectuarán vía autoliquidación, previa aprobación del Consejo Directivo del INCES.

En relación con el plazo para el pago de esta obligación, es de reiterar que *deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días siguientes de vencido cada trimestre* (Artículo 21 del Decreto Ley). Dicho plazo es el mismo contenido en el artículo 30 de la Ley del INCES. Sin embargo, resulta oportuno hacer referencia a que el artículo 67 del Reglamento de la Ley del INCE (cuyas disposiciones permanecen vigentes mientras no contradigan lo previsto en el Decreto Ley), dispone que los días son hábiles y no siguientes, calendarios o consecutivos, lo cual favorece a los contribuyentes.

No obstante ello, estimamos que en este caso, por tratarse de obligaciones fiscales, deberá aplicarse lo dispuesto en COT y contarse el lapso por días hábiles. Así las cosas, dispone el artículo 10 lo siguiente:

Los plazos legales y reglamentarios se computarán de la siguiente manera:

1. Los plazos por años o meses serán continuos y terminarán el día equivalente del año o mes respectivo. El lapso que se cumpla en día que carezca el mes, se entenderá el último día de ese mes.
2. *Los plazos establecidos por días se contarán por días hábiles*, salvo que la ley disponga que sean continuos (... , des-tacado agregado).

3.2 *Obligación de cumplir con el Programa Nacional de Aprendizaje*

Otra de las obligaciones patronales previstas en el Decreto Ley, consiste en emplear y enseñar a un número de aprendices, dependiendo de la cantidad de trabajadores a disposición del patrono.

En tal sentido, dispone el Decreto Ley lo siguiente:

Artículo 10: Las unidades productivas, empresas y establecimientos de propiedad privada o colectiva tendrán la obligación de emplear y enseñar, o hacer enseñar metódicamente una actividad productiva a un número de aprendices, que serán adolescentes seleccionados a tal efecto.

La enseñanza de aprendices instrumentarán los programas de formación y capacitación para las actividades productivas que sean aprobadas por el Consejo Directivo del Instituto.

El número de aprendices se determinará en el Reglamento correspondiente. El Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES) expedirá el certificado de cumplimiento con dicho programa. (...).

Disposición Transitoria Segunda: “A los fines de la obligación prevista en el artículo 10, hasta que se dicte el Reglamento correspondiente *el número de aprendices será de un mínimo de tres por ciento (3%), hasta el límite del cinco (5%)*

del total de sus trabajadoras y trabajadores, siempre que cuenten con quince (15) o más trabajadoras y trabajadores. Para determinar el número de aprendices, se tomará en cuenta el promedio de trabajadoras y trabajadores de los doce (12) meses del año calendario inmediatamente anterior, calculado con base en el número total de trabajadoras y trabajadores por mes. Para los efectos del cálculo de porcentaje toda fracción se considera como un entero (destacado nuestro).

Así las cosas, se observa claramente como el Decreto Ley constriñe al cumplimiento de estas obligaciones a aquellas unidades productivas, empresas y establecimientos de propiedad privada o colectiva, que empleen quince (15) o más trabajadores, sin distinguir si se trata de establecimientos industriales, comerciales, como lo hacía la Ley del INCE.

Sin embargo, nada se dice con respecto a las personas naturales y formas asociativas, con lo cual pareciera no estar obligadas al cumplimiento de esta disposición.

A fines ilustrativos, recordamos que con la Ley del INCE se encontraban obligados a dar cumplimiento a esta obligación sólo aquellas fábricas, talleres o explotaciones organizadas que ocuparan veinte (20) o más trabajadores⁶ y los establecimientos comerciales que contaran con diez (10) o más trabajadores⁷.

Por su parte, aquellos establecimientos industriales con menos de veinte (20) trabajadores efectuaban un único pago, mientras que los comerciales con menos de diez (10) trabajadores no estaban obligados.

En relación con el porcentaje de aprendices a emplear y enseñar, el Decreto Ley dispone que será entre un 3% y un 5% del total de traba-

⁶ “Artículo 16.- Cuando el Instituto disponga el aprendizaje de menores en fábricas, talleres o explotaciones organizadas, éstos tendrán la obligación de emplear y enseñar o hacer enseñar metódicamente un oficio a un número de menores seleccionados a tal efecto, hasta el límite del cinco por ciento (5%) del total de sus trabajadores. Los casos de empresas que cuenten con menos de veinte (20) trabajadores serán sometidos a un régimen especial. La empresa podrá preferir como aprendices a los hijos o familiares próximos de los trabajadores de la misma”.

⁷ “Artículo 17.- Todo establecimiento comercial con diez (10) o más empleados tiene la obligación de emplear y enseñar o hacer enseñar metódicamente un oficio a un número de menores seleccionados a tal efecto, hasta el límite del cinco por ciento (5%) del total de sus empleados. Para los efectos del cálculo de porcentaje toda fracción se considerará como un entero”.

jadores, pero debiendo esperar a que sea dictado el Reglamento correspondiente. En la práctica, actualmente las empresas están empleando el mínimo exigido, esto es, el 3%.

Por su parte, el INCES deberá otorgar a las personas naturales y jurídicas que cumplan con la obligación, el correspondiente Certificado de Cumplimiento de dicho Programa.

3.3 Obligación de inscribirse en el Registro Nacional de Aportantes (RNA)

En principio, toda persona natural o jurídica que ocupe trabajadores deberá inscribirse en el RNA que llevará el INCES, so pena de ser sancionados conforme lo indica el Decreto Ley.

Estimamos que en el caso de aquellos que por el número de trabajadores ocupados no estén obligados a cotizar ni mucho menos a cumplir con el Programa Nacional de Aprendizaje, se les entregará algún certificado que señale su condición de no aportantes.

4. Obligación de los trabajadores

Conforme lo previsto en el artículo 15 del Decreto Ley antes citado, se consideran contribuyentes del aporte del 1/2% de las utilidades anuales, aguinaldos o bonificaciones de fin de año recibidas, *los obreros y empleados* que trabajan para personas naturales y jurídicas del sector privado y quienes se desempeñen en formas asociativas cuya finalidad sea la prestación de servicios o asesoría profesional.

Ésta pareciera ser la única obligación prevista en el Decreto Ley para los trabajadores.

Dicha contribución será deducida por los patronos al momento de efectuar el pago de las utilidades.

5. Solvencia de cumplimiento de la obligación tributaria de cotizar

El Decreto Ley dispone que el INCES, al verificar el cumplimiento de la obligación tributaria por parte de las personas naturales y jurídicas obli-

gadas, les *otorgará la solvencia* requerida para suscribir contratos, convenios o acuerdos con el Estado⁸.

Recordamos que en la práctica dicha solvencia resulta adicionalmente necesaria para la obtención de la solvencia laboral que permite, precisamente, la celebración de contratos, convenios o acuerdos con el Estado e incluso la obtención de divisas ante los organismos competentes para ello.

6. De las situaciones no previstas en el Decreto Ley

El Decreto Ley dejó de hacer mención o referencia a importantes situaciones que tienen relación con las obligaciones previstas en el mismo, tales como (i) lo relativo a la regulación y naturaleza jurídica de la relación aprendiz-patrono considerada como de carácter laboral y regida íntegramente por la legislación laboral; (ii) la obligación de los aprendices en asistir y completar los cursos impartidos por el INCES; (iii) el caso del pre-aprendiz que no se consideraba como aprendiz; (iv) la prohibición de aprendizaje en sitios peligrosos o prohibidos por Ley; y (v) la continuación del aprendizaje después de cumplidos los 18 años por el aprendiz, entre otras situaciones previstas en la Ley del INCE y su Reglamento.

En nuestro criterio y ante la falta de disposiciones expresas, somos de la opinión que debería aplicarse necesariamente lo previsto en la disposición derogatoria segunda del Decreto Ley, relativa a la permanencia en vigencia de aquellas disposiciones del Reglamento de la Ley del INCE que no contradigan las previsiones del Decreto Ley.

Así las cosas, estimamos que todo lo relativo a las situaciones no previstas en el Decreto Ley se regirá por lo dispuesto en el Reglamento de la Ley del INCE, en tanto y en cuanto no resulte contrario a lo dispuesto en el Decreto Ley.

Por tanto, la relación aprendiz-patrono seguirá revistiendo de carácter laboral y estará regida por la legislación laboral vigente; los cursos y actividades para el aprendizaje no podrán realizarse en faenas o traba-

⁸ “Artículo 16: El Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista debe verificar el cumplimiento de la obligación prevista en el artículo anterior a los fines de otorgar la respectiva solvencia, la cual es necesaria para suscribir cualquier contrato, convenio o acuerdo con el Estado”.

jos considerados peligrosos o prohibidos; el que posea formación profesional sistemática previa a su ingreso al INCES no será considerado como aprendiz; el adolescente que cumpla los 18 años de edad y esté cursando estudios, tiene el derecho a proseguirlos hasta terminarlos en las mismas condiciones que venía haciéndolo, etc.

7. De las Sanciones

7.1 *Incumplimiento de la obligación de cotizar y retener las cotizaciones de los trabajadores*

El Decreto Ley dispone que los patronos que no den cumplimiento a la obligación de cotizar serán sancionados por la dependencia con competencia en materia tributaria del INCES, de conformidad con el Código Orgánico Tributario (COT). (Art. 22 del Decreto Ley)

El artículo 111 del COT dispone lo siguiente:

Quien mediante acción u omisión, y sin perjuicio de la sanción establecida en el artículo 116, cause una disminución ilegítima de los ingresos tributarios, inclusive mediante el disfrute indebido de exenciones, exoneraciones u otros beneficios fiscales, será sancionado con multa de un veinticinco por ciento (25 %) hasta el doscientos por ciento (200%) del tributo omitido.

Asimismo, el artículo 112 del COT establece:

Quien omita el pago de anticipos a cuenta de la obligación tributaria principal o no efectúe la retención o percepción, será sancionado: (...)

3. Por no retener o no percibir los fondos, con el cien por ciento al trescientos por ciento (100% al 300%) del tributo no retenido o no percibido.

4. Por retener o percibir menos de lo que corresponde, con el cincuenta por ciento al ciento cincuenta por ciento (50 al 150%) de lo no retenido o no percibido.

Sobre este particular, la Ley del INCE establecía que los patronos que no aportaran al Instituto serían sancionados con una cantidad equivalente al

doble de las sumas dejadas de pagar y en caso que dejaran de retener el aporte del trabajador, deberían pagarlo con su propio peculio⁹.

Sin embargo, resulta interesante señalar que el COT de 1982 disponía que todo incumplimiento de obligaciones tributarias estaba sujeto a las disposiciones contenidas en dicho texto normativo, razón por la cual, posteriormente el INCE comenzó a aplicarlo para los casos de incumplimiento patronal de la obligación de cotizar en lugar de las previsiones contenidas en la Ley del INCE.

7.2 *Incumplimiento del Programa Nacional de Aprendizaje*

El Decreto Ley prevé que cuando los patronos no cumplieren con el Programa Nacional de Aprendizaje, serán sancionados por el INCES con multa que va desde el equivalente al importe económico que debió erogar la empresa para el cumplimiento del programa hasta el doble de dicha cantidad, sin que por ello se exima de cumplir con el Plan, *pu-diendo incluso cerrarse temporalmente la oficina, local o estable-cimiento hasta que se cumpla con la obligación* (Artículo 23 del Decreto Ley).

Conviene destacar que en la Ley del INCE no se encontraba prevista sanción alguna para el incumplimiento de esta obligación.

7.3 *Incumplimiento de la Inscripción en el RNA*

Finalmente, el Decreto Ley estima la no inscripción en el RNA como un incumplimiento de deberes formales establecidos en el COT. (Artículo 24 del Decreto Ley).

⁹ Artículo 23. De la Ley del INCE derogada “Los patronos que no dieran cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 10 de esta Ley, serán multados por el Instituto con una cantidad equivalente al doble de las sumas que han dejado de pagar. De la multa impuesta se podrá apelar ante el Comité Ejecutivo del Instituto, en los plazos y mediante el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional. Contra la decisión del Comité Ejecutivo del Instituto, no habrá recurso alguno”.

Artículo 24.- De la Ley del INCE derogada: “El patrono que dejare de retener el medio por ciento (1/2%) fijado como contribución de los obreros y empleados en el numeral 20 del artículo 10 de esta Ley, será compelido a efectuar el pago del peculio de su empresa”.

Así las cosas, las sanciones establecidas para este incumplimiento en el COT son las siguientes:

Artículo 99. Los ilícitos formales se originan por el incumplimiento de los deberes siguientes:

1. Inscribirse en los registros exigidos por las normas tributarias respectivas. (...).

Artículo 100. Constituyen ilícitos formales relacionados con el deber de inscribirse ante la Administración Tributaria:

1. No inscribirse en los registros de la Administración Tributaria, estando obligado a ello.

2. Inscribirse en los registros de la Administración Tributaria, fuera del plazo establecido en las leyes, reglamentos, resoluciones y providencias.

3. Proporcionar o comunicar la información relativa a los antecedentes o datos para la inscripción o actualización en los registros, en forma parcial, insuficiente o errónea.

4. No proporcionar o comunicar a la Administración Tributaria informaciones relativas a los antecedentes o datos para la inscripción, cambio de domicilio o actualización en los registros, dentro de los plazos establecidos en las normas tributarias respectivas.

Quien incurra en cualesquiera de los ilícitos descritos en los numerales 1 y 4 será sancionado con multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.), la cual se incrementará en cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) por cada nueva infracción hasta un máximo de doscientas unidades tributarias (200 U.T.).

Quien incurra en cualesquiera de los ilícitos descritos en los numerales 2 y 3 será sancionado con multa de veinticinco unidades tributarias (25 U.T.), la cual se incrementará en veinticinco unidades tributarias (25 U.T.) por cada nueva infracción hasta un máximo de cien unidades tributarias (100 U.T.) (cursivas muestras).

Conclusiones

De lo antes expuesto, se pueden establecer las siguientes conclusiones:

1. El Decreto Ley surgió por la necesidad de posicionar al INCES dentro de los principios ideológicos del Socialismo, así como transformarlo en una organización que impulse los procesos de educación, formación y capacitación integral de los ciudadanos.
2. El Decreto Ley cambió el nombre del Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE) por el de Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES) y se dispuso su adscripción al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Economía Comunal.
3. Antes de la promulgación del Decreto Ley sólo podían tomar cursos dictados por el INCES aquellos calificados como aprendices, mientras que a partir de su entrada en vigencia se amplió a otras personas denominadas Participantes definidos por el Decreto Ley.
4. Se ampliaron los componentes del patrimonio del INCES.
5. Con el Decreto Ley se establece las obligaciones patronales de cotizar al INCES sobre la base del salario normal devengado por los trabajadores durante el trimestre, siempre y cuando se trate de personas naturales y jurídicas y formas asociativas cuya finalidad sea la prestación de servicios o asesoría profesional, que ocupen cinco (5) o más trabajadores.
6. Se dispone la obligación cumplir con el Programa Nacional de Aprendizaje para todas aquellas unidades productivas, empresas y establecimientos de propiedad privada o colectiva, siempre que cuenten con quince (15) o más trabajadores.
7. El Decreto Ley determina que el INCES deberá otorgar una Solvencia de Cumplimiento de la Obligación Tributaria necesaria para suscribir contratos, acuerdos o convenios con el Estado, previa verificación de cumplimiento de la obligación por parte del obligado.
8. De igual forma, se establece que el INCES expedirá a quienes cumplan, con un Certificado de Cumplimiento del Programa Nacional de Aprendizaje.
9. Se mantiene la obligación para los trabajadores de aportar el 1/2% de las utilidades al INCES.

10. Con el Decreto Ley se establecen sanciones para casos de incumplimiento de las obligaciones previstas en el mismo, las cuales se aplicarán conforme las reglas previstas en el COT, pudiendo incluso llegar a cerrarse temporalmente las oficinas, locales o establecimientos.

11. Se derogó expresamente la Ley del INCE de 1959 reformada en 1970, pero se mantiene en vigencia su Reglamento de 2003 en todas aquellas disposiciones que no contradigan el texto del Decreto Ley.

12. Se prevé que en el plazo de ciento ochenta (180) días, contados a partir de la entrada del Decreto Ley, deberá dictarse su Reglamento.

Sobre el otorgamiento del beneficio de alimentación en períodos en los cuales no se presta el servicio, conforme al ordenamiento jurídico venezolano*

*Luis Alfredo Hernández Merlanti***

Sumario:

Introducción a la temática

- 1. La Ley de Alimentación para los Trabajadores y la obligatoriedad de otorgamiento del beneficio en ella previsto cuando se verifica la prestación del servicio** *1.1 El desarrollo de la Ley de Alimentación para los Trabajadores en el Reglamento dictado por el Ejecutivo Nacional. 1.2 Excepciones pre-*

* A propósito del Dictamen N° 09 de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social.

** **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Derecho Procesal, Profesor de Postgrado en Teoría General de la Prueba y Jurisdicción Voluntaria Post-Grado. **Grau García Hernández & Mónaco**, Socio fundador y de la Unidad de Litigios y Derecho del Trabajo.

vistas en el Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores en aquellos casos en que no se presta la prestación del servicio.

2. **El Dictamen N° 09 de 25 de junio de 2008 de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social: 2.1 Antecedentes del Dictamen N° 09 de 25 de junio de 2008. Dictamen N° 14 de fecha 16 de octubre del año 2006 emanado de la propia Consultoría Jurídica del MINTRA. 2.2 Sobre la competencia de las Consultorías Jurídicas de los Ministerios para la emisión de dictámenes y/o consultas. Los Dictámenes de la Consultoría Jurídica de MINTRA no son vinculantes para los particulares.**
3. **Implicaciones económicas del Dictamen N° 09 de 25 de junio de 2008 de la Consultoría Jurídica de MINTRA.**
4. **El ejercicio del recurso de interpretación en relación al artículo 2 de la LAT. Posición de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.**

Introducción a la temática

2008. Se trata de un año en el cual esperábamos nueva normativa derivada de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan, la cual fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.617, de fecha 1° de febrero de 2007. Hubo, efectivamente, reformas importantes que tienen un efecto directo en el desenvolvimiento jurídico de la empresa privada y pública. Sin embargo, y así debemos reconocerlo, salvo en lo que atañe a ciertas modificaciones realizadas en aspectos de índole parafiscal derivado de las legislaciones que regulan los regímenes prestacionales de la Seguridad Social¹, no se realizaron modificaciones al régimen sustantivo del Derecho del Trabajo.

¹ Nos referimos, concretamente, a los siguientes textos normativos: (i) Decreto N° 6.266 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Seguro Social; (ii) Decreto N° 6.243 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral; (iii) Decreto N° 6.072 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat; y (iv) Decreto N° 6.068 con Rango y Fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación Educativa Socialista –INCES–.

En ausencia de regulaciones de carácter normativo sustantivo en materia de Derecho del Trabajo, hemos preferido dedicar las presentes líneas a presentar una visión sobre una particular y peligrosa opinión de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social (en lo sucesivo “MINTRA”), que impacta, no obstante su carácter no vinculante, a la empresa privada y al sector público.

Analizaremos en el presente artículo de opinión, por tanto, cuál es el criterio de la Consultoría Jurídica de MINTRA en relación al otorgamiento del beneficio de alimentación para los trabajadores previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores (para mayor facilidad y en beneficio del lector “LAT”) y su Reglamento (también denominado “RLAT”), en aquellos períodos en los cuales el trabajador se ve imposibilitado para la prestación del servicio. Sobre todo se hará énfasis, porque así lo dicta la propia opinión de la Consultoría Jurídica de MINTRA, en aquellos períodos en los cuales la prestación del servicio se ve impedida por causas no imputables al trabajador y que, en opinión de la Consultoría Jurídica de MINTRA, comprende tanto los períodos de vacaciones, pre y postnatal y cuando se suspende la relación de trabajo en virtud de la ocurrencia de una enfermedad de carácter no ocupacional.

Como nos percataremos, la opinión de la Consultoría Jurídica de MINTRA contradice de manera expresa y radical, la propia opinión emitida en el Dictamen N° 09 del 25 de junio de 2008 y, más evidente y grave aún, a las previsiones de la LAT y el RLAT.

Pone además, en tela de juicio y en inminente peligro de cuantiosas y eventuales sanciones, con los efectos económicos perjudiciales que ello acarrea, a los patronos que hubieren dado estricto cumplimiento a los parámetros de la LAT y el RLAT.

De ahí que este artículo de opinión esté destinado a explicar de la manera más breve pero didáctica posible, las precedentes circunstancias enunciadas y a concluir sobre el criterio erróneo y no vinculante de la Consultoría Jurídica del MINTRA, esperando aportar a los interesados una visión –de carácter estrictamente jurídico– acerca del tema objeto del planteamiento.

1. La Ley de Alimentación para los trabajadores y la obligatoriedad de otorgamiento del beneficio en ella previsto cuando se verifica la prestación del servicio

La LAT² es precisamente el instrumento normativo actual que desarrolla la obligación de diversos patronos de otorgar a sus trabajadores alimentación durante la relación de trabajo, bajo las modalidades en ella previstos.

Dicho instrumento normativo tiene por objeto –entre otras cuestiones– lo siguiente: (i) mejorar el estado nutricional de los trabajadores; (ii) Fortalecer la salud de los trabajadores; (iii) prevenir enfermedades ocupacionales; y (iv) propender a una mayor productividad laboral.

Como lo hemos indicado muy referencialmente, la LAT no es aplicable al universo patronal venezolano sino a ciertos y determinados patronos. Así, el artículo 2 de la Ley establece que sólo los empleadores que tengan a su cargo *veinte (20) o más* trabajadores³, tendrán la obligación de cumplir con el beneficio previsto en esta Ley, vale decir, con el otorgamiento de una comida balanceada durante la jornada de trabajo⁴. Este último aspecto es quizás uno de los puntos neurálgicos para el desarrollo de este artículo de opinión, puesto que de conformidad con nuestra opinión, la LAT es lo suficientemente clara al establecer que el beneficio de alimentación impuesto al patrono debe suministrarse *durante la jornada de trabajo*, resultando así concluyente que el patrono estaría exento de su obligación cuando la jornada laboral no sea prestada por el trabajador, salvo la excepción reglamentaria que más adelante comentaremos.

Tampoco es aplicable la LAT a la totalidad de los trabajadores, puesto que prevé que tal beneficio sólo se otorgará a aquellos que devenguen

² *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 38.094 del 27 de diciembre de 2004. La LAT encuentra su antecedente inmediato en la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores (“LPAT”), publicada en la *Gaceta Oficial de la República* N° 36.538, de fecha 14 de septiembre de 1998.

³ El texto aprobado en segunda discusión por la Asamblea Nacional señalaba en su artículo 2°, la obligación de cumplimiento para los empleadores con más de veinte (20) trabajadores a su cargo, con lo cual, los empleadores de hasta veinte (20) trabajadores no tendrían tal obligación. No obstante, el texto publicado modificó la redacción de esta norma y expresamente incluyó a los empleadores con veinte (20) o más trabajadores a su cargo. Ésta es, pues, la única modificación incluida en el texto definitivo publicado en *Gaceta Oficial*.

⁴ La LPAT establecía dicha obligación para aquellos empleadores con más de cincuenta (50) trabajadores a su cargo.

hasta tres (3) salarios mínimos urbanos tal y como lo establece el párrafo segundo del artículo 2.

Ahora bien, la LAT establece diversos mecanismos para el cumplimiento de la obligación impuesta a los patronos, siendo éstos los siguientes:

- a) La instalación de comedores propios de la empresa, operados por ella o contratados con terceros, en el lugar de trabajo o en sus inmediaciones;
- b) La contratación del servicio de comida elaborada por empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales;
- c) La provisión o entrega a los trabajadores beneficiarios de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, emitidas por empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales, con los que los beneficiarios podrán obtener comidas o alimentos en restaurantes o establecimientos de expendio de alimentos o comidas elaboradas;
- d) La provisión o entrega a los trabajadores de una tarjeta electrónica de alimentación emitida por una empresa especializada en la administración de beneficios sociales, la cual se destinará a la compra de comidas y alimentos, y podrá ser utilizada únicamente en restaurantes, comercios o establecimientos de expendio de alimentos, con los cuales la empresa haya celebrado convenios a tales fines, directamente o a través de servicios especializados;
- e) La instalación de comedores comunes por parte de varias empresas, próximos a los lugares de trabajo, para que atiendan a los trabajadores beneficiarios de la Ley; y, finalmente
- f) La utilización de los servicios de los comedores administrados por el órgano competente en materia de nutrición⁵.

⁵ El empleador no podrá recurrir a ningún medio que desnaturalice los fines previstos en la ley, así como tampoco podrá cumplir con su obligación a través de la entrega de sumas dinerarias al trabajador, y en caso de que su cumplimiento sea a través de la entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas, suministrará un (1) cupón o ticket, o una (1) carga en la tarjeta electrónica, por cada jornada de trabajo, cuyo valor no podrá ser inferior a cero coma veinticinco unidades tributarias (0,25 U.T.), ni superior a cero coma cincuenta unidades tributarias (0,50 U.T.) por jornada de trabajo.

Como se ha podido observar, son varios los mecanismos que legislativamente se han previsto para que los trabajadores beneficiarios de la LAT puedan alimentarse durante la jornada de trabajo. Pero quizás el que más nos interese por los momentos es el referido a la provisión o entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, toda vez que precisamente el Dictamen N° 09 de la Consultoría Jurídica del MINTRA y que es objeto de análisis en este artículo, establece la obligatoriedad del otorgamiento de tales cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, cuando la prestación de servicios por parte del trabajador no se produzca en ciertas y determinadas situaciones, contrariando así, de acuerdo con nuestro punto de vista, a las disposiciones de la LAT y el RLAT.

1.1 *El desarrollo de la Ley de Alimentación para los Trabajadores en el Reglamento dictado por el Ejecutivo Nacional.*

Con el propósito de desarrollar las condiciones para el otorgamiento del beneficio alimentación previsto en la LAT, así como para regular las situaciones que deriven de la aplicación de dicho texto normativo, el Presidente de la República dictó el Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores (RLAT), el cual fue publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 345.782.

En busca de clarificar el marco de aplicación de la LAT, el RLAT se encarga primeramente de dar una noción básica sobre los conceptos estrechamente vinculados con la aplicación de la LAT, entre ellos pasa a definir⁶ qué debe entenderse por trabajador, jornada de trabajo, salario normal, empresa de servicio especializada, establecimiento habilitado, comedores, operador de comedor, beneficios con carácter similar, órgano competente en materia de nutrición, comida balanceada, comida variada y fórmula dietética institucional, de los cuales algunos de ellos los encontramos definidos de manera general en la Ley Orgánica del Trabajo (en lo sucesivo “LOT”).

1.2 *Excepciones previstas en el RLAT en aquellos casos en que no se presta la prestación del servicio*

Una de las normas que más interesa a los fines de este estudio, es precisamente la contenida en el artículo 19 del RLAT. Conforme a tal

⁶ Las definiciones se encuentran en el artículo 2 y siguientes de la LAT.

disposición reglamentaria, cuando el beneficio sea otorgado mediante la entrega de tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, el hecho de no haber prestado el servicio por una causa no imputable al trabajador, no será motivo para la suspensión del otorgamiento del beneficio correspondiente por esa jornada.

De acuerdo con nuestro entender y no obstante lo cuestionable de la norma del RLAT con respecto a la LAT⁷, éste es el único supuesto en el cual el patrono se encontraría obligado a cumplir con el otorgamiento del beneficio, cuando la metodología fuese el ticket o la tarjeta electrónica de alimentación, no obstante que la jornada correspondiente no hubiere sido trabajada por el empleado. Sin embargo, es bueno aquí resaltar que la norma reglamentaria es vaga y no permite realizar las mejores interpretaciones sobre lo que ha de entenderse como *causas no imputables al trabajador*.

Dentro de la noción de la causa no imputable, podríamos sin lugar a dudas prever un catálogo de situaciones en las cuales pudiéramos afirmar que en todas ellas el trabajador tendría derecho a la entrega del ticket o la carga en su tarjeta electrónica sin que hubiera prestado el servicio durante la jornada de trabajo pactada con su empleador. Así y sólo a título de ejemplo, si el trabajador no asiste a prestar el servicio

⁷ Hay quienes piensan, con mucho acierto, que esta norma es ilegal, toda vez que contradice el propósito, espíritu y razón de la LAT, toda vez que según ésta, el beneficio sólo debe ser otorgado para dotar al trabajador de una comida balanceada durante la jornada de trabajo. A modo ilustrativo, Díaz Mujica (06): *Reseña de los Aspectos Novedosos del Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores*. En *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social: Normas Laborales, Decisiones Judiciales y Estudios*. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Normativa N° 7, Caracas/Venezuela 2006, página 97, ha sostenido: “Esta norma del RLAT es de dudosa legalidad, porque según la Ley de Alimentación el beneficio procede por jornada trabajada. Además, de acuerdo con el RLAT, el trabajador que falta al trabajo por una causa que no le es imputable, sólo tiene derecho al beneficio de alimentación si recibe cupones, tickets o tarjetas, pero no si el patrono entrega la comida directamente, lo que luce discriminatorio e injusto”. En el mismo sentido, *Cf*: Fuguet Alba (07): *Análisis crítico sobre el beneficio de alimentación de los trabajadores*. En *Derecho al Trabajo y la Seguridad Social en Venezuela*. Librería J. Rincón. Barquisimeto, 2007, p. 154. Dicho autor afirma lo siguiente: “Tal y como ocurre con el artículo 18, cuando en el artículo 19 del Reglamento se indica que (*omissis*) se estableció por vía reglamentaria un beneficio de carácter estrictamente sustantivo, en exceso a lo que dispone el artículo 2 de la ley que desarrolla, el cual prevé que el beneficio alimentario brota ‘...durante la jornada de trabajo...’, lo que de suyo hace inaplicable a la regla *in commento*”.

porque se ve impedido a comparecer al lugar de trabajo debido al cierre de una vía, carretera o autopista, tendría derecho –conforme a los términos del artículo 19 del RLAT– a que su patrono le otorgue el beneficio bajo las modalidades antes indicadas. Muchos otros ejemplos pudiéramos aquí citar para percatarnos del margen de amplitud dado por el RLAT, contrariando –repetimos– el espíritu de la LAT.

En la doctrina contemporánea venezolana se han realizado esfuerzos para tratar de determinar lo que ha de entenderse como esa causa no imputable que le permitiría al trabajador recibir el ticket o la carga de su tarjeta electrónica de alimentación no obstante que no prestó el servicio debido. Citamos seguidamente la opinión de Díaz Mujica, quien sobre el particular indica:

Adicionalmente, el RLAT no aclara cuáles son esas causas no imputables al trabajador a las que hace referencia; sin embargo, pensamos que se refiere a todas aquellas circunstancias fuera del control del trabajador que le impiden asistir a su trabajo, como una enfermedad, la ocurrencia de un accidente, la detención preventiva a los fines de averiguación judicial o policial cuando el trabajador no hubiere incurrido en causa que la justifique, los casos fortuitos o de fuerza mayor –como por ejemplo una inundación o un terremoto–, que tengan como consecuencia necesaria, inmediata y directa la suspensión temporal de las labores, y otras situaciones excepcionales que el trabajador no haya podido razonablemente prever ni evitar, como un paro general de transporte, por ejemplo⁸.

Tal y como se puede colegir, son muchos, por no decir amplísimos, los eventos en los cuales encuadraría la disposición reglamentaria que, reiteramos, contradice según nuestro modo de ver a la Ley que le da sustento.

2. El Dictamen N° 09 de 25 de junio de 2008 de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social

Precisamente el objeto de este artículo de opinión es, en primer término, conocer el contenido del Dictamen N° 09 del 25 de junio de 2008 ema-

⁸ *Id.*

nado de la Consultoría Jurídica del MINTRA, el cual interpretó el alcance del artículo 19 del RLAT y posteriormente determinar lo ajustado o no a derecho de tal dictamen, para consecuencialmente limitar el eventual impacto en la empresa.

De la lectura del mencionado Dictamen, se entiende que su objeto fue:

(...) interpretar la procedencia del beneficio social previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores y su Reglamento, cuando la trabajadora o el trabajador, gozan de reposo médico, expedido por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), por encontrarse en circunstancias en las cuales ejercen su derecho/deber de prestar asistencia y cuidados necesarios a una hija, hijo o representado legal, por padecer enfermedad; y el empleador o empleadora da cumplimiento al beneficio social de alimentación, mediante la provisión o entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.

Luego del análisis correspondiente, la Consultoría Jurídica del MINTRA concluyó en relación al otorgamiento del beneficio, lo siguiente:

Ahora bien, se comparte la interpretación antes transcrita, sin embargo, es incongruente que de la misma se pretenda otorgar un carácter de imputabilidad al ejercicio de derechos consagrados legalmente, como son: el descanso vacacional, los permisos, los descansos pre y postnatal y los períodos de incapacidad (reposos), ya que los mismos son derechos socio-laborales, no se originan de la voluntad del trabajador o trabajadora y su disfrute o ejercicio no podrá invocarse en ningún caso como argumento que enerven la obligación de la empleadora o empleador de otorgar el beneficio de alimentación, menos aún, cuando da cumplimiento a este beneficio mediante la provisión o entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.

Esta Consultoría Jurídica con base en los razonamientos y la normativa anteriormente invocada, concluye que la no prestación de servicio de la trabajadora o del trabajador justificada, no podrá entenderse en caso alguno, como un hecho imputable a su persona y en consecuencia no constituirá causa para la suspensión de este beneficio, más aún, cuando la empleadora o empleador de cumplimiento al mismo, mediante la provisión

o entrega de tickets de alimentación a sus trabajadoras y/o trabajadores, tal como lo establece el artículo 19 del Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores.

En consecuencia, la trabajadora y/o el trabajador, que se encuentre en las circunstancias, o en ejercicio de los derechos anteriormente descritos, deberá recibir el beneficio de alimentación, durante el lapso en el cual persistan estas condiciones y por ende le impidan la prestación del servicio; por lo tanto, la empleadora o el empleador dará cumplimiento a la obligación, tal como lo dispone el artículo 2 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores y en los términos previstos en el artículo 19 de su Reglamento.

Como se ha podido observar, son varios los elementos de interés que presenta el Dictamen N° 09 de la Consultoría Jurídica de MINTRA.

En primer lugar, es de destacar que el referido Dictamen delimita con precisión su objeto, esto es, determinar si el beneficio de alimentación, cuando se presta bajo la modalidad de tickets o cargas a la tarjeta electrónica de alimentación, debe otorgarse *en aquellos casos en los que la trabajadora o el trabajador gozan de reposo médico expedido por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), por encontrarse en circunstancias en las cuales ejercen su derecho/deber de prestar asistencia y cuidados necesarios a una hija, hijo o representado legal, por padecer enfermedad.*

No obstante lo anterior y de acuerdo con la lectura conclusiva del Dictamen, se puede observar que la Consultoría Jurídica de MINTRA se aleja ostensiblemente de lo que primigeniamente había establecido como objeto de la consulta, para expandir su interpretación en relación al artículo 19 del RLAT a otras circunstancias en las cuales –conforme a tal opinión– debe otorgarse el beneficio de alimentación mediante tickets o cargas a la tarjeta electrónica de alimentación, cuando el empleado no preste el servicio.

Así las cosas, el Dictamen de la Consultoría Jurídica de MINTRA concluyó que el beneficio de alimentación, bajo la modalidad en él establecida (tickets o cargas de tarjeta electrónica de alimentación), debe proceder en los siguientes supuestos según los cuales y de acuerdo con tal opinión, se trata de causas no imputables al trabajador; a saber: (i) el descanso vacacional, esto es, el disfrute de vacaciones previsto en el

artículo 219 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo; (ii) los permisos otorgados por el patrono a los trabajadores; (iii) los descansos pre y postnatal y (iv) los períodos de incapacidad o reposos.

De tal manera que conforme a la opinión de la Consultoría Jurídica de MINTRA, todas esas situaciones de carácter excepcional encuadran dentro de la noción de causa no imputable al trabajador, razón por la cual, cuando el beneficio es otorgado mediante la provisión de tickets o cargas a las tarjetas electrónicas de alimentación, el patrono se encuentra en el ineludible deber de seguir otorgando el beneficio sin recibir la contraprestación del servicio.

La Consultoría Jurídica de MINTRA finca su conclusión en el hecho de que todos los mencionados supuestos escapan de la voluntad de los trabajadores, al ser, precisamente ellos, mandamientos previstos en el ordenamiento jurídico.

Así, concluye el dictamen de la Consultoría Jurídica de MINTRA que el derecho a la vacación, estatuido en la Ley Orgánica del Trabajo, es una situación no imputable al trabajador, correspondiéndole por ello el beneficio alimentario y máxime cuando él se otorga, reiteramos, a través de tickets o tarjetas electrónicas.

De acuerdo con nuestro punto de vista, esta conclusión de la Consultoría Jurídica de MINTRA contradice de manera radical el objeto previsto en la LAT, que es, cabe recordar, dotar al trabajador de una comida balanceada durante la jornada de trabajo, razón por la cual es conteste toda la doctrina y la jurisprudencia venezolana, que la obligación alimentaria se produce con ocasión a la jornada de trabajo efectivamente laborada por el trabajador. El hecho que nuestro ordenamiento jurídico prevea situaciones en las cuales de manera obligatoria no ha de producirse la prestación del servicio, no significa que el patrono se encuentre en la obligación de dotar de alimentación al trabajador en tales períodos de inactividad laboral.

Lo mismo sucede, en opinión de dicha Consultoría Jurídica, cuando se producen “permisos” otorgados por el patrono a su trabajador, pero sin aclarar en modo alguno de qué tipo de permisos se trata. Nótese que –por ejemplo– el literal g) del artículo 94 de la Ley Orgánica del Trabajo establece como una causa de suspensión de la relación de

trabajo⁹ la licencia concedida al trabajador por el patrono para realizar estudios o para otras finalidades de su interés. Así mismo y conforme a diversas previsiones del ordenamiento jurídico laboral y ciertas disposiciones contenidas en Convenciones Colectivas de Trabajo, se establece el permiso para la realización de actividades de carácter sindical.

Sin embargo, y dada la amplitud de la opinión de la Consultoría Jurídica de MINTRA, pareciera que en todas esas situaciones de licencia el patrono estaría obligado a otorgar el beneficio de alimentación a sus trabajadores encontrándose suspendida la relación laboral, lo que constituye, según nuestro entender, un desacierto por parte de la Consultoría Jurídica¹⁰.

Otro tanto sucede en materia de los descansos pre y postnatal y los períodos de incapacidad o reposos, sobre los cuales consideró la Consultoría Jurídica de MINTRA que se trata de situaciones no imputables al trabajador o trabajadora.

Con respecto a los descansos pre y postnatal, ya nuestra doctrina y en particular Díaz Mujica, se había pronunciado sobre la posibilidad de in-

⁹ De conformidad con el artículo 95 de la Ley Orgánica del Trabajo, la suspensión de la relación laboral supone la cesación de la obligación de prestar el servicio para el trabajador y la cesación de la obligación patronal de pagar el salario.

¹⁰ Esta posición del Dictamen N° 09 en relación al otorgamiento del beneficio durante los permisos recibidos por los trabajadores pareciera contradecirse notoriamente con otra opinión de la Consultoría Jurídica de MINTRA del 5 de octubre de 2000, emitida con ocasión a la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores (por lo tanto no existía para aquella época el RLAT) y según la cual: “(...) Los directivos sindicales gozarán de permisos a tiempo completo y remunerado para ejercer funciones inherentes a su cargo. Ahora bien, el objeto fundamental de la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores publicada en la *Gaceta Oficial de la República* N° 36.538 de fecha 14 de septiembre de 1998, con vigencia a partir el 1° de enero de 1999, es crear un programa de alimentación para mejorar el estado nutricional de los trabajadores, a fin de fortalecer la salud, prevenir las enfermedades profesionales y propender a una mayor productividad laboral, el cual se cumplirá a través de la provisión total o parcial de una comida balanceada o a través de tickets o cupones durante la jornada de trabajo, entendiéndose como tal, el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrono y no puede disponer libremente de su actividad y de sus movimientos, de conformidad con lo establecido en el artículo 189 de la Ley Orgánica del Trabajo. Por lo antes expuesto, esta Consultoría Jurídica considera que los directivos sindicales que disfrutan de permiso a tiempo completo y remunerado para las gestiones referentes a sus funciones, no son acreedores del beneficio de la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores por cuanto los mismos no cumplen con su jornada de trabajo”.

cluirlos o no dentro de la noción de la causa no imputable a que hace referencia el artículo 19 del RLAT de la siguiente forma:

Un supuesto que arroja mucha duda es el de los permisos de maternidad (pre y postnatales), porque se puede sostener que las ausencias vienen dadas por la ley y que aunque la trabajadora quisiera prestar el servicio (al menos en una parte de ese período), la ley se lo prohíbe. En contrapartida, se puede sostener igualmente que los permisos de maternidad son producto de un embarazo, que se supone ha sido un acto voluntario o imputable a la trabajadora¹¹.

Como se ha podido ver, para la doctrina existía la duda en relación a la aplicabilidad del artículo 19 del RLAT a las situaciones del período pre y postnatal, pero nos inclinamos precisamente por aquella postura que indica que el embarazo, como tal, no debe catalogarse como un supuesto de causa no imputable sino más bien, como debe ocurrir en cualquier cultura de avanzada, como un evento programable por parte de la pareja que desea procrear.

Finalmente, el Dictamen de la Consultoría Jurídica de MINTRA se pronunció sobre la obligatoriedad del beneficio de alimentación en la modalidad ya tantas veces dicha, cuando ocurre una suspensión de la relación de trabajo derivada de un reposo ordenado al trabajador o trabajadora, entendiendo por ello que procederá el beneficio bien se trate de una enfermedad de carácter ocupacional o cuando ocurre una enfermedad no ocupacional.

De tal manera pues que si analizamos con detenimiento la situación dirimida por vía interpretativa, prácticamente podría concluirse que el beneficio de alimentación deberá otorgarse siempre a los trabajadores, independientemente de si prestan o no el servicio, puesto que –como resulta evidente– la disposición reglamentaria es tan amplia con ella encuadraría cualquier tipo de situación no imputable al trabajador.

Hasta los momentos hemos podido detectar varias situaciones de interés: que el reglamentista se excedió en el desarrollo de la LAT, contrariando así el espíritu de dicho texto legislativo y concediendo el beneficio en casos en que el mismo no procedería.

¹¹ ID, *id.*

2.1 *Antecedentes del Dictamen N° 09 de 25 de junio de 2008. Dictamen N° 14 de fecha 16 de octubre del año 2006 emanado de la propia Consultoría Jurídica del MINTRA*

El Dictamen N° 09, de 25 de junio de 2008, tiene su predecesor inmediato en el Dictamen N° 14 de 16 de octubre de 2006 emanado de la propia Consultoría Jurídica de MINTRA.

Curiosamente, el Dictamen N° 14 fue citado en el Dictamen N° 09 que es objeto de nuestro análisis, pero teniendo la particularidad que este último interpretó el artículo 19 del RLAT de una manera radicalmente distinta a como se había hecho en el Dictamen N° 14.

Así, el antecedente interpretativo de la Consultoría Jurídica de MINTRA, había indicado lo siguiente:

En opinión de esta Consultoría Jurídica, cuando el trabajador o trabajadora ejerce su derecho a vacaciones, permisos y reposos, salvo los derivados de enfermedades ocupacionales y accidentes de trabajo, se encuentra en el disfrute legítimo de un derecho humano laboral, por lo que la causa de la no prestación de servicios durante dichas jornadas de trabajo es atribuible a él o a ella misma. En otras palabras, el motivo o razón de tal circunstancia es “imputable” al propio trabajador o trabajadora y no al patrono o patrona, no estando obligado este último a otorgarle el beneficio previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, de conformidad con lo señalado en el artículo 19 de su Reglamento, en virtud de que por mandato del propio legislador el beneficio se genera por jornada de trabajo efectivamente laborada.

Como se puede observar, la propia Consultoría Jurídica de MINTRA había dado ya una interpretación en relación al otorgamiento del beneficio de alimentación en situaciones tan particulares como el derecho a la vacación, los permisos y los reposos, estableciendo de manera clara e indubitable, que sí correspondería al trabajador en el caso de encontrarse suspendida la relación laboral con motivo de una enfermedad de carácter ocupacional. De hecho, nótese cómo el redactor de dicha opinión de la Consultoría Jurídica de MINTRA entendió –porque así lo establece la LAT– que el beneficio *se genera por jornada de trabajo efectivamente laborada*, así como también que la situación del artículo 19 del RLAT obedece a circunstancias netamente excepcionales.

Sin embargo, la actualidad revela que lo excepcional se ha convertido prácticamente en regla si se decide aplicar el contenido del Dictamen N° 09 de la Consultoría Jurídica de MINTRA.

3.2 *Sobre la competencia de las Consultorías Jurídicas de los Ministerios para la emisión de dictámenes y/o consultas. Los Dictámenes de la Consultoría Jurídica de MINTRA no son vinculantes para los particulares*

En el ordenamiento jurídico venezolano es la Ley de la Administración Pública el cuerpo normativo encargado –además de la Constitución, pero en términos generales o programáticos– de regular las facultades y atribuciones de los distintos órganos de la administración central. En esa Ley se prevé que la organización interna de cada uno de los Ministerios estará sometida a las disposiciones de los distintos Reglamentos Orgánicos Ministeriales.

De ahí que MINTRA, en cuanto a su organización interna y las facultades de sus distintas direcciones, esté regulado específicamente por el Reglamento Orgánico del Ministerio del Trabajo¹².

El artículo 10 de dicho Reglamento Interno se refiere específicamente a la Consultoría Jurídica, disponiendo textualmente lo siguiente: “Corresponde a la Consultoría Jurídica las funciones establecidas en el Reglamento sobre las Consultorías Jurídicas de los Ministerios”.

De ahí que sea indispensable remitirnos al contenido del mencionado Reglamento sobre las Consultorías Jurídicas de los Ministerios¹³, que es precisamente el cuerpo normativo que establece sus funciones y atribuciones.

Para el tema que nos hemos propuesto, resulta indispensable analizar el contenido de dos normas del Reglamento *in commento*, a saber, el artículo 1°, que se refiere a las atribuciones de la Consultoría Jurídica, así como los artículos 5 y 6 que están referidos a la emisión de Dictámenes y Consultas. Seguidamente nos permitiremos transcribir el contenido de esos dispositivos:

Artículo 1.- La Consultoría Jurídica es el órgano asesor de cada ministerio en materia jurídica, y como tal, le corresponde:

¹² *Gaceta Oficial* Extraordinario número 5.301 del 29 de enero de 1999.

¹³ *Gaceta Oficial* Extraordinario número 30.205 del 14 de septiembre de 1973.

1º) Emitir dictámenes a solicitud del Ministro, del Director General del Ministerio, de los Directores Generales y de los Directores;

(*omissis*).

Artículo 5.- La Consultoría Jurídica tendrá los siguientes servicios: de Dictámenes y Opiniones; de Información y Documentación; y de Estudios Normativos. También contará con cualquiera otro necesario para el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 6.- El servicio de dictámenes y opiniones atenderá a la evacuación de consultas que sean formuladas a la Consultoría Jurídica conforme al ordinal 1º del artículo 1º de este reglamento, así como a la preparación de las actuaciones que debe cumplir el Consultor Jurídica cuando le sea sustituida la representación del Procurador General de la República.

Habiendo citado las disposiciones pertinentes en cuanto a las atribuciones y funciones de la Consultoría Jurídica de los Ministerios, y muy concretamente las relacionadas con el servicio de Dictámenes y Consultas, es preciso destacar que como se desprende del análisis del ordinal 1º del artículo 1, 5 y 6 del Reglamento que estamos comentando, el Consultor Jurídico está facultado para emitir “Dictámenes y Consultas.

Sin embargo, esa facultad para emitir Dictámenes y Consultas a que hace referencia el artículo 6 *eiusdem*, está referida *exclusivamente* a aquellos casos o situaciones en que los Dictámenes o Consultas fueren requeridos por *el Ministro, el Director General del Ministerio, los Directores Generales y los Directores*.

Por ello, es fácil concluir que la opinión o el dictamen del Consultor Jurídico, en cuanto a la materia sometida a su consideración, sólo tiene efectos en la estructura interna del Ministerio y sólo a solicitud de los funcionarios públicos descritos en el párrafo anterior.

En otras palabras, no es una facultad o atribución del Ministerio atender al público para evacuar consultas o dictámenes y menos aún que el resultado de éstos sea vinculante para los particulares que deseen conocer la opinión del Consultor Jurídico del Ministerio del Trabajo. Por el contrario –reiteramos– el resultado de las Consultas o Dictá-

menes sólo podrían surtir efecto jurídico dentro del ámbito del Ministerio correspondiente.

No obstante, es necesario advertir en este punto que normalmente los particulares, ante situaciones pre-litigiosas o de conflicto, acuden ante la Consultoría Jurídica de MINTRA para conocer su opinión ante un asunto específico de índole laboral o de aplicación de la normativa jurídica de tal especialidad, así como que en muchas ocasiones tales opiniones o dictámenes sirven de referencia al momento de analizar determinada interpretación a las normas del ordenamiento jurídico laboral. Pero las resultas de tales opiniones jamás podrían adquirir carácter vinculante para la parte o partes que hubieren realizado la consulta, entendiéndolas nosotros como una categoría de *doctrina* y por ello no puede considerarse siquiera como fuente de derecho¹⁴.

3. Implicaciones económicas del Dictamen N° 09 de 25 de junio de 2008 de la Consultoría Jurídica de MINTRA

De lo dicho hasta los momentos, hemos detectado, en una primera fase, a un texto normativo como el caso de la LAT según el cual el beneficio de alimentación sólo debe ser otorgado por el patrono a sus trabajadores por *jornada trabajada*.

Por otro lado, encontramos al artículo 19 del RLAT según el cual en casos excepcionales y por causas no imputables al trabajador, el beneficio de alimentación –cuando es prestado por vía de tickets o tarjetas electrónicas de alimentación– debe concederse a los trabajadores.

Así mismo nos hemos encontrado con dos dictámenes emanados de la Consultoría Jurídica de MINTRA, los cuales se contradicen y ni siquiera se complementan. De hecho, el último de los dictámenes producidos,

¹⁴ En Venezuela y más concretamente en los artículos 230 al 235 del Código Orgánico Tributario (*Gaceta Oficial* 37.305 del 17 de octubre de 2001, se prevé la posibilidad que los contribuyentes realicen consultas a la administración tributaria para asuntos interpretativos de tales normas. No obstante y aunque no lo indique claramente el Código Orgánico Tributario, se ha venido entendiendo que las resultas de dichas consultas no tienen carácter vinculante, ya que incluso ni siquiera pueden ser recurridas por el contribuyente. Además, si la administración tributaria no contesta la consulta en el lapso de 30 días hábiles que prevé el artículo 233 *eiusdem*, el contribuyente podrá aplicar el criterio que posea en la situación que es objeto de la consulta.

esto es, el N° 09 de 25 de junio de 2008, extiende el beneficio de alimentación prestado con tickets o tarjetas electrónicas a situaciones originadas en fórmulas legales, tales como el derecho a la vacación, los permisos, los períodos pre y postnatales y los reposos derivados de enfermedades ocupacionales o no.

Finalmente, también hemos podido concluir que de conformidad con el ordenamiento jurídico venezolano, las opiniones o dictámenes emanados de las Consultorías Jurídicas de los diversos ministerios no poseen carácter vinculante, a tal punto que nos hemos atrevido a afirmar que tales dictámenes constituyen o forman parte de lo que ha de denominarse como doctrina.

Hasta aquí pudiera afirmarse, sin mayor preocupación, que el Dictamen N° 09 de la Consultoría Jurídica de MINTRA no debería —en principio— afectar a la empresa pública o privada. Sin embargo pensamos que si existen razones para tomar en consideración, de manera seria y concienzuda, las consecuencias del mencionado Dictamen, no obstante su carácter no vinculante o imperativo para el empresariado venezolano y la propia administración pública.

Por razones evidentemente prácticas y aunque para la fecha en que se escribe este artículo desconocemos la forma en que dicho dictamen ha venido siendo utilizado por los funcionarios de las Inspectorías del Trabajo, pensamos que pudiera ser empleado como una herramienta dirigida a la imposición de diversas sanciones.

En efecto, la experiencia actual nos revela que las Inspectorías del Trabajo se han venido convirtiendo de cierta manera en órganos represivos desde la óptica jurídica. No desconocemos que esas Inspectorías del Trabajo han sido diseñadas para velar por el estricto cumplimiento de la normativa legal y en beneficio de los trabajadores. Sin embargo, en la práctica, las Inspectorías del Trabajo han venido utilizando interpretaciones contrarias a derecho y no permitiendo un cabal y digno derecho a la defensa de quienes a ellas concurren como patronos, ordenándose en muchas ocasiones, injustas sanciones pecuniarias.

Así mismo, la utilización de las Inspectorías del Trabajo se ha convertido en el factor determinante para la obtención de divisas y la posibilidad de celebrar contratos con la administración pública, a tal punto que el simple hecho que el patrono aparezca en un procedimiento de carácter

sancionatorio (aún no decidido), impide a ese patrono la tan conocida y necesitada solvencia laboral.

De ahí que pensemos y por ello el alerta que pretendemos relanzar desde aquí, que los funcionarios de las Inspectorías del Trabajo pueden utilizar este Dictamen de la Consultoría Jurídica de MINTRA para ordenar la apertura de procedimientos administrativos sancionatorios, en todos aquellos casos en los que los patronos hubieren dejado de otorgar el beneficio de alimentación prestado a través de tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, a sus trabajadores que hubieren ejercido su derecho a la vacación anual, al disfrute de permisos, períodos pre y postnatales y durante los reposos originados por enfermedades ocupacionales o no.

Lo anterior, por razones evidentes, no obsta a que el patrono perjudicado por la iniciación de procedimientos de carácter sancionatorio pueda recurrir de tales actos ante las vías contenciosas a que hubiere lugar, logrando de manera efectiva el restablecimiento de la situación detectada por las Inspectorías del Trabajo conforme al Dictamen N° 09 de la Consultoría Jurídica de MINTRA.

4. El ejercicio del recurso de interpretación en relación al artículo 2 de la LAT. Posición de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia

En fecha muy cercana, por no decir casi inmediata a la elaboración de este breve artículo, nos hemos percatado de una decisión de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que se produjo con motivo del recurso de interpretación del artículo 2 de la LAT que establece como una modalidad de cumplimiento del beneficio previsto en la LAT, el otorgamiento de tickets, cupones o tarjetas electrónicas de alimentación *durante la jornada de trabajo* cumplida por el trabajador¹⁵.

Nos referimos a la decisión número 126 del 10 de febrero de 2009 (Ticino de Venezuela, C.A. con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez) y que creemos es indispensable al menos transcribir algunos de sus fragmentos y dar nuestra visión sobre el tema.

¹⁵ *Vid.* La sección 2.- de este artículo en el cual fue tratado el tema del artículo 2 de la LAT.

En el referido recurso de interpretación y como se evidencia del propio texto de la antes mencionada decisión¹⁶, la Sala de Casación Social sostuvo la inadmisibilidad del recurso de interpretación, toda vez que entendió que lo propuesto por la parte recurrente no era exclusivamente una interpretación del artículo 2 de la LAT, sino del artículo 19 del RLAT que ha sido objeto del presente estudio.

En efecto, luego de sostenerse en la decisión de la Sala que ella era competente materialmente en relación al recurso de interpretación propuesto, pasó seguidamente a revisar los requisitos de admisibilidad del mismo, encontrando la Sala y en criterio de los Magistrados que suscriben la decisión, que la parte recurrente pretende una extensión de la interpretación a una norma de carácter o carácter sublegal (artículo 19 del RLAT).

Así, expresó la Sala lo siguiente:

En el caso *sub iudice*, la parte recurrente solicita que se interprete el encabezado del artículo 2 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, el cual establece que “*a los efectos del cumplimiento de esta Ley, los empleadores del sector público y del sector privado que tengan a su cargo veinte (20) o más trabajadores, otorgarán el beneficio de una comida balanceada durante la jornada de trabajo*”.

Ahora bien, conteste con los términos en que fue propuesto el recurso bajo estudio, la duda con relación al sentido y alcance de dicha norma surge en razón de lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento de la referida Ley, según el cual, “*cuando el beneficio sea otorgado mediante la provisión o entrega al trabajador o trabajadora de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, la no prestación del servicio por causas no imputables al trabajador o trabajadora, no será motivo para la suspensión del otorgamiento del beneficio correspondiente a esa jornada*”. Ello explica que en el escrito recursivo se solicite, en definitiva, que esta Sala de Casación Social aclare si el empleador queda liberado de su

¹⁶ Se deja expresa constancia que no hemos tenido a mano el escrito contentivo del recurso de interpretación propuesto por la empresa Ticino de Venezuela, C.A. sino únicamente la decisión de la Sala, la cual fue consultada en el enlace <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/0126-10209-2009-08-1723.html>

obligación de entregar el ticket de alimentación para la jornada correspondiente –cuando sea ésta la modalidad asumida para cumplir con el beneficio de alimentación–, en aquellos casos en que el trabajador no acuda a prestar sus servicios, con independencia de la razón que motive su ausencia; y en caso negativo –es decir, si hay casos en que el empleador debe entregar el referido ticket pese a la ausencia del trabajador durante la jornada laboral–, se precise cuáles son las causas no imputables al trabajador que no suspenderían la entrega del ticket de alimentación; y por el contrario, cuáles causas serían imputables a éste, liberando al patrono de proveer dicho ticket.

Lo expuesto en los párrafos precedentes evidencia que la parte recurrente no sólo pretende la interpretación del encabezado del artículo 2 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, como lo afirma expresamente en su escrito, sino además, del artículo 19 de su Reglamento, visto que especifica como una de las interrogantes que en su criterio debe esclarecerse, cuáles son las causas no imputables al trabajador que le impidan cumplir con su jornada de trabajo y frente a las cuales el empleador aún queda obligado a entregar el ticket de alimentación correspondiente a dicha jornada, y por el contrario, cuáles son las causas imputables al trabajador que liberan al patrono de esa obligación, supuestos éstos que derivan de la aplicación de la citada norma reglamentaria (cursivas de la Sala).

Como complemento de lo anteriormente señalado, la Sala indicó:

Además de lo anterior, y como se señaló *supra*, en el escrito recursivo se plantea como interrogante si el empleador que otorgue el beneficio de alimentación mediante tickets, queda liberado de su obligación cuando el trabajador no acuda a prestar sus servicios durante la jornada laboral, “*por la razón que fuese*”, y “*habida cuenta que esa norma [artículo 2 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores] señala que ese beneficio se otorga por jornada de trabajo*”. De ello se desprende que la parte actora realmente pretende que esta Sala, al interpretar el encabezado del artículo 2 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, se pronuncie –al menos de forma indirecta– sobre la legalidad o ilegalidad de una norma reglamentaria, visto que el artículo 19 del Reglamento de la

mencionada Ley, establece que la entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación no se suspenderá cuando el trabajador no preste servicios durante la jornada, por causas que no le sean imputables (cursivas y corchetes de la Sala).

Por lo tanto, se concluye que, a través del recurso de interpretación planteado, se persigue sustituir otra vía procesal existente, por cuanto lo procedente es la impugnación de la norma de rango sublegal antes citada, atendiendo a la competencia asignada a la Sala Politicoadministrativa de este máximo Tribunal de la República, en los artículos 266, numeral 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 5, numeral 30 de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, para declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad.

No dudamos en modo alguno de la correcta decisión de la Sala, en el sentido de que los requisitos por ella enunciados para la admisibilidad del recurso de interpretación, son precisamente los citados y que en modo alguno puede utilizarse el recurso de interpretación para sustituir medios legales para la declaratoria total o parcial de los actos de orden normativo.

Sin embargo, diferimos en la causal utilizada por la Sala para declarar la inadmisibilidad del recurso de interpretación, toda vez que –en nuestra opinión, reiteramos– y tomando en consideración el Dictamen N° 9 del 25 de junio de 2008 proferido por la Consultoría Jurídica de MINTRA y de los estragos que dicho Dictamen pudiera generar en el ámbito económico y en las relaciones laborales existentes en nuestro país, era preferible sostener que el artículo 2 de la LAT no admitía ningún tipo de interpretaciones y que el beneficio, cuando decida otorgarse a través de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación se otorga *por jornada de trabajo*, es decir, sólo cuando se presta efectivamente el servicio.

En otras palabras, no existe según nuestra opinión ambigüedad u obscuridad alguna en el artículo 2 de la LAT, lo cual ratifica de acuerdo con nuestro criterio, los posibles vicios de nulidad del artículo 19 del RLAT y cuya interpretación fue extendida injustamente a supuestos no consagrados por la Consultoría Jurídica de MINTRA.

Leyes orgánicas, promulgación de la ley y principio derogatorio

*Luis Alfonso Herrera Orellana**

Sumario:

Introducción

- 1. Argumentos de la Sala Constitucional para declarar la no constitucionalidad del carácter orgánico dado al DLET y, no obstante ello, la plena eficacia jurídica de su Disposición Derogatoria Única.**
- 2. Comentarios críticos a la argumentación usada por la Sala Constitucional para negar el carácter orgánico al DLET y, no obstante ello, conferirle plena eficacia jurídica a su Disposición Derogatoria Única.**

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *summa cum laude*. Licenciado en Filosofía y Especialista en Derecho Administrativo. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de Argumentación Jurídica en la Facultad de Derecho y egresado del Programa de Estudios Avanzados en Derecho Constitucional impartido en esta casa de estudios.

Introducción

El 2 de mayo de 2007, se dio recibo en la Secretaría de la Sala Constitucional de una comunicación suscrita por el Presidente de la República, adjunto la cual remitió a dicha Sala, en atención a lo establecido en el artículo 203 de la Constitución de 1999, un ejemplar del Decreto N° 5.306, de fecha 25/04/07, aprobado en Consejo de Ministros, contentivo del Proyecto de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo (DLOET), y su correspondiente Exposición de Motivos, dictado con base en los numerales 1 y 4 del artículo 1° de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.617, de fecha 01/02/07, con el propósito de obtener pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico.

Es el caso que esa Sala, luego de efectuar el análisis correspondiente del contenido del DLOET, en concordancia con las disposiciones constitucionales relevantes, declaró en sentencia N° 1.259, de 31/07/08, que dicho texto legal "...no tiene el carácter orgánico que le fuera atribuido, conforme a lo dispuesto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", pero que, no obstante ello, le confería "PLENA EFICACIA JURÍDICA de la Disposición Derogatoria Única contenida en dicho instrumento jurídico".

Por qué la Sala Constitucional consideró que un texto legislativo vinculado con la garantía de un derecho social (el trabajo) reconocido como tal por la Constitución de 1999 no debía considerarse susceptible de ser investido con el carácter orgánico, y por qué, sin que el mismo tuviera carácter orgánico (como varias de las leyes que pretendía derogar) o estuviera vigente, dio *plena eficacia* a la Disposición Derogatoria Única en él contenida, es lo que este breve comentario se propone examinar, para luego formular algunas críticas e interrogantes derivadas del razonamiento general seguido por la sentencia analizada.

1. Argumentos de la Sala Constitucional para declarar la no constitucionalidad del carácter orgánico dado al DLET y, no obstante ello, la plena eficacia jurídica de su Disposición Derogatoria Única

Señaló la Sala Constitucional que, de acuerdo con el artículo 1° del DLOET, dicho texto legal tenía por objeto garantizar y regular "(...) la

estabilidad en el trabajo de todos los trabajadores y trabajadoras que se rigen por las normas contempladas en la legislación del trabajo ordinaria, quienes no podrán ser despedidos, trasladados o desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin que el empleador o empleadora haya sido autorizado por la autoridad administrativa competente”, y asimismo sancionar con nulidad absoluta aquella “acción” en la cual”(...) el empleador o empleadora por voluntad unilateral termine la relación laboral sin haber obtenido la autorización del Inspector o Inspectora del Trabajo”.

Asimismo, luego de hacer una breve relación por Capítulos del contenido específico del DLOET, la Sala Constitucional indicó que la Disposición Derogatoria Única de dicho texto legal establecía que: “Se derogan los artículos 34, 96, 384, 449 al 458 ambos inclusive, único aparte del 506 (sic), 520, literal f) del (sic) 533, parágrafo único del (sic) 538 en lo relativo a la inamovilidad, 617, 639, el literal g) del (sic) 647, 674 de la Ley Orgánica del Trabajo, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.152 Extraordinario de fecha 19 de junio de 1997; el Título VIII Capítulo I de la Estabilidad en el Trabajo de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002; 40 al 49 ambos inclusive, 142 y 187 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.426 de fecha 28 de abril de 2006; 44 en lo relativo a la inamovilidad de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.236 de fecha 26 de julio de 2005, y cualquier otra norma que colida con esta ley”.

Una vez hecha la exposición resumida del contenido del DLOET, la Sala, como primera premisa normativa de argumentación, indicó que según “su ámbito de regulación material, a la luz del artículo 203 de la Constitución de 1999 son materias reservadas a la ley orgánica: (i) las que en casos concretos así haya considerado el propio Texto Constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), y aquellas relativas (ii) a la organización de los Poderes Públicos, (iii) al desarrollo de derechos constitucionales, y (iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes”, y que “los mencionados supuestos a que se refiere el artículo 203 de la Constitución poseen carácter normativo, lo que implica que cualquier ley a la cual se pretenda considerar

como orgánica debe estar incluida en cualquiera de ellos para que se le estime y se le denomine como tal”.

Luego de invocar la doctrina que sobre el artículo 203 de la Constitución la misma Sala ha establecido en algunas de sus sentencias, específicamente en las sentencias Nos. 537 de 12/06/00, caso: “*Ley Orgánica de Telecomunicaciones*” y 1.971 de 16/10/01, caso: “*Victor Rafael Hernández Mendible*”, indicó que en su sentencia N° 229 de 14/02/07, caso: “*Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia*”, al referirse en particular al subtipo normativo relativo a las leyes orgánicas dictadas para desarrollar los derechos constitucionales en sus rasgos configuradores o esenciales, había dejado sentado que “interpretado el término ‘desarrollo’ en un sentido estricto, sólo cabe atribuir a la ley orgánica toda regulación general de la norma constitucional que reconoce un derecho o lo que afecta a *cuestiones básicas y esenciales de dicha regulación*, que contribuya a la mejor aplicación del precepto constitucional porque incida en aspectos propios de la eficacia del mismo; *pero no así cualquier supuesto en que se incida de manera más o menos directa en la esfera de un derecho constitucional*, ni siquiera todo lo que se pueda considerar regulación de su ejercicio” (destacados de este comentario).

Tomando en cuenta la premisa inmediatamente anterior, la Sala prosiguió su análisis indicando que, al examinar el DLOET, básicamente debía determinar si éste reunía “las condiciones para ser calificado como de carácter orgánico en virtud de desarrollar un derecho constitucional o, por el contrario, [si] se trata de un conjunto normativo que regula algún aspecto incidental del derecho al trabajo, en la medida que la estabilidad, como institución laboral, constituya un atributo específico de este derecho y, por tanto, reservado al ámbito de regulación de la ley ordinaria”.

Aclaró la Sala, que el criterio que distingue entre leyes que desarrollan un aspecto esencial de un derecho constitucional y otras que sólo desarrollan sólo aspectos indirectos de aquéllos “(...) parte entonces, del objeto de normación, puesto que si la regulación de ese derecho sólo toca algún aspecto secundario o indirecto del mismo, la ley carecerá de tal carácter”, pero que, en todo caso, “(...) el intérprete constitucional deberá discriminar si en efecto el objeto de regulación recae en un derecho o en una garantía o atributo inherente al mismo, pues los segundos, como nociones de protección vinculadas a su efectividad, son

susceptibles de ser desarrollados en el marco de leyes ordinarias, y no se insertan, en principio, en la calificación de leyes orgánicas”.

Señalado lo anterior, advirtió la Sala que el DLOET “(...) tiene como objeto regular y garantizar la estabilidad en el trabajo y, con el propósito de tornarla operativa, crea la estructura administrativa y procedimental pertinente”, y que “conforme al ordenamiento constitucional vigente, la estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía instituida por el Constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del ‘derecho’ que tiene el empleador a dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique”, por lo que “dicho concepto se asocia a la nota de durabilidad o permanencia del trabajador en su empleo y constituye un atributo del derecho al trabajo –y del deber de trabajar– que establece el artículo 87 del Texto Constitucional”.

Luego de explicar que la estabilidad laboral puede ser relativa o absoluta, y de dar cuenta de su reconocimiento por el artículo 93 del Capítulo V, signado “*De los Derechos Sociales y de las Familias*”, del Título III, “*De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes*” de la Constitución de 1999, el cual se “articula con aquellas que establecen las reglas objetivas y los principios rectores a los que debe atender el legislador para regular el trabajo como hecho social y como bien jurídico que tiene un régimen de protección especial por parte del Estado venezolano”, la Sala Constitucional, haciendo uso de la interpretación gramatical, señaló que “(...) el uso de la preposición ‘en’¹, vincula la noción a un instituto de proyección más amplia, del cual forma parte: el derecho al trabajo como hecho social y como derecho subjetivo de especial protección por parte del Estado, lo que torna a la estabilidad como un elemento creado con el propósito de reforzar la eficacia de ese derecho, esto es, una garantía objetiva del derecho al trabajo”.

Una vez establecido el carácter de “garantía objetiva del derecho del trabajo” de la estabilidad laboral en lugar de un atributo esencial de tal derecho, y luego de hacer algunas consideraciones acerca de la natura-

¹ En el artículo 93 de la Constitución vigente, el cual señala: “Artículo 93. La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos”.

leza y contenido esencial del derecho del trabajo que reconoce el artículo 87 constitucional², de examinar la –a su juicio– inexistente oposición entre los derechos y las garantías, y de advertir las serias dificultades que existen a nivel teórico para lograr una nítida distinción entre unos y otros, más aún de acuerdo a los textos constitucionales que establecen garantías a los derechos que reconocen, la Sala señaló que, en su criterio, básicamente “(...) la garantía constitucional consiste en una técnica o medio que tiene como propósito tutelar y asegurar la eficacia de los valores o contenidos esenciales de los derechos y libertades consagrados en la Constitución”.

Continuó la máxima intérprete de la Constitución indicando que, en vista de ello, la garantía “(...) se orienta a la protección del núcleo esencial del derecho, de las estructuras típicas tradicionales que lo conforman o bien la forma fundamental de un determinado instituto jurídico”, por lo que “su regulación (...) en el marco de la problemática que aquí se analiza, no incide en forma directa en la esfera de un derecho constitucional, al tratarse de medios de protección que tocan aspectos secundarios o están al margen del derecho constitucional, de tal suerte que su regulación recae en el ámbito de una ley ordinaria y no de una ley orgánica, al no afectar cuestiones básicas, esenciales o institucionales medulares de un derecho constitucional, en este caso, del derecho al trabajo”.

De forma, si se quiere, necesaria según las premisas acogidas en su estudio del DLOET, concluyó la Sala Constitucional en que “(...) no queda duda (...) que la estabilidad es un atributo del derecho al trabajo

² “Desde una perspectiva material del contenido de ese derecho, esta Sala, en su sentencia N° 3.029 del 4 de noviembre de 2003, caso: “José Eduardo Guzmán Alemán y Aiskel de Lourdes Blanco Pérez”, ha precisado respecto del artículo 87 constitucional que consagra el derecho-deber de trabajar lo siguiente: ‘El precepto constitucional transcrito contempla al trabajo en su doble dimensión de deber y derecho, el cual está referido a la realización y promoción de la persona en el desempeño de una actividad efectiva, por lo que éste es inherente a la persona humana; sin embargo, su ejercicio no se agota en la libertad de trabajar, ya que su configuración constitucional también presenta un aspecto colectivo que implica un mandato a los Poderes Públicos para que diseñen y ejecuten políticas destinadas a procurar la plena ocupación de la población. Así, el derecho al trabajo, en su dimensión colectiva, constituye un bien jurídico inescindible de todas las personas que habitan o residen en el territorio de la República, que puede verse afectado en la medida en que los hechos denunciados como lesivos impidan el desarrollo de las condiciones necesarias y suficientes para el logro del fomento del empleo, en los términos establecidos en el artículo 87 de la Constitución’”.

y su naturaleza es la de una garantía vinculada a éste, al formar parte del conjunto básico de preceptos que persiguen su protección, por ello, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo al crear los órganos y articular los procedimientos que deben materializar la justicia laboral administrativa, **no regula de forma directa el ejercicio del derecho-deber constitucional al trabajo sino que refuerza o protege**, a través de las instituciones creadas en su texto, un aspecto tangencial del derecho consagrado en el artículo 87 de la Constitución (...) en tanto desarrolla aspectos procedimentales y técnicos supeditados a los principios y reglas que rigen en materia laboral, contemplados tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en la Ley Orgánica del Trabajo”, en vista de lo cual el DLOET carecía del carácter orgánico que le fue atribuido, al no ser susceptible de subsunción en alguno de los supuestos contenidos en el artículo 203 constitucional.

En el párrafo anterior debió finalizar el análisis de la Sala, de cara a la consulta que el Presidente de la República le formuló en acatamiento de lo establecido en la Constitución de 1999. Sin embargo, aquélla indicó que, resuelto lo anterior, se le imponía “efectuar un pronunciamiento en torno a la eficacia de la cláusula derogatoria contenida en ese texto normativo, tomando en cuenta las consideraciones anteriores”.

Y se le imponía ese pronunciamiento, porque si el DLOET, en definitiva, no tenía carácter orgánico por desarrollar la estabilidad laboral que tiene naturaleza de garantía del derecho del trabajo, entonces había que resolver el problema de cómo ese texto legal, una vez puesto en vigencia, podría derogar, como lo preveía su Disposición Derogatoria Única, disposiciones contenidas en leyes orgánicas como la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, que en forma directa o incidental regulaban la materia de estabilidad o inamovilidad laboral.

Para resolver el problema, la Sala Constitucional invocó el controversial criterio por ella establecido en su sentencia N° 2.573, de 16/10/02, caso: “*Ley Orgánica contra la Corrupción*”, conforme al cual a “...los fines de garantizar el desarrollo de los preceptos y principios constitucionales vigentes y asegurar el dinamismo que debe garantizar al Poder Legislativo” era necesario “desatender la eficacia del principio derogatorio, según el cual, la derogación de una norma legal, sólo puede verifi-

carse por una norma jurídica de categoría igual o superior y ha de efectuarse mediante los trámites formales que corresponden a la norma derogatoria en cuestión”, en el entendido que “la desaplicación de tales principios [es necesaria] para facilitar la labor legislativa en la derogatoria de aquellas leyes orgánicas, dictadas bajo la vigencia de la abrogada Constitución, que no se adecuen al nuevo orden constitucional, por aplicación inmediata de los principios en ella contenidos, cuyo valor normativo y de aplicación inmediata y directa ha tenido esta Sala oportunidad de destacar”.

De este modo, concluyó –ahora sí– la Sala Constitucional en que debido a “...la especialidad de la materia objeto de normación, y de su evidente importancia en el ámbito social y económico, cual es la garantía de estabilidad en las relaciones de trabajo (...) desde una perspectiva constitucional, opera con plena eficacia la derogatoria de las normas contenidas en leyes orgánicas a que aluden expresamente la Disposición Derogatoria Única contenida en el Decreto Ley examinado”.

2. Comentarios críticos a la argumentación usada por la Sala Constitucional para negar el carácter orgánico al DLET y, no obstante ello, conferirle plena eficacia jurídica a su Disposición Derogatoria Única

2.1 *Incorrección del criterio según el cual el Presidente de la República puede dictar Decretos Ley con carácter orgánico, por su incompatibilidad con principios, derechos y procedimientos previstos en la Constitución de 1999*

En varias sentencias (ver por todas las N^{os}. 1.723, de 31/07/02, y 34, de 26/01/04) la Sala Constitucional ha señalado que parte de las diferencias existentes entre la ley ordinaria y la ley orgánica derivan de *razones de orden político-constitucional*, las cuales justifican el cumplimiento cabal de los no poco complejos requisitos procedimentales que establece la Constitución de 1999 para la formación y sanción de las leyes orgánicas.

Incluso, ha considerado esa Sala que si se dejara de ser riguroso en el cumplimiento de esos requisitos, básicamente no se cumplirían los objetivos del constituyente al erigir tales dificultades y al relacionar estas leyes, las orgánicas, con materias de especial impacto para la vida de la Nación, por ejemplo, en materia de desarrollo y ejercicio de los

derechos constitucionales o en las relaciones de los particulares con el Estado.

En definitiva, para la Sala Constitucional, esas dificultades y requisitos más complejos para la elaboración y sanción de las leyes orgánicas se justifican por cuanto éstas “(...) requieren de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos, así como de mayor estabilidad y permanencia en el tiempo, que las dirigidas a normar ámbitos donde, al no estar comprometidas relaciones o situaciones jurídicas tan delicadas, es necesario mayor flexibilidad y rapidez para su progresiva y oportuna modificación o reforma”.

Tal criterio, como ya ha sido puesto de relieve por la doctrina más reconocida³, es desconocido por este otro, de la misma Sala Constitucional (ver, entre otras, sentencia N° 1.719, de 19/09/01), conforme al cual el Ejecutivo Nacional, mediante una Ley Habilitante, puede quedar autorizado a dictar Decretos con Rango y Fuerza de Ley Orgánica, ello a pesar de que esta rama del Poder Público no se caracteriza por sustanciar procedimientos regidos por los principios de participación y de deliberación, ni están dirigidos a la búsqueda de consensos entre representantes de tendencias políticas de diversa índole, con independencia de su mayor o menor representatividad.

Si, como bien lo ha reconocido la Sala Constitucional en varias de sus sentencias, existe un vínculo inseparable entre el contenido sustantivo y el procedimiento de formación de las leyes orgánicas y la cláusula del Estado democrático, a la luz de preceptos como el que enuncia el principio democrático (regla de la mayoría, protección de las minorías parlamentarias, deliberación pública, etc.) y el derecho la participación ciudadana (derecho de la ciudadanía organizada a exponer ante el Parlamento sus ideas respecto de materias que ameritan de acuerdos y alto respaldo social), ese vínculo, constitucionalmente acogido, no es respe-

³ Cfr. Peña Solís, José, *Los Tipos Normativos en la Constitución de 1999*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 233 y ss; y Brewer-Carías, Allan R. *Apreciación general sobre los vicios de inconstitucionalidad que afectan los Decretos Leyes Habilitados*, en AA/VV, “Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes, *Op. Cit.*, 83 y ss.

tado y garantizado cuando la ley orgánica es dictada por el Ejecutivo Nacional, sin seguir el procedimiento parlamentario de formación de las leyes orgánicas.

Gracias a esta verdadera *deferencia* de la Sala Constitucional hacia el Ejecutivo Nacional, éste ha podido desde el año 2001, sin seguir ese procedimiento y sin consultar a los ciudadanos⁴ y sin que el país se encuentre en una formal situación de emergencia), dictar decretos-ley con carácter orgánico que han pasado a regular materias de especial trascendencia nacional, como es la de derechos y garantías constitucionales o de actuación de los Poderes Públicos (incluso, del Estatal y Municipal), sin que ni los ciudadanos ni las autoridades de estados y municipios hayan tenido posibilidad de participar en la formación de los mismos ante el Ejecutivo, lo que constituye un derecho cuando es la Asamblea Nacional la que dictará la ley, según los artículos 205 y 211 de la Constitución de 1999.

En el caso de la sentencia examinada, la N° 1.259, de 31/07/08, si bien la Sala Constitucional concluyó en que el DLET no tenía carácter orgánico, no lo hizo revisando y abandonando su criterio sobre la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional dicte esa clase de ley nacional, sino únicamente, como se leyó antes, por considerar que no era orgánico al no regular un derecho constitucional, sino una garantía de ese mismo rango. De este modo, la sentencia que declaró la no constitucionalidad del carácter orgánico del DLET validó, una vez más, la tesis de que el Presidente de la República puede, en Consejo de Ministros, dictar en el

⁴ Sucede que, no obstante estar ello contemplado, explícita o implícitamente, en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, en Venezuela los proyectos de Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley no son objeto de consultas públicas y, por lo tanto, respecto de ellos no se ejerce formalmente el derecho a participar en los asuntos públicos, ya que no se instrumentan las consultas públicas previstas en el artículo 136 de esa ley de 2001 (las cuales ni de cerca pueden equipararse a los debates parlamentarios y a la participación que ante la Asamblea Nacional pueden realizar los ciudadanos, conforme al artículo 211 de la Constitución de 1999), de modo que el Ejecutivo Nacional, sin consultar la opinión fundada de las fuerzas políticas ni de los ciudadanos organizados, dicta leyes y ya. Tal situación, al parecer, tenderá a empeorar, pues en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica de Administración Pública (G.O. 6.217, de 15/07/08), específicamente en su artículo 140, se añadió, como supuesto excepcional en el que no hay lugar a esa consulta de manera previa y obligatoria a la sanción del Decreto-Ley, “los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución (...)”, ya que si, disparatada y convenientemente, se interpreta que un Decreto-Ley es una ley de excepción, entonces, ahora sí, de pleno derecho, no habrá lugar a la consulta.

marco de una Ley Habilitante Decretos con Rango de Ley Orgánica, lo cual es falso y contrario a principios, derechos y procedimientos establecidos en la Constitución⁵.

Finalmente, también es criticable la tesis de la Sala Constitucional sobre la supuesta potestad del Presidente de la República de dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, en la medida que ella se aparta, sin argumentos sólidos, de la justificación que en el Derecho Comparado se ha dado, desde el origen de la figura, a los Decretos con rango de ley que dicta el Poder Ejecutivo: la urgente necesidad de adoptar regulaciones con rango de ley frente a situaciones de emergencia o contingencias, por lo general, suscitadas en el ámbito económico o en el financiero, que no pueden aguardar a que el Parlamento legisle siguiendo el procedimiento constitucionalmente previsto para ello, y que tampoco ameritan que se decrete un Estado de Excepción⁶.

Sucede que, a diferencia de las materias que típicamente son reguladas en Derecho Comparado vía Decretos-Ley (bancos, seguros, tributos, etc.), ninguna de las materias que, de acuerdo con el artículo 203 de la Constitución de 1999, deben ser reguladas mediante ley orgánica (el funcionamiento de los Poderes Públicos, el ejercicio y garantía de los derechos constitucionales y el marco general de un ulterior grupo de

⁵ Otras razones que justifican la no autorización al Ejecutivo Nacional para dictar Decretos con Rango de Ley Orgánica, vinculadas con las limitaciones derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se exponen en el trabajo de Nikken, Pedro, *Constitución venezolana de 1999: La habilitación para dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley restrictivos de los derechos humanos y su contradicción con el derecho internacional*, en Revista de Derecho Público N° 83. Caracas: 2000, pp. 5 a 19. Adicionalmente, se impone informar que el objetivo de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos al que apuntan las leyes orgánicas también se encuentra frustrado, hoy por hoy, en sede legislativa, no tanto por el actual carácter monocolor, unipartidista, de la Asamblea Nacional, sino porque la Sala Constitucional en su sentencia N° 34, de 26/01/04, estableció que basta "(...) la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional presentes en la respectiva sesión para la sanción de las leyes orgánicas contempladas en el artículo 203 de la Constitución (...)". Algunas críticas a esta sentencia, en Tosta, María Luisa, "Las leyes orgánicas y la filosofía del Derecho", en Revista de Derecho N° 12. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004.

⁶ La Constitución de 1961, en su artículo 190.8, sí seguía esa tendencia del Derecho Comparado y por ello limitó a la potestad de dictar Decretos-Ley del Presidente de la República a la materia económica y financiera, respecto de la cual no cabe dictar Decretos con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica. Al respecto, véase lo expuesto por Moles Caubet, Antonio, *Dogmática de los Decretos-Leyes*, en Acosta Hoenicka, Oswaldo (Comp.), Estudios de Derecho Público. Caracas: UCV, 1997, pp. 366 y ss.

leyes especiales o de desarrollo de esa ley marco) deberían ser objeto de regulación en medio de una emergencia, dada su importancia para el funcionamiento general del Estado y para el ejercicio de los derechos constitucionales por parte de los ciudadanos, importancia que exige, sin excepción, que en su elaboración intervengan los representantes de las diversas tendencias políticas que hacen vida en el Parlamento, en nombre de sus electores.

En todo caso, si frente a una situación extrema fuera realmente necesario legislar en alguna de las materias señaladas por el artículo 203 constitucional sin que fuera posible aguardar el procedimiento parlamentario, entonces, en lugar de dictar una Ley Habilitante para darle esa potestad al Presidente, tendría el Ejecutivo Nacional que decretar un Estado de Excepción y proceder a dictar, en dichas materias, Decretos con fuerza de ley.

2.2 *Inexactitud conceptual en la distinción derecho constitucional al trabajo - garantía constitucional a la estabilidad laboral, y la dificultad para futuras aplicaciones del criterio sustantivo establecido en la sentencia N° 229 de 14/02/07*

Dejando de lado las críticas que corresponde formular a especialistas en Derecho del Trabajo al análisis que en la sentencia se hace de la estabilidad relativa y de la estabilidad absoluta de acuerdo con la doctrina establecida en la sentencia N° 1.185, de 17.06.04, caso: “*Alí Rodríguez Araque*”, resulta pertinente señalar que tanto en su sentencia N° 229 de 14/02/07, como en la examinada sentencia N° 1.259, de 31/07/08, se aprecia un esfuerzo notable por parte de la Sala Constitucional para lograr distinguir conceptualmente, con la mayor precisión posible, entre la noción de derecho subjetivo constitucional y la noción de garantía constitucional, y luego, a partir de esa distinción básica, establecer, a contracorriente de la teoría general a la que ella alude en la sentencia (y que engloba en un supraconcepto tanto al derecho como a su garantía), la diferenciación entre el derecho al trabajo y la estabilidad laboral.

Valga citar, de nuevo, el párrafo clave de la sentencia en este aspecto: “Concluye la Sala entonces que la garantía constitucional consiste en una técnica o medio que tiene como propósito tutelar y asegurar la eficacia de los valores o contenidos esenciales de los derechos y libertades consagrados en la Constitución (...); en tal sentido, se orienta a la protección del núcleo esencial del derecho, de las estructuras típicas

tradicionales que lo conforman o bien la forma fundamental de un determinado instituto jurídico (...) su regulación, entonces, en el marco de la problemática que aquí se analiza, no incide en forma directa en la esfera de un derecho constitucional, al tratarse de medios de protección que tocan aspectos secundarios o están al margen del derecho constitucional, de tal suerte que su regulación recae en el ámbito de una ley ordinaria y no de una ley orgánica, al no afectar cuestiones básicas, esenciales o institucionales medulares de un derecho constitucional, en este caso, del derecho al trabajo”.

Así las cosas, si las garantías no inciden en forma directa en la esfera de los derechos constitucionales, y más en concreto, si la estabilidad laboral no afecta cuestiones básicas, esenciales o institucionales medulares del derecho al trabajo, pues sólo opera como “una técnica o medio que tiene como propósito tutelar y asegurar” tal derecho al trabajo, luego no es posible afirmar, al mismo tiempo que la estabilidad laboral es **“un atributo de dicho derecho al trabajo”**.

Tal afirmación se hace, párrafos previos, en la sentencia examinada, cuando se dice que “(...) conforme al ordenamiento constitucional vigente, la estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía instituida por el Constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del ‘derecho’ que tiene el empleador a dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique (...) dicho concepto se asocia a la nota de durabilidad o permanencia del trabajador en su empleo y constituye **un atributo del derecho al trabajo** –y del deber de trabajar– que establece el artículo 87 del Texto Constitucional”.

O es una figura jurídica instrumental para asegurar el ejercicio y no vulneración del derecho subjetivo (como es la expropiación respecto de la propiedad), o es un atributo, elemento o parte esencial, constitutiva, del derecho (como lo es la disposición respecto de la propiedad), pero no puede, estimamos, ser ambas cosas a la vez. Un detalle menor, quizá, en la argumentación seguida por la Sala, pero que vale tener presente para evitar en casos futuros cualquier imprecisión en la aplicación del criterio establecido en la sentencia N° 229 de 14/02/07, que conduzca a difuminar los contornos que con dificultad ha venido la Sala delineando en las sentencias antes mencionadas.

2.3 *Aplicación, razonable, de un criterio restrictivo de ley orgánica, para concluir en el carácter no orgánico del DLET, que contrasta con la aplicación, poco razonable, de un criterio expansivo de ley orgánica, aplicado en sentencias dictadas durante el año 2008*

En una primera aproximación a la distinción propuesta por la Sala entre derechos constitucionales y garantías constitucionales, a fin de reservar a las leyes orgánicas sólo la regulación de los derechos propiamente tales y dejar a la legislación ordinaria el desarrollo de las garantías, cabe indicar que la misma luce razonable, en la medida que la misma es idónea para impedir una ampliación excesiva de las materias cuya regulación legal deberá seguir el agravado procedimiento constitucional de formación de leyes orgánicas.

En el caso concreto –y este fue, sin duda, el principal argumento que empleó la Sala Constitucional para declarar la no constitucionalidad del carácter orgánico del DLET–, y luego de un análisis fundado en la dogmática jurídica laboral, se estimó que la estabilidad que protege el artículo 93 constitucional “(...) se orienta a la protección del núcleo esencial del derecho”, es decir, del derecho al trabajo por lo que “su regulación (...) en el marco de la problemática que aquí se analiza, no incide en forma directa en la esfera de un derecho constitucional, al tratarse de medios de protección que tocan aspectos secundarios o están al margen del derecho constitucional, de tal suerte que su regulación recae en el ámbito de una ley ordinaria y no de una ley orgánica, al no afectar cuestiones básicas, esenciales o institucionales medulares de un derecho constitucional, en este caso, del derecho al trabajo”.

Tal criterio restrictivo resulta, en principio, loable, en orden a limitar con el mayor rigor el número de leyes nacionales que por disposición del artículo 203, que sólo habla de derechos y no de garantías, deberán ser elaboradas y sancionadas siguiendo el complejo trámite de la formación de leyes orgánicas.

Sin embargo, y aunque esta advertencia no tiene que ver, directamente, con algún aspecto de la argumentación seguida por la Sala Constitucional en la sentencia examinada, vale resaltar aquí que este criterio ponderado, restringido, razonable en un primer análisis, sobre materias relacionadas con derechos constitucional que, empero, no son subsumibles en ninguna de las 4 categorías de leyes orgánicas previstas en el

artículo 203 constitucional, contrasta notablemente con el criterio, si se quiere contrapuesto, por expansivo, que sobre las leyes orgánicas y las materias que debían ser reguladas por ellas empleó la misma Sala en varias sentencias de 2008, para reconocer como orgánicos otros Decretos-Ley dictados por el Presidente de la República.

Como se verá, en algunos de los Decretos consultados no se desarrollaban en forma directa derechos constitucionales, ni tampoco el funcionamiento de órganos del Poder Público (que debe distinguirse de la Administración Pública), ni se establecieron tampoco normas que sirvieran de marco para la producción y aplicación de otras.

En varios de estos Decretos-Ley, básicamente el Ejecutivo Nacional dictó medidas, regulaciones y creó entes y órganos que aumentaron el grado de intervención estatal en la economía, sin que se aprecie, en todo caso, una evidente conexión con alguno de los mencionados subtipos de leyes orgánicas, previstos en el artículo 203 de la Constitución, al punto de que, en algunos de los casos a mencionar, se declaró el carácter orgánico de las leyes a partir de lo previsto en el artículo 302 constitucional.

Un ejemplo de ello se encuentra en la sentencia N° 1.258, de 31/07/08, en el que se declaró el carácter orgánico del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Alimentaria. Conforme al artículo 1° de ese texto legal, el objeto del mismo es el de “garantizar la seguridad y soberanía agroalimentaria, en concordancia con los lineamientos, principios y fines constitucionales y legales en materia de seguridad y defensa integral de la Nación, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en la ley que regula las tierras y el desarrollo agrario”, es decir, un desarrollo, entre otras disposiciones, de las contenidas en los artículos 305 y 326.

Conforme al artículo 2° del mismo Decreto Ley, sus disposiciones regirán “todas las actividades ejecutadas en el territorio nacional, relacionadas con la garantía de seguridad y soberanía agroalimentaria, tales como la producción, el intercambio, distribución, comercialización, almacenamiento, importación, exportación, regulación y control de alimentos, productos y servicios agrícolas, así como los insumos necesarios para su producción...”.

Ahora bien, no obstante lo afirmado por la Sala en la referida sentencia⁷, lo cierto es que ni el artículo 305 ni el 326 reconocen o enuncian derechos subjetivos como tales, sino principios y, más concretamente, cometidos que procuran tutelar bienes jurídicos de gran importancia, como la seguridad alimentaria, ello sin perjuicio de la conexión que en forma directa o indirecta puedan tener con genuinos derechos subjetivos, como son los previstos en los artículos 112, 115 y 117 de la misma Constitución de 1999.

El caso es que en lugar de aplicar el criterio restrictivo acogido en la sentencia N° 229 de 14/02/07 y aplicado en la sentencia N° 1.259, de 31/07/08, en esta sentencia N° 1.258, de 31/07/08 (es decir, dictada el mismo día en que se dictó la sentencia sobre el carácter no orgánico del DLEL) optó por un criterio expansivo de la ley orgánica, conforme al cual ésta debe regular aquellas materias que si bien no desarrollan directamente aspectos esenciales de un derecho constitucional, sí tocan aspectos indispensables para su ejercicio (parecidos a la estabilidad laboral en su relación con el derecho al trabajo), como son las “medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueren necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento”.

⁷ Previo a sostener que en el artículo 305 se reconoce, en forma implícita, el derecho a la alimentación, la Sala señaló que: “(...) lo anterior permite a la Sala afirmar preliminarmente que el aludido Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria es constitucionalmente orgánico al desarrollar la materia relativa a la seguridad agroalimentaria, conforme a la noción inserta en el artículo 305 de la Constitución vigente (...) En virtud de su ámbito material de regulación, esta Sala observa que se trata de un Decreto Ley dictado con el propósito de desarrollar y garantizar, por una parte, la soberanía agroalimentaria como derecho inalienable de una nación a definir y desarrollar políticas agrarias y alimentarias apropiadas a sus circunstancias específicas a partir de la producción local y nacional, respetando la conservación de la biodiversidad productiva y cultural, así como la capacidad de autoabastecimiento priorizado, garantizando el acceso oportuno y suficiente de alimentos a toda la población (artículo 4 del Decreto Ley) y, por la otra, la noción constitucional de seguridad agroalimentaria en tanto cometido estatal en corresponsabilidad con el sector agroalimentario nacional, a la población la disponibilidad, acceso, intercambio y distribución equitativa de los alimentos de manera estable, que aseguren las condiciones físicas y emocionales adecuadas para el desarrollo humano integral y sustentable, considerando el intercambio, la complementariedad y la integración económica entre los pueblos y naciones como elemento esencial que garantiza el derecho a la alimentación (artículo 5 del Decreto Ley)”.

Quizá consciente de esa posible contradicción de criterios, la Sala, al final de su argumentación, añadió que “las disposiciones de ese Decreto Ley además de incidir en la regulación de un derecho humano fundamental como lo es el derecho a la alimentación, se erigen en la base legislativa para el desarrollo de una legislación específica posterior, como ley marco, dirigida a regular cada uno de los aspectos jurídicos de la seguridad y soberanía agroalimentaria, lo cual refuerza la constitucionalidad de su carácter orgánico a la luz del artículo 203 del Texto Fundamental”.

2.4 *Incertidumbre generada por la Sala Constitucional al declarar la plena eficacia de la Disposición Derogatoria del DLEL y, sin embargo, no emitir pronunciamiento alguno sobre el plazo para la promulgación y publicación en Gaceta Oficial de dicho texto legal*

Como bien se desprende del mismo texto de la sentencia examinada, ella no declaró la inconstitucionalidad del DLEL, sino sólo la no constitucionalidad del carácter orgánico con el cual fue investido. Luego, el efecto lógico de tal pronunciamiento, al no estar pendiente de cumplimiento ninguna otra formalidad para ello, debió ser la promulgación inmediata, por el Presidente de la República, del Decreto-Ley y su publicación en *Gaceta Oficial*. Sin embargo, en este caso, así como en el del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ordenación y Desarrollo del Territorio (si bien en éste sí se reconoció carácter orgánico al proyecto de Decreto-Ley), no se procedió a la publicación del Decreto-Ley en la *Gaceta Oficial*, de modo que el DLEL no está vigente y, por lo tanto, no tiene eficacia alguna.

Visto lo anterior, es necesario plantearse una serie de interrogantes que no han sido respondidas por la Sala ni en la N° 1.259, de 31/07/08, ni en ninguna de las sentencias en la que se ha pronunciado sobre el carácter orgánico de proyectos de Decretos-Ley o de Ley sometidos a su consideración: ¿La declaratoria del carácter no orgánico del proyecto que fue consultado, impide o suspende el procedimiento de sanción y promulgación de la Ley o del Decreto-Ley?, si no lo impide ni lo suspende, entonces ¿estaría obligado, el Presidente de la República o la Asamblea Nacional, según el caso, al no faltar ningún otro trámite para ello, a publicar en la *Gaceta Oficial de la República* el texto de la ley sin darle el carácter orgánico o tendrían dichos Poderes la opción de no publicarlo?; ¿es posible, antes de que sea publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, conferirle plena eficacia jurídica a las Disposicio-

nes Derogatorias de *proyectos* de ley que sólo han sido sometidos a la revisión de la Sala Constitucional para que ésta se pronuncie sobre la constitucionalidad del carácter orgánico con el cual se les ha investido durante su elaboración?; ¿o será, más bien, que esa plena eficacia sólo puede comenzar una vez publicada en *Gaceta Oficial de la República* el respectivo texto legal, y de ninguna manera antes, pues sólo una vez promulgada y publicada es que se convierte en ley de la República?

En el mismo sentido: ¿en qué tipo de responsabilidad incurre el Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 216 constitucional⁸, si cumplidos todos los trámites constitucionales y legales para ello, se niega o abstiene de publicar el texto legal en la *Gaceta Oficial de la República*?; en los casos en que se trate de un Decreto-Ley, ¿podría la Asamblea Nacional proceder, en lugar del Presidente de la República, promulgar y publicar dicha ley en la *Gaceta Oficial* si aquél no cumple con su obligación, tal y como ocurrió en el caso del DLEL?; de ser ello posible, ¿dónde haría esa publicación, tomando en cuenta (i) que la Constitución de 1999 no contempla la existencia de una Gaceta de la Asamblea, como sí lo hacía la Constitución de 1961 en su artículo 175, y (ii) que la *Gaceta Oficial* depende directamente del Poder Ejecutivo?; ¿podría la Sala Constitucional, para evitar vacíos legales o abstenciones contrarias a la Constitución, ordenar, en el mismo expediente de la consulta sobre la constitucionalidad del carácter orgánico, a la Asamblea Nacional o al Presidente de la República, publicar en *Gaceta Oficial* el texto legal objeto de la consulta o sería necesario que cualquier persona, con el simple interés, acuda con base en el artículo 336.7 de la Constitución e intente un recurso contra la omisión para que la Sala, verificada como sea la omisión, pueda dar esa orden?

⁸ Textualmente señala: “Artículo 216. Cuando el Presidente o Presidenta de la República no promulgare la ley en los lapsos señalados, el Presidente o Presidenta y los dos Vicepresidentes o Vicepresidentas de la Asamblea Nacional procederán a su promulgación sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél o aquélla incurriere por su omisión”. En principio, estimamos que la responsabilidad a la que se refiere esta norma sería política, y correspondería declararla a la plenaria de la Asamblea Nacional, según la mayoría requerida para ello según el *Reglamento Interior y de Debates*, a fin de que los electores tomen nota de la omisión injustificada en que incurrió el primer mandatario nacional.

Hasta la fecha, ninguna de estas preguntas ha sido respondida por la Sala, de modo que urge un pronunciamiento de ella sobre cada uno de estos delicados asuntos⁹.

2.5 Invalidez e incorrección del criterio de la desaplicación del principio derogatorio previsto en el artículo 218 de la Constitución de 1999, para dar preferente aplicación a la regla contenida en el artículo 203 de la misma Constitución

En la sentencia N° 1.259, de 31/07/08 examinada, la Sala Constitucional se topó con el mismo problema que, en el año 2002, advirtió cuando tuvo que decidir si validaba o no la Disposición Derogatoria contenida en la Ley contra la Corrupción (G.O. N° 5.637, Extraordinario, de 07/04/03) que derogaba íntegramente la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1961, no obstante carecer aquélla del carácter –que no rango– de norma orgánica.

Ese problema, básicamente, consistía en la prohibición que existiría de derogar una ley orgánica dictada con ese carácter bajo la vigencia de la Constitución de 1961, mediante una ley ordinaria dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1999 (por no encuadrar en ninguno de los subtipos normativos de ley orgánica que prevé el artículo 203 de dicho Texto Constitucional) debido a la inconstitucionalidad que afectaría tal proceder (por ser violatorio del principio derogatorio), de un lado, y la imposibilidad que de aceptarse tal prohibición se le crearía al Poder Legislativo Nacional en su labor de sancionar el marco jurídico legal necesario para desarrollar el Texto Constitucional en vigor, de otro.

A dicho problema la Sala Constitucional dio respuesta en su sentencia N° 2.573, de 16/10/02, caso: “*Ley Orgánica contra la Corrupción*”, en el sentido de permitir que una ley ordinaria dictada bajo la vigencia de la actual Constitución de 1999 derogase a una ley investida del carácter orgánico pero dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1961, que no limitaba a los supuestos del actual 203 constitucional los tipos de

⁹ Un análisis preliminar sobre estos y otros problemas relacionados con las normas constitucionales en las que se regula la sanción, promulgación y publicación de las leyes, y propuestas para la eventual reforma de las mismas, en Parra Aranguren, Fernando, *Observaciones a algunas reglas constitucionales vigentes*, en AA/VV, Temas Constitucionales. Planteamientos ante una Reforma. Caracas: FUNEDA, 2007, pp. 411 y ss.

leyes orgánicas y permitía, por tanto, el que por simple investidura parlamentaria se le confiriese ese carácter a cualquier texto legislativo.

En efecto, partiendo de la premisa de acuerdo con la cual, en el sistema de fuentes del Derecho venezolano, la ley orgánica tiene un rango superior –mayor jerarquía– que las restantes leyes que dicta la Asamblea Nacional, y apoyándose en un planteamiento de Díez-Picazo, de dudosa aplicabilidad a la problemática analizada¹⁰, la Sala consideró necesario “(...) ante la situación planteada (...) desatender la eficacia del principio derogatorio, según el cual, la derogación de una norma legal, sólo puede verificarse por una norma jurídica de categoría igual o superior y ha de efectuarse mediante los trámites formales que corresponden a la norma derogatoria en cuestión”.

Es el caso que, a partir de una fundada refutación de la corrección y aceptabilidad de las premisas en las que se apoya la solución acogida por la Sala Constitucional (supuesta jerarquía normativa de las leyes orgánicas, supuesta *ultraactividad* de normas de la vieja Constitución de 1961, supuesta aplicación retroactiva de la Constitución de 1999 si

¹⁰ Al asumir, en un plano formal, la supuesta jerarquía de la ley orgánica respecto de la ley ordinaria, y estar al mismo tiempo decidida ha permitir que, no obstante lo anterior, una ley ordinaria derogase una ley orgánica, era indispensable para la Sala hallar un razonamiento que le permitiera reconocer excepciones a esa regla, el cual estimó encontrar en un planteamiento expuesto por Luis M. Díez-Picazo en su obra *La Derogación de las Leyes* (Madrid: Civitas, 1990), cuando analiza la existencia de leyes “inderogables” y postula que al no coincidir necesariamente la jerarquía formal de las normas con la jerarquía constitucional de los órganos que las dictan, es posible aceptar que una norma dictada por órganos de superior jerarquía deroguen normas dictadas por órganos de inferior jerarquía, al margen de la mayor jerarquía que desde el punto de vista formal puedan tener estas últimas: “El autor prosigue señalando que la jerarquía normativa no se apoya pues, en las características formales, tales como la fuerza pasiva de los actos jerárquicamente ordenados. Y a la pregunta en qué se basa entonces, responde que una corriente de pensamiento liberal, consciente de la insuficiencia de la explicación formalista funda la jerarquía de las normas en la jerarquía constitucional de los órganos encargados de la producción normativa. Así, procede a explicar la jerarquía interorgánica, concluyendo en que no se da un paralelismo perfecto entre la jerarquía como esquema de la organización y la jerarquía como un modo de ordenación de normas”. La invocación de este argumento, claro está, sería innecesario si no se partiera, como lo hace la Sala, de la supremacía jerárquica de la ley orgánica sobre la ley ordinaria. Por otro lado, el uso del mismo torna incomprensible la afirmación hecha por la Sala, de estar dando preferente aplicación al artículo 203 respecto del artículo 218 de la Constitución de 1999, tal y como lo denuncia Peña Solís, al explicar que, precisamente, lo debió hacer –y no hizo la Sala– fue dar aplicación directa, con todas sus consecuencias al artículo 203 en concordancia con la Disposición Derogatoria Única de la Constitución.

se acepta la pérdida sobrevenida del carácter orgánico de leyes preconstitucionales que, hoy día, no pueden subsumirse en ninguno de los cuatro tipos de leyes orgánicas del artículo 203 constitucional, “desaplicación” de un principio constitucional como el derogatorio¹¹, etc.), ha sido Peña Solís quien, hasta la fecha, ha planteado la crítica más aguda al criterio acogido por dicha Sala, y quien ha propuesto, en su lugar, una que se presenta, luego de un análisis preliminar, como más correcta y aceptable¹², en términos de consistencia con principios constitucionales y de razonabilidad de sus efectos prácticos.

Dicha solución, en síntesis, postula lo siguiente: “(...) en caso de que la ley orgánica anterior no encuadra en ninguno de los ámbitos materiales reservados por la Constitución a los mencionados subtipos, entonces la ley perderá, por aplicación del artículo 203 constitucional, su carácter de orgánica, y pasará a ser ordinaria. De lo expuesto se infiere que la ley orgánica sancionada por la Asamblea Nacional, pasa debido al control sobre su carácter, ejercido por la Sala Constitucional, a ser ordinaria, y la ley orgánica sancionada por el extinto Congreso de la República, debido a la aplicación del artículo 203 constitucional pasa a ser ordinaria. Por consiguiente, siendo las dos ordinarias conforme a la nueva Constitución, se desencadena la regla antes citada de que una ley, aparte de la Constitución, sólo puede ser derogada por una ley del mismo tipo”¹³.

¹¹ Dijo textualmente: “La adaptación propuesta por la Sala, a través del presente fallo, en su función de garantizar la aplicación de las normas de la Constitución, se justifica por razones de seguridad jurídica, que exige la certeza de un sistema de fuentes dentro del ordenamiento jurídico orientado hacia la vigencia de los postulados constitucionales; de manera que, esta Sala encuentra justificada, a los fines de hacer compatibles las leyes producidas bajo el nuevo sistema constitucional con los principios generales que gobiernan la derogación de las leyes, las normas constitucionales y aquellas leyes preconstitucionales, la desaplicación de tales principios para facilitar la labor legislativa en la derogatoria de aquellas leyes orgánicas, dictadas bajo la vigencia de la abrogada Constitución, que no se adecuen al nuevo orden constitucional, por aplicación inmediata de los principios en ella contenidos, cuyo valor normativo y de aplicación inmediata y directa ha tenido esta Sala oportunidad de destacar. Tal conclusión sería producto de la aplicación inmediata y preferente en el caso *sub júdice* de la disposición contenida en el artículo 203 de la vigente Constitución”.

¹² Sobre la evaluación de los argumentos jurídicos desde un triple punto de vista, de su validez lógica, de su corrección material (adecuación a valores, principios y derechos) y su aceptabilidad práctica (ventajas que se derivan de los efectos que genere su aplicación), véase Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación jurídica*. Barcelona: 2006, en especial, pp. 61 y 106.

¹³ Peña Solís, José, *Los Tipos Normativos en la Constitución de 1999...*, Op. Cit., pp. 140.

A tal propuesta arriba el autor, luego de considerar, a contrario de lo sostenido por la Sala Constitucional, que (i) las leyes orgánicas y las leyes ordinarias se encuentran en el mismo nivel jerárquico en el sistema de fuentes y que su única diferencia debe ubicarse en el procedimiento de elaboración de cada tipo legal (en particular, por la mayoría requerida para dar inicio a la discusión del respectivo proyecto de ley), y (ii) que las leyes investidas con el carácter orgánico por el antiguo Congreso de la República que, de acuerdo con el artículo 203 de la actual Constitución, no sean susceptibles de tener dicho carácter, han perdido ese carácter, por aplicación directa de dicho artículo 203 en concordancia con la Disposición Derogatoria Única de la Constitución de 1999. Es así, según este autor, como debe permitirse la derogatoria de leyes orgánicas pre-constitucionales, así calificadas por mera *investidura parlamentaria*, por leyes ordinarias post-constitucionales, sin necesidad, pues, de desaplicación alguna de principios constitucionales como el derogatorio.

En general, toda solución jurídica que evite invocar excepciones a la aplicación de principios o reglas jurídicas, más aún si éstas están en el Texto Constitucional, y que apunte a la solución del problema práctico suscitado a partir de la interpretación y aplicación racional de dichas normas jurídicas, siempre resultará más aceptable, menos derrotable, que toda otra que dependa para su aplicación de la aceptación de interpretaciones heterodoxas o de la inaplicación de alguna norma claramente aplicable al asunto. Por ello, el optar por resolver el problema de la derogatoria de las leyes orgánicas pre-constitucionales a través de leyes ordinarias post-constitucionales, a partir de la aplicación íntegra, sistemática, de la Constitución de 1999, en lugar de hacerlo a partir de la no aplicación de un principio en ella reconocido, que es esencial para el desarrollo coherente del ordenamiento jurídico, lucía lo más apropiado en términos argumentativos.

No obstante ello, tanto en la sentencia N° 1.259, de 31/07/08, motivo de estas breves líneas, como en la sentencia Nos. 2.573, de 16/10/02, la Sala Constitucional optó por la tesis más heterodoxa, fundada en premisas que, como muestra Peña Solís, no resisten un análisis riguroso de su consistencia teórica y apego a la Constitución de 1999, que entonces terminó siendo desaplicada en uno de sus preceptos (el del artículo 218) para, supuestamente, dar preferente aplicación a otro de ellos (el del artículo 203) y así permitir la solución del problema planteado.

Quizá se dio respuesta a dicho problema, es cierto, pues desde 2002 leyes ordinarias post-constitucionales han derogado leyes orgánicas pre-constitucionales. Pero ello se ha hecho, una vez más, sacrificando la seguridad jurídica y la supremacía de la Constitución en nombre de la eficiencia y de la eficacia del actuar de los Poderes Públicos, sin reparar en que la aplicación preeminente y no ponderada de estos últimos ha terminado por erosionar entre nosotros los contenidos básicos del Estado de Derecho.

La propiedad intelectual en el marco del contrato de trabajo

*Héctor Armando Jaime Martínez**

Sumario:

Introducción

- 1. Los derechos intelectuales.**
- 2. Contenido de los derechos intelectuales.**
- 3. Fuentes de los derechos intelectuales.**
- 4. Las invenciones o mejoras realizadas por el trabajador subordinado.**
- 5. Las mejoras consideradas como invenciones.**
- 6. Clasificación de las invenciones del trabajador subordinado.**
- 7. Titularidad de la invención realizada por el trabajador subordinado.**
- 8. Participación del trabajador en los beneficios de la invención.**
- 9. El derecho moral del trabajador.**

Conclusiones

* **Universidad Católica del Táchira**, Profesor de Derecho del Trabajo. Profesor invitado en postgrados de varias universidades del país. **Escritorio Jurídico Jaime Martínez & Asociados**, Socio Principal.

Introducción

Con el fin de realizar una actividad productiva, mediante el contrato de trabajo, entran en contacto en el seno de la empresa los dos factores más importantes de ésta: el capital, en manos del empresario, y el trabajo, actividad desarrollada por quien presta el servicio. En la relación contractual que a tal efecto celebran, las partes asumen obligaciones recíprocas e interrelacionadas: el trabajador, colocará a disposición del empresario o empleador su fuerza de trabajo y el empresario, entre otras obligaciones y deberes, muchos de los cuales tienen su fundamento en la propia ley, asume la de remunerar la disponibilidad de esa fuerza de trabajo¹.

Con base en el efecto sinalagmático propio de este tipo de contratos, el resultado de la actividad desarrollada por la fuerza de trabajo que aporta el trabajador, pasará a ser propiedad del empleador o empresario, teniendo el trabajador tan sólo derecho a la percepción de un salario. Así, Riva Sanseverino advierte que el intercambio se da no entre el trabajo y el salario, sino entre la promesa del trabajo y la remuneración, por lo que el empleador no tiene ningún derecho sobre el trabajo como tal, sino sobre los resultados del trabajo².

Ello es así, porque de tener el trabajador derecho alguno sobre el producto del trabajo, dejaría de ser trabajador para convertirse en socio o copartícipe de la utilidad patrimonial que la empresa persigue obtener. El hecho de trabajar por cuenta ajena, trae como consecuencia que los derivados de la actividad productiva, se le atribuyan a aquél por cuya cuenta se trabaja, es decir, al patrono o empleador. Nuestra legislación

¹ Es necesario aclarar que más que asumir la obligación de prestar el servicio, el trabajador coloca a disposición del patrono su fuerza de trabajo, y es esa disponibilidad y no la prestación de servicio efectiva, lo que constituye en realidad la causa de la obligación que asume el empleador de pagar el salario. Esto es lo que explica el porqué el patrono está obligado a pagar el salario aun en aquellos casos en los cuales el trabajador no presta el servicio, como por ejemplo, en los días de vacaciones, o los días feriados. En tales casos, si bien existe la disponibilidad de la fuerza de trabajo, no puede el patrono, por mandato de la ley, hacer uso efectivo de la misma.

² Sanseverino, Luisa Riva: *Diritto del Lavoro*. Padova. Casa Editrice Dott. 1976. p. 140. Sostiene textualmente la citada profesora: “In sostanza, solo quando si tratta del risultato del lavoro, si può parlare di diritto di proprietà, ossia di un diritto assoluto, a favore di una persona diversa da quella che il lavoro ha posto in essere”.

no contiene una disposición expresa que establezca el derecho del empleador sobre el producto del trabajo como sí lo hace, por ejemplo, el artículo 31 del Código del Trabajo de Paraguay el cual dispone: “El resultado o producto del trabajo contratado pertenece al empleador, a quien el trabajador transfiere todos sus derechos sobre aquél por el hecho mismo del contrato”.

En el mismo sentido el artículo 23 de la ley española del Contrato de Trabajo de 1931 establecía: “el producto del trabajo contratado pertenecerá al patrono, a quien el trabajador transferirá todos sus derechos sobre aquél, por el mismo hecho del contrato”³. De acuerdo con el criterio de otros autores, resulta más propio referirse a la ajenidad en la utilidad patrimonial de la actividad productiva, más que a la ajenidad en los frutos⁴. Dentro de la jurisprudencia y la doctrina española el criterio de “la ajenidad” es fundamental para distinguir al trabajador subordinado de los trabajadores que realizan su actividad de manera no dependiente.

Resulta apropiado y evidente que mediante el contrato de trabajo el trabajador ceda al empresario la propiedad del producto de su labor a cambio de la remuneración que éste le paga por el derecho a disponer de su fuerza de trabajo. Con base en ello no podría, en principio, exigir el trabajador al empleador una remuneración superior a aquella por la cual convino en prestar su servicio.

³ Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde María Emilia: *Derecho del Trabajo*. Madrid. Thomson, Civitas. 2005. pp. 49 y 50. Estos autores han desarrollado en la doctrina española la tesis de la ajenidad que ha sido recogida por el Estatuto de los Trabajadores. Al efecto afirman: “Del trabajo productivo del hombre resultan unos ciertos frutos que son su ‘recompensa natural’ que en el estado natural de las cosas pertenecería al ejecutor del trabajo. Y sin embargo, el Derecho del Trabajo toma como base justamente la contraria, esto es, una realidad social en la cual los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo. La atribución ocurre en virtud de una singular relación entre el trabajador y el adquirente de los frutos, la relación de ajenidad, estructurada jurídicamente de formas muy diversas y peculiares que preexisten a la ejecución del trabajo”.

⁴ Montoya Melgar, Alfredo: *Derecho del Trabajo*. Madrid. Tecnos. 1981. p. 35. Así, el autor español señala: “Por lo pronto, la misma expresión ‘ajenidad en los frutos’ es inaplicable al esquema del contrato de trabajo, pues, parte de la identificación de cosas distintas como son los productos o resultados del trabajo y los frutos. Los productos del trabajo –‘manufacturas y productos de taller y de fábrica’ en la expresión de los comentaristas del Código Civil– no pueden reputarse frutos industriales derivados de un bien principal, sino que son, ellos mismos, bienes independientes y principales”.

Al establecer el legislador venezolano en el artículo 130 el principio de la proporcionalidad, determinó que el monto del salario tendría en cuenta “la cantidad y calidad del servicio”. De esta manera, cuando patrono y trabajador convienen en establecer un salario para remunerar el servicio que se obliga a prestar este último, lo hacen con el ánimo de determinar previamente la extensión de la obligación asumida por el empleador, sin que pudiera luego pretender el trabajador percibir un pago adicional, excepción hecha de los beneficios legales que se derivan de la relación de trabajo, tales como la prestación de antigüedad, la participación en los beneficios de la empresa, etc. Normalmente ello ocurre así, pero la ley contempla una excepción: el caso de ciertas innovaciones o invenciones llevadas a cabo por el trabajador y que constituye el objetivo de este trabajo.

En una primera parte se tratará lo relativo al régimen de las Invenciones y los derechos de autor en general, para luego hacer referencia al régimen previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, procurando comparar el régimen nacional con los de otros países.

1. Los derechos intelectuales

De las distintas relaciones que se producen en la vida social, interesan al derecho tan sólo las relaciones que poseen carácter jurídico, es decir, aquellas que son susceptibles de producir efectos regulados por el derecho. Las relaciones jurídicas consisten en “una relación de la vida ordenada por el derecho objetivo, y que consisten en una dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)”⁵. Conforme con lo anterior y de una manera general, si se trata de relaciones entre personas, estaremos en presencia de un derecho de crédito, en tanto que la relación de una persona con un bien (cosa o derecho) nos coloca frente a un derecho real.

El Título I del Libro Segundo del Código Civil se denomina “*De los Bienes*”; sin embargo, al referirse el artículo 525 a la gran división de los mismos en muebles e inmuebles, utiliza el término “*cosa*” como sinónimo

⁵ Enneccerus Ludwig: *Derecho Civil (Parte General)*. En Enneccerus Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martín: *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona. Bosch. 1971. Tomo I. p. 279

de “*bien*”⁶. No resulta oportuno entrar a analizar la propiedad del uso de los términos contenidos en el artículo en cuestión y que ha dado origen a una extensa discusión doctrinaria, tan sólo se quiere destacar que los bienes constituyen, generalmente, el objeto sobre el cual recae el poder jurídico que el titular del derecho subjetivo puede ejercer.

No obstante, es bueno señalar que si para algunos autores “cosa es cualquier ente material o inmaterial”⁷ otros, por su parte, consideran que son sólo cosas los “objetos corporales”⁸.

Desde la antigüedad, el hombre ha hecho uso de la razón de la que fue dotado para hacer frente a las necesidades que día a día se le han ido presentando. El proceso creativo no se agotó con la satisfacción de las necesidades vitales, antes por el contrario, surgen cada vez nuevas necesidades que agudizan el ingenio humano. De allí que los productos de ese espíritu creador hayan ido adquiriendo en la vida económica, un significado autónomo, independiente de los objetos en los cuales se concretizan y adquieren una manifestación sensible. Las obras literarias, musicales, tecnológicas, las marcas, los modelos, obra del espíritu, cobran valor en sí de manera que el derecho les ha reconocido y regulado como “*bienes o derechos inmateriales*”. Así, el derecho los ha regulado reconociendo a su autor derechos exclusivos sobre ellos, a través de figuras como la de “derechos de autor” o “las patentes de invención”. Kummerow las distingue de aquellas cosas en las que la idea se materializa: “La cosa material en que se plasma el producto del ingenio del autor es separable de éste y puede pertenecerle o ser de otra persona, sin que ello conlleve enajenación del derecho subjetivo”⁹.

Tales derechos poseen naturaleza patrimonial, puesto que son susceptibles de valoración económica y pueden ser transmitidos por actos inter vivos o *mortis causa*, pero la doctrina alemana se resiste a considerar-

⁶ Idéntica redacción se encuentra en el artículo 406 del Código Civil italiano que parece ser su fuente probable: “Tutte le cose che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata son bienes muebles o inmuebles”.

⁷ Aguilar Gorrondona, José Luis y Viso, Ángel Bernardo: *Derecho Civil II. Cosas y Bienes*. Caracas. UCAB. 1967.

⁸ Wolff, Martín y Raiser, Ludwig: *Derecho de cosas*. En Enneccerus Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martín. (Tratado de...) *Ob. Cit.* Tomo III. Volumen 1° p. 3.

⁹ Kummerow, Gert: *Bienes y Derechos Reales*. Caracas. UCV. 1965. p. 38

los derechos reales¹⁰; sin embargo, Kummerow considera que de acuerdo con nuestro derecho positivo, que incluye los *derechos* dentro de la categoría de los *bienes*, éstos deben ser considerados como bienes muebles. Los bienes inmateriales o intangibles, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, son pues considerados “cosas inmateriales” (términos hasta cierto punto contradictorios) y, por lo tanto, pueden ser objeto de un derecho de propiedad. En tal sentido, el artículo 98 de la Constitución Nacional dispone:

La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas, de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.

En el mismo sentido el artículo 546 del Código Civil establece:

El producto o valor del trabajo o industria lícitos, así como las producciones del ingenio o del talento de cualquiera persona, son propiedad suya, y se rigen por las leyes relativas a la propiedad en general y las especiales sobre estas materias.

Al referirse a esta disposición legal, la Sala Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de julio de 1953 estableció:

Advierte la Corte, asimismo, que no son sólo las cosas corporales sobre las cuales pueden recaer los derechos reales, pues éstos pueden extenderse hasta derechos y cosas incorporeales (...)¹¹.

No obstante el reconocimiento del derecho de propiedad sobre las obras del ingenio humano, Kummerow advierte que “las propiedades incorpo-

¹⁰ Enneccerus Ludwig: (*Derecho...*) *Ob. Cit.*, p. 308

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo. *Gaceta Forense*. N° 1 Segunda Etapa. Tercer Trimestre Volumen II p. 437

rales se hallan sometidas a regímenes especiales, de los cuales a menudo destacan reglas consecuenciales que descartan el trasplante integral a ellas de los principios rectores del régimen común de la propiedad...”¹².

2. Contenido de los derechos intelectuales

Son de la más diversa naturaleza los bienes que pueden ser objeto de propiedad intelectual. En líneas generales podríamos decir que cualquiera producción del intelecto humano que se manifiesta al mundo externo puede ser considerada como un bien susceptible de constituir un derecho para su autor y, por ende, ser objeto de propiedad intelectual. No obstante, habrá que tener en cuenta otros factores como por ejemplo, la trascendencia de la obra (empleado en sentido genérico, como resultado de la acción del intelecto humano), su novedad, su utilidad o su aplicación industrial, etc., para determinar si la misma posee un valor patrimonial que justifique su reconocimiento por parte de la sociedad y por el mundo del derecho.

En primer lugar tenemos aquellos bienes cuya adquisición se produce en forma automática, es decir, aquellos bienes cuyos derechos se adquieren por el solo hecho de la producción por su autor y entre ellos tenemos: las obras literarias y artísticas; fueron éstas quizá, las primeras respecto de las cuales se reconoció su valor económico, sobre todo en lo que respecta a la reproducción de las obras literarias a raíz de la aparición de la imprenta. A este grupo se asimilan los programas de computación (*software*) y las bases de datos. Estos derechos están regulados en la Ley sobre Derechos de Autor.

En segundo lugar se encuentran aquellos bienes sometidos al otorgamiento por parte del Estado del derecho a explotarlos comercialmente, otorgamiento que se produce luego de un proceso administrativo. Estos bienes se encuentran regulados por otro tipo de leyes como son la Ley de Propiedad Industrial y la Ley de Diversidad Biológica, además de algunos convenios y tratados internacionales. Tales bienes son:

1. Las invenciones, es decir, aquellos productos y procesos destinados a satisfacer una necesidad técnica;

¹² Kummerow, Gert: (*Bienes...*) *Ob. Cit.*, p. 233.

2. Los modelos de utilidad, que si bien no están destinados como las invenciones a satisfacer una necesidad técnica, derivan su utilidad por la forma nueva que se les da a algún objeto, que permite un mejor o diferente funcionamiento o uso que le proporciona una utilidad que antes no tenía;

3. Los Diseños Industriales definidos en el artículo 113 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) como:

La apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto.

4. Los Esquemas de Trazado referidos principalmente a la disposición tridimensional de elementos circuitarios (topografía) de circuitos integrados.

5. Los Signos Distintivos: entre los que se encuentran las marcas comerciales, que individualizan los productos comerciales, los lemas comerciales, las marcas colectivas, las denominaciones de origen, indicaciones geográficas, etc.; y,

6. Las variedades vegetales obtenidas por mejoramientos filogenéticos tradicionales o por manipulación genética. De manera reciente la ciencia moderna ha realizado manipulación genética en especies animales (clonación).

De acuerdo con el criterio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la propiedad intelectual se divide en dos categorías: la propiedad industrial: las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de origen; y el derecho de autor, que abarca las obras literarias y artísticas (películas, obras musicales, dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y los diseños arquitectónicos, derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, fonogramas, programas de radio y de televisión).

En el marco del contrato de trabajo el trabajador puede haber sido contratado para desarrollar cualquier actividad destinada a realizar invenciones, diseños industriales, modelos de utilidad, etc.; sin embargo, la Ley Orgánica del Trabajo tan sólo se refiere a las invenciones o mejoras.

3. Fuentes de los derechos intelectuales

El derecho a la propiedad intelectual ha sido considerado como un derecho fundamental no sólo por los textos constitucionales, entre ellos el nuestro (artículo 98), sino también por Tratados y Convenios Internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. No obstante, la tesis dominante es aquella que considera que son bienes inmateriales y, por ende, se encuentran regulados por las normas de derecho privado que rigen los bienes.

Conforme lo establece el artículo 546, los derechos intelectuales se rigen por las normas del Código Civil en materia de propiedad y por las leyes especiales que rigen la materia. Estas fuentes especiales son de dos tipos: las fuentes internas o nacionales y las fuentes externas.

Fuentes externas: como quiera que la materia de los bienes de propiedad intelectual se encuentra estrechamente ligada con los procesos productivos y al comercio internacional, sobre todo en la época actual marcada por la globalización, su reglamentación tiende a ser lo más homogénea posible. Así, ya en 1883 se firmó la Convención de París para la Propiedad Industrial y tres años después se firma el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. El Convenio de París es actualmente administrado por la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI). También existe el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) firmado en el seno de la Organización Mundial de Comercio (OMC). En materia de diseños y modelos industriales en 1925 se creó en La Haya el Sistema de Registro Internacional de los Diseños Industriales, modificado en varias oportunidades la última de ellas en el Acta Adicional de Estocolmo en 1967, y el Protocolo de Ginebra de 1975, modificado en 1999.

En el marco del sistema de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se han acordado varios instrumentos como son la Decisión 486 que establece el Régimen Común sobre la Propiedad Industrial, la 345 sobre el Régimen Común de Protección a los Derechos de Obtentores de Variedades Vegetales y la 351 sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. Esta normativa, con base en la disposición contenida en el artículo 153 de la Constitución, debería ser de aplicación preferente y directa.

Es de hacer notar que pese a la salida de Venezuela de la CAN en abril de 2006 se ha seguido aplicando la normativa comunitaria, quizá ello obedezca a la falta de normas nacionales tan específicas como las decisiones citadas.

En el campo de las fuentes internas, además de la Constitución y las normas generales sobre los bienes del Código Civil, encontramos las siguientes leyes especiales: la Ley de Propiedad Industrial 1955, la Ley sobre Derechos de Autor de 1993, la ley de Depósito Legal en el Instituto Autónomo Biblioteca Nacional del mismo año y la Ley de Diversidad Biológica. Además de estas normas, para el caso de la producción de los bienes intelectuales en el marco de una relación de trabajo subordinado, tendrán cabida las normas del Capítulo III del Título II de la Ley Orgánica del Trabajo y las del Capítulo IV del Título I de su Reglamento que son precisamente el objeto central de este trabajo.

La Ley Orgánica del Trabajo retoma la normativa contenida en el Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 (artículos 44 al 50) en materia de invenciones del trabajador, tan sólo agrega en el artículo 87 una disposición destinada a las invenciones o mejoras de servicio u obras de carácter intelectual o artístico realizadas por trabajadores no dependientes. Carece de sentido haber incluido una disposición de este tenor en la Ley Orgánica del Trabajo y dentro del Título relativo al contrato de trabajo. En efecto, si existe un contrato de trabajo, necesariamente ha de tratarse de un trabajador subordinado, ya que la producción que realiza un trabajador no dependiente, si la hace por encargo de otro, constituirá el objeto de una obligación derivada de un contrato de servicios o de obra, pero no de un contrato de trabajo que requiere de la ajenidad o de la subordinación. De manera que la Ley Orgánica del Trabajo y menos aún el título referente al contrato de trabajo, están llamados a regular los derechos que surgen para un trabajador no dependiente que realiza una producción intelectual de la que luego aspira obtener un beneficio patrimonial. Comparte el autor la opinión de Francisco Astudillo, quien expresa que “no tenía el legislador laboral que hacer el señalamiento del artículo 87, por cuanto es materia de las leyes especiales de la materia, Derecho de Autor y Propiedad Industrial, y éstas tienen previsiones mucho más completas sobre el tema”¹³.

¹³ Astudillo Gómez, Francisco: *La Protección legal de las invenciones*. Universidad de Los Andes y Universidad Gran Mariscal de Ayacucho. Mérida, Barcelona. 2004. p. 59

En el derecho europeo lo relativo a los derechos del trabajador subordinado en las invenciones realizadas se regula en las leyes de Propiedad Intelectual y no en las leyes de trabajo. En Latinoamérica, Chile, Brasil y Costa Rica siguen esta tendencia; en tanto que otras legislaciones, la de México entre ellas, establecen la regulación en la Ley del Trabajo, como lo hace Venezuela. Mención aparte merece Colombia, ya que la regulación de la materia en cuestión se encuentra en el artículo 539 del Código de Comercio.

4. Las invenciones o mejoras realizadas por el trabajador subordinado

Al analizar las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo que son objeto de este estudio, lo primero que resalta es que la norma sólo se refiere a las invenciones o mejoras.

Una invención es el resultado de la actividad creativa del intelecto humano que normalmente requiere de conocimientos previos. Si bien la mayoría de las legislaciones no contiene una definición de lo que debe considerarse como una invención, sin embargo, es éste un concepto jurídico que exige una delimitación para diferenciarlo de otros conceptos con los que se los suele confundir, como es el caso del descubrimiento, por ejemplo.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a los efectos de obtener una concesión de patente ha definido la invención como:

Todos aquellos nuevos productos o procedimientos que, como consecuencia de la actividad creativa del hombre impliquen un avance tecnológico —y por tanto no se deriven de manera evidente del ‘estado de la técnica’—, y además sean susceptibles de ser producidos o utilizados en cualquier tipo de industria¹⁴.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley mexicana da la siguiente definición: “Se considera invención toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer necesidades concretas”.

¹⁴ Astudillo Gómez, Francisco: (*La Protección...*) *Ob. Cit.*, p. 39.

Con base en las dos definiciones anteriores podría decir que lo que caracteriza una invención es:

a) La Invención se concretiza en un resultado: es un producto o un procedimiento. A tal respecto, el Proyecto de Ley de Propiedad Industrial aporta la siguiente descripción de ese resultado:

(...) entendiéndose por producto a las sustancias, dispositivos, máquinas y otras entidades con características determinadas. Por su parte, los procesos consisten en una sucesión de etapas o de operaciones que terminan en resultados concretos, incluyendo entre éstos los usos.

b) El resultado es producto de la actividad creativa del hombre: la invención es un acto humano y como tal es voluntario y consciente que puede producir efectos jurídicos. El hecho de que algunas invenciones se hayan producido con intervención del azar no le quita el carácter de voluntario y consciente. Así, por ejemplo, la Viagra originalmente fue concebida como un vasodilatador, por casualidad, al experimentar con ella, se percataron de sus cualidades para el tratamiento de la disfunción eréctil. En el caso de las invenciones realizadas por trabajadores, si bien la empresa coloca a disposición de éste medios materiales que le permiten llegar a la obtención del producto, es fundamental en su obtención la actividad mental del inventor trabajador.

c) Innovación: la invención representa un avance, algo nuevo, no es producto del estado de la técnica actual (*state of art* en la versión inglesa), es decir, todo lo que haya sido divulgado o haya sido accesible al público, bien sea mediante una publicación o se haya comercializado o también aquellos desarrollos que han sido probados en la industria o han sido acogidos por distintos fabricantes.

d) La invención está destinada a satisfacer una necesidad, es decir, tiene una utilidad para el hombre.

5. Las mejoras consideradas como invenciones

Cómo dijimos antes, la Ley Orgánica del Trabajo identifica las invenciones con las mejoras. Ahora bien, en las definiciones antes analizadas no

se utiliza en ningún momento la expresión “*mejoras*”. Tampoco la Ley Orgánica del Trabajo define qué debe entenderse por tal término. Una mejora se supone que sea parte de algo ya existente que luego perfecciona. Con base en ello, habría que concluir que no puede la mejora asimilarse a una invención (como pretende hacerlo la Ley al utilizar la conjunción disyuntiva “o”, que permite pensar que los términos unidos por la conjunción son similares o equivalentes) pues una invención supone la materialización de una idea creativa. Así Roubier –citado por Astudillo– considera que “no es el resultado de una investigación metódica alrededor de un problema definido”¹⁵.

Antes de ser incluida la normativa en el Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973, Rafael Caldera se había referido a las invenciones del trabajador e hizo referencia a la Ley española que a su vez se inspiró en la Ley alemana y que había “servido de criterio común en la materia”¹⁶. Es sabido que Caldera es el autor del Reglamento de 1973, así como el proyectista de la Ley Orgánica del Trabajo por lo que no es de extrañar que el criterio sostenido en su obra lo haya plasmado tanto en la normativa reglamentaria primero, como luego en la Ley Orgánica del Trabajo. Sin embargo, como señala Astudillo:

(...) la ley alemana de invenciones de empleados del 25 de julio de 1957 diferencia entre invenciones y propuestas de mejoras técnicas. Para ésta, las invenciones son sólo aquellas que pueden ser objeto de una patente o de protección como modelo de utilidad; y por el contrario serán consideradas propuestas de mejoras técnicas las que no sean susceptibles de ello, variando el tratamiento para unas y otras. La diferencia entre ambas figuras la pone el título de propiedad industrial¹⁷.

Ello nos lleva a concluir que las mejoras de la LOT vendrían a equivaler a las “propuestas de mejoras técnicas” de la ley alemana y que no pueden identificarse con las invenciones.

¹⁵ Astudillo Gómez, Francisco: (*La Protección...*) Ob. Cit. p. 47.

¹⁶ Caldera, Rafael. *Derecho del Trabajo*. El Ateneo. Buenos Aires. 1960. 2ª Edición. p. 308. Caldera se refería a la Ley del Contrato de Trabajo de España, ya que el Estatuto Español es muy posterior a la segunda edición de su libro.

¹⁷ Astudillo Gómez, Francisco: (*La Protección...*) Ob. Cit. p. 55.

El hecho de que nuestra ley no diferencie entre invención y mejora, constituye un problema por cuanto en términos de propiedad industrial, si toda mejora es una invención, sería susceptible de ser patentada, para ello debería cumplir con las condiciones previstas en la Ley de Propiedad Industrial y en la Decisión 486, de manera que si la mejora no cumple con las condiciones no podría patentarse lo que acarrearía, hasta cierto punto, una dificultad para establecer la participación del trabajador, autor de la mejora no patentada, en los beneficios producidos por tal mejora, ya que la utilidad de la mejora derivaría exclusivamente de su utilización en el proceso productivo de la empresa y no de la concesión a terceros del derecho de explotación.

Por otra parte, en la definición de invención del Tribunal Andino, a la cual se hizo antes referencia, se establece que los nuevos productos y los nuevos procedimientos no deben derivar de manera evidente del “estado de la técnica”, entendiéndose por tal “...todo lo que haya sido accesible al público, por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de la patente o, en su caso, de la prioridad reconocida...”. Muchas de las mejoras constituyen una derivación de esos conocimientos preexistentes, de modo tal que no podrían ser consideradas como verdaderas invenciones.

¿Se podría acaso considerar la mejora como un proceso? La respuesta negativa se impone, ya que una “mejora” no necesariamente consiste en una sucesión de etapas que concluyen en un resultado determinado.

Una “mejora” podría consistir en el desarrollo de una metodología que permite aumentar la calidad del servicio prestado por la empresa para la cual el trabajador presta servicios. Si se trata de métodos, a tenor de lo establecido en el literal d) del artículo 15 de la decisión 486 de la CAN, no se la puede considerar una invención por no ser patentable.

Astudillo, por su parte, asimila las mejoras a las invenciones, aun cuando considera que la LOT ha debido diferenciar las mejoras de las invenciones; a tal respecto señala:

Volviendo a nuestra Ley Orgánica del Trabajo, el no diferenciar entre invención y mejora, carece de sentido, por cuanto en términos de propiedad industrial, toda mejora es una invención,

la cual será susceptible o no de obtener una patente, dependiendo si cumple con las condiciones previstas en la Ley¹⁸.

Tampoco concuerda el término con ninguno de los otros tipos de bienes que pueden ser objeto de propiedad intelectual. (2. *Ut supra*).

El otro problema que se plantea es el referido a si la normativa legal es sólo aplicable a las invenciones en concreto, o podría ser igualmente aplicable a otros productos en los que el ingenio del trabajador ha jugado un papel preponderante, como son, por ejemplo, los diseños industriales, los desarrollos de *software* que no son considerados como invenciones sino que los derechos sobre el mismo se encuentran regulados por la ley de derechos de autor.

En esta misma situación estaría el caso de profesionales contratados para el desarrollo de libros de texto de estudio de amplia difusión que, generalmente, proporciona pingües beneficios a las editoriales que contratan a dichos profesionales. Consideramos que tales situaciones podrían caer dentro del término “mejora”, en cuyo caso podría serle aplicado el régimen de las invenciones propiamente dicho. Ello se infiere del texto del artículo 86 *ejusdem* el cual, si bien regula la situación de las invenciones realizadas por el trabajador no dependiente, utiliza la siguiente expresión: “Los trabajadores no dependientes autores de invenciones o mejoras o de obras de carácter intelectual o artístico”, lo que nos permite concluir que el legislador en materia de trabajo, no ha utilizado el término “invención”, en el sentido exacto en el que se lo utiliza en la Ley de Propiedad Industrial y en la Decisión 486 de la CAN, sino que lo hace en un sentido más amplio de “obras de carácter intelectual o artístico”.

En apoyo a esta posición puede citarse la disposición contenida en el artículo 68 de la Ley chilena que establece las normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial, la cual se refiere a “los contratos de trabajo y prestación de servicios, cuya naturaleza sea el cumplimiento de una actividad inventiva o creativa”. Así mismo el artículo L-611-7 del Código de la Propiedad Intelectual de Francia hace referencia no sólo a las invenciones del

¹⁸ Astudillo Gómez, Francisco: (*La Protección...*) Ob. Cit. p. 57

trabajador sino a aquellas actividades “que comportan una misión inventiva que corresponda a sus funciones efectivas, sea estudios o investigaciones que le son explícitamente confiadas...”. Por su parte, la Ley que Regula los Derechos y Obligaciones relativos a la Propiedad Industrial del Brasil que data de 1996 no sólo hace referencia a las invenciones sino también a los modelos de utilidad realizados por el empleado o prestador de servicios.

En conclusión, el término “invención” tiene en materia de trabajo un significado más amplio que el que se le da en las normas que regulan la propiedad intelectual.

6. Clasificación de las invenciones del trabajador subordinado

La LOT, con el fin de determinar la propiedad de las invenciones realizadas por el trabajador subordinado, las clasifica en tres tipos:

- a) Invenciones de servicio: invenciones “realizadas por trabajadores contratados por el patrono con el objeto de investigar y obtener medios, sistemas o procedimientos distintos”. En este caso la invención viene a ser causa del contrato, pues precisamente a lo que se ha obligado el trabajador es a “inventar”, o mejor dicho a realizar todas las actividades necesarias encaminadas a lograr una invención.
- b) Invenciones de empresa: “invenciones en cuya obtención sean determinantes las instalaciones, procedimientos o métodos de la empresa en la cual se producen”. Estas invenciones son denominadas por otras legislaciones (Ley de Patentes española, Legislación paraguaya) “invenciones de explotación”.
- c) Invenciones libres u ocasionales invenciones en las que “predomine el esfuerzo y talento del inventor no contratado especialmente para tal fin”.

Los efectos relativos a la propiedad de las invenciones son idénticos para los dos primeros tipos de invenciones, es decir, las de servicio y las de empresa, por lo que no se explica la necesidad de diferenciarlas. La Ley alemana de invenciones de empleados de 1957 no distingue sino entre invenciones de servicio y las libres y, en el mismo sentido se pronuncia la legislación paraguaya la cual denomina a las invenciones de empresa con el término de invenciones de explotación. La legislación

mexicana sólo toma en cuenta las invenciones de servicio, ya que las otras serán siempre propiedad del trabajador.

7. Titularidad de la invención realizada por el trabajador subordinado

Como ya se dijo, el producto del trabajo pertenece al patrono que contrató el servicio. Por tal razón nuestra ley ha establecido que la propiedad de las invenciones de servicio y las de empresa pertenecen al patrono.

En cuanto a la titularidad de la Invención de empresa, o de explotación como lo llaman algunas legislaciones, las soluciones que encontramos en el derecho comparado difieren de la venezolana. La Ley de Patentes española, para el caso de invenciones que se relacionen con la actividad profesional del trabajador en la empresa y en cuya obtención hubieran influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de ella o la utilización de medios proporcionados por ésta y, que equivalen a lo que nuestra Ley conoce como invenciones de empresa, ha establecido que es potestativo para el patrono asumir o no la titularidad de la invención o reservarse un derecho de uso sobre la misma; en tanto que a tenor de lo dispuesto en el artículo L611-7 del Código de la Propiedad Intelectual de Francia estas invenciones de empresa pertenecen al trabajador, teniendo el patrono tan sólo, como en el caso de las invenciones libres y ocasionales, un derecho preferente para adquirir el derecho de explotación a un precio justo.

La Ley Federal del Trabajo mexicana no contempla las invenciones de empresa, sólo define las de servicio, es decir, aquellas realizadas por el trabajador contratado especialmente para ello cuya propiedad atribuye al patrono. Los otros tipos de invenciones pertenecen siempre al trabajador. Al referirse la atribución al trabajador de la titularidad de las invenciones de “empresa”, Néstor de Buen señala que “Sin negar la posibilidad de que la organización y la técnica sean factores fundamentales para el resultado novedoso, siempre el resultado final será producto de la inteligencia de uno o varios seres humanos”¹⁹.

Para la Ley brasileña de 1996 sólo pertenecen al empleador las invenciones o modelos de utilidad cuando deriven del contrato de trabajo

¹⁹ De Buen L., Néstor. *Derecho del Trabajo*. Porrúa. México. 1979. Tomo II. p. 321.

cuya ejecución ocurra en el Brasil y que tenga por objeto la búsqueda o la actividad inventiva o resulte de la naturaleza de los servicios para los cuales fue contratado el trabajador; en tanto que la propiedad de las invenciones de empresa²⁰ corresponde en partes iguales al empleador y al trabajador autor de la invención, y si son varios los trabajadores involucrados en la invención, se dividirá la mitad que les corresponde entre todos a partes iguales; no obstante, se le garantiza al empleador el derecho exclusivo de explotación asegurándole al trabajador una justa remuneración.

De acuerdo con la normativa legal venezolana, la titularidad de las invenciones libres u ocasionales corresponde al trabajador, pero se le concede al empleador un derecho preferente para adquirir los derechos sobre la invención. Para poder alegar este derecho preferente no basta que el inventor se encuentre ligado por un contrato de trabajo con el patrono sino además se requiere que la invención tenga relación con la actividad que desarrolla el patrono, por lo que si la invención realizada por el trabajador es ajena a dicha actividad no podrá pretender el empleador hacer valer un derecho de preferencia. Esta solución es la aplicada por la mayoría de las legislaciones consultadas sobre la materia.

Las modalidades de ejercicio se encuentran establecidas en parte en el artículo 85 de la Ley y en parte en el artículo 29 de su Reglamento. Así se establece que el plazo para que el patrono o empleador ejerza el derecho de preferencia es de 90 días, contados a partir de la notificación que le hiciere el trabajador. Para la notificación, el trabajador puede hacerla de manera directa o a través de la Inspectoría del Trabajo.

La normativa contenida en el Reglamento del Código de la Propiedad Industrial de Francia es bastante más compleja, ya que le impone al trabajador la obligación de notificar al patrono de toda invención que haga en el plazo de dos meses a partir del momento en el que culmine el proceso para lograr la misma. En la notificación se debe indicar todos los detalles de la invención y así mismo el tipo de invención de la que se trata. El patrono tiene un lapso de dos meses, contados a partir de la

²⁰ El texto brasileño establece: “quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição em contrário”.

notificación de trabajador para manifestar si está o no de acuerdo con la clasificación del trabajador o puede solicitar informaciones adicionales. En todo caso el empleador tiene un plazo de cuatro meses para reivindicar la propiedad de la invención (en el caso de las invenciones de servicio), a no ser que en el ínterin se haya intentado una acción contenciosa relacionada con la regularidad de la declaración o de la clasificación hecha por cualquiera de las partes, en cuyo caso se suspende el lapso.

Si bien la ley no regula los efectos de la inobservancia del derecho de preferencia del patrono o empleador habrá que acudir al derecho común para encontrar una solución. Con base en ello, se podría concluir que si un trabajador no respeta el derecho preferente del patrono y cede los derechos sobre la invención a un tercero o registra a su nombre la patente, tales actos podrían ser objeto de una acción de nulidad sobre la base de la inobservancia del derecho de preferencia.

El ejercicio del derecho de preferencia plantea la siguiente cuestión. Un derecho de preferencia supone que en igualdad de circunstancias, el titular de tal derecho podrá adquirir la propiedad de la invención si iguala la oferta de otros interesados, razón por la cual el trabajador deberá demostrar que existen otros interesados en adquirir los derechos de propiedad o explotación de la invención y las demás condiciones bajo las cuales se hará la negociación (plazo para el pago, derechos de participación, etc.). Ello supone que antes de ofrecer al patrono la invención, el trabajador haya hecho contactos con terceros interesados porque si ya le ha planteado al empleador el precio y demás condiciones de adquisición, le bastaría al patrono con aceptar la oferta para que el negocio se perfeccionara sin que tuviera el trabajador oportunidad alguna de averiguar por otras propuestas.

En el supuesto que el trabajador que haya logrado una invención libre, no quisiera ceder los derechos de su invención y no pretendiera explotarla por su cuenta mientras se encuentra ligado por el contrato de trabajo, no podrá ser obligado a cedérsela al patrono, pero si luego de terminado el contrato de trabajo pretendiera hacerlo, continuará teniendo el patrono el derecho de preferencia.

8. Participación del trabajador en los beneficios de la invención

Tanto en el caso de las invenciones de servicio como en las de empresa, el legislador ha establecido en favor del trabajador autor de la invención, el derecho a obtener “una participación en su disfrute cuando la retribución del trabajo prestado por éste sea desproporcionada con la magnitud del resultado”.

Es evidente que las empresas se lucran con los inventos que desarrollan sus trabajadores, pero no es menos cierto que sin los recursos, a veces ingentes, que invierten las empresas no sería posible para los trabajadores lograr tales inversiones. En el noticiero de la *Deustch Welle* durante la última semana de marzo de 2008, se daba cuenta de que las industrias farmacéuticas alemanas invertían cantidades que oscilaban entre los 80 y 300 millones de euros en el desarrollo de un nuevo producto farmacéutico.

Para la determinación del monto de la participación, la Ley ha previsto que la misma sea fijada de manera equitativa por las mismas partes, previa aprobación del Inspector del Trabajo, en caso de desacuerdo, habrá que acudir ante el Juez para su fijación. Como quiera que se trata de un asunto contencioso derivado de la relación de trabajo, el juez competente será el de trabajo y el procedimiento será el previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

A no ser que se celebrara el convenio al finalizar la relación de trabajo, la aprobación del Inspector del Trabajo, habría que entenderla como una actuación de buena fe y no como la homologación de una transacción. No se podría pensar que se estaría en presencia de una especie de transacción a la cual imparte el funcionario administrativo su homologación por cuanto a tenor de lo establecido en el numeral 2 del artículo 89 de la Constitución Nacional, las transacciones sólo pueden celebrarse al término de la relación de trabajo.

Analicemos el método utilizado por el legislador patrio para la determinación del beneficio que corresponde al trabajador, a la luz de lo que disponen otras legislaciones.

La Ley de Patentes española, al otorgar la propiedad de las invenciones de servicio al patrono, establece que el trabajador inventor sólo tendrá derecho a una remuneración suplementaria cuando la aportación personal a la invención y la importancia de la misma para la em-

presa excedan de manera evidente el contenido explícito o implícito del contrato de trabajo.

La solución venezolana difiere de la española, puesto que tanto en las invenciones de servicio como en las de empresa, la solución es la misma y además condiciona el derecho a la participación a la sola desproporción entre la remuneración y el lucro obtenido por la empresa por el uso de la invención. A propósito de esto el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 28, es más concreta que la Ley cuando dispone que el trabajador “tendrá derecho a una participación en los beneficios derivados de sus invenciones o mejoras, cuando su aporte personal hubiere sido decisivo y existiere una manifiesta desproporción entre el lucro obtenido por el patrono o patrona y lo que le era dado esperar de la labor ejecutada(...)”; en otras palabras, debe existir una desproporción entre el lucro obtenido y el salario percibido.

El artículo L611-7 del Código de la Propiedad Intelectual francés remite expresamente a las convenciones colectivas de rama de actividad la fijación de la remuneración correspondiente al inventor. En caso de que el empleador no esté sometido a una convención por rama de actividad y no haya acuerdo entre las partes, la cuestión no se somete al conocimiento de la jurisdicción laboral²¹ sino a una comisión paritaria de conciliación presidida por un magistrado de la orden judicial que tendrá voto calificado en caso de empate. Este acuerdo puede ser ejecutado mediante una ordenanza del Presidente del Tribunal de Gran Instancia.

Generalmente las legislaciones europeas consideran que la determinación del monto de la participación que corresponde al trabajador inventor es materia que debe ser resuelta en las convenciones colectivas de trabajo²².

²¹ Para la solución de los asuntos contenciosos del trabajo Francia consagra un recurso judicial un tanto atípico. En primera instancia los asuntos son conocidos por el Conseil de prud’hommes, jurisdicción paritaria sin jueces profesionales que son elegidos por los empleadores y los trabajadores. En segunda instancia intervienen las cámaras sociales compuestas por jueces profesionales.

²² Así el artículo 133-5 del Código de Trabajo francés al determinar las materias que obligatoriamente debe estar contenidas en las cláusulas de una convención de rama de actividad concluida a nivel nacional susceptible de extensión, en el literal f) establece: “las condiciones bajo las cuales el o los trabajadores autores de una invención que pertenece al empleador en virtud de las disposiciones del segundo aparte del artículo 611-7 del Código de la Propiedad Intelectual, van a beneficiarse de una remuneración suplementaria”. (Traducción del autor).

La Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad de Costa Rica aporta una solución original a la determinación del monto de la participación del Trabajador. El artículo 4 establece:

Cuando la invención tenga un valor económico sustancialmente mayor que el previsto por las partes, al menos la tercera parte del valor corresponderá al inventor. En caso de que éste estime insuficiente ese porcentaje, tendrá derecho a solicitar la fijación respectiva por la vía judicial, cuyo monto nunca será inferior al tercio indicado.

Esta participación en los beneficios de la invención de empresa o de servicio plantea un interrogante adicional. ¿Debe ser considerada como formando parte del salario? Al establecer el derecho a dicha participación la ley guarda silencio acerca de la naturaleza de la misma; ahora bien, con base en la concepción patrimonial de salario contenida en el artículo 133 de la LOT habría que concluir que siendo una retribución que tiene su causa en el servicio prestado o convenido, debería ser considerada parte del salario. La norma es del tenor siguiente:

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 y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda.

Igualmente en las legislaciones españolas y francesas utilizan el término “retribución”, por lo que ello permitiría asimilar la participación al salario. Tan sólo la legislación brasileña expresamente en el parágrafo único del artículo 89 establece: “la participación referida en este artículo no se incorporará, bajo cualquier título, al salario del empleado”.

9. El derecho moral del trabajador

Contempla igualmente la Ley Orgánica del Trabajo en el artículo 86 la siguiente disposición: “En todo caso será obligatorio mencionar el nombre del trabajador a cuyo esfuerzo, estudio, talento y dedicación se debe

la invención o mejora realizada”. Con esta norma el legislador está reconociendo un derecho personalísimo de contenido moral al inventor.

La doctrina, en materia de derechos de autor, ha establecido que éstos tienen un doble contenido: un contenido patrimonial que permite al autor beneficiarse con la explotación económica de su obra; y un contenido moral que constituye un derecho personalísimo y que consiste, tanto en que le sea reconocida la paternidad de la obra, como a que la misma no sufra alteraciones, es decir, a la integridad de la obra.

En materia de invenciones no habría problemas en lo que toca al reconocimiento del derecho a la paternidad de la invención, que es a lo que concretamente se refiere la disposición legal, pero en lo que respecta a la integridad de la misma, ello no sería aplicable, ya que el derecho a la integridad le correspondería al titular de la patente quien podría introducir mejoras en la invención con el fin de hacerla más productiva.

Conclusiones

El ambiente laboral en la actualidad acusa la influencia de la tecnología, así como la de las relaciones comerciales en un mundo dominado por la creciente globalización. Sin embargo, el desarrollo tecnológico no se manifiesta con la misma intensidad en países como el nuestro, en vías de desarrollo, como la que se experimenta en aquellos altamente industrializados, cuyo grado de desarrollo se fundamenta precisamente en los avances tecnológicos, a punto tal que se afirma que una diferencia de diez años en materia tecnológica viene a ser como si unos países estuvieran aun descubriendo el uso de la rueda, en tanto otros estuvieran en la era de la aviación.

En ese contexto adquiere importancia la normativa relacionada con los derechos del trabajador subordinado en las invenciones por él realizadas en el seno de la empresa, aun cuando es necesario señalar que, precisamente dada la dependencia tecnológica en la que nos encontramos, la actividad creativa carece de estímulos o incentivos en nuestro país, por lo que no son frecuentes los casos de invenciones de trabajadores contratados para producirlas. De allí que no existan decisiones jurisprudenciales sobre la materia.

El análisis de la normativa de la Ley Orgánica del Trabajo en materia de invenciones ha permitido llegar a varias conclusiones. La primera de ellas se refiere a la necesidad de regular la propiedad intelectual en un

solo cuerpo legislativo que abarque, tanto lo relativo a las invenciones, como lo que respecta a los derechos de autor y, en general, cualquier obra producto del ingenio y la creatividad del hombre.

En segundo término, se plantea la cuestión acerca de si resulta apropiado o no incluir en una ley laboral, una materia que es el objeto específico de otras normas especiales que la rigen. Considero que lo más idóneo es que sean las leyes de la propiedad intelectual las que regulen específicamente este asunto por contener éstas una terminología y unos conceptos más precisos que los que normalmente se encuentran en las leyes laborales. Esta ampliación del objeto de la ley laboral la hace incurrir en ciertas imprecisiones técnicas, así como utilizar expresiones o figuras poco apropiadas y que no tienen correspondiente en la ley especial, como es el caso de las “mejoras”. La tendencia europea, así como un no despreciable número de países latinoamericanos es hacia la regulación de las invenciones del trabajador por las leyes de propiedad intelectual.

Otro aspecto que resalta es la tendencia hiperprotectiva que, en ocasiones, pone de manifiesto nuestro legislador laboral, cuando pretende regular los derechos del inventor que actúa en condiciones de independencia y por cuenta propia, invadiendo de manera notoria el campo que corresponde a otras legislaciones.

En el campo específico de la propiedad intelectual, algunos autores censuran ciertas formas de propiedad intelectual como en los casos de la llamada “biopropiedad” que permite convertir ciertas formas de vida en propiedad privada. Tal es el caso, por ejemplo del “OncoMouse”, creado por los laboratorios de la Universidad de Harvard y de Dupont, utilizado para la investigación del cáncer y que es el único animal patentado de modo que Dupont es propietaria del “modelo” de ratón modificado por la genética. De igual manera se ha logrado obtener patentes sobre especies vegetales que en Venezuela se encuentran reguladas por la Ley de Semillas, Material para la Reproducción Animal e Insumos Biológicos como por la Decisión 345 de la Comunidad Andina en lo que se refiere a los derechos de obtentores de variedades vegetales. Se considera que tales derechos constituyen una privatización de lo común que atenta contra el interés social²³.

²³ Hardt, Michael y Negri Antonio. *Multitud*. Editorial Randon House Mondadori. Caracas. 2007. p. 219.

Sobre la profunda diferencia entre el orden del proceso y la resolución de la controversia

*Luis Aquiles Mejía Arnal**

Sumario:

- 1. Criterio que niega la utilidad de diferenciar entre errores *in iudicando* y errores *in procedendo*, al clasificar los motivos de casación.**
- 2. Examen de la diferencia entre orden del proceso y resolución de la controversia –forma y fondo– en la doctrina venezolana.**
- 3. Sistema jurídico interno y sistema jurídico externo.**
- 4. Solución conforme a las características del caso concreto.**

* **Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de Derecho Procesal. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Miembro. **Tribunal Supremo de Justicia**, Abogado Jubilado.

Recientes decisiones, e incluso disposiciones legales¹ han dejado de lado la distinción entre los defectos de actividad y las infracciones de ley, tradicional en la casación, y muy desarrollada en la doctrina venezolana, con el peligro de duda y aun de confusión en la determinación de los requisitos de procedencia y de los efectos del recurso de casación.

1. Criterio que niega la utilidad de diferenciar entre errores *in iudicando* y errores *in procedendo*, al clasificar los motivos de casación

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia que ha tenido diversas repercusiones en el modo de decidir los recursos de casación en materia laboral, expresó:

(...) consideramos inútil y desacertada hoy día la división de los vicios en que puede incurrir algún fallo en motivos de forma y de fondo; no obstante, seguimos compartiendo el criterio de mantener el listado de los supuestos de casación dentro de la ley, entendiéndose, que todos y cada uno de ellos parten de un único origen, como lo es, la vulneración de la norma jurídica².

La categórica determinación abandona el curso seguido por la jurisprudencia y la doctrina venezolanas, para lo cual se fundamenta en la autorizada opinión del jurista catalán Jordi Nieva Fenoll³ expresada en ponencia ante el III Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Sostuvo Nieva en su ponencia, de acuerdo con la cita de la decisión comentada, entre otras ideas, lo siguiente:

Pues bien, si puede concluirse, por tanto, que la división fondo-forma no tiene sentido práctico en el estudio del proceso, ha-

¹ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, artículo 489-A. Motivos. Se debe declarar con lugar el recurso de casación cuando se haya incurrido en una infracción de norma jurídica o de una máxima de experiencia. En estos casos, la infracción tiene que haber vulnerado los derechos constitucionales que rigen la actividad jurisdiccional, contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o en tratados internacionales, suscritos y ratificados por la República, o haber sido determinante de lo dispositivo en la sentencia. ² SCS 1-11-07. Exp. 07-592, dec. 2200.

³ Jordi Nieva Fenoll, *La enunciación de los motivos de casación en las leyes procesales (Con especial atención al art. 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo). Ponencia ante el III Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Caracas, 2006.

brá de afirmarse también que la aplicación de esa distinción a la casación no resulta operativa, a pesar de lo mucho que la ha utilizado la doctrina, también quien estas líneas escribe. Y por ello, la distinción entre motivos *in iudicando* e *in procedendo*, tan afirmada por Calamandrei a lo largo de toda su magna obra como derivación, no tanto de las fuentes romanas como del Derecho y Doctrina medievales, no puede ser un buen método de sistematización de los motivos de casación, porque está viciado de origen incluso en el plano teórico.

Además, reconozcamos que dicho método no ha hecho más que provocar conflictos desde que Calamandrei lo utilizara en su obra, intentando menospreciar los errores *in procedendo* como si los mismos fueran meros vicios de actividad administrativa del juez no merecedores de auténtica casación. Ello condujo a la doctrina a afirmar erróneamente con gran reiteración –se afirma aún hoy en día recurrentemente– que la casación originaria no habría conocido de errores *in procedendo*, cuando resulta más que obvio de la lectura de la introducción de este trabajo que no fue así. Me pregunto, de lo contrario, qué habrían de ser esas “formes de procédure prescrites sous peine de nullité” de la Ley francesa de 27 noviembre– 1º de diciembre de 1790, frase que hasta fue copiada por un proyecto de ley español, como vimos. (*Omissis*)

Pero el efecto de esa lectura sesgada de Calamandrei debo decir que ha sido, en ocasiones, devastador. Limitando la cuestión a mi país, el Tribunal Supremo mantuvo durante decenios una postura extremadamente divagante sobre si el ataque a la cosa juzgada, o la infracción de las reglas de carga de la prueba, eran cuestiones de fondo o de forma, cuestión que la jurisprudencia actual ha determinado erróneamente en el segundo sentido. Tan erróneamente como si se hubiera inclinado estrictamente por la primera opción, por el error de planteamiento –falsa distinción entre fondo y forma– de que parte cualquiera de las opciones. Y además, con las dificultades enormes que se derivan de tratar a la cosa juzgada como un simple defecto de procedimiento, cuando es obvio que el ataque a la cosa juzgada no puede ser sencillamente eso. Y que si estuviéramos forzados a distinguir falsamente entre fondo y la forma, entre el enjuiciamiento y el procedimiento,

es obvio que la cosa juzgada afecta a esa categoría ideal de “enjuiciamiento” más que al mero procedimiento.

2. Examen de la diferencia entre orden del proceso y resolución de la controversia –forma y fondo– en la doctrina venezolana

Para una mejor comprensión de la cuestión, es útil una breve revisión de anteriores decisiones de la misma Sala Social al respecto, las primeras de las cuales se dictaron en recursos regulados por el Código de Procedimiento Civil.

El Código de Procedimiento Civil, vigente desde 1989, al regular los motivos de casación en su artículo 313, establece:

Se declarará con lugar el recurso de casación:

1° Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho de defensa; o cuando en la sentencia no se hubieren cumplido los requisitos del artículo 243, o cuando adoleciera de los vicios enumerados en el artículo 244; siempre que contra dichos quebrantamientos u omisiones se hayan agotado todos los recursos, o que la omisión o quebrantamiento lesionen el orden público.

2° Cuando se haya incurrido en un error de interpretación acerca del contenido y alcance de una disposición expresa de la ley, o aplicado falsamente una norma jurídica; cuando se aplique una norma que no esté vigente, o se le niegue aplicación y vigencia a una que lo esté; o cuando se haya violado una máxima de experiencia.

En los casos de este ordinal, la infracción tiene que haber sido determinante de lo dispositivo en la sentencia.

La regla legal citada contiene dos motivos genéricos de casación que la doctrina calificó de defecto de actividad e infracción de ley; e incluyó en su ordinal 1° un motivo que se acerca a lo específico: los vicios de la sentencia.

Este método sustituyó el seguido por el Código de Procedimiento Civil de 1916, y por anteriores códigos inspirados en este aspecto en el sistema casacional español, que establecía casos específicos de recurso de fondo o forma:

Artículo 420. El recurso de casación por infracción de ley procede:

1º Cuando de parte de los Jueces sentenciadores hubiere habido abuso de poder, por incompetencia en razón de la materia.

2º Cuando hubieren incurrido en usurpación de funciones no conferidas por la ley.

3º Cuando hubieren quebrantado la cosa juzgada, probada con otra sentencia que la produzca.

4º Cuando en la decisión hubiere habido infracción de ley expresa.

Cuando la infracción de ley hubiere ocurrido en alguna de las sentencias interlocutorias a que se refiere el último aparte del artículo 418, debe versar, para que proceda el recurso de casación, sobre algún punto que haya influido en la sentencia definitiva sin que en ésta se hubiere podido remediar el error.

Artículo 421. El recurso de casación por quebrantamiento de forma procede en los casos siguientes:

1º Cuando la sentencia contra la cual se recurre no llenare los requisitos del artículo 162, o adoleciere de los vicios allí enumerados.

2º Cuando, debiendo haberse decretado la reposición en la sentencia contra la cual se recurre, no se hizo así a pesar de la solicitud de la parte recurrente, la cual podrá alegar dicho quebrantamiento aunque no hubiere pedido la reposición, si la materia fuere de orden público, y no obstante su consentimiento.

3º Cuando el fallo atacado hubiere producido indefensión, o menoscabado el derecho de defensa de una de las partes, o concedido a la otra derechos no acordados por la ley, con perjuicio de la contraria.

En anterior obra colectiva, realizamos algunas precisiones al respecto:

En cuanto a la infracción de ley expresa, que constituye el verdadero motivo de casación por errores *in iudicando*, la ley anterior no determinaba lo que la doctrina colombiana denomi-

na “concepto” de casación, es decir, los diversos modos como el juez puede infringir la ley.

Los motivos de casación de forma, por vicios de la sentencia, eran sustancialmente iguales a los vigentes, pero los requisitos del fallo han sido ampliados para incluir nuevas exigencias.

La diferencia se encuentra en la determinación casuística de los otros motivos de casación por error *in procedendo*: la falta de reposición y la indefensión por menoscabo o por exceso, hoy comprendida dentro de la causal genérica de quebrantamiento de formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho de defensa.

Ante los casos específicos de recurso de forma, y en vista de que el artículo 420 contenía el motivo genérico de casación propuesto por Nieva Fenoll en la ponencia antes referida, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de esa época consideró procedente denunciar como infracción de ley, defectos de actividad no comprendidos en la casuística legal, tal era el caso de la indebida reposición de la causa, al estado de corregir un inexistente defecto de actividad.

A nuestro juicio, el sistema derogado que establecía casos específicos de errores de forma o fondo, y por ende el sistema español del cual procede, suscitaba y suscita más dudas y vacilaciones que el sistema venezolano vigente, que establece motivos genéricos de casación. La razón de la superioridad del sistema que establece motivos genéricos: defecto de actividad e infracción de ley (entendida como infracción de ley sustantiva o procesal cometida al resolver la controversia) reside en que reserva la calificación de un determinado error al juez, y en su caso al abogado, quienes harán el encuadramiento de acuerdo con las características del caso concreto. En ocasiones, como se verá, una misma cuestión general puede tener soluciones diversas, acordes con la cuestión concreta planteada a la casación.

Producido el cambio en los motivos de casación, la Sala Civil luego de algunas vacilaciones producto de la influencia de criterios sistemáticos establecidos bajo la legislación anterior, sentó la doctrina sobre la profunda diferencia entre el orden del proceso y la resolución de la controversia, en decisión expresamente acogida por la Sala de Casación Social en sentencia que se cita *in extenso* a continuación:

Respecto a la diferencia entre el recurso por defecto de actividad y el recurso por infracción de ley, la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, entre otras en sentencia de fecha 2 de marzo de 1994, expresó:

En relación a la distinción entre el error *in procedendo* y el error *in iudicando*, Carnelutti explica:

Hasta ahora se pensó que la diferencia entre el error en el juicio y error en el procedimiento estaba únicamente en que el primero se refería a la causa y el segundo al efecto de la equivocación cometida por el juez: habría falsos juicios, que bastarían por sí solos para consentir la rescisión de la sentencia, independientemente de su repercusión sobre el acto que determinaron; habría, por otra parte, ciertos actos cuyo cumplimiento en forma diversa de la querida por la ley constituiría motivo de casación por sí sola, independientemente de la naturaleza del juicio que los hubiera engendrado; según esta línea divisoria, si los errores (en la solución de una cuestión) de fondo eran tratados como errores de juicio, los errores de orden podían referirse tanto al *procedere* como al *iudicare*; por ejemplo, que hubiera decidido un juez incompetente, se consideraba no tanto un error *in procedendo* cuanto un error *in iudicando* si la equivocación había ocurrido en solución de una cuestión de derecho referente a la competencia.

Este modo de plantear la distinción no apreciaba la verdadera razón de ella, que no está sino en la profunda diferencia entre el orden y el fondo, esto es, entre la conducción del proceso y la decisión de la litis o la administración del negocio, y estos dos momentos de la actividad del juez están en relación de medio a fin: para las cuestiones de orden, lo que importa a los fines de la decisión no es tanto el porqué cuanto el si se ha seguido o no el iter señalado por la ley como el más idóneo para llegar al fin; en cuanto a las cuestiones de fondo, no se puede pretender lo mismo, es decir, que sólo la obtención o la no obtención de fin sea relevante, debiéndose indagar igualmente si la decisión ha sido justa... Es exacto, por tanto distinguir los erro-

res *in iudicando* como errores de juicio de los errores *in procedendo*, como errores de actividad, pero es hora de agregar que los segundos atañen sólo al orden y los primeros sólo al fondo... (*Instituciones del Proceso Civil*, volumen II, p. 249-250).

La opinión transcrita resulta de mayor exactitud, a juicio de la Sala, que la posición de Calamandrei, para quien se tratará de un error de actividad si se comete al aplicar las normas procesales, y de un error de juicio, si se comete al aplicar la ley sustantiva –“inejecución de un precepto procesal (error *in procedendo*) y el error sobre la voluntad abstracta de una ley relativa a la relación controvertida”– pues al resolver el fondo de la controversia puede infringir el juez una regla de derecho procesal, y en nuestro sistema las violaciones de reglas de procedimiento que no se traduzcan en quebrantamiento u omisión de formas procesales en infracción del derecho de defensa, o puedan ser catalogadas como omisión de los requisitos del artículo 243 o vicios de la sentencia, de los enumerados en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, pueden dar lugar al recurso por infracción de ley.

[*Omissis*]

Un ejemplo de la diferencia entre ambos recursos, en cuanto a los efectos de la sentencia que el recurrente solicita al formalizar el recurso, lo tenemos en el supuesto de error en el cómputo de los días para la promoción de pruebas. En cualquier caso se tratará de una infracción de reglas de procedimiento, pero si quien recurre alega que no se admitieron ilegalmente sus pruebas, se tratará de un recurso por defecto de actividad, cuyo efecto, de ser procedente, consistirá en la reposición de la causa al estado de que se admitan y de ser necesario, se evacuen las pruebas; en tanto que, de ser el fundamento del recurso la apreciación de pruebas promovidas o evacuadas extemporáneamente, se tratará de un recurso por infracción de ley, y el efecto será el de reenvío, para que el Superior resuelva de nuevo el fondo de la causa, sin tomar en consideración las pruebas irregulares.

Este planteamiento es compatible con la posición de Carnelutti, pues el error en la aplicación de las normas procesales, en el segundo de los casos, fue cometido al resolver la cuestión de fondo, tomando en cuenta para su resolución pruebas irregulares.

El Juez, al examinar los actos procesales realizados en primera instancia no está resolviendo la controversia planteada, sino examinando el orden del proceso, por lo cual de existir algún error, éste fue cometido *in procedendo*, dando lugar a un recurso por defecto de actividad”.

Comparte esta Sala de Casación Social y hace suyo el criterio citado, el cual conduce a considerar que al examinar el Juez la interposición de la apelación no estaba resolviendo la controversia, sino ordenando el proceso y, de existir algún error, se trataría de un defecto de actividad, no de una infracción de ley, sólo que no fue cometido en primera instancia sino en la propia sentencia recurrida; por tanto, de resultar procedente el recurso, el efecto de la casación consistiría en la reposición de la causa al estado de que se dicte sentencia definitiva de mérito⁴.

A partir de esta precisión, que se aparta de la doctrina generalmente seguida en el derecho comparado, comentada y criticada por Nieva Fenoll en la ponencia antes referida, se resolvieron muchas de las evidentes anomalías de la distinción entre recurso de forma y recurso de fondo, o mejor entre defecto de actividad e infracción de ley, con la aseveración de que este último se refiere a la infracción de ley, sustantiva o procesal, que determine la resolución de la controversia.

Nieva Fenoll comentó los errores cometidos en la jurisprudencia española al “tratar a la cosa juzgada como un simple defecto de procedimiento”, lo cual queda despejado en el criterio de nuestra jurisprudencia, al entender que la errónea determinación de la existencia de la cosa juzgada, constituye error *in iudicando* que conduce a que se declare sin lugar la demanda; por tanto, no se refiere al orden del proceso sino a la resolución de la controversia. Otros aspectos de la cuestión suscitan

⁴ SCS 5-4-2000, N° 79

dudas que serán tratadas luego. El otro ejemplo utilizado por el ponente, la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, conforma en nuestro sistema una cuestión de fondo: el establecimiento de los hechos para resolver la controversia.

Por otra parte, el recurso tiene diferente efecto en uno u otro caso, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil:

Si al decidir el recurso la Corte Suprema de Justicia encuentre una infracción de las descritas en el ordinal 1° del artículo 313, se abstendrá de conocer las otras denuncias de infracción formuladas, y decretará la nulidad y reposición de la causa al estado que considere necesario para restablecer el orden jurídico infringido. Igual abstención hará cuando declare con lugar una infracción que afecte una interlocutoria que haya producido un gravamen no reparado en la definitiva.

Si no hubiere habido las infracciones aludidas en el párrafo anterior, la Corte Suprema de Justicia entrará a conocer de las denuncias formuladas conforme al ordinal 2° del artículo 313, pronunciándose sobre ellas afirmativa o negativamente mediante análisis razonado, y estableciendo además cuáles son las normas jurídicas aplicables para resolver la controversia, ya sean éstas las indicadas por las partes en los escritos de formalización o de contestación, o las que la propia Corte Suprema de Justicia considere que son las aplicables al caso. (Artículo 320)

Si el recurso fuere declarado con lugar por las infracciones descritas en el ordinal 2° del artículo 313, el Juez de reenvío se limitará a dictar nueva sentencia sometiéndose completamente a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia. La doctrina del fallo de casación, tanto estimatoria como desestimatoria, es vinculante para el Juez de reenvío, quien dictará nueva sentencia con base en las disposiciones de la ley que la Corte Suprema de Justicia haya declarado aplicables al caso resuelto. (Artículo 322).

El artículo 313 CPC, antes transcrito, incluyó entre los defectos de actividad los vicios de la sentencia, que lo son por mandato de esa ley, pero cuyas características no son uniformes. Tal como lo afirma Nieva,

la congruencia es cuestión de fondo, y podríamos añadir que la completa determinación del objeto del juicio es cuestión de forma. En definitiva, son requisitos formales de la sentencia que resuelve la controversia y constituyen una anomalía a ser resuelta en el sistema casacional civil.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que rige la casación actual, y bajo la cual se dictó la decisión comentada establece, respecto a los motivos de casación, lo siguiente:

Artículo 168. Se declarará con lugar el recurso de casación:

1. Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho a la defensa.
2. Cuando se haya incurrido en un error de interpretación acerca del contenido y alcance de una disposición expresa de la ley o aplicada falsamente una norma jurídica; cuando se aplique una norma que no esté vigente o se le niegue aplicación y vigencia a una que lo esté o cuando se haya violado una máxima de experiencia. En estos casos, la infracción tiene que haber sido determinante de lo dispositivo en la sentencia.
3. Por falta, contradicción, error, falsedad o manifiesta ilogicidad de la motivación.

En cuanto a los efectos de la casación del fallo, determina:

Artículo 175. (...)

Si al decidir el recurso, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social hubiere detectado alguna infracción a las que se refiere el ordinal primero del artículo 168 de esta Ley, se decretará la nulidad del fallo y la reposición de la causa al estado que considere necesario para restablecer el orden jurídico infringido, siempre que dicha reposición sea útil.

La sentencia de casación deberá decidir el fondo de la controversia casando o anulando el fallo, sin posibilidad de reenvío, o lo confirmará, según sea el caso.

En primer término, la casación laboral no incluye entre los defectos de actividad los vicios de la sentencia, lo cual ha permitido a la jurisprudencia

cia de la Sala de Casación Social ubicarlos y decidirlos como error *in iudicando*, infracción de la disposición legal que regula la forma de la sentencia, lo cual no aparece en contradicción con el criterio de Carne-lutti adoptado por nuestra casación, pues son errores, aun formales, que se cometen al resolver la controversia, no al ordenar el proceso.

Esta ubicación del error resulta útil para la pronta resolución del litigio, al permitir la decisión de la controversia por la Sala, sin una inútil reposición de la causa, lo cual resalta la bondad de otro aspecto de la reforma procesal laboral: la casación sin reenvío.

En la Ley Orgánica Procesal Laboral, la casación del fallo por motivos *in procedendo* da lugar a que la Sala de Casación Social pronuncie la sentencia de fondo, segunda fase, o fase rescisoria, del recurso de casación.

La normativa de la casación laboral resalta una de las diferencias fundamentales entre forma y fondo: el efecto del recurso. La ley expresamente establece este efecto, pero de no ser así, la diferencia resultaría de la índole de la declaratoria. Si se cometió un error en cuanto al orden del proceso, habrá que reponer la causa al estado de que éste se subsane, salvo que se alteren todos los trámites y se realicen de nuevo actos del proceso ante la Sala de Casación Social, lo cual resultaría, al menos, complicado. Si se cometió un error al juzgar sobre el fondo de la controversia, la causa en principio estará lista para sentencia y podrá ser decidida por la Sala.

El juez también juzga sobre el orden del proceso, pero en tal caso el error que afecte los actos procesales sólo podrá ser corregido mediante la repetición de estos actos, efecto natural del recurso por defecto de actividad.

Existe otra profunda diferencia entre las dos categorías de motivos de casación, referida ésta a las condiciones de procedencia del recurso en uno y otro caso: la procedencia del quebrantamiento de forma dependerá del efectivo menoscabo al derecho de defensa, en tanto que la viabilidad del recurso por infracción de ley depende de la influencia del error en el dispositivo.

Al precisar las condiciones de procedencia del recurso por defecto de actividad, es necesario observar que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo no contiene reglas específicas sobre nulidad de los actos procesa-

les, por consiguiente “el Juez del Trabajo podrá aplicar, analógicamente, disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el carácter tutelar de derecho sustantivo y adjetivo del derecho del trabajo, cuidando que la norma aplicada por analogía no contraría principios fundamentales establecidos en la presente Ley”. La regla aplicable por analogía sería el artículo 206 *in fine* del Código de Procedimiento Civil: “En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado”. Este principio rector determina que no obstante el quebrantamiento de la forma legalmente establecida, o en su caso, fijada por el juez para el caso concreto, no conduce a la nulidad del acto si éste ha alcanzado su finalidad; por ejemplo, los errores evidentes en la notificación para el inicio del proceso, no producirán la nulidad de las actuaciones si el emplazado acudió a la audiencia preliminar, lo cual demostraría que a pesar de las deficiencias, el acto cumplió con la finalidad de llevar a su conocimiento la interposición de la demanda. Esta precisión, perfectamente acorde con la prohibición constitucional de formalismos y reposiciones inútiles (art. 26 CRBV) se añade como requisito de procedencia de una denuncia de quebrantamiento de formas, a la necesidad de que efectivamente se haya producido una privación o menoscabo de las oportunidades de ejercer la defensa en el proceso.

La condición de procedencia de una denuncia por infracción de ley, motivo de casación que conforme a lo desarrollado debe entenderse como “infracción de ley sustantiva o procesal cometida al resolver la controversia”, consiste en que “la infracción tiene que haber sido determinante de lo dispositivo en la sentencia”. Este efecto sólo podrá producirse en el supuesto ahora expresado, pues los quebrantamientos de forma serán incapaces de determinar por sí mismos el dispositivo dictado. Un menoscabo del derecho de defensa puede llevar a pensar que pudo ser posible otra solución de la controversia, pero no determinar el dispositivo.

Así lo observa Nieva Fenoll en su ponencia sobre “La enunciación de los motivos de casación en las leyes procesales”:

Ciertamente, es muy difícil demostrar que una falta de atención de un juez durante una vista determinó que la sentencia tuviera un determinado tenor. Lo mismo ocurre por el hecho de participar un juez recusado en la redacción de una sentencia, o porque no se respetaran las normas de postulación o de publicidad en el

proceso. O incluso que el hecho de no estar una sentencia suficientemente razonada, habría conllevado una falta de reflexión que habría determinado el fallo perjudicial. Sería verdaderamente diabólico exigirle al recurrente la acreditación de la relevancia de esos vicios en el fallo de la sentencia⁵.

Por el contrario, en el sistema venezolano que conduce a que el error en la selección, interpretación y aplicación al caso concreto de las normas sustantivas constituye siempre infracción de ley, error *in iudicando*, en tanto que el defecto en la utilización por el juez de las reglas procesales producirá generalmente un quebrantamiento de formas; pero de no recaer este último error en el orden del proceso, sino en la resolución de la controversia, es infracción de ley.

Cabe advertir que nos referimos a la naturaleza de cada una de las normas, no al Código del cual forman parte. El Código Civil, o el Código de Comercio, no obstante ser códigos sustantivos, también contienen reglas procesales.

Algunas anomalías pueden resolverse observando el efecto del recurso, o las condiciones de procedencia. Si erramos al calificar una infracción procesal como infracción de ley, nos encontraremos con la imposibilidad de que la Sala pueda resolver la controversia sin reponer la causa al estado de que se realicen de nuevo en instancia actos del proceso. Por el contrario, si calificamos erróneamente una infracción procesal como defecto de actividad, al ordenar la reposición nos percataremos de su inutilidad, pues la Sala podría corregir el error dictando nueva sentencia de fondo.

En la casación civil puede ser dudosa la calificación del error en la declaratoria anticipada de la existencia de cosa juzgada, en sentencia interlocutoria que resuelve una cuestión previa; pero el efecto de necesaria reposición, dirige la tipificación hacia el defecto de actividad, bajo la reflexión de que al impedirse la continuación del juicio, se trastornó el orden procesal en menoscabo del derecho de defensa.

⁵ Jordi Nieva Fenoll, *La enunciación de los motivos de casación en las leyes procesales: con especial referencia al Art. 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, III Congreso Internacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2006.

También las condiciones de procedencia pueden servir para advertirnos de un eventual error cometido al calificar la cuestión como de forma o fondo, como se aprecia de la ponencia comentada: resultará *diabólico* exigir la demostración de la influencia del error en el dispositivo de un quebrantamiento de formas.

Sin embargo, subsistirán algunas anomalías en el sistema, que no serán de la distinción entre orden del proceso y resolución de la controversia –método y contenido– sino del rígido conceptualismo, hoy afortunadamente en decadencia.

Entre los motivos de casación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se encuentra la procedencia del recurso por “Por falta, contradicción, error, falsedad o manifiesta ilogicidad de la motivación”. Sin entrar a analizar los distintos conceptos contenidos en la precisión legal –tema ajeno a esta breve crítica–, cabe precisar que en general la inmotivación constituye un vicio de la sentencia, defecto en la forma de la sentencia, cometido al sustentar los diferentes aspectos de la resolución de la controversia, es decir, error de forma al decidir el fondo, situación ambigua que la Sala por regla general ha resuelto como infracción de ley, la cual conduce a una nueva sentencia de fondo pronunciada por la Sala. Sin embargo, en ocasiones ante la falta de motivación de algunas decisiones, ha ordenado la reposición de la causa; por ejemplo, en materia de inmotivación en la determinación de la cuantía del daño moral objetivo, la Sala ha considerado que su determinación inicial corresponde a los jueces de instancia⁶.

No podremos solucionar esta dificultad dentro del sistema conceptual basado en principios lógicos, entre otros la regla del tercero excluido, los defectos en la motivación son quebrantamientos de forma, y dan lugar a la reposición, o son infracción de ley, con el efecto de casación sin reenvío. No caben términos medios o soluciones casuísticas.

3. Sistema jurídico interno y sistema jurídico externo

El abandono del sistema de conceptos conduciría a negar la importancia de las discusiones sobre la naturaleza o categoría jurídica a que

⁶ Ver por ejemplo SCS 29-5-2003, N° 361.

pertenece una determinada institución o noción jurídica, no obstante su utilidad procesal para determinar, por ejemplo, cuáles reglas legales se aplican por analogía, o a cuáles se le negará aplicación por interpretación *a contrario*.

La labor de determinación judicial del derecho se dificultaría en demasía de no mantenerse la clasificación de los conceptos jurídicos de acuerdo con la rama del derecho al cual pertenecen, sector regido por determinados principios que regulan situaciones afines, y la elección de las reglas que resuelven la controversia resultaría un verdadero trabajo *diabólico*. Ello sin adentrarnos en la utilidad del sistema para la enseñanza del derecho y en definitiva para la construcción y desarrollo de la ciencia jurídica.

Pero al situarnos en el otro punto de vista, percibimos el lamento de Calamandrei en su obra, o mejor discurso, de madurez, *Proceso y Democracia*⁷, al recordar la oportunidad en la cual la utilización de la lógica jurídica, elemento necesario del sistema de conceptos, condujo a una rígida aplicación de injustas reglas sucesorales que privaron a unos niños de la herencia de su padre.

Se vislumbra una solución del dilema, no frecuente pero en ocasiones existente, de optar entre una interpretación y aplicación del derecho atendida a las reglas del sistema, o solucionar la controversia de manera tal que se haga justicia en el caso concreto, en las ideas narradas y luego desarrolladas por Karl Larenz en la última edición de su *Metodología de la Ciencia del Derecho*⁸.

Explica Larenz que la idea de sistema, por ejemplo en Puchta, como herencia de la doctrina del Derecho natural, significa el desarrollo de una unidad en una variedad que, de este modo, es conocida como una conexión de sentido.

El sistema conceptual según las reglas de la Lógica formal se asemeja a una pirámide. El ideal del sistema lógico se consigue plenamente cuando en la cúspide está un concepto generalísimo, bajo el cual es posible subsu-

⁷ Piero Calamandrei, *Proceso y Democracia*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960.

⁸ Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel Editores. Barcelona, 1994.

mir todos los demás conceptos, es decir, los de clases y subclases, al que, por tanto, se puede ascender desde cualquier punto de la base a través de una serie de escalones intermedios, eliminando cada vez lo especial⁹.

Esta conexión lógica es, además, considerada fuente de conocimiento de normas jurídicas no conocidas antes. Posee el “conocimiento sistemático” aquel que “es capaz de seguir hacia arriba y hacia abajo la derivación de cada concepto a través de todos los escalones intermedios que han participado en su formación”¹⁰.

Con ello, y éste es el fallo decisivo de la Jurisprudencia formal de conceptos, las normas jurídicas particulares –por ejemplo sobre la servidumbre o cualquier otro instituto jurídico– no se enjuician según su fin especial y según su función en la conexión de sentido del instituto jurídico respectivo o según una relación más amplia, sino sólo según el escalón en que han de clasificarse en la pirámide de conceptos¹¹.

Por tanto, el efecto de la sentencia de casación en el sistema de conceptos, no se determinará según el cumplimiento de la finalidad del recurso, de efectivo y económico control judicial, sino sólo de acuerdo con su calificación como recurso de forma o de fondo.

Este sistema conceptual que Larenz denomina “sistema externo”, permite solucionar la mayoría de los casos de manera práctica, rápida y, sobre todo, segura para el ciudadano que recurre y constituye, por tanto, un factor de estabilidad del derecho.

Sin embargo, los casos dudosos, ambiguos, son de difícil solución dentro del sistema conceptual. La solución de estos casos se encontraría en lo que Larenz denomina “*sistema interno*”, el cual es abierto y flexible, pues no se fundamenta en conceptos abstractos, sino en principios y valores.

Los principios son pautas de regulación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden justificar resoluciones jurídicas. En

⁹ Larenz 1994, p. 39-42.

¹⁰ Larenz 1994, p. 41. El autor cita a Puchta, *Cursus der Institutionen*, I, 35, sin que la traducción al español consultada precise la referencia bibliográfica.

¹¹ Larenz 1994, p. 42.

cuanto “ideas jurídicas materiales” son acuñaciones especiales de la idea del Derecho, tal como ésta se presenta en su grado de evolución histórica. Algunos de ellos están declarados expresamente en la Constitución u otras leyes; otros pueden ser deducidos de la regulación legal, de su conexión de sentido, por la vía de la “analogía general” o del retorno a la *ratio legis*; algunos han sido “descubiertos” y declarados por primera vez por la doctrina o por la jurisprudencia de los tribunales, las más de las veces atendiendo a casos determinados, no solucionables de otro modo, y luego se han impuesto en la “conciencia jurídica general” gracias a la fuerza de convicción a ellos inherente¹².

Si dentro del sistema conceptual no logramos una solución racional o justa a una determinada cuestión, acudiremos a los principios que podrán dirigir la decisión hacia correcciones de la rígida aplicación de la ley, no para desvirtuarla o desobedecerla, sino para lograr su fin último.

Por ejemplo, rige la decisión de un juez de niños, niñas y adolescentes el principio del “interés superior del niño”. Si entendemos esta idea como un concepto jurídico indeterminado, que proporciona una sola decisión justa para el caso concreto, tropezaremos con enormes dificultades en su aplicación, pues no siempre la decisión justa será a favor del niño involucrado en la controversia.

El principio coexiste con otros principios cuyo rango sólo se determina en razón de las características o rasgos del caso concreto. Por ejemplo, puede coexistir en una controversia mercantil en la cual esté involucrado un niño, con los principios propios de ese derecho, y la solución no resultará de la aplicación de la lógica, concretamente de la regla del tercero excluido: ¿están o no están involucrados los intereses del niño? Devendrá de la determinación más flexible: ¿en qué grado están involucrados los intereses del niño, y en qué grado son relevantes otros principios o valores?

4. Solución conforme a las características del caso concreto

Antes se puso de relieve la necesidad de mantener el sistema conceptual, que proporciona una solución fácil, segura y uniforme en la mayoría de

¹² Larenz 1994, p. 465

los casos, que es casi imprescindible para el juez en la tarea inicial de ubicar y seleccionar las reglas legales aplicables a la decisión en formación; y es necesario para la enseñanza y desarrollo del derecho.

Ahora importa poner el énfasis en el sistema interno de principios y valores que permitirán solucionar los casos dudosos. La decisión basada en conceptos jurídicos consiste especialmente en determinar si los rasgos simplificados del hecho juzgado, son congruentes con los rasgos del concepto legal, que a su vez constituyen una abstracción formada a partir de la simplificación de los rasgos de un conjunto de casos. Así se determinará si el defecto juzgado en casación constituye un defecto de actividad o una infracción de ley, para aplicar la consecuencia de reposición o del pronunciamiento de una nueva decisión de fondo por la Sala de Casación Social.

En la decisión tomada a partir de conceptos, se pasan por alto características específicas de los hechos juzgados, traídos al expediente a partir de la rica complejidad de la vida. Una decisión conforme a las características del caso concreto deberá tomar en cuenta el mayor número posible de rasgos de la realidad juzgada, lo cual dificultará su comparación con los conceptos jurídicos.

Mediante la interpretación, tratará de individualizar el concepto para abarcar un mayor número de rasgos o caracteres; sin embargo, esto no es suficiente en algunos casos excepcionales que configuran anomalías del sistema.

En este punto, se pone de relieve la función de los principios que conforman el sistema interno. Los principios no se contraponen sino que se superponen; la determinación de cuál principio debe regir la decisión, no está regida por la regla del tercero excluido, sino por la averiguación sobre los valores contenidos en esos principios, a fin de determinar cuál predomina y rige las características del caso concreto.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo al establecer en su artículo 175, primer aparte, si la Sala de Casación Social “hubiere detectado alguna infracción a las que se refiere el ordinal primero del artículo 168 de esta Ley, se decretará la nulidad del fallo y la reposición de la causa al estado que considere necesario para restablecer el orden jurídico infringido, siempre que dicha reposición sea útil”, desarrolla y acata el principio constitucional de protección al debido proceso legal; pero la advertencia final sobre la necesaria utilidad de la reposición nos alerta sobre la aplicación conjun-

ta del principio de la economía procesal, contenido en la advertencia constitucional contra los formalismos y las reposiciones inútiles.

El efecto de una casación por defecto de actividad será siempre la reposición. Si se nos hace evidente que la Sala puede entrar a decidir la controversia sin ordenar la realización de nuevos actos del proceso, o se habrá calificado mal el error y será necesario revisar este aspecto del proyecto de sentencia, o se estará declarando una nulidad carente de utilidad, basada exclusivamente en un formalismo.

Un ejemplo de posible duda, estaría en la declaratoria por la sentencia definitiva de inadmisibilidad de una prueba documental, ya incorporada al expediente. De ser errónea la apreciación del juez, por tratarse de inadmisión de la prueba, pareciera un defecto de actividad, que deberá dar lugar a la reposición de la causa, pero no obstante esta apariencia, resultante del uso poco preciso del lenguaje, se trata del rechazo del juez a la valoración de la prueba para decidir la controversia, y por tanto de una infracción de ley que deberá ser corregida por la Sala en la sentencia de fondo.

En todos los demás supuestos de casación, comprendidos dentro de los ordinales segundo y tercero del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, infracción de ley cometida en la resolución de la controversia, incluidos en este grupo los vicios de la sentencia, diferentes a los defectos en la motivación relacionados en el ordinal tercero, todos los cuales son errores de forma cometidos al resolver el litigio, se aplica en *principio* la regla del segundo aparte del artículo 175 *eiusdem*: “La sentencia de casación deberá decidir el fondo de la controversia casando o anulando el fallo, sin posibilidad de reenvío (...)”.

Sin embargo, el principio de economía procesal, estrechamente ligado a la garantía a la tutela efectiva de los derechos e intereses “y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”, obviamente no es el único principio de rango constitucional que incide en el proceso y en su decisión. Por ejemplo, la doctrina de la Sala Constitucional ha determinado la existencia de un principio general de doble grado de jurisdicción y de derecho al recurso¹³, cuya aplicación puede determinar que la Sala So-

¹³ Ver Scon N° 1307 del 22-06-2005, criterio reiterado entre otras decisiones, en 9-12-2005, N° 4145.

cial considere necesario en algunos casos de inmotivación absoluta, en los cuales no se comprende de manera alguna el fundamento de lo decidido en instancia, reponga la causa al estado de que el Superior decida de nuevo la controversia, a fin de preservar el derecho del eventualmente vencido al recurso contra una decisión que al expresar sus razones, permita su revisión por otro juez. En tal supuesto, la Sala tácitamente reconocerá mayor valor, dentro de las características del caso concreto, al derecho al debido proceso legal, del cual forma parte el principio de doble grado de jurisdicción, que al principio de economía procesal, rector general de la casación sin reenvío.

Ahora bien, la diferencia entre defecto de actividad e infracción de ley, que puede ser difícil en los casos límite, no debería conducir a que se desechen recursos con el solo fundamento de un error en la calificación de la infracción. Si los argumentos del formalizante permiten determinar la procedencia o improcedencia del recurso, la Sala debe, como frecuentemente hace, corregir el error y proceder a decidir la impugnación, en protección de los derechos de la parte inmiscuida en el conflicto, quien no debe sufrir el peso de las complicaciones jurídicas, o incluso de la deficiencia de sus representantes.

En conclusión, para asegurar la justicia no es necesario abandonar un concepto tan básico como la diferencia entre el orden del proceso, es decir, entre el modo cómo los ciudadanos hacen valer sus derechos, y la resolución de la controversia, dirigida a proteger los derechos sustantivos del justiciable.

Como observación postrera, cabe precisar que si bien el juez en su decisión sobre el fondo aplica reglas sustantivas y procesales, el bien protegido por el proceso está siempre tutelado por normas sustantivas: no existe proceso por el proceso mismo.

La huelga en la función pública y en los servicios públicos esenciales

*Iván Mirabal Rendón**

Sumario:

Nota introductoria

- 1. Breves comentarios sobre los antecedentes constitucionales: Las Constituciones Venezolanas de 1947, 1961 y 1999, en cuanto a la Función Pública.**
- 2. Algunas precisiones jurídicas del régimen constitucional y legal de los conflictos colectivos en el sector público.**
- 3. Régimen constitucional de la huelga del sector público y el Derecho comparado internacional.**
- 4. Principio de continuidad de los servicios públicos.**

* **Universidad Fermín Toro**, Profesor de Derecho del Trabajo. **Universidad Católica Andrés Bello**, Especialista en Derecho del Trabajo. **Asociación Centroamericana y del Caribe de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, Junta Directiva, Miembro. **Fundación Universitas**, Director. Revista Derecho del Trabajo, Director Editor. imirabali@gmail.com

5. Teoría de los servicios esenciales en caso de huelgas declaradas en los servicios públicos y la ponderación de derechos fundamentales.

6. Prohibición absoluta de la huelga en ciertas actividades.

7. Particularidades del artículo 8 de la LOT.

Conclusiones

Nota introductoria

El fenómeno de la sindicalización de los trabajadores del sector público y de su lucha por el mejoramiento de las condiciones de trabajo es un hecho de trascendencia mundial. Desde el mismo momento en que los trabajadores de los servicios públicos en el mundo comenzaron a agruparse y asociarse con el fin de lograr objetivos comunes, exigiendo el respeto de ciertos derechos, así como la reivindicación de sus aspiraciones salariales y mejoramiento de condiciones socio-económicas, surgió la interrogante sobre la procedencia o improcedencia de la suspensión de actividades que podría producirse en un momento determinado en este ámbito tan particular, producto del derecho al ejercicio de la actividad sindical, prosperando la duda sobre la factibilidad del planteamiento de conflictos colectivos con la posibilidad de terminación en huelga. Contrariedad doctrinal que se presenta, por el grado de importancia que representa, el diario desempeñar de estos servicios públicos para el buen funcionamiento de la sociedad.

El reconocimiento de todos los derechos laborales en la función pública, sin justificación jurídica, pudiera ser una experiencia que sea poco útil para aclarar la zona límite entre un régimen y otro, con la seguridad jurídica que cabe esperar, pues debe tenerse en cuenta que las ramas del Derecho deben mantenerse alineadas en un mismo contexto integral que logren una equilibrada simbiosis. Pues, no es posible aplicar de forma apresurada la laboralización de la función pública, sin detenerse a analizar la finalidad que ésta tiene con la sociedad.

Pero, tampoco es factible, deslaborar la función pública de forma radical, separándola cada día más del Derecho del Trabajo, amparada en –sólo– criterios de autoridad, por cuanto lesionaría los derechos de estos dependientes, ya que se trata de personas naturales que trabajan bajo régimen de subordinación y por cuenta ajena para obtener una remuneración.

El objetivo está en lograr conseguir un equilibrio entre ambos regímenes (laboral y funcional), para no afectar derechos de un lado o de otro y en definitiva obtener la tan añorada seguridad jurídica.

En general, y a nivel del derecho comparado, se tiene la percepción que los trabajadores del sector privado y los servidores públicos ostentan el derecho de huelga, existiendo también en esa esfera, la apreciación que determinados operarios de la función pública, carecen de él, bien sea de forma parcial o con un perfil absoluto, en virtud de la especialidad de la actividad que desarrollan y de la importancia que tiene ésta para el colectivo que convive en sociedad.

Siendo así, se hace necesario destacar que la estabilidad de un régimen en su conjunto, siempre estará en peligro cuando el Estado no logre satisfacer las exigencias del conglomerado social que lo contiene, por cuanto surgirán fuerzas provenientes de su propio seno, que buscarán redimir, día a día, las pretensiones que en un pasado transformaron al mundo, como aconteció con los mártires de Chicago, pues originó que en muchos países, el día 1º de mayo de cada año se celebrara el día internacional del trabajador, en conmemoración a la lucha colectiva por las –trágicas pero célebres– reclamaciones laborales, sobre la disminución de la jornada laboral, para estandarizarlas en ocho (8) horas, que –tal petición– les fuere concedida a los trabajadores a partir del 1º de Mayo de 1886, usando como medio de presión “la paralización colectiva de actividades”.

Es por ello que, la huelga como movimiento eminentemente social encuentra su justificación en las exigencias del tipo laboral, consagrada como un derecho colectivo de los trabajadores para poder ejercer acción legal sobre los empleadores a través de la interrupción unida del trabajo, siempre y cuando, se haga conforme a la previa habilitación de la autoridad competente y así poder solicitar una posición más beneficiosa o conseguir hacer efectivo la restitución de una condición laboral que hubiere sido incumplida.

En el entendido que, el derecho de huelga, es uno de los más altos logros de la clase trabajadora, y en su acontecer, refuerza la idea fundamental del derecho colectivo del trabajo, pues constituye un instrumento legal y autónomo de nivelación de la capacidad contractual, que se ve disminuida cuando se trata de forma individual, pero que organizados

colectivamente, resulta en la mayor de las garantías de la existencia real y efectiva de los derechos laborales que son inherentes a estos actores sociales.

Es así, como el fenómeno de los conflictos colectivos y el derecho a huelga en la función pública se convierte en un tema –incluso controver-sial– de gran trascendencia dentro de ciertos ámbitos de la actividad pública en general y en especial en los servicios públicos, por cuanto se contraponen, en un momento determinado, este derecho fundamental a algún otro derecho de igual jerarquía constitucional, siendo que, en un mismo período de espacio temporal puedan coincidir llegando a colisionar entre sí.

Que al tratarse de derechos fundamentales, que alcanza a ser una realidad la potencial contraposición de derechos de un colectivo de trabajadores amparados por una huelga legal con los derechos de un colectivo de personas que conviven en sociedad, pueda ofrecerse a través de esta sencilla monografía, alguna opción jurídica que pudiera coadyuvar a la posible solución de un eventual conflicto de esta naturaleza.

1. Breves comentarios sobre los antecedentes Constitucionales: Las Constituciones Venezolanas de 1947, 1961 y 1999, en cuanto a la Función Pública

El artículo 90 de la Constitución de 1947 refirió a un Estatuto para la Función Pública que debía establecer normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro. El artículo 90 de la Constitución de 1947, establecía:

El Estado dictará un Estatuto que rija sus relaciones con los Funcionarios y Empleados Públicos, en el cual se establecerán las normas de ingreso a la administración y las de ascenso, suspensión, traslado y retiro.

Los empleados públicos están al servicio de la Nación y no de parcialidad política alguna.

La norma citada *ut supra* está precedida por el artículo 122 de la Constitución Nacional de 1961. Dicha norma antecedente es reproducida

casi de modo idéntico en el texto de 1961¹ con el agregado de inclusión de los empleados públicos al sistema de seguridad social y el cambio de un Estatuto a una Ley de Carrera Administrativa, de la misma forma, en la carta constitucional de 1999 el artículo 144² se encuentra redactado en términos casi idénticos que sus artículos precedentes, con la diferencia que la Constitución de 1961 se refería a una Ley de Carrera Administrativa y la Constitución de 1999 a una Ley del Estatuto de la Función Pública, sin embargo, de manera uniforme todos estos postulados que refieren a la función pública se han encontrado incluidos bajo el título reservado al “Poder Público”.

No obstante, se evidencia que ni el constituyente de 1947, ni el de 1961, ni el de 1999, hiciesen referencia a la legislación del trabajo para el ámbito de aplicación de derechos laborales para los funcionarios públicos, pues se verifica que ha pretendido mantener –como se ha hecho– un régimen distinto que vedara a los empleados públicos del amparo de ese instrumento normativo laboral (Ley Orgánica del Trabajo) por la aplicación de una ley especial que regulara sus relaciones jurídicas de dependencia con la Administración Pública.

Es de destacar que en Venezuela, la distinción de los dos regímenes de jurídicos (laboral y funcional), corre inalterable desde la Ley del Trabajo de 1936, que ya en su artículo 6, excluía de su aplicación a los funcionarios públicos.

Las previstas normas constitucionales (90 del año 1947, 122 del año 1961 y 144 del año 1999), entre otras razones, hacen evidenciar que el régimen funcional surge de manera autónoma e independiente del propio texto constitucional, por cuanto, estos postulados se hayan incluidos de manera

¹ Constitución de la República de Venezuela (1961), Artículo 122: “La ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social. Los empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna. Todo funcionario o empleado público está obligado a cumplir los requisitos establecidos por la ley para el ejercicio de su cargo”.

² El artículo 144 de la Constitución de 1999, establece: “La ley establecerá el estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la administración pública, y proveerá su incorporación a la seguridad social.

La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos”.

respectiva, en el capítulo dedicado al “Poder Público” con indicación de aplicación referida a un instrumento normativo específico.

En la actualidad, la Constitución de 1999 en el título IV, sección tercera, se establece lo concerniente a la Función Pública, específicamente en el artículo 144, simultáneamente se visualiza que en el capítulo V del título III, *eiusdem*, se establecen los Derechos Sociales con referencia al trabajo más específicamente en el artículo 87³. Por lo tanto, cada régimen (laboral y funcionarial) emergen del propio texto constitucional de manera autónoma e independiente, que en principio, deben ser regulados por una ley especial, sin perjuicio de la aplicatoriedad supletoria que pueda existir.

Es así como todos los asuntos concernientes al ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública estará regido de manera exclusiva por un instrumento legal especializado, dejando abierto el resto de las regulaciones de trabajo, entre ellas, las relaciones colectivas de orden sindical entre la Administración Pública y sus empleados.

En este sentido, el artículo 90 de la Constitución de 1961, disponía, el tratamiento del desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo, desde el punto de vista programático y generalizado, estableciendo la misma:

La ley favorecerá el desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo y establecerá el ordenamiento adecuado para las negociaciones colectivas y para la solución pacífica de los conflictos. La convención colectiva será amparada, y en ella se podrá establecer la cláusula sindical, dentro de las condiciones que legalmente se pauten.

Como puede observarse, el artículo 90 de la Constitución de 1961, establecía lo conducente para ser desarrollado por ley especial, sobre las relaciones colectivas de manera global, en virtud de que no diferenciaba ningún tipo de trabajadores (públicos o privados), sin embargo el artículo 92 *eiusdem*, si hacía mención expresa a los servicios públicos, al

³ El artículo 87 de la Constitución de 1999, establece: “Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar (...)”.

señalar: “Los trabajadores tienen el derecho de huelga, dentro de las condiciones que fije la ley. En los servicios públicos este derecho se ejercerá en los casos que aquélla determine”.

Alcanzamos observar que la Constitución abrogada de 1961 indicaba que la huelga podía ser ejercida en los servicios públicos, pero solamente en los casos que la ley determinase, corriendo una suerte de derecho por vía de excepción, pues lo limitaba únicamente a los asuntos previamente autorizados por la ley, no siendo posible la exigencia de este derecho constitucional a menos que una ley dispusiera lo contrario; a diferencia de la vigente Constitución de 1999 que concede el derecho a huelga a todo tipo de trabajadores, sin discriminación alguna, al otorgárselo a todos los dependientes del sector público y del sector privado como se evidencia de la literalidad del artículo 97, que expresa: “*Todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley*”.

Podemos aseverar que constitucionalmente el derecho a huelga ha evolucionado y se puede ejercer libremente en el sector público —claro está— siempre y cuando se cumpla con los parámetros legales para que no se proyecte una huelga ilegal. El logro alcanzado de esta evolución que es cónsono con el principio de progresividad de los derechos laborales, es que, en la actualidad se trata de un derecho libre y exigible por todas las personas humanas que trabajan, bien sean del sector público o privado, sin necesidad de esperar por una previa habilitación legal para su ejercicio.

Con respecto a la última expresión que enuncia el artículo 97 de la vigente Constitución “dentro de las condiciones que establezca la ley” para cumplir con los requisitos legales, se podría plantear la duda sobre cuál ley se refiere. Pareciera que este derecho debe tratarse en una sola ley que —en todo caso— la llamada a regular estos asuntos, por tratarse de un derecho colectivo laboral, es la Ley Orgánica del Trabajo, entonces, para los trabajadores del sector privado no parece plantearse dudas, pero no sucede lo mismo con los trabajadores de la función pública, puesto que la misma Constitución exige a partir del artículo 144 un sistema diferenciado para éstos, es decir, un régimen estatutario. Duda que fue disipada, por cuanto la Constitución de 1999 no impuso que los derechos colectivos de los empleados públicos fueran tratados por una ley especial, lo que dejó abierta la posibilidad al legislador para

establecer, como en efecto lo hizo, en el artículo 32 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, la remisión de los asuntos colectivos del trabajo de los funcionarios públicos a la Ley Orgánica del Trabajo⁴.

En la actualidad, los sujetos que prestan sus servicios personales para la Administración Pública, están facultados desde la misma Constitución para ejercer con toda habilitación jurídica, la libertad sindical, siempre y cuando sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública, sin mayor limitación que el cumplimiento de las formalidades establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo; lo que implica una laboralización de la función pública, amparada en criterios de evolución constitucional que ha desarrollado Venezuela durante sus tres últimas constituciones (1947, 1961 y 1999).

2. Algunas precisiones jurídicas del régimen constitucional y legal de los conflictos colectivos en el sector público

Cuando, en definitiva, tratamos los conflictos colectivos en el sector público a nivel constitucional se debe partir de los supuestos establecidos en los artículos 96 y 97 de la Constitución de 1999, los cuales versan sobre el derecho a la negociación colectiva, a la solución de los conflictos y el derecho a huelga.

Los derechos colectivos del trabajo constitucionales se les otorgan, tanto a trabajadores del sector público como del sector privado, por lo tanto es evidente que involucra a todos los dependientes de la función pública. Cuando nos referimos a los funcionarios públicos y el otorgamiento de derechos laborales que son propios de trabajadores del sector privado, entramos en un campo que es bastante difícil y debatido por la doctrina, tanto laboral como administrativa, ya que es un punto de encuentro de ambas ramas del Derecho, e incluso se podría decir, como lo plantean algunos administrativistas, constituye una huida del Derecho Administrativo hacia el Derecho Laboral –o viceversa– como lo plantean

⁴ Artículo 32. Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera, tendrán el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública. Todos los conflictos a los cuales diere lugar la presente disposición serán conocidos por los tribunales competentes en lo contencioso administrativo funcional.

algunos laboristas, instituye una huida del Derecho Laboral hacia el Derecho Administrativo.

Con respecto a los dos artículos de la Constitución en comento, se hace mención al voto salvado del constituyente Allan Brewer-Carías quien expresa, en relación al artículo 96:

Salvo mi voto por considerar que el régimen de la negociación colectiva no puede ser igual en el sector público que en el sector privado. El régimen estatutario de la función pública excluye ciertos aspectos de la relación funcional de la negociación colectiva, pues deben ser establecidos unilateralmente por el Estado.

Con relación al artículo 97, el mencionado constituyente, señaló:

Salvo mi voto en relación con este artículo por considerar que no puede darse el mismo tratamiento al ejercicio del derecho de huelga en el sector público y en el sector privado. El sentido del artículo 92 de la Constitución de 1961 debió retenerse en relación a la huelga en los servicios públicos la cual sólo puede ejercerse “en los casos que determine la Ley”⁵.

Para algunos administrativistas, el contenido de la situación legal de los funcionarios públicos en materia de Derecho Colectivo del Trabajo debe ser fijado anticipadamente de forma unilateral por el Estado a través del ordenamiento jurídico (Constitución, ley y reglamento), sin que el funcionario pueda declararse en conflicto frente a la Administración y menos aún irse a la huelga, por cuanto prestan sus funciones de acuerdo con su competencia impuesta por ley para cumplir con los fines propios del Estado.

⁵ República de Venezuela. Asamblea legal Constituyente. Depósito Legal N° pp 199907DF21. Gaceta Constituyente (Diario de Debates) Mesa Directiva, Presidente: Luis Miquilena, Primer Vicepresidente: Isaías Rodríguez, Segundo Vicepresidente: Aristóbulo Istúriz, Secretario: Elvis Amoroso, Subsecretario: Alejandro Andrade. Número 31, sesión ordinaria 30-10-1999, p. 37, imprenta del Congreso de la República. Caracas. Venezuela.

Sin embargo, la Constitución de 1999, ha previsto en su artículo 96⁶ que el Estado garantizará las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales de todos los trabajadores. La comentada disposición constitucional está en perfecta armonía con el artículo 97 *eiusdem*, por cuanto otorga el derecho a huelga a todos los trabajadores, tanto del sector público como del privado; en el entendido de que los medios de solución de conflictos colectivos y la huelga son aplicables a ambos sectores de operarios, siendo que la Constitución no discrimina unos de otros, sino más bien los generaliza al darle el mismo tratamiento.

Establece, al respecto, el artículo 97: “Todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley”.

Al momento de interpretar la letra de estos dos artículos (96 y 97 de la CRBV), se hace necesario distinguir la titularidad de estos derechos, a lo cual, ambos enunciados normativos exponen que son todos los trabajadores del sector público y del privado, conformando dentro de la primera categoría a los funcionarios públicos, considerado el trabajo como un hecho social –es menester afirmar que los funcionarios públicos son catalogados por la vigente Constitución como trabajadores, al ser mencionados como tales– humanizando así la función pública al reconocérsele a este sector de operarios públicos, todos sus derechos laborales colectivos, por cuanto prestan un servicio personal remunerado bajo régimen de subordinación, siendo acreedores de todos los derechos laborales sin ningún tipo de discriminación.

Con respecto a este punto, conforme a la Constitución de 1999 y tomando en cuenta lo expuesto por Hildegard Rondón de Sansó⁷, la sección tercera en el Título IV relativo al Poder Público, se destina a regular la función pública y, en consecuencia a señalar quien la ejerce de la

⁶ 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 ampararán a todos los trabajadores y trabajadoras activos y activas al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad”.

⁷ Rondón de Sansó, Hildegard. Comentarios a la Ley sobre Estatuto del Función Pública. En el Libro: Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes. Serie Eventos 17. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2002.

forma siguiente: el artículo 144 alude a funcionario público como “funcionario de la Administración Pública”. En igual sentido lo hace el artículo 146, el artículo 147 agrega que la administración pública pueda ser: nacional, municipal y estatal. El artículo 145 alude a los funcionarios públicos como los que están al servicio de los entes territoriales, de las personas jurídicas de derecho público y de las personas jurídicas de derecho privado estatales. El artículo 149 define a los funcionarios públicos como cualquiera que preste servicios a los entes públicos. El artículo 148 alude a los funcionarios públicos como los titulares de un “destino público remunerado”.

De los anteriores enunciados, según la autora mencionada, debe deducirse que la Constitución formula un concepto amplio y un concepto restringido del funcionario:

Criterio amplio: los funcionarios públicos son los que están al servicio de los entes públicos, bien sea territoriales (Municipio, Estado, República) o, no territoriales (institutos autónomos), o entes privados estatales (fundaciones, corporaciones, asociaciones). Criterio restringido: el funcionario público es el que está al servicio de la Administración Pública, bien sea ésta una administración municipal, estatal o nacional”.

Doctrinalmente formula que: “los funcionarios públicos: son los sujetos que, en base a una relación de permanencia, originada por un vínculo estatutario o contractual, realizan las tareas asignadas al Estado”.

Asimismo, la Ley del Estatuto de la Función Pública, en su artículo 3 expresa: “Funcionario o funcionaria pública será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeña en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente”.

Los funcionarios públicos a su vez, pueden clasificarse en funcionarios de carrera y funcionarios de libre nombramiento y remoción, que ocupan cargos de alto nivel o cargos de confianza.

En relación al ámbito que debe abarcar esta ley funcional igual mente se podrían presentar dudas porque podría ser una ley en cada nivel territorial: Municipio, Estado y República; sin embargo, esta interpretación no es posible, tal como aclara Hildegard Rondón de Sansó, al comentar, en su conjunto, los artículos que tratan sobre la función públi-

ca, concibiéndose que sólo sería posible a través de una ley nacional, aunque crearía válidamente una expectativa.

Ahora bien, toda fluctuación fue dilapidada con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.522 de fecha 06 de septiembre de 2002, la cual establece que se aplica a los tres niveles territoriales, tal como se verifica de su artículo 1⁸.

En definitiva este derecho a huelga y a la solución pacífica de los conflictos colectivos en el régimen funcionarial debe regirse por la Ley del Estatuto de la Función Pública, pues es la ley llamada constitucionalmente a regular la materia funcionarial; sin embargo, como anteriormente se mencionó, esta ley remite a la Ley Orgánica del Trabajo. Es así que el artículo 32 establece:

Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera, tendrán el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública.

Todos los conflictos a los cuales diere lugar la presente disposición serán conocidos por los tribunales competentes en lo contencioso administrativo funcionarial.

Podemos afirmar luego de revisar el anterior conglomerado normativo, que en Venezuela se permite el ejercicio del derecho a huelga en la función pública, aunque en principio se otorga este derecho de forma generalizada, conseguimos profundizar en el tema y escudriñar que se puede ejercer con ciertas limitantes, que no se encuentran previstas de forma ordenada en un solo instrumento sistemático, sino dispersas en sistematizaciones normativas diferentes.

⁸ Artículo 1. (LEFP): La presente Ley regirá las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales...

Se consagra así, que el derecho a huelga⁹ –del asunto bajo estudio– es decir, su ejercicio dentro del sector público debe estar sometido a “las condiciones que establezca la Ley”, que aun cuando no están en mismo ordenamiento, se destaca que:

1. Queda restringido el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, sólo a favor de los “funcionarios de carrera”, que ocupen “cargos de carrera” excluyendo por ende –de forma tácita– a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pese a que ambas categorías pertenecen a la función pública¹⁰.
2. Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera, tendrán el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, siempre y cuando su ejercicio sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública¹¹.
3. Precisa la necesidad que en el caso de los servicios públicos se mantengan los servicios mínimos indispensables, so pena de destitución del cargo¹².

⁹ Artículo 97. (CRBV): Todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley.

¹⁰ Artículo 32. (LEFP): Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera, tendrán el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública.

Todos los conflictos a los cuales diere lugar la presente disposición serán conocidos por los tribunales competentes en lo contencioso administrativo funcional.

¹¹ Artículo 32. (LEFP)

¹² Artículo 86. (LEFP).

Serán causales de destitución:

(...*omissis*...)

5. El incumplimiento de la obligación de atender los servicios mínimos acordados que hayan sido establecidos en caso de huelga. (...).

4. Prohíbe el ejercicio del derecho a huelga, cuando la paralización de los servicios públicos causare perjuicios irremediables a la población o a las instituciones¹³.

Por otra parte, Juan Carlos Cassagne expresa que dentro del ámbito de competencia de la función pública se encuentra la actividad administrativa y a su vez dentro de ésta, la prestación de servicios públicos, que en sus propias palabras señala:

La función pública constituye la actividad genérica del Estado e implica el ejercicio de sus tres esenciales funciones (administrativa, legislativa y judicial). A su vez, dentro de la actividad administrativa, la función pública se realiza a través de variadas técnicas que vienen a tipificarla mediante la asignación de un régimen jurídico peculiar, técnicas que comprenden diversas acciones de intervención (prestación de servicios públicos, limitaciones de derechos privados, aplicación de sanciones, imposición de prestaciones a cargo de los particulares, emisión de actos favorables de fomento, etc.)¹⁴.

Ahora, corresponde aclarar si los funcionarios públicos siempre prestan un servicio público, siendo que el funcionario público implica una prestación de servicios necesariamente a la Administración Pública, pero esta concepción tiene mayor amplitud, pues este servicio siempre forma parte de la Administración Pública, pero no todas las actividades administrativas constituyen servicios públicos, por ende no todos los funcionarios públicos prestan un servicio público.

Asimismo existen actividades que constituyen servicios públicos prestados por personas pertenecientes al sector privado. Esta apreciación se hace importante al momento de descifrar cuando una huelga no puede prosperar en los casos de servicios públicos esenciales o mínimos indispensables, que aun cuando no se trate de un régimen funcional, puede devenir limitado su ejercicio.

¹³ Artículo 496 (LOT)

El derecho de huelga podrá ejercerse en los servicios públicos sometidos a esta Ley, cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones.

¹⁴ Cassagne, Juan Carlos. *La Huelga en los Servicios Esenciales*. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1993. p. 46 y ss.

Podemos concluir que los servicios públicos, pueden ser prestados, a parte de la Administración Pública, por particulares, dicho de otra forma, por personas que ejercen su actividad dentro del sector privado, como puede ser, entre otros, hoteles, farmacias, clínicas, colegios, universidades, telecomunicaciones, transporte terrestre, aéreo o marítimo, etc.

Finalmente se puede concluir que existe una concepción bifronte en la propia Constitución de 1999 sobre la materia funcionarial, entre aspectos que son regulados por el Estatuto de la Función Pública con predominio del sistema funcionarial, en donde, por ejemplo, el ingreso sólo será por vía de concurso público, por ende, posible sólo para la persona más meritoria y capacitada, lo que acentúa el régimen jurídico estatutario (funcionarización); y por otro lado, una total laboralización de la función pública, en tanto y cuanto, buena parte de los trabajadores del sector público tienen un ejercicio pleno de los derechos colectivos laborales, como lo son: la solución pacífica de los conflictos colectivos, la negociación colectiva, la celebración de convenciones colectivas y la huelga.

3. Régimen constitucional de la huelga del sector público y el Derecho comparado internacional

El derecho a la huelga para el sector público en distintas constituciones, a nivel internacional, presenta básicamente dos modalidades: la *prohibición* y la *permisión*, bien sea, bajo ciertas condiciones especiales o de forma libre.

Un caso de prohibición se presenta en la Constitución Política de Costa Rica, tal como puede evidenciarse en su artículo 61: “Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, *salvo en los servicios públicos*, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia” (destacado añadido).

La constitución de la República de Costa Rica, reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos (Artículo 61). El desarrollo de esa disposición constitucional, que data del 7 de noviembre de 1949, en concordancia con el Código del Trabajo costarricense que en su Artículo 375 dispone que no será permitida la huelga en los servicios públicos, limita notablemente el ejercicio de ese derecho en Costa Rica. Luego, el artículo 376 del mismo

Código, formula una lista que clasifica el contenido del Artículo 375, así que aun cuando, se activa una prohibición general, a través de una excepción planteada para el ejercicio de un derecho constitucional, el legislador tuvo a bien sancionar un listado, ciertamente enunciativo, determinando los servicios públicos respecto de los cuales obraría la prohibición de huelga.

Visto que el mandato constitucional hace una remisión a la ley, con la finalidad de que sea ella quien determine cuáles serán los servicios públicos que tendrán prohibición de ejercer el derecho de huelga. Pero que a la letra del Código de Trabajo de Costa Rica, el derecho a huelga en el sector público es muy restrictivo, siendo que el artículo 375 del Código de Trabajo, expresa tal prohibición de manera categórica:

No será permitida la huelga en los servicios públicos. Las diferencias que en éstos ocurran entre patronos y trabajadores, así como en todos los demás casos en que se prohíbe la huelga, se someterán obligatoriamente al conocimiento y resolución de los Tribunales de Trabajo (destacado añadido).

Y en este mismo orden de ideas, el artículo 376 *eiusdem* enunció un listado de servicios públicos. Que posteriormente, fue decretada la inconstitucionalidad de varios literales de esa norma:

Para los efectos del artículo anterior se entienden por servicios públicos:

a) Nulo por voto de la Sala Constitucional 1317 de 10:12 horas del 27 de febrero de 1998.

b) Nulo por voto de la Sala Constitucional 1317 de 10:12 horas del 27 de febrero de 1998.

c) Los que desempeñen los trabajadores de empresas de transporte ferroviario, marítimo y aéreo, los que desempeñen los trabajadores ocupados en labores de carga y descarga en muelles y atracaderos, y los que desempeñen los trabajadores en viaje de cualquiera otra empresa particular de transporte, mientras éste no termine;

(Este inciso fue restablecido conforme a la redacción que le dio la Ley N° 25 de 17 de noviembre de 1944, tal y como se ordena en artículo 2 de la Ley N° 1090 de 29 de agosto de 1947).

d) Los que desempeñen los trabajadores que sean absolutamente indispensables para mantener el funcionamiento de las empresas particulares que no puedan suspender sus servicios sin causar un daño grave o inmediato a la salud o a la economía pública, como son las clínicas y hospitales, la higiene, el aseo y el alumbrado en las poblaciones; y

e) Nulo por voto de la Sala Constitucional 1317 de 10:12 horas del 27 de febrero de 1998.

(Por artículo 3 Ley 7360 de 4 de noviembre de 1993 se corre la numeración y el artículo 376 era el anterior artículo 369).

Se puede observar que en la normativa sustantiva laboral costarricense está prohibida expresamente la huelga en los servicios públicos, y que a la óptica de los convenios internacionales de la OIT ratificados por la nación de Costa Rica se encuentran los que dan reconocimiento al derecho de huelga. En este sentido, el autor costarricense Humberth May Cantillano¹⁵, ha descrito esta situación, cuando aduce lo siguiente:

Hasta hace poco tiempo, situación que ha cambiado después del voto 1317-98 de Sala Constitucional se consideraba que no procede la Huelga en los servicios públicos y por tales entendía la legislación y la jurisprudencia, prácticamente toda la actividad pública estatal e incluso buena parte de la actividad económica privada. Así, a pesar de ser la huelga un derecho humano de naturaleza instrumental (un medio y no un fin) y a pesar de estar prevista y reconocida, aparte de la Constitución Política, en variedad de instrumentos internacionales de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículo 8; Carta de la OEA artículo 44; Carta Internacional Americana de Garantías Sociales artículo 27, Convenio 87 de la OIT), es lo cierto que en Costa Rica no ha tenido vigencia práctica y que la normativa regulatoria establecida en el Código de Trabajo, especialmente en el artículo 376, ha vaciado de contenido tal derecho (...)

¹⁵ May Cantillano, Humberth. *Estudios de Derecho Colectivo Laboral Costarricense. La Huelga en los Servicios Públicos en Costa Rica*. Editorial Juricentro. San José 2001, pp. 169-172.

El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha intervenido en este tema de Derecho de Huelga en los servicios públicos (de lo cual es fiel reflejo las resoluciones o informe N° 164, caso 845, párrafo 42, informe N° 54, caso 179, párrafo 55, informe N° 12, caso 60, párrafo 53, informe N° 30, caso 172, párrafo 178 a 180, informe N° 12, caso 1304, párrafo 99). Sostenemos que el pensamiento de la OIT, contenido en esos pronunciamientos, es bastante coincidente con el espíritu de la discusión que se dio en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 en cuanto al alcance del Derecho de Huelga en general y específicamente para el sector público.

El legislador costarricense en el Código del Trabajo, artículo 376, definió por servicios públicos una gran gama de actividades. Aunque el concepto fue variado por el Constituyente del 49, en la práctica todo continuó como antes. Equívocamente se entendió que la remisión hecha por el artículo 61 constitucional, para que el legislador definiera el concepto de servicios públicos, estaba satisfecha por el Código del Trabajo del 43. El efecto práctico de esta situación fue que se hizo prácticamente nugatorio el derecho de huelga en casi toda actividad laboral en nuestro país. Y todo ello, no obstante que el legislador nacional también había aprobado varios convenios internacionales emitidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre ellos el número 87, el 98, y el número 11, cuyo contenido estaba, en la materia que nos ocupa, claramente en contradicción con el Código de Trabajo. Convenios de los cuales se deduce la libertad de huelga en muchas actividades en las que ha estado y estuvo prohibida por el Código de Trabajo. Esta contradicción lógicamente, debe resolverse a favor de las normas internacionales, puesto que ellas tienen una jerarquía superior a las leyes.

Más adelante en la obra citada, opina el autor costarricense: “(...) Es cierto que la remisión constitucional aun sigue en pie, y que el legislador necesariamente debe definir que son servicios públicos, de conformidad y observando los parámetros establecidos para ese efecto por la Constituyente por la OIT y, ahora, por la referida sentencia de la Sala Constitucional¹⁶”.

¹⁶ Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, en acción de Inconstitucionalidad interpuesta por Fernando Bolaños Céspedes y Huberth May Cantillano, actuando como apoderados de varios sindicatos, bajo el N° de expediente 4222-92.

Visto las normas antes transcritas, podemos apreciar que es ampliamente visible la prohibición de huelga sobre los servicios públicos de ese país. Por lo menos, lo ha sido hasta el año de 1998, cuando la sentencia de la Sala Constitucional 1317 de 10:12 horas del 27 de febrero de 1998 de Costa Rica, por acción de inconstitucionalidad interpuesta por Fernando Bolaños Céspedes y Huberth May Cantillano, actuando como apoderados de varios sindicatos, bajo el N° de expediente 4222-92, declaró con respecto al artículo 376 del Código de Trabajo costarricense, la inconstitucionalidad mediante voto 1317-98, de los literales a), b) y e). Por lo tanto, el legislador tendrá que redefinir la esencia de servicios públicos de ese país de conformidad con los parámetros establecidos por la OIT y la sentencia en mención.

Al respecto, doctrinalmente se ha admitido que el derecho de huelga sea objeto de restricciones, incluso prohibiciones, cuando se trate del sector público o de servicios esenciales, pero dicho principio perdería todo sentido si en la legislación respectiva se adoptase una definición demasiado amplia de limitaciones.

En esta misma corriente tenemos a Chile, su Constitución Política en el artículo 19, ordinal 16, quinto aparte expresa: *“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las Municipalidades”*. En Chile existe una prohibición, con carácter absoluto, del ejercicio de huelga para funcionarios públicos que desempeñen sus cargos para el Estado o las Municipalidades.

En otro orden de ideas, localizamos lo establecido en el artículo 56 de la Constitución de Colombia, que permite el derecho a huelga bajo ciertas restricciones, en el que se establece:

Se garantiza el derecho de huelga, *salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador*.

La ley reglamentará este derecho.

Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento (destacado añadido).

En Colombia se verifica que el ejercicio del derecho a huelga, sólo está prohibido en los servicios públicos esenciales, que por interpretación en contrario es permisible en el sector público general, permitiendo así un equilibrio, entre el derecho humano de acción a la huelga debidamente balanceado con el respeto a los ciudadanos que conviven en sociedad y su necesidad de acceder a los servicios públicos cuanto éstos sean esenciales a la colectividad.

Así mismo, tenemos en Paraguay, el artículo 98 de su Constitución que prevé: “Todos los trabajadores del sector público y privado tienen el derecho de recurrir a la huelga, (...) La Ley regulará el ejercicio de estos derechos de tal manera que no afecten servicios públicos imprescindibles para la comunidad”.

Así, la Constitución de España, señala en el artículo 28, el reconocimiento de la huelga para todos los trabajadores, con restricciones de cierto sector (cuerpos armados y peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos), estableciendo que mediante una ley especial se regulará el ejercicio de este derecho para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Y así lo dispone:

1. Todos tienen derecho a sindicalizarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.
2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

En el ordenamiento jurídico español el derecho a huelga es de rango constitucional (artículo 28.2), y además de prever la posibilidad del ejercicio de tal derecho por parte de los trabajadores, también establece la

necesaria limitación en cuanto a la regulación legal que permita el establecimiento de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad; esta norma se ve desarrollada en el artículo 10 del Real Decreto 17/1977, del 4 de marzo, referente a relaciones de trabajo, que faculta a la Administración para que, en los supuestos de huelgas de empresas encargadas de servicios públicos, o de reconocida e inaplazable necesidad, acuerde las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de tales *servicios esenciales*¹⁷.

La Constitución de Panamá en el artículo 65 expresa: “Se reconoce el derecho de huelga. La ley reglamentará su ejercicio y podrá someterlo a restricciones especiales en los servicios públicos que ella determine”. Reconociendo el derecho a huelga pero facultando a la ley para someter su ejercicio a restricciones especiales en los servicios públicos que ella determine.

En esta misma corriente, está inclinada la Constitución de Italia, que en el artículo 40 establece: “El derecho de huelga se ejercitará en el ámbito de las leyes que lo regulen”.

En cambio, el artículo 14 de la Constitución de Argentina deja abierto un amplio margen, ya que no especifica límite alguno para ejercer el derecho a la huelga, sin decretar prohibición alguna para el sector público, establece la norma en comento: “(...) Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo (...)”.

En Perú se deja ver una libertad total del ejercicio de huelga, mezclada con una prohibición dirigida a un pequeño sector, según lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución, que aduce: “Se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”.

¹⁷ Azara Hernández, Julio: *Derecho de Huelga en los Servicios Públicos* en José Araujo Juárez, Coordinador: Servicio Público, Balance & Perspectiva. Caracas, Venezuela 1999, pp. 460 y 461.

Igualmente en la posición constitucional de México se reconoce abiertamente y de forma libre el derecho a huelga de todos los trabajadores, incluyendo a los del sector público, siempre y cuando éstos cumplan con determinados parámetros establecidos para ejercer el derecho a la huelga, lo que se encuentra establecido en el artículo 123, ordinales XVI y XVIII:

XVI.- Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera;

XVII.- Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos, las huelgas y los paros;

XVIII.- Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. *En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación y Arbitraje, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciera actos violentos contra las personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquéllos pertenezcan a los establecimientos y servicios que dependen del Gobierno.* (Destacado añadido).

En México, la legislación laboral, no contempla de manera expresa el tema de la huelga en los servicios esenciales a la comunidad. Pero con relación a los servicios públicos la Ley Federal del Trabajo (en lo sucesivo LFT) hace una descripción en el Art. 925, es la siguiente:

Para los efectos de este Capítulo se entiende por servicios públicos los de comunicaciones y transportes, los de luz y energía eléctrica, los de limpieza, los de aprovechamiento y distribución de aguas destinadas al servicio de las poblaciones, los de gas, los sanitarios, los de hospitales, los de cementerios y los de alimentación, cuando se refieran a artículos de primera necesidad, siempre que en este último caso se afecte alguna rama completa del servicio.

No cabe duda que la libertad para el ejercicio al derecho a huelga en México es total, incluso en los servicios calificados como públicos, con

la sola condición de la referencia al plazo de los diez días de aviso, no encontramos mayor limitación del derecho de huelga, con ocasión del tema bajo estudio.

La Constitución de Suiza, específicamente en el artículo 28 establece la libertad del derecho a huelga, pero deja abierta la posibilidad de prohibición para ciertas categorías de personas, no especificando que éstas sean las referidas al sector público, ni tampoco para los servicios esenciales, dejando de forma franca la eventualidad de restricción de manera genérica, veamos:

Libertad de asociaciones sindicales y empresariales. (...)

3. La huelga y el cierre empresarial son lícitos, siempre y cuando atañan a las relaciones laborales y no sean contrarias a las obligaciones acordadas y respeten aquéllas de preservar la paz en el trabajo y de recurrir a una conciliación.

4. *La Ley podrá prohibir la huelga a determinadas categorías de personas* (cursivas agregadas).

En definitiva, existen diversas formas de tratar la huelga en distintos países; en este sentido, la opción que pudiera representar una solución más justa, a nuestro modo de ver, es la que permite la huelga a todos los trabajadores, incluso, los que laboran para el sector público, con el compromiso de no suspender las actividades en los servicios públicos esenciales, para así mantener la continuidad de estos servicios que tanto necesita la sociedad.

4. Principio de continuidad de los servicios públicos

Al momento de tratar los conflictos colectivos laborales en el sector público, se hace necesario tratar el principio de continuidad de estos servicios, desarrollado por el Derecho Administrativo, por cuanto implica, la no interrupción en la prestación de servicios –por lo menos en los esenciales– dada la importancia que tiene para la colectividad su respectivo funcionamiento, de modo que el público pueda en todo momento y con absoluta certeza contar con ellos.

Para un sector de la doctrina administrativa un poco más radical establece que la prestación de servicios públicos jamás debe ser interrumpi-

da, pues podría causar trastornos a la sociedad, lo que circunscribe la exclusión absoluta de la huelga y de los paros patronales en ese ámbito.

Juan Carlos Cassagne expresa que: “En un Estado de Derecho, donde impera la legalidad y el orden jurídico, es inconcebible tolerar o aceptar la huelga en los servicios públicos, sean éstos propios o impropios (prestados por el Estado o por los particulares), ámbito donde la huelga vulnera un principio jurídico esencial, aceptado unánimemente por la doctrina: la continuidad del servicio, causando así un trastorno social mayor que el que pretende impedir los huelguistas: éstos no pueden subordinar a sus conveniencias particulares los intereses de la sociedad toda. Aceptar la Huelga en los servicios públicos o declarar su licitud, implica aceptar el desorden y la anarquía en la practica de las instituciones”¹⁸.

En la actualidad este principio de la continuidad de los servicios públicos ha sufrido cierta declinación debido a la aceptación general del derecho a huelga dentro del marco del sector público, siendo que son pocos los países que la prohíben, ahondando en mayoría, las naciones que la aceptan, aun cuando esté restringida a ciertas modalidades; sin embargo, ya no puede hablarse de una prohibición absoluta, sino de una adaptación y extensión de este principio, para lograr la armonía de la convivencia social, lo que dio paso al nacimiento de los servicios públicos esenciales y a la teoría de la ponderación de los derechos fundamentales.

Ciertamente pudieran concurrir dos derechos constitucionales que puedan colisionar entre sí en un mismo espacio temporal, he ahí cuando debe aplicarse, sin ninguna duda, el principio de la continuidad de los servicios públicos, que parafraseando a Humberto Villasmil, no exista la necesidad que se derribe de manera absoluta al otro derecho constitucional, como lo es, el caso de la huelga, cuando por su ejercicio legal se contraponga –en un momento determinado– con otros derechos constitucionales, como podría ser al derecho a la educación, al acceso a la justicia, a la salud o a la vida, que por ser derechos que conllevan a un ámbito de aplicación mayor, pues reúne a toda una sociedad, es preciso aclarar que antes que un derecho constitucional sea capaz de enervar la capacidad de otro, debe transmutarse en una necesaria *ponderación*

¹⁸ Cassagne, Juan Carlos, *La Huelga en los Servicios Esenciales*, Editorial Civitas S.A. Madrid 1993, p. 72.

de derechos fundamentales que consiga determinar restricciones y aun limitaciones de validez, respecto uno de otro, pero a la vez, tutele la concurrencia de ambos, porque no es plausible ostentar la improcedencia o ilicitud de la huelga por potencia fortificada de otro derecho de su misma jerarquía, respetándose así, el principio de continuidad de los servicios públicos y el ejercicio del derecho fundamental a la huelga.

He ahí donde surge la teoría de los servicios esenciales en caso de huelgas declaradas en los servicios públicos y la ponderación de derechos fundamentales, para así mantener el principio de continuidad en los servicios públicos; dado que se consigue la coincidencia jurídica de dos derechos constitucionales confrontados en un período preciso –que por el ejercicio de uno, no elimine la aplicación del otro– sino que se despliegue una justa ponderación que permita la coexistencia de ambos en el mismo espacio temporal.

5. Teoría de los servicios esenciales en caso de huelgas declaradas en los servicios públicos y la ponderación de derechos fundamentales

Es de recordar que no únicamente un servicio público, necesariamente está bajo la potestad de la Administración Pública, siendo que en diferentes ocasiones algunos particulares prestan un servicio público a la comunidad, como podría enumerarse a los servicios de transporte privado (aéreo, marítimo o terrestre), a la educación a través de colegios o universidades privadas, a la salud a través de servicios de clínicas, ambulatorios y/o farmacias pertenecientes al sector privado, entre otros. Aun cuando estas entidades no pertenezcan a la Administración Pública se les debe aplicar la teoría de los servicios mínimos en caso de huelgas declaradas en los servicios públicos esenciales, por prestar un servicio que es común y tiene injerencia sobre toda la colectividad.

Así, por ejemplo, una huelga declarada en una clínica, deberá mantenerse en servicio activo el departamento de emergencias de ese centro de salud, pues no puede afectarse la salud e incluso la vida de los seres humanos que habitan en esa colectividad, por la reclamación de derechos laborales de los trabajadores que trabajan para ese lugar, pero tampoco, se puede menoscabar el derecho constitucional a la huelga de esos individuos en su totalidad, sosteniéndose la compatibilidad de am-

bos derechos constitucionales en un período de tiempo idéntico a través de la ponderación de derechos fundamentales, donde un derecho cede frente a otro, permitiendo así la convivencia de ambos a través de la continuidad del servicio público esencial.

Esta tesis se admite en la mayoría de las Constituciones que reconocen el derecho a huelga del sector público, estas mismas Constituciones y/o legislaciones disponen que tal derecho no es absoluto, en el entendido que debe ser ejercido con ciertas limitaciones; es así como los diversos constituyentes y legisladores acuñaron frases más o menos parecidas, en las que claramente indican que la huelga no podrá afectar los derechos de los usuarios, debiendo por tanto mantenerse los denominados servicios mínimos, que están dirigidos a garantizar a la colectividad la prestación de *servicios esenciales*, cuya suspensión podría causar daños a la comunidad. Es así, como la mayoría de las legislaciones de diferentes países del mundo han establecido fórmulas, mediante las cuales la limitación constitucional se materializa sin causar daño a los trabajadores y permiten a la colectividad gozar del mínimo requerido de los *servicios esenciales*.

Esta situación sobre los servicios esenciales ha conllevado a la razonabilidad proporcional de la eventual colisión y coexistencia de dos o más derechos constitucionales en un ámbito temporal determinado, donde está involucrada la huelga. En España esta realidad ha sido tratada por el Tribunal Constitucional Español en sentencias 11, 26 y 33/1981, 27/1989, que fueron recogidas en sentencia 43/1990 del 15 de Marzo, del mismo Tribunal Constitucional. Según esta última sentencia, se señala:

(...) exista una razonable proporción entre los servicios a imponer a los huelguistas y los perjuicios que padezcan los usuarios de aquéllos, evitando que los servicios esenciales establecidos supongan un funcionamiento normal del servicio y al mismo tiempo procurando que el interés de la comunidad sea perturbado por la huelga solamente en términos razonables.

En este mismo orden de ideas, el catedrático español en Derecho Administrativo, Avelino Blasco Esteve, señala:

Por otra parte, las medidas de mantenimiento deben ser siempre las menos restrictivas del derecho de huelga, ya que como ha señalado el Tribunal Constitucional, “la limitación del dere-

cho (de huelga) es una excepción puesta a su normal ejercicio” (STL 26/1981 citada. FJ 14 *in fine*)¹⁹.

Conseguimos afirmar que la tendencia española (doctrina y jurisprudencia), conforme a las citas anteriormente destacadas, busca una prudente limitación del derecho a la huelga en los servicios públicos, para así evitar que se vulneren derechos de los trabajadores de estos servicios, así como el derecho de los usuarios de acceder a los mismos, de esta manera se logra conseguir el necesario equilibrio entre ambos derechos.

Esta fórmula permite que el empleador sienta el impacto de la huelga y por tanto la presión de los trabajadores, pero manteniendo el mínimo necesario de servicios, para así evitar que la situación huelgaria cause un daño grave al derecho de los beneficiarios del servicio público y en consecuencia a la sociedad misma, a través de una ponderación de derechos fundamentales.

Asimismo, el catedrático español en Derecho del Trabajo, Antonio Ojeda Avilés, hace referencia al contexto de ideas expuestas, aseverando que:

El art. 28 Const. Impone a la ley que regule este ejercicio de este derecho el establecimiento de ‘garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad’ (...)

(...) En el punto de inflexión de las medidas garantizadoras, el poder público interviene ahora abandonando su deber de neutralidad para obligar a un cierto número de trabajadores a continuar el trabajo durante la huelga, con vistas a asegurar las prestaciones indispensables²⁰.

El Tribunal Constitucional Español, en sentencia del 17 de Julio de 1981, ha señalado la obligación de la autoridad gubernativa de “estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación” de esa restricción al derecho de huelga.

¹⁹ Blasco Esteve Avelino: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García De Enterría*. Tomo III. Editorial Civitas. Madrid 1991, p. 2.646.

²⁰ Ojeda Avilés, Antonio. *Derecho Sindical*. Segunda Edición. Editorial Tecnos. Madrid 1984.

En la legislación española, al igual que en otros ordenamientos jurídicos, existe un potencial conflicto, entre el derecho a huelga en los servicios públicos y otros derechos fundamentales, resolviéndose dicho conflicto a través de la ponderación de derechos fundamentales por intermediación de la participación de la entidad gubernamentaria, quien obliga a trabajar a cierto número de trabajadores de los servicios esenciales que se encuentran en huelga, por contraposición de derechos que son de mayor importancia en un momento determinado, pero tratando siempre de evitar trastornar de forma absoluta el ejercicio de la huelga.

De otro lado, es un dilema falso contraponer intereses individuales o sectoriales ante otros colectivos, a propósito del ejercicio de un derecho constitucional, no sólo porque la huelga es el más típico de los derechos colectivos laborales, sino porque el Estado Social y Democrático de Derecho debe suponer y resolver que los derechos constitucionales convivan o lo que es igual concurren. La solución que preservaría la virtualidad de un modelo democrático de relaciones de trabajo, antes que predicar que un derecho constitucional es capaz de enervar otro por contraposición del interés colectivo sobre “el individual o sectorial – como si la huelga no comportase siempre un interés colectivo–, es la que permita su ponderación de modo de garantizar la virtualidad de todos ellos, lo que si bien admitiría limitaciones de uno y otro, no así fundaría sostener que un derecho constitucional –el de huelga en tal caso– devenga ilícito por afectar, según, “funciones de estado insustituibles no sujetas a paralización”²¹.

Esta teoría encuentra sustento legal en las limitaciones que el orden jurídico interno de cada país establece, siendo que constitucional o legislativamente, las restricciones sobre la huelga en los servicios públicos, siguen *grosso modo* dos arquetipos: por un lado, algunos textos restringen el ejercicio de la huelga respecto de ciertas categorías de funcionarios o trabajadores, en cuyo caso, la prohibición incluye la restricción del derecho de huelga para los funcionarios o servidores públicos, actuándose desde en un punto de vista subjetivo; por otro lado, bajo una naturaleza objetiva, la prohibición deviene respecto de los servicios públicos o cierta categoría de éstos. Pero, en definitiva, de una u otra

²¹ Villasmil Prieto, Humberto: *Estudios de Derecho del Trabajo*. Segunda edición revisada y aumentada. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2005, p. 176.

manera, siempre se encontrará, en este ámbito, algún tipo de limitación de este derecho laboral.

El catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Antonio Ojeda Avilés, señala que “A veces una suspensión de las actividades trasciende desmesuradamente sobre la ciudadanía, poniendo en peligro bienes superiores al interés colectivo de los antagonistas. El derecho de huelga ha de ceder ante ellos, porque no es un derecho absoluto, como el de la vida y la incolumidad de las personas”²².

En esta misma obra el autor hace una cita de “Chezzi/Romagnoli”, que expresan: “Estos límites conviene distinguirlos de las exclusiones del derecho de huelga estudiadas anteriormente para ciertos colectivos de trabajadores, porque surgen coyunturalmente, enervando el derecho en razón a determinadas circunstancias del momento en que se desea ejercitar: de ahí su calificación de límites al ejercicio, y no a la titularidad”²³.

Aborda el catedrático Antonio Ojeda Avilés expresando que en España se va a estudiar directamente, las limitaciones prescindiendo de clasificaciones abocadas a un peligroso funcionalismo, los cuales se van a distinguir en: 1) Los servicios esenciales de la comunidad; 2) Los estados de alarma, excepción y sitio; 3) Los fines ilícitos; y 4) Las modalidades abusivas.

Siguiendo en esta conexión, señala el catedrático Alfredo Montoya Melgar:

Como ya indicamos, la Constitución, en la breve caracterización que hace del derecho a huelga en su artículo 28.2, impone al respecto de los servicios esenciales de la comunidad. Como repetidamente ha sostenido el Tribunal Constitucional, tales servicios son aquellos necesarios para garantizar la efectividad de derechos fundamentales y bienes protegidos constitucionalmente, que se consideran prioritarios respecto del derecho de huelga. El derecho de huelga y esos otros dere-

²² Ojeda Avilés, Antonio: *Derecho Sindical*. Segunda Edición. Editorial Tecnos. Madrid 1984, p. 366.

²³ Chezzi/Romagnoli, *Diritto Sindacale*, p. 240. Citado por Ojeda Avilés, Antonio: *Derecho Sindical*. Segunda Edición. Editorial Tecnos. Madrid 1984, p. 366.

chos constitucionales se enfrentan, imponiéndose una coordinación entre ellos que evite la pura y simple anulación de un derecho por otro. Dicho de otro modo, la huelga no puede suprimir esos servicios esenciales, pero tampoco los servicios esenciales pueden llegar a bloquear radicalmente la posibilidad de huelga²⁴.

Por lo tanto, sería desatinado proyectar que un derecho constitucional enfrentado en un espacio de tiempo con la huelga, pueda extenuar el ejercicio de este derecho que deviene del mismo rango. Si ambos derechos concurren temporalmente, siendo jerárquicamente iguales, ninguno debe ser capaz de enervar al contrario, lo que procede es una ponderación, por lo cual ambos devendrán restringidos, pero enteramente vigentes.

En las relaciones laborales la huelga debe ceder perímetros de acción en los servicios públicos catalogados como esenciales, pero el ejercicio de este derecho no debe desaparecer, en todo caso su actuación debe acatar una ineludible ponderación, dada la imposibilidad de paralización de los servicios esenciales que necesariamente deben continuar; sin embargo, la huelga debe ser suficientemente efectiva para lograr que la exigencia perseguida –sea reconocida– por la parte frente a la cual se ejerce.

Con esta teoría de los servicios esenciales en caso de huelgas declaradas en los servicios públicos, se puntualiza, que pueda devenir limitada por razones de orden primordial, en cuanto ella concurra –de manera enfrentada– con otro derecho de igual rango. Pero jamás puede sobrevenir su ilicitud porque otro derecho constitucional esté en franca oposición con la huelga en un mismo ámbito temporal. En otras palabras, se impondrá que durante el ejercicio de la huelga se garanticen prestaciones mínimas en esos servicios clasificados como esenciales.

Frente al reconocimiento general, explícito o tácito, del derecho de huelga en los servicios públicos, con restricción para ciertos servicios, la prohibición debería limitarse a aquellos “*servicios esenciales*”.

²⁴ Montoya Melgar Alfredo: *La Huelga en España* en *La Huelga en Iberoamérica*, Grupo de los Nueve. Porrúa. México 1996, p. 112.

Esta interrupción en el servicio, en una actividad específica, deberá ser evitada cuando pusiera en peligro la vida, la seguridad (física, moral y/o jurídica) de las personas, ya sea cuando perturbe –aunque sea sólo– a una parte de la población, con el fin de armonizar plenamente, el conflicto entre los principios de libertad sindical y algún otro derecho fundamental, que en un momento determinado se encuentren contrapuestos, y trasladar el conflicto a una necesaria ponderación o a un mecanismo que no cause daño a la población, como pudiera ser el arbitraje, en aras de proteger ambos derechos constitucionales, antes de preestablecer la prohibición absoluta de uno por el otro.

De manera que nos queda por reflexionar que una huelga ejercida en un servicio público podría devenir en dañina a la población y pudiera ser declarada por la autoridad competente la reanudación de faenas, por lo menos, en los servicios mínimos esenciales, pero sin que signifique la desprotección del ejercicio a la libertad sindical; en tal sentido, el trabajador que esté obligado –por estas circunstancias– a seguir trabajando y deje de asistir injustificadamente a su lugar de trabajo, se activará en su contra las causales de despido justificado, previstas en los literales f), i), j) del artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo; en consecuencia, el patrono podrá solicitar su calificación de ^L falta ante la Inspectoría del Trabajo competente para obtener la autorización de despido con justa causa.

Es entendido que una teoría de los servicios esenciales, con ocasión de las huelgas declaradas en los servicios públicos, perturbaría el ejercicio normal de la huelga, pero jamás su titularidad, siendo que ella mantiene su completa vigencia con una ponderación de su ejercicio manteniéndose activos aquellos trabajadores que resulten estrictamente necesarios.

6. Prohibición absoluta de la huelga en ciertas actividades

La limitación absoluta del derecho a huelga o mejor dicho su negación absoluta, sólo se aplica en casos que por la naturaleza de la actividad a desarrollar se hace imposible que quien lo presta pueda suspender su constante accionar en beneficio del colectivo poblacional o cuando la naturaleza misma de la actividad hace imposible la sindicalización de trabajadores y mucho menos el ejercicio de derechos tales como la huelga.

En efecto, no se pretende limitar el derecho a huelga en la totalidad de la actividad de los servicios públicos, ya que esto sería contrario al espíritu de la libertad sindical, sólo que en algunos casos se pretende establecer que ciertos combinados de funcionarios o trabajadores de servicios

públicos privados tengan una limitación en su ejercicio a favor de los derechos que son inherentes a toda una colectividad de la sociedad. Esta situación no sólo se observa en Venezuela sino también en otras legislaciones de otros países.

En la legislación española, conseguimos mención a tal restricción absoluta, concretamente en el caso de los jueces, magistrados y fiscales, los miembros de las Fuerzas Armadas e institutos armados de carácter militar y en el caso de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Todos ellos con un factor en común: la legislación española les prohíbe sindicalizarse; en el caso de los jueces, magistrados y fiscales, es el artículo 127 de la Constitución Española, que establece tal prohibición; en el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas y fuerzas o institutos armados, esta exclusión está prevista en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, así como en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Ley 2/1986, de 13 de Marzo), en la que expresamente se señala que la Guardia Civil Española como instituto armado militar queda exceptuada del derecho de sindicalización y se le prohíbe hacer peticiones colectivas (artículo 15.2), razón por la cual quedan igualmente exceptuados, expresamente de la posibilidad de recurrir en forma directa e indirecta a la huelga; en los mismos términos, el artículo 181 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, del 28 de Diciembre), prohíbe recurrir en forma directa o indirecta a la huelga a los miembros de dichas Fuerzas Armadas²⁵.

Esta exclusión deviene de rango constitucional, según se verifica de las normas constitucionales que se citan a continuación:

Artículo 28.

1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos.

²⁵ Azara Hernández, Julio: *Derecho de Huelga en los Servicios Públicos* en José Araujo Juárez, coordinador: *Servicio Público, Balance & Perspectiva*, Caracas, Venezuela 1999, p. 450.

La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Artículo 127

1. Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales.

2. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos.

De esta misma forma, en Venezuela se prohíbe el derecho sindical a los magistrados, jueces, fiscales del Ministerio Público y defensores públicos, como se lee del artículo 256 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece:

Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones, *los magistrados, jueces, fiscales del Ministerio Público y defensores públicos, desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso del cargo respectivo, no podrán, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante*, ni realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con su función, ni por sí ni por interpuesta persona, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas. *Los jueces no podrán asociarse entre sí* (destacados agregados).

Por otro lado, la disposición del Artículo 498 de la Ley Orgánica del Trabajo contiene bajo su literalidad la preservación de la continuidad del

servicio para ciertas especificaciones, servicios que se consideran esenciales, como lo es, por ejemplo, el servicio de la salud para la población, en el entendido que algunas de sus áreas no pueden ser susceptibles de paralización, por lo menos, en el departamento de emergencia médica, debido a la gravedad que tal suspensión de actividades constituiría para la comunidad, pues la mencionada parálisis laboral pudiera ocasionar un daño irreparable a la población.

Entendemos que es posible prohibir la huelga en ciertas actividades, para así garantizar la no paralización de los servicios esenciales o para cierta categoría de empleados públicos, partiendo que el sistema constitucional venezolano no se orientó hacia la prohibición de la huelga en los servicios públicos. De tal suerte, lo que podría causar prejuicios irreparables a la población no puede ser, por sí solo, el ejercicio de un derecho constitucional, como lo es la huelga, sino la imposibilidad de limitar ese derecho cuando en determinado momento pueda afectar gravemente a toda una comunidad.

7. Particularidades del artículo 8 de la LOT

Esta disposición, a nuestro juicio, comprende cuatro aspectos, a saber: *en primer lugar*, el principio general según el cual, los funcionarios públicos se regirán por las respectivas normas sobre carrera administrativa (concretamente, hoy en día, la Ley del Estatuto del Función Pública) para sus relaciones de contratación individual en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional. *En segundo lugar*, que dichos trabajadores gozarán de los beneficios acordados por la Ley Orgánica del Trabajo en todo lo no previsto en las normas sobre carrera administrativa. *En tercer lugar*, la consagración expresa del derecho a la negociación colectiva. *Y por último*, se establece en este artículo 8 LOT que los obreros al servicio de los entes públicos estarán amparados por las disposiciones de esta Ley.

El primer aspecto del artículo se refiere a los derechos individuales del funcionario público. En estos casos es prevalente la Ley del Estatuto de la Función Pública y en lo que ésta no contemple se aplica supletoriamente la LOT, por ello es que en el artículo 108 de la LOT, se afirmó de manera expresa en el párrafo sexto que los funcionarios públicos se regirán por este artículo en lo concerniente a la prestación social por antigüedad.

Hay una armonía en la primera parte de este primer párrafo, con el artículo 144 de la Constitución de 1999, aunque las terminologías son distintas, siendo que la LOT, utiliza la expresión de “Carrera Administrativa” y la Constitución vigente la de “Estatuto de la Función Pública”, por ello, aunque trata de denominaciones distintas versan sobre el mismo contenido de fondo; en tal virtud, este artículo no deviene en inconstitucional, por vía de la Derogatoria Única constitucional.

Pero es evidente que en la parte final de este artículo en su primer párrafo, crea *per se*, una *mixtura* de aplicación legislativa dual, ajustable a los funcionarios públicos, por cuanto dicha norma señala que a estos funcionarios públicos le es aplicable la Ley Orgánica del Trabajo en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos. Es decir, que en un momento de vacío legal contenido en la ley especial les es aplicable a los funcionarios públicos automáticamente la LOT.

Entonces se nos presenta la oscilación sobre la posibilidad de continuar aplicando supletoriamente la LOT, en cuanto a los derechos individuales de los funcionarios públicos determinados en el artículo 144 de la Constitución, cuando ésta se refiere al ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro, pero se debe afirmar que esto debe ser regulado bajo reserva de una ley especial, pues el constituyente de 1999 ha querido aplicar, en estos casos, un régimen estatutario especialísimo.

Al establecer expresamente el artículo 8 LOT, que estos funcionarios son respaldados por las disposiciones laborales, sobre los aspectos de la parte final de este primer párrafo, podría plantearse un choque de inconstitucionalidad con el artículo 144 de la Constitución vigente, el cual señala:

La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerá su incorporación a la seguridad social.

La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos.

En virtud que por remisión constitucional se le da esta potestad de establecer lo conducente sobre el *ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro* de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, únicamente a la Ley sobre el Estatuto de la Función Pública, con lo cual

sería inconstitucional, que de alguna manera, se le dé tratamiento a estas situaciones por vía de la LOT.

Pero en cuanto a las normas de derechos individuales, como por ejemplo el *sistema de remuneración*, que está expresamente identificada en el artículo 8 de la LOT y no así en el artículo 144 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es aplicable, en principio, la regulación de estas pautas por vía estatutaria, pero en caso contrario, si no existiese disposición alguna que regule esta materia, o la que concurriese fuere deficiente, es perfectamente aplicable la supletoriedad de las normas laborales, sólo en caso de vacío legal, por no ser de remisión y exclusión expresa a una ley específica, por vía del mandato Constitucional.

Se puede afirmar que la LOT, en el artículo 8, señala que el sistema de remuneraciones (por tomar un ejemplo) lo fija una Ley especial –antes Carrera Administrativa, hoy Estatuto de la Función Pública– pero que no impide en lo absoluto aplicar las normas del derecho laboral al caso concreto, por ejemplo: a través de una negociación colectiva, se puede plantear un conflicto sobre un aumento en la remuneración de los funcionarios, cuestión que es perfectamente legal y no afecta el dispositivo constitucional, distinto sería –que en nuestra opinión es inconstitucional– plantear a través de una negociación colectiva modificar el *ascenso* en la función pública, aun cuando se establecieran requisitos exigentes para lograr dicho ascenso, siendo que, por vía constitucional, esta potestad sólo le pertenece a la Ley especial, y ello es excluyente de las normas laborales.

Siendo así, el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, no podrían ser objeto de convenios o negociaciones individuales o colectivas, menos aún, podrán constituir motivos lícitos de conflictos colectivos.

Un segundo aspecto que presentó confusión hasta antes de la publicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en virtud que no había un criterio uniforme siendo que la norma plantea, primeramente “(...) *que los funcionarios y empleados públicos que desempeñen cargos de carrera tendrán derecho (...)*”.

La duda que se ha planteado es la semántica jurídica con ocasión de los cargos de carrera, pues se ha dicho que este es un nuevo funcionario, que ha creado la LOT, por cuanto las clases de empleados pú-

blicos que la Ley de Carrera Administrativa contemplaba como funcionario eran sólo dos tipos: Funcionarios de Carrera y de libre nombramiento y remoción.

La Ley de Carrera Administrativa no estableció la existencia de funcionarios de carrera que desempeñen cargos de carrera, y por lo tanto ésta sería una tercera categoría.

Actualmente con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se aclaró esta particularidad, en virtud de que si leemos el artículo 32 del Estatuto con detenimiento, observaremos que en su encabezado se señalan funcionarios de carrera, que ocupen cargos de carrera, el cual literalmente establece “Los funcionarios o funcionarias públicos *de carrera*, que ocupen *cargos de carrera*, tendrán derecho a organizarse sindicalmente (...)” (cursivas propias).

Por lo tanto, se puede aseverar que en realidad son las dos mismas categorías de funcionarios que han sido expresamente mencionados en el Art. 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, a saber: los funcionarios públicos de carrera y los de libre nombramiento y remoción.

Esta vinculación directa a los funcionarios que desempeñen cargos de carrera, que hace la LOT, no es una tercera categoría de funcionarios. Siendo que la Ley del Estatuto de la Función Pública vigente los identifica como funcionarios públicos de carrera que ocupan cargos de carrera, en virtud de que el artículo 146 de la CRBV, señala que “Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera (...)”. Por tanto la Ley del Estatuto hace mención que parece redundar cuando se expresa sobre los funcionarios públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera²⁶, que no es más que una reafirmación del precepto constitucional mencionado, pero que en definitiva son los mismos funcionarios públicos de carrera, que desempeñan cargos de carrera, no perteneciendo a la clase de libre nombramiento y remoción.

El párrafo continúa estableciendo que los funcionarios tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, sin hacer mención del derecho a la sindicación y establece como

²⁶ *Id.* Artículos 30, 31 y 32 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

condición que esos derechos se ejerzan de conformidad con el título VII de la LOT que se refiere al Derecho Colectivo del Trabajo, que comienza con el derecho a la sindicación.

En el fondo, el clásico derrotero de los derechos colectivos que van de la prohibición, pasan por la tolerancia y llegan a la admisión legislativa (Calamandrei), corre en algunos sectores del funcionariado venezolano con una sincronía evidente²⁷.

Cuando los fenómenos de la negociación colectiva, los conflictos colectivos, la sindicación y la huelga acontecieron en el sector público, no fue por el hecho de haber quedado recogido su ordenamiento en una norma jurídica, sino por promoción de unas razones fácticas que se tramitaban entre los actores de las respectivas relaciones de empleo que, con el transcurrir del tiempo, se fueron autorregulando.

Se pone de manifiesto una etapa de tolerancia de este Derecho Colectivo en la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, como lo pone de manifiesto Enrique Marín Quijada: “El 3-5-77, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia se pronunció francamente en contra de las negociaciones colectivas de la función pública. El 25-10-84, la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo dijo textualmente: “... La improcedencia de la contratación colectiva en el ámbito de la función pública, aparece –no obstante– como una fórmula artificial que prescinde del mundo real y olvida, (...) que el Derecho debe guardar perfecta conformidad con los hechos que le sirven de sustentación y estar siempre en estrecho contacto con la realidad; realidad que nos lleva a señalar que aun ante la prohibición, aun ante la falta de habilitación legal específica, la Administración sigue celebrando contratos colectivos con los Funcionarios Públicos”. Y unos meses más tarde, el 10-12-84, la Corte Primera de

²⁷ Calamandrei, Piero: *Significato Costituzionale del Diritto di Sciopero*. Riv. Giur Lav, 1954, citado por Julio Sánchez Morales de Astilla: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos en la Doctrina de la OIT y del Tribunal Constitucional* en “Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral” IELSS, Madrid, 1985. AA.VV. Servicios de Publicaciones: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, citado, a su vez, por Humberto Villasmil Prieto, en su artículo *Los Funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El Galimatías del artículo 8*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, N°. 85, Caracas 1992, p. 253.

lo Contencioso-Administrativo estableció, que los convenios celebrados en la función pública, con fundamento a una remisión legal a la Ley del Trabajo, representan una normativa especial válida, de carácter mixto, que recibió una cobertura legal con la ratificación del convenio núm. 98 de la OIT, sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva de 1949”. Vale la pena destacar que la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del año 1984 reconoció a los Convenios Internacionales del Trabajo como fuente de Derecho interno, al tiempo que valoró el carácter de la remisión que a los Derechos Colectivos funcionariales de la Ley del Trabajo, hacían leyes de Función Pública. *Op. Cit.*, p. 254²⁸.

La titularidad del derecho de huelga para los funcionarios públicos sobre lo cual resolvió afirmativamente el Artículo 8 de la LOT “Los funcionarios o empleados públicos que desempeñen cargos de carrera tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga...”, ello acoge absoluta aplicación con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública, publicado en *Gaceta Oficial*, N° 37.482, de fecha 11 de Julio del 2002, en virtud de que esta última es la Ley aplicable a los funcionarios públicos debido a su especialidad, pero ella para tratar los derechos colectivos de la función pública hace remisión expresa a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, tal situación se verifica del artículo 32 de la Ley del Estatuto, al indicar:

Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera, tendrán el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su reglamento, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la administración Pública.

Todos los conflictos a los cuales diere lugar la presente disposición serán conocidos por los tribunales competentes en lo contencioso administrativo.

²⁸ Villasmil Prieto, Humberto. *Estudios de Derecho del Trabajo*, Segunda edición revisada y aumentada. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2005. Cita de pie de página, p. 555.

Sin embargo, con ocasión de este tema se evidencia que queda restringido el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, sólo a favor de los “funcionarios de carrera”, que ocupen “cargos de carrera” excluyendo por ende –de forma tácita– a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pese a que ambas categorías pertenecen a la función pública. No expresa, que de este derecho, también son acreedores, los de libre nombramiento y remoción, por cuanto ha podido establecerse la condición *in fine* del artículo 32 de la LEFP cuando señala “siempre y cuando su ejercicio sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública”.

En este sentido se ha pronunciado Francisco Marín Boscán al apuntalar lo siguiente:

Es conveniente observar que la Constitución reconoce el derecho a la negociación colectiva voluntaria, a celebrar convenciones colectivas de trabajo y a la huelga (Arts. 96 y 97) a “todos los trabajadores del sector público”. En cuanto al derecho de sindicación, no se hace especificación en este sentido, pero debemos afirmar que antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo (Art. 8), éste era reconocido en la Ley de Carrera Administrativa (Art. 23).

En este sentido, la Ley del Estatuto de la Función Pública establece tales derechos colectivos como “derechos exclusivos de los funcionarios públicos de carrera” (Art. 32), de lo que se evidencia la falta de concordancia con la nombrada norma constitucional, y que se traduce en privilegiar a estos funcionarios y una discriminación hacia los funcionarios de libre nombramiento y remoción, por cuanto el constituyente no hizo distinción alguna en relación a la clase de funcionarios. La norma en comento ratifica también la necesidad de que sean “compatibles con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública”²⁹.

²⁹ Marín Boscán, Francisco Javier. *Derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en Venezuela*. CP. [online]. jun. 2005, no.34 [citado 24 Febrero 2009], pp. 45-72. Disponible en la World Wide Web: <http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-14062005006000004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0798-1406.

En definitiva, las ambigüedades del Art. 8 LOT, se han esclarecido, por un lado, con respecto a los aspectos colectivos laborales en la Función Pública, siendo que la concordancia señalada anteriormente no deja dudas, sobre la aplicación de las normas contenidas en la LOT y su Reglamento, pero se ha institucionalizado una discriminación legal de forma coordinada, tanto en la Ley Orgánica del Trabajo como en la Ley del Estatuto de la Función Pública por cuando se le ha otorgado el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga en la Función Pública sólo a los funcionarios de carrera, dejando fuera de este ámbito a los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Por último, un tercer párrafo, señalado en el artículo 8 de la LOT, el cual no arroja dudas sobre el régimen jurídico aplicable, por cuanto ni siquiera ha sido tema controversial de la doctrina, en virtud de que los obreros al servicio de los entes públicos estarán, siempre, amparados por las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo.

Conclusiones

1. El funcionario público implica necesariamente a la Administración pero el concepto de Administración tiene mayor amplitud que el concepto de servicio público. Todo servicio público forma parte de la Administración, pero no todas las actividades administrativas constituyen servicios públicos, por ende no todos los funcionarios públicos prestan un servicio público.
2. Un servicio público, no necesariamente debe ser prestado por la Administración Pública, pues existen particulares que a través de sus empresas, organizaciones o instituciones prestan servicios públicos, por ejemplo: la salud (a través de clínicas privadas), la educación (a través de colegios y universidades privadas), el transporte aéreo, terrestre o marítimo (a través de empresas privadas), etc.
3. En Latinoamérica la tendencia constitucional se bifurca presentando básicamente dos modalidades: una que prohíbe el derecho de huelga para el sector público y otra que lo permite bajo ciertas condiciones particulares.
4. Las disposiciones constitucionales nacionales se encuentran en armonía con lo expresado por la OIT, cuando se reconoce el derecho a huelga para todos los trabajadores (sector público o privado). Así, en

Venezuela se incluye esta categoría de asalariados en los derechos colectivos del trabajo, con la salvedad que su ejercicio se someterá a las condiciones establecidas en la legislación.

5. La Constitución en el artículo 97 a pesar de que trata por igual a trabajadores del sector público y del sector privado en cuanto al ejercicio del derecho a huelga, la Ley especial funcionarial, establece un trato diferencial, no le otorga dicho derecho a todos los funcionarios públicos, sólo los de carrera y no así a los de libre nombramiento y remoción, que aunque son los que ocupan cargos de alto nivel y cargos de confianza (artículo 20 la Ley del Estatuto de la Función Pública), no por ello dejan de ser empleados de la función pública, situación que pudiera considerarse inconstitucional, bajo una interpretación restrictiva de la norma respectiva.

6. La Constitución de 1999 establece una posición bifronte, en cuanto al funcionario público, siendo que por un lado, el régimen estatutario los aparta del ordenamiento laboral y, por otro lado, laboraliza ampliamente sus derechos.

7. El tratamiento que se le debe dar al manejo de los conflictos colectivos de los funcionarios públicos, sobre todo, la huelga en los servicios esenciales, debe ser tratada con suma prudencia, ya que esta situación puede ser desestabilizadora de los regímenes constitucionales y pudiera crear un ambiente de gran conflictividad para la sociedad.

8. El principio de continuidad de los servicios públicos en la actualidad debe funcionar en un justo equilibrio con la teoría de los servicios esenciales a través de la ponderación de derechos fundamentales.

9. La Huelga en la historia de la humanidad ha existido inicialmente, no como un derecho estatuido, sino a través de situaciones de hecho originadas sin un sustento legal, es a principios del siglo XX cuando comienza a crearse la huelga como derecho normativo, primero en unos países, luego en otros, hasta casi alcanzar, buena parte, la totalidad de los países del globo terráqueo.

10. La limitación de los derechos a la huelga en los servicios públicos debe ser lo más prudente posible, afectando estrictamente los servicios mínimos esenciales, para así evitar que se vulneren otros derechos constitucionales de la sociedad, de manera que así queda equilibrado los derechos laborales de esos trabajadores con los dere-

chos de los usuarios que se benefician del servicio. Esta fórmula permite que se sienta el impacto de la huelga y por tanto la presión de los trabajadores ejercida sobre su empleador, pero manteniendo el mínimo necesario del servicio para, en definitiva, evitar que la huelga cause un daño grave a la población.

11. El artículo 8 de la LOT consagra un régimen jurídico mixto aplicable a los funcionarios públicos, por un lado vemos que les son aplicables las normas contenidas en Ley del Estatuto de la Función Pública para un determinado conjunto de derechos individuales y por otro lado se laboraliza la función pública, especialmente, en el plano colectivo del Derecho del Trabajo.

12. El artículo 8 de la LOT limitó el ejercicio de la negociación colectiva, la solución pacífica de los conflictos y la huelga, sólo para los funcionarios de carrera que desempeñen cargos de carrera, dejando así, por fuera de manera tácita a los funcionarios de libre nombramiento o remoción.

El salario normal como base y frontera de cálculo de los tributos de nómina en la legislación venezolana

*Juan Carlos Pró-Rísquez**

*Lo que no está rodeado de incertidumbre,
no puede ser real*

Richard Feynman

Sumario:

Introducción

- 1. El salario mínimo y el ISLR:** **1.1 Base de cálculo del ISLR:**
1.1.1 Contenido de la decisión. Aspectos generales: **1.1.2** Interpretación del artículo 16 de la LISLR. **1.1.3** Aplicación temporal de la decisión y sus aclaratorias. **1.2 La nota de prensa.** **1.3 Definición de salario normal y la diversidad en la jurisprudencia según el tema:** **1.3.1** Remuneraciones regulares y per-

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *magna cum laude*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Profesor de Derecho del Trabajo. Southern Methodist University, Maestría en Derecho. **Universidad Central de Venezuela**, Doctorado en Ciencias, Mención: Derecho, con mención honorífica. jc.pro@macleoddixon.com

manentes. **1.3.2** Las vacaciones, bono vacacional y utilidades.

1.3.3 Bonos o primas anuales y su jurisprudencia.

2. Sobre las demás contribuciones de nómina y las recientes leyes habilitantes: 2.1 *Cambios en relación con las bases de cálculo. 2.2* *Cambios en relación con los topes salariales.*

Conclusiones

Introducción

Adicionalmente al concepto de ingreso pagado en dinero efectivo, y debido a los trabajadores dependientes como contraprestación a los servicios subordinados prestados, conocido como salario mínimo, éste concepto también es utilizado, no necesariamente ligado a la esfera laboral del que proviene, sino como unidad de medida usada como método de cálculo, y muchas veces como frontera, para el pago de conceptos tributarios, tales como el pago del Impuesto sobre la Renta (“ISLR”) y otras contribuciones establecidas en el sistema de seguridad social venezolana.

En el foro jurídico venezolano se ha discutido recientemente sobre la base de cálculo del ISLR de los trabajadores bajo relación de dependencia y el período fiscal a partir del cual resulta aplicable, con base en la decisión y sus aclaratorias dictadas por la Sala Constitucional (“SC”) del Tribunal Supremo de Justicia (“TSJ”) originalmente el 27 de febrero de 2007, mediante la cual interpretó el contenido del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta (“LISLR”)¹ y la nota de prensa emitida por el Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (“SENIAT”) el 25 de enero de 2009² (“Nota de Prensa”). En vista que la diatriba consiste principalmente en entender qué se debe entender por salario normal y cómo el referido concepto sirve de base de cálculo para el referido impuesto, en las siguientes líneas señalamos nuestra interpretación al respecto.

¹ Ley de Impuesto sobre la Renta. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* (“GORBV”) N° 5.566 Extraordinario, del 28/12/01, última reforma en GORBV N° 38.628, del 16 de febrero de 2007.

² http://www.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR_CONTENIDO_SENIAT/01NOTICIAS/NOTICIA17

En este mismo orden de ideas, en el que se utiliza el mismo concepto de salario mínimo como unidad de cálculo de las contribuciones debidas al sistema de seguridad social venezolano, también comentamos las recientes reformas publicadas mediante Decretos-Leyes que en el marco de la Ley Habilitante fueron dictados por el Presidente de la República, en particular los relacionados con las siguientes normas: (i) Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social (LSS)³; (ii) Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (LOSSS)⁴; (iii) Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (LRPVH)⁵; y (iv) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (LINCES)⁶.

1. El salario mínimo y el ISLR

El 27 de febrero de 2007, la SC del TSJ dictó una sentencia interpretando el artículo 31 de la LISLR que define lo que debe entenderse como enriquecimiento neto obtenido por la prestación personal de servicios bajo relación de dependencia (la “Decisión”) ⁷. En la Decisión la SC del TSJ limitó la noción de los referidos enriquecimientos netos gravables a los conceptos que integran el “salario normal”, esto es, a los salarios devengados en forma regular y permanente, excluyendo cualquier percepción accidental, la prestación de antigüedad y cualquier concepto que no tenga carácter salarial.

El 9 de marzo de 2007, la SC del TSJ dictó una primera aclaratoria de la Decisión (“Primera Aclaratoria”) ⁸ en la que indicó que su criterio no sería aplicable al ejercicio fiscal de 2006, el cual se pagaba en el 2007, pues dicho ejercicio fiscal había iniciado antes que la SC interpretara el

³ Decreto N° 6.266 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social, GORBV N° 5.881 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

⁴ Decreto N° 6.243 con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, GORBV N° 5.891 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

⁵ Decreto N° 6.072 con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, GORBV N° 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

⁶ Decreto N° 6.068 con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista, GORBV N° 38.958, de fecha 23 de junio de 2008.

⁷ Sentencia N° 301 de la SC del TSJ del 27 de febrero de 2007.

⁸ Aclaratoria N° 390 de la SC del TSJ del 09 de marzo de 2007.

artículo 31 de la LISLR, por lo que su interpretación aplicaría a partir del “*ejercicio fiscal siguiente*”.

El 17 de junio de 2008, la SC del TSJ dictó una segunda aclaratoria de la Decisión⁹ (“Segunda Aclaratoria”) y estableció que: (i) Por “*ejercicio fiscal siguiente*” debe entenderse el ejercicio fiscal correspondiente al año 2008, cuya declaración anual definitiva debe efectuarse antes del 31 de marzo de 2009; y (ii) en lo que respecta al concepto de salario normal, deberá considerarse como remuneración regular y permanente, aquella que se recibe con una “*regularidad mensual*” y así se señaló específicamente en su dispositivo.

A través de la Nota de Prensa, el Superintendente del SENIAT informó que a los efectos de la declaración y pago del ISLR correspondiente al ejercicio fiscal 2008, cuya declaración anual definitiva debe efectuarse antes del 31 de marzo de 2009, los trabajadores bajo relación de dependencia deberán incluir la totalidad de las remuneraciones que reciban de manera regular con ocasión del trabajo y que tengan incidencia salarial. La Nota de Prensa especificó que a tales efectos debe incluirse los pagos percibidos semanal, quincenal y mensualmente, pagos trimestrales, semestrales o anuales, siempre que se reciban anualmente como consecuencia de la prestación de los servicios, tales como: vacaciones, aguinaldos, utilidades, bonos fijos y primas, bono vacacional, bono de fin de año, bono de productividad.

1.1 Base de cálculo del ISLR. Contenido de la decisión

1.1.1 Aspectos generales

Antes de la Decisión y sus aclaratorias, los trabajadores bajo relación de dependencia pagaban sus impuestos con base a sus enriquecimientos netos, concepto éste mucho más amplio que el de salario normal y comprendía básicamente todos los ingresos que percibía el trabajador por la prestación de sus servicios, excluyéndose únicamente las prestaciones sociales, intereses sobre las mismas e indemnizaciones por despido. La SC del TSJ dictó decisión en la cual interpretó el artículo 31 de la LISLR, redactado originalmente de la siguiente forma: “Se consideraran como enriquecimientos netos los sueldos, salarios, emolumentos,

⁹ Aclaratoria N° 980 de la SC del TSJ del 17 de junio de 2008.

dietas, pensiones, obvenciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia”.

La Sala estimó que la LISLR tomó como base de cálculo de las remuneraciones del personal el salario integral, definido en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo¹⁰ (“LOT”) como

(...) 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 y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participaciones en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda.

Sin embargo, atendiendo a la necesidad de adecuar la presión fiscal de los trabajadores sobre las remuneraciones percibidas a su verdadera capacidad contributiva, la SC del TSJ consideró que el enriquecimiento neto de los trabajadores está formado únicamente por el salario normal referido en el párrafo segundo del artículo 133 de la LOT. De allí que acuerda modificar el artículo 31 de la LISLR, quedando redactado de la siguiente forma:

Se consideran como enriquecimientos netos los salarios devengados en forma regular y permanente por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta Ley.

A los efectos previstos en este artículo, quedan excluidos del salario las percepciones de carácter accidental, las derivadas

¹⁰ Ley Orgánica del Trabajo. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* (“GORV”) N° 4.240 Extraordinario, del 20 de diciembre de 1990, reformada en GORV N° 5.152, del 19 de junio de 1997.

de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial (Subrayados de la nueva redacción).

1.1.2 Interpretación del artículo 16 de la LISLR

Por su parte, la SC del TSJ hizo referencia al artículo 16 de la LISLR, el cual indica que el ingreso bruto global estará constituido por “el monto de las ventas de bienes y servicios en general, de los arrendamientos y de cualesquiera otros proventos, regulares o accidentales, tales como los producidos por el trabajo bajo relación de dependencia o por el libre ejercicio de profesiones no liberales (...)” (Subrayado de la Sala).

A continuación de la transcripción de la señalada norma, la SC del TSJ indica que “en el caso de los ingresos percibidos con ocasión de la relación de trabajo, el artículo 31 de dicho texto legal define como enriquecimiento neto ‘los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obvenciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenida por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia’”.

De esta forma, la Sala establece una vinculación entre el artículo 16 y el 31 de la LISLR, señalando que el artículo 16 define qué deberá entenderse como ingreso bruto global y posteriormente indica que los ingresos percibidos con ocasión del trabajo serían aquéllos señalados en el artículo 31 de la LISLR.

No obstante, al adoptar la Decisión, la SC del TSJ interpretó únicamente el artículo 31 de la LISLR, sin hacer mención al artículo 16, lo cual pudiera interpretarse de dos maneras distintas:

- (i) Que al no haberse interpretado el artículo 16 de la Ley, éste no sufrió modificación alguna. En consecuencia, los conceptos excluidos del enriquecimiento neto –y, en consecuencia, del presupuesto del artículo 31– por no calificar como salario normal, deben incluirse como ingreso bruto del trabajador. Bajo esta tesis, tales conceptos admitirían la imputación de costos y deducciones, sin que pueda identificarse fácilmente, en nuestro parecer, cuáles serían las erogaciones relacionadas con la producción del referido ingreso. Conforme a esta interpretación, la decisión de la SC del TSJ no resultaría en una modificación del régimen fiscal actual de

los trabajadores, por cuanto en la práctica seguiría gravándose en su totalidad el salario integral.

(ii) Que la Decisión se pronunció genéricamente acerca de los conceptos que están excluidos de gravamen con el ISLR. En este caso, sería irrelevante que la sentencia se hubiese pronunciado directamente acerca de la interpretación del artículo 16 de la Ley.

En nuestra interpretación, la SC entendió que el artículo 31 es el que define cuáles son los proventos regulares o accidentales producidos por el trabajo bajo relación de dependencia, de tal forma que el artículo 16 de la LISLR no podría ser leído separadamente del artículo 31. De ser éste el razonamiento de la SC, sería lógico concluir que en su criterio era irrelevante pronunciarse acerca del artículo 16 de la LISLR, siendo suficiente dar contenido al artículo 31.

Por otra parte, entendemos que el propósito de la Decisión es excluir del gravamen con el ISLR a todos los conceptos que no califiquen como salario normal. Por ello, la primera de las posiciones indicadas arriba, estaría en contradicción con el objetivo general señalado en la Decisión, dejándola sin contenido alguno.

Por ello, consideramos que existen razones válidas para concluir que el propósito de la sentencia fue excluir de gravamen a los conceptos que no califican como salario normal, en virtud de lo cual debe entenderse que todas las normas contenidas en la LISLR deben ser interpretadas de acuerdo con este propósito, es decir, incluyendo el artículo 16 de la LISLR.

1.1.3 Aplicación temporal de la decisión y sus aclaratorias

La Primera Aclaratoria establece que, en parecer de la SC del TSJ, la Decisión debe surtir efectos al futuro “esto es, a partir de la publicación del fallo que la contiene en la *Gaceta Oficial de la República*”. Concretamente, la SC del TSJ indica que

(...) aclara el aspecto relacionado a la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada en el fallo N° 301 del 27 de febrero de 2007, señalando expresamente que la misma no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006, pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, de

modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, a partir del ejercicio fiscal siguiente, de acuerdo con lo establecido en la normativa del Código Orgánico Tributario –“COT”– vigente y la legislación de impuesto sobre la renta, la cual no ha sido modificada.

La SC del TSJ fundamentó la no aplicación de la Decisión al ejercicio 2006 en el hecho de que este ejercicio se inició “antes de que se hiciera tal interpretación” del artículo 31 de la LISLR. Ahora bien, para fijar los efectos en el tiempo de la Decisión, la Sala tomó en consideración lo dispuesto en el artículo 8 del Código Orgánico Tributario (“COT”)¹¹, el cual dispone en su último párrafo que: “Cuando se trate de tributos que se determinen o liquiden por períodos, las normas referentes a la existencia o a la cuantía de la obligación tributaria *regirán desde el primer día del período respectivo del contribuyente que se inicie a partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley*” (resaltado agregado). De acuerdo con esta disposición, sólo podrá aplicarse una norma tributaria a los ejercicios que se inicien luego de su entrada en vigencia, razonamiento similar al utilizado por la SC del TSJ para justificar la no aplicación del fallo al ejercicio fiscal 2006.

En tal sentido, el ejercicio fiscal 2007 también había comenzado para el momento en el cual se realizó la interpretación del artículo 31 de la LISLR, en virtud de lo cual el razonamiento sería igualmente procedente para excluir la aplicación del fallo al ejercicio fiscal 2007. Sin embargo, la SC del TSJ indica que la Decisión se aplicará “a partir del ejercicio fiscal siguiente” sin indicar cuáles son los argumentos para fijar así la aplicación de la Decisión, y sin aclarar tampoco si la Decisión es aplicable al ejercicio fiscal siguiente al 2006 (al cual se está refiriendo la SC del TSJ) o si la Decisión es aplicable al ejercicio fiscal siguiente a la interpretación, esto es, al ejercicio fiscal 2008.

Por su parte, el Superintendente del SENIAT declaró públicamente que consideraba que la Decisión no era aplicable a los ejercicios fiscales 2006 y 2007. Razón por la cual, siguiendo una posición conservadora, para la Declaración Final del ISLR para el ejercicio fiscal 2007, muchos trabajadores utilizaron como base de cálculo todo ingreso percibido por

¹¹ Código Orgánico Tributario. GORBV N° 37.305, del 17 de octubre de 2001.

el trabajador bajo relación de dependencia durante dicho año fiscal 2007, es decir, no aplicaron la Decisión de la SC del TSJ.

Ahora bien, dicha duda quedó esclarecida con la Segunda Aclaratoria de la Decisión, en la cual la SC del TSJ explica que por “ejercicio fiscal siguiente” debe entenderse el ejercicio fiscal 2008, pagadero en 2009, por ser el ejercicio fiscal siguiente a aquél en el que se modificó el artículo 31 de la LISLR.

Por lo tanto, de acuerdo con esta interpretación auténtica, realizada por la propia SC del TSJ, la Decisión y sus aclaratorias resultan aplicables a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2008, cuya declaración definitiva se realiza hasta el 31 de marzo de 2009.

1.2 *La nota de prensa*

El SENIAT a través de la Nota de Prensa expone su criterio sobre la interpretación del artículo 31 de la LISLR contenida en la Decisión y sus aclaratorias. En tal sentido, a pesar que la SC del TSJ reconoció que quedan excluidos de la base de cálculo del ISLR los conceptos que no califican como salario normal, el SENIAT considera que debe incluirse dentro de la base imponible del ISLR la totalidad del enriquecimiento neto percibido como sueldo o salario por el desempeño laboral durante el año, debiendo incluirse en consecuencia conceptos como vacaciones, aguinaldos, bono vacacional, utilidades, bonos fijos y primas, entre otros.

Esta posición del SENIAT puede ser considerada como contraria a los fundamentos constitucionales (capacidad contributiva y confianza legítima) de la interpretación de la SC que tiene carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento para todos los Tribunales de la República, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹² (“Constitución”). Asimismo, anticipa que la Administración Tributaria revisará las determinaciones de impuesto presentadas por las personas naturales bajo relación de dependencia, siendo probable que se reparen a aquellos trabajadores que hayan tomado como base de cálculo del ISLR el salario normal en seguimiento de la Decisión y sus aclaratorias.

¹² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. GORBV N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

Si el SENIAT, en aplicación del criterio anticipado en la Nota de Prensa, materializa su opinión y como resultado impone reparos a los trabajadores, las opciones legales para éstos serían:

(i) Allanarse dentro de los 15 días hábiles siguientes, pagar la diferencia de ISLR y esperar a que el SENIAT liquide la multa del 10% del tributo omitido y los intereses moratorios. La multa será actualizada de acuerdo a la variación de la Unidad Tributaria (“UT”); o,

(ii) Considerar que la posición del SENIAT es contraria a la interpretación de la SC y, en tal sentido, defender ante los Tribunales con competencia tributaria que la base de cálculo del ISLR es el salario normal percibido mensualmente por los trabajadores. Consideramos que existen altas probabilidades de éxito en los Tribunales de la República si éstos consideran que la interpretación del SENIAT viola los postulados constitucionales (capacidad contributiva y confianza legítima) que sirvieron de fundamento a la Decisión, ya que de conformidad con el artículo 335 de la Constitución vigente, los Tribunales deben acatar las interpretaciones de la SC del TSJ y hacer cumplir los principios constitucionales de seguridad jurídica y de confianza legítima previstos igualmente en la Constitución.

La desventaja de la última opción será que la sanción aumentará del 10% al 112.5% del tributo omitido (actualizado por la variación de la UT). Sin embargo, podría considerarse que aun cuando el Juez Tributario desacate el mandato de la SC y aplique el criterio del SENIAT, lo cual creemos poco probable, existen razones jurídicas suficientes para que sea acordada la eximente de responsabilidad penal por error de derecho excusable y, en consecuencia, se declare improcedente la multa. Debe hacerse notar que independientemente que la multa sea improcedente, podrán liquidarse los intereses moratorios correspondientes.

1.3 *Definición de Salario Normal y la diversidad en la jurisprudencia según el tema*

1.3.1 Remuneraciones regulares y permanentes

Conforme con lo señalado en el párrafo cuarto del artículo 133 de la LOT, la base de cálculo de los tributos o contribuciones que estén a cargo de los patronos y trabajadores, será siempre el salario normal que estos últimos perciban.

El concepto de salario normal se encuentra definido en el párrafo segundo del artículo 133 de la LOT, que expresamente señala que “se entiende por salario normal la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan, por tanto, excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta ley considere que no tienen carácter salarial”.

Para la Sala de Casación Social (“SCS”) del TSJ, se entiende por salario normal, a los efectos del artículo 31 de la LISLR, aquellas remuneraciones que se obtengan: (i) con carácter regular y permanente¹³ y con certeza, lo que excluye todos aquellos beneficios, respecto de los cuales no exista seguridad o certeza en cuanto a su percepción; y (ii) que la remuneración sea debida al trabajador como retribución por la labor prestada¹⁴, única y exclusivamente, durante su jornada ordinaria de trabajo, esto es, por los servicios prestados durante el tiempo en el cual aquél se encuentra a disposición del patrono.

A los efectos laborales de precisar si un determinado concepto califica como salario normal, deberá considerarse si se trata de una asignación recibida por el trabajador en forma regular y permanente como contra-

¹³ La Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia estableció en sentencia N° 903 del 18 de noviembre de 1998 que “...constituyen elementos integrantes del salario normal, el sueldo básico o la comisión que habitualmente recibe el trabajador; los pagos por horas extras y bono nocturno, cuando se devenga con cierta regularidad; la remuneración de los días de descanso y feriados legales o convencionales; la bonificación de transporte, el bono de alimentación, las primas de viviendas, el bono vacacional y otras retribuciones que de manera regular recibe el trabajador por la prestación de sus servicios...”.

¹⁴ Ver sentencia N° 106 de la SCS del TSJ del 10 de mayo de 2000 caso Luis Rafael Scharbay Rodríguez vs Gaseosas Orientales, S.A.

prestación por los servicios prestados. En tal sentido, para la SCS del TSJ, un pago recibido por el trabajador tendrá carácter regular y permanente no sólo cuando sea percibido mensualmente, sino cuando se trate de contraprestaciones o bonificaciones bimensuales, semestrales o anuales¹⁵. Lo relevante para la SCS en este caso será que se trata de un pago constante y reiterado.

En consecuencia, se considerará que forman parte del salario normal tanto el salario fijo o básico, como las comisiones y su incidencia en los descansos y feriados, y los ajustes de salario, pues no hay duda que son percepciones que perciben los trabajadores de forma regular y permanente. Por otra parte, se considerará que las horas extras, el bono nocturno y el trabajo en descanso y feriados formarán parte del salario normal, en la medida en que se generen de forma regular y permanente, pues por su propia naturaleza son excepcionales¹⁶.

1.3.2 Las vacaciones, bono vacacional y utilidades

El pago por disfrute de vacaciones no es más que el pago del salario básico o fijo del trabajador. Por ejemplo, si un trabajador tiene un mes de vacaciones, el patrono pagará en ese año a dicho trabajador once (11) meses de salario básico más un (1) mes de vacaciones, que representarían las doce (12) mensualidades del año. Por tanto, el pago del disfrute de vacaciones debe ser considerado salario normal a todos los efectos, incluyendo el cálculo del ISLR del trabajador. Es importante señalar que el pago de los días de descanso y feriados que comprenda el período vacacional, también deben considerarse salario normal, pues igualmente forman parte del salario básico que recibiría el trabajador en el año.

Por otra parte, la jurisprudencia de la SCS del TSJ ha sido pacífica en considerar que el bono vacacional y las utilidades no califican como

¹⁵ Ver sentencia N° 489 de la SCS del TSJ del 30 de julio de 2003 caso F. Briceño *vs* Banco Mercantil.

¹⁶ La SCS del TSJ en sentencia N° 106 del 10 de mayo de 2000 caso L. Sharbay *vs* Gaseosas Orientales S.A. estableció que "...constituyen elementos integrantes del salario normal las horas extras y bono nocturno, cuando se devengan con regularidad y permanencia, así como la remuneración de los días de descanso y feriados que de manera habitual recibe el trabajador por la prestación de sus servicios; los viáticos –siempre que no esté establecida la obligación de rendición de cuenta–. No obstante, si tales retribuciones salariales son percibidas por éste sólo eventualmente, deben considerarse excluidas de la referida noción".

salario normal, pues no son una retribución directa por la labor prestada, sino una remuneración extraordinaria.

En tal sentido se ha pronunciado la SCS del TSJ en sentencia N° 695 del 06/04/06 caso *Luis R. Álvarez y otros vs Refinadora de Maíz Venezolano, C.A. (REMAVENCA)*, estableciendo lo siguiente:

(...) debe concluirse que la alícuota de utilidades y de bono vacacional no forman parte del salario normal, por no ser devengados 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.

Igualmente, la SCS reafirma dicho criterio en sentencia N° 1.901 del 16 de noviembre de 2006¹⁷. En relación con las utilidades, se pronunció la SCS del TSJ indicando que no forman parte del salario normal en decisión N° 2.074 del 18 de octubre de 2007, caso *Antonio Miguel Silva Alvarado vs Pirelli de Venezuela, C.A.*

Asimismo, la SPA del TSJ al conocer en apelación de los reparos formulados por el entonces Instituto Nacional de Cooperación Educativa (“INCE”) –actualmente Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (“INCES”)– ha determinado que las utilidades y el bono vacacional, entre otros beneficios, no califican como salario normal y, en consecuencia, se encuentran excluidas de su gravamen con los aportes previstos en la Ley del INCE¹⁸. Sin embargo, debemos advertir que la Sala no realizó mayor análisis acerca de las razones que tiene para sostener que estos conceptos no califican como salario normal. Si la SPA del TSJ mantiene su criterio en el tiempo, existirían altas probabilidades que los conceptos en referencia, se consideren excluidos del salario normal a los efectos del ISLR. Ello considerando que la SPA del TSJ es la competente para conocer de los reparos formulados en concepto de ISLR.

¹⁷ Sentencia N° 1.901 de la SCS del TSJ del 16 de noviembre de 2006, caso Antonio Testa vs Panamco de Venezuela, S.A.

¹⁸ Sentencia N° 5.891 de la SPA del TSJ del 11 de octubre de 2005, caso Sudamtex de Venezuela, S.A.C.A., así como en Sentencia N° 5.397 de la SPA del TSJ del 4 de agosto de 2005, caso Montana Gráfica Convepal, C.A.

1.3.3 Bonos o Primas Anuales y su jurisprudencia

Al igual que las horas extras o el pago de trabajo en día feriado, algunos bonos, como aquellos que se conceden con base en el desempeño o logro de objetivos, tienen naturaleza accidental, pues la seguridad de recibir el pago de dicho bono dependerá de un hecho futuro e incierto como lo es el cumplimiento de ciertas metas. En efecto, el primer año de relación de trabajo, cualquier bono anual que se pague no puede ser considerado como salario normal, pues en el lapso de un año, se ha pagado una sola vez. Sin embargo, si el pago se repite en el tiempo de forma constante, regular y permanente, aunque *per se*, dicha asignación no tiene una naturaleza segura, de acuerdo con el criterio de la SCS del TSJ y a efectos laborales, dicho bono tendría naturaleza de salario normal.

1.3.3.1 Jurisprudencia y doctrina administrativa en relación con la naturaleza de salario normal de los bonos anuales:

La Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, en fecha 13 de diciembre de 1988, emitió la siguiente opinión:

(...) el ‘incentivo de producción’ o ‘premio de productividad’ que cancela la empresa V.I. de R. y A., tiene que ser tomando en cuenta para calcular las prestaciones sociales de los trabajadores, puesto que el pago de este incentivo deriva de su labor ordinaria de trabajo y llena los requisitos de fijeza y continuidad, tal como señala la consulta formulada”¹⁹.

Es menester indicar que bajo las disposiciones de la LOT reformada (LOT 1990), las prestaciones sociales se calculaban con base en el salario normal devengado por el trabajador en el mes inmediato anterior a la terminación de la relación de trabajo.

Por su parte, la sentencia N° 489 de la SCS del TSJ del 30 de julio de 2003 estableció la naturaleza de salario normal de los bonos incentivos²⁰, en los siguientes términos:

¹⁹ Porras Rengel, Juan F. Compendio Práctico de la Jurisprudencia de la Ley del Trabajo. Tomo VI. Págs. 166 y 167.

²⁰ Sentencia N° 489 de la SCS del TSJ del 30 de julio de 2003 caso F. Briceño vs Banco Mercantil.

En el caso bajo examen, la Sala aprecia que, conforme al criterio jurisprudencial asentado, el Sentenciador de alzada inicialmente determinó *la naturaleza salarial del “Bono Incentivo” percibido por la demandante en “su condición de laborante de ésta, que ingresa efectiva y directamente a su patrimonio” y luego determinó su condición de “salario normal”, aunque no empleó textualmente el referido término*, al indicar que se percibía en forma semestral independientemente de que su percepción material no ocurriera en el mes inmediatamente anterior a la finalización de la relación de trabajo (resaltado agregado).

Asimismo, en sentencia N° 1122 del 27 de septiembre de 2004 la SCS del TSJ determinó el carácter de salario normal de un bono especial pagadero una vez al año, durante varios años consecutivos²¹. En tal sentido la referida Sala estableció lo siguiente:

(...) que el actor recibió bonos especiales de Bs. 2.000.000,00 en el año 1993, Bs. 3.200.000,00 en el año 1994, Bs. 5.000.000,00 en los años 1995 y 1996, Bs. 15.000.000,00 en el año 1997, Bs. 10.000.000 en los años 1998 y 1999 y de Bs. 3.000.000,00 en el año 2000 (...)

(...)

El Parágrafo Segundo del artículo parcialmente transcrito consagra que el salario normal es aquella remuneración devengada por el trabajador en forma regular por la prestación de su servicio, que no incluye las percepciones accidentales, la prestación de antigüedad y las consideradas por esta Ley que no tienen carácter salarial.

De autos se evidencia que los bonos especiales recibidos no se corresponden con beneficios sociales que la ley considera de carácter no remunerativo, no son accidentales y fueron recibidos regularmente por el trabajador por la prestación de su ser-

²¹ Sentencia N° 1122 de la SCS del TSJ del 27 de septiembre de 2004 caso A. González vs Cerámicas Carabobo, C.A.

vicio hasta el año 2000, razón por la cual *es necesario concluir que los montos entregados por concepto de bono especial tienen carácter salarial y forman parte del salario normal a efectos del cálculo del bono vacacional, utilidades y prestaciones sociales.*

Respecto a si los bonos especiales constituyen un derecho adquirido, progresivo e irrenunciable, la Sala observa que (...) el monto de los bonos especiales era decidido unilateralmente por la demandada por motivos que no es posible determinar de autos, razón por la cual no constituye un derecho adquirido, progresivo e irrenunciable. (Destacado nuestro).

Igualmente, en sentencia de fecha 13 de febrero de 2007 la SCS del TSJ analizando el derecho a una bonificación especial equivalente al diez 10% de las utilidades liquidas del ejercicio económico²², determinó:

Hay que indicar igualmente que por “regular y permanente” debe considerarse todo aquel ingreso percibido en forma periódica por el trabajador, aunque se paguen en lapsos de tiempo mayores a la nómina de pago cotidianamente efectiva, es decir, son “salario normal” aquellos pagos como bonos e incentivos, hechos bimensual, semestral o anualmente, pero en forma reiterada y segura.

Asimismo, en sentencia N° 603 del 6 de mayo de 2008 la SCS consideró que los bonos anuales denominados Único, por Mérito y por Meta, forman parte del salario normal del trabajador pues los recibió todos los años²³.

En virtud de lo antes expuesto, para la SCS del TSJ como salario normal debe considerarse todo beneficio cuyo pago, bien sea mensual, semestral o anual, se realice de forma constante y reiterada en el tiempo, aunque por su propia naturaleza el pago del beneficio pueda ser accidental.

²² Sentencia N° 202 de la SCS del TSJ del 13 de febrero de 2007 caso Luis Beltrán Ochoa vs Colegio Universitario Monseñor De Talavera, S.R.L.

²³ Sentencia N° 603 de la SCS del TSJ del 6 de mayo de 2008, caso William Contreras y otros vs EDELCA.

1.3.3.2 Posición de la SPA del TSJ

La SPA del TSJ, al conocer en apelación de los reparos formulados por el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (“INCE”) ha determinado, sin mayor motivación, que las gratificaciones y primas no califican como salario normal y, en consecuencia, se encuentran excluidas de su gravamen con los aportes previstos en la derogada Ley del INCE.

La SPA al conocer los mencionados reparos formulados por el INCE, ha determinado que las gratificaciones, primas por nacimiento, matrimonios y muertes, no califican como salario normal y, en consecuencia, estaban excluidas de su gravamen con los aportes previstos en la Ley del INCE.

Sobre la base de lo establecido en las decisiones de la SPA, podría sostenerse que todos los conceptos en referencia estarían excluidos de su gravamen con el ISLR, pues sería la Sala competente para conocer de dichos procedimientos. Consideramos prudente, no obstante, señalar que la Sala no realizó mayor análisis acerca de las razones que tiene para sostener que estos conceptos no califican como salario normal.

En tal sentido, la SPA del TSJ consideró en sentencia N° 5.891 del 11 de octubre de 2005²⁴, que los bonos y las gratificaciones no forman parte del salario normal de una empresa, aun cuando éstos se reciban en forma regular y permanente. De esta forma, considera la Sala:

Así, el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, aplicable *rationae temporis* al caso bajo análisis preceptúa que cuando el patrono o el trabajador se encuentren obligados al pago de un tributo, la base de cálculo del mismo está constituida por el salario normal, cuyo concepto se halla definido en el artículo 1 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sobre la Remuneración (publicado en *Gaceta Oficial* N° 35.134 del 19 de enero de 1993), el cual establece:

Artículo 1. Cuando la Ley establezca como base de cálculo el salario normal, se entenderá por tal la remuneración de-

²⁴ Sentencia N° 5.891 de la SPA del TSJ del 11 de octubre de 2005, caso Sudamtex de Venezuela, S.A.C.A.

vengada por el trabajador en forma regular y permanente, durante su jornada ordinaria de trabajo como retribución por la labor prestada...”. (Destacado de la Sala).

Ahora bien, con el fin de identificar las partidas gravadas por el INCE, la Sala transcribe parcialmente el Informe de Actuación Fiscal de fecha 23 de agosto de 1995 (folios 66 al 71), el cual describe los conceptos tomados en cuenta para el cálculo del aporte del 2% (numeral 1 del artículo 10 de la Ley sobre el INCE), de las siguiente forma:

Mano de Obra Directa: La remuneración que corresponde al trabajador por la prestación de sus servicios y que comprende lo estipulado por unidad de tiempo y por unidad de obra.

Otras remuneraciones: Los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de cualquier otro ingreso provecho de su labor.

Sueldos y Salarios: Son las remuneraciones devengadas por el trabajador en forma regular y permanente durante su jornada ordinaria de trabajo como retribución por labor prestada.

Sobretiempo: Los recargos legales o convencionales provecho o ventaja que reciba por causa de su labor.

Contratado: La remuneración que corresponde al personal contratado por la prestación de sus servicios en un tiempo determinado.

Vacaciones: Son los pagos hechos al personal que labora en la empresa por cada año de servicio ininterrumpido por disfrute de un período de descanso.

Utilidades: Son las previstas en el Artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo, como parte integrante del salario para efectos del cálculo de las prestaciones e indemnizaciones que corresponden al trabajador, en relación a las utilidades convencionales revisten características de habitualidad, permanencia y seguridad típicas de las componentes del salario normal, la empresa en revisión cancela 90 días (93-96) ver contrato colectivo. A partir del 01-01-

91 cumplen con lo establecido en el Artículo 10 Ordinal 1º y 2º de la Ley del INCE.

Gratificaciones: Los pagos especiales que concede voluntariamente el patrono en forma regular y permanente, como incentivo al trabajador”. (Resaltado del INCE)”.

Por tanto, de acuerdo con la normativa transcrita, forzosamente juzga esta Sala que las partidas gravadas como “mano de obra directa”, “sueldos y salarios” y “contratado” encuadran dentro del concepto de “*sueldo, salarios, jornales y remuneraciones de cualquier especie*” con el cálculo del 2% (numeral 1 del artículo 10 de la Ley sobre el INCE), por cuanto tienen como característica que son pagos **regulares, permanentes** y que se reciben como **retribución** de la labor prestada. Situación contraria pasa con las partidas gravadas por el INCE, “sobretiempo”, “vacaciones” y “gratificaciones”, cuyo elemento determinante, en el primero, es su eventualidad, es decir, no es permanente y en los restantes, no son recibidos como retribución directa de su labor.

En atención a lo expuesto, la Sala concluye que las partidas gravadas con el 2% (numeral 1 del artículo 10 de la Ley del INCE), a saber, “mano de obra directa”, “sueldos y salarios” y “contratado” están conforme a derecho; por el contrario, erró el Instituto al gravar las partidas “sobre tiempo”, “vacaciones” y “gratificaciones”. **Así se declara.**

Por otro lado, respecto a la partida gravada “utilidades”, la Sala observa, tal como se desprende en la “Modificación y/o Ajuste al Acta de Reparación N° 000442” (folio 15), que la misma fue objeto de reparación únicamente en el año 1994, en la casilla “aportes a pagar” por Bs. 774.120.00, calculado el aporte al 1/2%, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley del INCE, por ello su determinación está conforme a derecho. **Así se declara.**

Asimismo, la SPA del TSJ, en sentencia N° 5.397 del 4 de agosto de 2005²⁵, indicó al respecto:

Por tanto, conforme a la reiterada y pacífica jurisprudencia de este Alto Tribunal antes reseñada y de acuerdo con la normativa transcrita, aplicables al presente debate, forzosamente juzga esta Sala que las utilidades no resultan gravables a los fines del cálculo de la contribución del dos por ciento (2%) prevista en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa, en razón de que tal como lo dispone el numeral 2 del aludido artículo, las utilidades ya se encuentran expresamente gravadas con una alícuota impositiva de un medio por ciento (1/2%) distinta a la establecida para los *sueldos, salarios y jornales* y además se trata de una remuneración complementaria y aleatoria, en tanto que la empresa haya obtenido beneficios, sólo pagadera en proporción a los meses de servicios prestados, no así en función de la jornada diaria de trabajo. Así se declara.

Respecto del bono vacacional y las horas extraordinarias, la Sala observa que ambos conceptos escapan también del ámbito de aplicación de la referida contribución parafiscal, pues no se encuentran comprendidos en el *salario normal*, definido en el artículo 1° del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sobre la Remuneración *supra* transcrito, por cuanto el primer caso, se refiere a una remuneración adicional dirigida a incrementar el disfrute del descanso vacacional; y el segundo, se trata de una retribución extraordinaria por labores ejecutadas fuera de la jornada ordinaria de trabajo. Así se declara.

Por su parte, con relación a los subsidios y facilidades, reposos, gratificaciones, primas por nacimiento, matrimonios y muertes, bonos de transporte, la Sala también estima que tales partidas no deben ser incluidas dentro del concepto de *salario normal*, por cuanto se refieren a remuneraciones o recompensas económicas adicionales o extraordinarias dirigidas a bene-

²⁵ Sentencia N° 5.397 de la SPA del TSJ del 4 de agosto de 2005, caso Montana Gráfica Convepal, C.A.

ficiar una situación especial de los empleados, pero que no implica su pago regular, simplemente son liberalidades concedidas por el patrono a los trabajadores pero que en modo alguno son producto de las labores ejecutadas por estos últimos durante la jornada ordinaria de trabajo. Así se declara.

Así, si la SPA del TSJ mantiene su criterio en el tiempo, existirían altas probabilidades de que los conceptos en referencia, incluyendo las bonificaciones por producción, se considerasen excluidos del salario normal a los efectos del ISLR. Ello considerando que la SPA del TSJ es la competente para conocer de los reparos formulados en concepto de ISLR. No obstante, el criterio de la SCS del TSJ puede ser considerado por la SPA del TSJ a los fines de precisar si las bonificaciones tienen carácter regular y permanente (tal y como lo ha indicado la SCS del TSJ), considerando, de ser afirmativa la respuesta, que estas bonificaciones sí forman parte del salario normal y, en consecuencia, están gravadas con el tributo en comentario.

1.3.3.3 Posición de la SC del TSJ.

Por su parte, la SC del TSJ, a través de la Decisión establece que los bonos y otras compensaciones no regulares o no permanentes no son gravables, ya que no son parte del salario normal.

La SC del TSJ indicó en la Primera Aclaratoria que están excluidas de la base de cálculo del ISLR las remuneraciones percibidas en forma accidental, quedando entendido “que los pagos salariales regulares, no pueden sustituirse con bonos u otro tipo de remuneración”.

Asimismo, indica la Sala que “los bonos y otras remuneraciones no regulares ni permanentes, no son pechables al no estar incluidas en el salario normal”, lo cual es “*perfectamente constatable de los comprobantes que se emiten a los trabajadores con indicación de las remuneraciones sean éstas regulares y permanentes (por ejemplo, prima de antigüedad, prima de profesionalización, dietas por mencionar algunas) o accidentales (por ejemplo, bonos de productividad)*” (destacado nuestro).

Así, pareciera que para la SC del TSJ, los bonos de producción o aquellos que por su naturaleza dependan de un alea, no forman parte del salario normal, pues son accidentales.

Por otra parte, en la dispositiva de la Segunda Aclaratoria, se establece que en lo que respecta al concepto de salario normal, debe considerarse como remuneración regular y permanente, aquella que se recibe con una “regularidad mensual”. En efecto, la Segunda Aclaratoria dispone:

TERCERO: Téngase la presente decisión como parte integrante de la sentencia N° 301 del 27-02-2007, por lo cual se ordena su publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, en cuyo sumario deberá indicarse lo siguiente: “Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que aclara la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, y aclara la regularidad mensual de las remuneraciones a declarar” (destacado nuestro).

La Decisión y sus aclaratorias limitan el carácter fiscal de lo que se debe entender por salario normal. Determina a los referidos bonos como remuneraciones accidentales, sin importar sus características particulares y laborales, existiendo en consecuencia una calificación tributaria sobre dichos conceptos.

En este orden de ideas, no puede colegirse que la SC haya efectuado precisiones de carácter vinculante sobre la naturaleza del salario normal en relación con beneficios otorgados por los patronos, toda vez que el salario normal no es un postulado constitucional, sino un concepto creado y desarrollado por Ley²⁶. Así, el carácter vinculante de la Decisión se refiere a la interpretación de los preceptos constitucionales indicados en ella en relación con la capacidad contributiva de los trabajadores bajo relación de dependencia y, por ende, la base imponible del ISLR de dichos asalariados, cuyas controversias serán conocidas por la SPA. Por tal razón, cualquier consideración adicional efectuada por la SC no tendría carácter vinculante, a los efectos de una controversia que pudiera ser conocida por la SCS en relación con la determinación del salario normal sobre beneficios otorgados por los patronos, pues la interpretación del salario normal por parte de la SC se realizó para soportar o ilustrar sobre un parecer específico de la Decisión, pero no constituía el centro de la controversia.

²⁶ Ver pie de página N° 7.

Por tanto, con base en la doctrina establecida por la SPA y la SC a efectos fiscales, los bonos de producción no deben ser tomados en cuenta como base de cálculo para el ISLR y, en consecuencia, para el llenado de las formas AR-I y AR-CV del 2009, ni en la Planilla de Declaración final de ISLR para el ejercicio fiscal 2008, pagadero en 2009.

2. Sobre las demás contribuciones de nómina y las recientes leyes

2.1 Cambios en relación con las bases de cálculo

Con la reforma de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (“LRPVH”) del 31 de julio de 2008, se estableció que su base de cálculo será el *salario integral* del trabajador, y se trató de eliminar la naturaleza tributaria a los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV). Ahora bien, creemos que existen argumentos jurídicos para afirmar que dicha modificación no tiene validez, pues los aportes al FAOV mantienen las mismas características que anteriormente lo calificaban como tributo, y así lo parece indicar reciente jurisprudencia contenciosa tributaria.

En relación con el Régimen Prestacional de Empleo y Régimen Prestacional de Salud (todavía es manejado por el Seguro Social Obligatorio “SSO”), no se produjeron cambios en relación con la base contributiva de estos regímenes, por lo tanto, continuará aplicando la base de cálculo establecida en “*todo salario causado*” y que en la práctica se ha interpretado como el salario normal del trabajador. El aporte mensual del trabajador se mantiene en un 4% del salario normal.

Sobre el INCES, la base contributiva del aporte patronal (2%) fue modificada, anteriormente el aporte debía ser calculado con base en el total de los sueldos, salarios, jornales y remuneraciones de cualquier especie, y luego de la reforma la base contributiva deberá ser el salario normal pagado a los trabajadores. La contribución de los trabajadores continúa siendo del 0.5% sobre el monto total de las utilidades pagadas a los trabajadores. El pago de las cotizaciones es trimestral y debe efectuarse dentro de los 5 días hábiles siguientes de vencido cada trimestre.

2.2 Cambios en relación con los topes salariales

En relación con el Régimen Prestacional de Empleo, en la LOSSS se establece que la base contributiva para este cálculo tendrá como límite

inferior el monto de un salario mínimo obligatorio (actualmente, Bs. 799,23), y como límite superior el monto de diez (10) salarios mínimos urbanos (actualmente, Bs. 7.992,30).

Sobre el SSO: no obstante en la LOSSS se establece que la base contributiva para las cotizaciones tendrá como límite inferior el monto de un salario mínimo obligatorio (actualmente, Bs. 799,23), y como límite superior el monto de diez (10) salarios mínimos urbanos (actualmente, Bs. 7.992,30); sin embargo, se mantiene el régimen especial para el SSO según el cual el límite máximo será de cinco salarios mínimos (Bs. 3.996,15).

Conclusiones

1. La Decisión interpretó de oficio, por razones de orden público, el contenido y alcance del artículo 31 de la LISLR como consecuencia del control concentrado de la constitucionalidad de los actos normativos. En consecuencia, mediante la Decisión se le dio una interpretación constitucional a la base imponible del ISLR de los trabajadores bajo relación de dependencia.

Al tratarse de una sentencia interpretativa, la decisión en principio hubiese surtido efectos hacia el pasado, esto es, hasta la fecha de publicación de la mencionada norma, lo cual pudo haber legitimado la solicitud de restitución de lo pagado indebidamente por todos los períodos fiscales no prescritos. El monto pagado en exceso hubiese constituido un crédito fiscal que podría ser compensado por el trabajador o cedido a terceras personas.

Sin embargo, la Primera Aclaratoria de la Decisión señaló expresamente que dicha sentencia no se aplicaría para el ejercicio fiscal 2006 y que sólo sería aplicable *“a partir del ejercicio fiscal siguiente”*. Asimismo, la Segunda Aclaratoria estableció que por *“ejercicio fiscal siguiente”* debe entenderse el ejercicio fiscal 2008, cuya declaración final se realiza hasta marzo de 2009.

Por lo tanto, la Decisión y sus aclaratorias resultan aplicables a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2008, cuya declaración anual definitiva debe efectuarse antes del 31 de marzo de 2009.

2. La Decisión interpretó el artículo 31 de la LISLR y señaló lo que debe entenderse como enriquecimiento neto obtenido por la prestación

de servicios personales de naturaleza laboral, limitándolo a los conceptos que integran el “salario normal”²⁷. Así, la Decisión dispone que dentro de tales enriquecimientos se encuentran exclusivamente los salarios devengados en forma regular y permanente, excluyendo cualquier percepción accidental, la prestación de antigüedad, y cualquier concepto que no tenga carácter salarial.

La Primera Aclaratoria estableció expresamente que los bonos y otras remuneraciones no regulares ni permanentes –“*por ejemplo, prima de antigüedad, prima de profesionalización, dietas por mencionar algunas*”– o aquellos que son accidentales, cuya naturaleza dependan de un alea –“*por ejemplo, bono por productividad*”–, no son pechables al no estar incluidas en el salario normal.

El dispositivo de la Segunda Aclaratoria decidió que la regularidad y permanencia de la remuneración debe evaluarse en periodos mensuales.

Por tanto, de acuerdo con la interpretación de la SC del TSJ, por salario normal debe entenderse toda remuneración regular y permanente devengada de forma mensual, excluyendo cualquier percepción accidental, la prestación de antigüedad y cualquier concepto que no tenga carácter salarial.

El carácter vinculante de la Decisión y sus aclaratorias se refiere, únicamente, a la interpretación de los preceptos constitucionales indicados en ellas en relación con la base imponible del ISLR de los trabajadores bajo relación de dependencia. Por tanto, cualquier consideración adicional efectuada por la SC no tendría carácter vinculante con respecto a los conceptos estrictamente laborales que pudieran ser decididos por la SCS del TSJ, pues entendemos que la interpretación de la SC sobre el salario normal sólo ilustra sobre un parecer específico, esto es, la capacidad contributiva de los trabaja-

²⁷ El concepto de salario normal se encuentra definido en el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, que expresamente señala que “se entiende por salario normal la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta ley considere que no tienen carácter salarial”.

dores bajo relación de dependencia y, por tanto, la base imponible de los tributos a ser pagados por los asalariados²⁸.

3. La Nota de Prensa emitida por el SENIAT anticipa que la Administración Tributaria revisará las determinaciones de impuesto presentadas por los trabajadores bajo relación de dependencia, siendo probable que se reparen a aquellos trabajadores que hayan tomado como base de cálculo del ISLR el salario normal en seguimiento de la interpretación establecida por la Decisión y sus aclaratorias.

En tal sentido, la Nota de Prensa no es un acto normativo y sólo constituye la interpretación del Superintendente del SENIAT. Cualquier defensa contra dicha interpretación sería procedente únicamente al dictarse el Acta de Reparación correspondiente a un proceso de fiscalización sobre los trabajadores o la Resolución, en un proceso de verificación de los deberes de los agentes de retención, de acuerdo con lo previsto en el COT.

En tal supuesto, la principal defensa sería destacar que el criterio unilateral administrativo del SENIAT no podría contrariar el postulado constitucional de capacidad contributiva, que sirvió de base para la interpretación asumida en la Decisión y sus aclaratorias. El criterio referido del SENIAT implicaría, al menos para los Tribunales, el desconocimiento del carácter vinculante de la Decisión y sus aclaratorias, de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁹ (“Constitución”), así como la violación de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de confianza legítima para los administrados previstos en la Constitución.

4. La jurisprudencia de la SCS y la Sala Político-Administrativa (“SPA”) del TSJ es pacífica al considerar que el bono vacacional y las utilidades no califican como salario normal y, en consecuencia, no forman parte de la base de cálculo del ISLR, toda vez que no se reciben con ocasión de la labor prestada durante la jornada ordinaria de trabajo. Tampoco se

²⁸ Los postulados sobre salario normal definidos por la SC del TSJ no tienen carácter vinculante pues la noción de salario normal no es un postulado constitucional sino legal. Sobre el carácter vinculante de las decisiones adoptadas por la SC del TSJ ver sentencia N° 1866 del 9 de noviembre de 2000 caso Ricardo Combellas.

²⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. GORBV N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

deben tomar en consideración para el resto de las contribuciones de nómina antes señaladas.

El pago por disfrute de vacaciones, por el contrario, sí debe ser considerado salario normal a todos los efectos pues no es más que el pago del salario fijo del trabajador durante el disfrute de su período de descanso vacacional.

5. En relación con los bonos de producción y los bonos anuales, no obstante su impacto laboral, no se consideran salario normal para efectos tributarios, según lo establecido por la SPA y la SC.

A efectos laborales, la SCS considera que los bonos de producción aunque su naturaleza sea accidental, esto es, que deben cumplirse ciertas metas para hacerse acreedor del beneficio, deben considerarse como salario normal siempre que dicho bono sea recibido por los trabajadores todos los años.

6. Hay que revisar las modificaciones que anualmente afectan al salario mínimo como unidad de medida de las contribuciones de nómina debidas a los respectivos entes del Estado, dentro de los límites legalmente establecidos, cuyos parámetros actuales tratamos en este artículo.

La prueba de la enfermedad ocupacional en el proceso laboral

*Carlos J. Sarmiento Sosa**

Sumario:

Introducción

- 1. Comprobación, calificación y certificación de la Enfermedad.**
- 2. El proceso administrativo:** 2.1 *Iniciación del proceso: La declaración ante el INPSASEL.* 2.2 Desarrollo del proceso. 2.3 *Terminación del proceso.* 2.4 *Recursos contra el informe:* 2.4.1 Recursos administrativos. 2.4.2 Recurso contencioso administrativo de anulación. 2.4.3 Legitimación para impugnar el Informe.
- 3. El proceso judicial por reclamo de indemnizaciones derivadas de la Enfermedad:** 3.1 *Prueba de la enfermedad: El in-*

* Doctor en Derecho. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Instituto Panamericano de Derecho Procesal e Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal: Miembro. Rete Iuris Venezuela Abogados & Consultores SCP: Socio-Director. Email: carlosjsarmientososa@gmail.com.

IN MEMORIAM: En días recientes se marchó en camino sin retorno. Amigo de verdad, de los que se llevan en el corazón, como él llevaba a sus amigos, a quienes ahora nos toca retener su imagen en el recuerdo. Se llamaba y se llamará por siempre: Samuel Quevedo Casas.

forme. 3.2 El Informe como documento. 3.3 El artículo 76 de la LOPCYMAT: 3.3.1 El documento público. 3.3.2 El documento privado. 3.3.3 El documento público administrativo.

4. Oportunidad de la promoción de la prueba de la Enfermedad en el proceso.

Conclusiones

Introducción

Se entiende como enfermedad, desde el punto de vista médico, un proceso y el *status* consecuente de afección de un ser vivo, caracterizado por una alteración de su estado ontológico de salud. El estado y/o proceso de enfermedad puede ser provocado por diversos factores, tanto intrínsecos como extrínsecos al organismo enfermo: estos factores se denominan *noxas* (del griego *nósos*: “enfermedad”, “afección de la salud”)¹.

Es de suponer que en toda actividad que implicara trabajo o faena, en la antigüedad, se debieron producir enfermedades que flagelaban a quienes la desempeñaban; pero con la revolución industrial, fue cuando comenzaron a presentarse con frecuencia alteraciones en la salud de aquellos que desempeñaban determinadas actividades en una empresa, lo que obligó a las incipientes organizaciones administrativas estatales a estudiar la problemática que se presentaba y que podía convertir en un problema social. Así nació la denominada enfermedad profesional, entendida como una enfermedad adquirida en el puesto de trabajo por un trabajador por cuenta ajena. Modernamente, se considera que la enfermedad profesional es el estado patológico contraído con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador se encuentre obligado a trabajar, y aquellos estados patológicos imputables a la acción de agentes físicos, condiciones ergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, agentes biológicos, factores psicológicos y emocionales que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes, controlados en el ambiente de trabajo².

¹ Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/Enfermedad>

² Fuente: http://html.rincondelvago.com/seguridad-industrial_2.html

Esta situación dio origen a que, a raíz de su creación, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”) aprobara distintos convenios destinados a reglamentar la enfermedad profesional que luego se someterían a la ratificación de los países afiliados a esa organización. Así, se tienen el “Convenio sobre las enfermedades profesionales”, adoptado el 10 de junio de 1925 y revisado a través del Convenio 42 en 1934 y el “Convenio 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, adoptado el 8 de julio de 1964.

Ahora bien, independientemente de la ratificación que pueda hacerse de los Convenios de la OIT, cada país está en libertad de incorporar a su derecho interno las normas contenidas en aquellos convenios de la OIT en la forma como mejor considere. En el caso de Venezuela, en 1986, se promulgó la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente en el Trabajo (“LOPCYMAT”) en la cual se incluyó el artículo 28, destinado a regular las enfermedades profesionales, entendidas, a los efectos de esta Ley, como los estados patológicos contraídos con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador³ se encuentra obligado a trabajar; y aquellos estados patológicos imputables a la acción de agentes físicos, condiciones ergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, agentes biológicos, factores psicológicos y emocionales que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes, contraídos en el ambiente de trabajo que señalen la reglamentación de la presente Ley, y en lo sucesivo se añadieren al ser aprobada su inclusión por el organismo competente.

Pese a esta definición legal, la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 (“LOT”) introdujo otra concepción similar de la enfermedad profesional al expresar que “se entiende por enfermedad profesional un estado patológico contraído con ocasión del trabajo o por exposición al ambiente en que el trabajador se encuentre obligado a trabajar; y el que pueda ser originado por la acción de agentes físicos, químicos o biológicos, condiciones económicas o meteorológicas. Factores psico-

³ Siguiendo la Exposición de Motivos de la LOPTRA, en este ensayo “la designación de personas en masculino, [...] tiene [...] un sentido genérico, referido siempre por igual a hombres y mujeres”. Se trata de economía gramatical y uso adecuado de la lengua castellana.

lógicos o emocionales, que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, temporales o permanentes. El Ejecutivo Nacional al reglamentar esta Ley o mediante Resolución especial podrá ampliar esta enumeración”.

Posteriormente, la LOPCYMAT quedó derogada por la ley del mismo nombre promulgada en la G. O. N° 38.236 del 26 de julio de 2005 en cuyo artículo 70 se define la enfermedad ocupacional (“Enfermedad”) en lugar de la enfermedad profesional, en los siguientes términos:

Se entiende por enfermedad ocupacional, los estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador o la trabajadora se encuentra obligado a trabajar, tales como los imputables a la acción de agentes físicos y mecánicos, condiciones disergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, biológicos, factores psicosociales y emocionales, que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes.

Se presumirá el carácter ocupacional de aquellos estados patológicos incluidos en la lista de enfermedades ocupacionales establecidas en las normas técnicas de la presente Ley, y las que en lo sucesivo se añadieren en revisiones periódicas realizadas por el Ministerio con competencia en materia de seguridad y salud en el trabajo conjuntamente con el Ministerio con competencia en materia de salud.

Por su parte, el artículo 560 de la LOT consagra la obligación de los patronos de pagar a los trabajadores las indemnizaciones allí previstas, por los accidentes y por las enfermedades profesionales originadas por el servicio mismo o con ocasión directa de él, con o sin culpa o negligencia de las partes involucradas en el hecho.

Cuando se presenta una Enfermedad que afecte a un trabajador, la LOPCYMAT establece la autoridad competente para comprobar, calificar y certificar la patología y, posteriormente, se pueda fijar el monto del resarcimiento al que es acreedor el trabajador conforme a lo dispuesto en los artículos 79 a 83 de la misma ley.

Ahora bien, ante un desacuerdo de las partes para satisfacer las aspiraciones del trabajador, éste está legitimado para plantear su acción a

través del proceso laboral regulado por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (“LOPTRA”) ante los jueces con competencia laboral, a quienes corresponderá dirimir la controversia, por lo que, este ensayo se referirá a la prueba de la Enfermedad en el proceso, pues, siendo las lesiones que afecten al trabajador la base fundamental de su pretensión, ha demostrar en litigio la existencia de la patología que le afecta.

1. Comprobación, calificación y certificación de la enfermedad

Conforme indica el artículo 73 de la LOPCYMAT, el patrono debe informar de la ocurrencia del diagnóstico de la enfermedad ocupacional de forma inmediata ante el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (“INPSASEL”), el Comité de Seguridad y Salud Laboral (“CSSL”)⁴ y el Sindicato; y en el único aparte de esa misma norma se agrega que la declaración formal de las enfermedades ocupacionales deberá realizarse ante las Direcciones Estadales de Salud de los Trabajadores (DIRESAT) dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diagnóstico de la enfermedad, como dispone la Norma Técnica para la declaración de las enfermedades ocupacionales (NT-02-2008)⁵.

De acuerdo con lo expuesto, cuando se presenta la Enfermedad –que es el tema al que circunscribe este ensayo– debe hacerse su declaración formal ante el INPSASEL dentro del plazo indicado, la cual, según el artículo 74, podrá ser hecha por el propio trabajador, sus familiares, el CSSL, otro trabajador, o el Sindicato, o también, en virtud de lo dispuesto en el artículo 84 de la LOPCYMAT (“RLOPCYMAT”), por el patrono, cooperativa u otras formas asociativas comunitarias de carácter productivo o de servicios, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diagnóstico de la Enfermedad, en formatos elaborados por el INP-

⁴ Son órganos paritarios y colegiados de participación, destinados a la consulta regular y periódica de las políticas, programas y actuaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, conformados por los delegados o delegadas de prevención, por una parte y por el patrono o patrona, en número igual al de los delegados o delegadas de prevención. Fuente: http://www.inpsasel.gov.ve/15_01_2007/Nifty_index01.html

⁵ Resolución del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social N° 6228 del 1° de diciembre de 2008. Esta resolución, en acatamiento a la disposición transitoria primera del RLOPCYMAT, dispone que en aquellos lugares donde no funcionen DIRESAT, las declaraciones se presentarán ante las Unidades de Supervisión adscritas a las Inspectorías del Trabajo. Asimismo, incorpora la siguiente definición de diagnóstico: Identificación de la enfermedad, afección o lesión que sufre una persona, de su localización y su naturaleza.

SASEL. No obstante, el INPSASEL podrá iniciar de oficio la investigación como indica el artículo 85 del RLOPCYMAT, norma que también faculta al trabajador, sus familiares, el CSSL, el delegado de prevención o cualquier otro trabajador para realizar la notificación.

Ahora bien, la notificación de la Enfermedad no es suficiente. En efecto, el trabajador a quien se le haya diagnosticado deberá acudir al INPSASEL para que se realicen las evaluaciones necesarias, como señala el artículo 75 de la LOPCYMAT, con el objeto de que el INPSASEL, previa investigación, y mediante informe, compruebe, califique y certifique el origen de la Enfermedad, como pauta el artículo 76. Por consiguiente, todo ello implica un proceso administrativo que culmina con el informe (“Informe”) que con el carácter de documento público emita el INPSASEL.

2. El proceso administrativo

Como se ha mencionado *supra*, los artículos 75 y 76 de la LOPCYMAT encomiendan al INPSASEL, instituto autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional, la realización de las evaluaciones que, previa investigación, permitan determinar la comprobación, calificación y certificación de la Enfermedad. Por consiguiente, para iniciar el proceso administrativo que ha de concluir el Informe, ha de cumplirse con una serie de trámites que no han sido pautados por la LOPCYMAT ni el RLOPCYMAT, por lo que es preciso llenar la laguna con la normativa que, sobre el proceso administrativo, contiene la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (“LOPA”) en su artículo 47, al indicar su procedimiento cuando las leyes especiales no hayan establecido otros.

2.1 *Iniciación del proceso: La declaración ante el INPSASEL*

Conforme a lo expuesto, el proceso administrativo para la comprobación, calificación y certificación de la Enfermedad se inicia cuando cualquiera de los sujetos que han sido legitimados por el artículo 74 de la LOPCYMAT y por los artículos 84 y 85 del RLOPCYMAT hagan la correspondiente denuncia ante el INPSASEL a través de las DIRESAT con competencia en el centro de trabajo, en cuyo caso deberán recibir la declaración y formar el expediente administrativo como ordenan los artículos 31, 32, 34 y 35 de la LOPA y, finalmente, dictarse el acto administrativo contentivo del Informe que la LOPCYMAT, en su artículo 76, denomina informe de certificación de enfermedad ocupacional.

2.2 *Desarrollo del proceso*

Asimismo, las partes involucradas deben estar a derecho, es decir, notificadas del proceso que se ha iniciado con la interposición de la declaración, a fin de garantizar el debido proceso de los interesados, consagrado en el artículo 49 de la Constitución, quienes según el artículo 59 de la LOPA, tienen el derecho de examinar, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como pedir certificación del mismo, con excepción de los documentos calificados como confidenciales.

Al respecto, conviene recordar que

(...) la violación del derecho al debido proceso por parte de la Administración –según la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (“SCC-TSJ”)⁶– implica que se haya producido sobre el administrado una situación de disminución en sus oportunidades de defensa, [...lo que...] se materializa cuando no se le da a éste la oportunidad de ejercer los medios que le permitan sostener su defensa, cuando a pesar permitírsele su utilización el administrado ignora los mecanismos para activarlos, o cuando son eliminadas ciertas etapas procedimentales de interés para los particulares.

2.3 *Terminación del proceso*

Ahora bien, como se trata de un proceso administrativo⁷ que consta, como todo proceso⁸, de las fases de inicio, desarrollo y terminación, el

⁶ Sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. 2008-000322.

⁷ Se entiende por proceso administrativo, con Eloy Lares Martínez, el conjunto de actos preparatorios o de trámites que han de culminar en la decisión de la autoridad administrativa competente sobre la cuestión de fondo que le corresponda resolver. En: Manual de Derecho Administrativo. 9ª Edición, revisada y puesta al día. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas/1992, p. 721.

⁸ Como indican Jaime Guasp y Pedro Aragoneses, “[...] es característico el que, en el proceso, la pluralidad de actos que se realizan se encadenan de la misma manera que lo están los dos elementos fundamentales ya señalados (pretensión-satisfacción), es decir, se ligan de modo que sin cada acto anterior ninguno de los siguientes tiene validez, y sin cada acto siguiente ninguno de los anteriores tiene eficacia. Este encadenamiento recibe el nombre técnico de procedimiento”. En: Derecho Procesal Civil. Tomo I, Introducción y parte general. Séptima edición, Thompson Civitas™, p. 37. Como es usual en el derecho procesal venezolano la utilización de proceso y procedimiento como sinónimos, en este ensayo se ha adoptado el primero de los mencionados, sin perjuicio de que, cuando sea necesario referirse a tramitación procesal, se utilice el término procedimiento.

informe que certifique la Enfermedad, es un acto administrativo, entendido como aquella declaración emanada de los órganos del Estado actuando en ejercicio de la función administrativa y que producen actos jurídicos, como ha sostenido Eloy Lares Martínez⁹ y que ha dado origen a que el artículo 7 de la LOPA entienda por acto administrativo toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley, por los órganos de la administración pública.

La LOPCYMAT, en el numeral 15 del artículo 18, atribuye la competencia para la calificación de la Enfermedad, al INPSASEL y, en cuanto al Presidente, éste viene a ser la máxima autoridad y quien ejerce su representación, a la vez que en el numeral 11 del artículo 22, se le delega la atribución de conocer en última instancia de los recursos administrativos, con lo cual se agota la vía administrativa. Por tanto, hay que concluir, igual que lo hace Alexis Villegas Alba¹⁰, en que la autoridad competente para emitir el Informe, desde el punto de vista administrativo, es el Presidente del INPSASEL, no pudiendo ser ejercida por ningún otro funcionario pues, como afirma el mismo Villegas Alba, los médicos ocupacionales del INPSASEL carecen de competencia expresa para emitir el Informe y, en caso de que así fuera, el acto administrativo estaría viciado de nulidad por vicio de incompetencia.

2.4 *Recursos contra el Informe*

Pero si el Informe que certifique la Enfermedad es un acto administrativo, puede, por tanto, ser objeto de impugnación como lo dispone el artículo 77 de la LOPCYMAT al expresar que el trabajador afectado, el patrono del trabajador, los familiares de éste establecidos en el artículo 86, y la Tesorería de Seguridad Social, podrán ejercer los recursos administrativos y judiciales contra las decisiones del INPSASEL. A este respecto, hay que distinguir entre estos medios de impugnación.

⁹ *Op. Cit.*, p. 159.

¹⁰ Recursos legales contra la certificación de discapacidad dictada por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Social (INPSASEL). En: Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 19, Caracas/Venezuela, 2008, p. 591 y pássim.

2.4.1 Recursos administrativos

Lares Martínez¹¹ entiende por recurso administrativo la impugnación de un acto administrativo por ante un órgano de la administración, que puede ser el propio autor del acto o su superior jerárquico; y la LOPA, por su parte, establece tres tipos de recursos administrativos, a saber:

2.4.1.1 Recurso de reconsideración, que es aquel que se propone contra un acto administrativo de carácter particular ante el mismo funcionario que dictó el acto.

2.4.1.2 Recurso jerárquico, que es aquel que procede cuando el órgano inferior decide no modificar el acto de que es autor en la forma solicitada en el recurso de reconsideración y se interpone directamente para ante el Ministro.

2.4.1.3 Recurso de revisión, que es aquel que, excepcionalmente y en los supuestos indicados en el artículo 97 de la LOPA, podrá intentarse contra los actos administrativos firmes, ante el Ministro respectivo.

En el caso del INPSASEL, como se vio *supra*, el artículo 77 de la LOPCYMAT dice que los actos administrativos del INPSASEL podrán ser impugnados administrativa y judicialmente. De acuerdo con esta disposición, el Informe podría ser sujeto de impugnación por la vía del recurso de reconsideración aplicando la normativa de la LOPA, en cuyo caso, el interesado podría solicitar al Presidente del INPSASEL la reconsideración de su acto administrativo.

Una vez resuelto negativamente el recurso de reconsideración, el Informe, al emanar de la máxima autoridad del INPSASEL, podría ser impugnado a través del recurso jerárquico ante el Ministro del Trabajo y de la Seguridad Social (“MTSS”) porque, como sostiene Lares Martínez¹², bajo el imperio de la LOPA la regla general consistirá en que este recurso puede ser intentado contra los actos emanados de los órganos superiores de los institutos autónomos para ante el ministro de adscripción, opinión que también comparte Villegas Alba¹³. Además, hay que

¹¹ *Op. Cit.*, p. 729.

¹² *Op. Cit.*, p. 735.

¹³ *Op. Cit.*, p. 628.

tener presente que el debido proceso se materializa cuando no se le da al administrado la oportunidad de ejercer los medios que le permitan sostener su defensa, cuando a pesar de permitírsele su utilización, el administrado ignora los mecanismos para activarlos, o cuando son eliminadas ciertas etapas procedimentales de interés para los particulares

Finalmente, la decisión del MTSS podría ser objeto de un recurso de revisión si se dan los supuestos de procedencia indicados en la LOPA, como ha reiterado la SCC-TSJ¹⁴.

2.4.2 Recurso contencioso administrativo de anulación.

El recurso contencioso administrativo de anulación se intenta ante los Tribunales Superiores del Trabajo con recurso ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (“SCS-TSJ”), hasta tanto se cree la Jurisdicción Especial del Sistema de Seguridad Social, como indica la disposición transitoria Séptima de la LOPCYMAT y ha sido interpretado por las Salas Constitucional (“SC-TSJ”) y Politicoadministrativa del Tribunal Supremo Justicia (“SPA-TSJ”) ¹⁵.

En cuanto a la vía a utilizar para plantear la impugnación, la SCS-TSJ¹⁶ ha determinado que el justiciable puede escoger entre acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa o el ejercicio de los recursos administrativos “[...] por cuanto los actos administrativos inciden en la esfera jurídica de sus destinatarios desde que son dictados, por su carácter de ejecutividad y ejecutoriedad el interesado puede dirigirse a la sede judicial sin necesidad de agotamiento de la vía administrativa, pues esto último constituiría una interpretación contraria al principio constitucional *pro actione* (artículo 26 constitucional)”.

2.4.3 Legitimación para impugnar el Informe

La impugnación del Informe dependerá del contenido de la decisión, es decir, de lo que se haya determinado sobre la comprobación de la Enfermedad. En otras palabras, si la dolencia no fue comprobada, quienes

¹⁴ Sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. 2008-000322, citada en nota 6.

¹⁵ Sentencia de la SPA-TSJ del 13 de mayo de 2008 que se fundamenta en sentencia de la SC-TSJ del 19 de enero de 2007.

¹⁶ Sentencia del 9 de mayo de 2006.

tienen la legitimación en los términos de la LOPCYMAT, es decir, *interés personal, directo y actual*, podrán intentar los recursos administrativos o el recurso judicial y, hasta tanto quede firme un Informe que certifique la Enfermedad, el trabajador no podrá formular reclamo alguno de sus pretendidos derechos.

Por el contrario, si el Informe fuere impugnado por el patrono por haberse comprobado y declarado la Enfermedad, la interposición de los recursos no suspenderá la ejecución de la certificación y, por consiguiente, el trabajador podrá exigir su ejecución salvo que el patrono haya solicitado y obtenido, previa constitución de caución suficiente, la suspensión de efectos del acto, como dispone el artículo 78 de la LOPA.

Por tanto, la suspensión del acto administrativo procedería en dos supuestos, a saber: que cause un grave perjuicio al recurrente, o que la impugnación se haya fundamentado en la nulidad absoluta del acto.

2.4.3.1 La suspensión por causa de un grave perjuicio

Con respecto a la presunta causa de un grave perjuicio, en efecto, la ejecución del acto administrativo contenido en el Informe podría perjudicar los derechos e intereses del patrono porque éste tendría que aceptar la firmeza del acto y su ejecutoriedad y, de no hacerlo, el trabajador podría solicitar judicialmente el pago de sus derechos, con lo cual sería de esperar una sentencia judicial que, al apreciar el Informe, tendría que declarar con lugar la demanda; y podría ser que, luego de haber sido ésta ejecutada, el recurso que hubiere interpuesto el patrono contra el Informe resultara en la anulación de éste, con lo cual sus derechos quedarían definitivamente afectados. Por consiguiente, lo procedente sería que el patrono, al momento de impugnar administrativa o judicialmente el Informe, solicitara la suspensión de los efectos de ésta y, el funcionario administrativo, o el juez, racionalmente debería solicitar una caución y acordar la suspensión solicitada.

2.4.3.2 La suspensión fundamentada en la nulidad absoluta del Informe

Con respecto a la impugnación fundamentada en la nulidad absoluta de la certificación, habría que considerar si se dan los supuestos de nulidad contenidos en el artículo 19 de la LOPA, lo que viciaría la

certificación. En este sentido, Villegas Alba¹⁷ plantea dos supuestos de procedencia de la nulidad:

- a) Que la certificación haya sido dictada por los médicos ocupacionales del INPSASEL, quienes no tienen competencia para ello; y
- b) Que en la tramitación de la certificación se obvie el procedimiento establecido por la LOPA. En estos casos y en los previstos en el artículo 19 de la LOPA, por tanto, sería procedente que la autoridad administrativa acordara la suspensión del acto administrativo del Informe sin requerir caución previa.

3. El proceso judicial por reclamo de indemnizaciones derivadas de la Enfermedad

Con independencia de las prestaciones a cargo de la Seguridad Social, en el caso de la Enfermedad, el patrono deberá pagar al trabajador, o a sus derechohabientes, una indemnización en los términos establecidos en la LOPCMAT, y por daño material y daño moral de conformidad con lo establecido en el Código Civil (“CC”), sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en el Código Penal, tal como dispone el artículo 129 de la LOPCYMAT.

Por consiguiente, en caso de desacuerdo entre las partes, el trabajador podrá acudir a los tribunales de la jurisdicción especial del trabajo para proponer su demanda, como indica el mismo artículo.

3.1 Prueba de la enfermedad: El informe

Incumbit probatio qui dicit, no qui negat, dice la antigua máxima romana, recogida, como principio general de derecho procesal, en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”) y que, por razón de su especialidad, está reflejada en el derecho procesal laboral en el artículo 72 de la LOPTRA al expresar que, salvo disposición especial en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos, aclarando que el patrono, cualquiera que fuere su presencia

¹⁷ *Op. Cit.*, p. 631.

subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo, mientras que el trabajador, cuando le corresponda, probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal, sin perjuicio, como ha expresado la SC-TSJ¹⁸, de la potestad del juez de hacer uso de la facultad contenida en el artículo 71 de la LOPTRA, en la medida en que las pruebas aportadas por las partes sean insuficientes para generarle convicción respecto al asunto sometido a decisión, pero nunca para suplir las faltas, excepciones, defensas y/o cargas probatorias que tienen cada una de las partes del proceso.

En seguimiento de estos principios probatorios, en el caso de la acción intentada por un trabajador que pretenda ejercer sus derechos judicialmente, derivados de la Enfermedad, tendrá que probar su pretensión e incorporarla al proceso, porque, como afirman Guasp y Aragoneses¹⁹, las simples alegaciones procesales no bastan para proporcionar al órgano jurisdiccional el instrumento que éste necesita para la emisión de su fallo. En este orden de ideas, y conforme se ha visto *supra*, la prueba de la Enfermedad se materializa en el Informe como documento que justifica la existencia de la patología que afecta al trabajador.

Ahora bien, siendo el Informe una prueba material, hay que hacer de ella una prueba procesal, o sea, que hay que dirigirla, como dicen Guasp y Aragoneses²⁰, a producir la convicción psicológica del juez con respecto a un dato o conjunto de datos procesales, esto es, la Enfermedad alegada como fundamento de la pretensión.

¹⁸ Sentencia del 07/09/2004. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/extracto.asp?e=4044>

¹⁹ *Op. Cit.*, p. 374. Para consultar sobre la prueba documental, consultar: José Gabriel Sarmiento Núñez. La prueba documental. En Derecho Procesal Penal, Libro Homenaje al Dr. Arminio Borjas, Caracas, 1990, pp. 392-414.

²⁰ *Op. Cit.*, p. 374.

3.2 *El Informe como documento*

Determinado que el informe es una prueba procesal, no cabe duda de que se trate de una prueba documental porque en ella consta, por escrito, una expresión en signos materiales y permanentes del lenguaje, cuya fuente, en el derecho venezolano, se encuentra en los artículos 1355 y 1356 del CC²¹. Por consiguiente, el Informe es un documento.

3.3 *El artículo 76 de la LOPCYMAT*

Determinado que el Informe es un documento o instrumento porque contiene una representación escrita, el artículo 76 de la LOPCYMAT dispone que el Informe tenga el carácter de documento público. Por tanto, es necesario constatar si, en efecto, el Informe es un documento público, para lo cual hay que recurrir a las fuentes de la prueba por escrito que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1356 del CC, es la que resulta de un instrumento público o de un instrumento privado; y también verificar su carácter a la luz de la doctrina de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (“SPA-CSJ”)²² que definió la noción de los documentos públicos administrativos, como aquellos que conforman una tercera categoría dentro del género de la prueba documental y, por tanto, no pueden asimilarse plenamente a los documentos públicos, ni a los documentos privados, y que Luis Alfredo Hernández Merlanti²³ ha denominado documento público de tipo estatal cerrado, en el que no participan los particulares interviniendo en un negocio jurídico.

²¹ Artículo 1355: El instrumento redactado por las partes y contentivo de sus convenciones es sólo un medio probatorio; su validez o su nulidad no tiene ninguna influencia sobre la validez del hecho jurídico que está destinado a probar, salvo los casos en que el instrumento se requiera como solemnidad del acto. Artículo 1356: La prueba por escrito resulta de un instrumento público o de un instrumento privado.

²² Sentencia N° 300, de fecha 28 de mayo de 1998, expediente N° 12.818, caso: Consorcio Hidroeléctrico Caroní.

²³ Resquebrajamiento del principio de originalidad de la prueba documental en la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo. En: Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ensayos. Volumen II, Tribunal Supremo de Justicia, Serie Normativa N° 4, Caracas/Venezuela/2004, p. 815. El autor evoca la opinión de Jesús Eduardo Cabrera Romero, quien en Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre, había afirmado que el documento público de tipo estatal cerrado se verifica “...cuando lo forman los funcionarios sin intervención de particulares, como es un billete de banco [...]. Un Decreto o una Resolución Ministerial, los cuales son ejemplo típico de este grupo”.

3.3.1 El documento público.

Según el artículo 1357 del CC, “instrumento público es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultades para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado”.

De acuerdo con esta transcripción, la doctrina ha establecido que las circunstancias necesarias para que un instrumento tenga el carácter de público y haga fe *erga omnes*, vale decir, entre las partes y frente a terceros, son tres: a) el cumplimiento de todas las formalidades legales que la ley prescriba al efecto; b) la presencia y autorización del funcionario público competente; y c) la actuación en el lugar donde ejerza su función el expresado funcionario público.

No obstante este criterio tradicional y pacífico, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (“SCC-TSJ”)²⁴ ha calificado a esta especie de documento como documento público negocial, es decir, aquel contentivo de negocios jurídicos de los particulares, que ha sido formado por un funcionario competente actuando en ejercicio de sus funciones. Por consiguiente, la expresión documento público negocial se refiere al documento público definido en el artículo 1357 del CC.

En cuanto a la oportunidad procesal en la cual debe aportarse los documentos públicos, el artículo 435 del CPC dispone que aquellos que no sea obligatorio presentar con la demanda, ya por no estar fundada en ellos la misma, ya por la excepción que hace el artículo 434²⁵, podrán producirse en todo tiempo, hasta los últimos informes.

En el novedoso proceso laboral venezolano, la oportunidad de promoción de pruebas para ambas partes es en la audiencia preliminar, no pudiendo promoverlas en momento posterior, salvo en las excepciones establecidas por la propia LOPTRA y, en el caso concreto del docu-

²⁴ Sentencia del 16 de mayo de 2003, expediente N° 2001-000885, caso: Henry José Parra Velásquez, contra Constructora Basso, C.A.

²⁵ Artículo 434, encabezamiento: Si el demandante no hubiere acompañado su demanda con los instrumentos que la fundamenta, no se le admitirán después, a menos que haya indicado en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentren, o sean de fecha posterior, o que aparezca, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos.

mento público o documento público negocial, nada dice este texto legal acerca de cuándo ha de aportarse a los autos, por lo que habría que aplicar supletoriamente, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 11 y 70 de la LOPTRA, las reglas contenidas en los artículos 434 y 435 del CPC, o sea, si el documento público no es fundamental para la pretensión del trabajador, habría que acompañarlo al libelo; y si el trabajador hubiere indicado en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentren, o que los documentos públicos sean de fecha posterior, o que aparezca, si son posteriores, que el trabajador no tuvo conocimiento de ellos, son oponibles en segunda instancia como lo ha declarado la SC-TSJ²⁶, hasta la conclusión de la audiencia oral.

Este es, pues, el modo de proceder para promover un documento público en el proceso laboral.

3.3.2 El documento privado

Documento privado es aquel que no pertenece, por su esencia, a la esfera del ordenamiento jurídico público, sino a la del privado, pudiendo ser caracterizado, por exclusión como aquel que no ha sido autorizado por un funcionario con facultad para darle fe pública, como lo define Sarmiento Núñez²⁷, quien agrega que, conforme al artículo 1358 del CC, quedan incluidos dentro de esta categoría los instrumentos que no tienen fuerza de públicos por incompetencia del funcionario o por defecto de forma, cuando han sido firmados por las partes.

La doctrina ha distinguido como documentos o instrumentos privados todo escrito, firmado o no, que pueda servir para dar constancia de algún hecho o acto y en cuyo otorgamiento hayan sido llenados los requisitos que la ley exige para los que sean públicos, distinguiendo, por consiguiente, entre *documentos suscritos*, o sean, los instrumentos privados propiamente dichos, y los *documentos no suscritos* son aquellos no firmados por las partes que pueden hacerse valer en juicio como prueba o principio de prueba por escrito, como los libros de los comerciantes, los registros y papeles domésticos, las anotaciones puestas por el acreedor a continua-

²⁶ Sentencia del 25 de marzo de 2008. Disponible en: <http://74.125.95.132/search?q=cache:YRbboCJjRcJ:www.laboralmente.com/documentos/novedad/ISLR.%2520Aclaratoria%2520de%2520Base%2520Imponible.doc+%C3%BAltimos+informes&hl=es&ct=clnk&cd=148&gl=ve>

²⁷ *Op. Cit.*, p. 406.

ción, al margen o al dorso de un título de crédito, de un recibo precedente o del duplicado de un título personal del deudor, y las cartas misivas y los telegramas escritos de puño y letra de su autor y enviados por éste a su destino a la Oficina telegráfica correspondiente²⁸.

La doctrina de la SCS-TSJ ha aportado una nueva clase de documento que se asemeja al privado y es aquel que emana de la administración pública pero que carece de certificación, como es el caso de los Manuales o Instructivos. Así, al apreciar el denominado “*Manual del Jubilado*” de la Corporación Venezolana de Guayana Electrificación del Caroní, C.A., (EDELCA), contentivo de material informativo sobre las distintas etapas del proceso de jubilación y los beneficios del personal jubilado, tanto en la etapa activa, como en la sucesoral, entre ellos, el Plan de Ayuda Económica para Estudios Universitarios—. A este respecto, la SCS-TSJ²⁹ consideró que dicha documental, al no estar certificada por un funcionario público, ni constituye un documento público negocial —de los permitidos evacuar en el juicio civil hasta la etapa de informes, aplicado por remisión del artículo 11 de la LOPTRA—, sino que a la luz del derecho civil, reviste la naturaleza de instrumento privado.

Modernamente, habría que incluir dentro de la categoría de documentos privados la correspondencia electrónica que se rige por la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas³⁰, en cuyo artículo 40 se atribuye a los mensajes de datos y firmas electrónicas el valor probatorio que la ley consagra para los instrumentos escritos.

En cuanto a la oportunidad procesal en la cual debe aportarse los documentos privados en el proceso civil, el artículo 434 del CPC dispone que aquellos que sean fundamentales de la acción, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente la acción deducida, deben presentarse con la demanda; y los restantes, dentro de los quince (15) días del lapso de promoción de pruebas, o anunciarse, dentro de ese lapso, dónde deben compulsarse.

²⁸ Cfr.: Sarmiento Núñez, *Op. Cit.*, p. 407.

²⁹ Sentencia del 25 de marzo de 2008. Disponible en: http://74.125.95.132/search?q=cache:YRbboCJjRrcJ:www.laboralmente.com/documentos/novedad/ISLR_%2520Aclaratoria%2520de%2520Base%2520Imponible.doc+%C3%BAltimos+informes&hl=es&ct=clnk&cd=148&gl=ve

³⁰ Promulgada en la G. O. N° 37.148 del 28-02-2001

En el proceso laboral venezolano, la oportunidad de promoción de pruebas, en este caso, de los documentos privados, es en la audiencia preliminar, cuando pueden consignarse siguiendo lo pautado en los artículos 77, 78 y 79 de la LOPTRA y, de no hacerlo así, no podrán ser promovidos en oportunidad posterior. Así se deduce de lo expresado por la SCS-TSJ³¹ al afirmar que cuando un documento, a la luz del derecho civil, reviste la naturaleza de instrumento privado, la prueba instrumental ha de ser promovida en la etapa procesal correspondiente a efectos de garantizar la igualdad procesal y el debido proceso y poder obtener valor de plena prueba; y la etapa procesal correspondiente, en el proceso laboral es, como se ha visto, en la audiencia preliminar.

3.3.3 El documento público administrativo

Como se vio *supra*, la noción del documento público administrativo, o documento público de tipo estatal cerrado conforma una tercera categoría dentro del género de la prueba documental y, por tanto, no pueden asimilarse plenamente a los documentos públicos, ni a los documentos privados.

Para 1998, como informa Carlos Rafael Pérez Merchán³², existían criterios disímiles en relación a la naturaleza de los documentos administrativos y la oportunidad en que los mismos debían ser promovidos y evacuados en juicio. Algunos los asimilaban a los instrumentos públicos, caso en el cual podían ser presentados hasta los informes; otros, por el contrario, los equiparaban a los documentos privados, por lo cual debían ser presentados dentro del lapso de promoción de pruebas. Sin embargo, la cuestión fue dilucidada por la SPA-CSJ³³ al sentenciar que los documentos públicos

(...) conforman una tercera categoría dentro del género de la prueba documental y, por tanto, no pueden asimilarse plena-

³¹ Sentencia del 25 de marzo de 2008. Disponible en: <http://74.125.95.132/search?q=cache:YRbboCJjRcJ:www.laboralmente.com/documentos/novedad/ISLR.%2520Aclaratoria%2520de%2520Base%2520Imponible.doc+%C3%BA%ltimos+informes&hl=es&ct=clnk&cd=148&gl=ve>

³² Los documentos administrativos en el derecho administrativo venezolano. Consultado en: http://74.125.113.132/search?q=cache:721JLgMvXFcJ:www.profesorcarlosperez.com.ve/usm_archivo/DOCUMENTOS%2520ADMINISTRATIVOS.doc+documento+p%C3%BAblico&hl=es&ct=clnk&cd=3&gl=ve

³³ Sentencia N° 300 del 28 de mayo de 1998, expediente N° 12.818. Citada por Pérez Merchán en Los documentos...

mente a los documentos públicos, ni a los documentos privados. La especialidad de los antecedentes administrativos radica, fundamentalmente, en que gozan de una presunción de legitimidad, autenticidad y veracidad, pero tal presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario (...).

La SCC-TSJ³⁴, recientemente y en seguimiento por lo asentado por la SPA-CSJ, ha definido descriptivamente los documentos públicos administrativos como aquellos realizados por un funcionario competente actuando en el ejercicio de sus funciones, pero que no se refiere a negocios jurídicos de los particulares, sino que tratan de actuaciones de los referidos funcionarios que versan, bien sobre manifestaciones de voluntad del órgano administrativo que la suscribe, conformando la extensa gama de los actos constitutivos (concesiones, autorizaciones, habilitaciones, admisiones, suspensiones, sanciones, etc.), o bien constituyen manifestaciones de certeza jurídica que son las declaraciones de ciencia y conocimiento, que a su vez, conforman la amplia gama de los actos declarativos (certificaciones, verificaciones, registros, etc.), y que por tener la firma de un funcionario administrativo están dotados de una presunción desvirtuable de veracidad y legitimidad de su contenido, en razón del principio de ejecutividad y ejecutoriedad que le atribuye el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y por tanto deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario.

En la forma expuesta, y a través de la doctrina judicial, se ha incorporado el documento público administrativo como un instrumento distinto al documento público al que se refiere el artículo 1357 del CC y, por tanto, también distinto al documento privado. Esto significa que, en el derecho venezolano, coexisten tres tipos de instrumentos: el documento público, el documento privado y el documento público administrativo.

En el caso del Informe, se observa que se trata de un acto administrativo que:

- a) Resuelve una controversia emanada por la declaración en un proceso administrativo.

³⁴ Sentencia del 16 de mayo de 2003, expediente N° 2001-000885. Citada por Pérez Merchán en Los documentos...

- b) Es suscrito por un funcionario público autorizado para ello.
- c) Pone fin a un proceso administrativo.

Por consiguiente, al ser un acto administrativo, el Informe no es un documento público aunque así lo califique el artículo 76 de la LOPCY-MAT, pues se trata, pura y simplemente, de un documento público administrativo, o documento público de tipo estatal cerrado.

4. Oportunidad de la promoción de la prueba de la Enfermedad en el proceso

Determinado que el Informe es un documento público administrativo, y nunca un documento público en los términos en que el CC concibe a este último, aunque el artículo 76 de la LOPTRA haya intentado vanamente darle ese carácter, queda por determinar cómo proceder cuando se quiere probar la existencia de la Enfermedad en un proceso.

Como se trata de una prueba documental, es preciso introducirla en el proceso laboral mediante la presentación del Informe, bien consignando un ejemplar del acto que lo contenga, o con una copia certificada del mismo.

En cuanto a la oportunidad procesal, hay que tomar en consideración la doctrina de la SCC-TSJ³⁵ que expresa que, si bien el documento público puede producirse en todo tiempo hasta los últimos informes, no así los documentos públicos administrativos porque se crearía una desigualdad extrema para la contraparte del promovente del documento público administrativo, producido luego de precluido el lapso probatorio ordinario. Por consiguiente, rige en ese caso la normativa de la LOPTRA para la promoción de pruebas.

Desde el punto de vista práctico y ajustado a las previsiones de la legislación procesal laboral sobre promoción de pruebas, se presentan dos posibilidades:

- A) Que el trabajador tenga en su poder el Informe, en cuyo caso deberá promoverlo en la audiencia preliminar por tratarse de un documento público administrativo; y

³⁵ Sentencia N° 922 del 20 de agosto de 2004 (caso: Víctor Ramón Torrealba y otros contra Orlenía Margarita Quezada de Terán y Seguros Orinoco C.A.).

B) Que el trabajador no tenga en su poder el Informe, en cuyo caso podrá anunciarlo en la audiencia preliminar y traerlo al proceso hasta que concluya la audiencia del juicio.

Así se deduce de la doctrina de la SPA-CSJ y de la SCC-TSJ que, en resumen, concluyó en que el documento público administrativo puede ser traído a juicio en el proceso civil durante el lapso probatorio ordinario, mas no como el documento público, que es el que puede ser opuesto hasta los últimos informes. De no hacerlo así, la promoción del Informe resultará absolutamente extemporánea y no podrá ser apreciado por el juez.

Conclusiones

La legislación procesal venezolana garantiza la protección de los trabajadores en los términos previstos en la Constitución y demás leyes, para lo cual el juez laboral, que es el rector del proceso, debe orientar su actuación dentro de determinados principios, entre ellos el de equidad, teniendo por norte de sus actos la verdad. Así se dispone en los artículos 1, 2 y 5 de la LOPTRA.

Dentro de esas garantías que la LOPTRA confiere a los trabajadores está precisamente encuadrada la garantía de que éstos, al acudir a ejercer sus derechos derivados de la Enfermedad, gocen de las ventajas procesales que implican el que el juez garantice sus derechos y oriente su actuación dentro de los principios señalados.

De esta manera, cuando el trabajador afectado por la Enfermedad no ha logrado una solución para la satisfacción de sus pretensiones, que tiene que recurrir al proceso judicial. Sin embargo, como se ha visto en este ensayo, el trabajador, luego de diagnosticada la Enfermedad, y antes de ir a la instancia judicial debe iniciar el proceso administrativo ante el INPSASEL para que se determine y certifique su enfermedad a través de la emisión del Informe que certifique la existencia de la patología que le afecta.

Pero el Informe es un acto administrativo y, como tal, está sujeto a recursos administrativos y al recurso contencioso administrativo de anulación, que pueden terminar en una actuación confirmatoria de la administración o en una revocatoria. En el primer caso, el Informe resultaría en un acto administrativo firme, mientras en el segundo caso el INPSASEL tendría que emitir un nuevo Informe.

Ahora bien, como los actos administrativos son de ejecución inmediata, el patrono podría hacer suspender los efectos del Informe como pauta la LOPA, en cuyo caso el acto no podría ejecutarse y los derechos del trabajador estarían a resguardo con la garantía que la autoridad administrativa exija al recurrente. Entretanto, no podría el trabajador proponer su acción ante los tribunales con competencia laboral porque el acto administrativo se encontraría suspendido.

No obstante, pudiera suceder que la autoridad administrativa no suspendiera los efectos del acto, o simplemente que el patrono no recurrió de él y quedó firme. Entonces, el trabajador podría proponer su acción judicial y en la audiencia preliminar promover, como prueba, el Informe, el cual deberá ser apreciado por el juez en toda su integridad.

Si se diera el caso de que el trabajador no ha obtenido el Informe, podría anunciar su existencia en la audiencia preliminar dejando constancia de los datos que componen el acto administrativo y tendría hasta el final de la audiencia del juicio para presentarlo.

Estas son, como conclusiones dentro del espíritu de equidad y en búsqueda de la verdad, las consideraciones generales acerca de lo tratado en este ensayo, con lo cual se desvirtúa cualquier intento no ajustado a la legislación laboral de darle otro carácter jurídico al Informe, distinto al de su naturaleza de documento público administrativo que, en ningún caso, puede ser catalogado como otro medio de prueba de los autorizados por la LOPTRA y el CPC. Suponer, por ejemplo, que el Informe es una experticia, no pasa de ser una aberración jurídica porque esta prueba pericial habría que evacuarla en la fase probatoria del proceso administrativo, respetando el debido proceso, ante las DIRESAT para que el INPSASEL, al concluir el proceso administrativo, pueda emitir el Informe que, como se ha visto, certifica la Enfermedad; y éste, una vez incorporado oportunamente a los autos, cumple su función de medio probatorio de la existencia de la dolencia, y así debe ser apreciado por el órgano jurisdiccional si no fuere desvirtuado a través de la tacha de falsedad o por una acción de simulación o, como ha dicho la SSC-TSJ³⁶, por cualquier prueba pertinente e idónea capaz de enervar su contenido.

³⁶ Ver notas 24 y 35.

**Ensayo acerca del cúmulo de responsabilidades
en el contrato de trabajo:
*Estudio comparado con énfasis
en la responsabilidad patronal derivada
de los infortunios del trabajo***

*Francisco Rafael Verde Marval **

Sumario:

- 1. Consideraciones generales.**
- 2. Breve reseña histórica acerca del desarrollo del contrato de trabajo como relación jurídica autónoma e independiente del derecho común: 2.1 *El viraje desde la responsabilidad civil a la responsabilidad laboral.***

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Derecho del Trabajo, *Mención Cum Laude*, Profesor de Pregrado de Derecho del Trabajo I y II, 2001-2007. **Universidad Católica Andrés Bello y EOI Escuela de Negocios**, *Centro Internacional de Actualización Profesional CIAP*, Máster Executive en Planificación Estratégica de Recursos Humanos. **Front Consulting**, Despacho de Abogados, Socio Director.

3. **Generalidades sobre la tesis del cúmulo o concurso de responsabilidades y su aplicación dentro del contexto del contrato de trabajo.**
4. **Estudio comparado acerca del cúmulo de responsabilidades dentro del contrato de trabajo, con especial énfasis en la responsabilidad patronal derivada de los infortunios del trabajo:** 4.1 *Posiciones radicales: El ordenamiento Jurídico francés e italiano.* 4.2 *Posiciones intermedias: El ordenamiento jurídico argentino.* 4.3 *El caso venezolano.*

Conclusiones

1. Consideraciones generales

Desde el nacimiento del derecho del trabajo, como rama autónoma e independiente, siempre se ha discutido acerca de la dificultad que han encontrado los iuslaboralistas de desprender al contrato de trabajo de sus raíces tradicionales que le sirvieron de fundamento desde los orígenes de dicha disciplina. Inclusive a principio del siglo XX habían tratadistas que sostenían que la relación jurídico laboral tenía su origen no en un vínculo contractual sino en la incorporación del trabajador dentro del aparato productivo del patrono, lo cual hacía nacer los derechos y obligaciones que regulaban dicha relación jurídica, lo cual tuvo como resultado la determinación del contrato de trabajo como un “*contrato realidad*”¹.

Esta lucha emprendida entre los llamados “*contractualistas*” que defendían el origen contractual de la relación jurídico laboral, con los “*relacionistas*” que denegaban de dicha afirmación, y con el triunfo de los primeros, al punto que hoy en día dicha confrontación ha pasado a ser infértil dentro del estudio del derecho del trabajo, ha provocado el necesario reconocimiento de las raíces civilistas de la disciplina laboral, al punto de que resulta indudable que hoy por hoy el derecho del trabajo no haya encontrado aún solución alguna a ciertos acontecimientos que surgen de forma directa de la ejecución de un contrato de trabajo, y cuya regulación se encuentra claramente determinada en la normativa del derecho común.

¹ Vid. Pla, A. (1998) *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: Editorial Depalma, pp. 313-325.

Uno de los temas que despierta el interés de lo afirmado anteriormente resulta de la aplicabilidad de la responsabilidad civil extracontractual, específicamente aquella derivada del hecho ilícito, dentro del marco de la ejecución del contrato de trabajo, la cual de acuerdo con la posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia laboral, coexiste con todo el sistema de responsabilidad especial que la legislación laboral ha creado en torno al empleador, por virtud de su eventual incumplimiento de las condiciones derivadas del contrato de trabajo.

Estos deberes del empleador que nacen del contrato de trabajo, y cuya falta de observación pueden poner en peligro no sólo la condición patrimonial del trabajador, sino inclusive arriesgan su vida, salud y dignidad, generan consecuencias que la propia legislación ha tratado de cubrir, creando en tal sentido todo un sistema de responsabilidad especial patronal, que se encuentran insertas dentro del régimen contractual que vincula a ambas partes.

Sin embargo, con dicho sistema de responsabilidad especial conviven las normas generales sobre responsabilidad civil extracontractual previstas en las normas que inspiran al derecho común, y que se encuentran regulados en su totalidad en la normativa civilista que le sirve de sustento. En el caso de Venezuela, dicha normativa se halla en los artículos 1185 y subsiguientes del Código Civil Venezolano.

A continuación, se ofrece un repaso de los criterios que fundamentan la coexistencia de ambos sistemas de responsabilidad dentro del ámbito regulatorio del derecho del trabajo, lo cual explica que dentro del contexto normativo laboral venezolano se defienda la tesis de lo que la doctrina civilista ha denominado el cúmulo o concurso de responsabilidades, no sin antes hacer un recuento histórico acerca del surgimiento de la responsabilidad laboral especial dentro del marco de la especialidad del derecho del trabajo.

2. Breve reseña histórica acerca del desarrollo del contrato de trabajo, como relación jurídica autónoma e independiente del derecho común

El contrato de trabajo, germinador de una serie de relaciones jurídicas que dieron origen al derecho del trabajo como disciplina jurídica autónoma e independiente del resto de las ramas del derecho, se consolidó a partir del fracaso que derivó en su originaria regulación sobre las bases de las normas liberales que intentaban resolver la llamada “cuestión

social”, específicamente en la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y cuyo soporte se encontraba en las normas civiles o de derecho común que rigieron durante el siglo XIX a partir del surgimiento de la llamada segunda revolución industrial.

Con el devenir del liberalismo individualista, a partir de la Revolución Francesa, y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se constituyeron toda una serie de principios que empezaron a regir en la conducta del hombre en sociedad dentro de las naciones más desarrolladas del mundo; sin embargo, en el aspecto específico de las relaciones laborales se da una serie de cambios trascendentales que transforman el *modus vivendi* del hombre a través de su trabajo, concibiendo su libertad como el aspecto más sagrado, de manera que ningún otro ser humano ni las instituciones derivadas de su vida en sociedad pudieran poner obstáculo alguno al libre ejercicio de sus derechos fundamentales².

Entre los derechos fundamentales invocados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre se encontraba la libertad de trabajo, y basado en el principio de la igualdad entre los seres humanos y su supremacía frente a cualquier otra cosa, el Estado debía concebirse como una entidad que precisamente sirviera de elemento garantizador para el hombre de sus libertades, sin que pudiera existir obstáculo entre Estado y hombre capaz de limitar su función primordial de avalar el ejercicio efectivo de las libertades humanas, sin que antes fuere expresamente abolido o condenada su existencia.

Bajo esa premisa fue que precisamente fueron prohibidas las llamadas corporaciones de trabajo o asociaciones gremiales que existían y fueron desarrollándose desde el surgimiento de la Edad Media, como órganos que se encontraban entre el Estado y el hombre libre, y cuya razón existencial se encontraba en la regulación y establecimiento de las formas y maneras de ordenar y organizar los factores típicos para la producción dentro de las distintas ramas o actividades productivas que existían para la época y que, sobre todo, informaban el modo de desarrollar el trabajo ejecutado de forma subordinada y por cuenta ajena³.

² Vid. Alonso, M. (1958) *Introducción al Estudio del Derecho del Trabajo*. Barcelona: Editorial Bosch, pp. 126-128.

³ *Ibidem*, p. 120 ss.

Y es que el surgimiento victorioso del liberalismo individual, a partir de la Revolución Francesa y la consiguiente Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, tuvo una enorme repercusión para el trabajo ejecutado por cuenta ajena desde distintos tópicos, los cuales podemos resumir de la siguiente manera:

a) Desde un orden técnico, el desarrollo del liberalismo individual coincide con el surgimiento de la revolución industrial en sus distintas fases, en donde se genera una transformación absoluta de la forma de ejecutar el trabajo, caracterizándose por una preferencia del trabajo industrial sobre el trabajo en el campo, hecho que generó un crecimiento demográfico importante dentro de las grandes ciudades, así como la invención y desarrollo de la máquina de vapor como factor de producción fundamental, lo cual constituyó un cambio importante en la forma de explotar el trabajo humano, generándose, entre otras consecuencias, la despersonificación de las relaciones laborales en comparación al trabajo artesanal que existía antes de todo⁴.

b) Desde una perspectiva político-social, el triunfo del liberalismo individual significó la caída de la monarquía como poder absoluto dentro del Estado, considerándose la voluntad humana como supremo valor sobre la voluntad divina que sustentaba el régimen absolutista, lo cual avalaba la libertad absoluta del hombre y su igualdad frente a sus similares, igualdad ésta que no existía en realidad entre los empresarios y los trabajadores prestadores de servicios, surgiendo dentro de la sociedad una clara división entre éstos, lo cual derivó en el nacimiento del proletariado como nueva modalidad o clase social, cuyos componentes poseían unas pésimas condiciones de vida⁵.

c) Desde el punto de vista económico, el desarrollo del liberalismo individual trajo consigo una concentración económica en manos de unos pocos quienes sustentaban el poder del capital, surge de tal forma el capitalismo como nuevo modelo económico a seguir, y con ello el surgimiento de nuevos modelos industriales cuyo régimen de mercado y base para el comercio se

⁴ *Ibidem*, p. 122 ss.

⁵ *Ibidem*, pp. 126-129.

sustentaba, bajo la premisa de igualdad entre los hombres, en la ley de la oferta y la demanda, la cual regulaba igualmente los mecanismos de producción y consumo, así como las condiciones que regirían en las relaciones de trabajo, y en tal sentido a mayor demanda de empleo, menores eran los beneficios económicos; a mayor necesidad de producción, mayor necesidad de abaratar los costos, así como mayor necesidad de obtener mano de obra barata, la cual se ejecutaría bajo jornadas y otras condiciones de trabajo que resultaban del todo inhumanas⁶.

d) Por último, en el orden jurídico, el liberalismo individual influyó en las relaciones laborales dentro de la tesis de la libertad contractual y en la necesaria autonomía de la voluntad del hombre a los fines de regir las relaciones particulares que surgieran entre ellos, considerándose dentro de esas relaciones a aquellas que surgían del trabajo desempeñado de forma subordinada y por cuenta ajena, es por ello que se determina la abolición de las corporaciones o grupos gremiales que regulaban entre otros aspectos las relaciones laborales a través de la famosa *Ley Chapelier*⁷ y el encuadramiento de dichas relaciones a través del arrendamiento de servicios regulados en el Código Civil, ello a fin de garantizar la libertad contractual de las partes de la relación jurídico laboral, y preservar con ello la libertad económica como derecho fundamental e inescindible de aquélla⁸.

En resumen, la inserción del liberalismo individual dentro de las relaciones laborales produjo una transformación en el desenvolvimiento del trabajo a razón de los descubrimientos técnicos acaecidos a finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX, cuyo valor no podemos dejar de reconocer como génesis de la modernización de la producción industrial y el desarrollo que este sector ha venido obteniendo hasta nuestros tiempos; sin embargo, de igual forma para aquel momento dicho acontecimiento trajo consigo un cambio en el sentido en el cual se desenvolvía la sociedad, lo cual trajo injusticias para el hombre trabajador.

⁶ *Ibidem*, pp. 129-133.

⁷ En fecha 4 de agosto de 1789, la Asamblea francesa derogó el régimen corporativo y en junio de 1791 aprobó la Ley Chapelier, la cual prohibía el restablecimiento de las corporaciones, y prohibía a los ciudadanos de un mismo oficio o profesión, artesanos, comerciantes, etc., el derecho a asociación. *Vid. Ibidem*, p. 136.

⁸ *Ibidem*, pp. 133-141.

En efecto, el trabajador fue víctima del imperio de la ley de la oferta y la demanda que fundamentaba el sistema capitalista, y que regulaba entre otras cosas las condiciones de trabajo, tal cual como si se tratara de cualquier mercancía, así como de una supuesta igualdad entre los hombres inexistente dentro de las relaciones laborales, lo cual hacía prevalecer la autonomía de la voluntad en la regulación de dichas relaciones.

Toda esta situación dejaba al trabajador indefenso a la hora de hacer prevalecer cualquier derecho a discutir, negociar o celebrar acuerdos que lo beneficiaran en el espectro laboral, planteándose un total desequilibrio entre las partes de la relación jurídico laboral, quedando el trabajador solo frente al patrono, sin que el Estado pudiera hacer mayor cosa, pero previendo que cada vez más devenía la imperiosa necesidad de intervenir en dichas relaciones en contrapelo a todo un sistema liberal que en principio le impedía actuar en contra de todas las libertades que se manifestaban en aquel entonces y que lo fundamentaban.

Sin embargo, existían motivos de sobra para que definitivamente el sistema liberal individualista fallara como orden ideal para la regulación de la relación que surgía del trabajo ejecutado por cuenta y bajo dependencia de otro, pero lo que realmente, en principio, hizo que surgiera toda una etapa intervencionista por parte del Estado en la regulación de esta situación, que en un principio se consideraba de interés particular, fueron razones que pudiéramos llamar “de Estado”, a los fines de justificar como la libertad contractual, bandera del sistema liberal, no podía ser aplicable de forma eficiente a los fines de regular la relación jurídico laboral.

Por un lado se debía considerar como un asunto de interés público el hecho de que las condiciones infrahumanas por las cuales se encontraba atravesando el proletariado vinculaba negativamente el tema del enlistamiento militar, situación grave para una época donde las grandes potencias mundiales se encontraban en constantes guerras entre sí, asimismo la estabilización de las economías mundiales estaban directamente relacionadas con la estabilización de los salarios, lo cual para un momento de la era moderna ya se venía considerando como un importante indicador económico⁹.

⁹ Vid. Borrajo, E. (1996) *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid: Editorial Tecnos, p. 75.

Pero por otra parte, la llamada “cuestión social” ya resultaba inevitable como consecuencia de los abusos derivados de las desproporcionadas jornadas de trabajo que reinaban en las condiciones de trabajo, así como de la deshumanización del mundo laboral como consecuencia del trabajo ejecutado por mujeres y menores de edad en condiciones no acordes a su capacidad física e intelectual, poniéndose en riesgo las vidas, salud y dignidad de un sector importante de la población mundial. Todo ello generó en consecuencia la necesidad de establecer políticas sociales tendientes a la regulación de la jornada de trabajo y al establecimiento de regímenes de descanso¹⁰.

Por tanto ya surgieron a mitad del siglo XIX políticas sociales provenientes del Estado, a los fines de regular ciertos aspectos de la relación de trabajo, sobre todo en materia de jornadas, descansos y trabajo de la mujer y del menor de edad, quienes eran considerados la mano de obra más barata que existía en el mercado; sin embargo, la cuestión social trajo secuelas que al final tuvo una mayor repercusión universal, y en tal sentido las organizaciones que para aquel entonces se encontraban prohibidas empezaron a convertirse en células, importantes las cuales, en un principio, pasaron a ser víctimas de persecución y castigos feroces por parte de los sectores que los adversaban.

En tal sentido, podemos hacer mención de los sucesos de Chicago en aquel recordado 1° de mayo de 1886, en donde miles de manifestantes fueron objeto de un ataque a mansalva por parte de las fuerzas públicas que trataban de impedir dichas manifestaciones; sin embargo, a estos acontecimientos podemos sumarles la aparición de movimientos anarquistas cuya finalidad básicamente era la de reprimir el sistema capitalista como medio de sustentación de la economía mundial, y el establecimiento de un nuevo sistema libre de autoridad que permitiera al hombre una mayor libertad y que lo separara de toda jerarquía que fuera capaz de limitarlo¹¹.

Sin embargo, varios años antes ya se habría generado el famoso manifiesto comunista de Marx y Engels, cuyo objetivo principal era igualmente la abolición del capitalismo a través de la lucha de clases, en donde la clase burguesa fuera finalmente vencida por el proletariado, es

¹⁰ *Ibidem*, p. 75.

¹¹ Etchegoyen, S. (s/f) Primero de Mayo, Disponible: www.cancerteam.com.ar/etch017.html

decir, una lucha entre explotados y explotadores, dominados y dominantes. En definitiva toda esta situación creaba en el entorno del Estado Liberal una necesidad de aplacar la llamada cuestión social como un modo de hacer sobrevivir al sistema capitalista frente a las distintas reacciones generadas a partir del marco de las relaciones laborales.

A todas éstas, la Iglesia no se quedaba a atrás, y de igual forma se pronunciaba en contra de toda esta situación generada a partir de la llamada “cuestión social”, pero con un claro espaldarazo al Estado Liberal, y manifiesto apoyo al sistema capitalista, lanzando su famosa Encíclica *Rerum Novarum* del 15 de mayo de 1891, donde en resumen se plantea una serie de principios que harían viable una feliz convivencia de la prole dentro del Estado Liberal a partir de la intervención del Estado en los asuntos que incumbieran a trabajadores y empresarios, y en la necesaria legitimación de las organizaciones sindicales como modo de autotutela de los derechos de los trabajadores.

Ahora bien, la intervención del Estado en todo lo concerniente a la regulación de las relaciones laborales que permitiera un remedio frente a la denominada “cuestión social” comenzaría con la adopción de políticas públicas por medio de las cuales el Estado normara y controlara a través de su poder de imperio las relaciones jurídicas que surgen del trabajo ejecutado por cuenta y bajo dependencia de otro, comenzando con la traslación del contrato de trabajo fuera del contexto del derecho civil, en el entendido de que las partes intervinientes que interaccionan mediante dicho vínculo contractual no son iguales y, por tanto, jamás podrían ser reguladas a través de normas que como premisa partieran de la igualdad entre los contratantes¹².

Dichas políticas públicas, que posteriormente se irían acondicionando normativamente dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos, se encontrarían informadas por principios de reconocimiento universal, que al final irían constituyendo la esencialidad de una nueva disciplina jurídica que fuera capaz de regular dicha situación, apartándose del esquema jurídico que imponía el sistema liberal individualista para las relaciones entre los particulares, haciendo relativo la función normativa del contrato de trabajo en el entendido que sus normas estarían

¹² Vid. Alonso, M. *Ob. Cit.*, pp. 149-150.

conformadas por lo menos a partir del piso jurídico que constituirían las normas de fuente ética.

Es así como ocurre todo un período intervencionista por parte del Estado, el cual tiene como precedente la aparición del trabajo ejecutado por cuenta ajena y regulado bajo el contexto del derecho común, y específicamente en las normas referidas al arrendamiento de servicios, y que se encarga de desarrollar las primeras fuentes de nuestro actual derecho del trabajo, específicamente mediante el reconocimiento del contrato de trabajo, así como de todas las relaciones jurídicas que de allí emergen, como de especial interés para la colectividad en general y, por tanto, de imposible regulación a través de la normativa derivada del derecho común¹³.

El surgimiento del Derecho del Trabajo como rama autónoma dentro del estudio de las ciencias jurídicas, tuvo como principal objetivo el otorgar un tratamiento desigual a una situación que era asimismo desigual, y llegado el siglo XX, y específicamente en el año 1919, tuvo su materialización final a través de dos acontecimientos importantes, el primero a través de la constitucionalización de los derechos laborales especialmente los sindicales en la Constitución de Weimar de la derrotada Alemania posterior a la Primera Guerra Mundial; y el segundo, a través de la constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sin que con ello se pretenda menospreciar los derechos laborales invocados anteriormente en la Constitución de Querétaro de 1917 en México.

2.1 El viraje desde la responsabilidad civil a la responsabilidad laboral

La separación del contrato de trabajo del contexto regulatorio del derecho común no fue una tarea fácil para los primeros juristas, estudiosos y analistas de este nuevo fenómeno del derecho, y es que en contra de toda esta situación aún quedaban muchísimos pensadores liberales que mantenían su fe en que las normas del derecho civil eran las apropiadas a los fines de regular todo lo concerniente al trabajo ejecutado por cuenta y bajo dependencia de otro.

¹³ *Ibidem*, pp. 153-159.

Precisamente una de las luchas doctrinales que se presentaron en aquel entonces tenían como fundamento la búsqueda de la metodología que les permitiera a los legisladores identificar cuándo las relaciones derivadas del trabajo debían ser objeto de protección por ostentar un inminente problema social y cuándo éstas debían mantenerse dentro del marco regulatorio del derecho civil, y en específico dentro de las normas referidas al contrato de arrendamiento de servicios, dicha metodología en un principio trató de separar en un primer momento al trabajo ejecutado de forma independiente o por cuenta propia en contraposición a aquél ejecutado por cuenta y bajo dependencia de otro¹⁴.

Sin embargo el problema no se resolvía a partir de la determinación del trabajo objeto de protección por parte del Estado, sino a su vez en la forma de buscar las alternativas que hicieran viable dicho trabajo dentro del contexto del sistema capitalista imperante, como un modo de resolver la llamada cuestión social, por lo que resulta imperioso la consagración de un conjunto de normas que tuvieran como objetivo la protección del sujeto más débil dentro de la relación jurídico laboral, y de imperioso acatamiento por aquél que dentro del plano jurídico se consagraba como el más poderoso, no obstante que dentro del sistema liberal de derecho aquello se concibiera como una situación injusta y discriminatoria.

A todas éstas, el derecho del trabajo surge como un instrumento de concertación social que el empresario debía reconocer como instrumento transaccional que permitiera la subsistencia del sistema capitalista frente a toda la reacción social que trajo consigo su desarrollo global y, en consecuencia, como un instrumento de defensa frente a todos aquellos movimientos que bajo la coyuntura reinante pretendían invocar el fracaso del sistema liberal como modo ideal de vida del hombre en la sociedad moderna¹⁵.

El surgimiento del concepto de seguro social a través de la Ley de Seguros creado en la Alemania del “Canciller de Hierro”, Otto Von Bismark, en 1883 fue lo primero que se empezó a desarrollar como

¹⁴ Vid. Alonso, M. *Ob. Cit.*, pp. 153-158

¹⁵ Vid. Monereo, J. (1996) *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnica jurídica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Civitas, pp. 24-25.

una idónea metodología a desarrollar a los fines de adoptar las políticas sociales que tuvieran como propósito atacar los contingentes más importantes que surgieran a partir del trabajo desarrollado por cuenta y bajo dependencia de otro. Estos problemas o contingentes se identificaron en dicha Ley dentro del contexto de la salud laboral y de la protección a los trabajadores frente a los accidentes y enfermedades provenientes del trabajo, y después de varios debates parlamentarios se estableció que el mismo debía ser financiado exclusivamente a través de aportes patronales¹⁶.

Hoy en día, a partir de la aparición del concepto de la solidaridad social y con el desarrollo que ha venido obteniendo la seguridad social como un derecho humano fundamental, éste ha abarcado otros problemas distintos a los anteriormente referidos, pero de igual importancia social, tal como lo son la asistencia médica, tanto para el trabajador como para los que hagan vida familiar con él, la vejez, la maternidad, la vivienda, cargas familiares así como la atención de la recreación como un factor de carácter social importante en la preservación de la salud mental del trabajador que le permita durante mucho tiempo el desarrollo de una actividad productiva mucho más eficiente¹⁷.

Sin embargo, es importante destacar que las políticas emanadas de la seguridad social fueron concibiendo la creación de una responsabilidad especial para los patronos distinta a aquella que derivaba en las relaciones jurídicas particulares reguladas por las normas liberales que inspiraban al derecho común. En efecto, empezaron a consagrarse dentro de las políticas emanadas de la seguridad social una serie de indemnizaciones tarifadas que respondían al socorro del trabajador víctima de despedido por parte de su empleador, a los fines de que pudiera afrontar su inminente cesantía provocada por tal acto antijurídico¹⁸.

Pasaron muchos años para que empezaran a aparecer en los distintos textos normativos laborales las actuales normas por las cuales el patro-

¹⁶ Vid. Nugent, R. (1997) *La Seguridad Social: Su Historia y sus Fuentes*. En Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 611-612.

¹⁷ Vid. Podetti, H. (1997) *Los Riesgos Sociales*. En Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 651-656.

¹⁸ Vid. Mélich, J. (1995) *La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos*, T-I, Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pp. 33-34.

no deberá indemnizar directamente al trabajador cuando pretenda despedirlo de su puesto de trabajo sin que exista causa justificada para ello. Aunque si bien dichas normas responden a la idea de estabilidad en el empleo, y a la conservación de la relación de trabajo como principio laboral universalmente aceptado, pudiéramos decir que de igual forma a partir de allí emanan beneficios tales como nuestra “prestación de antigüedad”, el cual resulta procedente como mecanismo de previsión social a favor del trabajador con el fin de afrontar su cesantía, sea cual fuera la forma de terminación de la relación de trabajo.

Asimismo la idea de seguro social de Bismark, cuyo principal objetivo era la protección del trabajador frente a los infortunios del trabajo, concibe la implementación de la teoría del riesgo profesional que obligaba al ente asegurador cuyo fondo devenía exclusivamente de los aportes patronales, a indemnizar al trabajador víctima de enfermedad o accidente proveniente del trabajo, sin que fuera menester que el trabajador tuviese que probar la culpa de aquél para alcanzar su resarcimiento, situación que echaba por tierra la teoría de la culpa dentro del contexto de la responsabilidad civil por daños concebido en el marco del derecho común.

Esta teoría fue posteriormente desarrollada dentro del mundo civilista, especialmente en Francia, a través de Salleilles y Josserand, bajo el nombre de teoría del riesgo profesional, en el sentido que la responsabilidad recaía en la persona que se beneficiaba por los daños que sufrían las personas que se encontraban bajo sus servicios, y sustentó la aparición de las legislaciones sobre infortunios del trabajo que acogieron aquellos países que aún no habían desarrollado sistemas de seguridad social que cubrieran dichos contingentes. Dicha teoría fue posteriormente blindada por la teoría del riesgo de autoridad de Rouast y Givord, el cual se fundamentaba en la responsabilidad de quien ordena la ejecución de la labor de riesgo¹⁹.

Sin embargo, no cabe duda que una de las finalidades del derecho del trabajo, a partir de la aparición de las legislaciones que regularon la materia referida a los infortunios del trabajo, tenían como norte la total separación de la regulación del trabajo ejecutado por cuenta ajena del

¹⁹ *Vid.* Nuggent, R. *Ob. Cit.*, pp. 609-610.

contexto de las normas derivadas del derecho común, ello sin desconocer su existencia y en la posibilidad de que ciertas situaciones sean reguladas por dichas normas, por cuanto resulta inevitable el hecho de que su regulación surgiera a partir de un vínculo contractual ejecutado entre particulares, pero con rasgos sociales que los desigualaban, lo cual justificaba su relativa separación, y en la génesis de una responsabilidad especial de naturaleza laboral y de inminente carácter contractual.

En materia de infortunios del trabajo esa desigualdad derivaba del imperio de la teoría de la culpa en materia de responsabilidad civil, el cual provocaba que el empleador eximiera su responsabilidad en la ocurrencia del infortunio que se tratase, siempre que el trabajador no lograra probar la culpa de aquél. De igual manera el trabajador tampoco se encontraba en una posición económica adecuada capaz de hacer frente a un largo proceso bajo la jurisdicción civil, aun cuando en tiempo posterior se establecieran reglas referidas a las cargas probatorias que estimularan la participación del trabajador en el proceso²⁰.

De acuerdo con las normas vigentes en la legislación laboral venezolana, específicamente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 560 de la Ley Orgánica del Trabajo²¹, los patronos están obligados a indemnizar a los trabajadores por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, exista o no culpa de su parte, por lo que se hereda, de las normas devenidas a partir de la políticas sociales de Bismarck y de la aparición de la teoría del riesgo profesional y del riesgo de autoridad en el mundo civilista, el concepto de responsabilidad objetiva en materia de accidente o enfermedad proveniente del trabajo.

Los montos de estas indemnizaciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo están fijados de acuerdo con la gravedad del accidente o de la enfermedad profesional, en los artículos 571, 572, 573 y 574 de la Ley Orgánica del Trabajo, y poseen límites calculados en base al salario devengado por el trabajador. Ello permite apreciar que la responsabilidad a cargo del patrono, derivada de los infortunios en el trabajo, es una responsabilidad objetiva limitada, y se encuentra regulada por la referida Ley dependiendo de la entidad del daño.

²⁰ *Ibidem*, p. 609.

²¹ Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997.

Ahora bien, las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo sobre la responsabilidad del patrono en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional no se aplican “(...) en los casos cubiertos por el Seguro Social Obligatorio (...)”. En efecto, en estos casos y según lo dispone el artículo 585 de la Ley Orgánica del Trabajo, “(...) se aplicarán las disposiciones de la Ley especial de la materia. Las disposiciones de este Título tendrán en ese caso únicamente carácter supletorio para lo no previsto por la Ley pertinente (...)”.

Así las cosas, tenemos que las reglas de la Ley Orgánica del Trabajo que regulan la responsabilidad objetiva del patrono en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, sólo se aplican subsidiariamente en los casos no cubiertos por la Ley del Seguro Social, cuya aplicación resulta igualmente subsidiaria mientras se crea el régimen prestacional de riesgos en el trabajo creado por la vigente Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

Las reglas referidas precedentemente tampoco se aplican en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales previstos en el artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo. En estos casos de excepción, y conforme lo dispone el artículo mencionado, los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales “(...) quedan sometidos a las disposiciones del derecho común o a las especiales que les concierna (...)”. Sobra decir que las disposiciones del derecho común son las disposiciones del Código Civil²² sobre la responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito.

Por tanto, de la simple lectura de las normas referidas resulta fácil concluir, que las disposiciones del Código Civil relativas, a la responsabilidad civil extracontractual previstas en el Código Civil (artículos 1.185 y siguientes) son inaplicables a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales, y sólo se aplicarán de modo excepcional en los supuestos expresamente establecidos en el artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo, los cuales son, a saber:

(...) a) cuando el accidente hubiese sido provocado intencionalmente por la víctima; b) cuando el accidente sea debido a

²² Código Civil de Venezuela, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 2.990 Extraordinario del 26 de junio de 1982.

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.

Por otra parte, nuestra legislación laboral, desde los orígenes de su reglamentación ha establecido una serie de indemnizaciones determinadas tarifadas que deberán ser reconocidas por el empleador, cuando éste incurra en incumplimientos de las condiciones que rigen al contrato de trabajo, y que en líneas generales han sentado las bases de lo que hoy conocemos como la responsabilidad especial del patrono, y cuyo contenido significó el total desprendimiento de las normas civiles sobre la responsabilidad por incumplimiento derivado del contrato de trabajo.

En tal sentido, la derogada Ley del Trabajo del 16 de julio de 1936²³, estableció, en su artículo 37, las indemnizaciones que correspondía cancelar al patrono en el caso de ocurrir la terminación de la relación de trabajo, la cual fue establecida como un derecho para todo trabajador cualquiera fuera la causa de dicha terminación, empero dicha norma no limitó las indemnizaciones con ocasión al término de la relación laboral a las allí previstas, y en tal sentido, el párrafo final del referido artículo establecía lo siguiente: “(...) Lo dispuesto en este artículo no impide a los trabajadores el ejercicio de las acciones que puedan corresponderle conforme al derecho común (...)”.

La anterior disposición no ha perdido vigencia, y en tal sentido el párrafo cuarto del artículo 108 de la vigente Ley Orgánica del Trabajo, cuya norma regula el derecho del trabajador a percibir una prestación de antigüedad al término de la relación de trabajo, igualmente abre la puerta a todo trabajador o a sus causahabientes al ejercicio de las acciones que puedan corresponderle conforme al derecho común, dichas acciones en específico corresponden a la normativa que el Código Civil

²³ Ministerio del Trabajo, *Leyes Sociales*, Edición Oficial, Resolución N° 39 del 5 de marzo de 1974.

prevé acerca de la responsabilidad civil extracontractual, en específico aquel derivado del hecho ilícito.

Sobre dicha materia, el Código Civil en su artículo 1.185 establece como principio fundamental sobre la responsabilidad civil extracontractual o como lo llama la doctrina extranjera principio de indemnidad que: “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”.

De igual forma, siendo el patrono titular de los bienes y objetos que constituyen los factores materiales de producción con los cuales cuenta para la explotación de la empresa que tiene a su cargo, de igual forma aplicaría, en este mismo sentido, lo estipulado en el artículo 1.193 del Código Civil, el cual dispone que: “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 (...)”.

Y por último el régimen de responsabilidad civil extracontractual previsto en el Código Civil prevé en su artículo 1.196 que:

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 conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.

Por otra parte, a diferencia del régimen de responsabilidad civil extracontractual, el cual prevé conforme lo dispuesto en la norma anteriormente transcrita, una reparación integral del daño causado por el agente, el propio Código Civil dispone el denominado régimen de responsabilidad civil contractual, es decir, aquel que proviene directamente del incumplimiento del contrato por aquella parte obligada a la ejecución de

una prestación o deber hacia a la otra, en donde sus artículos 1.274 y 1.275 establecen textualmente lo siguiente:

Artículo 1.274. El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo.

Artículo 1.275. 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 la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencias inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación.

Considerando que la legislación laboral constituye la normativa mínima que deberá estipular todo contrato de trabajo, y previendo a su vez que dicha normativa estipula una serie de tarifas que constituyen las indemnizaciones derivadas del daño del cual pueda ser víctima el trabajador como consecuencia del vínculo laboral, se hace menester precisar las disposiciones que dicha legislación consagra al respecto.

Particularmente, en caso de despido injustificado, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo consagra un régimen de estabilidad en el trabajo, cuyo artículo 187, en su único aparte, establece:

(...) el trabajador podrá ocurrir ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, cuando no estuviere de acuerdo con la procedencia de la causa alegada para despedirlo, a fin de que el Juez de Juicio la califique y ordene su reenganche y pago de los salarios caídos, si el despido no se fundamenta en justa causa, de conformidad con la ley (...).

Por su parte, además de la citada obligación de hacer y dar, prevista en la Ley, el referido régimen de estabilidad establece una indemnización subsidiaria, en caso de que el patrono rechace cumplir con el reenganche de un trabajador despedido injustificadamente, e insista en consecuencia con dicho despido, no si antes advertir que lo dispuesto en la norma “no impide a los trabajadores o sus causahabientes el ejercicio de las acciones que puedan corresponderles conforme al derecho co-

mún”, dicha indemnización se encuentra consagrada en el artículo 125, el cual establece lo 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, además de los salarios que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento, una indemnización equivalente a:

- 1) Diez (10) días de salario si la antigüedad fuere mayor de tres (3) meses y no excediere de seis (6) meses.
- 2) Treinta (30) días de salario por cada año de antigüedad o fracción superior de seis (6) meses, hasta un máximo de ciento cincuenta (150) días de salario.

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 fuere mayor de un (1) mes y no exceda de seis (6) meses;
- b) Treinta (30) días de salario, cuando fuere superior a seis (6) meses y menor de un (1) año;
- c) Cuarenta y cinco (45) días de salario, cuando fuere igual o superior a un (1) año;
- d) Sesenta (60) días de salario, cuando fuere igual o superior a dos (2) años y no mayor de diez (10) años; y
- e) Noventa (90) días de salario, si excediere del límite anterior.

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

Igualmente, en caso de terminación de la relación de trabajo, y como consecuencia de la falta de disfrute de las vacaciones por parte del trabajador, la Ley Orgánica del Trabajo, en sus artículos 224, y 225 prevé sendas indemnizaciones, las cuales son establecidas de la siguiente forma:

Artículo 224. Cuando por cualquier causa termine la relación de trabajo sin que el trabajador haya disfrutado de las vacacio-

nes a que tiene derecho, el patrono deberá pagarle la remuneración correspondiente.

Artículo 225. Cuando la relación de trabajo termine por causa distinta al despido justificado antes de cumplirse el año de servicio, ya sea que la terminación ocurra durante el primer año o en los siguientes, el trabajador tendrá derecho a que se le pague el equivalente a la remuneración que se hubiera causado en relación a las vacaciones anuales, de conformidad con lo previsto en los artículos 219 y 223 de esta Ley, en proporción a los meses completos de servicio durante ese año, como pago fraccionado de las vacaciones que le hubieran correspondido.

En materia de accidente o enfermedad profesional, se encuentran dos regímenes que pretenden resarcir al trabajador víctima de tales infortunios, en primer lugar el ya referido régimen de responsabilidad objetiva o “sin culpa” previsto en la Ley Orgánica del Trabajo. Por su parte la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo²⁴, consagra un régimen de responsabilidad subjetiva o “con culpa”, específicamente aquél que se deriva del incumplimiento por parte del patrono de su deber de garantizar un medio ambiente de seguridad e higiene adecuado para sus trabajadores.

En efecto, el artículo 130 determina las tarifas indemnizatorias aplicables en los casos en que el trabajador resultara víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional con ocasión del incumplimiento patronal de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo. Dicha norma establece expresamente:

En caso de ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional como consecuencia de la violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador o de la empleadora, éste estará obligado al pago de una indemnización al trabajador, trabajadora o derechohabientes, de acuerdo con la gravedad de la falta y de la lesión, equivalentes a:

²⁴ Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 38.236 del 26 de julio de 2005.

1. El salario correspondiente a no menos de cinco (5) años ni más de ocho (8) años, contados por días continuos, en caso de muerte del trabajador o de la trabajadora.
2. El salario correspondiente a no menos de cuatro (4) años ni más de siete (7) años, contados por días continuos, en caso de discapacidad absoluta permanente para cualquier tipo de actividad laboral.
3. El salario correspondiente a no menos de tres (3) años ni más de seis (6) años, contados por días continuos, en caso de discapacidad total permanente para el trabajo habitual.
4. El salario correspondiente a no menos de dos (2) años ni más de cinco (5) años, contados por días continuos, en caso de discapacidad parcial permanente mayor del veinticinco por ciento (25%) de su capacidad física o intelectual para la profesión u oficio habitual.
5. El salario correspondiente a no menos de un (1) año ni más de cuatro (4) años, contados por días continuos, en caso de discapacidad parcial permanente de hasta el veinticinco por ciento (25%) de su capacidad física o intelectual para la profesión u oficio habitual.
6. El doble del salario correspondiente a los días de reposo en caso de discapacidad temporal.

En caso de gran discapacidad asociada a la discapacidad absoluta permanente la indemnización será equiparable a la muerte del trabajador o trabajadora.

Cuando la gran discapacidad esté asociada a la discapacidad temporal, la indemnización será una indemnización equivalente al triple del salario correspondiente a los días que hubiere durado la incapacidad.

Cuando la secuela o deformaciones permanentes, provenientes de enfermedades profesionales o accidentes del trabajo, hayan vulnerado la facultad humana del trabajador, más allá de la simple pérdida de su capacidad de ganancias, en las condiciones y circunstancias contempladas en el artículo 71 de esta Ley, el

empleador queda obligado a pagar al trabajador, por concepto de indemnización, una cantidad de dinero equivalente al salario de cinco (5) años contando los días continuos.

A los efectos de estas indemnizaciones, el salario base para el cálculo de las mismas será el salario integral devengado en el mes de labores inmediatamente anterior.

Tal como se aprecia de las normas anteriormente transcritas, si bien el régimen previsto en nuestra legislación laboral consagra un régimen protectorio de indemnizaciones frente a eventuales daños de los cuales pudiera ser víctima el trabajador por o con ocasión del trabajo, inclusive de aquél que provenga del incumplimiento por parte del patrono de ciertas condiciones que le impone el contrato de trabajo, éstas se encuentran limitadas a las tarifas expresamente previstas en su normativa.

Del análisis anterior, se demuestra como el proceso histórico que aunó en el desarrollo del derecho del trabajo como rama autónoma e independiente capaz de regular las relaciones jurídicas que surgen de aquella que se materializa a través del contrato de trabajo, fue capaz de crear todo un sistema de responsabilidad especial, aplicable única y exclusivamente bajo la existencia de una relación jurídico laboral.

Dicho sistema tuvo como finalidad tomar distancia del sistema de responsabilidad tradicional previsto en los códigos civiles, y que entraña en primer lugar la idea de la reparación integral de los daños generados a partir de un incumplimiento contractual, así como la reparación de los daños que se causen fuera de la esfera contractual cuando los daños provengan de la conducta culposa de su agente, para lo cual deberá demostrarse la culpa del generador del daño en la provocación de los mismos, de acuerdo con el régimen sobre el hecho ilícito.

Sin embargo, hemos advertido que la propia normativa laboral no impide al trabajador víctima de daños causados por el incumplimiento del contrato de trabajo, la posibilidad de accionar en contra del patrono bajo la normativa emanada del derecho común, por lo menos bajo los supuestos de terminación de la relación de trabajo, y los daños que dicha situación acarrea sobre el entorno patrimonial del trabajador, ya que tal como fue referido anteriormente, en materia de infortunios del trabajo más bien pareciera que la Ley pretende excluir la aplicación del régimen de responsabilidad del derecho común de acuerdo con lo establecido en el artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Esta situación genera la interrogante acerca de si resulta posible la coexistencia de ambos sistemas de responsabilidad derivados de una sola relación jurídica, en este caso aquel que emana del contrato de trabajo, y de su eventual incumplimiento por parte del patrono, máxime cuando la evolución histórica de las cosas demuestran que la razón existencial del derecho del trabajo tenía consigo el total desprendimiento de dicha disciplina a la regulación civilista del trabajo ejecutado por cuenta y bajo dependencia de otro.

La situación que se plantea es lo que la doctrina civilista ha denominado el concurso o cúmulo de la responsabilidad contractual con la extracontractual por hecho ilícito, a partir del incumplimiento de un contrato, y sobre su existencia dentro del ámbito laboral, lo cual se analizará a continuación.

3. Generalidades sobre la tesis del cúmulo o concurso de responsabilidades y su inclusión dentro del contexto del contrato de trabajo

En primer término y antes de adentrarnos de fondo al tema referido al cúmulo de responsabilidades, se hace necesario hacer un paréntesis a los fines de ubicarnos en el contexto jurídico del derecho civil referido a las obligaciones derivadas del incumplimiento de un contrato, así como aquéllas derivadas del hecho ilícito, especie del género de las fuentes de obligaciones extracontractuales.

En tal sentido, tenemos que es a partir del establecimiento del Código Napoleónico cuando se desarrolla la distinción entre estos dos campos de la responsabilidad civil, la cual ha viajado en el tiempo hasta llegar a nuestros días, de tal manera que nuestro Código Civil vigente recoge la regulación de estas dos fuentes distintas de obligaciones.

Frente a esta situación, antiguos civilistas defendían la tesis de la unidad de la responsabilidad civil, sosteniendo que ésta surgiría siempre como una sanción por el incumplimiento de una obligación preexistente, sea que ésta derive o no de un contrato, es por ello que concluían que toda responsabilidad era necesariamente de naturaleza delictual.

Los tesisistas de la unidad establecían que con el incumplimiento de un contrato se establecía una novación, en el sentido que con dicho incumplimiento éste se extinguía y nacía una nueva obligación la cual tenía similar naturaleza a la responsabilidad delictiva. Esta tesis nunca

tuvo buena acogida y su principal crítica se centró en el hecho que con el incumplimiento de los contratos no se producía novación alguna, frente a esta situación Josserand dijo que en esos casos “...es entonces cuando aparece el sentido y la virtud de la fuerza obligatoria de los contratos...”²⁵.

En los actuales momentos no cabe duda en cuanto al doble aspecto de la responsabilidad civil, y su regulación en caso que ésta tenga fuente contractual o extracontractual, Mélich²⁶ explica la diferencia entre una y otra la cual establece de la siguiente manera:

1. En la responsabilidad contractual rige la autonomía de la voluntad de las partes, y en tal sentido las normas que la regulan pueden ser libremente relajadas por los particulares. Mientras tanto la responsabilidad extracontractual ha sido reputada por la jurisprudencia francesa de “*orden publico*”, y por tanto sus normas no pueden ser derogadas por convenio privado;
2. En la responsabilidad contractual, el monto de la indemnización por incumplimiento siempre estará limitado a lo dispuesto por las partes y en caso de existir silencio se aplica lo previsto en la Ley, que igualmente la limita a un monto. En materia de responsabilidad extracontractual la autonomía de la voluntad no cuenta a la hora de establecer los límites de la indemnización, la cual se calcula en base a la dimensión del daño;
3. La autonomía de la voluntad de las partes en materia de responsabilidad contractual encuentra sus límites en la capacidad negocial de las partes. La responsabilidad extracontractual surge inclusive en caso de incapacidad;
4. En materia contractual no es posible la indemnización de los daños morales²⁷. Este criterio fue reiterado mediante sentencia de fecha 24 de marzo de 1983²⁸. En el plano extracontractual el

²⁵ Cfr. Josserand, L. (1950) *Curso de Derecho Civil Positivo Francés*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 454.

²⁶ Vid. Mélich J. (1995) *Ob. Cit.*, pp. 281-287.

²⁷ Vid. Jurisprudencias Ramírez & Garay, Tomo LXXII, 1981. pp. 20-21.

²⁸ *Ibidem*, Tomo LXXXI, 1983, pp. 432-433

deber de reparación trasciende del terreno patrimonial hasta el no patrimonial inclusive (Artículo 1.196 del Código Civil);

5. Con respecto a la responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito, la coexistencia de autores del acto antijurídico hace presumir la solidaridad de culpa, mientras que en la responsabilidad contractual la solidaridad debe estar pactada o establecida en la Ley.

Por otra parte los hermanos Mazeud, criterio emanado del derecho francés, plantean de una manera más sencilla la diferencia entre ambos regímenes de responsabilidad civil y, en tal sentido, establece que para que exista responsabilidad contractual es menester que “(...) la obligación violada haya sido creada por un contrato (...)” y además “(...) que el daño sufrido por el acreedor consista en la privación de la ventaja patrimonial que el contrato tendía a asegurarle (...)”²⁹.

Considerando lo anterior, no existiría responsabilidad contractual, y por ende emerge la responsabilidad extracontractual “Cuando la obligación violada no ha nacido del contrato aunque exista un contrato entre el agente del daño y la víctima”³⁰, así como “Cuando el daño reclamado no consista propiamente en la pérdida de la ventaja que el contrato estaba destinado a garantizar al acreedor”³¹.

Las tesis a favor del cúmulo de responsabilidades se encuentran en la jurisprudencia predominante en Bélgica, así como en la doctrina de algunos reputados autores italianos, y en un gran sector de su jurisprudencia establecen que de tener el daño naturaleza contractual y delictual deviene necesariamente un concurso de acciones, pero igualmente señala que otros autores han manifestado que se trata realmente de una acción única. A tal respecto señala textualmente lo siguiente:

(...) por otros se ha hecho resaltar que se trata de una acción única, porque único es el objeto al cual ella tiende (resarcimiento) y única la *causa pretendi* (el daño). El carácter contractual o extracontractual del daño no es más que una

²⁹ Citado por Mélich J. (1995) *Ob. Cit.*, p. 293.

³⁰ *Ibidem*, p. 293.

³¹ *Ibidem*, p. 294.

cualificación de la *causa pretendi*, que no le altera su identidad. Se tiene, pues, simplemente un concurso de normas aplicables y corresponderá a la víctima elegir alternativamente entre ellas aquellas que quiera hacer valer (esto es, aquellas concernientes a la responsabilidad contractual o aquellas concernientes a la responsabilidad extracontractual). Siendo única la acción, no está prohibido al actor invocar, en un grado sucesivo del juicio, una norma diversa de aquella que hubiera invocado anteriormente. Tampoco podría decirse que el juez incurra en *ultra petita* si aplica una norma diversa de aquella invocada por el actor (...) ³².

Frente a la situación planteada por las distintas tesis que favorecen al cúmulo de responsabilidades, tenemos que el transportista de mercancías tiene el deber de mantener en buen estado la mercancía que lleva consigo, de conformidad con el contrato de transporte y a su vez en caso que dicha mercancía sufriera un desperfecto pudiera a su vez responsabilizar delictualmente al transportista, en caso que éste haya obrado con negligencia o imprudencia en la ejecución del contrato. Por tal motivo el propietario de la mercancía tendría dos acciones contra el transportista: una de carácter contractual y otra de naturaleza delictual ³³.

Adaptado al campo laboral, el cúmulo de responsabilidades pudiera darse en el caso del trabajador que haya sufrido un accidente de trabajo, quien encuentra la resarcibilidad de los daños mediante las normas de responsabilidad objetiva de acuerdo con el régimen sobre Infortunios del Trabajo previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, el cual actúa como un régimen de aplicabilidad subsidiaria a lo previsto en la Ley del Seguro Social Obligatorio, el cual contiene el régimen de pensiones vitalicias o temporales para los beneficiarios del sistema del Seguro Social Obligatorio, que hayan sido víctima de un infortunio laboral.

Asimismo, el trabajador podría ser adicionalmente resarcido de conformidad con el régimen indemnizatorio previsto en la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, en caso de que haya mediado en el accidente o enfermedad causada por el trabajo, el

³² *Novísimo Digesto Italiano*, Vol. XV, p. 679. Citado por Mélich J. (1993) *Ob. Cit.*, p. 298.

³³ *Ibidem*, p. 297.

incumplimiento por parte del patrono de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo previstas en dicha legislación.

Pues bien el corolario del cúmulo responsabilidades, de acuerdo con el análisis que se viene desarrollando, consistiría en la afirmación de que el trabajador afectado no sólo tendría derecho a la reparación del daño de acuerdo con las normas anteriormente referidas, sino también a una reparación integral de acuerdo con el régimen de responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito previsto en el Código Civil, probándose que el daño se produjo por negligencia del patrono al inobservar las normas de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo establecidas en la respectiva ley, lo cual concuerda con el supuesto de hecho previsto en el artículo 1.185 del Código Civil.

En líneas generales, los partidarios del cúmulo arguyen en apoyo a su tesis que la responsabilidad extracontractual configura un régimen de orden público dirigido a asegurar un mínimo de protección que el contrato podrá ampliar, mas no reducir, y por tanto éstas siempre serán de aplicación preferente, a pesar que las partes se encuentren vinculadas a las normas de un contrato.

En la doctrina venezolana encontramos como fiel defensor de la teoría del cúmulo de responsabilidades a Benito Sansó, el autor establece que no existe ninguna norma que establezca la exclusividad de terceros para la aplicación de la responsabilidad extracontractual; asimismo plantea que la norma establecida en el artículo 1.185 del Código Civil, es aplicable a todo sujeto de derecho, sin importar el carácter en que actúan. Por último dice que en todo caso las partes contratantes serían partes mientras actúen dentro de la esfera de ejecución del contrato mismo, y dejarían de serlo para todo aquello no establecido en el contrato y por tanto, sólo en ese caso les serían aplicables las disposiciones sobre responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito³⁴.

Mas allá de las discusiones doctrinarias, nuestra jurisprudencia hasta los momentos ha demostrado un criterio reiterado y pacífico en cuanto a la defensa de la teoría del cúmulo de responsabilidades en materia

³⁴ Vid. Sansó, B. (1984) *El Problema del Cúmulo de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual*, en Estudios Jurídicos, Caracas: Universidad Central de Venezuela, p. 118.

laboral, y de tal manera lo determinó la propia casación civil en sentencia de fecha 10 de agosto de 1960, en la cual estableció lo siguiente:

(...) No hay duda de que si la causa justificada del retiro del trabajador constituye un hecho ilícito enmarcado en el artículo 1.185 del Código Civil, el patrono tendrá, además de las obligaciones que le impone la Ley del Trabajo, por efecto del contrato celebrado, la de reparar todo el daño material y moral causado por el hecho ilícito. Lo mismo ocurre en caso de que los hechos cumplidos por el patrono para poner fin unilateralmente a la relación laboral configuren un hecho ilícito, al tenor de lo previsto en la disposición que acaba de ser citada (...) ³⁵.

La coexistencia de la responsabilidad contractual con la delictual, de acuerdo con la extinta Sala de Casación Civil, procede cuando el daño experimentado por la víctima, con base a un hecho ilícito, se ha producido con ocasión o en relación a un contrato de trabajo, y solamente no se le admite cuando el resultado dañoso es producto de la actividad que el contrato, en forma específica y propia, regula, en cuyo caso es meramente contractual ³⁶.

Las anteriores menciones hacen concluir que, en cuanto al criterio jurisprudencial predominante, el llamado “cúmulo de responsabilidades” es perfectamente factible dentro del ordenamiento jurídico laboral venezolano. Sin embargo, frente a dicha posición otros se han hecho postulantes de las tesis de la no acumulabilidad de la responsabilidad contractual con la extracontractual.

Tal es el caso de la doctrina y jurisprudencia francesa, quienes unísonos condenan la factibilidad del cúmulo de responsabilidades, estableciendo que la aplicación del régimen extracontractual dentro de una relación jurídica vinculada a través de un contrato, arriesga la modificación del contenido de las obligaciones emanadas de dicho instrumento, además de las particularidades que la propia Ley se ha encargado de establecer como normas comunes para los sujetos contratantes (para el caso venezolano, artículos 1.273 y ss. del Código Civil).

³⁵ *Cfr.* Jurisprudencias Ramírez & Garay, Tomo II, 1960, p. 588.

³⁶ *Idem*, Tomo LXIX, 1980, p. 453.

Dentro del contexto jurídico venezolano Mélich explica los argumentos utilizados por los defensores del no-cúmulo de la siguiente manera:

1. El contrato crea una situación jurídica nueva, que no existía antes de su conclusión; desde el momento que se trata de una situación creada por la voluntad de las partes, es lógico que corresponda sólo a las partes precisar el contenido de sus obligaciones y la consiguiente responsabilidad que se deriva de su no cumplimiento.
2. La Ley ha creado dos sistemas paralelos de responsabilidad, cada uno con sus reglas peculiares; esta dualidad de regímenes sería inútil en caso de aprobarse el cúmulo, ¿para qué establecer reglas particulares a cada una de las dos especies de responsabilidades y no haber establecido de una vez unas mismas y únicas reglas, si luego se debían rellenar los vacíos de la responsabilidad contractual con las de la responsabilidad extracontractual?
3. Cuando las partes celebran un contrato, ellas manifiestan su voluntad de regirse en sus relaciones por las reglas de la responsabilidad contractual y descartan implícitamente su sumisión al régimen de la responsabilidad extracontractual. Sería violar la fe del contrato permitir a la otra parte prevalecerse de una regla extracontractual en detrimento de su co-contratante³⁷.

Por otra parte, vale la pena acotar que lo asentado por la jurisprudencia no conlleva necesariamente a aceptar como indefectible la teoría de la acumulación de acciones emanadas de ambos sistemas de responsabilidad, y en tal sentido, el hecho que ambos sistemas de responsabilidad coexistan bajo un mismo hecho dañoso, no significa necesariamente la admisión de la tesis de la acumulación de acciones, es decir, que ambos planos de responsabilidad puedan ser invocados conjuntamente en una sola acción, ventilado bajo un mismo proceso, y conocido por un solo juez competente.

³⁷ Cfr: Mélich, J. (1998) *El Resarcimiento del Daño Moral en material laboral y la cuestión del Cúmulo de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual*, en *Indemnización de Daños y Perjuicios*, Caracas: Ediciones Fabretón, p. 95.

La existencia de ambos planos dentro de la responsabilidad civil en nuestros tiempos parece innegable, tan es así que la discusión sobre esta materia ha pasado al olvido de los tratadistas civilistas, y por el contrario, éstos ahora se han centrado a la discusión de si a partir de una relación jurídica se podría yuxtaponer ambas responsabilidades. Como se puede ver, este estudio parte de la certeza de la existencia de ambos tipos de responsabilidad, abriendo a su vez la interrogante de si éstos pueden a su vez acumularse bajo un mismo proceso con ocasión de coexistir ante una misma relación jurídica, y en sí esta situación es la que ha dado origen al llamado problema de la acumulación de acciones por responsabilidad contractual y extracontractual.

La anterior situación ha planteado las presentes interrogantes:

a) ¿Es posible que una parte contratante pueda optar por la aplicación de las reglas derivadas de la responsabilidad delictual, en caso de incumplimiento contractual de la otra parte? Esta cuestión, es lo que según Mélich la doctrina ha llamado cúmulo o concurso de responsabilidades, la cual “alude a la posibilidad de una opción entre la acción por responsabilidad contractual y la acción por responsabilidad delictual”³⁸.

b) ¿Es posible acumular las indemnizaciones derivadas del incumplimiento de un contrato y de la responsabilidad delictual por un mismo daño en una sola demanda? Este problema planteado es lo que se ha dado a conocer como el problema de la acumulación de acciones o pretensiones emanadas de ambos tipo de responsabilidades, y que parte de la posibilidad de que exista en derecho el cúmulo o concurso de responsabilidades ante una misma relación jurídica sustancial.

En materia laboral, la derogada Ley del Trabajo del 16 de junio de 1936, estableció en su artículo 37 las indemnizaciones que correspondía cancelar al patrono en el caso de ocurrir la terminación de la relación de trabajo, la cual fue establecida como un derecho adquirido para todo trabajador cualquiera fuera la causa de dicha terminación, empero dicha norma no limitó la responsabilidad del patrono al pago

³⁸ Cfr. Mélich, J. (1995) *Ob. Cit.*, p. 296.

de las indemnizaciones derivadas de la terminación de la relación laboral previstas en la Ley, y en tal sentido, el párrafo final del referido artículo establecía lo siguiente:“(...) Lo dispuesto en este artículo no impide a los trabajadores el ejercicio de las acciones que puedan corresponderle conforme al derecho común (...)”, de tal manera que ya la derogada Ley del Trabajo establecía la posibilidad que ambos sistemas de responsabilidad coexistieran.

La anterior disposición ha sido traída hasta nuestros días por los postulados vigentes de nuestra Ley Orgánica del Trabajo, tanto en su artículo 108 como en su artículo 125, tal como se ha referido con anterioridad. Pero esta situación plantea a su vez varias interrogantes, formuladas a partir de las distintas situaciones que surgen alrededor del problema del cúmulo de responsabilidades, y en tal sentido cabe preguntar si al presentarse un hecho que constituya violación de un contrato, y a su vez de una disposición legal que abra la posibilidad del resarcimiento con base a la responsabilidad extracontractual por hecho ilícito, el actor pudiera optar entre una acción u otra o, por el contrario, tiene ambas acciones en su haber.

Asimismo cabría preguntarse si es posible que el actor pueda ejercer cualquiera de las dos acciones en caso que una de ellas hubiese prescrito o en el caso de que existiere una cláusula exonerativa de responsabilidad civil, o si sería posible que bajo la coexistencia de ambos sistemas de responsabilidad el actor pueda combinar las ventajas de uno de los regímenes para ser aplicado en combinación con el otro. Estas posibilidades llevan consigo la factibilidad del cúmulo de responsabilidades, pero no necesariamente a la posibilidad de acumular ambas acciones bajo una misma vía judicial.

La conclusión que emana de lo anterior, no es otra cosa que la acumulación de acciones, que en este caso sólo sería factible bajo la coexistencia de ambos sistemas de responsabilidad, lo cual no tendría por qué llevarnos necesariamente a la interpretación, sobre todo en materia laboral, que bajo la premisa de que se acepte la tesis del cúmulo o concurso de responsabilidades ante el incumplimiento del patrono de las condiciones provenientes del contrato de trabajo, de igual forma se genere la posibilidad de que el trabajador pueda acumular en una sola demanda y bajo el sistema procesal del trabajo las acciones provenientes de ambas responsabilidades, como si se tratase ambas de acciones de carácter laboral.

El cuestionamiento anterior cobra importancia después de haberse agotado, en las páginas anteriores, gran cantidad de líneas para explicar que el nacimiento del derecho del trabajo tuvo, entre sus principales objetivos, la separación definitiva de la regulación del vínculo jurídico derivado del trabajo ejecutado por cuenta y bajo dependencia de otro, del contexto normativo civil que trajo consigo la instauración del sistema liberal individualista, y la posterior intervención del Estado en el establecimiento de una serie de políticas sociales, que en su conjunto, dieron origen al desarrollo del derecho del trabajo como rama autónoma especial al resto de las disciplinas jurídicas.

Y es que por virtud del proceso histórico que derivó en el desarrollo del derecho del trabajo como un sistema transaccional, que sirviera de base para la construcción de un piso jurídico, que a su vez diera cabida tanto a patronos como a trabajadores dentro de la economía capitalista que promulgó el sistema liberal individualista, y que hemos heredado hasta nuestros tiempos, sería absurdo concluir que la mejor forma de resolver la problemática laboral que derivaría en un incumplimiento contractual, se centraría en la acumulación del sistema de responsabilidad consagrado en el derecho del trabajo con el viejo sistema de responsabilidad civil extracontractual.

Si esto fuera así, pudiéramos entender que en materia de infortunios del trabajo, el derecho laboral tendió una trampa a sus propios objetivos, el cual, frente a la intervención del Estado, en primer lugar, determinó la responsabilidad del patrono en los infortunios del trabajo, aunque no tuviera culpa de ello, y sólo por el hecho de que su actividad productiva genera un riesgo inminente para las personas que trabajan en su empresa, el cual aprovecha para su enriquecimiento, e igualmente en ciertos casos como el venezolano de la misma manera aceptó extender su responsabilidad en los casos que incumpla las normas de higiene y condiciones de trabajo que fundamentan su deber de seguridad frente al trabajador.

Lo expuesto con antelación es lo que se ha denominado la teoría del riesgo profesional, que de alguna forma favorece al trabajador al verse dispensado de la obligación de probar la culpa del patrono, y que la complementa otra que explica de qué manera se compensa al empleador de dicha desigualdad, la cual es denominada principio de la indemnización transaccional, en el sentido de que si bien el trabajador se encontraba dispensado de probar la culpa del empleador con ocasión

del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, el trabajador a su vez transigía en sus derechos de indemnización integral con ocasión del accidente de trabajo o enfermedad profesional y aceptaba la indemnización tarifada que la Ley laboral le ofrecía³⁹.

En adición a ello, debemos recordar que nuestra legislación, además de las indemnizaciones tarifadas previstas en la Ley Orgánica del Trabajo, le da al trabajador la oportunidad de accionar en contra del patrono por el pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, en aquellos casos en que el empleador no cumpla con las disposiciones contenidas en dicha Ley y por dicha causa haya generado el infortunio del trabajador, estableciendo en consecuencia una serie de indemnizaciones que son de mayor *quantum* que las establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo.

Pues bien, si a estas normas que sustentan el sistema de responsabilidad especial del patrono por infortunios del trabajo se añadieran adicionalmente las previstas en el sistema de responsabilidad civil por hecho ilícito, a los fines de que el trabajador pueda acumularlas en una sola acción judicial, se estaría desnaturalizando la razón de la existencia del sistema especial de responsabilidad patronal en esta materia. Tanto es así que si patrono y trabajador no estuviesen vinculados en un contrato de trabajo, el patrono sería responsable en menor entidad en caso de generarle un daño al trabajador, ya que ante dicho evento sólo sería aplicable el sistema de responsabilidad civil previsto en el derecho común.

De igual forma cabría preguntarse, cuál razón lógica habría conducido al legislador a exigir que el trabajador pruebe una culpa grave del patrono, a los fines de lograr las indemnizaciones establecidas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, si el propio legislador hubiese permitido al trabajador lograr la reparación de los daños por aplicación de las normas más elásticas del Código Civil sobre la responsabilidad civil extracontractual, el cual inclusive procede en caso de culpa levísima.

³⁹ Vid. Sachet, A. (1947) *Tratado Teórico de la Legislación sobre los Accidentes de Trabajo y las Enfermedades Profesionales*, T-IV, Buenos Aires: Editorial Alfa, pp. 1-6.

Por su parte, sostener dicha tesis y, en consecuencia, asimilar el carácter laboral de la acción proveniente de la responsabilidad civil por hecho ilícito derivado del incumplimiento del contrato de trabajo en materia de infortunios del trabajo, definitivamente convertiría en letra muerta lo previsto en el artículo 1.629 del Código Civil, el cual establece que: “Los derechos y las obligaciones de los patronos y trabajadores, con ocasión del trabajo, se regirán por la legislación especial del trabajo”.

En sintonía con la anterior disposición, el artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo reza:

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”.

La norma anteriormente transcrita, concatenada con lo dispuesto en el artículo 1.629 del Código Civil, conduce a una impremitible conclusión acerca de la exclusión del ámbito regulatorio del derecho del trabajo de dichos supuestos enumerados con anterioridad, quedando por tanto de forma residual regulado única y exclusivamente por el régimen de responsabilidad del derecho común o a la especial que le concierna, lo cual hace inferir que el resto de presupuestos fácticos no señalados en el anterior artículo, sólo y exclusivamente serán regulados por el régimen de responsabilidad especial previsto en el orde-

namiento jurídico laboral, con el ánimo de que no sea acumulable con algún otro régimen legal.

Por su parte, vale la pena destacar la opinión de Maduro Luyando, quien sostiene en una de sus doctrinas referidas al tema comentado lo siguiente:

Por lo que respecta a la materia del Trabajo, la existencia de una legislación especialísima elimina completamente la posibilidad de aplicar los principios del derecho común (...).

En Venezuela la legislación del trabajo tiene el fundamento jurídico enunciado, constituye un ordenamiento especialísimo y autónomo, no dando campo a las normas civilistas de que tratamos. Sólo en caso de máquinas, instalaciones industriales, etc., que causen daños al patrimonio de terceros, es que cabría la aplicación del artículo 1.193 del Código Civil⁴⁰.

Ahora bien, establecer que el sistema de responsabilidad civil por hecho ilícito no resulta aplicable en materia laboral, no quiere decir necesariamente que el patrono no fuese responsable civilmente en caso de mediar una conducta negligente o imprudente ante un incumplimiento del contrato de trabajo, en este sentido la propia Ley Orgánica del Trabajo favorece tal postulado sin lugar a dudas, pero peor significado genera el hecho de que el artículo 129 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo estipule la posibilidad de que el trabajador, víctima del incumplimiento de las garantías de seguridad y salud en el trabajo y por ende de una conducta negligente o imprudente del patrono que acarrea el incumplimiento de su deber de seguridad, posea en sus manos la posibilidad de accionar en contra de este último, y bajo una sola vía judicial, las indemnizaciones provenientes tanto de la ley laboral como de la ley civil, como si se tratase de una acción única de carácter laboral.

⁴⁰ Cfr. Maduro, E. (1998) *Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito derivada de la guarda de Cosas Inanimadas*, en *Indemnización de Daños y Perjuicios*, Caracas, Ediciones Fabretón, p. 219.

4. Estudio comparado acerca del cúmulo de responsabilidades dentro del contrato de trabajo, con especial énfasis en la responsabilidad patronal derivada de los infortunios del trabajo

Ya se ha analizado con profundidad sobre la problemática que se ha planteado acerca de la procedencia del cúmulo de responsabilidades dentro del contexto del derecho del trabajo, punto que encuentra total respaldo en nuestra legislación, por lo menos en el tema referido a los infortunios del trabajo, doctrina mayoritariamente aceptada por nuestros Tribunales del Trabajo.

Si fuera el caso que nuestra legislación laboral excluyera la posibilidad de que el trabajador se pueda beneficiar de su patrono bajo el sistema de responsabilidad civil extracontractual regulado por el derecho común, el terreno a la consecución de los objetivos de este ensayo estaría totalmente ganado, es decir, de nada serviría en ese caso ventilar acerca de la posibilidad de que acciones provenientes de ambos planos de responsabilidad puedan acumularse dentro de una misma vía procedimental, la respuesta sería obviamente negativa.

Sin embargo, la procedencia de la tesis del cúmulo de responsabilidades en materia laboral es lo que hace interesante la disertación acerca del tema que constituye objeto del presente ensayo, ya que se debe tomar en consideración que el hecho de que ambos planos de responsabilidad coexistan —en derecho— no necesariamente hace proceder la posibilidad de acumular acciones provenientes de los distintos sistemas y mucho menos bajo una acción de naturaleza única y a través una sola vía procedimental.

A continuación, se presenta como el derecho comparado se ha comportado en aras de resolver el problema que se plantea, y cómo nuestro ordenamiento jurídico ha resuelto su solución.

4.1 Posiciones radicales: El ordenamiento Jurídico Francés e Italiano

Haciendo un análisis de los ordenamientos jurídicos que apoyaron la tesis de la responsabilidad objetiva o sin culpa del empleador en materia de accidentes o enfermedades provenientes del trabajo, pudiéramos tomar como referencia el instrumento normativo que Francia destinó a la regulación de esta materia, el cual se encontraba consagrado en la Ley del 1º de julio de 1938, en donde específicamente su artículo 3º, pará-

grafo 1º, el cual modificó el artículo 2º de la Ley de 1898, establece expresamente que:

Los beneficiarios designados en el artículo 1º no pueden prevalerse contra sus empleadores, o los obreros y delegados de estos últimos, de ninguna otra disposición que las de la presente Ley, en razón de los accidentes de los cuales son víctimas en su trabajo, salvo las de un estatuto personal especial que eleva la tasa de las indemnizaciones (...)⁴¹.

La norma anteriormente transcrita, establece que, en caso de accidentes, los beneficiarios a los que alude el artículo 1º de dicha Ley sólo pueden accionar en contra del empleador en base a las indemnizaciones tarifadas establecidas en esa Ley, las cuales, dicho sea de paso, se encuentran fundadas en la responsabilidad objetiva patronal derivada del riesgo profesional, y eximen al trabajador de la prueba de la culpa del patrono en la ocurrencia del infortunio del trabajo.

Con ello, dicha legislación

(...) ha abandonado así definitivamente, el punto de vista de ciertos teóricos que contemplaban una reforma más audaz, y en presencia de la nueva teoría de la presunción de responsabilidad que surgía del artículo 1384 del Código Civil, proponían dejar a la víctima, la facultad de la elección entre el ejercicio de la acción de derecho común y la de la acción transaccional⁴².

Sin embargo, la Ley del 30 de octubre de 1946 transfirió los riesgos derivados de los infortunios del trabajo a la *Securite Siociale* francesa, texto que a pesar de mantener la exclusión de la responsabilidad derivada del hecho ilícito en esta materia, estableció dos excepciones a ese principio, una primera según la cual, el trabajador sólo podrá obtener una indemnización integral (sin límites) en caso de falta intencional o dolo del empleador o de sus sirvientes o dependientes de conformidad con lo establecido en el artículo 113.1 del Código de Seguros francés, y otra conforme a la cual el trabajador tiene la posibilidad de obtener una indemnización adicional igualmente tarifada, en caso de que exista una

⁴¹ Cfr. Sachet, A. *Ob. Cit.*, T-IV, p. 98.

⁴² *Ibidem*, p. 99.

falta inexcusable del empleador, tal como lo dispone el artículo L.468 del Código de la Seguridad Social francés, modificado por la Ley N° 76-11-06 del 6-12-76⁴³.

En este sentido, la casación francesa ha definido la falta inexcusable de la siguiente manera:

(...) se entiende por culpa inexcusable una falta de una gravedad excepcional, que se deriva de un acto u omisión voluntarios, de la conciencia del peligro que debía tener su autor, de la ausencia de toda causa justificativa, y que se distingue, por la ausencia de un elemento intencional (...) ⁴⁴.

El concepto mencionado se asemeja en gran medida al supuesto de hecho previsto en el derogado artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo de 1986, pero con la única diferencia que en el caso del referido artículo se establece, a los fines de acordar las indemnizaciones allí previstas, la necesidad de que el patrono violente además alguna de las disposiciones previstas en dicha ley, lo cual lo asemeja al supuesto normativo vigente.

Ahora bien, la misma jurisprudencia francesa ha dictaminado que en los casos no previstos en la Ley que regula la materia de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, se podrán aplicar las normas del derecho común, lo cual hace concluir forzosamente que en los casos previstos por dichas leyes exclusivamente se aplicarán éstas, prescindiendo en tal sentido de las normas civiles.

De esa manera lo expresa Sachet, al establecer que:

(...) Cuando una enfermedad, aunque de origen profesional, no figura en los cuadros de leyes de 1919 y de 1931, la víctima no puede prevalerse de las disposiciones de la Ley de 1898.

⁴³ Vid. Acedo, C. (1993) *La Función de la Culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito en el Derecho Venezolano, comparado con los Derechos Francés e Italiano*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, p. 264

⁴⁴ Casación Francesa, Salas Reunidas, 15/07/41, Gaz. Pal. 1941, 2, 254, citado por Sachet, A. *Ob. Cit.*, T-IV, p. 231.

¿Pero puede entonces obrar contra el jefe de empresa según los términos del derecho común? La jurisprudencia de la Corte de Apelación se pronuncia en general por la afirmativa ...Las consideraciones fuertemente motivadas del fallo de Amiens de 1936, parecen terminantes y no vacilamos en pensar que en este caso el recurso al derecho común es posible. Se puede, por otra parte, sacar argumento de un fallo de la Cámara civil del 25 de junio 1918... que decide en materia de accidente del trabajo “que si los obreros no pueden prevalerse de ninguna disposición que no sean las de la Ley de 1898, tienen derecho a invocar las reglas del derecho común cuando demandan reconvencionalmente daños y perjuicios, en reparación del perjuicio resultante de una acción en justicia abusivamente ejercida por el patrono (...)”⁴⁵.

Lo anterior no deja lugar a dudas, definitivamente la legislación francesa aplicaba el derecho común subsidiariamente en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando las leyes laborales o de la seguridad social que regulan dicha materia no dispusieran solución alguna al caso en concreto, si no fuere así proscribían definitivamente la posibilidad de que ambos sistemas coexistieran.

En Italia, igualmente existe un sistema de responsabilidad objetivo para los casos de infortunios del trabajo que ha sido absorbido en su totalidad por un régimen de seguro de responsabilidad civil patronal de carácter obligatorio (Ley N° 80 del 17/03/1898, N° 243 del 29/06/1903, N° 51 del 31/01/1904), y a partir de 1933 el INAIL (*Istituto Nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*) se encarga de asegurar la responsabilidad de los patronos por los infortunios del trabajo, funcionando como un régimen propio de la Seguridad Social⁴⁶.

Ahora bien, acerca de la aplicabilidad del derecho común para los casos de infortunios del trabajo, el ordenamiento jurídico italiano sólo prevé dicha aplicación en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, producto de una infracción penal del propio patrono o de una

⁴⁵ Cfr: Sachet, A. *Ob. Cit.* T-III, p. 130.

⁴⁶ *Vid.* Acedo, C. *Ob. Cit.*, p. 177.

persona por cuyos hechos responde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley italiana N° 1.124 del 30/06/65 y el artículo 2.059 del Código Civil italiano⁴⁷.

En definitiva, ambos ordenamientos jurídicos, francés e italiano, han venido tomando una postura que pudiera llamarse radical frente a la hipótesis de la acumulación de acciones, específicamente en materia de infortunios del trabajo, ya que *per se* resultan contrarios al tema que fundamenta dicha acumulabilidad, como es la tesis del cúmulo o concurso de responsabilidades dentro del marco del derecho del trabajo, y en específico en materia de infortunios del trabajo. En este sentido, al establecer expresamente la no aplicabilidad del régimen de derecho común a esos casos obviamente cierran la posibilidad de acumular ambas acciones.

En los casos donde mantienen la posibilidad de aplicar la normativa de derecho común sobre responsabilidad por hecho ilícito, vale repetir, sólo en caso de dolo o de una infracción penal dependiendo del caso en particular, donde apoyan la tesis del cúmulo de responsabilidad, ambas legislaciones no dan respuesta acerca de que dicha posibilidad permita la acumulabilidad de ambas acciones bajo el contexto procesal del trabajo.

4.2 Posiciones intermedias: El ordenamiento jurídico argentino

Dentro del derecho comparado latinoamericano, resulta importante citar la experiencia argentina dentro del campo de los infortunios del trabajo, cuyo sistema jurídico actualmente dispone la no aplicación del derecho común a dichos casos, tal como lo hacen tanto en Italia como en Francia. En efecto, la derogada Ley 24.028 sobre Accidentes de Trabajo, de fecha 14/11/91, y que sustituyó a la antigua Ley 9.688 de 1915, disponía textualmente en su artículo 16 lo siguiente:

El trabajador o sus causahabientes, según el caso, podrán optar entre los derechos e indemnizaciones que le corresponden según el sistema de responsabilidad especial que se establece en esta ley o los que pudieran corresponderle según el derecho civil. Sin embargo, ambos sistemas de responsabilidad son excluyentes y la

⁴⁷ “El empleador es entonces subjetivamente responsable de sus propios comportamientos culposos punibles, y objetivamente responsable de los comportamientos culposos punibles de los sujetos que lo sustituyen en la dirección de la empresa y de sus trabajadores”. *Cf*: *Ibidem*, p. 264.

iniciación de una acción judicial o la percepción de cualquier suma de dinero en virtud de uno de ellos, importa la renuncia al ejercicio de las acciones y derechos y al reclamo de las indemnizaciones que pudieran corresponderle en virtud del otro.

Para las acciones de derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil, con excepción de lo dispuesto en los artículos 13 y 17 de esta ley. En la Capital Federal será competente la justicia civil.

Invítase a las provincias para que determinen la competencia en esta materia, según el criterio establecido precedentemente⁴⁸.

Dicho sistema establecía la posibilidad, para el trabajador, de optar por cualquiera de las dos (2) vías –civil o laboral– para resarcir la reparación del daño ocasionado a causa de un accidente o enfermedad proveniente del trabajo, pero haciendo énfasis en que ambas acciones eran excluyentes y sólo el trabajador podía optar por una sola de ellas, trayendo como consecuencia que el ejercicio de una de ellas excluiría automática a la otra.

La norma anteriormente transcrita, la cual data del artículo 17 de la Ley 9688 sobre Accidentes de Trabajo, acarreó variadas interpretaciones a nivel jurisprudencial en Argentina, y en tal sentido podemos citar las siguientes:

(...) El art. 17 ley 9688 prescribe que la acción de indemnización fundada en ella y la basada en el derecho común son incompatibles y se excluyen recíprocamente, y que la percepción de cualquier valor en concepto de indemnización por una de ellas importa la renuncia *ipso facto* de los derechos que en ejercicio de la otra pudiera corresponderle (...) ⁴⁹.

Se verifica que la jurisprudencia argentina era clara y precisa, al afirmar que la acción ejercida con base en normas derivadas del contrato de trabajo y aquellas ejercidas con aplicación de normas derivadas del

⁴⁸ Cfr. Rufino, M. (1990) *Accidentes de Trabajo*, Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 12.

⁴⁹ Sentencia del 23/04/76. Cfr. *Ibidem*, p. 374.

derecho común eran incompatibles y se excluían mutuamente. Otra jurisprudencia similar estableció lo siguiente:

(...) Si el accionante voluntariamente hizo uso de la opción prevista en el art. 17 ley 9688 y fundamentó su pretensión en normas de derecho común (art. 1113 CC), con ello se apartó del régimen de indemnización tarifada que aquella ley establece, encuadrando su reclamo en un ámbito donde se reconoce a los jueces de la causa cierto margen de discrecionalidad en la determinación del monto de las indemnizaciones que acuerden a quienes reconozcan derecho a las mismas (...)⁵⁰.

La anterior jurisprudencia es más clara aún, estableciendo la naturaleza excluyente de ambas acciones, hasta el extremo de dictaminar que el ejercicio de una acción cerraba la posibilidad al ejercicio de la otra, por tanto la opción establecida por la Ley argentina regula la exclusividad de cada una de las acciones frente a ellas. Otra sentencia establece lo siguiente a los fines de distinguir ambas acciones:

El hecho de que el accionante optara por la acción fundada en el derecho civil conlleva consecuencias que en manera alguna se reducen a la posibilidad de poder solicitar un monto más elevado que el que se deriva de la ley de accidentes de trabajo (ley 9688) sino que importa para quien reclama, responsabilidades procesales probatorias más severas, así como eventualidades, más acordes con el ámbito elegido, que se refiere a la situación real del individuo dentro, a su vez, del ámbito social de su actuación (...)⁵¹.

En este caso, la jurisprudencia argentina determinó que ambas acciones conllevaban a procedimientos distintos, sobre todo en lo que respecta a la etapa probatoria. Todo ello resultan manifestaciones evidentes de la incompatibilidad de ambos procesos, lo cual hace que se excluyan una de la otra. Otra característica añade la jurisprudencia argentina, al es-

⁵⁰ Sentencia del 01/10/85. *Cfr. Ibidem*, p. 379. Es menester destacar que el artículo 1113 del Código Civil Argentino establece la responsabilidad especial por guarda de cosas, el cual se encuentra consagrado en nuestro Código Civil en su artículo 1193.

⁵¹ Sentencia del 25/02/83. *Ibidem*, pp. 385-386.

tablecer que en caso de ejercicio de la acción en base a las normas de derecho común, no solamente se cerraba la posibilidad de utilizar las normas procedimentales del trabajo, sino también eran inaplicables las normas sustantivas del trabajo⁵². Otra sentencia, con base en el mismo fundamento decidió lo siguiente:

(...) El trabajador que opta, de acuerdo con el art. 17 ley 9688, por la acción del derecho común, renuncia a todos los derechos emergentes de la acción especial, esto es, no sólo a la indemnización tarifada, sino también al principio protectorio que es una de las características de los derechos propios de aquella acción especial. Ambas acciones son autónomas, la civil y la laboral, como son las ramas del derecho a que cada una pertenece y la renuncia al fuero especial y a la acción que de él emana importa, concomitantemente, la renuncia a todas las características, consecuencias, modalidades y reglas de interpretación de la renuncia (...)⁵³.

Todas las sentencias anteriormente citadas contienen elementos explicativos suficientes como para resolver el problema planteado en el presente ensayo, y es que no cabe dudas que el establecimiento del cúmulo de responsabilidades como una realidad cierta dentro del ámbito laboral conlleva necesariamente a una opción para el trabajador víctima en este caso de un infortunio del trabajo, quien a través de su voluntad elegirá entre la opción que más le favorezca a sus intereses, siempre que el ejercicio de cualquiera de ellas automáticamente cierre la otra de manera que no aplique en dicho caso la prohibición del *non bis in idem*.

Por otra parte, en caso de optar por la vía civil deberá acudir a los Tribunales competentes por la materia, así como utilizar la vía procedimental ordinaria prevista para tal fin; por otra parte, si prefiriera optar por la vía laboral, acudirá a los Tribunales del Trabajo, y tramitará su acción correspondiente bajo los principios y privilegios que informan al procedimiento especial laboral.

⁵² Sentencia del 26/05/82. *Ibidem*, p. 386.

⁵³ Sentencia del 4/11/83. *Ibidem*, p. 388.

Sin embargo, cabe destacar que el mantenimiento en el tiempo de la opción del ejercicio de la acción derivada de la responsabilidad civil por hecho ilícito en esta materia de infortunios del trabajo, lució desproporcionado con respecto a los intereses que se pretendían tutelar en ambos casos, es decir, tanto desde la óptica del trabajador como del empresario, ya que en primer lugar debía velarse porque el trabajador recibiera un trato justo frente a su infortunio, y por otro lado debía mantenerse el equilibrio económico de las empresas como fuentes de empleo, lo cual conllevaba igualmente a su necesaria protección⁵⁴.

Dicha situación, que derivó en serios problemas con respecto a la aplicación y vigencia en el tiempo de dicha Ley, conllevó a la necesidad de su reforma. Sobre este tema, De Diego comenta lo siguiente:

(...) las indemnizaciones provenientes de la reparación del derecho común son absolutamente impredecibles, aun para las expectativas razonables de cualquier ciudadano, y han provocado reacciones lógicas por la cuantía, por lo insólito de muchos resultados, y por la imprevisibilidad del costo generado.

Es por ello, que coincidimos con el espíritu del legislador de la LRT, en el sentido de que debe restringirse o limitarse la alternativa del Código Civil, de un modo que resulte racional y equitativo para el damnificado y para los responsables del pago (...) ⁵⁵.

Planteamientos como el anterior, condujeron a la promulgación posterior de la Ley de Riesgos del Trabajo, denominada Ley 24.557 del 03/10/95, la cual significó una reforma sustancial en la regulación establecida en la Ley anterior, acerca de la aplicabilidad del derecho común en materia de los infortunios del trabajo, y en tal sentido el artículo 39 dispuso lo siguiente: “(...) Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil (...)” ⁵⁶.

⁵⁴ Vid. Arbitelli, G. (1996) *Méritos de la Ley de Riesgos del Trabajo*, en Revista del Foro de Cuyo, t. 22. Mendoza: Dike. pp. 101 y ss.

⁵⁵ Cfr. De Diego, J. (1996) *Manual de Riesgos del Trabajo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 232 y ss.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 232 y ss.

Por otra parte, el artículo 1072 del Código Civil argentino dispone: “(...) El acto ilícito ejecutado, a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código delito (...)”⁵⁷.

Como se aprecia, la Ley sucesora adoptó una posición restrictiva respecto a la alternativa de recurrir al Código Civil, ya que sólo admite esa posibilidad en caso de que concurriera el dolo del patrono en la generación del infortunio, es decir, que el accidente o enfermedad haya sido causado con la intención del patrono. En ello se asemeja la doctrina establecida tanto en la legislación francesa como en la italiana.

La anterior afirmación no deja lugar a dudas, tanto es así que dentro de las disposiciones finales de la referida Ley, específicamente en su artículo 49, se establece que:

El empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y a hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal.

Los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas (...) ⁵⁸.

Sin embargo, la experiencia argentina en la regulación de la materia de infortunios del trabajo, y sobre todo haber adoptado la tesis radical de no procedencia del cúmulo de responsabilidades en esta materia, causó un grave revuelo a nivel de los distintos juristas de dicho país, al punto que en variadas ocasiones asumieron la necesidad de que los Tribunales competentes analizaran su eventual inconstitucionalidad, basada en la violación del principio de igualdad, y del principio universal *alterum non laedere*.

De mucha fama se hizo valer la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso: Juan Ramón Gorosito vs Riva,

⁵⁷ *Ibidem*, p. 232 y ss.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 232 y ss.

S.A., el cual conoció acerca de la apelación intentada en contra del fallo dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, el cual acogió la acción de inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley 24.557; dicha sentencia estableció entre otras cosas lo siguiente:

(...) En efecto, el bien jurídico protegido es la indemnidad psicofísica del trabajador dependiente; desde tal perspectiva se impone otorgar primacía a la circunstancia de que, en definitiva, el daño llegue a ser reparado (...).

(...) en suma el régimen de prestación única cargo del empleador al que se accedía generalmente mediante acciones judiciales alternativas fue sustituido por el sistema de la ley 24.557, cuyas características principales son, por un lado, la multiplicidad y automaticidad de las prestaciones sin litigio judicial y, por el otro, la generalización del financiamiento que, estando a cargo de los empleadores se canaliza mediante compañías privadas de seguro (ART) obligadas directamente al pago o al depósito de aquéllas, sin perjuicio de la responsabilidad de los patronos que voluntariamente se coloquen fuera del sistema.

(...) de acuerdo a la voluntad del legislador, el objetivo del sistema no consiste en la exoneración de la responsabilidad por culpa del empleador sino en la sustitución del obligado frente al siniestro⁵⁹.

La fama ganada por la transcrita decisión tiene su foco en que la misma resultó una clara solución a la controversia suscitada con ocasión de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Riesgos del Trabajo, y de su muy criticado artículo 39, el cual contemplaba la exención de responsabilidad civil derivada de los infortunios del trabajo, y la aplicación excluyente del régimen previsto en dicha Ley. No obstante, lo que sí vale la pena destacar, más allá de la polémica suscitada, es que el régimen previsto en dicha ley constituye un avance muy importante dentro del

⁵⁹ Chiuchquievich, A (s/f). Interpretación del art. 39 LRT a partir del fallo Gorosito de la CSJN. Disponible: www.laboral.org.ar/interpretacion_fallo_gorosito.html.

desarrollo de los sistemas de seguridad social que regulan los contingentes derivados de los infortunios laborales⁶⁰.

4.3 *El caso venezolano*

La posibilidad de excluir las normas del derecho común a la legislación laboral que regula la materia de accidentes de trabajo es relativa, sobre todo en materia de infortunios del trabajo, ya que anteriormente se ha analizado acerca de que los artículos 108 y 125 de la Ley Orgánica del Trabajo claramente prevén la posibilidad de que se aplique la responsabilidad derivada del derecho común en los casos de terminación de la relación de trabajo.

Sin embargo, algunos autores han llegado a plantear la no procedencia del cúmulo de responsabilidades específicamente en los casos de infortunios del trabajo, lo cual obviamente obraría en contra de la posibilidad de acumular ambas acciones bajo un mismo procedimiento, y en específico bajo la nueva modalidad procesal prevista en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. En tal sentido, Acedo Sucre, opina al respecto de la siguiente manera:

Acabamos de señalar que en Venezuela, se puede concebir la aplicación de los tres textos legales siguientes, al examinar la obligación de reparación de los empleados, con motivo de accidente de trabajo:

- La Ley del Trabajo, que prevé una pequeña indemnización, independientemente de la culpa (aunque normalmente el Seguro Social es quien se hace cargo del trabajador).
- La Ley de Prevención (de accidentes), Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, que prevé una indemnización tarifada y mucho más importante, en caso de falta muy grave.

⁶⁰ “De la descripción de las prestaciones que otorga el actual sistema debe concluirse que la nueva ley sobre riesgos del trabajo prevé una plena reparación de los daños de los trabajadores. Esta plenitud es superadora –inclusive– de la muy arraigada integralidad de los regímenes especiales anteriores y la del Derecho Civil vigente. Esto, porque la reparación es ahora: completa, inmediata, controlada y garantizada” Cfr: Lechner, W (s/f) “La ley sobre riesgos del trabajo. Cuestionamiento sobre la constitucionalidad de la limitación de responsabilidad”. Buenos Aires: Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 15, p. 324.

– El Código que permite una indemnización integral en caso de culpa, independientemente –en principio– de la gravedad de dicha culpa.

La responsabilidad de la Ley del Trabajo es compatible con la responsabilidad del Código Civil o con la responsabilidad de la Ley de Prevención (de accidentes), Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Ahora bien, nosotros pensamos que hay incompatibilidad entre la responsabilidad del Código Civil y la responsabilidad de la Ley de Prevención (de accidentes), Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. En efecto, sería un contrasentido obligar al trabajador a establecer una falta particularmente grave para obtener la indemnización tarifada de la Ley de Prevención, si éste pudiera probar cualquier falta y obtener una reparación integral en virtud de los principios generales del Código Civil.

En consecuencia, en nuestra opinión actualmente, el C. C. venezolano no es aplicable a dichos daños. La Ley de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo entiende establecer una responsabilidad por montos mayores que los de la Ley del Trabajo, pero únicamente en caso de falta inexcusable. La Ley de Prevención excluye tácitamente la aplicación de las reglas –más flexible– del C.C. venezolano a los accidentes de trabajo (...) ⁶¹.

Otros autores plantean el problema como una circunstancia en la cual, si se permitiera el cúmulo de responsabilidades en materia de infortunios del trabajo, se podría incurrir en violación del principio universal del *non bis in idem*, lo cual supone una prohibición de sancionar doblemente por un mismo hecho, así como en la negación de la especialidad del derecho del trabajo en la regulación sobre esta materia. En este orden de ideas, conviene señalar la opinión que al respecto han emitido los esposos Goizueta, quienes expresamente opinan lo que a continuación se transcribe:

(...) Si bien es cierto que somos del criterio de que estas indemnizaciones previstas en el Art. 33, son complementarias y

⁶¹ Cfr. Acedo, C. *Ob. Cit.* pp. 235-237.

no excluyentes a las contempladas en la Ley del Seguro Social, o en la Ley del Trabajo, según sea el caso de que se trate; sin embargo, nos surge una inquietud, con relación a la situación en que queda en el supuesto del Art. 33, todo lo referente a la responsabilidad extracontractual derivada del hecho ilícito, que como bien habíamos afirmado anteriormente, puede coexistir con la responsabilidad contractual, extendiéndose la reparación además del denominado “daño laboral”, al daño material y al daño moral, todo de conformidad con lo previsto en los ya citados artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, inquietud que nos surge porque por una misma conducta delictual no puede originarse una duplicidad de reparaciones, aun cuando ellas tengan fuentes legales diferentes, y aun cuando en el supuesto, la indemnización del daño laboral, más la indemnización prevista en la Ley Orgánica no cubra en una forma total e integral el daño causado, y en donde ha de aplicarse el sistema contemplado en la Ley Orgánica, ya que ésta, además de tener ese carácter de ser Ley intermedia entre la Constitución y las Leyes Generales, es posterior en fecha y de regulación especial de la materia y en donde, además, no se prevé en dicho texto la posibilidad de que la persona agraviada opte, por uno de los dos sistemas, vale decir, el de la Ley Orgánica o el del Derecho Común (...)⁶².

La opinión anterior cobra fuerza, si del análisis que se le puede realizar a la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, la misma prevé un sistema de responsabilidad subjetivo, el cual contiene una serie de sanciones dirigidas al patrono infractor, consistente en fuertes indemnizaciones dirigidas a la reparación de daños materiales por incapacidad, sea cual fuere su naturaleza, o de muerte, derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, ocasionada por falta grave del patrono o por incumplimiento de las normas contenidas en la referida Ley. Vale decir, que dichas indemnizaciones se encuentran enumeradas en el artículo 130 *eiusdem*.

⁶² Goizueta, N. y Goizueta C. (1987) *La Responsabilidad derivada de la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo*. En *Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo*, Valencia: Revista Relaciones de Trabajo, p. 11.

Sin embargo, gran parte de la jurisprudencia patria, tal como se analizará más adelante, ha estimado la necesidad de aplicar el sistema de responsabilidad civil por hecho ilícito, fundado en la necesidad de que la reparación del infortunio laboral deberá extenderse a los daños morales sufridos por el trabajador, justificando su aplicabilidad dentro del contexto inclusive de la responsabilidad objetiva patronal. Sin embargo, autores como Alfonso Guzmán opinan que la legislación laboral prevé la relación de dichos daños de la siguiente manera:

A nuestro modo de ver, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo en vigor, de 18-07-86, consagra expresamente el derecho a la reparación del daño moral, “cuando la secuela o deformaciones permanentes provenientes de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, hayan vulnerado la facultad humana del trabajador más allá de la simple pérdida de su capacidad de ganancia...” (Art. 33, Parágrafo Tercero), (...) alterando la capacidad emocional y psíquica del trabajador lesionado (...), Art. 33, Parágrafo Primero, concordado con el 31 de la ley cit.)⁶³.

Por su parte, la doctrina también se ha referido en cuanto a la inaplicabilidad del régimen de responsabilidad civil por guarda de cosas previsto en el artículo 1.193 del Código Civil al régimen de infortunios del trabajo. En este sentido, podemos citar la opinión de Maduro Luyando, quien sostiene en uno de sus trabajos sobre responsabilidad por hecho ilícito lo siguiente:

Por lo que respecta a la materia del Trabajo, la existencia de una legislación especialísima elimina completamente la posibilidad de aplicar los principios del derecho común. (...)

En Venezuela la legislación del trabajo tiene el fundamento jurídico enunciado, constituye un ordenamiento especialísimo y autónomo, no dando campo a las normas civilistas de que tratamos. Sólo en caso de máquinas, instalaciones industriales, etc., que causen daños al patrimonio de terceros, es que cabría la aplicación del artículo 1193 del Código Civil⁷⁶⁴.

⁶³ Alfonso Guzmán, R. (1996) *Ob. Cit.* p. 319. Esta disposición es recogida íntegramente por el vigente artículo 130 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

⁶⁴ Maduro Luyando, E. (1998) *Ob. Cit.*, pp. 217 ss.

En resumen podemos ver que, tanto la legislación, como la jurisprudencia y la doctrina nacional y la extranjera, se han ocupado de tratar de un modo relativo el tema del cúmulo de responsabilidades en el marco del derecho laboral; sin embargo, muy poco se ha analizado acerca de la procedencia de la acumulabilidad de acciones en el marco del procedimiento especial del trabajo, tal como lo plantea la vigente Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

Uno de los pocos doctrinarios que se ha dado a la tarea de discutir acerca de este punto ha sido Mélich, quien al respecto señala que dicha situación no tendría nada de anómalo si la competencia para la resolución de la acción compuesta por pretensiones devenidas de ambos sistemas de responsabilidad correspondiera a un mismo Tribunal, es decir, si la acción proveniente de responsabilidad por hecho ilícito surge del incumplimiento de una relación contractual de naturaleza igualmente civil; sin embargo, el caso de la acumulación de la responsabilidad por hecho ilícito dentro del contexto procesal laboral conduce al análisis de que si por la sola conexidad de los hechos necesariamente se le debe otorgar la competencia a la jurisdicción laboral, lo cual constituiría, en la opinión del autor, una desnaturalización de la acción⁶⁵.

A tal respecto, como una costumbre judicial derivada de un reconocimiento que se ha reiterado de forma pacífica en nuestros Tribunales del Trabajo, ha devenido la declaratoria de competencia por parte de los Tribunales del Trabajo acerca de la admisibilidad de que un trabajador víctima de un daño derivado por o con ocasión del trabajo pueda accionar ante la jurisdicción laboral tanto por las normas basadas en la responsabilidad especial patronal previstas en nuestra normativa laboral, así como por las normas que fundamentan la responsabilidad civil por hecho ilícito.

El criterio acerca de la posibilidad de que un trabajador intente acciones civiles de naturaleza extracontractual dentro del marco de una demanda laboral no implica novedad alguna. En efecto, la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, determinó dicha posibilidad desde tiempo atrás, en virtud que el propio artículo 37 de la derogada Ley del Trabajo (artículo 108 párrafo cuarto) establecía que las indemnizacio-

⁶⁵ *Vid.* Mélich, J. (1998) *Ob. Cit.* p. 114.

nes previstas en ese artículo, pagaderas a los trabajadores al término de la relación de trabajo, no les impedía el ejercicio de las demás acciones que pudieran corresponderles conforme al derecho común⁶⁶.

En efecto, en materia laboral dichas normas sólo son aplicables supletoriamente, en cuanto a lo no dispuesto en las leyes laborales y en los contratos de trabajo, considerando a su vez que las mismas favorezcan más al trabajador. Ahora bien, tal como se expresó anteriormente, en materia laboral el límite referido no implica la imposibilidad que coexista la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato con la responsabilidad derivada de la comisión de un hecho ilícito, y de tal manera lo determinó la propia casación civil en sentencia de fecha 10 de agosto de 1960, en la cual estableció lo siguiente:

(...) No hay duda de que si la causa justificada del retiro del trabajador constituye un hecho ilícito enmarcado en el artículo 1.185 del Código Civil, el patrono tendrá, además de las obligaciones que le impone la Ley del Trabajo, por efecto del contrato celebrado, la de reparar todo el daño material y moral causado por el hecho ilícito. Lo mismo ocurre en caso de que los hechos cumplidos por el patrono para poner fin unilateralmente a la relación laboral configuren un hecho ilícito, al tenor de lo previsto en la disposición que acaba de ser citada (...) ⁶⁷.

Sin embargo, la misma Sala de Casación Civil había cerrado la posibilidad de resarcir el daño moral, fundado en el artículo 1.196 del Código Civil, en materia contractual, y en tal sentido, en sentencia de fecha 25 de junio de 1981, estableció que el daño moral está limitado sólo a los actos o hechos ilícitos, mientras que las obligaciones contractuales se rigen bajo el imperio de las normas contempladas en los artículos 1.274 y 1.275 del Código Civil. Este criterio fue reiterado mediante sentencia de fecha 24 de marzo de 1983⁶⁸.

La coexistencia de la responsabilidad contractual con la extracontractual, de acuerdo con la extinta Sala de Casación Civil, procede

(...) cuando el daño experimentado por la víctima, con base a un hecho ilícito, se ha producido con ocasión o en relación a un

⁶⁶ *Ibidem*. p. 91 y ss.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 91

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 87-91

contrato, y solamente no se le admite cuando el resultado dañoso es producto de la actividad que el contrato, en forma específica y propia, regula, en cuyo caso es meramente contractual⁶⁹.

Por su parte, en relación con la identidad de competencia del tribunal por razón de la materia, como requisito para la posibilidad de accionar en jurisdicción laboral, con fundamento en normas derivadas de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito, la jurisprudencia ha venido atribuyendo, de una forma reiterada y pacífica, competencia a los Tribunales del Trabajo en estos casos, y en tal sentido, en sentencia de fecha 19 de junio de 1997, la Sala de Casación Civil señaló lo siguiente:

(...) A juicio de esta Sala, lo importante para determinar la competencia por la materia no viene dada por las normas cuya aplicación piden las partes, sino por la relación o situación jurídica existente y sus nexos con determinada rama del derecho.

En el caso de autos, la recurrida consideró competente a la jurisdicción laboral, ya que el abuso de derecho, fundamentado de la acción surgió con motivo de una relación laboral, siendo el derecho del cual se abusó, un derecho típicamente laboral, cual es el de despido, que fue utilizado más allá de los límites que establece la buena fe (abusivamente), y esta Sala comparte tal criterio, ya que si el derecho que se dice abusado, es un derecho propio del derecho del trabajo, la reclamación por la indemnización que tal abuso pudiera generar, no puede ser conocida sino por el juez del trabajo, quien sería el natural para conocer todo aquel asunto contencioso que se suscite con motivo de la relación laboral (...) ⁷⁰.

Las anteriores menciones hacen concluir que, en cuanto al criterio jurisprudencial predominante desde la desaparecida Corte Suprema de Justicia, el llamado “cúmulo de responsabilidades” en materia laboral es perfectamente factible dentro del ordenamiento jurídico venezolano, pero aún más, la jurisprudencia patria admite sin mayor tapujo que es posible acumular acciones de naturaleza civil con aquellas de-

⁶⁹ Sentencia de fecha 4 de junio de 1980, citada por *Ibidem*. p. 93.

⁷⁰ Pierre Tapia, O. (1997) *Ob. Cit.* T-6, p. 182.

rivadas de la aplicación de las normas que regulan al trabajo como hecho social bajo un mismo procedimiento, y en específico bajo el procedimiento especial del trabajo.

Antes de la creación del Tribunal Supremo de Justicia, y con él, la de su Sala de Casación Social, y no obstante que el criterio de la Sala de Casación Civil era reiterado y pacífico el criterio acerca de la posibilidad del cúmulo de acciones, la Sala Político Administrativo de la fenecida Corte Suprema de Justicia realizó uno de los más relevantes acercamientos al problema, al sostener en sentencia de fecha 30 de julio de 1998 lo siguiente:

(*Omissis*) En este sentido, la actora ha alegado que Cadafe es responsable en el orden civil por los daños sufridos por sus representados, invocando a tal efecto los artículos 1.185, 1.193 y 1.273 del Código Civil.

Al respecto, la Sala observa que estamos en presencia de un caso típico de responsabilidad derivada de accidente de trabajo, cuya ley aplicable y fuero especial (atrayente) es el laboral previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, en la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo y en la Ley del Seguro Social.

Esta normativa prevé un tipo particular de responsabilidad objetiva que asume el Seguro Social (Ley Orgánica del Trabajo, artículos 560 y 585, y Ley del Seguro Social, artículos 1 y 99⁷¹).

Sin embargo, recién instalada la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 2 de mayo de 2000, se dictó una de las más polémicas decisiones sobre la materia comentada, y en tal sentido, sobre el tema de la acumulación de acciones. La sentencia referida expresó lo siguiente:

Por lo tanto como ya se señaló *supra*, son los Tribunales del Trabajo, los que deben conocer las acciones por indemnización de daños producto de un infortunio laboral, todo en protección

⁷¹ *Ibidem.* (1998) T-7, pp. 256-257

de los intereses del trabajador accidentado, por ello, él podrá demandar la indemnización tanto de los daños materiales como de los morales, ejerciendo conjuntamente las acciones previstas tanto en la Ley Orgánica del Trabajo (responsabilidad objetiva), la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo por incumplimiento de la empresa o patrono de las disposiciones ordenadas en dicha Ley, o las provenientes del hecho ilícito del patrono de conformidad con el artículo 1.185 del Código Civil, por cuanto esta última no está prevista en las leyes especiales, por lo que se aplica supletoriamente la normativa prevista en el Derecho Común⁷².

La Sala de Casación Social fundamenta la acumulabilidad por el hecho de que el régimen de responsabilidad por daños previsto en el artículo 1185 del Código Civil no se encuentra previsto en las leyes especiales, los cuales tal como se ha referido a lo largo de los capítulos precedentes, se encuentra compuesto por el régimen especial sobre infortunios del trabajo previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, y el régimen indemnizatorio de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

Sin embargo, lo que no ha percatado la Sala de Casación Social es que, tanto la derogada como la vigente Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, establecen un régimen de responsabilidad subjetivo que prevé la reparación de daños, tanto materiales como morales, derivados de incapacidad, sea cual fuere su naturaleza, o de muerte, derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional ocasionada por falta grave del patrono derivado del incumplimiento de las normas contenidas en la referida Ley; dichas indemnizaciones se encuentran contenidas en el vigente artículo 130 y en el derogado se preveían en su artículo 33⁷³.

⁷² Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, sentencia de fecha 17 de mayo de 2000. Ponente: Magistrado Omar Mora Díaz. Caso: José Francisco Tesorero Yáñez vs Hilados Flexilón, S.A. Exp. 99-591.

⁷³ “(...) en el sistema de la LOMAT, la responsabilidad se funda en una actitud dolosa o en los límites de la culpa consciente o el dolo eventual (...)” Cfr: Tinoco Smith, J. y Duque Corredor R. (s/f) *Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo*. Caracas: Editorial Jurídica Alva. p. 53. “Esta norma (...) impone el pago de importantes indemnizaciones a los patrones que en forma culpable dejaren de cumplir con sus obligaciones de seguridad (...)” Cfr: Mantero, O. (s/f) *Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo*. Caracas, p. 10.

Con ello se quiere dejar establecido que dentro de la legislación especial laboral se encuentran consagrados dos (2) sistemas complementarios de responsabilidad por riesgos del trabajo, una de carácter objetivo en el cual procede la reparación del daño que haya habido o no culpa del patrono y se encuentra previsto en la Ley Orgánica del Trabajo; y otra de carácter subjetivo, mediante la cual procede la reparación del daño cuando el mismo haya sido producto de la inobservancia por parte del patrono de las normas que la ley de prevención de riesgos le impuso, tal como lo regula la vigente Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

Por otra parte, la referida sentencia de fecha 2 de mayo de 2000 estableció igualmente la procedencia de las indemnizaciones por daño moral dentro del contexto de la responsabilidad objetiva patronal, basado en el origen de la tesis del riesgo profesional en el régimen de responsabilidad especial por guarda de cosas, el cual prevé un régimen de responsabilidad objetiva para el guardián o persona que tenga bajo la responsabilidad el cuidado de una cosa que cause daños a terceros.

Sin embargo, del análisis acerca de las referencias históricas que dieron lugar a la génesis de la responsabilidad especial del patrono por infortúnios del trabajo, se había hecho énfasis en que la teoría del riesgo profesional fue primeramente acogida por el sistema de seguro contra accidentes de trabajo instaurado en la Alemania bismarckiana, hacia el año 1883, el cual era financiado única y exclusivamente por aportes patronales, en aplicación de dicha teoría, y posteriormente trasladado al régimen de responsabilidad objetiva patronal instaurado en Francia para el año de 1898, bajo la idea del riesgo profesional de Josserand y Salleslles, y la teoría de riesgo de autoridad de Rouast y Givord⁷⁴.

Y es que al igual que la teoría del riesgo profesional, así como del riesgo de autoridad, que genera la responsabilidad objetiva, y en tal sentido la dispensa al trabajador de tener que probar la culpa del patrono en la producción del hecho dañoso, las legislaciones sobre riesgos del trabajo desde finales del siglo XIX fundaban su normativa en el principio de indemnización transaccional, lo cual devenía que por compensación a la dispensa del trabajador en la prueba de la culpa del daño, éste aceptaba

⁷⁴ *Vid.* Nugent, R. *Ob. Cit.* p. 611.

a su vez los límites que imponían las indemnizaciones tarifadas previstas en las respectivas leyes⁷⁵.

Por otra parte, el régimen especial por guarda de cosas, previsto desde el Código Napoleónico de principio del siglo XIX, respondía a una necesidad de invertir la carga de la prueba en los casos de daños causados por cosas inanimadas, de manera que fueran sus guardianes los que tuvieran que probar los eximentes de responsabilidad correspondientes, y respondía a un remedio para los tenedores de máquinas frente a los daños que pudieran ocasionar éstos, inclusive a sus trabajadores, pero cuando ni siquiera se pensaba en regular los contratos de trabajo bajo la óptica de nuestra disciplina, sino cuando aún eran desarrollados a través de los contratos de locación de servicios⁷⁶.

Se observa entonces, un desfase temporal por parte de la Sala de Casación Social en su fundamentación acerca de la aplicabilidad del régimen de responsabilidad civil por guarda de cosas al régimen de infortunios del trabajo, y sobre dicha base, el establecimiento de la tesis de la responsabilidad objetiva del patrono por los daños morales ocasionados, partiendo de la tesis de que el régimen previsto en la Ley Orgánica del Trabajo tiene su fundamento en dicho régimen de responsabilidad civil especial.

Sobre dicha posición cabría hacer los siguientes comentarios:

a) La tesis tanto de Josserand y Salleilles, sobre el riesgo profesional, si bien parten del análisis de la responsabilidad por guarda de cosas previsto en el Código Napoleónico, posteriormente la tesis de Rouast y Givord sobre el riesgo de autoridad afianzan la tesis sobre la ineficacia del régimen civil, y por tanto de la teoría del riesgo profesional, para solventar la grave crisis derivada de los infortunios del trabajo, en el sentido de que no todo accidente de trabajo es generado necesariamente de la acción de una máquina, y por ello divulgan su tesis sobre la base que la misma se aplicara a todo accidente o enfermedad ocupacional fuere cual fuere su génesis, por el hecho de tratarse de un infortunio derivado de un servicio dirigido⁷⁷.

⁷⁵ *Vid.* Sachet, A. *Ob. Cit.* Tomo IV, p. 2 y ss.

⁷⁶ Nuggent, R. *Ob. Cit.*, p. 609.

⁷⁷ *Ibidem.* pp. 609-610

b) Partir de la tesis de Josserand y Salleilles para sostener la procedencia de la responsabilidad objetiva sobre los daños morales, en aplicación del régimen sobre responsabilidad civil por guarda de cosas previsto en el artículo 1193 del Código Civil, es poco como afirmar que dicha tesis se apoya en un ordenamiento jurídico como el francés, que *per se* proscribe la tesis del cúmulo de responsabilidades en materia de infortunios del trabajo, por tanto la fundamentación sobre la cual se apoya la tesis de la Sala de Casación Social, parte de un régimen jurídico contrario a aquel que pretende imponer⁷⁸.

c) Sostener que las legislaciones sobre infortunios del trabajo regulados sobre la base de la responsabilidad objetiva o sin culpa provienen directamente del régimen de responsabilidad civil por guarda de cosas resultaría un contrasentido si consideramos que no todos los accidentes de trabajo provienen del uso de máquinas, lo cual delimitaría la aplicación de dichas leyes exclusivamente al ámbito de la empresa industrial, dejando por fuera cantidades de actividades productivas dentro del área agrícola, comercial e inclusive administrativo, en donde el uso de máquinas es inusual.

En otra decisión dictada por la Sala de Casación Social, de forma peligrosa se establece la posibilidad de acumular aún tanto los daños morales fundado en la responsabilidad objetiva del artículo 1193 del Código Civil y que se asimila al régimen de responsabilidad objetiva previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, como el daño moral proveniente del hecho ilícito de conformidad con lo establecido en el artículo 1196 del Código Civil. En dicha sentencia se estableció lo siguiente:

Del criterio precedentemente expuesto, se destaca que es posible para un trabajador incoar una acción por indemnización de daños materiales derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional, en la que pueden concurrir tres pretensiones claramente diferenciadas, a saber: 1) El reclamo de las indemnizaciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo en sus artículos 560 y siguientes, que origina una responsabilidad

⁷⁸ Mélich, J. (1998) *Ob. Cit.* pp. 96 ss.

objetiva del patrono, tanto por daños materiales allí tarifados como por daño moral; 2) Las indemnizaciones establecidas en el artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, que concibe la responsabilidad subjetiva por incumplimiento de la empresa de su disposiciones legales; y 3) se podrán reclamar las indemnizaciones provenientes del hecho ilícito del patrono, la cual supone también una responsabilidad subjetiva por la culpa o negligencia del empleador ante el daño material o moral, prevista, no en la normativa específica del derecho del trabajo, sino en el Derecho Común⁷⁹.

Como se puede observar, la tesis de la acumulación de acciones sustentada por la Sala de Casación Social se viene haciendo en desconocimiento de toda una realidad histórica que se ha desenvuelto en la creación del derecho del trabajo como disciplina jurídica autónoma y especial, en donde se hace prevalecer la combinación de los sistemas derivados tanto de la propia legislación especial, como las que derivan del derecho común, produciendo toda una gama de criterios que definitivamente tienden a resquebrajar el proceso de unificación del orden jurídico laboral, lo cual genera entre otras cosas, inseguridad tanto jurídica como económica para nuestras fuentes de empleo.

Esa duplicidad de regímenes que derivan de los criterios de nuestro más Alto Tribunal se verifican igualmente en lo referido al sistema de cargas probatorias dentro del proceso, donde la Sala Social, al igual que lo establecía la extinta Corte en Sala de Casación Civil, han previsto distintas actividades probatorias para las partes, dependiendo del sistema de responsabilidad que se invoque; en tal sentido la referida decisión, citando una jurisprudencia emanada de la Sala de Casación de la extinta Corte Suprema de Justicia, determina lo siguiente:

Es criterio de esta Sala que de acuerdo a la acción intentada por el Trabajador con base en los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, el Tribunal Superior ajustó su decisión a los extremos que exige el Código Civil en materia de hecho ilícito

⁷⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, 9 de agosto de 2002, Caso: Guillermo Morón vs Banco Latino, C.A. Ponente: Magistrado Omar Mora Díaz.

demandado conforme a esas normas, por lo que correspondía a la parte actora demostrar en la secuela del juicio si el accidente se produjo por intención, negligencia o imprudencia de la empleadora, extremos que configuran el hecho ilícito que da lugar a la acción por daños y perjuicios morales o materiales, a tenor de los citados artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil. En lo que respecta al artículo 1.354 del Código Civil, considera esta Corte que el Juzgado Superior sí le dio correcta aplicación. (Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 3 de junio de 1987, en el caso Isidro Arias Suárez contra Manufacturas Orgam, C.A.)⁸⁰.

En tal sentido, la propia Sala determina que conforme se acumulen ambos regímenes de responsabilidades, se aplicaría un régimen probatorio distinto, en el sentido de que el sistema de responsabilidad objetiva previsto en la Ley Orgánica del Trabajo no contempla carga probatoria para el trabajador, más que la demostración del carácter profesional de la enfermedad o que el accidente se haya ocasionado por el trabajo o con ocasión de éste, mientras que para la aplicación del régimen de responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito previsto en el Código Civil (arts. 1.185 y 1.196), resulta menester que el trabajador demuestre la culpa del patrono en la generación del daño, dicho criterio fue ratificado en sentencia dictada por la misma Sala en fecha 6/02/03⁸¹.

Sin embargo, sobre este punto, la Sala de Casación Social no ha sido del todo constante, al punto que en ocasiones frecuentes se ha contradicho en cuanto al régimen de la carga de la prueba en los casos en que se demanden las indemnizaciones basadas en el régimen de responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito. En este sentido, la sentencia dictada por la Sala Casación Social en fecha 17/05/00, estableció lo siguiente:

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

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Dicha posición es reiterada por la Sala de Casación Social, en sentencia de fecha 6 de febrero de 2003, Caso: Elvidio Mora Roa vs Alcaldía Municipio Arzobispo Chacón del Estado Miranda. Ponente: Magistrado Omar Mora Díaz. *Vid.* Henríquez La Roche, Ricardo, El Nuevo proceso Laboral Venezolano, Ediciones Liber, Caracas, 2003, pp. 227-229.

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 declara⁸².

Tal como se demuestra de la sentencia transcrita, la Sala determinó que el trabajador no tendría que probar la culpa del patrono en la ocasión del accidente o enfermedad profesional en los casos en que se demanden las indemnizaciones tarifadas previstas en la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, y en los casos en que se demande el daño moral, este último que es asimilado por la Sala como integrante del sistema de responsabilidad objetiva en esta materia.

Sin embargo, en posterior decisión de fecha 25/10/00, la Sala establece que tanto la indemnización por daño moral, así como las establecidas en Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, forman parte del sistema de responsabilidad subjetiva, y por tanto se hace menester que el trabajador, que pretendiere tal resarcimiento, deberá probar la culpa del patrono en la ocasión del daño, en el sentido de demostrar que el patrono actuó con intención, imprudencia y/o negligencia, y que dicho hecho u omisión, produjo el infortunio del trabajador⁸³.

Posteriormente, la Sala vuelve a los fueros derivados de la sentencia de fecha 17/05/00, y en fecha 22/03/01⁸⁴ vuelve establecer el criterio acerca de la inserción dentro del sistema de responsabilidad objetiva a la indemnización por daños morales y las establecidas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, situación que se vuelve a presentar en sentencia de fecha 17/07/03⁸⁵. En estas decisiones,

⁸² Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, 17 de mayo de 2000, Caso: José Francisco Tesorero Yáñez vs Hilados Flexilón, S.A. Ponente: Magistrado Omar Mora Díaz.

⁸³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, 25 de octubre de 2000, Caso: José Alfredo Torrealba vs Compañía Anónima Electricidad de Occidente (ELEOCCIDENTE), S.A. Ponente: Magistrado Juan Rafael Perdomo.

⁸⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, 22 de marzo de 2001, Caso: María Auxiliadora Baptista vs Super S, C.A. Ponente: Magistrado Alfonso Valbuena Cordero.

⁸⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, 17 de julio de 2003, Caso: Freddy Nicolás Vargas vs Industrias Textiles Fénix, C.A., Ponente: Magistrado Omar Mora Díaz.

con respecto a las indemnizaciones por daños morales, la Sala dictamina que su inserción dentro del marco de la responsabilidad objetiva del patrono deriva de la aplicación del artículo 1.193 del Código Civil, el cual consagra la responsabilidad civil especial del guardián de la cosa.

Sin embargo, la propia Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia de fecha 9/08/02, pareciera excluir la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad civil especial por guarda de cosas en materia de infortunios del trabajo cuando establece textualmente lo siguiente:

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” (S.C.C. 23-03-92). Así se declara (...)

(...) Ahora bien, esta responsabilidad objetiva por accidente de trabajo o enfermedad profesional sólo comprende los supuestos establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo, como antes se refirió, en los artículos 560 y siguientes, pues, aun cuando la legislación especial del Trabajo prevé indemnizaciones tanto en dicho cuerpo normativo como en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo en su artículo 33, esta última difiere en cuanto a la responsabilidad que da lugar al resarcimiento, al prever, que en esos supuestos de indemnización deben comprobarse los extremos señalados en la norma, es decir, la culpa del patrono en la materialización del daño, entendida ésta como la conducta intencional, impru-

dente o negligente, que sin lugar a dudas reflejan una responsabilidad subjetiva⁸⁶.

De la anterior sentencia se desprende que, aun cuando la responsabilidad objetiva patronal en materia de infortunios del trabajo tiene su antecedente directo en el régimen de responsabilidad civil especial por guarda de cosas, sin embargo, la única normativa aplicable en esos casos es la prevista en los artículos 560 y subsiguientes de la Ley Orgánica del Trabajo. Sin embargo se observa, con profunda preocupación cómo la jurisprudencia patria ha sido inconstante en sus precisiones acerca de esta materia, lo cual crea toda una incertidumbre en cuanto a la solución del problema planteado en el presente ensayo.

Adicionalmente resulta curioso que después de culminada la primera discusión del proyecto de Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, dentro de su articulado se dejó establecida la posibilidad de que la víctima de un infortunio del trabajo pudiera proceder en contra de su patrono en base a las indemnización por daño moral fundada en el sistema de responsabilidad civil por hecho ilícito, y que dichas acciones debían ser conocidas por los Jurisdicción especial del Sistema de Seguridad Social que se preveía crear a partir de la entrada en vigencia de las leyes sobre la materia⁸⁷.

Dicho proyecto además dejaba a un lado la posibilidad de recurrir a la acción civil por daños materiales; sin embargo, tal como se comentó, mantenía la posibilidad de acumular la acción derivada del daño moral, no obstante ya es del conocimiento general que una vez sancionada la

⁸⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, 9 de agosto de 2002, Caso: Guillermo Morón vs Banco Latino, C.A. Ponente: Magistrado Omar Mora Díaz.

⁸⁷ El artículo 127 del referido Proyecto de Ley establece lo siguiente: "Con independencia de las prestaciones a cargo de la Seguridad Social, en caso de ocurrencia de un accidente o enfermedad ocupacional en que se hubieren producido violaciones de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador, sus representantes, éste o ésta deberá pagar al trabajador, o sus derechohabientes una indemnización por el daño material en los términos establecidos en los artículos siguientes y por daño moral de conformidad con en el Código Civil. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en el Código Penal. Parágrafo Único: de las acciones derivadas de lo regulado por este artículo conocerán los tribunales de la jurisdicción especial del Sistema de Seguridad Social". Cfr: Ministerio del Trabajo. Anteproyecto de Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Disponible: <http://www.mintra.gov.ve/inpsasel/paginas/anteproyectolopcyamat.htm>.

Ley, ésta recogió todos los principios que venían aplicándose con respecto al cúmulo de responsabilidades dentro del contrato de trabajo, pero a su vez determinando la posibilidad de acumular las acciones derivadas de ambas responsabilidades bajo un solo proceso y bajo la competencia de la jurisdicción laboral.

En efecto, el artículo 129 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, además de referirse a la aplicación del régimen prestacional de riesgos del trabajo creado por la propia Ley a partir de un esquema contributivo exclusivamente patronal, destaca la aplicación de un régimen de responsabilidad subjetiva o “con culpa”, específicamente aquel que se deriva del incumplimiento por parte del patrono de sus obligaciones como deudor de seguridad, dejando a salvo la posibilidad de que el trabajador igualmente pueda accionar las indemnizaciones tanto por daño material como moral que regula el sistema de responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito previsto en nuestro Código Civil⁸⁸.

Es menester destacar que el sistema prestacional de riesgos en el trabajo previsto en la vigente Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo aún no se encuentra vigente, a la espera de que culmine la liquidación del sistema de seguro social obligatorio, el cual sigue siendo aplicable de forma transitoria, y que junto con el régimen indemnizatorio subsidiario sobre infortunios del trabajo previsto en los artículos 571 al 574 de la Ley Orgánica del Trabajo, constituyen el marco de la responsabilidad patronal objetiva o sin culpa en materia de infortunios del trabajo.

Por tanto, en la actualidad, a la responsabilidad patronal objetiva se le suma la responsabilidad patronal subjetiva o con culpa derivado del régimen indemnizatorio previsto en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, por incumpli-

⁸⁸ “Artículo 129.- Con independencia de las prestaciones a cargo de la Seguridad Social, en caso de ocurrencia de un accidente o enfermedad ocupacional como consecuencia de la violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador o de la empleadora, éste deberá pagar al trabajador o trabajadora, o a sus derechohabientes una indemnización en los términos establecidos en esta Ley, y por daño material y daño moral de conformidad con lo establecido en el Código Civil. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en el Código Penal”.

miento de la normativa sobre condiciones y medio ambiente del trabajo previsto en dicha Ley, y por disposición propia aplicaría adicionalmente el régimen de responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito sobre daños materiales y morales previstos en los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, del cual esta última norma, por posición pacífica y reiterada del Tribunal Supremo de Justicia, habría que trasladar al sistema de responsabilidad objetiva, al no tener el trabajador la carga de probar la culpa del patrono, a fin de determinar la procedencia y cuantificación de la indemnización que le correspondería por ese concepto.

Conclusiones

Del análisis realizado a lo largo de la presente investigación se pueden extraer las conclusiones que se determinan a continuación:

a) La historia de la formación del derecho del trabajo como rama autónoma y especializada ha devenido en la creación de un sistema especial de responsabilidad patronal derivado del incumplimiento del contrato de trabajo, cuya misión estuvo en la consecución del desplazamiento del viejo sistema de responsabilidad civil, el cual regía para dichos casos bajo la esfera del contrato de locación o arrendamiento de servicios que regulaba primitivamente al trabajo ejecutado por cuenta y bajo dependencia de otro, inclusive para los casos de infortunios del trabajo donde se generó un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa a cargo del patrono y, en ciertos casos, un sistema adicional en caso de faltas graves, tal como lo contempla nuestra vigente Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

b) Por otra parte, la doctrina ha sido generadora de una importante discusión acerca de la posibilidad que coexistan por un mismo hecho la responsabilidad de naturaleza contractual y la responsabilidad extracontractual derivada del hecho ilícito, lo cual en materia laboral cobra suma importancia, dada la trascendencia histórica en la creación de todo un sistema de responsabilidad patronal de naturaleza contractual que limita las indemnizaciones en caso de incumplimiento de las condiciones provenientes del contrato de trabajo. Dicha tesis es lo que se ha denominado el cúmulo o concurso de responsabilidades, lo cual primordialmente abre la opción para que el trabajador pueda resarcir integralmente el daño verificado por el incumplimiento de las condiciones de trabajo por parte de su empleador, tanto por el sistema creado por la legislación laboral, como por el sistema de responsabilidad civil extra-

contractual por hecho ilícito derivado del derecho común. En Venezuela la doctrina y la jurisprudencia predominante comparten la tesis favorable al cúmulo de responsabilidades.

c) Desde otra óptica, la aceptación de la tesis del cúmulo de responsabilidades no conlleva necesariamente a la favorabilidad de la acumulación de acciones provenientes de ambos sistemas de responsabilidad, bajo una misma acción, y por ante la misma vía procedimental.

d) Por último, los ordenamientos jurídicos que basan la regulación del régimen de responsabilidad civil por hecho ilícito bajo el sistema de derecho continental, tales como Francia e Italia, y Argentina dentro del derecho comparado latinoamericano, hoy en día poseen un sistema de responsabilidad por infortunios del trabajo que excluye la posibilidad de aplicar el sistema de responsabilidad civil por hechos ilícitos en esa materia, posición radical desfavorable a la tesis del cúmulo de responsabilidades, que en consecuencia incide negativamente en el postulado favorable a la acumulación de acciones provenientes de ambos sistemas de responsabilidad. Sin embargo en Venezuela, si bien existen posturas doctrinarias que condenan la tesis del cúmulo de responsabilidades en materia de infortunios del trabajo y, en consecuencia, la improbabilidad de acumular ambos sistemas de responsabilidad dentro de una acción de naturaleza laboral, la jurisprudencia emanada la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha demostrado su favorabilidad a la tesis de la acumulación de acciones o pretensiones provenientes de ambos sistemas en materia de infortunios del trabajo, con provecho de las ventajas, características y principios que informan a cada uno de los sistemas, pero con el desarrollo de una interpretación anacrónica acerca del sistema de responsabilidad objetiva patronal en los infortunios del trabajo. Adicionalmente la vigente Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo ha recogido y normado dicho planteamiento.

En definitiva, ambos sistemas pueden coexistir, de por sí el objeto del presente ensayo parte del presupuesto que esta situación se plantee, además el artículo 108 Parágrafo Cuarto de la Ley Orgánica del Trabajo no deja dudas al respecto al afirmar que las indemnizaciones contempladas en la misma “no impide a los trabajadores o a sus causahabientes el ejercicio de las acciones que puedan corresponderles conforme al derecho común”.

El problema se presenta a la hora de acumular al novedoso procedimiento del trabajo, una acción derivada de la responsabilidad delictual,

cuyo trámite procedimental corresponde al juicio civil ordinario contemplado en el Código de Procedimiento Civil, procedimiento éste que resulta ser incompatible con el procedimiento especial del trabajo contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, dados los principios rígidos y desequilibrados que informa a dicho procedimiento.

Dentro del derecho comparado existen casos que sanean esta situación, y en tal sentido en la legislación especial sobre infortunios del trabajo, los ordenamientos jurídicos francés e italiano han cerrado las puertas a la posibilidad de aplicar las normas del derecho común a estos casos, claro está, estas legislaciones han desarrollado sendos sistemas de seguridad social que amparan a los trabajadores de forma eficaz contra dichos contingentes desde hace ya bastante tiempo, lo cual seguramente ha hecho acallar a aquellos que critican dicha exclusión.

Igualmente, en nuestro continente el sistema jurídico argentino impedía la acumulación de ambas acciones, y en un principio estableció para tal fin un régimen opcional en el cual si el trabajador elegía la vía del resarcimiento laboral se le aplicaba el procedimiento especial del trabajo, y lo conocía en consecuencia el Juez del Trabajo; por el contrario, si optaba por el resarcimiento integral del derecho común, debía seguirse el trámite correspondiente ante la justicia ordinaria. Hoy la legislación argentina derogó el sistema de la opción y expresamente prohibió la aplicación de las normas emanadas del derecho común para estas situaciones especiales.

Nuestro país ya tiene claro, a nivel legislativo, cuál es la solución, distintos autores patrios opinan, y hasta ahora la jurisprudencia emanada de nuestra Casación Social permite la acumulación de ambas acciones en una sola demanda, ahora toda esta situación representa un obstáculo hacia la construcción de un verdadero derecho del trabajo especializado y unificado, así como de un sólido régimen de seguridad social que ampare eficaz y legítimamente los infortunios del trabajo.

