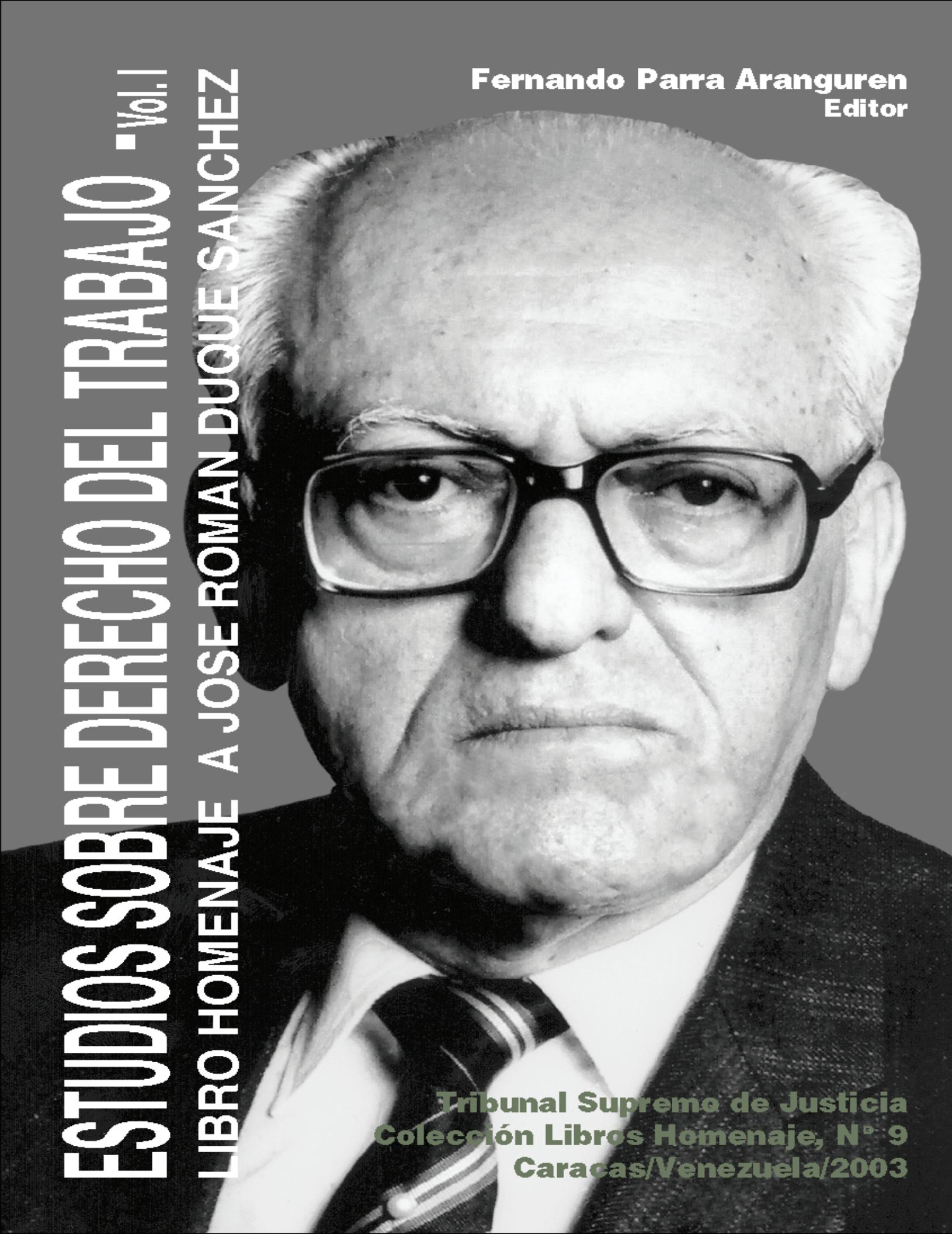
ESTUDIOS SOBRE DERECHO DEL TRABAJO - Vol. I

LIBRO HOMENAJE A JOSE ROMAN DUQUE SANCHEZ

Fernando Parra Aranguren
Editor



Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, Nº 9
Caracas/Venezuela/2003

KHW1789
E798
V. I

Estudios sobre Derecho del Trabajo, Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez / Fernando Parra Aranguren, Editor. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia - 2003.

2 v., (710 p.) . - (Colección Libros Homenaje - Nº 9)
ISBN
1. Derecho Laboral - Venezuela

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

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, Nº 9

Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:
ISBN:
Depósito Legal lf:
ISBN:

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

ESTUDIOS SOBRE DERECHO DEL TRABAJO

LIBRO HOMENAJE A

José Román Duque Sánchez

Volumen I

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, Nº 9
Caracas/Venezuela/2003

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Iván Rincón Urdaneta
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero
Vicepresidente de la Sala
Dr. José M. Delgado Ocando
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rondón Haaz

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dr. Levis Ignacio Zerpa
Presidente de la Sala
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Vicepresidente de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero

SALA ELECTORAL

Dr. Alberto Martini Urdaneta
Presidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Hernández Uzcátegui

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Franklin Arrieche Gutiérrez
Primer Vicepresidente del Tribunal
y *Presidente de la Sala*
Dr. Carlos Oberto Vélez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Presidente de la Sala
Dr. Rafael Pérez Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Segundo Vicepresidente del Tribunal
y *Presidente de la Sala*
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Valbuena Cordero

Contenido Volumen I

Iván Rincón Urdaneta, *Palabras Preliminares* 9
Fernando Parra Aranguren, *Presentación* 11
José Román Duque Sánchez, *Currículum Vitae* 31
Héctor Grisanti Luciani, *Obra jurisprudencial del Doctor Duque Sánchez* 35

Marjorie ACEVEDO GALINDO, *Las medidas aseguradas con fines probatorios en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo* 39

Rafael J. ALFONZO-GUZMÁN, *Ajenidad y dependencia* 73

Manuel Ignacio ALONSO BRITO *Actualidad internacional de los derechos humanos fundamentales en el trabajo* 113

León ARISMENDI, *La Confederación de Trabajadores de Venezuela, el Gobierno y la Organización Internacional del Trabajo* 153

Ricardo BARONI UZCÁTEGUI, *Apuntes acerca de los tribunales competentes para conocer del recurso de nulidad contra los actos administrativos que involucran derechos individuales y colectivos de los trabajadores* 201

Alberto BAUMEISTER TOLEDO, *Consideraciones sobre ciertas particularidades en algunas de las normas de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo* 243

María BERNARDONI DE GOVEA, *Fronteras entre la jurisdicción laboral y la cuasijurisdicción administrativa* 257

Francisco CARRASQUERO LÓPEZ, *El Recurso de Control de Legalidad en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo* 285

Magda CEJAS MARTÍNEZ, *La formación por competencia, empleo y mercado de trabajo: un desafío para los actores laborales* 313

Antonio DE PEDRO FERNÁNDEZ, *El proceso de laboralización de la función pública venezolana* 357

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La capacidad laboral del menor de edad* 377

Román J. DUQUE CORREDOR, *Apuntaciones sobre el procedimiento oral contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo* 403

Oscar ERMIDA URIARTE y **Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ**, *Crítica de la subordinación* 447

Ramón ESCOVAR LEÓN, *La nueva casación laboral*. 483

Edgard FIGUERA ORTIZ, *La huelga y los servicios esenciales* 513

Omar GARCÍA VALENTINER, *Embargo en juicios de prestaciones sociales (artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)* 559

Juan GARCÍA VARA, *La Oralidad en los Juicios del Trabajo* 573

Alexis GARRIDO SOTO, *El nuevo reto del Derecho del Trabajo: modernizarse o resultar inaplicable* 589

Ana GERSON, *Los convenios y recomendaciones de la OIT y la negociación colectiva en Venezuela* 619

Mónica GUERRERO ROCCA, *La fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo* 633

Héctor Armando JAIME MARTÍNEZ, *La demanda y la contestación de la demanda en la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo* 663

Benjamín KLAHR Z., *El debate probatorio en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo* 697

Palabras Preliminares

El número 9 de nuestra *Colección Libros Homenaje*, **Estudios sobre Derecho del Trabajo**, está dedicado al Profesor Doctor José Román Duque Sánchez, Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sitio donde pasó más de la cuarta parte de su tránsito terrenal. Habiendo nacido en Zea, Estado Mérida, en 1914, falleció en Caracas en 1999. Fue designado Magistrado por un período constitucional (1959-1964) y, al concluirlo, reelecto dos veces por nueve años cada uno (1964-1982). Durante ese lapso, además de Magistrado integrante de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, luego Sala de Casación Civil, se desempeñó como Presidente y Vicepresidente de la Junta Directiva y, consecuencialmente, como Presidente de su Sala.

Tuvo una destacada actividad en su larga vida profesional (1939-1999) tanto en la actividad privada como en la pública. En la primera, ejerció su profesión en Mérida, y luego ingresó en el Grupo Royal Dutch-Shell, donde llegó a ocupar la Jefatura del Departamento Legal en Caracas. En la otra, su labor se desarrolló en lo municipal (Vicepresidente del Concejo Municipal del Distrito Libertador de su estado nativo), en lo Estadal (Gobernador del Estado), como en lo nacional: en el Poder Legislativo, fue Diputado al Congreso Nacional; en el Judicial, además de su largo periplo por la Corte Suprema de Justicia, fue Juez de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Mérida, luego de haberse desempeñado como Secretario del mismo. En el ámbito electoral, actuó como Presidente de la Junta Estadal Electoral de Mérida.

Ejerció la docencia tanto en su *Alma Mater* (Universidad de Los Andes) como en Caracas, Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello por un lapso total de más de cuarenta años y, como testimonio de su labor en este campo, dejó numerosas publicaciones con finalidades pedagógicas.

Es innecesario querer destacar los méritos extraordinarios de este hombre –que de las montañas andinas vino a Caracas a triunfar– pues brillan con luz propia, no sólo en el país, sino en esta Institución que fue su casa.

La obra recoge treinta y siete estudios que versan sobre derecho laboral, en sus aspectos sustantivo y adjetivo, para destacar una parte de su prolífica existencia. Además de las decisiones en este campo, donde hizo grandes innovaciones (recuérdese que una de sus sentencias, la dictada en el caso Elga de Venezuela en 1983, implicó la reforma de la Ley del Trabajo del mismo año para poder contradecir sus afirmaciones), fue Individuo de Número del Instituto Venezolano de Derecho Social, en cuyo Directorio se desempeñó como Vocal, Secretario General y Director General, en su orden.

Los autores de los ensayos que hoy se difunden vienen de diferentes áreas de la actividad profesional: unos ejercen libremente la abogacía, otros están dedicados a la docencia; y un tercer grupo, a la judicatura. Versan, como se ha señalado, sobre derecho sustantivo del trabajo y sobre el procesal de la misma rama, tema lleno de novedades por la promulgación de una nueva legislación que se espera entre en vigencia en un futuro cercano.

Antes de terminar, deseamos expresar dos cosas. Primera, nuestra gratitud, por su generosidad a quienes colaboraron en esta obra y a quienes por cualesquiera razones no pudieron materializar su deseo. Y segunda, nuestra esperanza de que esta nueva publicación, **Estudios sobre Derecho del Trabajo,** *Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez*, sea acogida por la comunidad jurídica a quien se dedica, con el mismo beneplácito que las otras de nuestro sello editorial.

Caracas, 30 de mayo de 2003

Iván Rincón Urdaneta

Presentación

I. **Estudios de Derecho del Trabajo**, *Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez*, reúne treinta y siete colaboraciones –dos de ellas colectivas– sobre temas diversos, tanto adjetivos como sustantivos. Sus autores se dedican a actividades docentes unos; otros pertenecen a instituciones académicas diferentes a las universidades; y, finalmente, un tercer grupo ejerce su profesión de abogado.

II. José Román Duque Sánchez nació en Zea, Estado Mérida, el 19 de enero de 1914 y falleció en Caracas, un poco después de haber cumplido ochenta años de valiosa existencia, el 9 de agosto de 1999. Contrajo matrimonio en 1940 y de esa unión con Carmen Corredor Tancredo, nacieron cuatro hijos. Graduado de Doctor en Ciencias Políticas en la Universidad de Los Andes (1939), desarrolló en su vida múltiples actividades:

1. Fue docente, tanto en su *Alma Mater* como en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello, en Caracas, habiendo alcanzado la categoría de Profesor Titular II, luego de haber enseñado Psicología y Lógica en su estado nativo. En la actividad Municipal, actuó como Vicepresidente del Concejo Municipal del Distrito Libertador. En el Legislativo, fue Diputado al Congreso Nacional y proyectista de leyes. En el hoy denominado Poder Electoral, Presidente de la Junta Estadal. Ejerció además, con acierto, su profesión, habiendo llegado a ocupar la Jefatura del Departamento Legal del Grupo Royal Dutch-Shell de Venezuela.

2. En el Poder Judicial, fue Juez del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil, después de haberse desempeñado como Secretario del mismo, en los primeros años de su vida profesional y, luego dedicó la mejor etapa de su ciclo vital a su actividad como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, posteriormente Sala de Casación Civil, donde permaneció por veintitrés años (1959-1982), amén de haber pertenecido a la Corte Permanente de Arbitraje.

En nuestro máximo organismo judicial ocupó diversas posiciones (Presidente, Vicepresidente, Presidente de su Sala, en varias oportunidades), pero, sobre todo, destacó por su capacidad y dedicación al estudio. Uno de sus fallos motivó la reforma de la Ley del Trabajo en 1983.

3. Secuela de toda esta vida dedicada al estudio fue la publicación de numerosas obras, unas resultado de su labor docente y otras, de sus funciones como Magistrado. Todas ellas, sin embargo, dedicadas a la mejor formación de nuestros juristas.

III. Luego de esta Presentación y del *Currículum Vitae* del homenajeado, se difunden unas notas preparadas por quien fuera Magistrado de la Sala de Casación Civil en la Corte Suprema de Justicia, Héctor Grisanti Luciani, donde destaca la labor que Duque Sánchez desarrollara durante su permanencia en dicho órgano jurisdiccional.

IV. Se divulgan, por orden alfabético de los autores, los siguientes ensayos preparados especialmente para esta obra del ilustre emeritense:

1. Marjorie Acevedo Galindo (**Las medidas asegurativas con fines probatorios en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**) comenta los cambios incluidos en dicha preceptiva en relación con las medidas cautelares: “el único artículo que las regula –señala– se aparta del viejo concepto y clasificación de las medidas preventivas, ampliándose así el ámbito de procedencia de éstas en un claro apego al orden constitucional” que comprende al proceso como “un instrumento fundamental para la realización de la justicia”.

Con esta mira, se originan tanto las medidas preventivas asegurativas como las que tienen fines probatorios, estas últimas tendentes a facilitar la "fijación de los hechos" mediante el uso de la coacción. El ensayo lo divide en cuatro partes: primero estudia la tutela judicial efectiva, luego explana tanto las medidas cautelares como el principio de la obtención coactiva de los medios de prueba y concluye explicitando el procedimiento de las cautelas probatorias.

2. Rafael J. Alfonzo-Guzmán (**Ajenidad y dependencia**) considera que "no existe, ni existirá, una motivación más convincente que la dependencia para explicar la intervención del Estado en las relaciones de interés privado del trabajador con su patrono, ni para justificar la carga económica que para éste supone el cuidado de la salud y la seguridad integral de aquél", porque "no es una abstracta especulación doctrinal, como la *ajenidad*, sino una situación jurídica fácil de identificar, porque se basa en hechos que implican restricciones personales a la libertad de acción del empleado u obrero".

Con miras a justificar esta opinión, explica los conceptos de ajenidad y subordinación o dependencia y destaca, en el primero, tanto su falso fundamento jurídico como su falta de novedad. En el segundo expone su concepción sobre la materia que, asevera, facilita el estudio de las denominadas zonas grises del derecho del trabajo: particularmente la situación de los concesionarios, franquiciados, agentes de comercio y altos empleados, temas que enfoca a la luz de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, sobre la materia.

3. Manuel Ignacio Alonso Brito (**Actualidad internacional de los derechos humanos fundamentales en el trabajo**), luego de plantear el tema de su estudio, donde "se adoptó el instrumento más importante (...) que haya emanado de la OIT (...) la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento*, se refiere a los derechos humanos fundamentales en el trabajo.

El estudio lo divide en dos partes. La primera se refiere al fundamento de la actividad internacional normativa en el campo laboral, el reconocimiento en esta esfera de los derechos fundamentales, su concepto y la interdependencia que hay entre ellos, así como su indivisibilidad. La otra

la dedica a la declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento: expone de este modo, sus antecedentes y sus resultados y divulga, a título de apéndice de su ensayo, el texto de la declaración y su anexo.

4. León Arismendi (**La Confederación de Trabajadores de Venezuela, el Gobierno y la Organización Internacional del Trabajo**) se ocupa de algunos actos que, a su entender, "constituyen violaciones a la libertad sindical por parte de los órganos del Estado, tomando como referencia básica el texto de los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT y la doctrina de dicha organización". Luego de explicar la libertad sindical, tal como es entendida por la Organización Internacional del Trabajo y las obligaciones que asumen como consecuencia los Estados miembros, se refiere a conductas gubernamentales que atentan, asevera, contra tales deberes jurídicos: la alternabilidad de los directivos sindicales; la facultad de los trabajadores de constituir organizaciones y de afiliarse o no a las existentes; la declaración jurada de bienes de los dirigentes laborales; la intervención del Consejo Nacional Electoral en las elecciones sindicales; el caso de la Federación Campesina de Venezuela; el referéndum sindical y el estatuto especial para su renovación. Comenta, además, algunos otros actos constituyentes que considera afectan los compromisos internacionales contraídos: la suspensión de la negociación colectiva; las medidas para garantizar la libertad sindical; la destitución de los representantes laborales en entes y empresas públicas; y las medidas sobre ética sindical. Como secuela de estas actividades, destaca las quejas presentadas por las organizaciones de trabajadores, las respuestas del Gobierno y algunas de las conclusiones del Comité de Libertad Sindical.

5. Ricardo Baroni Uzcátegui (**Apuntes acerca de los tribunales competentes para conocer del recurso de nulidad contra los actos administrativos que involucran derechos individuales y colectivos de los trabajadores**) presenta "algunas reflexiones acerca de los Tribunales competentes para conocer, tramitar y decidir los recursos de nulidad contra los actos que involucran derechos individuales y colectivos de los trabajadores", tema en el cual existe "una gran inseguridad jurídica", pues la Sala Constitucional y la Políticodministrativa tienen

posiciones contradictorias, tanto que la mencionada en último lugar "planteó ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia un conflicto entre Salas", no resuelto a la fecha, con la esperanza de que resuelva el punto controvertido. Este estudio, en consecuencia, "es una continuación obligada" del publicado por el autor en **Temas de Derecho Administrativo**, *Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, en esta misma colección.

6. Alberto Baumeister Toledo (**Consideraciones sobre ciertas particularidades en algunas de las normas de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**) destaca algunos tópicos de importancia debidos a la consagración de nuevas instituciones o a la nueva redacción dada a las viejas por el autor de la ley adjetiva in commento. Primero se plantea el problema de si la naturaleza de la nueva competencia laboral es de derecho o de equidad; luego se pregunta si el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución tiene, o no, competencia para recibir y conocer sobre las pruebas; y, finalmente, los problemas derivados de la regulación sobre los llamados a juicio y la modalidad cómo ha sido prevista la perención de la instancia, pues cambian "totalmente los conceptos de dichas instituciones en el derecho procesal clásico tanto ordinario como laboral".

7. María Bernardoni de Govea (**Fronteras entre la jurisdicción laboral y la cuasijurisdicción administrativa**) estudia, en primer término, los conflictos laborales y su clasificación, pues, según su especie, presentará características propias que influirán en la determinación del órgano a quien corresponda conocer del mismo. Seguidamente delimita los ámbitos de competencia de la jurisdicción laboral y de la cuasijurisdicción administrativa, en la legislación adjetiva del trabajo anterior y la incidencia de la nueva preceptiva en la búsqueda de soluciones a la problemática planteada.

Finaliza formulando las críticas y sugerencias que estima pertinentes: entre las primeras, considera que, tanto la ley adjetiva como la procesal que está obligado a sancionar el órgano legislativo, han debido ser discutidas conjuntamente para "abordar con mayor eficiencia el tema". Entre las otras, aprovechar la *vacatio legis* de los nuevos preceptos adjetivos para reformarlos con miras a incluir algunos de los relacionados con la materia que fueron desechados por la Asamblea al discutirlo,

inter alia, los que transferían la "competencia para conocer y decidir en los procedimientos de calificación de despido y reenganche a la jurisdicción laboral" y, en caso de que no fuere posible, modificar el artículo 5 de la ley sustantiva del trabajo, con miras a "definir con mayor claridad los ámbitos de competencia de ambos poderes públicos", lo cual, indudablemente, facilitará la interpretación de esta materia.

8. Francisco Carrasquero López (**El Recurso de Control de Legalidad en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**) destaca que "el procedimiento laboral de acuerdo con la nueva ley adjetiva del trabajo es uniforme, oral, breve, público y contradictorio para todas las controversias judiciales que sean de la competencia de la jurisdicción del trabajo". Aun cuando la mayoría de sus disposiciones no están vigentes como secuela de la *vacatio legis* consagrada, se aplican, por vía de excepción consagrada en el mismo texto legislativo, los artículos 49, 178 y 179 reguladores del litisconsorcio del primero y del Recurso de Control de Legalidad en los fallos proferidos por los Tribunales Superiores del Trabajo los otros, "con el cual se pretende proteger y cubrir no sólo la legalidad sino la justicia de la controversia laboral decidida".

Luego de presentar el tema, analiza los recursos y el control de la justicia del acto, la naturaleza jurídica del recurso de control de legalidad laboral, su justificación constitucional, su conceptuación, su ámbito de aplicación y vigencia, y concluye con la exposición del procedimiento que se debe seguir.

9. Magda Cejas Martínez (**La formación por competencia, empleo y mercado de trabajo: un desafío para los actores laborales**) plantea la necesidad cada día mayor de establecer, en las relaciones de trabajo, "la conexión entre la formación por competencia y su articulación con las demandas del sistema productivo" y "la formación por competencia como una condición necesaria para el empleo".

Primero expone consideraciones generales en relación con el rol de los actores laborales y el tema estudiado, seguidas de reflexiones vinculadas con la formación ante el proceso de globalización y su incidencia en los mercados. Luego "presenta el escenario de América Latina respecto

la formación como factor estratégico en el desarrollo de los países latinoamericanos" y, finalmente, "aborda la Formación por Competencias vinculada al Empleo como un hecho laboral, tecnológico y que está condicionado a las transformaciones de los sistemas de relaciones laborales destacando la relevancia del proceso para el empleo y para la búsqueda del empleo, y su vinculación con los actores laborales, con la competitividad y con las condiciones imperantes" en este tipo de relación

10. Antonio de Pedro Fernández (**El proceso de laboralización de la función pública venezolana**) considera necesario reflexionar con ocasión del inicio de la vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública del 1º de julio de 2002, conjunto normativo que "ha suscitado distintas inquietudes en el seno del mundo jurídico nacional" tanto en la doctrina como en el funcionariado, por cuanto revive "una controversia que enfrentaba, de una parte, a los laboralistas y, de otra, a los administrativistas". Aquéllos piensan que la legislación del trabajo debe regular este tipo de relación, mientras que los últimos afirman la necesidad de aplicar en el sector público instrumentos legales diferenciados, sin que la existencia de estos extremos no haya sido óbice para que un connotado grupo de autores sostenga "que entre ambos regímenes hubiera interconexiones, trasvases, de modalidades laborales".

Explica que, con la vigencia de la nueva preceptiva, ambos grupos de autores se consideran gananciosos. Como resultado de su exposición, considera que, "a pesar de los esfuerzos de los laboralistas, el régimen de Función Pública, en Venezuela, se mantiene dentro del marco global de la concepción estatutaria" por lo cual considera, por lo menos exagerado, referirse a "un proceso de laborización" de la normativa estudiada.

11. María Candelaria Domínguez Guillén (**La capacidad laboral del menor de edad**) estudia la capacidad de obrar del menor de edad en el ámbito laboral, con especial referencia a la normativa consagrada en las leyes orgánicas para la Protección del Adolescente y del Trabajo. Divide su ensayo en cinco partes dedicadas a la incapacidad de obrar del menor, su capacidad laboral (plena y limitada), su capacidad de obrar en relación con el producto de su trabajo y termina explanando algunos aspectos vinculados con el trabajo del menor.

A su juicio, el trabajo del menor es un mal necesario en nuestro medio y si el orden jurídico lo desconociera, ello redundaría en perjuicio de los adolescentes. Por esta razón, afirma, el legislador ha creado una efectiva protección a su favor. El reconocimiento de su capacidad plena en el ámbito laboral, afirma, "representa la consagración legislativa de la madurez que exige la necesidad de trabajo". Esta capacidad, unida a "una eficaz protección jurídica", logrará que su actividad laboral, más que un impedimento educativo, sea el origen de un futuro productivo.

12. Román J. Duque Corredor (**Apuntaciones sobre el procedimiento oral contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**) –luego de precisar lo que es el proceso oral laboral, sus principios y explanar su antecedente histórico en el país– explica el modelo de procedimiento contemplado en la nueva legislación adjetiva laboral y lo comenta tanto en su precedente histórico como en la normativa que entrará en vigencia en el futuro cercano. Finaliza haciendo referencia a determinados tópicos relacionados con el tema, entre otros, la competencia, la legitimación de las partes, la prohibición de cuestiones previas incidentales, la admisión y evacuación de las pruebas.

Su estudio concluye con las siguientes afirmaciones: "1) Que debe vencerse el temor a la oralidad, estableciendo el proceso oral y público no sólo para la materia laboral sino para todas las materias, si se quiere realizar el cometido de una justicia pronta y cumplida. 2) Que este proceso que aumenta los poderes de los jueces, requiere de un nuevo tipo de juez que sepa más derecho sustantivo y que provenga de una estricta selección, con capacidad y experiencia. 3) Que el sistema de la oralidad en el proceso debe ir acompañado de un adecuado régimen de responsabilidad judicial por error u omisión inexcusable. Y, 4) Que en la aplicación del proceso oral debe garantizarse el debido proceso con un efectivo control de sus posibles violaciones".

13. Oscar Ermida Uriarte y Oscar Hernández Álvarez **(Crítica de la subordinación**) tratan el tema, siempre inconcluso, por unas u otras razones, relacionado con los límites que separan el derecho del trabajo de las otras disciplinas jurídicas. Éstos, una vez definidos, se modifican –para extenderse o reducirse– razón por la cual llenan de confusión a

los estudiosos, pues "apenas los laboralistas nos sentimos bien ubicados dentro de un determinado ámbito que hemos definido como propio", sentimos que "el mismo se nos agranda o se nos achica" y esta última posibilidad ha "dado lugar a que el problema de las fronteras ocupe nuevamente especial atención por parte de los estudiosos".

Partiendo de estas premisas, persiguen "exponer algunos apuntes sobre los diversos aspectos que se plantean con relación al empleo de la subordinación como criterio distintivo del Derecho del trabajo, especialmente sobre aquellos que se derivan de las nuevas condiciones de prestación del trabajo". De su análisis concluyen, primero, en "resaltar la *validez de la subordinación* como uno de los criterios determinantes de la aplicación de la tutela laboral clásica, a condición de que aquélla sea *interpretada con amplitud, agresividad y creatividad*, de modo de alcanzar las hipótesis de simulación, irrealidad y fuga"; y segundo, la necesidad de extender "la tutela laboral a los trabajadores auténticamente autónomos e independientes, pero necesitados de ciertas garantías", la cual "no podría consistir en el trasplante mecánico y masivo de los institutos de Derecho Individual del Trabajo, sino en su reconstrucción o adaptación, (... apoyada) en el Derecho Colectivo del Trabajo y en la Seguridad Social".

14. Ramón Escovar León (**La nueva casación laboral**) se propone "examinar algunos de los avances de la casación social, en su jurisprudencia reciente". Primero la estudia la casación laboral y su desarrollo en los últimos años. Luego, "las líneas maestras de la nueva casación laboral, tal como la regula la Ley Orgánica Procesal del Trabajo". Finalmente, "examina el recurso de control de la legalidad, el cual ya ha dado signos de vida y ha permitido decidir el fondo de una causa, de la manera como se haría en un sistema de casación de instancia".

"La Ley Orgánica Procesal del Trabajo –señala– ha establecido un orden en la regulación de los motivos de la Casación, de acuerdo con el principio finalista, orden que ha sufrido cambios en relación con lo establecido en el CPC. Se advierte, por ejemplo, que el orden de regulación coloca a la motivación en tercer lugar, es decir, después de los errores de juzgamiento y aunque los vicios de sentencia contemplados en el

CPC no aparecen, se hace referencia a la inmotivación, la cual es en efecto, motivo de casación", por una parte; y, por la otra, "conviene señalar que la consagración del debate oral regulada en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es un paso positivo de la casación laboral y con ello se pretende otorgar mayor transparencia a la decisión en virtud de que la oralidad permite ilustrar, *en directo*, los argumentos consignados en los escritos de formalización y contestación".

15. Edgard Figuera Ortiz (**La huelga y los servicios esenciales**), luego de definir la huelga e indicar sus caracteres, indica quiénes son los sujetos titulares de su ejercicio y la situación tanto del empleador como de aquellos trabajadores que a su actualización. La tercera y cuarta partes de su estudio las dedica a exponer tanto la relación entre la huelga y los servios públicos como las diversas posibilidades que se plantean, en la primera, y en la otra analiza las disposiciones legales sobre la materia establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo y en el Estatuto de la Función Pública. Termina su exposición analizando la materia objeto de su ensayo en el derecho comparado, particularmente en los países que conforman MERCOSUR y las disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo al respecto.

16. Omar García Valentiner [**Embargo en juicios de prestaciones sociales (artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)**] analiza "las modalidades consagradas por el legislador adjetivo para el decreto de la medida preventiva de embargo" en el juicio ordinario y en los especiales. El examen de la normativa sobre la materia lo lleva a afirmar, entre otras, que, por voluntad del constituyente, las prestaciones sociales son créditos de exigibilidad inmediata y que el Juez de sustanciación, mediación y ejecución "está facultado para acordar medidas de embargo en los juicios de cobro de prestaciones sociales. De éstas y las demás afirmaciones de su ensayo concluye señalando que las prestaciones sociales y el salario son los bienes de mayor importancia material para el trabajador, razón por la cual "Someter el cobro de las prestaciones sociales de alguien quien es comprobadamente un trabajador a la incertidumbre y dilaciones de los juicios puede devenir en tragedias de grandes dimensiones para quienes sólo tienen como fuente económica el fruto de su trabajo". Corolario de

lo indicado es que teniendo, como tienen, "el rango de créditos exigibles según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y consabido como es lo vital que son las mismas para sus beneficiarios, se debe extender a los juicios que traten de cobro de prestaciones sociales el mismo beneficio que el legislador venezolano otorga a todos los otros créditos exigibles: posibilidad de acordar embargo preventivo con la sola presentación de medio de prueba suficiente de la existencia del buen derecho".

17. Juan García Vara (**La Oralidad en los Juicios del Trabajo**) analiza la oralidad, como forma de procedimiento, tal como la consagra la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ésta tiende a desarrollar los principios relacionados con la autonomía y especialidad adjetiva, la concentración, publicidad, abreviación, valoración de las pruebas por sana crítica y control de legalidad, los cuales "se concatenan directamente con los postulados contemplados en el artículo 26 de la Carta Magna, sobre el acceso a los órganos de administración de justicia, la tutela efectiva de los derechos y la obtención con prontitud de la decisión correspondiente.

Fundamentando su estudio en la preceptiva consagrada la ley adjetiva citada, destaca el predominio de oralidad y la inmediatez en Primera Instancia, su ausencia en el Superior y en la Sala de Casación Social, y destaca al arbitraje en cuanto es excepción de estos principios. La tercera parte la dedica a la oralidad en las audiencias del procedimiento oral, esto es, en la audiencia preliminar, en la de juicio y en el momento de dictar sentencia. Finaliza señalando los que, a su entender, conforman los inconvenientes del sistema.

18. Alexis Garrido Soto. (**El nuevo reto del Derecho del Trabajo: modernizarse o resultar inaplicable**) "pretende señalar que ante la realidad del fenómeno trabajo, de las empresas y el capital hoy, de la mundialización, globalización y el intercambio, de los distintos esquemas ante las crecientes exigencias de los pueblos y de los gobiernos, de las crisis generadas por distintos factores que vive hoy la humanidad, y, lo que es más importante, las diversas formas de manifestarse el empleo y el trabajo, hace imperativo que las normas que rigen ese mundo del trabajo asimilen la realidad y generen un nuevo Derecho del Trabajo".

Por tales razones, sugiere algunos cambios con miras a mantener la "actualización de las normas tanto sustantivas como adjetivas del trabajo ante lo rápido que se manifiestan los cambios en la relación laboral y sus distintos efectos, como una forma de estimular el empleo y agilizar las economías, sobre todo de los países como el nuestro con aspiraciones al desarrollo".

19. Ana Gerson (**Los convenios y recomendaciones de la OIT y la negociación colectiva en Venezuela**) analiza, y revisa desde diferentes ángulos, las "normas, recomendaciones y comentarios sobre el derecho de negociar colectivamente (... emanadas de la Organización Internacional del Trabajo) que orientan o cuestionan nuestra normativa sobre la materia". Clasifica y estudia tal normativa desde diferentes puntos de vista: reconocimiento y promoción de la negociación colectiva; titularidad del derecho; representación de los trabajadores; obligación del empleador de celebrar la convención colectiva; la extensión de éstas; procedimiento de negociación de los funcionarios públicos; y negociación de buena fe.

20. Mónica Guerrero Rocca (**La fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo**) dedica su ensayo al estudio de la fuerza mayor con fundamento en las disposiciones del derecho común sobre la materia, debido a la carencia de disposiciones existente en la legislación especial, aun cuando ha sido objeto de normas reglamentarias. El tema, además, señala la autora, "no ha sido desarrollado jurisprudencialmente".

Considera que, como secuela de su reconocimiento expreso como causa de terminación de la relación laboral por la normativa reglamentaria, "se han presentado dudas en torno a su configuración, visto que el R-LOT contiene otra norma que podría conducir a un conflicto entre ellas" porque a cada una "se le imputan consecuencias jurídicas distintas". Igualmente, confiesa que le ha interesado el tema por la crisis económica que atraviesa el país "que ha generado una baja significativa en el trabajo en las empresas y un importante número de reducciones de personal y de cierres de empresas, cuya causa podría ser la fuerza mayor".

21. Héctor Armando Jaime Martínez (**La demanda y la contestación de la demanda en la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo**) expone, como su nombre lo indica, el modo como tales institutos son regulados por la nueva ley adjetiva laboral. Su estudio concluye destacando las expectativas creadas por la nueva normativa en relación con la agilización de los procesos y la posibilidad de hacer más accesible la justicia al trabajador, por una parte; y, por la otra, el estímulo que da a la negociación –con la participación de un mediador o de un conciliador– como mecanismo alterno a la decisión judicial, para solucionar los conflictos.

22. Benjamín Klahr Z. (**El debate probatorio en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**) destaca que la ley estudiada consagra el principio de impulso de oficio o dirección del proceso, con el cual sustituye el establecido en el Código de Procedimiento Civil (el Juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elemento de convicción fuera de éstos. Su ensayo tiene como objeto "revisar la fase probatoria contemplada en la LOPT para evidenciar la ausencia de coherencia del artículo 74 LOPT con relación a la misión del juez en el proceso oral como es la prosecución de la verdad evitando que se pueda ocultar o escapar de su conocimiento hechos y/o pruebas necesarios para resolver las pretensiones de las partes. En tal sentido, de conformidad con el artículo 74 de la LOPT, en la audiencia del juicio se evacuarán todas las pruebas, de tal modo que el proceso entrará en una fase de letargo por cuanto el Juez de Sustanciación sólo tendrá la potestad para recibir las promovidas por las partes durante la audiencia preliminar".

23. Paolo Longo F. (**Equidad y proceso laboral. Implicaciones probatorias y recursivas**), luego de presentar el tema e indicar los temas a abordar en su estudio (equidad, actividad probatoria y recurso de casación), llega a diversas conclusiones: la jurisdicción del trabajo no es de equidad (encarnación de una justicia concreta), pues la regla general es la aplicación del derecho; excepcionalmente, puede utilizarse la equidad aplicativa y la extensiva; la ley permite el arbitraje basado en la equidad y la revisión judicial de tales decisiones corresponde a la Sala de Casación Social, la cual no revisaría "lo concerniente a vicios de fondo por errores de derecho en la fase de juzgamiento".

24. Victorino Márquez Ferrer (**Aspectos laborales del paro de diciembre de 2002**) considera que la situación coyuntural que se experimentó en el país en el mes de diciembre próximo pasado materializó un evento de gran trascendencia en el mundo laboral venezolano. Por ello dedica su ensayo a formular algunas reflexiones en torno a los temas jurídicos discutidos con mayor intensidad tanto durante su duración como en el tiempo posterior a su levantamiento, "poniendo especial acento en las opiniones vertidas en los dictámenes emitidos por la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo".

Divide su estudio en dos partes. La primera la dedica a la legalidad del paro: allí comenta el dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo Nº 1 de 7 de febrero de 2003 y opina que "acertó al considerar que el denominado paro cívico no constituía una acción regulada por el derecho al trabajo sino que implicaba una acción política que se pretendía confundir con el ejercicio del derecho de huelga laboral". La otra la dedica al tema de las suspensiones de la relación de trabajo invocadas durante el paro, donde expresa puntos de vista favorables a su legalidad y evalúa críticamente la posición asumida por el Ministerio del ramo, al tiempo que explicita un enfoque alternativo relacionado con la situación de los empleadores que voluntariamente se sumaron al paro y la de aquéllos que, no habiéndolo hecho, vieron afectadas sus actividades como secuela del mismo.

25. Alberto Martini Urdaneta (**El Contencioso Social Electoral**), luego de referirse a la jurisdicción contencioso electoral y a las competencias de la Sala y del Consejo Nacional Electoral para conocer de los procesos electorales celebrados por los Sindicatos, explica el desarrollo del contencioso social electoral en el cual los jueces, al resolver los conflictos que involucran a tales organizaciones, deben hacerlo con la óptica propia "que da el conocimiento de instituciones y principios característicos del Derecho del Trabajo, como es el principio de irrenunciabilidad de los derechos".

De este modo, el órgano juzgador ha precisado "que el ejercicio de la Acción Sindical, se materializa por intermedio de los representantes sindicales, en la medida que éstos están llamados a garantizar los intereses

y derechos de los afiliados (...) en todo cuanto sea necesario a objeto de resguardar el patrimonio y los intereses de la organización sindical y de los trabajadores" y, con esta base, dedica la parte final de su estudio al análisis de las sentencias más importantes que, a su entender, se han proferido en este campo. Éste concluye destacando como la Sala al delinear "los primeros esbozos del denominado contencioso social electoral (...), bajo el auspicio constitucional, ha tenido que apartarse del esquema actual de rigidez que experimenta el contencioso-administrativo, con el único fin de que el sistema contencioso social electoral resulte apto para la canalización de acciones y pretensiones que acerquen la justicia al ciudadano".

26. Marlon M. Meza Salas (**Autonomía del Derecho Procesal del Trabajo en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y la aplicación supletoria del proceso civil al laboral)** divide su estudio en dos partes. En la primera, referida a la autonomía del derecho procesal del trabajo, expone las diversas posiciones de la doctrina, para concluir afirmando que, "el Derecho Procesal del Trabajo es un derecho en proceso de formación o construcción, que está aún en la búsqueda de su propia Teoría General, pero que tiene ya una *especificidad* que impide confundirlo con el Derecho Procesal Civil, toda vez que ya ha comenzado a utilizar principios e institutos que son propios y hasta exclusivos del Derecho Procesal del Trabajo".

La otra explana la reforma del proceso laboral en nuestro país. Comienza con la vigencia del nuevo texto constitucional, la elaboración de la preceptiva sobre procesal del trabajo y cómo solucionar sus lagunas, estudio que divide en cinco partes, a saber: "a) La Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo y su remisión al Código de Procedimiento Civil. b) Las lagunas procesales en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. c) La necesaria legalidad de las formas procesales y su corolario: la seguridad jurídica. d) La aplicación supletoria al proceso laboral de otras leyes procesales como medio de garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso de las partes. e) La aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil al nuevo proceso laboral".

27. Marlon M. Meza Salas y Sara L. Navarro de Meza (**Aplicación del Principio Protector en el proceso laboral a propósito de la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**) dividen su estudio en cuatro partes. En las dos primeras se refieren al principio protector en el derecho del trabajo y en el ordenamiento nacional. Luego señalan el rol y la importancia que, en la disciplina, tienen los principios y, en especial, el estudiado. La última parte la dedican a resaltar la proyección del principio protector en el derecho adjetivo tanto en la ley anterior como en la nueva preceptiva: destacan, en este orden de ideas, la influencia recibida de las normas constitucionales y el traslado, a su modo de ver, incorrecto del principio al proceso laboral; y explican la doctrina y la jurisprudencia en torno a su aplicación en el proceso.

Entre sus conclusiones cabe mencionar la importancia que atribuyen al principio en el campo del derecho adjetivo, aun cuando "debe circunscribirse a (...) resolver las dudas acerca de la aplicación de dos o más normas concurrentes (regla de la aplicación de la norma más favorable) o en la interpretación de una determinada norma (regla del *in dubio pro operario*), sin poder extenderse al campo de los hechos o de las pruebas en el proceso laboral". De otro modo, se "pondría en entredicho los principales postulados de la justicia en Venezuela (... ya que) extender aún más esa protección para pretender aplicar el Principio Protector a las dudas sobre los hechos o las pruebas significaría un desequilibrio demasiado grande entre las partes, que entraría en contradicción con la garantía de igualdad establecida en la CRBV".

28. Gerardo Mille Mille (**Aspectos cuestionables en el derecho laboral venezolano**) desarrolla cuatro temas que, a su entender, "constituyen elementos criticables en nuestro ordenamiento laboral". El primero se relaciona con la nulidad parcial del artículo 112 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo; luego se refiere al efecto de la nueva jornada semanal nocturna sobre la mixta, la discriminación en las indemnizaciones por daños morales y termina con la prescripción de lo vinculado con el salario y la prestación de antigüedad.

29. Jesús Montes de Oca Escalona (**La simulación en el contrato o relación de trabajo**) estudia –a la luz de las disposiciones positivas, la

doctrina y los criterios administrativos, nacionales y foráneos– el tema de su ensayo "que tan difíciles situaciones ha suscitado en nuestro mundo laboral y que requerirá, sin lugar a dudas, de análisis más profundos que el presente y de un criterio judicial que, en forma decidida y a través de un sabio fallo del Tribunal Supremo de Justicia, determine, definitivamente, aquellos casos en que deban aplicarse los principios contenidos en el numeral 1 del Artículo 89 y Artículo 94 de nuestra Carta Fundamental".

30. Manuel Carlos Palomeque (**Los derechos laborales inespecíficos**) señala que, al lado de los derechos específicos –propios– de trabajadores y empresarios (aquéllos originados en la relación de trabajo), puede hablarse de "otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales (que) pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo [los trabajadores, en particular] en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenida". Entre ellos, comenta los derechos a la igualdad y no discriminación; al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; de reunión y de manifestación; a la tutela judicial efectiva; y las libertades ideológica y religiosa; de expresión; de información; y la llamada "cláusula de conciencia".

31. Fernando Parra Aranguren (**Los trabajadores internacionales y las decisiones judiciales**) presenta, "en orden cronológico, por la fecha de la última decisión", una ficha de varias sentencias proferidas en la materia estudiada, relacionados con dos problemas: el del órgano competente para resolver el conflicto y el del derecho aplicable al mismo. Agrega, sin embargo, algunos casos no relacionados con trabajadores expatriados porque en ellos se alegó inmunidad de jurisdicción, asunto conexo con el primer tema. Persigue facilitarle al lector la consulta de los fallos pronunciados en "distintas instancias y épocas, bajo la vigencia de normativas diferentes" sobre estas cuestiones y, por tanto, "inspiradas en distintos valores". Termina resumiendo la doctrina judicial analizada y la bibliografía reciente que la comenta.

32. Félix Peña Ramos (**La Defensoría del Pueblo y la defensa de los derechos de los trabajadores en Venezuela**) sostiene que los

derechos de los trabajadores están universalmente consagrados como derechos humanos fundamentales y que "son los instrumentos jurídicos internacionales que recogen en sus preceptos disposiciones para la tutela del trabajador, haciendo mención aparte de su vasta regulación a través de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo"

La Constitución vigente –señala– dio "nacimiento a un nuevo Poder Público, el Poder Ciudadano, el cual cuenta dentro de su conformación con la Defensoría del Pueblo, ente a quien el constituyente le dio la carga de promover, defender y vigilar los derechos y garantías establecidos en la mencionada Carta Magna y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas (Artículo 280 CRBV)". Por este motivo, hace "un breve análisis en cuanto al ámbito de actuación que corresponde a la novel institución venezolana, en lo que a la protección del derecho del trabajador se refiere, a la luz de las decisiones que en esta materia ha producido el Tribunal Supremo de Justicia".

33. Juan Carlos Pro Rísquez (**La estabilidad laboral en Venezuela: comentarios al despido de los trabajadores de PDVSA con motivo del paro nacional del 2 de diciembre de 2002**), analiza la estabilidad en nuestro país, con especial énfasis a la de los Trabajadores participantes en el Paro y a la de los trabajadores de PDVSA en general; para luego señalar el espectro de posibilidades que conlleva los despidos realizados, bajo el ordenamiento jurídico venezolano vigente, su jurisprudencia y la doctrina patria y extranjera pertinente.

De este modo se refiere a la estabilidad y sus delimitaciones en el ordenamiento jurídico patrio; los despidos de los trabajadores; la competencia judicial y los procedimientos pertinentes para ello; y las faltas imputadas a los trabajadores despedidos. En sus conclusiones, entre otras, afirma que "sólo a través del debate jurídico y de las respectivas probanzas en los Tribunales es que se podrá determinar si las causales imputadas a los Trabajadores en Paro son válidas o no; así como si existe alguna causal que justifique y anule las faltas imputadas a los referidos trabajadores".

34. Rodrigo Rivera Morales (**Casación Laboral**), luego de presentar el marco legal aplicable, estudia el recurso de casación y el de control de legalidad. En aquél, después de definirlo y caracterizarlo, explica los elementos subjetivos; los fallos susceptibles de Casación; las causales y motivos de Casación; el recurso de hecho; la tramitación del recurso; los requisitos de la demanda de casación; la sustanciación y decisión del recurso y los efectos de la decisión. En el recurso de control de legalidad, indica los requisitos legales para su ejercicio y los exigidos por la jurisprudencia, su admisibilidad y conocimiento, su inadmisibilidad, los casos de interposición maliciosa y el contenido y límite de la sentencia.

35. Eleana Saldivia Alarcón (**Las relaciones de trabajo de los entes descentralizados. El caso de Insalud**) plantea que el tema de la descentralización como herramienta para el impulso del desarrollo local "es una fórmula que se viene adoptando en América Latina desde hace unos cuantos años, pero sólo a partir de la década de los '80 es que empieza a despertarse un mayor entusiasmo" y se pregunta ¿el por qué de su popularidad y por qué ahora y no antes? Su ensayo pretende responder tales interrogantes, aun cuando admite la posibilidad de dos respuestas distintas, "correspondiendo cada una de ellas a la postura de un grupo distinto de actores sociales: por una parte, los teóricos del desarrollo y la planificación local; y, por otra, los partidarios de ciertas teorías neoliberales, cuyas prescripciones han sido incorporadas a las estrategias del capital transnacional y comienzan a ganar rápida notoriedad entre muchos gobiernos nacionales".

36. Carlos J. Sarmiento Sosa (**Reflexiones sobre el arbitraje procesal laboral en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**) destaca que el legislador adjetivo laboral "ha dado carta de nacionalidad" al arbitraje procesal del trabajo al disponer que, en cualquier juicio de la especie, se puede solicitar su resolución por medio del arbitraje como un mecanismo legítimo de solución de conflictos. Éste, obviamente, diferente del reglado por el Código de Procedimiento Civil y del consagrado en la Ley de Arbitraje Comercial, "presenta ciertas lagunas que, cuando fui invitado a trabajar en una monografía para ser incorporada en el Libro Homenaje al doctor J. R. Duque Sánchez, consideré apropiado tratar en un opúsculo para rendirle merecido tributo al magistrado insigne". Co-

mienza "exponiendo algunos de los problemas que he detectado en la normativa que rige el arbitraje procesal laboral tratando, en lo posible, de sugerir ideas para superarlos, de manera que la novedosa institución pueda a llegar a funcionar eficazmente".

37. Francisco Rafael Verde Marval (**Ensayo sobre la eficacia de los procedimientos administrativos de inamovilidad previstos en la Ley Orgánica del Trabajo. Propuestas para una reforma legal**), en relación con el tema sobre la "eficacia de la regulación en sede administrativa de los procedimientos de inamovilidad consagrados (... en) la Ley Orgánica del Trabajo", considera lo más conveniente modificar el sistema actual, a fin de "judicializarlos" y ello por las varias razones que expone en sus conclusiones, entre las cuales cabe destacar "la autoridad de cosa juzgada emanada de las decisiones judiciales" (garantía de su inmutabilidad), amén de despejar "el absurdo limbo jurídico que se ha creado en torno a la competencia para conocer de la impugnación de las decisiones" proferidas en estos supuestos**.**

V. Luego de más de ochenta años de fructífera existencia, como fue señalado anteriormente, José Román Duque Sánchez entregó su alma al Creador el 9 de agosto de 1999, en la fe que le enseñaron sus padres y transmitió a sus hijos y con la tranquilidad de conciencia de quien, en su paso terrenal, dio a cada uno lo suyo. En la tierra prometida vela por sus descendientes y espera a quien, por casi sesenta años, fue su compañera de camino. A ella, Carmen Corredor Tancredi, y a sus hijos, a quienes conocí y aprendí a querer desde mis primeros años, estas líneas que rinden homenaje a quien fuera mi profesor y amigo. Paz a sus restos.

Caracas, 31 de mayo de 2003

Fernando Parra Aranguren

Currículum Vitae
José Román Duque Sánchez

Nacido en Zea, Estado Mérida, el 19 de enero de 1914, se casó en la capital de esa entidad federal con su conterránea, Carmen Corredor Trancredi, el 19 de diciembre de 1940, y en esa unión procrearon cuatro hijos: Román José (que, como su padre, se ha dedicado a la Academia y, en su actividad profesional, ocupó el alto cargo de Magistrado de la Sala Político-Administrativa en la Corte Suprema de Justicia), Germán Eduardo, Carmen Josefina y Gisela María.

Cursó sus estudios de primaria en el Instituto Duque de su lar nativo, fundado por su padre, y, a la edad de 14 años, inició su carrera laboral como tipógrafo, ocupación a la cual también se dedicó cuando se trasladó a Mérida a cursar el bachillerato y sus estudios universitarios en el Colegio San José, regentado por la Compañía de Jesús. En la Universidad de Los Andes obtuvo el título de Doctor en Ciencias Políticas (26 de julio de 1939), con mención *Summa cum laude*: el de Abogado se lo otorgó la Corte Suprema del Estado el 29 del mismo mes y año, de acuerdo con la legislación imperante para la época. Diez años después concluyó su instrucción "formal", por llamarla de algún modo, en el Inter-American Institute, New York University, donde cursó Derecho Anglo-Americano.

Su carrera docente la inició en su estado nativo como profesor de Psicología y Lógica en el Liceo Libertador y, en el ámbito universitario, en su *Alma Mater*. Allí fundó y regentó la cátedra de Legislación Minera (1940), amén de enseñar Práctica Forense y Derecho Español y Procedimiento Civil. En la Universidad Central de Venezuela fue profesor Titular II de Legislación Minera, materia de la cual fue, además, Jefe de la Cátedra, y de Procedimiento Civil. Estas dos asignaturas también las enseñó en la Universidad Católica Andrés Bello. En ambas Casas de Estudio fue miembro, en varias oportunidades, del Consejo de Facultad.

En el campo político fue Presidente de la Junta Estadal Electoral, Vicepresidente del Concejo Municipal del Distrito Libertador, Diputado al Congreso Nacional y Gobernador del Estado (1958-1959).

Inició su carrera en el Poder Judicial en su estado natal, donde fue Juez de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil, ocupando la Secrearía durante sus cinco años de estudiante. En la Corte Suprema de Justicia fue designado Magistrado de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo el 3 de marzo de 1959 hasta el fin del período constitucional (1964) y luego reelecto para dos lapsos de nueve años cada uno (1964-1982). En ese lapso se desempeñó como Presidente de la Corte Suprema de Justicia (que reemplazó a la Corte Federal y de Casación), 1962-1964; Vicepresidente en dos oportunidades; y Presidente de su Sala.

Presidió la Comisión de Reforma del Código de Procedimiento Civil (1967), perteneció a la Corte Permanente de Arbitraje (1970), a la Comisión Redactora del Proyecto de Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural y delegado Gubernamental a las reuniones de la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo de 1981 y 1982.

Ejerció su profesión de Abogado entre 1939 y 1942. Posteriormente ingresó en Grupo Royal Dutch-Shell, donde ocupó la importante posición de Jefe del Departamento Legal en la ciudad de Caracas. También se destacó en su actividad gremial, pues fue Presidente del Colegio de Abogados del Estado Mérida y fundador del Centro de Estudios Cooperativos en la misma entidad.

Perteneció al Instituto Venezolano de Derecho Social, como Individuo de Número, institución en cuyo Directorio ocupó las posiciones de Vocal, Secretario General y Director General; al Inter-American Bar Association con sede en Washington; a la American Society of International Law; al Instituto Venezolano de Derecho Procesal; al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; a la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo; y a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Sillón 25), en cuya Directiva se desempeñó como Segundo y Primer Vicepresidente, en su orden. Fue, igualmente, miembro honorario de numerosas instituciones extranjeras.

Difundió su pensamiento no sólo en sus sentencias, sino a través de numerosas publicaciones, entre las cuales cabe mencionar: **Manual de Derecho Minero Venezolano, Manual de Casación Civil**, **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (cuatro volúmenes), **Apéndice al Código de Valdivieso y Montaño, La Legislación Laboral interpretada por la Corte** y **Comentarios Jurídicos**, recopilación de estudios de esta índole, amén de artículos relacionados con el derecho divulgados en publicaciones especializadas y en los diarios *El Nacional* y *El Universal*, donde fue colaborador.

Todas estas actividades sirvieron de base para que fuera reconocido con numerosas condecoraciones, tanto por el Estado como por universidades y organizaciones gremiales.

Después de un poco más de ochenta años de fructífera existencia, José Román Duque Sánchez entregó su alma al Creador el 9 de agosto de 1999. Paz a sus restos.

Obra Jurisprudencial del Doctor José Román Duque Sánchez

Héctor GRISANTI LUCIANI*

El Doctor José Román Duque Sánchez publicó: **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**, contentiva de muy interesantes decisiones, por novedosas, dictadas por el Supremo Tribunal de la República durante su actuación.

Caso raro y a la vez edificante, ha sido el Doctor Duque Sánchez en el orden profesional de nuestro país. Sin haber actuado específicamente en nuestros Tribunales, a excepción de un corto lapso en su Mérida nativo, pero sí como abogado de acatada autoridad en una empresa privada, casi por quince años, el Doctor Duque Sánchez fue designado Vocal de nuestro más Alto Tribunal; poco tiempo después, labrado ya su nombre como jurista por su criterio jurídico y su competencia profesional –que debe ser credencial determinante para desempeñar funciones en nuestro Alto Tribunal–, se le designa para presidir la Sala

* **Corte Suprema de Justicia**, *Sala de Casación Civil*, Ex Magistrado.

de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, por ende, la Vicepresidencia de la Corte Suprema de Justicia; y pasado un breve, pero fructífero tiempo como tal, culmina su carrera descollante como magistrado al elegírsele para presidir la Corte Suprema de Justicia durante dos períodos consecutivos.

Aliento y emulación debe constituir para los juristas venezolanos el ascenso del Doctor Duque Sánchez a la cúspide de nuestra organización judicial, porque él no debió su encumbramiento a esos destinos, tanto más cotizados cuanto más altura representan, sino a su honradez mental –no hablemos de la pecuniaria porque es superfluo decirlo–, a su proverbial modestia y a su capacidad para resolver las cuestiones jurídicas con acierto, todo lo cual determinó, posiblemente, el que sus colegas de magistratura lo elevaran a la cima de uno de nuestros tres Poderes Públicos.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, **Sala de Casación Civil**, es un compendio de las sentencias dictadas por la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de las que el Doctor Duque Sánchez ha sido ponente. Entre todas se destaca, por su primigeneidad e importancia en la historia de nuestra casación civil, la relativa a la acción mero-declarativa, cuya razón legal encontró el Ponente en el artículo 14 de nuestro Código de Procedimiento Civil. Nuestra casación había negado rotundamente la procedencia de dicha acción, al expresar que ella no tenía fundamento "en ninguna disposición legal en nuestro ordenamiento jurídico". Desechando esta jurisprudencia con argumentos contundentes que nos recuerda a los clásicos de nuestro Derecho, la sentencia de la Sala en referencia, de fecha 14 de diciembre de 1960, estatuyó sin ambages que a la luz de nuestra legislación, sí existe la acción mero-declarativa en forma general, con base en el citado artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, "conforme al cual, para que haya acción debe haber interés, pudiendo ser éste ya no sólo el meramente económico, sino también el interés en la mera declaración, que se traduce a su vez en el interés en remediar el daño de una incertidumbre de derecho".

La sentencia aludida, lo mismo que las referentes a los conceptos de "empresa", "empleado de confianza" y la que considera el proceso como una relación jurídica triangular, entre otras, nos está demostrando paladinamente, siguiendo el pensamiento de Gustavo Radbruch, el celebrado juris-filósofo alemán, que "la jurisprudencia es una ciencia práctica, llamada a dar respuesta inmediata a toda pregunta jurídica, sin que pueda negarse a contestar por razón de las lagunas, las contradicciones o las ambigüedades de que la ley pueda adolecer".

Por lo demás, no debe someterse el intérprete a precedentes judiciales, y así lo hace Duque Sánchez, como que es buen jurista, si del estudio concienzudo y cabal del problema jurídico encuentra que otra debe ser la solución jurisprudencial, ya que, como asentó el fallo de la Corte Federal y de Casación, de fecha 08 de febrero de 1946, debido a la ponencia del Maestro Lorenzo Herrera Mendoza, los jueces pueden y deben "dar en sus decisiones una interpretación de la Ley distinta y aun contraria de aquélla recibida y tradicional, por demás firme que sea, cuando del distinta y aun contraria de aquélla recibida y tradicional por más firme que sea, cuando del estudio detenido del caso y de la norma aparezca que la interpretación no corresponda a su verdadero espíritu y a su sana inteligencia", siguiéndose en este punto al valor, que de la jurisprudencia se tenía en la época del Derecho Romano.

El Doctor Duque Sánchez fue, además Profesor de Derecho Minero, en nuestra Universidad Central, y de Procedimiento Civil en la Universidad Católica Andrés Bello, materias que profesaba con probidad científica, metodología apropiada y con un estilo claro y conciso, cualidades que debe evidenciar todo profesor que desee merecer el título de tal.

Con esta obra se coloca al Doctor Duque Sánchez entre nuestros juristas que se han dado a la tarea de divulgar la doctrina de nuestro más Alto Tribunal, como lo han hecho los Doctores Gustavo Manrique Pacanins, A. Valdivieso Montaño, Alejandro Pietri; José Enrique Machado, Arístides Rangel Romberg, Luis Loreto, y otros más, quienes han contribuido en grado sobresaliente a dar a conocer tanto en nuestra Patria como fuera de ella el acervo jurisprudencial de Venezuela, de nuestro máximo Tribunal.

Las Medidas Aseguratives con Fines Probatorios en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Marjorie ACEVEDO GALINDO*

SUMARIO:

Introducción

1. **La Tutela Judicial Efectiva: 1.1** *Generalidades.* **1.2** *Concepto.*
2. **Las medidas cautelares.**
3. **El principio de la obtención coactiva de los medios de prueba: 3.1** *Generalidades.* **3.2** *Bases legales de la obtención coactiva.*
4. **Del procedimiento de las cautelas probatorias**

---

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogada, Especialista en Derecho Procesal Civil, Ex Profesora**. Universidad Santa María,** Especialidad Derecho del Trabajo, Profesora. En la **Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas**, *Juzgado Superior Segundo del Trabajo*, Juez Titular por Concurso de Oposición (desde 2002); *Juzgado Superior Cuarto del Trabajo*, Juez Provisorio (2001-2002); *Juzgado Superior Tercero del Trabajo*, Juez Temporal (1999-2000); *Juzgado Tercero de Primera Instancia*, Juez Titular (1993-2001); *Juzgado Décimo de Primera Instancia del Trabajo*, Juez Temporal (1992). **Instituto Venezolano de Derecho Social**, Miembro de Número; **Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo, "Guillermo Cabanellas"**, Miembro de la Junta Directiva. Autora de varias publicaciones en revistas especializadas y participante en numerosos foros y talleres.

INTRODUCCIÓN

Al sancionarse la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se introdujeron cambios fundamentales que van a influir en una modificación de las instituciones procesales.

Una de ellas son las medidas cautelares. El único artículo que las regula se aparta del viejo concepto y clasificación de las medidas preventivas, ampliándose así el ámbito de procedencia de éstas en un claro apego al orden constitucional.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en sus artículos 26 y 257 introdujo, asimismo, cambios fundamentales en cuanto a la manera de ver el proceso, estableciendo que éste constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

Este proceso así concebido supone para su realización la necesidad de lograr la seguridad jurídica, tal como nos dice Recasens Siches (1959): "No puede reinar la justicia en una sociedad en que no hay un orden cierto y seguro. No puede reinar la dignidad y la libertad de una sociedad en anarquía. No puede fomentarse el bienestar general en una colectividad en la que no haya una regulación pacífica y ordenada. Todos esos valores superiores del Derecho deben cumplirse precisamente en el Derecho. Pero no hay Derecho, donde no hay orden cierto y seguridad".

Dentro de esa seguridad que debe existir en el proceso, existe a su vez la necesidad de prevenir se produzcan desequilibrios en él que redunden en perjuicio de la consecución del fin último, con grave perjuicio para la colectividad o para el individuo.

Así nacen las medidas preventivas asegurativas de bienes, pero también otro tipo de medidas que tienden a asegurar que efectivamente el proceso llegue a una resolución justa de los intereses en conflicto, lo cual da nacimiento a medidas con fines probatorios que permitan la obtención de medios probatorios que conduzcan a una fijación de los hechos, lo más cercano a la verdad.

Esta obtención coactiva de elementos probatorios permite que se aprehendan hechos ante la posibilidad de que éstos se pierdan o desaparezcan posteriormente, contribuyendo de manera definitiva en el fin último del proceso, la consecución de la justicia.

La garantía de la defensa, que comprende no solamente el derecho a ser oído, sino el de poder afirmar y probar, debe orientar a las más modernas legislaciones y como se ve la referida al derecho a probar es la más apasionante por cuanto la mayoría de las veces se encuentra con escollos y de inconvenientes que hacen intransitable su paso al proceso, lo cual redunda en que se aplique la solución más adecuada al conflicto para el cual debe servir.

En la actualidad van surgiendo interrogantes referidas en especial al tratamiento que de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo a las medidas cautelares, que son recogidas en este trabajo en el cual se toman algunas consideraciones que hemos reflejado en el trabajo publicado en la Revista Nº 13 de Derecho Probatorio, y que se hace forzoso repetir, con la finalidad de dar una respuesta acorde con nuestro ordenamiento jurídico, que hace necesario revisar el tratamiento tradicional que se le venía dando a las medidas preventivas como consecuencia de la promulgación del texto constitucional en 1999 , en especial con la inclusión del derecho a la tutela judicial efectiva, que bajo esta óptica comprende no sólo el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia sino que esa tutela cautelar se debe convertir en un instrumento para lograr la seguridad jurídica dentro del proceso, de allí la importancia del estudio que se emprende en cuanto a la posibilidad de pedir o solicitar medidas cautelares con fines netamente probatorios en el nuevo proceso laboral.

1. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1.1 *GENERALIDADES*

El Derecho a la tutela judicial efectiva ha sido establecido con el más alto rango en las modernas constituciones. Como ejemplo de ellas se encuentran la Constitución de Alemania, donde está prevista en el artículo 19, IV de la Ley Fundamental de Bonn; en España en el artículo

24.1 de la Constitución, en Italia en los artículos 24 y 113 de su Constitución y en Venezuela se incorporó en la Constitución sancionada en diciembre de 1999, en los artículos 26 y 257.

Los orígenes de este principio deben buscarse según nos comenta Ortiz-Ortiz (2001), citando a Barnes Vásquez, en el artículo 24 de la Constitución de Italia de 1947 y en los artículos 19.4 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

La Constitución española dictada en el Palacio de las Cortes el 27 de diciembre de 1978, en su artículo 24.1 establece:

> Artículo 24
>
> 1. Toda las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Comentando la norma antes transcrita, el autor Hernández Mendible[1] sostiene que:

> ...en el contencioso administrativo español se produjo una revolución, que ha tocado las bases mismas del sistema de justicia administrativa, en virtud de la proclamación constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución, norma que según *García de Enterría*, constituye al contencioso administrativo en una justicia de tutela de derechos e intereses legítimos y que consagra la cláusula de universalidad del control. La consagración de la tutela judicial efectiva con rango constitucional en España ha supuesto el replanteamiento de los dos puntos cardinales del proceso contencioso administra-

[1] Hernández Mendible, V. *Dos estudios sobre la tutela cautelar en el proceso Administrativo.* Internet

> tivo. La revisión del sistema de medidas cautelares y de ejecución de sentencias contra la Administración...

Con ello patentiza que en España, al incluirse como principio de rango constitucional a la Tutela Judicial efectiva, se ha producido un replanteamiento en el sistema de las medidas cautelares que ha llegado al punto de modificar los supuestos en que ésta tradicionalmente se concedían, por lo que los jueces inspirados en tal principio han acordado medidas para asegurar el fin último de la sentencia y se ha producido una especie de onda expansiva entre los tribunales españoles, lo cual, en su criterio, ha servido para que los administrados recobrasen la fe en la justicia administrativa.

Esta misma inspiración es la que debe motivar al foro venezolano, al incluirse una norma similar en nuestra Constitución, lo cual nos debe conducir a un nuevo examen de instituciones procesales, que tradicionalmente se habían tratado en un sentido único, como lo son las medidas cautelares, que sólo son acordadas para lograr el aseguramiento de bienes.

En esta orientación la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia Nº 708, del 10/05/2001, estableció la siguiente doctrina que marca un avance en cuanto al punto que se trata:

> El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin forma-

> lismos o reposiciones inútiles (artículo 26 *eiusdem*), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura".

La tutela judicial no sería tal sin la existencia y establecimiento del poder cautelar, concebido por Ortiz-Ortiz (1999)[2] como la potestad otorgada a los jueces y dimanante de la voluntad del legislador para dictar las decisiones cautelares que sean adecuadas y pertinentes en el marco de un proceso jurisdiccional, con la finalidad inmediata de evitar el acaecimiento de un daño o una lesión irreparable a los derechos de las partes y la majestad de la justicia. A través de las medidas cautelares se asegura el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso.

En este orden de ideas se puede decir que surge el sistema cautelar como una garantía procesal con la que cuentan los ciudadanos para que los efectos de la sentencia se cumplan o se realicen; por ello, para que los justiciables no vean burlados sus derechos tras un proceso dilatado y lleno de incidentes para la satisfacción de sus pretensiones, el ordenamiento procesal debe facilitar un sistema que asegure el cumplimiento de lo decidido en la sentencia.

Estas medidas cautelares no sólo se deben mirar tras la óptica de que el fallo pueda ser ejecutado y no quede nugatoria la resolución dictada, sino como punto de partida de la tutela judicial efectiva prevista en nuestra Constitución, deben dictarse las medidas necesarias encaminadas a impedir que se desvirtúe o se pierda, o que su práctica se haga imposible por otras causas, es decir, medidas cautelares que aseguren la prueba o en defensa de la prueba

[2] Ortiz-Ortiz, R. (1999). *Las Medidas Cautelares Innominadas.* Caracas: Paredes

De igual manera, los tratados internacionales de protección a los derechos humanos han reconocido el derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva. En la Declaración de los Derechos Humanos está prevista en el artículo 10; en el Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el artículo 6; en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.

Para Ortiz-Ortiz[3] el Estado de Derecho es, ante todo, un estado de tutela, esto es, una organización jurídica mediante la cual se ampara y protege a los ciudadanos en el goce efectivo de sus derechos subjetivos individuales o colectivos.

Esta concepción va unida a la de seguridad jurídica que es un pilar básico en nuestro sistema constitucional y que a través de ella, y sólo de esta forma, podremos crear y convivir en un estado social democrático y de derecho, donde a través de este último se puedan fijar los cauces necesarios para una convivencia duradera de la sociedad actual.

Como parte de la seguridad jurídica se encuentra la tutela cautelar, el cual es un instrumento para lograr aquélla.

Esta concepción ha sido tratada a nivel internacional en dos recientes resoluciones del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en las que ha vuelto a concitar el interés en torno al proceso cautelar, conocido como *référé* en la terminología francesa y que tiene por objeto, bien la suspensión de la ejecución del acto recurrido, bien la adopción de otras medidas cautelares cuando la protección exclusivamente negativa que proporciona la suspensión no basta para evitar que el demandante sufra un perjuicio irreversible.

Estas decisiones se refieren, por una parte, al Auto dictado por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en fecha 22 de diciembre de 1995, en el asunto T-219/95 R, seguido a instancia de tres

[3] Ortiz-Ortiz Rafael. *La Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa.* Editorial Fronesis 2001.

residentes en Tahití contra la Comisión de las Comunidades Europeas apoyada por la República Francesa, cuya demanda de medidas provisionales tenía dos objetivos: lograr la suspensión de la ejecución de la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 23 de octubre de 1995 sobre las pruebas nucleares francesas y que se ordenara a la Comisión adoptar todas las medidas necesarias para preservar y proteger los derechos que el Tratado Euratom reconoce a los demandantes, según las alegaciones de éstos.

La otra decisión se trata del Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de mayo de 1996 dictado en el asunto C-399/95 R, seguido a instancia de la República Federal de Alemania apoyada por Neue Maxhutte Stahlwerke Gmbh contra la Comisión de las Comunidades Europeas como consecuencia de una demanda de suspensión de la ejecución de la Decisión 96/178/CECA, de 18 de octubre de 1995, relativa a una ayuda de Estado, del Estado Federado de Baviera a la empresa siderúrgica anteriormente citada.

En ambas resoluciones se hace referencia, aunque por distintos motivos, a lo que constituye el fundamento de las medidas cautelares: el derecho a una tutela judicial efectiva. Expresamente afirma en su párrafo 46 "la imposibilidad de conceder medidas provisionales no sería compatible con el principio general del derecho a una tutela jurisdiccional completa y efectiva que el Derecho comunitario reconoce a los justiciables. En efecto, este principio, implica que pueda garantizarse la tutela cautelar de los justiciables en caso de que sea necesaria para la plena eficacia de la futura decisión definitiva, al objeto de evitar una laguna en la protección jurisdiccional que depara el Tribunal de Justicia" y como fundamento a esta posición las sentencias de 19 de junio de 1990 Factortame y otros, C-213/89 y la sentencia de 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89.

1.2 *CONCEPTO*

La tutela judicial efectiva –nos dice la doctrina– no es sino el principio según el cual cualquier persona puede y debe ser protegida y amparada

en el ejercicio pacífico de sus pretensiones ante la justicia para que esas pretensiones le sean satisfechas. Lo que no quiere decir aceptadas, sino resueltas razonadamente con arreglo a Derecho y en un plazo de tiempo también razonable, a lo largo de un proceso en el que todas las personas titulares de derechos e intereses afectados por esas pretensiones puedan alegar y probar lo pertinente a la defensa de sus respectivas posiciones

Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha definido la tutela judicial efectiva en numerosas sentencias de la cual recogemos la siguiente:

> La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución. Es, pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme el derecho mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado

en cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado, pues ello, además de contravenir los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, podría configurar el abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial u otras responsabilidades.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1 *CONCEPTO Y NATURALEZA*

Ni el Código de Procedimiento Civil de 1986, ni la Ley Orgánica Procesal del Trabajo publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* Nº 37.504 del 13 de agosto de 2002, definen las medidas cautelares, sino que el articulado que las regula se inicia con la norma que establece cuando proceden las mismas.

Para tomar una definición, nos auxiliaremos con el Diccionario Jurídico Venezolano[4] que las conceptúa como cualesquiera de las adoptadas en un juicio o proceso a instancia de parte o de oficio, para prevenir que la resolución del mismo pueda ser más eficaz.

Existen muchas clasificaciones de las medidas cautelares, pero nos vamos a referir sólo a dos de ellas: Podetti propone la siguiente: "Podemos ahora formular una sistematización sobre la base del objeto de las medidas cautelares (materia y finalidad), en tres géneros, dos de los cuales comprenden dos especies; 1°.- medidas para asegurar bienes: a) para asegurar la ejecución forzosa, y b) para mantener un estado de cosas o meramente asegurativas; 2°.- medidas para asegurar elementos de prueba; 3°.- medidas para asegurar personas: a) guarda provisoria de personas, y b) satisfacción de sus necesidades urgentes".

La clasificación que hace Calamandrei[5] en su obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, las clasifica de la siguiente manera:

---

[4] *Diccionario Jurídico Venezolano.* Tomo II. Líder Editores Venezuela.
[5] Calamandrei, P. (1984). *Providencias Cautelares.* Buenos Aires: Argentina.

a) El primer grupo es el de las "providencias instructorias anticipadas", con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias, positivas o negativas que podrán ser utilizadas después en el eventual proceso y en el momento oportuno.

b) El segundo grupo comprende las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. Casos típicos son nuestras medidas preventivas.

c) Constituyen el tercer grupo las providencias mediante las cuales se dirime interinamente una relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione decisión definitivamente. Como toda otra providencia cautelar, halla su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes. Un ejemplo lo hallamos en los interdictos de amparo, restitutorio y prohibitivos, en cuanto al decreto primero, provisional.

d) Como cuarto grupo, aquellas providencias cuya denominación revela puramente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución; la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Ejemplos son las dos medidas de cautela del procedimiento de medidas preventivas para decretarlas (contracautela) o para neutralizarlas (cautela sustituyente).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia de fecha 14 de marzo de 2001, N° 333, Claudia Ramírez Trejo, admite la existencia de medidas cautelares o la cautela judicial con la finalidad de obtener pruebas, en dicha sentencia sienta el siguiente criterio:

> Las figuras asegurativas tiene en común que con ellas se aprehenden bienes (muebles o inmuebles), tomando el Estado posesión de ellos con miras al proceso penal; mas no derechos, los cuales por intangibles no pueden ser llevados a la Sala de

> audiencia del Tribunal de la causa. Sin embargo, ante algunos delitos, es posible confiscar bienes o inmovilizarlos preventivamente, lo que atiende a otro tipo de figura, dirigida hacia la cautela sobre bienes objetos del delito, por lo que durante el proceso donde se ventilan tales delitos, pueden ocuparse o incautarse derechos, tal como lo previene el artículo 271 constitucional en los procesos penales para salvaguardar el patrimonio público o en los casos de tráfico de estupefacientes. Para lograr la finalidad, se podrá acudir al embargo y a prohibiciones de enajenar y gravar de bienes muebles, a los fines de asegurar el cumplimiento del fallo (confiscación de bienes), y también a lograr uno de los fines de las ocupaciones, de neto corte probatorio: prohibir se innoven los inmuebles…

En el campo de las medidas preventivas reguladas por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, encontramos que existe un solo artículo que se refiere a ellas, tratando sólo el aspecto de la procedencia y la finalidad, obviando cuáles medidas pueden ser dictadas, el procedimiento en caso de oposición, ya sea de parte o de terceros, ni cuál sería el Tribunal competente para conocer de la oposición, por lo que se hace necesario que el Juez crea las formas procesales aplicando analógicamente las disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, pero teniendo en cuenta el carácter tutelar de los derechos sustantivos y adjetivos del derecho del trabajo, y cuidando que esa analogía no contraríe principios fundamentales establecidos en la ley.

La cautela probatoria no está prevista de manera expresa en ninguna de las normas procesales, ni existe un procedimiento para que pueda ser solicitada y el Juez acuerde medidas preventivas con fines probatorios, ni la forma de acordarlas, ni su duración.

Tampoco está previsto de manera expresa la garantía en cuanto a la parte contra quien obre la medida pueda insurgir a través de la oposición como sí lo está en cuanto a las medidas preventivas para asegurar las resultas de lo que se ha de decidir. Sin embargo, la prueba es parte de la garantía procesal del derecho a la defensa, el cual no permite disminuir o limitar tal derecho.

Por otra parte obedecería al principio de obtención coactiva de los medios de prueba que va a ser desarrollado en el siguiente capítulo, permitiría la preservación de la prueba para evitar temores al derecho del otro.

Si observamos el contenido del artículo 588 del Código de Procedimiento civil que prevé

> En conformidad con el artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:
>
> ....
>
> Parágrafo Primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, **cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.** En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión..." (Resaltado nuestro)

Con ello se quiere significar que no se puede hacer una interpretación laxa del artículo en comento, sino que del parágrafo primero se desprende que tales providencias cautelares pueden ser dictadas no sólo para asegurar bienes, sino cuando exista fundado temor de que una de las partes pueda causar graves lesiones o de difícil reparación al **derecho** de la otra, entre los cuales se comprende su garantía al derecho a la defensa y por ende a poder preservar las pruebas que van a comprobar su defensa o excepción.

Si la anticipación de las pruebas es de naturaleza cautelar, existe para asegurar lo que se va a demostrar lo que conlleva a concluir la existencia de medidas cautelares con fines probatorios que están además incluidas en otras leyes, y si lo están son perfectamente aplicables al

proceso civil ante el reconocimiento de que el derecho probatorio es uno solo y no circunscrito a jurisdicciones o materias.

Como ya dijimos existe un solo artículo que regula en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo el tema de las medidas cautelares consagrándola de la siguiente manera:

> A petición de parte, podrá el Juez de sustanciación, mediación y ejecución, acordar las medidas cautelares que considere pertinentes, **a fin de evitar se haga ilusoria la pretensión,** siempre que a su juicio exista presunción grave del derecho que se reclama…

Siguiendo a Carnelutti, la pretensión se define como la exigencia de la subordinación de un interés de otro a un interés propio, y está constituida por las afirmaciones de hecho y de derecho.

Con ello la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se aparta del esquema consagrado en el Código de Procedimiento Civil y de la doctrina tradicional en cuanto a la procedencia de las medidas y abre el campo para que se dicten medidas cautelares con fines distintas a aquellas que tienden al aseguramiento de bienes para evitar que quede ilusoria la ejecución del fallo, sino que nuestra Ley procesal abarca un campo más amplio, como lo es la posibilidad de dictar medidas preventivas que tienden a evitar se haga ilusoria la pretensión, abarcando con ello tanto el aspecto del aseguramiento de bienes, como de los derechos y entre ellos, el derecho a probar.

La finalidad de estas cautelas probatorias se circunscribirían a evitar que bienes que guardan huellas, rastros, etc., de los hechos, se transformen o se destruyan o personas que conocen de los hechos desaparezcan, ante el conocido retardo del proceso y lentitud del procedimiento como tal.

Las cautelas probatorias podemos clasificarlas en cautelas probatorias nominadas e innominadas.

Las primeras son aquellas previstas en la Ley. Cuando la Ley Orgánica Procesal del Trabajo regula en su artículo 70 los medios de prueba ad-

misibles en juicio, incluye no sólo las que determina la misma Ley, el Código de Procedimiento Civil, sino todas aquellas previstas en otras leyes de la República, con ello adopta el principio de que el derecho probatorio es uno solo y se aplica a cualquier proceso porque la prueba en general es una institución mediante la cual se garantiza a las partes el Derecho de Defensa, ya que la finalidad de la prueba es convencer al Juez para que fije en la sentencia que deba resolver la controversia unos hechos como sucedidos o no que le van a permitir impartir justicia. Como parte del Derecho general de la defensa, existe el principio de necesidad de la prueba, el cual se sintetiza en que nadie puede ser condenado en base a las solas afirmaciones de su contraparte, si éstas no son demostradas.

El otro tipo estaría constituido por las innominadas, que son aquellas no previstas en la Ley, quedando a criterio de quien las dicta determinar su necesidad.

Este ultimo tipo crea ciertas polémicas en cuanto a la posibilidad de dictarlas. Para un sector el Juez no puede crearlas porque disminuyen los derechos constitucionales que son de interpretación restrictiva

Para otro sector, es posible derivado del poder cautelar general del Juez que significa un verdadero acto de creación judicial del Derecho por cuanto puede existir para cada daño o lesión una medida que se adecúe a su entidad en orden a prevenir su acaecimiento y porque además protege los derechos subjetivos de las partes en el proceso y además estarían al servicio de una justa y adecuada administración de justicia.

El autor Ortiz-Ortiz (1999)[6] al hablar en general sobre las cautelas innominadas nos dice que las cautelas innominadas previenen conductas, no están destinadas a garantizar bienes sobre los cuales puedan dictarse a futuro las medidas ejecutivas, pues para ello se disponen de las medidas típicas, sino la de evitar que la conducta de las partes pueda causar con

[6] Ortiz-Ortiz, R. *ob. cit.*

su conducta una lesión irreparable, por lo cual se permite autorizar o prohibir la realización de determinados actos.

Siguiendo a este autor, si las medidas preventivas innominadas tienden a prohibir la realización de determinados actos o a prevenir conductas, se justifica la necesidad de medidas preventivas de este tipo para prevenir pruebas, ante el temor de que éstas desaparezcan o puedan ser innovadas por la parte contraria, o las haga desaparecer para así evitar que en el decurso del debate probatorio se evite la comprobación de un hecho que le va a ser contrario a sus pretensiones.

3. EL PRINCIPIO DE LA OBTENCIÓN COACTIVA DE MEDIOS DE PRUEBA

3.1 *GENERALIDADES*

Las ramas del derecho deben tener principios que le son propios, ante la ausencia de ellos debemos concluir en su inexistencia y esa pretendida rama se subsumirá en otro derecho

En el artículo 4 del Código Civil se establece claramente que cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan los casos semejantes o materias análogas y si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho. En materia probatoria, existen una serie de principios que rigen la prueba en general, aplicables tanto el proceso civil como al penal, laboral o administrativo y que son exclusivas de ella.

Uno de ellos y que tiene gran aplicación en el tema que desarrollamos, es el principio de la obtención coactiva de los medios de prueba cuyo enunciado deriva en que los documentos, las cosas y en ocasiones la persona física, cuando son objeto de prueba, deben ponerse a disposición del juez cuando se relacionan con los hechos del proceso.

En tal sentido, podemos definirlo como la obtención o conservación del hecho mediante coacción física o psíquica sobre personas, ya sean naturales (partes o terceros) o jurídicas mediante el uso de la fuerza o la imposición de una sanción.

Si bien es cierto que las partes deben prestar al sistema de justicia la debida colaboración, existen ocasiones en que a pesar del deber de lealtad que se deben las partes en el proceso (artículo 48 de la LOPT; 17 y 170 del CPC) y del principio de comunidad de la prueba, las conductas asumidas por aquéllas o por circunstancias ajenas a las mismas impiden la incorporación de la prueba al proceso, por lo que se hace necesario la intervención activa del juez con la finalidad de traer la prueba al proceso, es por ello que se permite al juez el allanamiento de inmuebles, el acceso a archivos públicos y privados, a imponer interrogatorios o reconocimiento de firmas o dictar providencias para obligar a alguna de las partes a presentar sus libros de contabilidad.

En la actualidad, los ordenamientos jurídicos procesales se orientan hacia la eliminación del principio medieval según el cual nadie está obligado a hacer lo que le daña y es útil y provechoso para otro (*quod tibi non nocet, et alteri parodest, ad id res obligatus*); por el contrario, las nuevas constituciones se pronuncian a favor de la aplicación del principio probatorio que permite la posibilidad de constreñir en forma muy sutil, en el proceso civil y más activamente en el proceso penal, a una de las partes para que aporte pruebas en su contra.

Según Couture (1979),[7] ha sido eliminado prácticamente el aforismo latino *nemo tenetur edere contra se*, nadie puede ser compelido a utilizar pruebas en su contra, quien partiendo de que este principio entendido como precepto de derecho procesal probatorio, plantea el problema de su vigencia, desde el punto de vista sustancial y procesal, afirmando que la solución que se le dé dependerá de la visión que se tenga del proceso civil.

Afirma este autor que el aforismo se presenta como una fórmula individualista, que tiene en vista preferentemente los intereses privados, cuyo fundamento es pura y simplemente, el derecho de propiedad que se tiene sobre el documento. En apariencia, nos dice, es un concepto que rige la lucha judicial, pero su contenido es un aforismo de defensa de la

[7] Couture, E. (1997). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Depalma.

propiedad. Desde el punto de vista estrictamente procesal, al entenderse que el proceso tiene un eminente carácter público, en el que priva el interés general sobre el particular, este aforismo no tiene justificación alguna, pues se entiende que el litigante conminado a exhibir un documento no rinde un servicio a su adversario, sino que rinde un servicio a la justicia con la que siempre debe colaborar.

Este principio –apuntan otros autores– tiene mucho que ver con el desarrollo creciente de los derechos humanos en cuanto a que éstos no son absolutos. No se justifican sólo por el hombre, sino en aquellas materias de contenido social.

Existe una posición intermedia en cuanto a la naturaleza de este principio, y es el que sostiene que el derecho a la prueba tiene límites. El Estado debe sacrificar lo menos posible, los derechos de la personalidad; por ejemplo, deben ser protegidos por el Estado preservando la moral pública, por lo que la obtención coactiva de medios probatorios resultaría ilegal cuando atenta contra los derechos inherentes a la personalidad.

Como principio general, podríamos decir que la libertad individual como derecho constitucional impone la voluntad de la persona a someterse a cualquier tipo de prueba. En el ámbito clínico, este derecho se ha desarrollado hasta la saciedad en otras legislaciones, impulsado por ejemplo en la publicación en 1986 de la Ley General de Sanidad de España.

Este principio que estudiamos es propio del proceso penal, pero en el proceso civil regido por el principio dispositivo, también tiene importante aplicación como consecuencia de la promulgación de nuestra Carta Magna en cuyo artículo 257 establece que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. En tal sentido, no puede pensarse en la actualidad en un proceso en el cual el juez se encuentre atado de manos, un proceso en el cual el juez carezca de las facultades necesarias para lograr la justicia del caso concreto, lo cual se traduciría en la labor investigadora que debe tener el administrador de justicia en la búsqueda de la verdad, la cual no sería completa si no es investido de las facultades necesarias para obtener la prueba.

Podría pensarse que este principio no es de posible aplicación en el proceso dispositivo, en el cual es necesaria la solicitud de parte para poner en movimiento la actividad judicial, pero ello se traduce en la actualidad a través de la visión que del proceso se tiene en la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 257 que establece:

> El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

3.2 *BASES LEGALES DE LA OBTENCIÓN COACTIVA*

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela incorporó en el Capítulo X, Título III "De los Deberes", entre ellos los denominados deberes sociales, constituidos por el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y la paz social.

Si hemos dicho que conforme al artículo 257 de nuestra Carta Magna, el proceso constituye un instrumento fundamental para la justicia, todas las personas tienen el deber de cumplir con sus responsabilidades, entre las cuales se encuentran la de colaborar con los fines del proceso.

De igual manera el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé la obligación que tienen las personas y las entidades públicas y privadas a prestar a los jueces la colaboración requerida en la forma que la Ley establezca. Quienes sean legalmente requeridos, deben proporcionar el auxilio, sin que les corresponda calificar el fundamento con que se les pide, ni la legalidad o justicia de la decisión que se trata de ejecutar.

Este principio se configura igualmente en la ejecución de actos o diligencias decretadas por el Juez, quien puede hacer uso de la fuerza pública y de los medios legales coercitivos de que disponga (182 de la Ley

Orgánica procesal del Trabajo y Art. 21 del Código de Procedimiento Civil) para tales fines. Asimismo, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consagra tal principio en cuanto a la ejecución de las sentencia y de todos los actos que decreten o acuerden pueden requerir de las demás autoridades el concurso de la fuerza pública que de ellas dependa.

El artículo 5 del Código Orgánico Procesal Penal, al consagrar como principio la Autoridad del Juez, estatuye que los jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias y autos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, para cuyas funciones las autoridades de la República están obligadas a prestarles la colaboración que les requiera.

Por último cabe mencionar el artículo 303 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, donde el principio rebasa la vía jurisdiccional, concediéndole ese poder coactivo a los entes administrativos como lo son los Consejos de Derechos, previstos en la misma ley, otorgándoles la facultad, además del poder sancionatorio ante el desacato o disconformidad con la decisión que dicte el consejo.

Sin embargo, se crean dudas respecto al principio algunas de las normas previstas en nuestra legislación como lo son:

El artículo 49 ordinal 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

El artículo 80 ordinal 4 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente al estipular los derechos a opinar y ser oído prevé que la opinión de los niños o adolescentes sólo será vinculante cuando la Ley así lo establezca nadie, puede constreñir a los niños a expresar su opinión especialmente en los procedimientos administrativos y judiciales.

Pero, ¿Qué es Coacción? Este concepto es entendido como un delito contra la libertad individual, es la violencia moral o física que se ejerce

sobre una persona y supone un ataque a la libertad individual, a la libre determinación del individuo.

Constreñir es obligar a realizar un hecho o una conducta no deseada.

La coacción puede ser **directa** cuando se utiliza la fuerza. Uno de los casos específicos de coacción es la detención por la fuerza, sólo cuando sea estrictamente necesario y en la proporción que lo requiera la ejecución de la detención (Art. 114 COPP)

En materia probatoria la coacción puede producirse cuando se ordena la comparecencia forzosa de intérpretes, testigos, expertos, que no comparecen en la oportunidad fijada según lo estatuye el artículo 171 del COPP, no obstante haber sido citados (artículo 184 COPP).

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo en el Art. 154 en materia de expertos establece una sanción para aquellos que ejercen cargos públicos y no comparecen sin causa justificada, como lo es la destitución del cargo que ostentan, y si es privado se impone una sanción equivalente a 10 Unidades Tributarias.

Otro caso es el Internamiento del imputado para examen psiquiátrico contemplado en los artículos 128 y 129 del COPP y la asistencia obligatoria a actos prevista en el artículo 203 del COPP, cumplidos por fuerza pública y con restricción de libertad por seis (6) horas, sin orden judicial.

De igual manera, el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece una sanción por obstrucción de una actuación judicial en el siguiente sentido: “El que mediante violencia, intimidación o fraude impida u obstruya la ejecución de una actuación judicial o del Ministerio Público, será sancionado con prisión de seis meses a tres años”. Y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en su artículo 48 en su Parágrafo Primero, numeral 3 se consagra la imposición de sanciones para aquellos que obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso, cuantificadas en unidades tributarias.

La coacción se ejerce también en forma **indirecta.** En materia procesal civil, la coacción obra en forma indirecta creando presunciones en contra de quien no colabore.

En materia procesal del Trabajo encontramos que el artículo 122 faculta al juez para extraer conclusiones en relación con las partes y atendiendo a la conducta de éstas en el proceso, cuando se manifieste notoriamente la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios de pruebas o con otras actitudes de obstrucción

De igual manera podemos ver otros casos en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y que se repiten en el Código de Procedimiento Civil: En el artículo 412 en el supuesto de las posiciones juradas encontraremos que quien no asiste a absolverlas en la oportunidad fijada o que compareciendo no las absuelve o no contesta de manera categórica las preguntas que le sean formuladas, queda bajo la presunción de confesión. Y el artículo 106 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo también establece la presunción de veracidad del contenido de la pregunta en el interrogatorio de parte cuando exista negativa o evasiva al contestar la pregunta.

El 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil prevén la exhibición de documentos cuando el que debe exhibir el documento no lo presenta sin causa justificada, se tiene como cierto el contenido que señaló el promovente de la prueba o la copia consignada.

El artículo 86 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y el 444 del Código de Procedimiento Civil, le confiere al instrumento privado presentado y sobre el cual la parte contraria ha guardado silencio en cuanto a la autoría que se le atribuyó el valor de documento reconocido.

De la misma forma los artículos 110 Ley Orgánica Procesal del Trabajo si para la realización de inspecciones reproducciones, reconstrucciones, experticias y las pruebas de carácter científico fuere menester la colaboración material de una de las partes y ésta se negare a suministrarla el juez le intimará y si aún se negare podrá interpretar la negativa como exactitud de las afirmaciones de la parte contraria.

El proceso regido por el principio dispositivo, en sentido amplio, pretende dejar en manos de los particulares toda la labor de iniciación del proceso, determinación del contenido y objeto e impulso del mismo y de la aportación de las pruebas.

Este principio se estructura sobre cuatro bases que han sido señaladas por los autores y recogidas así: 1.- No hay juicio sin actor, esto es, no existe un juicio sin que se interponga una demanda; 2.- El *thema decidendum* es el establecido por las partes en los momentos procesales previamente determinados (libelo y contestación) que se resume en que cada una de ellas tiene la oportunidad procesal para hacer valer su carga de afirmación, a través de las peticiones del actor y excepciones del demandado; 3.- El juez no puede decidir sobre argumentos de hecho no alegados por las partes ni condenar a algo distinto a lo pedido por los litigantes; y 4.- El juez decide sobre la base de lo probado por las partes, con lo cual se deja a un juez inerme ante el combate judicial, bajo la óptica de que el proceso civil reviste un carácter netamente privado.

Si bien es cierto que el proceso civil regido por el principio dispositivo fue visto bajo el concepto de maniatar al Juez en la actividad probatoria, por cuanto el proceso de esta naturaleza reviste un claro corte de índole privado, esta noción ha ido variando hacia conceptos más modernos de lo que es el proceso, a medida que las constituciones han incorporado normas que le dan otra connotación al mismo, por lo que a través de ellas se ha podido determinar que sí existe un interés más allá del simple interés privado de las partes contendientes, que trasciende hasta la esfera del ámbito público recogido en que el resultado del proceso sea justo, transparente, imparcial y legal.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo en su artículo 5 establece como obligación al Juez inquirir la verdad por todos los medios a su alcance, y el artículo 71 del mismo texto legal le permite ciertas actividades instructoras probatorias a cargo del operador de justicia cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, pudiendo ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, con ello se le faculta no sólo para ordenar la evacuación de medios que fueron ofrecidos, pero que no llegaron a ser evacuados sino tam-

bién cualquier otro que considere convenientes para formar su convicción y dictar la sentencia, teniendo por norte la verdad, no la procesal sino la real, con lo cual la ley procesal no maniata al Juez, en cuanto a su intromisión en la actividad probatoria y por el contrario lo autoriza para proceder a la búsqueda de la verdad material.

Con ello la idea de que tradicionalmente la actividad probatoria le correspondía únicamente a las partes en el proceso, ahora se ve ampliada con la obligación legal de que el juez también se avoque a la misma.

De igual manera, en el proceso regido por el principio dispositivo se han incorporado las obligaciones y deberes a las partes consagrados en nuestro ordenamiento procesal en los artículos 49 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (Artículos 17 y 170 CPC), que sancionan las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, con lo cual se les impone un deber de colaboración que hoy está presente incluso a nivel jurisdiccional internacional.

Como sabemos, en el proceso regido por el sistema inquisitivo se prevé la posibilidad de dictar medidas preliminares de índole cautelar, que forman parte de la instrucción preventiva de pruebas que de otro modo podrían frustrarse de manera definitiva, este mismo principio llevado al sistema dispositivo tiende al logro de la tutela judicial efectiva.

Pensemos por ejemplo, en que podría entrabarse la búsqueda de la verdad de manera definitiva ante la muerte de un testigo calificado de edad avanzada o próximo a ausentarse del país o que se encuentre gravemente enfermo, en igual circunstancia se encontraría un trabajador que ante los daños ocasionados por una máquina que manipulaba, logre el incautamiento judicial de dicho aparato para evitar así se transforme, corrija o modifique el defecto mecánico que provocó el mal funcionamiento del aparato que produjo la lesión o que en definitiva se cambien las condiciones de ésta en perjuicio de su derecho a probar.

En este orden de ideas, hemos sostenido en el capítulo primero que, surge el sistema cautelar como una garantía procesal con la que cuentan los ciudadanos, para que los efectos de la sentencia se cumplan o se

realicen; por ello, para que los justiciables no vean burlados sus derechos tras un proceso dilatado y lleno de incidentes para la satisfacción de sus pretensiones, el ordenamiento procesal debe facilitar un sistema que asegure el cumplimiento de lo decidido en la sentencia y que estas medidas cautelares no sólo se deben mirar tras la óptica de que el fallo pueda ser ejecutado y no quede nugatoria la resolución dictada, sino como punto de partida de la tutela judicial efectiva prevista en nuestra Constitución, deben dictarse las medidas necesarias encaminadas a impedir que se desvirtúe o se pierda o que su práctica se haga imposible por otras causas, es decir, medidas cautelares que aseguren la prueba o en defensa de la prueba.

Las medidas cautelares con fines probatorios o providencias tendentes al aseguramiento de bienes sólo con fines probatorios futuros o a la prohibición de innovar bienes a esos mismos fines, son diferentes a las medidas cautelares previstas en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, las cuales están destinadas a garantizar la ejecución del fallo. Éstas puedan ser dictadas en el proceso civil regido por el principio dispositivo, dado que ellas existen para otros procesos regulados por leyes especiales, como por ejemplo el Código Orgánico Procesal Penal, el Código Orgánico Tributario, la Ley Penal del Ambiente, la Ley de Limitación a la Actividad Ganadera, la Ley Orgánica de Sustancias Psicotrópicas y Estupefactivas, la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera, que como procesos gozan de igual entidad que el proceso civil.

Si partimos de la más moderna concepción del proceso, que está orientada a la constitucionalización del mismo, lo que implica que también se perfecciona el derecho de probar reforzando la garantía de la defensa del proceso justo, pues él involucra principalmente defenderse probando, consagrado en nuestra Constitución como una garantía prevista en el artículo 49, que ha sido entendida de manera amplia, como la oportunidad que tienen las partes para cuestionar las peticiones de su contraparte, concluimos que es de orden público, por tratarse de una emanación directa de la Constitución.

El Derecho a la defensa consiste no solamente en la posibilidad de presentar alegatos en la oportunidad correspondiente, sinos también en el

derecho que tienen las partes de demostrar los hechos que afirmen y que se controviertan, con la finalidad de que se pueda determinar a través del fallo quién, en definitiva, debe resultar victorioso, por ello la posibilidad de solicitar medidas asegurativas con fines probatorios, en el proceso civil, resulta a todas luces aplicable como una expresión de esa garantía constitucional.

De igual manera, si nuestra Constitución prevé en el artículo 257 que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y la finalidad de la prueba es la búsqueda de la verdad y el convencimiento del Juez de los hechos aducidos por las partes resulta lógico la utilización de estas medidas cautelares.

La seguridad jurídica es un pilar básico en nuestro sistema constitucional, de esta forma, se puede crear y convivir en un estado social democrático y de derecho, donde a través de este último, se puedan fijar los cauces necesarios para una convivencia duradera de la sociedad actual, aunque en la actualidad algunos estén empeñados en lo contrario. Como parte de esa seguridad jurídica se consagra la tutela judicial efectiva, como prestación jurídica final que el Estado constitucionalmente organizado garantiza a los ciudadanos que comprende desde luego las tutelas jurídicas previas o mediatas para permitir la existencia de un sistema de control cautelar pleno, que suponga el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a solicitar y la obligación del órgano jurisdiccional de conceder las medidas idóneas y adecuadas en protección de sus derechos.

Actualmente la tutela jurisdiccional versa sobre dos aspectos completamente distintos: Uno de ellos es el de las medidas cautelares propiamente dichas, respecto de las cuales se ha venido haciendo esfuerzos de ampliar su contenido e incluir en él no sólo aquellas medidas que tienen efectos ejecutivos, son las llamadas medidas preventivas, sino también las de nudo conocimiento y decisorias, siendo los abanderados en esta materia Calamandrei y Podetti (1941). El otro aspecto es el de las acciones cautelares autónomas estudiadas por Michelli (1970) y Goldschmidt (1962).

De estas dos tendencias interesa, la primera de las mencionadas, en lo referente a incluir las medidas cautelares de nudo conocimiento, como parte de la tutela jurídica efectiva que tiene como primacía la seguridad jurídica.

Esta orientación del proceso marca un *ítem* importante, donde cobran relevancia las medidas preventivas como formas asegurativas del proceso, tanto en lo que respecta a la ejecución de los fallos como aquellas que tienden a asegurar pruebas con la finalidad de lograr una tutela jurídica efectiva, tal como lo pregona el artículo 2 del texto fundamental.

A través de ellas se logra un proceso más justo.

Si se tienen en cuenta los preceptos constitucionales que sustentan el nuevo modo de ver el proceso y las corrientes mundiales que en tal sentido se han generado ante una manera moderna de ver el proceso es evidente la necesidad de ampliar el marco de procedencia de las medidas cautelares, de modo que se hace necesario pensar en el beneficio que traería para la comunidad, desde un punto de vista social, económico, de seguridad jurídica y práctica, la implantación de esta cautela judicial con fines probatorios.

Así lo entendió el legislador, cuando en la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo, incorporó la posibilidad de solicitar el tipo de medidas asegurativas que hemos estudiado.

Con ello, se aparta del viejo concepto y clasificación de las medidas preventivas y amplía el campo de éstas, en un claro apego al orden constitucional establecido y abre su procedencia desvinculándose del contenido del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

Tradicionalmente, se había tratado el tema de las medidas cautelares atendiendo sólo al objeto que se perseguía dentro del proceso para asegurar bienes, a los fines de que no se hiciera ilusoria la ejecución del fallo. En la actualidad esa concepción implica una limitación que a nuestro modo de ver tiene que desaparecer, para dar paso a garantías más amplias que le permitan a los integrantes de la relación procesal obtener

mayores beneficios que conduzcan a una justicia clara, transparente más cercana al postulado contenido en nuestra Constitución, referido a la creación de un estado social de justicia y de derecho.

Varios autores entre los que se encuentra Araujo-Juárez y Arveláez B. (2000), *La Seguridad Jurídica y el Sistema Cautelar.* Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal Nº 3, parten de la idea de que cuando se estudia la tutela cautelar, se observa que la misma tiene un carácter instrumental, respecto al ejercicio y protección del derecho que se demanda; sin embargo, dicho carácter se extiende al logro de los fines perseguidos por el Derecho, lo que nos lleva a afirmar desde ya que el derecho a la tutela judicial efectiva coadyuva al logro de la Seguridad Jurídica, que junto a la libertad constituyen los valores jurídicos primarios de todo Estado de Derecho.

Los citados autores expresan

> Consideramos que el sistema cautelar es la sustancia misma de que los justiciables conservamos el espíritu de confianza en el Poder Judicial, el sentimiento de encontrarnos respaldados por un Estado de Derecho que tiene como finalidad preservar los derechos de tal forma, que cuando se dicte una sentencia ésta pueda tener todavía una vigencia y genere una cesación de justicia en sus destinatarios, puesto que garantizados los efectos de la sentencia resultante no se podrá alegar que la tutela judicial no ha sido efectiva. En suma, el sistema cautelar surge, entonces, como la garantía constitucional procesal que tienen los justiciables para que los efectos de la sentencia se cumplan o se hagan efectivos, por ello y para que los justiciables no vean burlados sus derechos después de un proceso dispendioso y dilatado, en el que finalmente le son satisfechas sus pretensiones, es que el ordenamiento jurídico procesal debe facilitarles un sistema (medidas y procesos) que debe poner en marcha los fines de asegurar plenamente los efectos de la sentencia. (p. 86)

En la misma orientación, Pico i Junoy (1997)[8] *Las Garantías Constitucionales del proceso.* Barcelona, sostiene:

> La tutela judicial –nos indica el T.C.– no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso. Por ello el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Las medidas cautelares no son susceptibles de vulnerar el Art. 21.1. C.E. porque en el momento en que se producen las resoluciones judiciales cautelares, los derechos o intereses respecto de los cuales se ha solicitado dicha tutela se encuentran pendientes de resolución. (p. 73)

Para Jarillo Gómez (1999)[9] en su trabajo "La Seguridad Jurídica", la dificultad de determinar en muchos casos, hasta dónde llega el derecho y sus aplicaciones, produce en el ciudadano unas sensaciones que en determinados momentos, son catalogadas como de "inseguridad jurídica".

En tal sentido nos acota en su trabajo que:

> Nuestro ordenamiento constitucional de 1978, se estructura a través de la protección de unos derechos fundamentales individuales, siempre coordinados con los derechos de la comunidad. Así, la seguridad jurídica entra en conflicto muchas veces, con la justicia y los valores consagrados constitucionalmente, siendo el verdadero problema el referido a la forma en que se va a resolver dicho conflicto. El Tribunal Constitucional, así como también el Tribunal Supremo, siguen en la mayoría de los casos la vía de la prudencia, refiriéndose por un lado a los conceptos de equidad y buena fe (artículos 3.2 y 7. del Código Civil) y por otro lado a evitar, que a través del cumplimiento

[8] Picó i Junoy, J. (1997). *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: Bosh.
[9] Gómez, J. (1999). *Seguridad Jurídica.* (Disponible en la dirección del autor).

> escrupuloso de la Ley, se puedan perjudicar intereses privados o públicos, siendo su verdadero camino el del fraude de la ley o el abuso del derecho (Artículo 6.4 del Código Civil).
>
> Esta cuestión llega igualmente, al corazón de las sociedades mercantiles, que a través de muchas de sus actuaciones, sobrepasan los límites del derecho, en la determinación de sus propios actos. Se va a admitir, muchas veces, por los Tribunales de justicia, el levantamiento del velo jurídico de esas personas jurídicas, para evitar que a través de su independencia causen daño en los derechos de los demás, porque en definitiva, lo que va a suceder es que, dichas sociedades se amparan en unos criterios legales para sobrepasar los mismos y causar un perjuicio social, al hacer un mal uso de su personalidad en lo que sería el ejercicio antisocial de su derecho. Otro aspecto que no debemos olvidar es que, muchas veces entran en conflicto cuestiones de difícil delimitación desde el punto de vista material, como son los criterios de la buena fe y su relación con la seguridad jurídica. Todo ello habría que analizarlo desde la globalidad del sistema español y sus consecuencias jurídicas, configurándose que cuando existe un tercero de buena fe, la seguridad en el sistema impone siempre que si éstos desconocían los hechos contrarios a su derecho y actuaron de buena fe, dicha seguridad jurídica proteja a los terceros inmediatamente para así salvaguardar las claves en las que se basa nuestro ordenamiento jurídico.

Se suele hablar entonces de conservación o aseguración de la prueba, teniendo presentes aquellos casos en los que la providencia cautelar se dirige a adquirir preventivamente datos probatorios positivos que con el correr del tiempo se haría imposible, o más difícil recoger.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la **tutela judicial efectiva,** que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que

ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución.

Es, pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme el derecho mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas.

Esta concepción prevista en la Constitución es fundamental en cuanto a la tutela cautelar como inherente a ese derecho de tutela judicial efectiva, ya que la necesidad del proceso para obtener la razón, como nos dice Alonso García (1994), no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón y ello implica entre otras cosas el derecho a la tutela cautelar, respecto al ejercicio y protección del derecho que se demanda.

4. DEL PROCEDIMIENTO DE LAS CAUTELAS PROBATORIAS

Como ya hemos reflejado a lo largo de nuestro estudio un solo artículo regula lo atinente a las medidas cautelares.

Pensamos que al igual que en el proceso civil, las medidas se tramitan con independencia del procedimiento principal y ello se deduce del contenido del artículo 137 cuando estatuye que una vez que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución acuerde la medida cautelar contra dicha decisión se admitirá recurso de apelación en un solo efecto dentro de los tres días hábiles siguientes, y la misma será decidida en forma

oral e inmediata y previa audiencia de parte dentro de los cinco días hábiles siguientes por el Tribunal Superior del Trabajo.

Por otra parte, recordemos que tradicionalmente el tratamiento de las medidas cautelares –y en ello coincide la mayoría de la doctrina– una vez que se solicita la medida comienza el proceso de sustanciación de un verdadero juicio, en el cual existe una parte demandante y una demandada, y por supuesto un objeto, una causa de pedir y un *thema decidendum*, propio e independiente del objeto, causa y *thema* del juicio principal del cual depende, dicho en otras palabras, la incidencia cautelar se encuentra en una posición distinta que el juicio principal, lo que amerita que procesalmente sea sustanciado en forma independiente, ya que de lo contrario implicaría una paralización del proceso principal que estaría en su primera fase, para dilucidar cualquier controversia que se suscite y que atañe a la medida.

Por ello disentimos del criterio expuesto por el autor Eric Pérez Sarmiento[10] en cuanto a que la ley no indica la oportunidad en que deben solicitarse y adoptarse las medidas cautelares, ni qué reglas de proporcionalidad han de seguirse, ni cuál ha de ser el procedimiento, lo que lo lleva a concluir que tal cosa puede ocurrir en cualquier estado y grado del proceso y que además, debe tramitarse como una incidencia oral, en el curso de las audiencias de la fase preliminar, del juicio oral o de los recursos, y no por la vía de la pieza separada, propia de los procesos escritos.

Por otra parte, creemos que de acuerdo al texto del artículo 137 el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución es ante quien se solicita la medida y éste la acuerda y ejecuta cuando ésta tienda al aseguramiento de bienes, por lo que se concluye que sólo es en la fase preliminar cuando puede ser solicitada la medida; pero en cuanto a las cautelas probatorias puede decretarlas pero no estaría facultado para evacuarla cautelarmente, por cuanto sería contrario al principio de inmediatez previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y a las funciones y finalidades que la ley atribuye a este Juez, en la fase previa del proceso.

---

[10] Pérez Sarmiento, E. *Comentarios a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.* Vadell Hermanos. Caracas 2003.

Este principio, concebido como inmediatez, debe ser entendido más bien de inmediación, implica que el Juez que debe resolver el litigio presencie tanto los alegatos como la evacuación de las pruebas, con el fin de averiguar la verdad material.

> Para Chiovenda el principio de inmediación quiere que el juez que deba pronunciar la sentencia haya asistido al desarrollo de las pruebas de las cuales debe derivar su convencimiento, esto es, que haya entrado en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de modo que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y la condición de los lugares, etc. A base de la inmediata impresión recibida de ellos y no a base de la relación ajena.

Para Klein

> Es lo más adecuado y natural al espíritu moderno. Tiene todas las ventajas que suponen las comunicaciones orales sobre las cartas y expresiones escritas. La inmediación asegura al mismo proceso lo mismo que se busca en el tráfico extrajudicial. Facilita las aclaraciones sobre todos los extremos litigiosos, suministra los mejores punto de vista sobre las actuaciones fácticas y las mejores impresiones sobre las personas... el verse directamente (Auge in Auge) de la verdadera inmediación lleva consigo más orden, moral y disciplina al procedimiento de los que exigía la legislación anterior a través de pluscuamperfectos deberes; y desde todos los puntos de vista el contacto procesal inmediato entre el juez, partes y medios de prueba es de los más fructífero...

Siendo así, la evacuación de pruebas a través de la vía cautelar que sea decretada, dados los requisitos de procedencia, cuyo adelantamiento resulta urgente, deben corresponder al Juez de Juicio, conforme al procedimiento pautado en el artículo 150 *eiusdem*, adecuado conforme al artículo 11, permitiendo todas las garantías procesales y de acuerdo con los principios contenidos en el Titulo I, Capítulo I de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

No nos dice la ley, desde qué momento pueden ser decretadas las medidas cautelares, pensamos que éstas dependerán de la urgencia o necesidad de evitar que se pierda o quede ilusoria la pretensión, por lo que una vez presentada la demanda y solicitada la medida, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución podrá acordarlas de manera inmediata, aun inaudita parte, ya que ellas contribuirán –en el caso de las cautelas probatorias– a la búsqueda de la verdad y a que se dicte una decisión más justa.

De igual manera, en caso de existir oposición a cualquiera de las medidas preventivas dictadas o ejecutadas, el procedimiento para dilucidarla debe adecuarse en un todo al pautado en el artículo 150 *supra* mencionado, donde a través de la audiencia, una vez oída a las partes, el juez de juicio tome una decisión al respecto y las resuelva.

Ajenidad y Dependencia

Rafael J. ALFONZO-GUZMÁN*

SUMARIO:

1. **El Concepto de Ajenidad.**
2. **Las nociones integradas de patrono y trabajador.**
3. **El producto del trabajo y la ajenidad.**
4. **La ajenidad: la falsa fundamentación jurídica y falta de novedad del concepto. La dependencia o subordinación:** ***Sección Primera:*** *La ajenidad. Falta de novedad del concepto de ajenidad. Ambigüedad del término ajenidad.* ***Sección Segunda:*** *La dependencia o subordinación. Consideraciones generales. Nuestro criterio sobre la dependencia o subordinación. De los signos externos de la subordinación.*
5. **Las zonas grises del Derecho Laboral y la noción de dependencia: La concesión y la franquicia: A)** *Concesionarios, franquiciados, agentes de comercio.* **B)** *Altos empleos.*

Una nota final

* **Universidad Central de Venezuela**, Doctor en Ciencias Políticas. Profesor Titular Jubilado. **Corte Suprema de Justicia**, Ex Presidente. *Sala de Casación Civil*, Ex Presidente, Ex Magistrado. Autor de numerosas publicaciones.

1. EL CONCEPTO DE AJENIDAD

1. El embarazo que en la doctrina y la jurisprudencia provoca la dificultad de incluir en el ámbito del Derecho del Trabajo nuevas relaciones personales de servicios, surgidas con ocasión de los avances tecnológicos y de globalización de los mercados, impulsa el esfuerzo de la teoría y alguna más reciente legislación laboral, de revisar el concepto de dependencia o subordinación como elemento determinante del contrato de trabajo. "En una relación de trabajo tradicional, la identidad del trabajador normalmente no se presta a dudas. En cambio, muchos trabajos pueden ser acordados con inéditos márgenes de autonomía para el trabajador, porque lo permitan o lo exijan las condiciones de la empresa, hasta llegar a crear una clara distancia entre el dador de trabajo y el que lo ejecuta, y ese solo factor, u otros, pueden introducir la duda de que en tales casos exista, precisamente, la subordinación o dependencia propias de la relación de trabajo".[1] Acaso el más acabado de esos intentos correctivos se halla centrado hoy en la teoría de la *ajenidad* al producto del esfuerzo del trabajador.

2. Según las versiones más conocidas de esa teoría, la relación laboral se caracteriza porque en ella el trabajador cede a su patrono, *ab origine,* la titularidad de los frutos de su quehacer subordinado, a diferencia de lo que acaece en los demás contratos regulados por el derecho común, en que el artesano la conserva hasta el momento mismo en que la transfiere a un tercero mediante un acto voluntario de enajenación.[2] Además, la *ajenidad* implica, jurídicamente, la exclusión del trabajador: a) en la dirección de la empresa, atribuida al patrono o empleador; b) en el mercado de los frutos, y c) en los riesgos de la empresa.

3. Algunos autores españoles explican la *ajenidad* en los siguientes términos:

> El trabajador presta sus servicios para otro a quien pertenecen los frutos del trabajo (lo contrario produce la exclusión del con-

[1] Documento base de la Reunión de Expertos sobre los trabajadores necesitados de protección, Ginebra, Suiza, 15-19 de mayo 2000, citado por César A. Carballo Mena y Humberto Villasmil Prieto, *Las fronteras del Derecho del Trabajo,* UCAB, p. 88, Caracas, 2000.
[2] *Manual de Derecho del Trabajo,* Carlos Molero Manglano y otros, Madrid, 2000, p. 29.

trato de trabajo: "el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente", disposición final primera LET). La atribución de los resultados es inicial, desde el momento mismo en que nace el trabajo. La *ajenidad* la ha entendido la jurisprudencia en el sentido de transmisión a un tercero de los frutos o del resultado del trabajo (*ajenidad* en los frutos, STS 29-10-1990, A. 7721); o más claramente aún, la *ajenidad* se manifiesta de forma inequívoca porque es el empresario quien incorpora los frutos del trabajo al mercado (*ajenidad* en el mercado) percibiendo directamente los beneficios (SSTS 29-1-1991, A. 190 y 16-3-1992, A. 1807). Si el empresario es el titular de los frutos del trabajo es evidente que será quien corra con los riesgos, favorables o desfavorables, del resultado de ponerlos en el mercado; el trabajador es ajeno al resultado de la explotación del negocio (*ajenidad* en los riesgos).

El trabajador no es sujeto perceptor del valor de su trabajo; los frutos (bienes o servicios) son del empresario, quien los coloca en el mercado, con sus riesgos y ventajas. El trabajador es ajeno al resultado de su trabajo. Entrega trabajo a cambio de salario y esa realidad primaria lo sitúa tanto al margen de un resultado positivo o negativo como de las vicisitudes de la colocación del trabajo en el mercado.[3]

4. Entre nosotros expresan opiniones de parecido fondo, aunque de mayor claridad formal, César Carballo Mena y H. Villasmil Prieto.[4] Con vista en la *ajenidad* , Victorino Márquez Ferrer aborda el estudio de las sen-

[3] Manuel Palomeque y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo,* Madrid, 2001, p. 652. Para otros autores españoles, la construcción doctrinal de la *ajenidad* presenta notorias variantes, tal como puede leerse en las publicaciones: *Derecho del Trabajo, una visión panorámica,* de Guillermo Barrios Baudor y otros, pp. 44 y ss., con prólogo de Alfredo Melgar; y en Carlos Moreno Manglano y otros, *Manual del Derecho del Trabajo, Ob. Cit.,* p. 29.

[4] *Ob. Cit.*, p. 84. Estos autores destacan tres manifestaciones de la *ajenidad* del trabajador: a) en la ordenación de los factores de producción; b) en la renta de los frutos, que "explica su apropiación originaria por el empleador"; y c) en los riesgos.

tencias proferidas por nuestro Tribunal Supremo de Justicia en las causas seguidas contra Diposa y Seguros La Metropolitana:

> Así las cosas, la *ajenidad* no es un dato accesorio en la determinación de la laboralidad, sino que su indagación debe preceder incluso a la indagación de la dependencia. Por esto, y porque consideramos que las sentencias DIPOSA y SEGUROS LA METROPOLITANA hubiesen llegado a una conclusión distinta de haber analizado el carácter de las relaciones bajo el prisma de la *ajenidad*, es porque nos detendremos a precisar mejor este concepto. La determinación acerca de si la *ajenidad* está o no presente en una relación jurídica pasa por precisar el sujeto que asume los riesgos económicos de la actividad o explotación.[5]

En su decisión N° 489 de 13 de agosto de 2002, el Tribunal Supremo de Justicia parece acoger el criterio de *ajenidad,* como determinante de la relación de trabajo:

> Por otra parte, podrá contra quien obre la presunción desvirtuar la misma, siempre y cuando alcance a demostrar, que la prestación de servicio ejecutada no concuerda con los presupuestos para la existencia de la relación de trabajo.
>
> La precedente reflexión que fuera esbozada en lo anterior por la Sala, no hace otra cosa sino exigir el abatimiento de los rasgos de *ajenidad*, *dependencia o salario*.
>
> Son precisamente estos tres últimos, los componentes estructurales de la relación de trabajo, al menos en nuestro derecho y en buena parte de los ordenamientos foráneos.
>
> 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 presta-

[5] *Las Fronteras del Derecho del Trabajo*, *Ob. Cit.*, p. 10.

> ción, 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 dimanan, y lo que en definitiva explica el deber de obediencia al que se encuentra sujeto el ejecutor del servicio en la dinámica de su prestación; resulta un elemento categórico en la relación jurídica que protege el Derecho del Trabajo.
>
> Así, entenderemos a la dependencia como una prolongación de la *ajenidad*, pero sin la cual esta última podría comprenderse.[6]

Una aclaratoria previa

5. Debemos advertir, de modo previo, que la mencionada corriente de doctrina y jurisprudencia se basa en el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores de España, cuyo texto circunscribe el objeto del Derecho del Trabajo al esfuerzo que se presta voluntariamente, en régimen remunerado de *ajenidad y dependencia*.[7] En ese país la *ajenidad* es, pues, una de las características atribuidas por la ley a la actividad regulada por el Derecho del Trabajo y el contrato especial de ese nombre, junto con la dependencia, y la remuneración.

En Venezuela, la *ajenidad* carece de sustentación legal independiente, por no hallarse expresamente incluida por el artículo 39 LOT entre los elementos tipificadores del sujeto que trabaja por cuenta y bajo la dependencia de otra, a cambio de una remuneración. Sólo por vía de inter-

---

[6] Mireya Beatriz Orta de Silva *vs* Federación Nacional de Profesionales de la Docencia Colegio de Profesores de Venezuela (FENAPRODO-CPV). Lamentablemente, nos contamos entre quienes no creen comprender bien la oscurísima redacción de esta sentencia, que añade la inserción del prestatario del servicio en el proceso productivo como "elemento categórico en la relación jurídica que protege el Derecho del Trabajo", y concluye declarando la dependencia como una prolongación de la ajenidad.

[7] Las palabras "*ajenidad"* y "*ajeneidad"* no figuran en el DRAE como derivados de "ajeno"; no obstante, no luce incorrecto su uso, autorizadas como están las voces: *feminidad* y *femineidad*, originadas en el adjetivo "*femenino*".

pretación, pero con escaso acierto, la expresión *por cuenta ajena* puede ser considerada comprensiva de la *ajenidad.*

2. LAS NOCIONES INTEGRADAS DE PATRONO Y TRABAJADOR

1. Toda la construcción doctrinal y legal en Venezuela sobre el contrato de trabajo se basa en la noción, recogida en el artículo 49 LOT, de que el patrono o empleador explota *animus domini* la empresa, establecimiento o faena que tiene a su cargo, es decir, *en nombre y por cuenta propia*, para su propio provecho, con el concurso de los elementos materiales y humanos de que dispone *en su condición de dueño de la unidad productiva*. Esa noción de *patrono-propietario*, de inmemorial abolengo, se muestra todavía en el artículo 56 LOT, sobre la responsabilidad solidaria del dueño de la obra o beneficiario del servicio de su contratista, y en el literal c) del artículo 563 *ejusdem*, que exime de responsabilidad en los riesgos profesionales al *propietario de la empresa,* cuando se trate de los miembros de su familia que vivan con él.

Normalmente, el titular del derecho de propiedad sobre la empresa ejerce también un poder de hecho sobre ella (*ius possidendi,* derecho de posesión). Sin embargo, la noción de patrono abarca también a la persona, natural o jurídica, que, sin tener la cualidad de propietario, tiene derechos *reales* desmembrados de la propiedad (como la enfiteusis, el usufructo, el uso), o *personales* (como el arrendamiento), que implican actos de señorío sobre los bienes materiales e inmateriales de la empresa con la intención (*animus*) de obrar *animus domini* o *animus rem sibi habendi*, o sea, de explotarla para sí y por su propia cuenta. Más aún, siendo la posesión un hecho no necesariamente ligado a la existencia de un derecho,[8] la figura del patrono o empleador puede concebirse incluso en los supuestos de ocupación de la empresa por los trabajadores sustentada en providencias ilegales e inconstitucionales de la autoridad, entretanto no sean éstas declaradas contrarias a derecho por los órganos jurisdiccionales competentes.

[8] Rippert-Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, vol. VI, ed. 1965, pp. 154-155

2. Con sentido opuesto a la mencionada locución *por cuenta propia*, usada para identificar al patrono, el artículo 39 LOT emplea el sintagma *por cuenta ajena* para definir al trabajador, quien viene a ser, por tanto, la persona natural extraña al dominio de los bienes del patrono, con cuyo esfuerzo, dirigido, controlado y remunerado por él, logra transformar, mezclar, fundir o, en general, acrecentar la utilidad de los bienes de su pertenencia.

Patrono y trabajador son conceptos jurídicos primarios que identifican dos de los factores de la producción y el desarrollo; son también los elementos de un tercer concepto jurídico, económico y social: *la empresa,* de axial importancia en el estudio de la Economía, la Sociología y las ramas mercantil y laboral del Derecho. No hay patrono sin trabajadores y sin empresa; ni, a la inversa, empresa sin patrono ni trabajadores, o éstos sin aquéllos.

3. El trabajo, considerado como actividad unida a la "facultad creadora del hombre",[9] es un modo especial de adquirir la propiedad del producto o valor que de él derive, según el artículo 546 del Código Civil. Esta disposición atribuye de modo directo la propiedad (*adquisiciónlege*) del resultado de la industria lícita, y de las obras de ingenio o del talento personal, a su realizador. Sin embargo, cuando el trabajo –como bien de un valor que ambos contratantes han estimado equivalente al salario estipulado– se incorpora mediante el convenio laboral a bienes ajenos, pertenecientes a la empresa del patrono, el producto[10] del mismo se rige por las reglas y principios de derecho común relativas a la propiedad en general, y, más concretamente, por las relativas al derecho de accesión sobre el producto de la cosa, señaladas en el Capítulo II del Título II, Libro Segundo, de ese mismo ordenamiento:

> **Artículo 578 del C.C.-** "Si la obra de mano fuere de tal manera importante que exceda en mucho al valor de la materia empleada,

[9] Rippert-Boulanger, *Ob. Cit.* p. 425.

[10] Usamos el vocablo "producto" en el sentido de resultado material del trabajo, susceptible de propiedad y de sucesión a título particular. En sentido jurídico, el resultado del trabajo se identifica con el que se proponen las partes alcanzar mediante el contrato. Con frecuencia, los contratos de trabajo que tienen por objeto servicios personales carecen de resultado corpóreo o material (vigilancia, portería, fumigación, mensajería). Para más amplio estudio de este punto, véase *infra* III, 2.

> la industria se considerará entonces como la parte principal, el artífice tendrá derecho a retener la cosa nuevamente formada, reembolsando el valor de la materia a su propietario".

La regla copiada deja de una vez fuera de duda que el *propietario de la empresa es también dueño del producto del trabajo que contrata,* por ser éste de menos valor relativo que el de la universalidad patrimonial al cual ese trabajo accede. Quedan a salvo las producciones del ingenio y del talento, a que luego nos referiremos. Ello significa que la relación patrono-trabajador se desenvuelve en los términos seculares que prevén la doctrina y las reglas civiles sobre la *accesión del trabajo a un bien ajeno de mayor importancia económica*. Dicen así las autorizadas voces de Ripert-Boulanger:

> ESPECIFICACIÓN.- Si una persona transforma con su trabajo la cosa de otro, de manera de crear una cosa nueva, debe ser considerada como propietaria de la misma, si se admite que lo más importante es la forma y no la materia.
>
> En el derecho romano esto fue objeto de una larga controversia. Proculeyanos y Sabinianos (GIFFARD, Précis, núm. 657) y se terminó por adoptar soluciones matizadas (*Inst.* II, I, 25). El Art. 571 reproduce una de esas soluciones, admitiendo que el obrero se convierte en propietario de la cosa cuando la mano de obra sobrepasa con mucho en valor a la materia prima empleada: por ejemplo, si un pintor se ha servido de un lienzo perteneciente a otro. Habrá entonces un modo originario de adquisición de la propiedad y una pérdida correlativa del derecho del propietario de la cosa transformada.[11]

En análogo sentido lo explican Colin y Capitant:

> ESPECIFICACIÓN.- Este término designa la creación de un objeto nuevo con una materia que es transformada. Así, por

[11] Rippert-Boulanger, *Ob. Cit.,* p. 158.

> ejemplo, con piezas de madera se construye un mueble; con mármol se hace una estatua. Parece que en este caso no hay *accesión,* porque no hay dos objetos diferentes reunidos; sin embargo, si se va al fondo de las cosas, nos encontramos evidentemente en presencia de la unión, de la incorporación –si no de dos cosas– por lo menos de dos valores, la *materia* y el trabajo.
>
> Supongamos que el obrero ha trabajado transformando la materia de otros sin que éste lo sepa. ¿A quién debe corresponder la propiedad del objeto nuevo? Los romanos, respecto de los cuales la falta de una regla análoga a la de nuestro artículo 2.279, daban un cierto interés práctico a la cuestión, había mucho acerca de este punto, y en la época clásica existía una controversia respecto de esta materia entre proculeyanos y sabinianos. Los sabinianos concedían la cosa al propietario de la materia, los proculeyanos se inclinaban más bien a la forma (*forma dat esse rei)* y daban preferencia al obrero (7, párr. 7°, *D. de adquirirer.* Dom. XLI, I). Justiniano terminó esta controversia estableciendo una nueva distinción. Si la materia podía volver a su estado primitivo, como un vaso de metal que puede volver a ser lingote, se consideraba que la cosa primitiva subsistía aún; por lo tanto, pertenecía bajo su nueva forma al mismo propietario, con la obligación de indemnizar al obrero. Por el contrario, si la materia no podía ser vuelta a su estado primitivo, como las uvas con que se había hecho vino, era el especificante el dueño de ella, con la obligación de indemnizar al dueño de la materia (25, Inst. Just., II, I).[12]

4. De otra parte, de no menor trascendencia jurídica, la transmisión al patrono de los frutos del trabajo, que la teoría de la *ajenidad* ubica *ab initio* del contrato, tiene en derecho la naturaleza y efectos de una obligación de dar, absolutamente extraños a los que tradicionalmente la doctrina atribuye a las obligaciones *de hacer* y de *no hacer*, a cargo

[12] Colin y Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil,* Tomo II, Vol. II, pp., 890 y 891, ed. 1942

del empleado u obrero.[13] En rigor lógico, si el patrono se hace dueño del producto del esfuerzo que accede a su propiedad por disposición del derecho común, no existe la supuesta transferencia de derechos por efecto o consecuencia del contrato de trabajo, tal como lo sostiene la doctrina de la *ajenidad*.

En el Capítulo IV de este ensayo, con ocasión del examen de otros aspectos de la figura en estudio, volveremos sobre esta importante materia. Pero no podemos dejar de observar ahora que lo llamativo de la teoría de la *ajenidad* no es que desatienda normas y principios de un Derecho que, como el Civil, se suele (absurdamente) estimar extraño e inconciliable con nuestra disciplina, sino que ignore que precisamente sobre esas normas y reglas sobre la propiedad y el derecho de accesión se hallan asentadas todas las leyes del trabajo del mundo. Cuando los artículos 84 y 85 de nuestra LOT declaran que la propiedad de las *invenciones y mejoras de servicio o de empresa* pertenecen al patrono, y que la de las *libres y ocasionales* corresponden al trabajador, no predica ni aplica principios y reglas distintos de los propios de la accesión: el producto del trabajo humano pertenece regularmente al patrono, propietario del bien al cual el trabajo accede, salvo en el supuesto de excepción de las invenciones debidas al ingenio personal, arriba señalado, que reproduce la regla del artículo 578 del Código Civil, también antes transcrito.

3. EL PRODUCTO DEL TRABAJO Y LA AJENIDAD

1. El interés primario del empleador al celebrar el contrato de trabajo se cifra *únicamente* en el esfuerzo, manual, o no manual, del trabajador, que la empresa requiere para alcanzar su objeto comercial, y aquél no desea, no puede, o no sabe, aportar personalmente. Si el patrono deseara, pudiera o supiera servirse a sí mismo para satisfacer la necesidad de

[13] La supuesta transferencia *ab initio* del producto del trabajo al patrono acerca la teoría de la *ajenidad* a la ya abandonada de la venta o el arrendamiento de la energía al patrono por su dueño, el trabajador. Según esa vieja tesis, el contrato de trabajo implicaría la obligación del trabajador de transferir, irreversiblemente, el derecho del operario sobre su actividad, y el resultado de la misma. Un más amplio examen crítico de la teoría de la compra-venta de la energía humana puede leerse en nuestra Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo, decimasegunda ed. p. 69, Caracas 2001.

su empresa, el contrato de esa especie carecería de todo interés para él. Para ejecutar el servicio que necesita, el empleador contrata al trabajador cuya inteligencia, destreza profesional y sentido de responsabilidad[14] ha previamente evaluado.

La remuneración viene a ser la concreción pecuniaria, *primum movile*, del interés del trabajador en prestar a otro la actividad personal objeto de su obligación. El salario es, realmente, la *ganancia* del trabajador, produzca, o no, su actividad, el resultado esperado por el patrono, ya que éste lo debe por igual en ambos casos. De este modo, el salario viene a representar, tangencial pero exactamente, la índole, cantidad y calidad del esfuerzo que el empleador debería hacer en su propio beneficio sin recurrir al trabajador.

2. No siempre es cierto que el trabajador produce con su esfuerzo un resultado, corporal o incorporal, que antes no existía, de pertinente cesión; tal sucede en los contratos de vigilancia, transporte de personas, mensajería, telefonía, portería, recepción e información y, en general, de servicios estrictamente personales. En todos esos supuestos de actividades útiles sin producto material, luce superfluo hablar de transferencia de resultados al patrono: antes de comenzar (*prius quam incipias), ab initio* o *a posteriori,* de su celebración. Parece más propio decir con carácter general, haya o no resultados tangibles, que el único y verdadero móvil del empleador al contratar es llenar una necesidad personal o de su empresa, la cual habría de quedar insatisfecha sin el esfuerzo del trabajador. El resultado del contrato de trabajo no es, entonces, el bien creado, modificado, transportado o transmutado, por el trabajador, sino, más ampliamente, el bien corpóreo o incorpóreo que ambas partes tuvieron en mientes al contratar, conscientes de que la acción del trabajador, cumplida bajo la dirección del patrono, habría de producir de ordinario el resultado que éste se propuso obtener. Al descartar la opinión de que todo contrato de trabajo tiene por objeto producir resultados materiales, susceptibles de apropiación y de sucesión a

[14] *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*, *Ob. Cit.*, p. 69.

título particular, puede aseverarse que el sintagma *producto del trabajo* no alude más que al *fin útil* que ambas partes pretenden deducir mediante el respectivo contrato laboral.

Ni siquiera en la hipótesis de que la prestación deseada por el empleador llegue a malograrse por cualquier circunstancia, incluso imputable a la impericia del ejecutante, el contrato de trabajo pierde sus características y su plena eficacia jurídica: baste pensar que si el patrono bajo cuya dirección la obra se realiza, no adoptó las providencias tendentes a optimizar el esfuerzo a que tenía derecho, o a resolver oportuna y justificadamente la vinculación, su responsabilidad queda normalmente ligada al compromiso contraído con el trabajador supuestamente incumplido. Subraya este parecer la impertinencia del despido del operario diligente, así como de la eventual acción de daños y perjuicios contra él, por parte del empleador frustrado en el logro de su aspiración.

En resumen, de modo amplio y generalizador puede sostenerse que el patrono tiene derecho a la actividad del trabajador, en contraprestación del precio que paga para cubrir su necesidad de cualquier naturaleza, sin excluir las nacidas del deseo personal de una mayor comodidad o seguridad (choferes, guardaespaldas), o del simple prurito de ostentación. Empero, ha de observarse que el derecho a la acción de otra persona no basta para calificar de laboral un determinado nexo, pues ese mismo derecho puede provenir de cualquier otro contrato de actividad civil o mercantil por cuyo efecto el deudor del servicio, igual que el trabajador, tampoco queda involucrado en problemas de mercado ni de riesgos propios de su contratante. De la dependencia de la persona que trabaja en beneficio ajeno depende la aplicación de la legislación del trabajo. A esta materia, de decisiva importancia para el estudio cabal de la ajenidad, regresaremos más adelante (*infra,* 4: 4)

3. Otro orden de reflexiones contribuye a relevar que no es el producto del trabajo el móvil del interés del patrono al contratar, sino sólo la actividad profesional de su trabajador: sólo metafóricamente puede decirse que el bien producido es efecto de la acción voluntaria e intencional del trabajador, visto que es el patrono quien lo concibe, planifica los pasos de su ejecución, dirige y controla el esfuerzo de su dependiente, al par

que suple los recursos materiales y técnicos necesarios para que ese resultado se logre. Sin duda alguna, existe una más clara relación intencional entre el patrono y la cosa creada o modificada, que entre ésta y el trabajador. Más allá de las fronteras religiosas, las palabras de Isaías: *"Mis planes no son vuestros planes, mis caminos no son vuestros caminos"*;[15] parecen también proferidas para definir la relación jurídica del patrono con sus trabajadores.

4. Apartando los derechos y deberes éticos de carácter recíproco para las dos partes, que tienen por fuente la ley, del contrato de trabajo dimana a favor del patrono, únicamente, el derecho de disponer de la energía del trabajador en la forma más útil a su interés personal.[16] Tal derecho no es inherente al carácter de dueño o poseedor de la empresa, propio del empleador, sino de prístino origen convencional: el contrato de trabajo, que le sirve de instrumento jurídico válido para adquirir y usar temporalmente ese poder material y moral sobre la persona del trabajador. En correspondencia con esa facultad del patrono, se halla el deber de obediencia del trabajador (*subordinación,* en sentido teórico).

5. De lo expuesto se colige que el trabajador es, realmente, ajeno a la propiedad del resultado de su industria; pero esa *ajenidad* no se origina en el contrato de trabajo, sino en el derecho absoluto de propiedad o posesión del patrono sobre la empresa, a cuyo patrimonio accede el esfuerzo del trabajador, según fue explanado en capítulos precedentes. Pretender que éste tiene derecho a la tuerca que funde, al medicamento cuyos elementos mezcla o a los huecos que horada en la armazón del automóvil que ensambla, no es más que un divertido desatino. De las tuercas, medicamentos, perforaciones e, incluso del aire que el operario insufla en los neumáticos, es dueño el patrono, bajo cuya dirección se combina la fuerza del trabajo con la inteligencia de la técnica, mediante los recursos del capital de su propiedad.

---

[15] *La Biblia,* Isaías 55, 6-9.

[16] La facultad del patrono de disponer del esfuerzo del trabajador tiene jurídicamente el alcance que a la palabra "disponer" le asigna su significado gramatical, o sea, de "deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse", de "preparar, prevenir", y de "valerse de una persona o cosa, tenerla o utilizarla por suya". (DRAE, 1992).

Erróneo es afirmar, en consecuencia, que el patrono es cesionario de los frutos del trabajo, al modo de Alonso Olea y María Emilia Casas Bahamonde: "*la causa del contrato de trabajo es para el cesionario los frutos que se le ceden, bienes o servicios, y no el trabajo del cedente, medio para la obtención de aquellos o, si se quiere, objeto y no causa del contrato*".[17] O repetir el balbuceo, casi ininteligible, de la Sala de Casación Social de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, en otro párrafo de su ya citado fallo N° 489, de 13 de agosto de 2002:

> Cuando quien presta el servicio se inserta y articula dentro de un sistema de producción, donde la ordenación de sus factores los ejecuta un ajeno, el patrono; teniendo este último como causa para la inserción suscitada el apropiamiento *ab initio* del valor que dicha prestación agrega al producto o servicio realizado, asumiendo con ello los riesgos que del proceso productivo dimanan y naturalmente de la colocación del resultado de la prestación, y obligándose a retribuir la cesión misma de los frutos; es lógico justificar que el ajeno adquiera la potestad de organizar y dirigir el mecanismo para la obtención de tales frutos, y es precisamente en este estado cuando la dependencia o subordinación se integra al concepto de ajenidad, como una emanación de la misma.

4. LA AJENIDAD: LA FALSA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y FALTA DE NOVEDAD DEL CONCEPTO. LA DEPENDENCIA O SUBORDINACIÓN

Sección Primera: *La ajenidad*

1. La importancia en doctrina del concepto *ajenidad* depende del valor jurídico y práctico que se le atribuya como elemento complementario de la dependencia o, más bien, sustitutivo de ésta, por ser considerado más adaptable a nuevas situaciones jurídicas, económicas y sociales, originadas por la expansión de los mercados y la influencia de la tecnología en el desarrollo de la empresa. Según los acólitos de la nueva corriente,

[17] *Derecho del Trabajo*, Décima novena edición, Ediciones Civitas, Madrid-España, 2001, p. 47.

en esos supuestos que la realidad contemporánea parece evidenciar cada vez con más frecuencia, los criterios tradicionales de dependencia o subordinación aparecen desdibujados y de difícil aprehensión, como lo demuestran las vacilaciones de la doctrina y la jurisprudencia. Alúdese con ello a los casos más atípicos de empleo causados por la transformación del sistema productivo, como son los conocidos con los nombres de "*parasubordinado*", o "*cuasilaboral*" por la indecisa autonomía de quienes así se vinculan, y a los comprendidos habitualmente en las denominadas *zonas grises* del derecho del trabajo, en que la actividad personal de concesionarios, franquiciados, agentes de negocios, encuestadores de empresas de investigación de mercados, distribuidores de refrescos y de otros sujetos del moderno tráfico mercantil, se desarrolla en condiciones difusas de subordinación.

2. Anotamos en el Capítulo II, 4, precedente, que la *ajenidad* entraña una desviación radical de la teoría del contrato de trabajo y, en particular, de los efectos que en derecho esa vinculación origina, dado que la supuesta enajenación, *ab initio,* del producto del esfuerzo del trabajador a su patrono constituye una *inusitada obligación de dar* a cargo de aquél, jamás aceptada por la doctrina. Ninguna especie de contrato de trabajo engendra derechos reales: el patrono no adquiere, mediante un contrato de esa naturaleza, un derecho de propiedad sobre una cosa presente o futura que el trabajador se obliga a transferirle, sino un derecho a la actividad personal del trabajador, que su empresa o faena necesita.

Excluidas las obligaciones de *dar* referentes a las invenciones o mejoras en que predomine el esfuerzo y el talento del inventor no contratado para tal fin, cuando ellas son adquiridas por el patrono que ejerce su derecho de preferencia (Art. 85 LOT),[18] *no existe ninguna obligación distinta de las de hacer y no hacer, que deba ser cumplida por el trabajador por efecto del contrato de trabajo*. Esa falsa base conceptual desquicia la severidad doctrinaria de toda la teoría de la ajenidad, ya que tampoco es verdad su pretendido efecto sobre los riesgos

[18] En sentido estricto, esta obligación de dar no es efecto del contrato de trabajo, sino del que se celebra entre el inventor y el patrono adquirente de la invención o mejora libres.

de producción y de mercado, en rigor ajenos a toda persona sin derecho de propiedad o posesión sobre la empresa.

Falta de novedad del concepto de ajenidad

3. Si por *nuevo* entendemos lo que "*es distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprendido*" (DRAE, 1992), todas las aplicaciones de la *accesión* son reglas de carácter civil de rancia estirpe romana. Mientras el patrono emplea al trabajador para desarrollar su empresa, mejorando o transformando la naturaleza, o la utilidad de los bienes bajo su dominio, el trabajador incorpora voluntariamente su trabajo a ese patrimonio, cuyo valor comercial y de uso acrecienta a cambio de una remuneración.

4. La transferencia al empleador del fruto o producto del trabajo centra la teoría de la *ajenidad.* Por efecto inicial de su contrato, el trabajador *cede* al patrono las resultas de su esfuerzo y se hace *ajeno* a la dirección y a los riesgos de la empresa. Según inferimos de las exposiciones del tema, es el hecho de ser extraño a la propiedad del bien que produce y a las responsabilidades y riesgos de la empresa, y no la dependencia o subordinación, lo que imprime al trabajador, ante la ley y en doctrina, su carácter de sujeto del derecho laboral.

4.1. Varias observaciones nos merece tal teoría. *En primer lugar*, dentro del marco del Derecho del Trabajo, y también fuera de él, existen personas que prestan servicios en beneficio ajeno*, pero no son trabajadores*; sin embargo, carecen también de derechos sobre el producto de su trabajo y son igualmente ajenos a la dirección y a los riesgos de la empresa de sus respectivos contratantes: sirven de ejemplo, el intermediario y el contratista. Existe, asimismo, otra categoría de personas que, en el ámbito del derecho común, actúan por cuenta ajena, igual que el trabajador, y tampoco tienen injerencia alguna en los negocios del dueño o del mandante (factores mercantiles, mandatarios); y, finalmente, hay un dilatado grupo de nuevas ocupaciones cuyos titulares son, a veces, personas naturales cuya actividad no se halla claramente dependiente de reglas de otra voluntad (concesionarios, franquiciados, agentes de comercio, profesionales liberales, trabajadores autónomos, etc.). Todos

ellos devendrían sujetos de derecho del trabajo, aun en contra de la intención que sus contratos civiles y mercantiles evidencian, si se prescinde de la subordinación como elemento diferenciador. Acaso los únicos excluidos de esa vastísima categoría de personas de imprecisa subordinación sean: el *contratista,* en razón de haber sido calificado explícitamente de patrono por el artículo 3° de todas las leyes del trabajo venezolanas vigentes hasta la reforma de 1990, y el *intermediario*, considerado (ininteligiblemente) *patrono beneficiario* por disposición del artículo 49 LOT. Pero es obvio que para sustituir con la *ajenidad* la subordinación, sería imprescindible reformar los artículos 67 y 39 *ejusdem*, que consagran a esta última como elemento indispensable del contrato de trabajo y del concepto legal de trabajador. *En segundo lugar,* de nada sirve jurídicamente predicar que los trabajadores son ajenos *ab initio* al producto de su esfuerzo, a la dirección de la empresa y los mercados, si previamente no se determina quiénes, en todo el extenso catálogo de personas que prestan a otro sus servicios, son, legalmente, trabajadores. Vale decir que, antes de ser confirmada la dependencia, es imposible técnicamente inferir si son aplicables, o no, los efectos de la *ajenidad*; esto es, si el prestador de servicios es extraño, desde el inicio del contrato, al producto de su trabajo, a los riesgos del mercado y a la dirección de la empresa.

4.2. El concepto en estudio constituye una típica *petición de principio*, ya que debiendo demostrar que la ajenidad al producto, a la dirección de la empresa y a los riesgos, pone de manifiesto al trabajador, concluye en que es trabajador quien es ajeno al producto, a la dirección de la empresa y a los riesgos, dando así por demostrado lo que precisamente se quería demostrar. Ello lleva a pensar que la ajenidad, a diferencia de la subordinación, no actúa como *hecho indiciario de la existencia del contrato de trabajo*, sino más bien como un *juicio de valor* sobre la situación jurídica de quien presta servicios por cuenta ajena, *después de haberse confirmado que esa persona es un trabajador.*

En otra forma dicho, si la subordinación supone la aplicación de un razonamiento lógico inductivo para poner de manifiesto al sujeto tutelado por la ley laboral (pues se vale de hechos que obran como indicios cier-

tos y concordantes que prueban su existencia y, con ello, la condición de *trabajador* de quien presta a otro sus servicios personales), la *ajenidad* procede de modo inverso, inútil al señalado fin, ya que sólo después de conocida la situación jurídica de quien trabaja por cuenta ajena, sería dable deducir de ella los efectos que la nombrada teoría predica. Acaso más gráficamente exprese nuestro parecer el siguiente símil: luego de saberse que en el saco hay un gato encerrado, carece de gracia "adivinar" que el animal ensacado ronronea, caza ratones y maúlla.

4.3. *Por último*, la doctrina en cuestión parece no advertir que después de haber sido confirmada la subordinación, sobra pretender sustituirla por la *ajenidad* para demostrar con ésta lo que ya está demostrado por aquélla: la existencia del contrato de trabajo y la condición de trabajador que, ante la ley, tiene el deudor de los servicios.

Las razones expuestas conducen a realzar el irreemplazable papel de la dependencia en la determinación del contrato de trabajo y de los sujetos que, en calidad de partes, lo celebran. La elaboración doctrinaria de la *ajenidad* luce absolutamente inidónea a ese fin, esencial para deslindar los campos de aplicación del Derecho del trabajo y del derecho común, civil y mercantil.

5. Detengámonos ahora a examinar un poco más de cerca la expresión *ab initio*, empleada por la teoría de la *ajenidad*, para referirse al momento del contrato en que el supuesto derecho del trabajador al producto de su esfuerzo personal es enajenado a su patrono. En la hipótesis, que ya hemos rechazado, de que dicha obligación de *dar* a cargo del empleado u obrero derivara del contrato de trabajo, tal efecto sólo podría provenir de una disposición de ley o de una expresa estipulación de las partes. Mas, como hemos visto, la legislación civil y laboral se manifiestan en el sentido de que el dueño de la empresa lo es también, por accesión, del producto del trabajo (*supra* 2: 3, 4). En referencia a una estipulación expresa de los contratantes, confesamos hallar fuera de razón pensar que, por falta de una categórica previsión sobre tan decisivo asunto, el producto de la actividad del trabajador, pagada por el patrono, sobre bienes materiales y con técnicas e instrumentos propios de éste, termine siendo propiedad de aquél. Profesamos también no haber leído

jamás convención alguna cuyos *items* de encabezamiento, intermedios o finales, incluyan disposiciones sobre la presunta cesión *ab initio* de derechos del trabajador. Acuerdos de esa naturaleza, en caso de no considerarse verdaderas renuncias prohibidas y de absoluta invalidez, únicamente podrían explicarse en el supuesto de que la legislación laboral supletoriamente aplicable (Art. 60, LOT) estuviera inspirada en el principio de que el trabajador es dueño del producto de su esfuerzo. No siendo así, resulta inútil una regla convencional expresa para repetir lo que el Derecho Civil y el ordenamiento laboral disponen sobre la misma materia.

Aún más: visto que antes de empezar a trabajar el empleado u obrero no ha adquirido, ni tampoco adquirirá después, el supuesto derecho al producto de su esfuerzo, es obvio que la enajenación base de la teoría de la *ajenidad* carece absolutamente de objeto. Y visto, asimismo, que el trabajador entra en posesión a *non domino* de los bienes del patrono, es inconcebible que pueda transferir algún derecho sobre esos mismos bienes al empleador, que legítimamente los posee como dueño.

Ambigüedad del término ajenidad

6. Ajeno, con el significado de propiedad de otro, es el enriquecimiento que la actividad del trabajador produce sobre los bienes o el bienestar personal de su empleador; pero insistimos en que *ajeno* es también el resultado de la actividad del intermediario o del contratista, que no son trabajadores, sino patronos, no obstante que también trabajan en beneficio del dueño de la obra o de la empresa; y, finalmente, *ajenas* son las resultas de la misma actividad de dirección y control del dueño de la empresa, cuando confluye con la de los trabajadores al logro del fin económico de la entidad de producción.

Como cualquier concepto de indeciso alcance, la *ajenidad* es igualmente vano como pauta específica del comportamiento-social. Sólo en lenguaje empírico, reminiscente de la vieja literatura de clases marxista y engeliana, tiene sentido exhibir al trabajador como ajeno al fruto de su propio trabajo y extraño a la dirección de la empresa y a la riqueza que ella produce. Empero, siempre ha de sobreentenderse que no sólo él, sino toda persona carente de derechos de propiedad, de posesión o de simple

tenencia sobre los bienes que integran la universalidad de la empresa, es también ajena a la dirección del trabajo que ella contrata, a la ganancia que arroja, al mercado de sus productos y a los riesgos que soporta.

Sección Segunda: *La dependencia o Subordinación. Consideraciones generales*

7. La noción legal del contrato de trabajo tiene la precisión de cualquier otro concepto de su índole, en cuanto constituye una regla de carácter estático, destinada a adaptarse en el tiempo, por efecto del arte de la hermenéutica, a los nuevos hechos y situaciones practicados pacíficamente por la sociedad, comprendidos en su campo de aplicación. Así, mientras el precepto se conserva aparentemente intacto, su alcance jurídico evoluciona en la misma medida en que lo hacen los hechos económicos, las costumbres y las valoraciones colectivas. Esa propiedad de toda norma jurídica es particularmente notoria en la *dependencia* como noción decisiva de la de trabajador y contrato de trabajo, según lo evidencia la progresiva incorporación de las profesiones liberales, altos empleados, factores mercantiles, cónyuges o parientes en la industria familiar, socios-trabajadores, etc., al ámbito tutelar del Derecho del Trabajo. En todos esos casos, ha sido la sensibilidad del intérprete de la norma, y no la expresión material de ésta, el eficiente catalizador en el proceso de su permanente adaptación.

8. No hay definición legal de *trabajador* y de *contrato de trabajo* a las que resulte extraña la noción de dependencia o subordinación.[19] Es normalmente la doctrina y la jurisprudencia el vehículo que constante-

[19] Para facilitar la comprensión del lector, reproducimos en este espacio las citas de leyes derogadas y vigentes de distintos países que definen el contrato de trabajo, con el fin de evidenciar su larga tradición. En el texto definitivo de nuestra obra en preparación*: "Ensayo general sobre el contrato de trabajo",* incluimos esta cita en otro lugar de ese estudio.
Guatemala, 1961, artículo 18: "Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma".

mente añade a esa voz nuevas y significativas inflexiones. Convertido en eco de una vasta tendencia jurisprudencial, notoria en Venezuela y algunos países suramericanos y España, el artículo 63 del Anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo presentado al Congreso de la República en julio de 1985, atribuía a la subordinación del trabajador una triple acep-

---

Paraguay, 1961, artículo 18: "Contrato de trabajo es el convenio en virtud del cual un trabajador se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio a un empleador, bajo la dirección y dependencia de éste, mediante el pago de una remuneración, sea cual fuere la clase de ella".
Haití, 1961, artículo 14: "Contrato de trabajo es todo convenio, sea cual fuere su denominación, en virtud del cual una persona se obliga a arrendar sus servicios a otra mediante retribución de cualquier naturaleza o forma, o se obliga a efectuar para otra persona una tarea u obra determinada, por un precio convenido entre ellas. El contrato de trabajo podrá ser ejecutado bajo la dependencia inmediata del empleador o de su representante, o bien a domicilio".
República de El Salvador, 1953, Art 9, "Contrato individual de trabajo es el convenio, verbal o escrito, en virtud del cual una persona se obliga a prestar sus servicios a otra, bajo la dependencia de ésta y a cambio de un salario".
Colombia, 1950, Art. 22: "Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración".
España, en el Art. 1° de la ley de 21 de noviembre de 1932, ofrecía la siguiente definición elogiada por Cabanellas y De la Cueva y adoptada por Colotti, Feito y Ramírez Gronda (Jorge Ortega Torres, *Código Sustantivo del Trabajo, p.* 35): "Se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquél por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra, o a prestar un servicio, a uno o varios patronos, o a una persona jurídica de tal carácter, bajo la dependencia de éstos, por una remuneración, sea la que fuere la clase o forma de ellas".
Federación de Malasia, modificación a la ley de 1955, de 11 de diciembre de 1956: "Contrato de trabajo significa todo pacto oral o escrito, tácito o expreso, por el que una persona se obliga a emplear a otra como trabajador, obligándose ésta a trabajar al servicio del empleador como asalariado, e incluye los contratos de aprendizaje". (Art. 3).
Libia, ley de 5 de diciembre de 1957, Art. 90: "Se denominará contrato individual de trabajo todo contrato concluido entre un empleador y un trabajador con objeto de establecer los términos y condiciones de empleo y con arreglo al cual este último se obligue a realizar un trabajo bajo la dirección o la vigilancia del empleador".
Honduras, 1956, Art. 8: "Contrato individual de trabajo es la relación que se establece entre una persona natural que se obliga a prestar sus servicios personales a otra persona, natural o jurídica, bajo la continua dependencia o subordinación de ésta, y mediante una remuneración".
República Dominicana, 1951, Art. 1°: "El contrato de trabajo es aquél por el cual una persona se obliga, mediante una retribución, a prestar un servicio personal a otra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta".
Angola, 1957, Art. 11: "Es todo convenio en virtud del cual una persona se obliga, mediante remuneración, a prestar su actividad profesional en beneficio de tercero".
Muchas de las disposiciones transcritas se mantienen vigentes todavía, no obstante las reformas sufridas con posterioridad por las leyes citadas. El ejemplo más inmediato lo ofrece Colombia, cuyo texto original, de 1950, permanece intacto en la actualidad. Aunque no se haya incluida en las citas textuales, sirve también de ejemplo en el punto la Consolidación de las Leyes del Trabajo de Brasil (Decreto-ley N° 5452, de 1° de mayo de 1943), modificada por leyes y medidas provisorias dictadas en los años sucesivos, incluso en el período abril-junio de 2001.

ción válida, excluida, sin embargo, del texto de la ley definitivamente aprobada en 1990.[20]

9. La subordinación no es, por sí misma, una regla jurídica rígida, ni tampoco flexible. Uno u otro carácter depende del juicio del intérprete que la aplica al caso concreto y fija su alcance, según el criterio que cree ajustado a la letra de la norma y a la intención del legislador. Cuando el Tribunal Supremo declaró *trabajadores* a los distribuidores de cerveza de DIPOSA, basado en hechos que son también propios de una relación mercantil autonómica, como la limitación de las zonas geográficas, el uso de emblemas de la marca en vehículos destinados a la distribución del producto, la fijación de precios máximos, etc., aplicó un criterio que muchos hemos juzgado desenfrenado e irreflexivo, por las absurdas consecuencias jurídicas de ese fallo judicial.[21] Pero cuando

[20] Artículo 63, Anteproyecto 1985.- *La subordinación del trabajador al patrono podrá ser jurídica o económica, o comprenderlas ambas.* Se entenderá que hay subordinación jurídica cuando el trabajador está obligado a cumplir las órdenes e instrucciones del patrono para la prestación del servicio, y económica, cuando la remuneración percibida por la prestación del servicio constituya la base de sustentación del trabajador y de su familia, o por lo menos una parte de ella.

[21] En el estudio *"Análisis de una sentencia"* del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, publicada en la Revista N° 3 del TSJ, Caracas 2001, el autor del presente ensayo sostuvo el siguiente criterio:

"Como puede advertirse, la pretendida actividad personal de los demandantes no se realizaba para DIPOSA, sino para las personas jurídicas en cuyo nombre actuaban. Al faltar el hecho básico de la presunción, que es la actividad personal por cuenta de DIPOSA, el Supremo Tribunal aplicó mal la presunción del contrato de trabajo, originando con ello, de paso, el inadmisible contrasentido de que toda persona natural, o los representantes de las personas jurídicas, que llegaren a relacionarse con alguna sociedad mercantil, para realizar con ella los negocios propios de su objeto, puedan terminar siendo declarados trabajadores de ésta. Un diverso desatino jurídico podría añadirse a la absurda situación anterior, ya que en cualquier caso semejante al ahora estudiado, el representante de una sociedad de comercio relacionada con otra para la compra-venta habitual de bienes o servicios, se hallaría en la situación de tener, simultáneamente, *dos patronos con intereses distintos y contradictorios originados por un único esfuerzo*."

"La actividad personal de índole laboral se diferencia de la civil o mercantil por un importante conjunto de detalles calificadores: en primer lugar, ella consiste en un esfuerzo continuado en beneficio de otra persona, que aprovecha las resultas de ese esfuerzo en la medida y en la proporción en que éste se va ejecutando. En contraprestación de dicho esfuerzo y en la misma medida en que éste se verifica, el trabajador devenga su remuneración. En la actividad mercantil de intercambio –de la cual es ejemplo la compra-venta al contado de malta y de cerveza a las sociedades de responsabilidad limitada constituidas por los actores del juicio contra DIPOSA– ésta obtiene de inmediato la ganancia que le depara cada venta que realiza. El agente, en cambio, deriva de esa relación una ganancia futura y eventual, probable pero no segura, que *depende de una nueva actividad de su parte* (en la cual obra con un interés contrario al que anteriormente poseía como comprador de la mercancía adquirida), llevada a cabo con sujetos distintos de DIPOSA, los cuales no guardan con ésta ni con él más vinculaciones que las propias del comercio. Incluso siendo repetidas en el tiempo las operaciones de compra-venta de cerveza, ellas no lograrían por sí solas diferenciar una relación clientelar de rancia estirpe mercantil, de una actividad de naturaleza laboral".

ese mismo Tribunal estimó que el Presidente de INVERBANCO no era un trabajador, por la autonomía de que gozaba para fijar las condiciones en que había de ejercer sus funciones estatutarias, hizo de la subordinación un concepto de restringida interpretación (Sala de Casación Social, 12 de junio de 2001, Sent. N° c124). Vale la pena agregar que una detenida crítica doctrinal a este pronunciamiento del Tribunal Supremo, centra el concepto de dependencia en la condición minoritaria del voto del Presidente de ese instituto bancario en el seno de la Junta Directiva,[22] órgano directivo colegiado cuyas decisiones, adoptadas con base en el criterio de la mayoría, el aludido funcionario está obligado a cumplir y hacer cumplir. El crítico descubre así un nuevo matiz de la dependencia, al cual nos referiremos más adelante para concretar nuestro criterio personal acerca de dicha noción.

Puede entonces advertirse que la proteica cualidad atribuida al concepto de subordinación es, precisamente, la que permite considerarlo como "*un pedazo de vida objetivada"*,[23] recogido en normas legales de todo tiempo, constantemente reactualizadas por seres humanos distintos de sus autores. De ese modo se explica el hecho de que su estático contenido original siga siendo pauta de las sociedades en que, día a día, adquiere nueva vida, cambia y evoluciona.

Nuestro criterio sobre la dependencia o subordinación.

10. Hemos insistido muchas veces en que el estado de dependencia laboral de una persona no está determinado por el objeto de la obligación convenida, ya que toda obligación, incluso de derecho civil o mercantil, supone comportamientos ineludibles del deudor, que debe cumplir fielmente, en la forma y en el plazo convenidos con su acreedor.[24]

---

[22] Victorino Márquez, *Estudios sobre la relación de trabajo,* pp. 40 y 41, UCAB, Caracas, 2002.
[23] Luis Recasens Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, pp. 136-137, Madrid, 1973.
[24] Rafael Alfonzo Guzmán, *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo,* ed. 11ª, pp. 72-73, Caracas, 2000.
"Precisamente por no advertir que toda obligación, cualquiera que fuere su naturaleza, crea una situación de dependencia del deudor frente a su acreedor, nuestra jurisprudencia laboral ha visto subordinación y contratos de trabajo en todos los contratos civiles o mercantiles de actividad personal, y derogado de hecho el vasto complejo normativo y doctrinario civil sobre esas clases

La prestación obligatoria de actividad, considerada en sí misma (limpiar ventanas, pintar paredes, cavar zanjas, llevar la contabilidad, etc.), es, por naturaleza, jurídicamente neutra, en el sentido de que esos quehaceres podrían, por igual, ser objeto de obligaciones de índole civil o mercantil, asumidas por cuenta propia y en beneficio ajeno, o de índole laboral. Es decir, que el solo examen del contenido objetivo de la obligación no permite precisar si ella ha de regirse por las reglas ordinarias del derecho común, o por las especiales del derecho del trabajo.[25] Es justamente ese carácter dual, anfibológico, del objeto de cualquier obligación de actividad en interés ajeno, el hecho que fundamenta la presunción del contrato de trabajo (Art. 65 LOT), cuyo propósito es dilucidar toda posible incertidumbre sobre la naturaleza laboral del nexo entre las partes, hasta prueba en contrario de quien pretenda desvirtuar la conjetura legal.

---

de negocios jurídicos. Para los ojos poco atentos, la subordinación está en la sujeción a órdenes e instrucciones de quien recibe el servicio, sin percatarse de que quien desea construir su casa de habitación, por ejemplo, traza pautas obligatorias al ingeniero o arquitecto contratista de la obra sobre el estilo, disposición de los ambientes, número de habitaciones, material deseado, etc. De aceptarse como bueno tal concepto de subordinación, esos contratistas civiles vendrían a ser trabajadores en todo caso.

.....

Con un perfil distinto al tradicional, el contrato de trabajo podría ser definido como un *convenio de enajenación temporal de la libertad del trabajador para obrar por sí mismo en cumplimiento de su obligación de trabajar.* Son dichos elementos accidentales de la obligación de trabajar, que vinculan su cumplimiento personal a modos, horarios y lugares ineludibles para el trabajador, los que definen el estado de subordinación laboral. Sin ellos, el deber de la actividad para otro podría ser estimada de carácter civil o mercantil, y sólo por efecto de los mismos se explica que sea una voluntad ajena a la del trabajador, la que anime la fuerza y la inteligencia de su acción".

[25] La igualdad de naturaleza de las obligaciones de derecho común con las de índole laboral no significa igualdad de características, pues las de esta índole presentan peculiaridades propias, suplidas por las limitaciones de orden público dirigidas a proteger la persona del deudor de trabajo en razón de su debilidad económica, de su edad, de su sexo, de la excesiva duración de la actividad debida y, en fin, de la peligrosidad que para la salud y la vida entraña su ejecución. En estas circunstancias, ajenas al objeto de la obligación de trabajar, se basa únicamente la distinción.

Sólo después de establecida la condición laboral del nexo, y, por tanto, determinada la cualidad de trabajador de quien lo ha celebrado, recibe éste el amparo de las normas de orden público propios de la legislación del trabajo.

11. Corrientemente se afirma que la subordinación es *elemento* del contrato de trabajo.[26] Ello se acerca a la verdad únicamente si se toma ese vocablo en su sentido etimológico, de *fundamento* o *parte integrante de una cosa*, o de *principio que entra en la composición de un concepto*. Con este significado, más exacto nos parece aseverar que la subordinación es *elemento de la obligación de trabajar por cuenta ajena*, efecto del contrato laboral. En rigor, éste requiere de los mismos "elementos" o requisitos necesarios para la formación o validez de todo contrato (consentimiento válido, objeto determinado y causa lícita), concretados en el artículo 1141 del Código Civil.

Observada desde el punto de vista del empleador, la subordinación es la manifestación pasiva de su derecho a dirigir y controlar el trabajo. Ella se identifica entonces con el *derecho de disponer de la persona del trabajador*, a que alude el artículo 189 de la LOT cuando precisa el concepto de jornada de trabajo.

12. La subordinación entraña una limitación convencional de la libertad del trabajador para ejercer, para sí o para otro, cualquier actividad distinta de la pactada con su patrono durante la vigencia de su contrato (Art. 31 LOT). Dicho en su aspecto negativo, alusivo sólo a su esencia intencional, la *dependencia* o *subordinación* se manifiesta en el empleado u obrero como una *abstención continuada* de todo cuanto contraríe la conducta que, según el contrato, el uso o la ley, de él espera su empleador.

[26] El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, según ley 50 de 1990, reza:
1° "Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:
a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
c) Un salario como retribución del servicio.
2° Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Ampliando más un concepto ya expresado *(supra 2),* la dependencia es el efecto de la obligación de trabajar *por cuenta ajena, contemplada, no en el momento lógico inicial o genético en que la obligación nace, sino en el posterior, en que ella debe ser cumplida.* Bajo este enfoque, la dependencia o subordinación se identifica con la obligación de trabajar *en fase de ejecución*, ya que es entonces cuando se manifiestan los actos materiales o reales, u operaciones jurídicas de ambas partes –y, en particular, los de dirección y control del trabajo del empleador– que concretan sus respectivas declaraciones de voluntad.

También podría decirse, con base en la noción tradicional de la causa de las obligaciones contractuales (a cuyo tenor tal requisito del contrato se identifica con el cumplimiento de la obligación correlativa del otro contratante), que la subordinación es efecto condigno de la obligación salarial, *causa causans* de la de trabajar en provecho y bajo una dirección del patrono.

En todo caso, y a modo de resumen, no nos luce acertado considerar la subordinación como obligación autónoma, independiente, derivada del contrato de trabajo. No se contrata subordinación, sino una actividad subordinada, razón que sirve para explicar dicha noción como *una cualidad de la obligación de trabajar por cuenta ajena*, o, si se quiere, como un *modo de ser* de esta obligación, cuyo cabal cumplimiento exige un prolongado sometimiento del trabajador en cuanto al modo, tiempo y lugar de realizar el servicio remunerado.

La subordinación tiene, entonces, características semejantes a las que la doctrina civil atribuye a la posesión: la posesión es *un hecho*, o un *conjunto de hechos*, no susceptible de confundirse con el derecho real o personal de poseer, que permite la realización de *actos materiales de uso y goce sobre la cosa poseída*. Por parecidas razones –respetando, desde luego, la dignidad de la persona humana–, podría decirse que la *dependencia* o *subordinación del trabajador es también un hecho*, o, mejor, *un estado de hecho continuado, voluntario y temporal, en que la persona toda del trabajador (**corpus et anima**) se coloca bajo el poder jurídico y material del patrono para prestar la actividad convenida.* Cambiando lo necesario, pue-

de afirmarse que *la subordinación entraña siempre una codificación temporal del* trabajador.[27]

13. Sin embargo, en fase de cumplimiento, la obligación de trabajar por cuenta ajena origina una situación más rica y compleja que la originada por la actividad puramente manual o no manual objeto del contrato, ya que tan interesante como resulta la subordinación desde el ángulo exclusivamente jurídico, lo es observada en sus aspectos convergentes de orden sicológico, cultural y social: ella implica una renuncia consciente del trabajador, día tras día renovada durante toda la vigencia del contrato, al libre ejercicio de su voluntad en el oficio y a toda manifestación de su idiosincrasia y rasgos individuales de carácter que puedan frustrar, o disminuir, el poder jurídico y material del empleador de disponer de su actividad y de sus movimientos.

Evidencias de interés sicológico revelan que la subordinación trasciende la obligación de acciones físicas, no manuales o intelectuales, del trabajador en beneficio de su patrono. Ellas se observan en la eficacia de dicho estado para inducir cambios en su carácter y en las manifestaciones de su temperamento, movidos por el deseo de emulación y por la necesidad de adaptarse a las nuevas costumbres y hábitos de trabajo. Sociológicamente, la misma legislación laboral previene que la subordinación impulse en el trabajador el sentido de pertenencia a una comunidad de personas de intereses y necesidades semejantes a los suyos, requerida de promoción y defensa dentro y fuera de la empresa, mediante el ejercicio activo de sus derechos sindicales y, en fin, la conciencia de ser parte de una *clase* de significativa importancia económica y social.

13.1. El referido poder patronal es un derecho facultativo; incluye la facultad, susceptible de autolimitación ocasional, de reprimir y disciplinar

[27] En su obra *La llama doble*, Octavio Paz escribe: "Para Hegel la enajenación es tan vieja como la especie humana: comenzó con el alba de la historia, con la sumisión del esclavo a la voluntad de un amo. Marx descubrió otra variante, la del trabajador asalariado: la inserción de un hombre concreto es una categoría abstracta que lo despoja de su individualidad. En ambos casos literalmente se roba a la persona humana de una parte de su ser, se reduce el hombre al estado de cosa y de instrumento". (Seix Barral, Biblioteca Breve, 1993, Barcelona, p. 201).

las acciones y omisiones del dependiente incompatibles con lo pactado en el orden material y moral, dentro del horario y lugar establecidos y, en ocasiones, también fuera de éstos y de la vigencia misma del contrato.

Dos observaciones nos parecen relevantes en este punto del estudio: *la primera*, que la obligación de respeto y consideración a los familiares del patrono, prevista en el artículo 102 c) de la Ley Orgánica del Trabajo, no implica *subordinación* del trabajador con respecto a esos parientes, pero el incumplimiento de tal obligación legal, destinada a precaver el desentendimiento de partes constreñidas a una continuada convivencia y a un ineludible trato personal y familiar, compromete la responsabilidad del trabajador en la misma medida que el incumplimiento de cualquier otra obligación legal o contractual. Y *la segunda*, que para calificar de laboral una obligación *no basta que ésta deba ser personalmente cumplida*, dado que obligaciones de otra naturaleza jurídica exigen también una ejecución personal. Sirven de ejemplos: la pactada con un artista de renombre para realizar una pintura o una escultura, y la de una intervención médico-quirúrgica por un acreditado profesional de la especialidad. Esas obligaciones son también de carácter *intuitu personae* y, además, igualmente *infungibles* por no ser susceptibles de cumplimiento mediante terceros, pero no originan necesariamente la subordinación de nuestro interés. Lo dicho conduce a pensar que la presencia personal no es una cualidad exclusiva del objeto de la obligación laboral, pero es, en cambio, condición *sine qua non* para que ésta exista, pues la normal ejecución de un compromiso civil no impone una continuada restricción de la libertad individual del obligado para dedicarse a otro menester, concurrente o sucesivo de igual o diferente índole, en el mismo o en distintos lugares de trabajo y, de ordinario, para sustituirse al menos parcialmente en la ejecución de la actividad obligatoria. Puede afirmarse, consecuentemente, que la obligación de presencia no entraña subordinación laboral, pero que ésta no puede concebirse *sin el acto duradero y sucesivo de presencia física,* lo cual imprime al contrato de trabajo su carácter de *contrato presencial por antonomasia*. En el olvido de esta nota singular del contrato ha de situarse el extravío conceptual de buena parte de nuestra jurisprudencia, y el inconsistente reclamo doctrinario de nuevas formas de subordinación que

permitan incluir, sin reservas, las relaciones comprendidas en las llamadas *zonas grises del Derecho del Trabajo*.

De los signos externos de la subordinación

14. El horario de trabajo delimita el estado de subordinación, tanto en el período de su duración normal, como en los casos de prolongación legal de la jornada (Arts. 199, 200, 201, 202, 203, 206, 207 LOT). Esta demarca, por tanto, el período en que los poderes propios del empleador pueden manifestarse válidamente y deben ser acatados por el trabajador so pena de responsabilidad. Fuera del marco de la jornada ordinaria, o de la de excepción legalmente autorizada, *no hay subordinación*, ni siquiera en el caso de esos empleados de dirección o de confianza a quienes se supone obligados a atender, a cualquiera hora del día o de la noche, llamados del patrono no urgentes, ni motivados por causas fortuitas o de fuerza mayor.

Así estudiada, la subordinación supone un estado *temporal de presencia sumisa, obediente*, del trabajador, a la voluntad del patrono. Sólo algunas abstenciones, entendidas como formas negativas de la subordinación, son también exigibles fuera del marco de los horarios prefijados por las partes: aludimos así, como evidencias extra-horarias de la dependencia, a los deberes éticos de respeto y consideración, de probidad, de no concurrencia desleal y no revelación de los secretos industriales, todos los cuales son exigibles también fuera de la jornada, durante toda la vigencia del contrato. Los dos últimos deberes éticos de esta lista sobreviven a la extinción de la relación laboral, en los términos preceptuados en el artículo 19 Reg. LOT.[28]

14.1. Sin duda, la duración legal de la jornada tiene una nítida finalidad protectora de la salud del ser humano que trabaja para otro. Pero no es

[28] Según esta disposición del Reglamento, la prohibición de concurrencia que pudiere afectar los intereses del patrono podrá exigirse por un período de hasta seis (6) meses después de extinguida la relación de trabajo, siempre que: a) se fundare en razones justificadas, atentas a las circunstancias previstas en dicho literal; b) se pactare por escrito al inicio de las funciones que ameritan la prohibición de concurrencia; y c) se conviniere una retribución por el tiempo que rija la cláusula de no concurrencia.

a ese trascendente papel de la jornada legal o convencional de trabajo al que deseamos referirnos en el presente ensayo, sino a la relación íntima que guarda la subordinación con el tiempo de trabajo. La fijación de horarios y jornadas son factores de medición del rendimiento del trabajador, pues actúan indirectamente como instrumentos prácticos de cálculo de la *cantidad de trabajo* de un empleado u obrero, o sea, de medida del rendimiento real de un trabajador concreto, en comparación con otros de diligencia promedia y superior. De igual manera, la ejecución del quehacer durante la jornada hace de ésta el período de control efectivo de la *calidad del trabajo,* por el empleador, al par que una herramienta eficaz para regular la presencia inevitable del trabajador en el lugar preestablecido. Durante ese tiempo y en ese lugar de trabajo, queda coartada la libertad del obligado para disponer de su actividad y de sus movimientos, tal como lo previene el artículo 189 de la LOT.

15. Si bien el señalado carácter *intuitu personae* ha perdido fuerza como factor determinante del contrato de trabajo, por la globalización de los mercados de empleo y la masificación de los oficios (en el sentido de que un trabajador podría, en principio, ser sustituido por otro de la misma profesión, de igual o diferente nacionalidad, para la realización de la labor convenida), no sucede lo mismo con los elementos de orden ético o moral que integran el contrato de trabajo y le imprimen realmente su fisonomía peculiar, por la cercanía del trato personal y la recíproca confianza que su ejecución impone a los contrayentes. El contrato laboral sigue siendo, pues, *intuitu personae* y fuente de obligaciones infungibles entre las partes, no obstante los cambios técnicos y económicos que hoy influyen en su celebración.

16. La subordinación no requiere ser expresamente prevista por los contratantes, dado que ella se encuentra implícita en la obligación de trabajar por cuenta ajena, como cualidad o modo de ser de ésta, tal como antes lo explicamos. Pero los signos o indicios seguros de su existencia suelen ser establecidos mediante cláusulas de la contratación individual o colectiva sobre jornadas, o en regímenes de descanso y reglamentos de trabajo, sin excluir otras formas escritas de expresión (periodicidad y regularidad del monto de la retribución, inscripción en el IVSS, pólizas de seguros privados, cánones de vivienda, vacaciones colectivas, o indi-

viduales con gastos de pasaje pagos, percibo de cesta-tiques, etc.), u otras ni siquiera escritas, derivadas de la índole misma del oficio (porteros, conserjes, telefonistas), que es, de por sí, indicativo de trabajo que se realiza para otro. Las estipulaciones escritas suelen ser independientes del contenido objetivo de la prestación pactada, por cuanto siendo distintos los momentos lógicos de celebración y de ejecución del contrato, a este último particularmente se dirigen.

17. Acaso el motivo más corriente para inducir cambios en la noción tradicional de dependencia sea la frecuente falta de todos o algunos de los signos externos de la subordinación a que nos hemos referido. Lo curioso es que nuestro intérprete, en lugar de indagar si tan significativa omisión revela una clara intención de las partes de conservar su autonomía y el margen de libertad que no respeta el contrato de trabajo, se esfuerzan por restar toda trascendencia a dichos signos, con los erróneos y, en ocasiones, hasta escandalosos resultados que todos conocemos. En el Capítulo siguiente, relativo a las zonas grises de nuestro Derecho, concretaremos con ejemplos, nuestro punto de vista sobre este género de errores.

5. LAS ZONAS GRISES DEL DERECHO LABORAL Y LA NOCIÓN DE DEPENDENCIA: LA CONCESIÓN Y LA FRANQUICIA

1. Nuestra opinión sobre la subordinación facilita el estudio de los casos de frontera o zonas grises en que tanto se ha extendido la más reciente doctrina laboral, como son los de los concesionarios, franquiciados, teletrabajadores, etc., pues a menos que la ejecución de la obligación de actividad convenida exija a quien la contrajo una continuada presencia personal durante un tiempo, en un lugar y de un modo ineludible de darle cumplimiento, tal actividad queda extramuros del derecho del trabajo.

A) *CONCESIONARIOS, FRANQUICIADOS, AGENTES DE COMERCIO*

2. Atenidos a Francesco Messineo, denomínanse colaboradores o *auxiliares* del empresario o *principal*, las personas que se obligan a ayu-

darlo –mediante compensación– en el ejercicio de la actividad económica.[29] Pensemos en uno cualquiera de esos contratos de colaboración: por ejemplo, en el del *concesionario* de un producto de determinada marca industrial (vehículos, cerveza, refrescos), para su distribución exclusiva en cierta zona geográfica. Por lo común, esa persona –que en la práctica es siempre, por exigencia del concedente, jurídica y no natural, como por necesidad lo requiere el ejemplo para que el *concesionario* pueda, en principio, ser calificado de trabajador–, celebra en *nombre propio* el contrato de concesión que le garantiza exclusividad en una zona territorial determinada; afianza su cumplimiento; concierta, también en nombre propio, convenios de índole mercantil con sus clientes, y de trabajo con sus trabajadores; maneja y responde de sus propios créditos bancarios; desarrolla a su costa la publicidad del producto, con la única limitación de respetar los emblemas de la marca con sus características originales, y de revenderlo al público a un precio estipulado que comprende su ganancia; y, en fin, administra su empresa sin sujeción a reglas ajenas de rendición de cuentas, ni de otra clase de controles. Para la tradición doctrinaria, la persona que así actúa es un comerciante, colaborador independiente sin representación del principal, a quien se halla unido mediante un contrato de obra mercantil. En nuestra opinión, atenida a la ley venezolana, ese concesionario es un *patrono*, que actúa en calidad de *contratista* (o de *intermediario*, dada la dificultad de establecer hoy diferencias entre las dos figuras legales prefiguradas en los artículos 54 y 55 LOT), sujeto a las disposiciones de nuestra legislación del trabajo.

Sin embargo, nuevas corrientes teóricas y jurisprudenciales (aludimos a la sentencia DIPOSA, ya citada en este mismo estudio) fundamentadas en el hecho de que las estipulaciones conque el fabricante pretende preservar el nombre y el prestigio de la marca, y comerciar el producto a un precio competitivo en la zona reservada, y en todo el país, entrañan subordinación o dependencia porque constituyen constricciones a la libertad personal del concesionario.

[29] *Ob. Cit.* Vol. II, p. 235.

A nuestro juicio, tal parecer sólo puede sustentarse en el equivocado criterio de que todo sometimiento tiene carácter laboral. En realidad, la determinación de una zona geográfica en un contrato de esa índole se establece, de ordinario, en interés de ambos contrayentes, pues esa estipulación asegura al concesionario el negocio exclusivo del producto en el área fijada, no por arbitrio del concedente, sino en proporción a los recursos y facilidades de que aquél dispone para desarrollar su propia actividad productiva. Al tiempo que limita la libertad del concesionario para extender la industria fuera de la zona asignada, este tipo de cláusulas restringe el derecho del dueño de la marca a designar, a su sola voluntad, otros contratistas de análogo interés dentro de ella. En todo caso, la fijación de un espacio territorial constituye para el concedente una sujeción de idéntico alcance y significado jurídico que el que tiene para el supuesto trabajador.

Asimismo, las estipulaciones dirigidas a la conservación de los emblemas publicitarios de la marca, el uso obligatorio de repuestos originales y la fijación de un precio uniforme del bien en el mercado, se dirigen a que el concesionario devuelva la marca a su dueño, al final del contrato, con el mismo nivel de crédito público que poseía antes de su celebración.

En conjunto ninguna de las cláusulas convenidas impone al concesionario un *cumplimiento presencial continuado y controlado por reglas ajenas a su voluntad, que le coarte la libertad para disponer de su actividad, de su tiempo y de sus movimientos en el lugar seleccionado también por él* (Arts. 189 y 190 LOT). Ver dependencia laboral en restricciones comerciales de esa naturaleza, es hallarla también, inconsistentemente, en los contratos de civiles o mercantiles de arrendamiento, de depósito, de comodato y de mutuo, desde luego que *el arrendatario* (Art. 1594 del Código Civil), *el depositario* (Art. 1761 CC), *el comodatario* (Art. 1731 CC) y *el mutuario* (Art. 1765 *ejusdem*), están obligados a devolver, o restituir, el bien objeto del respectivo contrato en las mismas condiciones en que lo recibieron.

Desde luego, ninguna teoría mejor que la equívoca de la *ajenidad,* o la inasible de la *inserción en la esfera empresarial del patrono,* (expresamente mencionada en la sentencia de 13 de agosto de 2002, dictada

por el Tribunal Supremo de Justicia), para provocar el cataclismo de que todos los contratos que el genio de Roma y veintiún siglos de estudio practicaron y perfeccionaron, terminen siendo contratos de trabajo aun contra la voluntad de sus celebrantes.

3. Identificar la dependencia laboral con la dependencia que toda obligación civil o mercantil crea, es causa proficua de problemas jurídicos que no se agotan con declarar *trabajador del acreedor a todo deudor de actividad.* Para dar una idea de dichos problemas, volvamos al ejemplo del concesionario mercantil, y a considerar *gratia argüendi* que las estipulaciones previstas para garantizar la buena reputación de la marca objeto de la concesión, llevan consigo evidencias de subordinación y de la existencia de un contrato de trabajo. Claro está que, por consecuencia de esa superficial conclusión, el concedente habrá de resultar patrono de su contratante. Empero, tal razonamiento no proviene más que de la *sancta simplicitas* de un intérprete satisfecho de captar y proferir la existencia del contrato de trabajo, sin molestarse en examinar la relación pacífica de las partes durante el prolongado período de ejecución del nexo. Incluso más que el texto escrito, ese comportamiento sirve para revelar al intérprete avisado la verdadera intención de los contratantes. Si el concesionario en referencia es declarado trabajador, sus propios empleados y obreros también habrían de serlo en condiciones semejantes a las que gocen los trabajadores del concedente; asimismo, su responsabilidad como patrono de los trabajadores que en su propio nombre contrató, ha de quedar virtualmente transferida al concedente, sin consentimiento de éste ni razón legal que fundamente un cambio de patronos o una delegación de la deuda capaz de producir novación, según lo dispuesto en el artículo 1.317 del supradicho Código Civil.

En contradicción con el artículo 1.321 del mismo Código, el concedente debería responder de créditos privilegiados cuya existencia, índole y cuantía jamás aceptó, pero de los cuales debe responder por efecto de la sentencia proferida en una causa para la que no fue citado y a cuyo respecto conserva la condición de tercero.

Desde luego, habría que suponer que la planta física e instalaciones del establecimiento mercantil construido o modificado a expensas del *tra-*

bajador, continuarían de su entera pertenencia, pero no habría claras razones para negarle el derecho a exigir, como parte de su salario, la ventaja que para el supuesto *concedente* representó el uso y goce de ese establecimiento durante el término del contrato, de modo análogo al caso en que un patrono utiliza el vehículo u otros bienes de su dependiente en tareas propias de su empresa. De igual manera, en caso de desacuerdo sobre el monto del canon de arrendamiento y de su influencia sobre el salario, el concesionario debería (ubicados ya en el plano de la teratología judicial), demandarse judicialmente a sí mismo para lograr la desocupación del inmueble de su propiedad.

4. Es imposible concluir la lista de las absurdas consecuencias de reconocer al concesionario carácter de *trabajador*, sin detenerse siquiera a reflexionar acerca de si los hechos realizados por el concesionario del ejemplo –inconcebibles en quien trabaja subordinadamente por cuenta ajena, a menos que se suponga autorizado expresamente para ello–, formaron parte intencional de la relación contractual: construir y registrar la edificación a su propio nombre y, de la misma manera, comprar y vender el producto objeto de la concesión sin rendir cuenta del precio de la reventa recibido, abrir libremente sucursales y agencias dentro del área permitida, abrir y cerrar cuentas bancarias, ausentarse del negocio y viajar a placer designando sus propios sustitutos, contratar y despedir trabajadores, otorgar y revocar *ad libitum* poderes judiciales para intentar y contestar demandas, son, todos, actos propios de la conducta de un patrono o empleador; es decir, de quien en nombre y por cuenta propios explota la empresa de su propiedad o posesión. Mas, lo insólito de la hipótesis bajo examen resulta ser que los sujetos declarados judicialmente trabajadores años después de haberse extinguido los encubiertos contratos de trabajo, hubieran podido ser despedidos justificadamente durante el período de su vigencia real, por falta de probidad (omisión de rendición de cuentas y apropiación de las ganancias), así como por los demás incumplimientos graves a sus obligaciones (ausencias sin permisos, expensas no autorizadas, etc.), de haberse considerado ambos contrayentes vinculados por una relación laboral.

Soslayamos aquí, por estimarlo ahora superfluo, los espinosos problemas de índole procesal que el precedente comentario ocasiona a los

trabajadores del concesionario, cuyas demandas habrían de ser intentadas no contra éste, que los contrató, dirigió y controló, sino contra el concedente, declarado patrono del concesionario y, por ende, de todos los demás empleados y obreros de la empresa .

Las anteriores reflexiones no están dirigidas tan sólo al juez que debe dirimir el diferendo sobre la verdadera naturaleza de los contratos de actividad, sino también a las partes encargadas de llevar al proceso las pruebas capaces de ratificar la existencia de la relación civil o mercantil alegada, y de desvirtuar la presunción del contrato de trabajo. Del desacierto de la justicia no siempre es el juzgador el único legal y moralmente responsable.

5. Examinados *grosso modo*, tanto los concesionarios como los franquiciados y agentes de comercio, que obtienen mediante contratos celebrados en Venezuela (y, por tanto, sujetos al imperio de la legislación nacional), el derecho a comerciar un producto ajeno, podrían ser conceptuados, a la luz de la ley laboral venezolana, *intermediarios* o *contratistas* del beneficiario de las obras o servicios que ejecutan con trabajadores y elementos propios. Es decir, que las personas naturales del ejemplo vendrían a ser, en todo caso, patronos y no trabajadores de los comitentes para quienes prestan sus servicios.

B) *ALTOS EMPLEOS*

6. Ubicar la dependencia laboral en el hecho de hallarse el Presidente de INVERBANCO –lo citamos anteriormente como ejemplo–, en condición minoritaria respecto a la totalidad de los miembros de la Junta Directiva de esa empresa, y, por tanto, sin poder relativo decisorio en el seno de ese órgano, desvía triple y gravemente la atención del intérprete: *en primer lugar*, porque la condición de trabajador no guarda relación con el modo en que se forman las decisiones válidas de la empresa según sus estatutos y reglamentos, sino con el modo en que la persona encargada de ejecutar las decisiones del órgano, las hace operativas. Si esa persona natural disfruta de libertad y autonomía para cumplirlas, arbitrando los medios internos y externos del instituto bancario para su más efectiva aplicación, y determinando a voluntad el momento, los pla-

zos y maneras en que las resoluciones directivas han de ser puestas en práctica, el representante del órgano no puede ser calificado de trabajador; en *segundo término*, no es cierta la aseveración de que el funcionario bajo examen se encuentre en situación de dependencia por hallarse en *minoría* dentro de una Junta Directiva compuesta por cinco miembros; *minoría* es una situación de hecho circunstancial y cambiante según el asunto votado, de modo que quien se halló en minoría en relación con un punto determinado de la agenda, puede encontrarse en situación de mayoría para otro asunto de la misma agenda considerado en igual fecha. Es jurídicamente imposible que el concepto de patrono, indispensablemente fijo, seguro, para el normal desarrollo de una relación continuada, como es la de índole laboral, pueda ser contingente y sujeto a variaciones constantes según el destino de cada asunto deliberado y votado en el seno de la Junta Directiva. Y, *por último*, el empeño por identificar la persona del trabajador no debe nunca conducir al intérprete a *confundir y perder de vista a la persona del patrono*: el Presidente del banco que ejecuta las decisiones de la directiva es el funcionario designado por la Asamblea General de Accionistas, ante la cual es legalmente responsable. Si compartimos la divulgada teoría mercantil de que dicha Asamblea es la empresa,[30] huelga pensar en la hipótesis de que un órgano de inferior categoría pueda resultar patrono de su presidente, ni de ningún otro trabajador,[31] a menos que se admita la absurda posibilidad de diversos patronos en la misma empresa, según el rango o categoría de sus trabajadores.

6.1. La cualidad de trabajador no excluye que pueda participar en la formación de la regla que él mismo habrá de obedecer, igual que los demás trabajadores. Tal es el caso de los empleados de dirección (Art. 42 LOT) y trabajadores de confianza (Art. 45 *ejusdem*), que intervienen en la toma de decisiones y participan en la administración de la

[30] Morales Hernández, *Curso de Derecho Mercantil,* Tomo II, pp. 943-944.

[31] Los argumentos expuestos para explicar este último punto de vista, no deben dejar olvidar que, de conformidad estricta con el artículo 49 de nuestra Ley Orgánica del Trabajo, la persona del patrono o empleador no es ninguno de los órganos de la empresa, sino la compañía anónima titular que la explota por cuenta propia.

empresa. Empero, esa intervención en la toma de decisiones proviene de una delegación, siempre limitada y revocable, de los poderes del dueño o poseedor de la empresa a quien dichos empleados representan ante los demás trabajadores.

La acertada conclusión anterior puede conducir a otra, visiblemente errónea: toda persona física que preste servicios a otra de carácter jurídico habría de ser, necesariamente y sin excepción, dada la inmaterialidad de esta última, considerado trabajador, de modo contrario a la opinión explanada acerca de que el presidente de la institución bancaria mencionada como ejemplo concreto, se hallaba excluido de dicha categoría. En rigor, a los efectos de nuestra disciplina únicamente importa dirimir si el prestador del servicio es, o no, un trabajador, de conformidad con los lineamientos que dejamos asentados. La materia es conexa con la rama mercantil del derecho, que vacila entre considerarlos mandatarios y órganos de expresión y relación del mismo poder soberano de la Asamblea de la sociedad de comercio.[32]

UNA NOTA FINAL

1. Prescindir de la dependencia en la formación del contrato de trabajo, o disminuir su importancia para la determinación del contrato de trabajo, se nos antoja el mejor medio de hacer desaparecer la diferencia entre esta figura convencional y el resto de los negocios jurídicos de parecido objeto. La dependencia no es una abstracta especulación doctrinal, como la *ajenidad*, sino una situación jurídica fácil de identificar, porque se basa en hechos que implican restricciones personales a la libertad de acción del empleado u obrero, tal como lo hemos explicado suficientemente. La sencilla verificación de esos hechos, determinantes de un característico estado físico, síquico, afectivo y social, ha permiti-

[32] Para una más amplia ilustración sobre este punto de la teoría venezolana, puede leerse: A. Morales Hernández, *Ob. Cit.*, pp. 1.002-1.007. Según este autor, "la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, ha sostenido recientemente la vieja tesis de que los administradores son mandatarios (sentencia del 18 de julio de 1985, bajo la ponencia del Dr. René de Sola). Este criterio constituye un retroceso con respecto a los fallos de la Sala de Casación, en los cuales se ha proclamado la aplicación de la teoría orgánica a los administradores".

do a la teoría adelantar la noción del *estatus* propio del trabajador, y a la jurisprudencia objetivar, casi gráficamente, la noción jurídica de la subordinación laboral.

No existe, ni existirá, una motivación más convincente que la dependencia para explicar la intervención del Estado en las relaciones de interés privado del trabajador con su patrono, ni para justificar la carga económica que para éste supone el cuidado de la salud y la seguridad integral de aquél. Suprimir el concepto que ha bastado durante siglos al intérprete y al legislador de todas las latitudes, con el pretexto de que resulta difuso y poco flexible para atraer al Derecho del Trabajo nuevas modalidades de servicios, lejos de pregonar la insuficiencia del concepto en estudio, realza, más bien, la convicción de que esas nuevas formas de relación no siempre constituyen nexos de carácter laboral, por no ser éste el que espontánea y conscientemente estimaron las partes más conveniente y ventajoso para sus respectivos intereses. Si el Derecho del Trabajo –escribe Pergolessi– se debiera entender literalmente como el Derecho que regula las relaciones en las que, de alguna manera, entra el elemento humano (trabaja el soldado para su Patria, el padre para su familia, el administrador para su sociedad), aquél se diluiría en lo indeterminado.[33]

[33] Cita del Profesor Fernando Suárez González, *Derecho del Trabajo,* Unidad Didáctica I, p. 135, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1985.

Actualidad Internacional de los Derechos Humanos Fundamentales en el Trabajo

Manuel Ignacio ALONSO BRITO*

SUMARIO:

1. **Planteamiento del problema (a manera de introducción).**
2. **Los derechos humanos fundamentales en el trabajo. 2.1** *Fundamento de la actividad normativa internacional en materia del trabajo.* **2.2** *El reconocimiento internacional de los derechos humanos fundamentales en el trabajo: sus fuentes básicas.* **2.3** *Conceptualización y cuestiones terminológicas relativas a los derechos humanos fundamentales en el trabajo.* **2.4** *Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos fundamentales en el trabajo.*
3. **La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. 3.1** *Antecedentes de la Declaración: derechos humanos y globalización económica.* **3.2** *Resultados: contenidos principales de la Declaración.*

Apéndice

---

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Derecho Laboral, Profesor. **Universidad Central de Venezuela**, *Especialización en Derecho del Trabajo*, Profesor

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA (A MANERA DE INTRODUCCIÓN)

La actualidad y vigencia de los derechos humanos ha venido cobrando desde hace algunos años un especial interés e importancia en el ámbito del derecho internacional del trabajo. Tal fenómeno, aunque sea difícil de admitir, se corresponde más al estado actual del comercio y las relaciones económicas internacionales, y la consiguiente respuesta desde el campo social a los imperativos que sobre las relaciones laborales aquéllas imponen, que a un verdadero movimiento regido por motivaciones ético humanitarias de tutela del trabajador. La economía, una vez más, toca las estructuras de las relaciones de trabajo. No obstante, lo novedoso, en este caso, estriba en que su influencia haya tocado problemáticas referidas a un conjunto de principios y derechos unidos íntimamente con la dignidad del trabajador, categorizados en los derechos humanos fundamentales de éste.

La lucha por el afianzamiento de un conjunto de derechos que están ligados a la dignidad del ser humano y que se derivan de la simple condición de ser tal, no ha resultado para nada sencilla. Los primeros instrumentos internacionales que con vocación universal pretendían servir de plataforma para la promoción de estos derechos datan, en términos generales, de finales de la primera mitad del siglo XX. No obstante, una de las importantes facetas del ser humano, la del hombre trabajador y los derechos esenciales a esta especial condición, son reconocidos en el ámbito del derecho internacional a partir de la misma génesis del organismo internacional especializado en la materia laboral. Es así, como desde el año 1919, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), constituida en el marco del Tratado de Versalles, ha marcado los destinos de las normas internacionales del trabajo, estructurado la médula del derecho internacional del trabajo y, en el aspecto que nos interesa en este estudio, construido la doctrina de los derechos humanos fundamentales en el trabajo. Dicha doctrina, pretende –como naturalmente se persigue en todo el Derecho de los derechos humanos– ser aceptada y sus principios recibidos, de forma universal.

Pero este fenómeno –nos referimos al de la consolidación de los derechos y principios relativos a los derechos humanos en el trabajo a nivel internacional– está íntimamente involucrado con una temática mucho más compleja y que toca ámbitos distintos al de tales derechos. Sabido es que la aceptación de normas jurídicas de carácter internacional por parte de los Estados envuelve básicamente problemas referidos a la soberanía de las naciones, esto es, la problemática envuelta por la integración y aplicación de normas jurídicas de origen distinto, externo e interno. Además de lo dicho, en el caso de los derechos humanos del trabajador, participa inexorablemente una variable altamente controversial: los derechos laborales tienen incidencia en los costos de producción y, con ello, las diferencias notables en esta materia producen correlativas diferencias de los costos industriales y esto tiene influencia definitiva en las ventajas o desventajas en la competitividad de las economías.

Ciertamente, las regulaciones laborales, al margen de su razón fundamental: protección o tutela del trabajador en tanto hiposuficiente jurídico, pueden obedecer a otras motivaciones de un carácter no tan ético-humanitario; las reglas de la oferta de la demanda necesitan un marco regulatorio que impida los abusos (competencia desleal o dumping) en la consecución del posicionamiento en los mercados. En el ámbito laboral –siguiendo la argumentación–, las normas laborales representan mínimos de obligatorio acatamiento. La transgresión de esos mínimos laborales permitiría que algunos agentes económicos obtengan "ventajas comparativas", tal como la posibilidad de la venta de productos a precios menores que los de la competencia; ello sustentado en los menores costos laborales que arrojaría el no cumplir con los derechos y beneficios mínimos que estipula el ordenamiento jurídico del trabajo, nacional o internacional. Todo este planteamiento, difícilmente cuestionable –así nos luce– incluso para los defensores del libre mercado y sus virtudes en el marco del gobierno absoluto de las leyes de la oferta y la demanda, pareciera tener validez en diferentes escalas de mercados económicos regidos por la competencia comercial generada por la concurrencia de los agentes económicos; aquí también: nacional o internacional.

Precisamente sobre el último de los aspectos anotados, surge toda una temática que ha llevado a la palestra del mundo laboral, el tema de los

derechos humanos fundamentales. Es así, que ante una actividad económica que ya no se encuentra sometida a los límites que imponen las barreras de las fronteras nacionales, sino que a partir de diversos fenómenos como el de la integración de los países en bloques económicos, el desmoronamiento de las economías planificadas y su sustento ideológico, el progreso incesante de las comunicaciones, el desarrollo tecnológico que rige los sistemas productivos y la consolidación del capital transnacional –entre un variado número de factores–, han conducido a que se geste el fenómeno económico que parece dominar todos los aspectos de la comunidad internacional de finales de siglo: el de *la globalización o mundialización de la economía*.

Así pues, la problemática que se esboza en las líneas que inician este trabajo, son replanteadas bajo la visión del hecho incontrovertible de la globalización. Si las normas laborales contenidas en el ordenamiento jurídico interno generan costos de producción dentro de un mercado económico de la misma escala, y si al ser transgredidas configuran competencia económica desleal; de la misma manera, las normas jurídicas internacionales del trabajo, especialmente las que se refieren a los derechos humanos fundamentales, si se pretende que tengan validez universal, y con ello, que sean acatadas por todas las naciones; tendrían un efecto equivalente al descrito; esto es, su transgresión situaría en una posición ventajosa indiscutible a los países que desarrollen su actividad económica al margen de esas normas.

Implementar un mecanismo que evite lo anterior configuraría, haciendo un símil con las cláusulas que en los tratados de integración económica buscan garantizar la armonización de los ordenamientos laborales, una suerte de *cláusula social de alcance mundial*. Un instrumento internacional que disponga el respeto universal de ciertos derechos de tipo laboral, supone para algunos una forma de garantizar que en todas las naciones se cumpla, al menos, con los derechos que son inherentes a la dignidad del trabajador, y evitaría caer en la tentación de evadir su cumplimiento habida cuenta de los costos que implica su acatamiento y, con ello, eludir una regresión social o carrera hacia atrás que dejaría al mar-

gen de los frutos que la liberalización del comercio internacional ofrece a grandes sectores de la población.

Sin embargo, para otros, la consagración de esa especie de cláusula social mundial, representaría el ejemplo más acabado de una fórmula ideada por los países desarrollados para anular las ventajas comparativas que gozan los países de las llamadas economías o mercados emergentes y, en consecuencia, colocaría dicho mecanismo en manos de ciertos países, que tendrían un arma formidable para tomar medidas restrictivas o proteccionistas frente a otros que eventualmente fueren acusados de transgredir los aludidos derechos humanos fundamentales en materia laboral.

Lo descrito, representa muy brevemente, la problemática que subyace en la gran discusión que conmueve desde hace algunos años al mundo internacional del trabajo, y que tuvo su punto más álgido y a la vez culminante, en la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en la ciudad de Ginebra (Suiza), en el mes de junio de 1998. En dicha reunión, se adoptó el instrumento más importante (por las consecuencias que de él puedan derivarse y que aún están por verse) que haya emanado de la OIT desde la famosa Declaración de Filadelfia de 1944, nos referimos a la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento.*

2. LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO

Antes de proceder a adentrarnos en el núcleo del objeto de nuestro estudio, se impone hacer una revisión conceptual de los términos aquí involucrados. La noción de la existencia de un conjunto de derechos que son esenciales a la dignidad del ser humano y que se está dotado de ellos con el simple hecho de tener dicha condición, al menos desde el punto de vista doctrinario, no es nueva. Sin embargo, es sólo en el siglo XX cuando se consolida con propiedad y vocación de eficacia esta idea en algunos ordenamientos jurídicos nacionales e instrumentos de carácter internacional. Es sobre este último ámbito que vamos a situar nues-

tro estudio. Por lo tanto, dejaremos a un lado, en lo posible, las referencias a ordenamientos jurídicos nacionales.

El desplazamiento de los derechos humanos, al ámbito del Derecho Internacional, con el consiguiente reconocimiento y tutela de los mismos, no ha sido, compartiendo la opinión de Asdrúbal Aguiar, cosa fácil. Contra ello ha conspirado, por un lado, las naturales diferencias ideológicas y de conveniencia de los Estados; y por el otro, la concepción de un orden jurídico internacional para conciliar intereses e imponer límites a la actuación de éstos, y no de personas consideradas en su individualidad y en los derechos que le son inherentes.[1] Por tanto, siguiendo al mencionado autor, tal esfuerzo –el del afianzamiento de los derechos humanos en el ámbito internacional– requiere: a) la "(...) progresiva fijación del contenido y extensión de cada derecho humano, en función de la unidad e integralidad conceptual de tales derechos (...)"; y b) que se reconozca la cualidad del ser humano como entidad legitimada en tal ámbito, "(...) en un contexto de un sistema donde el Estado-Nacional ha venido monopolizando (…) las funciones de supremo repartidor del orden y de recipendiario o destinatario del mismo a su vez".[2]

De tal magnitud es la labor que en nuestra opinión ha desarrollado la OIT, y tales han sido los retos que ha enfrentado y superado ésta. La actividad normativa desarrollada por la OIT y la promoción del cumplimiento y adecuación de las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados que la integran, ha llevado a que en ese marco ciertos derechos humanos relativos al trabajo se consolidasen en el ámbito del Derecho Internacional.

2.1 *FUNDAMENTO DE LA ACTIVIDAD NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DEL TRABAJO*

La idea de una legislación del trabajo de alcance internacional parte desde el siglo XIX. Son algunos los antecedentes que podríamos referir aquí, pero más bien nos interesa destacar, a los fines de nuestro trabajo,

[1] Aguiar, Asdrúbal. *La protección internacional de los derechos del hombre.* Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Caracas, 1987. pp. 26 y 27.
[2] *Ibídem*, p. 27.

las motivaciones que la impulsaron. En tal sentido, atendiendo al tipo de motivación, se ha coincidido en señalar tres razones fundamentales que guiaron la constitución de la OIT y por supuesto, son las mismas las esgrimidas para fundamentar su actividad normativa. En resumen, las razones que comentamos serían de tipo: **a) ético-humanitario**, **b) socio-políticas** y **c) económicas**.

a) Ya no es novedad tratar de justificar la necesidad de la existencia de normas laborales que permitan otorgar la protección requerida para evitar que se cometan excesos y abusos sobre la clase trabajadora, si ésta se viera sometida a las mismas reglas y principios que gobiernan el derecho común. El dispar poder de negociación entre los factores del capital y el trabajo, era una realidad que había de ser atajada con la disposición de un orden jurídico tuitivo, que entendiera las limitantes y contraindicaciones que llevó la aplicación plena del principio de autonomía de la voluntad a las relaciones de trabajo. Los esfuerzos de consolidación de las normas laborales al interior de las naciones nunca llegaría a feliz término si no se implementaba un mecanismo que asegurase su promoción y tendiese a su cumplimiento dirigido a todos los países.

b) Adicionalmente, quedó en evidencia que ciertas conflagraciones bélicas se generaron a raíz del descontento que a nivel interno generaba sistemas laborales que no fueron capaces de retribuir bienestar social a las masas trabajadoras. De tal manera que "...la intranquilidad social, presunta resultante de la inexistencia o de los defectos de la regulación laboral, en cada país, genera tensiones que amenazan la paz y la tranquilidad generales".[3] No es casualidad entonces, que el surgimiento de la OIT fuese al final de la Primera Guerra Mundial, como parte del gran tratado de paz que supuso su término definitivo. La Constitución de la OIT conforma la Parte XIII del Tratado de Versalles, y la demostración de lo dicho la encontramos en la famosa frase del preámbulo constitucional del organismo que expresa que "(...) la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social (...)" y que "(...) existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y

[3] Alonso Olea, Manuel. *Introducción al Derecho del Trabajo.* 5ª edición. Madrid, 1994. p. 374.

privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales". Este motivo para la fijación de normas internacionales del trabajo tenía un carácter evidentemente prudencial.[4]

c) Finalmente, los problemas que engendra la actividad comercial a nivel internacional implica el necesario establecimiento de normas laborales de igual alcance para evitar la competencia desleal sustentada en el abaratamiento de los costos laborales. Así, en el preámbulo de la Constitución se ha querido encontrar un antecedente de este planteamiento, pues ésta dispone "(...) que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países".

Lo anterior, según lo expresó el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo en 1994, "(…) muestra claramente que la voluntad de los fundadores de nuestra organización de promover la reforma sociolaboral en provecho de la justicia social era inseparable de la preocupación de que los Estados que efectuaban reformas sociolaborales no se vieran perjudicados en la competencia internacional. Así pues, desde 1919 se ha venido planteando la cuestión del vínculo entre las normas internacionales del trabajo y el comercio internacional (…)".[5] Confirmando esta idea, Eddy Lee sostiene que este tercer motivo se sustentaba en la idea de la necesidad de eliminar los efectos transfronterizos negativos que producirían los países en los cuales no se respeten normas que garanticen unas condiciones de trabajo humanas.[6]

Las motivaciones expuestas demuestran que el actual debate se centra, tal como se explicó en los primeros párrafos de este trabajo, en las rela-

[4] Lee, Eddy. *Mundialización y normas del trabajo. Puntos del debate. Revista Internacional del Trabajo*. Volumen 116, número 2. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 1997. p. 190.
[5] Oficina Internacional del Trabajo. Memoria del Director General: Preservar los valores, promover el cambio. La justicia social en una economía que se mundializa: Un programa para la OIT. Ginebra, 1994. p. 60.
[6] *Ídem*.

ciones entre el comercio internacional, potenciado por diversos factores, y las normas internacionales del trabajo nacieron con la propia OIT.

2.2 *EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO: SUS FUENTES BÁSICAS*

El camino hacia el reconocimiento jurídico internacional de los derechos humanos fundamentales en el trabajo ha sido largo, y dista de haber culminado. Los derechos humanos fundamentales laborales forman parte importante de la propia historia del derecho internacional. Así, antes que viera la luz el gran instrumento internacional de los derechos del hombre en 1948, las nociones y principios relacionados con un conjunto de derechos esenciales a la dignidad del trabajador ya habían sido incipientemente reconocidos en el proceso constituyente de la OIT. Como ya señalamos, las razones morales humanitarias se vierten claramente en el preámbulo de la Constitución de la OIT, las cuales más tarde quedaron ratificadas por las disposiciones de la *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia)*.

De tal forma que cabría ser afirmado que unos de los primeros instrumentos de magnitud universal, relativo a los derechos humanos fundamentales, especialmente en materia de trabajo, debe encontrarse en la propia Constitución de la OIT. Ella no sólo consagra las normas de organización y funcionamiento del organismo sino que, en términos equivalentes al derecho interno, dispone principios que claramente tienen un valor operativo indiscutible. En palabras de Válticos, la "(...) Constitución de la OIT no contiene solamente disposiciones de carácter institucional; también ha establecido ciertos principios generales que han constituido normas fundamentales que con frecuencia han servido de inspiración, no sólo en tanto directivas dirigidas a los órganos de la OIT en vista a la elaboración de convenios y recomendaciones, sino como fuente directa de derecho internacional del trabajo".[7]

[7] Válticos, Nicolás. *Derecho Internacional del Trabajo*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1977. pp. 143 y 144.

Esto ha servido para que en el seno de la OIT y en la actividad desplegada por sus órganos de control se haya sostenido que la simple condición de Estado miembro de la organización implica el respeto por las normas contenidas en los convenios básicos que regulan los derechos fundamentales, en cuanto éstos desarrollan los principios ya consagrados en la Constitución de la OIT, que están obligados a acatar los países desde el mismo momento de haberse hecho miembros, aun no habiendo ratificado los aludidos convenios.[8]

El mismo preámbulo de la Constitución de la OIT dispone el "reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical".

De la misma manera, la Declaración de Filadelfia, adoptada en 1944, que significó una enmienda constitucional mediante la cual, sustituyendo al hasta entonces vigente artículo 41, se actualizaron los fines y objetivos de la OIT, pasando ésta a formar parte integrante como anexo de la Constitución, dispuso en clara alusión con los derechos humanos fundamentales en el trabajo:

Sección I:

– el trabajo no es una mercancía. (a)

– la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante. (b)

Sección II:

– todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. (a)

[8] *Ibídem,* p. 144.

Sección III:

– lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (…)(e)

– proteger a la infancia y a la maternidad. (h)

– garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales. (j)

No obstante, por su alcance universal, es bajo el marco de la Organización de las Naciones Unidas que los derechos humanos alcanzan su real dimensión internacional. De esta forma, como producto de las graves violaciones ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial, la ONU adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Asamblea General reunida el 10 de diciembre de 1948, mediante Resolución 217-III. Desde el punto de vista jurídico, al tener forma de Resolución de la Asamblea General de la ONU, su obligatoriedad es cuestionada, por no tener la forma o estructura propia de los tratados públicos internacionales. De manera que "normativamente sus efectos apenas alcanzan a los de una recomendación o invitación formal dirigida a los Estados miembros, para que en ejercicio de la soberanía que les es propia tomen medidas del caso, siendo libres de aceptarlas o no".[9]

No obstante, gran parte de la doctrina sostiene que la Declaración es un instrumento normativo que crea obligaciones para los Estados miembros de la OIT y más bien las disputas o discusiones giran en torno al alcance o fuerza obligatoria de los derechos proclamados por ella.[10] En efecto, el valor que le atribuye la comunidad internacional queda en evidencia cuando los Estados que violan sus disposiciones, más que negar el valor de la Declaración, rechazan o discuten las acusaciones que se les imputan.[11]

[9] Aguiar, Asdrúbal. *op. cit.*, p. 56.
[10] Burgenthal, Thomas, Grossman, Claudio y Nikken, Pedro. Manual Internacional de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas/San José, 1990. pp. 25 y 26.
[11] *Ibídem*, p. 27.

En todo caso, con evidentes fines de consolidar jurídicamente la obligatoriedad de los derechos proclamados en la Declaración, la ONU adopta en la Asamblea General, el 16 de diciembre de 1966, dos Pactos abiertos a ratificación, que desarrollan los derechos en aquélla contenidos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De esa manera, y ya sin discusiones doctrinarias, se incorporó al derecho positivo internacional los derechos humanos como categoría jurídica reconocida de carácter universal y con eficacia jurídica indiscutible. Dentro de dichos derechos humanos figuran algunos relacionados con el trabajo.

2.3 *CONCEPTUALIZACIÓN Y CUESTIONES TERMINOLÓGICAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO*

Para aludir al conjunto de derechos que le son esenciales a la persona del trabajador, han sido utilizadas variadas expresiones que obedecen –en algunos casos– a doctrinas ligadas a ciertas posiciones en la ciencia del derecho; y, en otros, a conceptos históricos ya superados. De este modo se han empleado expresiones como –según Benito De Castro Cid– las siguientes: derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos fundamentales y derechos humanos.[12] En el mundo laboral internacional, pensamos que a consecuencia de la influencia que ha ejercido la OIT, la denominación que regularmente ha sido usada es la de *derechos humanos fundamentales*. Gran cantidad de documentos emanados de este organismo internacional y la doctrina construida en su entorno así lo enseñan.

Se reitera que las cuestiones terminológicas en algunas ocasiones no obedecen al mero capricho de rotular un concepto jurídico, sino que con ello, enfoques y matices diferenciales pretenden ser resaltados. En consecuencia, a los efectos nuestros, nos referiremos a las expresiones *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, pues son los

[12] Apud. Aguiar, Asdrúbal. *op. cit.*, p. 43.

términos que evidencian claramente su importancia en el Derecho Internacional del Trabajo.

Partimos de la tesis de que el uso de la expresión *derechos humanos fundamentales* siempre ha pretendido referirse a los derechos humanos del trabajador, pero no a todos ellos, sino a un núcleo de especial o vital importancia para todo ordenamiento jurídico laboral. Es decir, el término *humano* califica la especie de los derechos en cuestión, y el vocablo *fundamental* limita la extensión de aquéllos a los que se hace referencia. Con lo cual parece claro que de la enumeración que comprende los derechos humanos en el trabajo, tienen carácter fundamental sólo algunos de ellos.

Así, tradicionalmente la doctrina del derecho internacional del trabajo ha empleado la expresión *derechos humanos fundamentales*[13] y la propia OIT así lo ha reiterado,[14] para aludir al conjunto de derechos y garantías relativas específicamente a:

a) la *libertad de trabajo* (abolición del trabajo forzoso);

b) la *libertad sindical y negociación colectiva*;

c) la *igualdad de trato y oportunidades* (no discriminación);

[13] Las obras citadas en este trabajo de Nicolás Vélticos, y de Geraldo Von Potobsky y Héctor Bartolomei, hacen uso de tal expresión.

[14] La compilación que edita la Oficina Internacional del Trabajo intitulada: Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, 1919-1984, contiene una "Guía clasificada de las normas internacionales del trabajo que comienza: "I. Derechos humanos fundamentales". Vid. Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, 1919-1984, adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 1985. Por otro lado, la misma terminología ha sido usada por los órganos de control de la OIT. Sirva de ejemplo lo dicho por el Comité de Libertad Sindical: "Deben adoptarse todas las medidas adecuadas para garantizar que cualquiera que sea la tendencia sindical, los derechos sindicales puedan ejercerse con normalidad, dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales y en un clima desprovisto de violencia, presiones, temores y amenazas de toda índole" (el subrayado es nuestro) La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Cuarta edición. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 1996. p. 14.

d) y más recientemente, la *edad mínima de admisión en el empleo* (reconvertida actualmente bajo el enunciado: abolición o erradicación del trabajo infantil).[15]

No obstante lo señalado, en la doctrina del derecho internacional hay quienes otorgan sentidos distintos a los vocablos *humanos* y *fundamentales*. La expresión *derechos fundamentales* repara más en la fuente formal utilizada para la "positivación" de los derechos humanos.[16] Con ello, el vocablo *fundamental* acompañando a los *derechos humanos*, significaría calificar éstos en razón de que los mismos hayan sido reconocidos en instrumentos de derecho positivo, y no –de acuerdo con lo que señalamos anteriormente– como aquéllos de especial importancia dentro de los derechos humanos. De esta manera, según la tesis en comentario, los *derechos humanos fundamentales en el trabajo* serían los que son esenciales a la dignidad del ser humano y que forman parte del derecho positivo, a los efectos nuestros, en el internacional. En apoyo de esta posición doctrinaria, Martin Kriele dictamina "allí donde los derechos humanos están institucionalizados como derechos fundamentales, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos es una cuestión de matiz: jurídicamente se trata de derechos fundamentales; desde el punto de vista filosófico se trata de derechos humanos".[17]

Según se ve –al menos en el ámbito de la OIT– la tesis anterior no tendría mayor cabida, toda vez que el catálogo de derechos humanos en el trabajo "positivados" en los instrumentos que emanan de tal organismo, excede el listado que la OIT propugna como derechos humanos fundamentales.

---

[15] En tal sentido el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo tajantemente expresa: "La lista de esos derechos no parece ya dar lugar a objeciones. Se trata de la libertad sindical y la negociación colectiva, la prohibición del trabajo forzoso, incluido el trabajo infantil, y la no discriminación (especialmente en la forma consagrada por el principio de "salario igual por un trabajo de igual valor" proclamado en la Constitución". La actividad normativa de la OIT en la era de la mundialización. Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo. 85ª reunión. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 1997. pp. 14 y 15.
[16] Aguiar, Asdrúbal. *op. cit.*, p. 45.
[17] *Ibídem, op. cit.*, p. 59.

A mayor abundamiento, debe señalarse que igualmente se ha difundido en el seno de la OIT la idea del conjunto de convenios básicos relativos a los derechos humanos fundamentales, que dentro del programa de sus actividades se han evaluado como prioritarios en la promoción de su ratificación y el seguimiento que hace a través de los órganos de control de la adecuación de la legislación y práctica nacionales a las normas y principios en ellos contenidos. En tal sentido, los derechos fundamentales tienen su reflejo normativo internacional en siete *convenios básicos o fundamentales,*[18] a saber:

1. Trabajo forzoso:

– Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29).

– Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105).

2. Libertad sindical:

– Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).

– Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).

3. Igualdad de oportunidades y trato:

– Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).

– Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

[18] *Vid*. Informe VII. Examen de una eventual Declaración de Principios de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los derechos fundamentales, y del mecanismo de seguimiento apropiado. Conferencia Internacional del Trabajo. 86ª reunión, 1998. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 1998. pp. 4 y 5.

4. Trabajo infantil:

> – Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138).[19] materia ésta actualizada por el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (número 182).

Sin embargo, allende de toda la teorización terminológica ensayada, debe reconocerse el uso indiscriminado que últimamente se hizo en la OIT de los términos en estudio, lo cual se ha reflejado en la doctrina reciente sobre el tema. Para Lee, las normas mencionadas anteriormente, que él denomina *normas fundamentales*, "además de constituir un marco de condiciones fundamentales para el ejercicio de los derechos laborales, engloban algunos derechos humanos".[20] Asimismo, el informe que sirvió de base para las discusiones que se desarrollaron en la 86ª Conferencia se tituló *Examen de una eventual Declaración de Principios de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los derechos fundamentales, y del mecanismo de seguimiento apropiado*. Sin embargo, la parte final del aludido informe presenta ya en forma de texto normativo un *Proyecto de Declaración de los Derechos Humanos Fundamentales en el Trabajo*.[21]

En todo caso, el punto central de las discusiones –como lo señalamos anteriormente– en torno a la Declaración que fuera adoptada en la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo, fue decantada hacia el empleo del término *derechos fundamentales*, y no *derechos humanos fundamentales*, tal como se denominaron usualmente en el ámbito de la OIT.

Estimamos que la precisión terminológica que se pretende explicar en modo alguno resulta ociosa. Determinar que los derechos fundamentales y los convenios de tal carácter son primariamente derechos humanos, entre otras cosas, tiene la importancia de derivar las notas esenciales que le son propias a éstos, lo cual se desarrolla a continuación.

---

[19] Materia ésta actualizada por el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (número 182).
[20] Lee, Eddy. *op. cit.*, pp. 192 y 193.
[21] *Vid.* Informe VII. *Examen de una eventual Declaración...*, pp. 4 y 5.

2.4 *INTERDEPENDENCIA E INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO*

La teoría de los derechos humanos ha prescrito que éstos no pueden escindirse, es decir, conforman una unidad que implica la necesaria existencia de todas las partes del conjunto, para que los elementos que lo integran puedan gozarse de forma efectiva.

La Proclamación de Teherán aprobada en el marco de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas dispone en su punto 13 que "... los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible". Declaraciones de igual tenor contienen el Acta de Helsinski firmada por un gran número de países europeos (1º de agosto de 1975) y la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a los criterios y medios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en el sentido de resaltar el carácter indivisible e interdependiente de todos los derechos humanos.[22] Más recientemente, la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en 1993 en la ciudad de Viena adoptó "La Declaración de Viena y el Programa de Acción", que dispone: "La universalidad de los derechos humanos...; todos los derechos humanos son universales, indivisibles e independientes y están relacionados entre sí".[23]

En el campo de las normas internacionales del trabajo, el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos fue recogido en 1970 mediante la *Resolución sobre derechos sindicales y su relación con las libertades civiles*, adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada ese año. Dicho instrumento emanado de la OIT reconoce "que los derechos conferidos a las organizaciones de trabajado-

[22] Apud. Aguiar, Asdrúbal. *op. cit.*, p. 46.
[23] Apud. Villasmil Prieto, Humberto. *Tripartismo y libertad sindical. Revista sobre relaciones industriales y laborales.* Nº 33. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1997. p. 89.

res y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en particular, en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles.[24] Asimismo, la mencionada resolución hace especial referencia, en su punto segundo, a un listado de libertades civiles que se considera esenciales para el normal ejercicio de los derechos sindicales, a saber:

> a) el derecho a la libertad de expresión y a la seguridad de la persona y a la protección contra la detención y la prisión arbitrarias;
>
> b) la libertad de opinión y de expresión y, en particular, de sostener opiniones sin ser molestado y de investigar y recibir información y opiniones, y difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión;
>
> c) el derecho de reunión;
>
> d) el derecho a proceso regular por tribunales independientes e imparciales; y
>
> e) el derecho a la protección de la propiedad de las organizaciones sindicales.[25]

Reiteramos que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes entre sí porque corresponden a una categoría unitaria y se complementan recíprocamente en su ejercicio.[26] Mas estas características y sus consecuencias se presentan de forma idéntica al interior de cada uno de los derechos humanos, pues algunos de ellos arrojan contenidos esenciales que no pueden escindirse. De manera tal que la unidad e

[24] Resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles. Apud. La libertad sindical. Manual de educación obrera. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 1988. p. 164.
[25] *Ibídem*.
[26] Verna de Briceño, Elizabeth. *Presencia de los derechos humanos.* Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1992. p. 19.

interdependencia de los derechos humanos "...opera en dos sentidos: a lo externo, los derechos humanos lo son entre ellos...; a lo interno, los contenidos esenciales de cada uno de los derechos humanos lo serán también, lo que explica y justifica la necesidad de tutela conjunta de todos ellos".[27] Nuestro profesor Humberto Villasmil, con mucho acierto, ha denominado a estas particulares características de los derechos humanos: *interinescindibilidad* e *intrainescindibilidad*, según, como se anota, éstas se reflejen a lo externo o interno, respectivamente, de los mimos.[28]

Las consecuencias de aplicar los principios enunciados a los derechos humanos fundamentales en el trabajo son evidentes. En el ámbito internacional, los órganos de control de la OIT se han hecho eco de ello. De esta forma el Comité de Libertad Sindical ha construido toda una doctrina a partir de las quejas que ha sustanciado, que ha puesto en evidencia la estrecha relación existente entre la libertad sindical y las libertades civiles y políticas, considerando, entre otras cosas, "que el sistema democrático es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales" y que un "movimiento sindical realmente libre e independiente sólo puede desarrollarse dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales".[29]

3. LA DECLARACIÓN DE LA OIT RELATIVA A LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO Y SU SEGUIMIENTO

3.1 *ANTECEDENTES DE LA DECLARACIÓN: DERECHOS HUMANOS Y GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA*

Tal como anunciamos en el inicio de este estudio, los derechos humanos fundamentales y su dimensión internacional cobraron una actualidad de primer orden a partir de la década de los noventa. Así como en otras áreas en la materia de los derechos humanos, ciertas situaciones de orden internacional provocaron la toma de conciencia acerca de la ne-

[27] Villasmil Prieto, Humberto. *op. cit.*, p. 89.
[28] Villasmil Prieto, Humberto. *Concertación y diálogo social en Venezuela. Experiencias recientes.* En: SUMMA. Homenaje a la Procuraduría General de la República. Caracas, 1998. p. 948.
[29] *La Libertad Sindical...,* p. 13.

cesidad de garantizar el respeto universal de ciertos derechos humanos, *vgr*. las atrocidades de las guerras mundiales y la correspondiente reacción de muchos países que motivó la gestación de los grandes instrumentos internacionales de los derechos humanos; en el campo de las normas de trabajo y su dimensión internacional fundamentalmente regida por la acción de la OIT, la influencia decisiva del proceso de *globalización económica* y sus enormes efectos sobre las relaciones de trabajo, definitivamente constituye la causa de la movilización surgida en torno a la universalización de los derechos humanos fundamentales como instrumento de equilibrio entre el fenómeno económico y sus consecuencias en lo social.

Este fenómeno de la globalización económica, tal como lo manifiesta Federico Durán, se "manifiesta en el aumento considerable del comercio mundial, en un incremento incesante de las inversiones transnacionales y, en definitiva, en una interpenetración profunda, organizada y a escala internacional de la producción de bienes y servicios". Pero no sólo lo dicho, que resultarían sus evidencias más importantes y generales, sino que además la globalización "es todo eso más el producto de los avances técnicos y del abaratamiento de los transportes y de las comunicaciones; del progreso tecnológico y de las consiguientes innovaciones de los procesos productivos; de la aparición, como consecuencia de todo ello, de un mercado financiero global, sin apenas limitaciones para la movilidad del capital; y de la evolución de las relaciones sociales, en particular en lo que se refiere al acercamiento de las pautas de consumo de cada país y de cada región".[30]

De otro lado, la necesidad de dar un carácter equilibrado al proceso de globalización económica, para otros se corresponde con los deseos del mundo desarrollado de revertir el problema que ellos enfrentan en términos económicos y también sociales, generados por la ventaja comparativa de ciertos países en vía de desarrollo (ahora llamados economías emergentes, lo cual no deja de parecernos un eufemismo para evitar el

[30] Durán López, Federico. *Globalización y Relaciones de Trabajo*. Revista española de Derecho del Trabajo. Núm. 92. Civitas. Madrid, 1998. p. 869.

enojoso término "subdesarrollo") que gozan de menos costos laborales, pues poseen niveles de protección laboral más bajos.

De acuerdo con este esquema, la promoción de normas laborales mínimas de alcance universal equivaldría –para algunos– a una imposición encubierta de una *cláusula social de alcance mundial* que echaría por tierra la ventaja comparativa de la que gozan los países no desarrollados, y que permitiría la imposición de las temidas medidas comerciales de tipo restrictivo o proteccionista.

No obstante, situados del otro lado, luce cuestionable, al menos desde el punto de vista ético, que se pretenda sustentar la competitividad de algunas naciones transgrediendo no cualquier tipo de norma laboral, sino aquellas que tienen que ver con los derechos y principios fundamentales que son inherentes al trabajador en su condición de ser humano.

El tema se complica un poco más, pues además del efecto típico de la cláusula social para armonizar las normativas laborales y evitar así el ejercicio de competencia desleal, se entiende que en una economía globalizada, la imposición de estándares laborales internacionales tenderían a que las "producciones manufactureras sobre todo, pero también en alguna medida administrativa y de servicios, que no requieren mano de obra cualificada, pueden desplazarse a países con menos costes laborales (…)", con lo cual, se evitaría el deterioro palpable de los estratos laborales menos calificados sometidos al desempleo que tal situación descrita genera.[31]

a) Promoción del ordenamiento jurídico internacional del trabajo): Esta problemática dista de ser novedosa. La propia creación de la OIT (1919), como explicamos, responde en gran parte a resolver los problemas surgidos con la competencia comercial sustentada en el no respeto a condiciones mínimas aceptables en el trabajo. Tal como lo explica Servais, la actividad de la OIT en sus primeros años se caracte-

[31] Durán López, Federico. *op. cit.*, p. 8.

rizó por "su empeño en la adopción de una legislación internacional del trabajo que confiriera mayor armonía a las reglas de protección social y, en particular, atenuara las diferencias de un país a otro en el costo laboral de los productos";[32] esta preocupación quedó en evidencia con la práctica seguida por algunos países denominada ratificación condicional de los convenios, que consistía en "que ciertos Estados sólo ratificaran convenios de la OIT a condición expresa de que fuesen ratificados también por sus principales competidores, designados nominalmente".[33]

b) La cláusula social: Ya más actualmente, a partir de la amplia difusión y aceptación generalizada de las doctrinas liberales de la economía, en lo cual contribuyó decisivamente el resquebrajamiento del sistema comunista y con ello la desaparición casi por completo de los sistemas económicos planificados e intervenidos en forma total por el Estado, contrarios a las doctrinas liberales; se empezó a discutir acerca de la viabilidad del establecimiento internacional de la *cláusula social*.

Esta etapa desarrollada bajo la influencia del existente para entonces GATT, basó sus discusiones tomando como punto de partida para la aceptación de la cláusula social, la pésima situación de algunos países en desarrollo donde se hacía "caso omiso de las normas laborales mínimas aceptadas internacionalmente: se utiliza mano de obra infantil en las fábricas, donde desempeña tareas peligrosas; no se aplica la legislación del trabajo, y con frecuencia se acosa, se encarcela, se asesina o se hace desaparecer a dirigentes sindicales".[34] En una situación como la anterior, se alegaba la inexorabilidad de la cláusula social, la cual tendría por finalidad, en opinión de Van Liemt, "mejorar las condiciones de trabajo en los países exportadores mediante la autorización de sanciones en contra de los productores que no cumplan las normas mínimas".[35]

---

[32] Servais, Jean-Michel. *La cláusula social en los tratados de comercio: ¿Pretensión ilusoria o instrumento de progreso social?* Revista Internacional del Trabajo, vol. 108, núm. 3. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 1989. p. 290.
[33] *Ibídem*.
[34] Van Liemt, Gijsbert. *Normas laborales mínimas y comercio internacional: ¿Resultaría viable una cláusula social?* Revista Internacional del Trabajo, vol. 108, núm. 3. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 1989. p. 301.
[35] *Ibídem*, p. 302.

Con tales argumentos era natural esperar que los países exportadores en vías de desarrollo rechazaran dichas pretensiones, que además eran discutidas incesantemente en un marco que las hacía menos fácilmente aceptables: el GATT. No es extraño que bajo este esquema se argumentara por parte de los países de las llamadas economías emergentes que "la propuesta de una cláusula social es fruto de un proteccionismo encubierto que podría coartar su desarrollo industrial y privarles de una de sus principales ventajas comparadas, a saber, la posibilidad de aprovechar la mano de obra barata".[36] El estancamiento de las discusiones sobre este tema, pues, no sorprendió a nadie.

c) Consolidación de los derechos humanos fundamentales: No obstante, una tercera etapa relacionada con esta problemática surge a partir de la Memoria que el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo presentara a la 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1994) titulada: *Preservar los valores, promover el cambio. La justicia social en una economía que se mundializa: Un programa para la OIT*. Este documento alude a la reafirmación de los valores y el fortalecimiento de los medios de acción de la OIT en el marco de la mundialización de la economía.[37]

En ese sentido, los partidarios de establecer mecanismos para garantizar el respeto de los derechos humanos laborales de alcance internacional, así como los detractores de tal iniciativa, se lanzaron acusaciones simultáneas de favorecedores del proteccionismo y de justificadores del *dumping social*, respectivamente

Merece destacarse que la posición venezolana fue particularmente favorable a la acogida de los mecanismos relacionados con la cláusula social. En la Conferencia de 1994, el Ministro del Trabajo de Venezuela, Dr. Juan Nepomuceno Garrido Mendoza, aprovechó la oportunidad que le brindaba ese foro para "...llamar la atención (…) acerca de la existencia creciente en cada uno de nuestros países de prácticas desleales

[36] *Ibídem*, p. 303.
[37] Informe VII..., p. 3.

en las que cada día empleadores inescrupulosos ponen más esperanza (…) Por ello, los empleadores probos, junto con los trabajadores, cuyos iguales sufren las consecuencias, y nosotros, los demás, funcionarios internacionales y nacionales, debemos comprometer nuestro esfuerzo en luchar cada día por erradicar esas prácticas que obstaculizan la acción de la Organización Internacional del Trabajo en el fin de lograr un trabajo realmente humano (…) Las cláusulas sociales, en nuestra percepción, constituyen para algunos el medio de asegurar el futuro de la Organización. Su contenido debería ampliarse más allá de la garantía de mejores condiciones de trabajo y de vida para los trabajadores en los acuerdos comerciales, y, su ámbito de vigencia debería comprender a todo tipo de acuerdos internacionales (...)".[38]

A pesar de todo, esas discusiones tuvieron eco en dos reuniones internacionales de vital importancia: **i)** la *Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social* celebrado durante el mes de marzo de 1995 en Copenhague; y **ii)** la *Conferencia Ministerial de la OMC* realizada en 1996 en Singapur.

i) En el marco de la *Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social,* se suscribieron compromisos, por Jefes de Estado y de Gobierno, tales como salvaguardar los derechos e intereses básicos de los trabajadores y, con tal fin, promover la observancia de los convenios pertinentes de la OIT, incluidos los que tratan de la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, la libertad de asociación, el derecho de sindicación y de negociación colectiva y el principio de la no discriminación. El Programa de Acción adoptado en la Cumbre ratifica que los gobiernos deberían (párrafo 54, b) proteger y fomentar el respeto de los derechos básicos de los trabajadores, y luego de enumerar los derechos referidos anteriormente, dispone el compromiso de aplicar plenamente los convenios relativos a los derechos antes enunciados en el caso de los Estados partes en ellos, y en el caso de los Estados que no sean partes en esos convenios, para lograr verdaderamente un crecimiento económico sostenido y un desarrollo sostenible.[39]

---

[38] Actas. Conferencia Internacional del Trabajo. Octogésima primera reunión. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 1994. pp. 11 a la 21.
[39] Apud. Informe VII..., p. 14.

ii) El éxito de los planteamientos de la Cumbre fue recogido un año más tarde por la *Conferencia Ministerial de la OMC de Singapur*, en la cual se adoptó una Declaración que establece:

> Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios. A este respecto, tomamos nota de que las Secretarías de la OMC y la OIT proseguirán su actual colaboración.[40]

Con posterioridad, el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo presentó a la consideración de la 85ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1997) su Memoria con el título de *La actividad normativa de la OIT en la era de la mundialización*. Este representa, en nuestro criterio, el mayor de los esfuerzos por conciliar las posiciones en juego, y a la vez responde a propuestas que, en el fragor de los debates sostenidos hasta el momento sobre el tema, podían ofrecer alternativas aceptables por todas las partes involucradas.

Las animadas discusiones tuvieron nuevamente lugar en el marco de la Conferencia y el Director General en su respuesta a la discusión de su memoria, trató de aclarar los malentendidos suscitados.[41]

---

[40] Párrafo 4 de la Declaración de la Conferencia Ministerial de la OMC de Singapur. Apud. Informe..., p. 15.
[41] *Vid.* Informe VII..., p. 8.

Una vez elaborado el informe respectivo y hechas las consultas previas, el Consejo de Administración en su sesión 271ª (marzo-abril de 1998) decidió autorizar al Director General para preparar un proyecto de posible declaración de principios sobre los derechos fundamentales y el mecanismo de seguimiento correspondiente, teniendo en cuenta las opiniones manifestadas en los debates del Consejo y tomando en consideración las consultas tripartitas que debían realizarse al efecto.[42]

Como corolario de todo el proceso anterior, quedó servida la ocasión para que en base al informe que preparó la Oficina Internacional del Trabajo, se desarrollara la discusión que tuvo lugar en junio de 1998, mediante una Comisión que sesionó arduamente hasta altas horas de la noche en muchos casos, en la cual, una vez más se manifestaron las esperadas opiniones a favor y en contra del proyecto de la Declaración. Nuevamente los partidarios y detractores de la Declaración, más que discutir sobre aspectos laborales, dirigieron sus argumentaciones a destacar aspectos –presuntamente subyacentes– de tipo económico.

Curiosamente, aunque el Presidente de la República de entonces fue homenajeado en una sesión solemne de esa Conferencia y a pesar de que la delegación gubernamental venezolana se destacó por haber mantenido una posición favorable a la adopción de la Declaración durante los años anteriores, para sorpresa de muchos ésta se opuso firmemente a la misma, secundando la acción de otras delegaciones gubernamentales (particularmente la de México) que denunciaban el intento de los países de desarrollados de legitimar, mediante un instrumento laboral del rango universal, la posibilidad de imponer sanciones de tipo económico a las naciones en vías de desarrollo, con el pretexto de castigar el no respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Así, en las actas contenidas en *el Informe de la Comisión de la Declaración de Principios*,[43] en el seno de la cual se llevaron a cabo las discusiones sobre esta materia, quedó reflejada la posición gubernamental venezolana de la siguiente manera:

---

[42] *Vid.* Informe..., p. 9.
[43] Consultado en: http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-decl.htm

– "El miembro gubernamental de Venezuela dijo que la Declaración debería dejar claro que las normas internacionales del trabajo eran de la competencia exclusiva de la OIT, dentro del mandato que le confería la Constitución. También pensaba que era necesario adoptar un texto que tomara en cuenta los distintos niveles de desarrollo económico y social de los países. La Declaración tenía que ser de carácter político, no crear nuevas obligaciones y excluir toda connotación de carácter jurídico. Por último, le parecía importante contar con una cláusula específica mediante la que se estipulara que la Declaración no conllevaría ningún vínculo con medidas de carácter comercial".

– "El miembro gubernamental de Chile recordó el discurso pronunciado ante la actual reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo por el Presidente de Venezuela, quien dijo que la Declaración propuesta constituiría el tercer faro que iluminaría el trabajo de la OIT en el próximo siglo. El miembro gubernamental de Venezuela convino en que la Declaración no tenía nada que ver con el comercio. En aras de llegar a un consenso con respecto a la redacción del texto, apoyaba las enmiendas al punto 6 presentadas por el grupo de Asia y el Pacífico, México y Bolivia. En vista de la importancia del texto, estimaba que no debía suprimirse, sino ponerlo más claro, con una referencia explícita a las medidas comerciales unilaterales o de otro tipo. Opinaba que no debería figurar en el Preámbulo sino en la parte dispositiva".

– "La miembro gubernamental de Cuba dijo que la frase que figuraba al final del punto 4 y en el texto propuesto para el punto 6, no reflejaba las inquietudes de numerosas delegaciones. Dijo que era necesario sustituir la palabra "debería" por "deberá" y que estimaba que los términos "fines comerciales proteccionistas" no proporcionaban una garantía suficiente, pese a las expresiones de buenas intenciones de algunos gobiernos. Cualquier redacción debería aclarar que la Declaración no debería ser utilizada para la adopción de medidas comerciales proteccionistas u otras medidas que pudieran poner en cuestión las ventajas comparativas de un país. Estaba

dispuesta a aceptar cualquier redacción que permitiera aclarar esos puntos. El miembro gubernamental de Venezuela, haciendo suyas las preocupaciones manifestadas por varias delegaciones, en particular la de México, recordó los términos empleados por el Presidente de su país en la sesión plenaria de la Conferencia en apoyo de la Declaración cuando subrayó que el documento no debería ser invocado por algunos movimientos partidarios del proteccionismo comercial que quieren valerse de las circunstancias difíciles por las que atraviesan algunos países para tratar de evitar la competencia leal en el mercado internacional".

3.2 *RESULTADOS: CONTENIDOS PRINCIPALES DE LA DECLARACIÓN*

Más allá de toda la discusión planteada, nos corresponde ahora señalar los contenidos básicos de la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento*, adoptada por la Conferencia Internacional de Trabajo en su 86ª reunión.

1. En primer lugar, parece claro que la Declaración abarca el doble fundamento que tratáramos anteriormente. Por un lado, se admite la vinculación entre el progreso social y el crecimiento económico. En tal contexto, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo aseguran la posibilidad de reivindicar una participación justa en las riquezas que se generan en una situación de creciente interdependencia económica.[44]

2. Por otro lado, se afianza el rol de la OIT como organismo internacional competente en la materia laboral y de la promoción de los derechos fundamentales que le son propios a ese ámbito, lo cual, con la dinámica que se ha generado en torno de la globalización de la economía, se encontraba en entredicho. La Declaración, por tanto, reconoce que la OIT

[44] *Vid.* Considerandos quinto y séptimo de la Declaración.

es la organización internacional con mandato constitucional para establecer Normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo.[45]

3. Se reitera el criterio que en este estudio ya hemos comentado con respecto a las obligaciones que se derivan del simple hecho de ser Estado miembro de la OIT, al quedar sujetos a los principios y derechos enunciados en la Constitución y la Declaración de Filadelfia. Tales principios y derechos, se afirma, han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en una serie de convenios reconocidos como fundamentales.

En idéntico sentido que el anotado, queda asentado el criterio ya adelantado por la doctrina construida por los órganos de control, en relación a que los Estados miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso de orden constitucional que se deriva de su mera pertenencia a la OIT, de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, que a saber son:

> a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
>
> b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
>
> c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
>
> d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.[46]

Merece reseñarse que no se hizo referencia expresa a cuáles son los convenios relativos a los derechos fundamentales. Sin duda, ha que-

[45] *Vid.* Considerando sexto de la Declaración.
[46] *Vid.* puntos 1 y 2 de la Declaración.

dado claro que dichos convenios son los números: 29, 105 y 138 (abolición del trabajo forzoso e infantil); 87 y 98 (libertad sindical); y 100 y 111 (no discriminación).

Por otra parte, entre los cambios introducidos en las discusiones, puede destacarse el haber introducido el concepto de libertad de asociación, que no se encontraba en el texto original del Informe. El mismo hacía alusión simplemente a la *libertad sindical*, que se entendía, envolvía tanto a patronos como a trabajadores. Una propuesta promovida –suerte de vieja aspiración– por el sector de los empleadores de habla castellana, criticaba las limitaciones de la expresión *libertad sindical* en los textos traducidos al español en la OIT; se alegaba que tales limitaciones no se presentaban en los textos en inglés, pues éstos utilizaban la expresión: *libertad de asociación*.[47] Evidentemente, tal tesis fue acogida por la Conferencia.

Por otro lado, la erradicación del trabajo infantil, adquiere de forma definitiva entidad autónoma frente al resto de las demás categorías. Debe recordarse que la edad mínima en la admisión en el empleo se incorporó al catálogo de los derechos humanos fundamentales como una suerte de derivación de la abolición del trabajo forzoso, pues se argumentaba, con razón, que era cuestionable la voluntariedad del trabajo desarrollado por el sector infantil. Así la indudable importancia que fue cobrando el tema del trabajo infantil, el cual pasó a ser prioritario en los últimos tiempos en los programas –Programa Internacional sobre la Eliminación del Trabajo Infantil (IPEC)– y actividades de la OIT, quedó ratificada definitivamente por la Declaración.

4. Se reconoce la obligación de la OIT de ayudar a sus Estados miembros haciendo pleno uso de sus recursos constitucionales, de funcionamiento y presupuestarios, incluida la movilización de recursos y apoyos externos, así como alentando a otras organizaciones internacionales con

[47] *Vgr.* el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), en lengua inglesa se titula: Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention.

las que la OIT ha establecido relaciones, de conformidad con el artículo 12 de su Constitución, a respaldar esos esfuerzos.[48] Al respecto, debe acotarse que en el desarrollo de los debates que acontecieron en la respectiva Comisión de la Conferencia, algunas delegaciones gubernamentales con evidente aprensión, expresaron sus reservas sobre la mención a los recursos y a otros organismos internacionales. No es un secreto que ciertos organismos internacionales sujetan sus ayudas financieras a la aplicación de planes de ajuste económico postulados como adecuados. Por otro lado, la referencia a otros organismos internacionales provocó ciertos temores sobre el papel que, por ejemplo, la OMC podría jugar en lo relativo al apoyo y asistencia a los países miembros de la OIT.

5. Por fin, se subraya que las normas del trabajo y las disposiciones contenidas en la Declaración y su seguimiento, no deberían ser utilizadas o invocadas con fines comerciales proteccionistas o para ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país.[49]

Como ya vimos, la "paranoia proteccionista" llevó a algunas delegaciones de habla castellana a solicitar que el término *deberían* que utilizaba el proyecto de la Declaración no era lo suficientemente contundente para asegurar una salvaguarda efectiva frente a eventuales medidas proteccionista de tipo comercial. Por otro lado, también se intentó infructuosamente que se hiciera especial mención de la ventaja comparativa que poseen los países en desarrollo con bajos salarios.

6. Finalmente, se estableció que para hacer plenamente efectiva la Declaración, se pondrá en marcha un seguimiento promocional, que sea creíble y eficaz, con arreglo a las modalidades que se establecen en el anexo que se considerará parte integrante de la Declaración.[50] En dicho anexo intitulado *Seguimiento de la Declaración*, se asienta que su objetivo general es promover los principios y derechos fundamentales

[48] *Vid.* punto 3 de la Declaración.
[49] *Vid.* punto 5 de la Declaración.
[50] *Vid.* punto 4 de la Declaración.

consagrados en la constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia, que la Declaración reitera. De conformidad con este objetivo estrictamente promocional, se debe contribuir a que por medio de actividades de cooperación técnica, los Estados miembros puedan hacer efectivos esos principios y derechos; no pudiendo sustituirse los mecanismos de control establecidos ni obstaculizar su funcionamiento.[51]

De manera que el seguimiento de la Declaración se sustentará sobre los procedimientos ya existentes, admitiéndose la posibilidad de realizar los ajustes ha que haya lugar. Para ello se consagró: **a) El Seguimiento anual relativo a los convenios fundamentales no ratificados** y **b)El Informe global**.

a) El objeto del **seguimiento anual** es proporcionar una oportunidad de seguir cada año, mediante un procedimiento simplificado que sustituirá el procedimiento cuatrienal, los esfuerzos desplegados con arreglo a la Declaración por los Miembros que no han ratificado aún todos los convenios fundamentales, abarcando cada año las cuatro áreas de principios y derechos fundamentales enumerados en la Declaración.[52]

b) El objeto del **informe global** es facilitar una imagen de conjunto y dinámica de cada una de las categorías de principios y derechos fundamentales observada en el período cuatrienal anterior y servir de base a la evaluación de la asistencia prestada y prioridades para el período siguiente.[53]

APÉNDICE

Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo

Considerando que la creación de la OIT procedía de la convicción de que la justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente;

[51] *Vid.* punto 1 y 2 del Seguimiento.
[52] *Vid.* Seguimiento de la Declaración.
[53] *Ibídem*.

Considerando que el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas;

Considerando que, por lo tanto, la OIT debe hoy más que nunca movilizar el conjunto de sus medios de acción normativa, de cooperación técnica y de investigación en todos los ámbitos de su competencia, y en particular en los del empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo, a fin de que en el marco de una estrategia global de desarrollo económico y social, las políticas económicas y sociales se refuercen mutuamente con miras a la creación de un desarrollo sostenible de base amplia;

Considerando que la OIT debería prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, en particular los desempleados y los trabajadores migrantes, movilizar y alentar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales encaminados a la solución de sus problemas, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo;

Considerando que, con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especial al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano;

Considerando que la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales;

Considerando que en una situación de creciente interdependencia económica urge reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscritos en la Constitución de la Organización, así como promover su aplicación universal;

La Conferencia Internacional del Trabajo,

1. Recuerda:

> a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas;
>
> b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización.

2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

> **a)** la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
>
> **b)** la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
>
> **c)** la abolición efectiva del trabajo infantil; y
>
> **d)** la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

3. Reconoce la obligación de la Organización de ayudar a sus Miembros, en respuesta a las necesidades que hayan establecido y expresado, a alcanzar esos objetivos haciendo pleno uso de sus recursos constitucionales, de funcionamiento y presupuestarios, incluida la movilización de recursos y apoyo externos, así como alentando a otras

organizaciones internacionales con las que la OIT ha establecido relaciones, de conformidad con el artículo 12 de su Constitución, a respaldar esos esfuerzos:

> **a)** ofreciendo cooperación técnica y servicios de asesoramiento destinados a promover la ratificación y aplicación de los convenios fundamentales;
>
> **b)** asistiendo a los Miembros que todavía no están en condiciones de ratificar todos o algunos de esos convenios en sus esfuerzos por respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios; y
>
> **c)** ayudando a los Miembros en sus esfuerzos por crear un entorno favorable de desarrollo económico y social.

4. Decide que, para hacer plenamente efectiva la presente Declaración, se pondrá en marcha un seguimiento promocional, que sea creíble y eficaz, con arreglo a las modalidades que se establecen en el anexo que se considerará parte integrante de la Declaración.

5. Subraya que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento.

ANEXO

SEGUIMIENTO DE LA DECLARACIÓN

I. OBJETIVO GENERAL

1. El objetivo del seguimiento descrito a continuación es alentar los esfuerzos desplegados por los Miembros de la Organización con vistas a promover los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia, que la Declaración reitera.

2. De conformidad con este objetivo estrictamente promocional, el presente seguimiento deberá contribuir a identificar los ámbitos en que la asistencia de la Organización, por medio de sus actividades de cooperación técnica, pueda resultar útil a sus Miembros con el fin de ayudarlos a hacer efectivos esos principios y derechos fundamentales. No podrá sustituir los mecanismos de control establecidos ni obstaculizar su funcionamiento; por consiguiente, las situaciones particulares propias al ámbito de esos mecanismos no podrán discutirse o volver a discutirse en el marco de dicho seguimiento.

3. Los dos aspectos del presente seguimiento, descritos a continuación, recurrirán a los procedimientos ya existentes; el seguimiento anual relativo a los convenios no ratificados sólo supondrá ciertos ajustes a las actuales modalidades de aplicación del artículo 19, párrafo 5, e) de la Constitución, y el informe global permitirá optimizar los resultados de los procedimientos llevados a cabo en cumplimiento de la Constitución.

II. SEGUIMIENTO ANUAL RELATIVO A LOS CONVENIOS FUNDAMENTALES NO RATIFICADOS

A. Objeto y ámbito de aplicación

1. Su objeto es proporcionar una oportunidad de seguir cada año, mediante un procedimiento simplificado que sustituirá el procedimiento cuatrienal introducido en 1995 por el Consejo de Administración, los

esfuerzos desplegados con arreglo a la Declaración por los Miembros que no han ratificado aún todos los convenios fundamentales.

2. El seguimiento abarcará cada año las cuatro áreas de principios y derechos fundamentales enumerados en la Declaración.

B. Modalidades

1. El seguimiento se basará en memorias solicitadas a los Miembros en virtud del artículo 19, párrafo 5, e) de la Constitución. Los formularios de memoria se establecerán con el fin de obtener de los gobiernos que no hayan ratificado alguno de los convenios fundamentales información acerca de los cambios que hayan ocurrido en su legislación o su práctica, teniendo debidamente en cuenta el artículo 23 de la Constitución y la práctica establecida.

2. Esas memorias, recopiladas por la Oficina, serán examinadas por el Consejo de Administración.

3. Con el fin de preparar una introducción a la compilación de las memorias así establecida, que permita llamar la atención sobre los aspectos que merezcan en su caso una discusión más detallada, la Oficina podrá recurrir a un grupo de expertos nombrados con este fin por el Consejo de Administración.

4. Deberá ajustarse el procedimiento en vigor del Consejo de Administración para que los Miembros que no estén representados en el mismo puedan proporcionar, del modo más adecuado, las aclaraciones que en el curso de sus discusiones pudieren resultar necesarias o útiles para completar la información contenida en sus memorias.

III. INFORME GLOBAL

A. Objeto y ámbito de aplicación

1. El objeto de este informe es facilitar una imagen global y dinámica de cada una de las categorías de principios y derechos fundamentales observada en el período cuatrienal anterior, servir de base a la evaluación

de la eficacia de la asistencia prestada por la Organización y establecer las prioridades para el período siguiente mediante programas de acción en materia de cooperación técnica destinados a movilizar los recursos internos y externos necesarios al respecto.

2. El informe tratará sucesivamente cada año de una de las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales.

B. Modalidades

1. El informe se elaborará bajo la responsabilidad del Director General sobre la base de informaciones oficiales o reunidas y evaluadas con arreglo a procedimientos establecidos. Respecto de los países que no han ratificado los convenios fundamentales, dichas informaciones reposarán, en particular, en el resultado del seguimiento anual antes mencionado. En el caso de los Miembros que han ratificado los convenios correspondientes, estas informaciones reposarán, en particular, en las memorias tal como han sido presentadas y tratadas en virtud del artículo 22 de la Constitución.

2. Este informe será presentado a la Conferencia como un informe del Director

General para ser objeto de una discusión tripartita. La Conferencia podrá tratarlo de un modo distinto al previsto para los informes a los que se refiere el artículo 12 de su Reglamento, y podrá hacerlo en una sesión separada dedicada exclusivamente a dicho informe o de cualquier otro modo apropiado. Posteriormente, corresponderá al Consejo de Administración, en el curso de una de sus reuniones subsiguientes más próximas, sacar las conclusiones de dicho debate en lo relativo a las prioridades y a los programas de acción en materia de cooperación técnica que haya que poner en aplicación durante el período cuatrienal correspondiente.

IV. QUEDA ENTENDIDO QUE:

1. El Consejo de Administración y la Conferencia deberán examinar las enmiendas que resulten necesarias a sus reglamentos respectivos para poner en ejecución las disposiciones anteriores.

2. La Conferencia deberá, llegado el momento, volver a examinar el funcionamiento del presente seguimiento habida cuenta de la experiencia adquirida, con el fin de comprobar si éste se ha ajustado convenientemente al objetivo enunciado en la Parte I.

El texto anterior es el texto de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento debidamente adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en el curso de su octogésima sexta reunión, celebrada en Ginebra y cuya clausura se declaró el 18 de junio de 1998.

EN FE DE LO CUAL lo hemos firmado este décimo noveno día de junio de 1998.

El Presidente de la Conferencia
JEAN-JACQUES OECHSLIN

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo
MICHELE HANSENNE

La Confederación de Trabajadores de Venezuela, el Gobierno y la Organización Internacional del Trabajo

León ARISMENDI*

Cuando un Estado decide ser Miembro de la Organización acepta
los principios fundamentales definidos en la Constitución
y en la Declaración de Filadelfia,
incluidos los relativos a la libertad sindical.
Todo gobierno está obligado a respetar plenamente
los compromisos asumidos con la ratificación de convenios de la OIT.
(Comité de Libertad Sindical: Recopilación de decisiones
1996, párrafos 10 y 11)

SUMARIO:

A manera de Introducción
La libertad sindical y las obligaciones del Estado:

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho,* Profesor de Derecho del Trabajo, **Universidad Católica Andrés Bello**, *Escuela de Relaciones Industriales*, Profesor de Relaciones Obrero-Patronales. **Confederación Venezolana de Trabajadores (CTV),** Asesor. **Sindicato Nacional de Trabajadores de la Prensa**, Asesor. **Instituto Nacional de Estudios Sindicales (INAESIN)**, Directivo.

1. **La alternabilidad de los y las integrantes de las directivas sindicales.**
2. **El derecho de los trabajadores de constituir organizaciones o de afiliarse o no a las existentes.**
3. **Declaración jurada de patrimonio de los dirigentes sindicales.**
4. **El Consejo Nacional Electoral y las elecciones sindicales.**
5. **El caso de la Federación Campesina de Venezuela 6. Otros actos constituyentes: A**. *Suspensión de la negociación colectiva.* **B.** *Las medidas para garantizar la libertad sindical.* **C.** *Destitución de los representantes laborales en entes y empresas públicas.* ***D.*** *Medidas sobre ética sindical.* **E.** *Quejas sindicales, respuestas del gobierno y algunas conclusiones del Comité de Libertad Sindical.*
7. **El referéndum sindical.**
8. **El estatuto especial para la renovación sindical.**

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El inicio de un nuevo gobierno, generalmente, viene rodeado de expectativas, y si éste ha ofertado una ruptura con lo precedente, aquéllas serán mayores.

El arribo al poder del hoy Presidente Hugo Chávez estuvo signado por la impronta de la transformación de toda la institucionalidad creada en el país a partir del Pacto de Punto Fijo. No en vano se enarboló como eje del proyecto de cambio el inicio de otra República (la V), noción muy criticada por los historiadores, pero que en términos prácticos le ha servido a sus promotores para hacer explícito el propósito de poner fin a una época e iniciar otra, que incluye un nuevo nombre de la nación: República Bolivariana de Venezuela.

La Asamblea Nacional Constituyente fue el escenario primigenio para poner en marcha y establecer las bases, jurídicas e institucionales, de la refundación del país. El norte social de las transformaciones anunciadas no era otro que la redención de los más necesitados (los pobres de la ciudad y del campo) luego de largos años de exclusión y privaciones.

El denominado "*proyecto revolucionario*" vendría a llenar el vacío político originado por el desencuentro de la vieja dirigencia partidista con un país que traía a cuestas una larga crisis, en todos los órdenes de la vida social y política, y que estaba urgido de cambios que le permitiesen salir de ella.

No obstante, a la beligerancia del discurso se añadían significativas inconsistencias derivadas, entre otras, de la enorme simplificación que se hizo de la historia del país y de sus instituciones. Las formalidades democráticas y estado de derecho, como suele ocurrir en tales circunstancias, fueron puestas en minusvalía y justificada su transgresión por la incontrastable verdad revolucionaria, dogma absoluto de la justicia del nuevo tiempo.

En el caso del sindicalismo, todo el que hace vida en la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) fue medido con el mismo rasero de las instituciones de la despectivamente llamada IV República. Motivos para que ello fuera así sobran. Razones para proceder de modo distinto también, pero eran demasiadas las lagunas, quizás derivadas de la ausencia de tales movimientos en los cuarteles.[1]

Las denuncias de corrupción sindical y las críticas a la falta de democracia en el funcionamiento de las organizaciones se convirtió en el todo de una acción que, a la postre, se ha revelado escasa de miras y carente de proposiciones alternativas. Pesó más el cuestionamiento de los defectos del sindicalismo (específicamente de la CTV, como actor ligado al partidismo) que una visión más estratégica de su importancia para los cambios sociales. En el trayecto, los principios esenciales de la

[1] El artículo 9, 1) del Convenio núm. 87 dispone que "la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio; en virtud de ese texto, no cabe duda que la Conferencia Internacional del Trabajo tuvo intención de dejar que cada Estado juzgue en qué medida considera oportuno acordar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía los derechos previstos en el Convenio, o sea, implícitamente, que los Estados que hubieren ratificado el Convenio no están obligados a reconocer los derechos mencionados a esas categorías de personas. (Comité de Libertad Sindical Recopilación de Decisiones, párrafo 220, 1996)

Libertad Sindical fueron puestos de lado argumentando que ésta nunca había existido en Venezuela y que las medidas adoptadas eran necesarias para implantar la "*verdadera*".

Desafortunadamente, no hemos podido dar con algún documento donde el hoy Presidente de la República haya expresado sus ideas sobre el papel que se le asigna a los trabajadores y al sindicalismo en el "*proceso*". Cara ausencia en una revolución, pues quienes de ellas se ocuparon, históricamente, le atribuyeron a los trabajadores papel descollante en la construcción de la sociedad nueva.

En una de las escasas referencias al tema, previo a su elección, el mandatario es lapidario en su posición ante la Confederación de Trabajadores de Venezuela, respecto de la cual señala: "*la CTV por ejemplo, que hay que demolerla, (...) Pero ahora, ¿cómo demolerla, cómo desmontarla? Con Constituyente popular, con fuerzas que lleguen de verdad allí para desmontar todo eso"*.[2]

Ese afán por devastar todo lo existente, sin saber cómo ni con qué, en lo que atañe al movimiento laboral, ha sido una de las mayores equivocaciones de la actual administración. No haber sabido valorar el esfuerzo de transformación que se hacía desde dentro de la CTV[3] y haber cuestionado a todo el movimiento, sin distinguir matices y diferencias condujo a que la agresión fuere respondida en bloque; adicionalmente, se pasó por alto que el sindicalismo trasciende las fronteras de cualquier país y desde sus propios orígenes se concibió como una fuerza planetaria.

---

[2] Blanco Muñoz, Agustín: *Habla el Comandante,* citado por Gregorio Salazar en: *Libertades sindicales en Venezuela en los comienzos de la V República,* p. 135.

[3] Y no es que los sindicatos no necesitasen renovarse y adecuar sus agendas a los cambios. No es que no fuere necesario democratizar la vida sindical y castigar la corrupción en su seno. Ese proceso estaba en marcha, pues en el movimiento sindical venezolano, las fuerzas progresistas y de izquierda llevaban años impulsando esas transformaciones y el sacudón recibido por el sistema político las hacía ineludibles. Pero aquí, de nuevo, privó la intolerancia y el infantilismo de izquierda. En lugar de una aproximación a esos factores sindicales, Chávez y el chavismo optaron por el choque frontal contra todo el sindicalismo, cuyas directivas trataron de asaltar desde el Estado, utilizando todos los hilos del poder que habían acumulado. (Arismendi, 2002)

No es obra de una simple ocurrencia que el Manifiesto Comunista tuviese como consigna fundamental aquel "*proletarios del mundo, uníos*" que, desde entonces, se hizo parte de los programas del movimiento obrero organizado.

La libertad sindical es una de esas instituciones nacidas al fragor de la lucha de una fuerza social (la clase obrera o clase trabajadora) que reclama su derecho a participar equitativamente en la distribución de la riqueza que ayuda a generar con su esfuerzo.

Proscrito hasta finales del siglo XIX, el derecho de los trabajadores a realizar actividad sindical pasó por una fase de tolerancia; otra de reconocimiento legal para hoy figurar en las constituciones de infinidad de países y ser reconocida como un derecho humano fundamental.

El Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo es uno de los resultados tangibles de la lucha por equilibrar las relaciones de trabajo en un marco, cada vez más democrático y libertario, por tanto, más allá de los desafueros que puedan imputársele al sindicalismo venezolano y de la necesidad de promover su transformación es indispensable que tales cambios se adelanten sin transgredir los postulados fundamentales de la libertad sindical.

El gobierno nacional creyó que *sus propósitos "revolucionarios"* (la liquidación de lo que el discurso oficial denomina: "*cúpulas podridas del sindicalismo*") bastaban para justificar las transgresiones de reglas universales, de cuyo cumplimiento (o incumplimiento) están pendientes órganos especializados creados para tal fin.[4]

[4] En virtud de su Constitución, la OIT se ha creado en especial para mejorar las condiciones de trabajo y promover la libertad sindical en el interior de los diferentes países. De aquí resulta que las materias tratadas por la Organización a este respecto no correspondan ya al dominio reservado de los Estados y que la acción que la Organización emprende a ese fin no puede ser considerada como una intervención en los asuntos internos, puesto que entra dentro del marco del mandato que la OIT ha recibido de sus miembros con miras a alcanzar los objetivos que le han sido asignados. (Comité de Libertad Sindical, Recopilación de Decisiones de 1996, párrafo 2)

En fin, las prácticas antisindicales se hicieron política de Estado. En el texto de la Constitución y en "Actos Constituyentes", la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) dictó normas reñidas con la libertad sindical. El Ministerio del Trabajo, el Consejo Nacional Electoral (CNE), la Asamblea Nacional, la Contraloría General de la República y el propio Tribunal Supremo de Justicia harían también lo suyo.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, la Comisión de Normas de la Conferencia y el Comité de Libertad Sindical, es decir, los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, desde 1999 hasta la fecha, han añadido comentarios adversos al fiel cumplimiento que el país debe a sus compromisos internacionales.[5]

Las justificaciones políticas que el Ejecutivo ofrece, una y otra vez en el mencionado organismo, no hacen más que reforzar las críticas que aquél le formula y que van desde el propio cuestionamiento de normas constitucionales (artículos 95 y 293, Nº 6) hasta los discursos presidenciales, descalificando a unos dirigentes sindicales y promocionando a los que le son afectos.

En estas notas nos ocuparemos de algunos actos que, desde nuestra perspectiva, constituyen violaciones a la libertad sindical por parte de los órganos del Estado, tomando como referencia básica el texto de los convenios números 87 y 98 de la OIT y la doctrina de dicha organización.[6]

LA LIBERTAD SINDICAL Y LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO

Ha sido una curiosa casualidad que la primera elección del actual Presidente (1998) hubiere coincidido con la conmemoración del cincuenta (

[5] En el informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones correspondiente al año 2001, refiriéndose al Referéndum Sindical, lo califica de "gravísima injerencia en los asuntos internos de las organizaciones sindicales totalmente incompatible con el artículo 3 del Convenio" p. 362

[6] A mediados del año 2002, a solicitud del Secretario General del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Prensa (SNTP), periodista Gregorio Salazar, escribí unos apuntes sobre el tema que le sirvieron de insumo en una presentación que hizo.

aniversario del Convenio número 87 Sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación y que, ese mismo año, la Conferencia de la OIT, hubiere aprobado la "*Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento*", uno de los cuales es, por supuesto, la libertad sindical.

La suscripción de dicha Declaración constituye un impulso más en el esfuerzo por universalizar derechos laborales básicos y lograr que los trabajadores del mundo puedan constituir, libremente, las organizaciones que estimen conveniente para la defensa de sus derechos e intereses. Sobre todo en un escenario signado por el auge del libre mercado, la mundialización del comercio y la consiguiente disminución del poder de los Estados, lo que haría más necesaria la promoción y tutela de las organizaciones que defiendan el interés de quienes viven del valor de su fuerza de trabajo en una relación de dependencia o subordinación.

En el texto de la Declaración se afirma que los países miembros de la OIT, "*tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe"* los derechos mencionados en la declaración.

El balance de los años de vigencia del Convenio Nº 87[7] evidencia que éste es pieza clave en la consolidación de los derechos humanos y en la consolidación de sociedades más justas equilibradas y democráticas. "*El derecho de sindicalización es vital para que los pobres puedan reclamar sus derechos, mejorar su capacidad de ganarse el sustento y asegurarse una parte equitativa de los beneficios económicos".*[8]

Los gobiernos tienen un conjunto de obligaciones derivadas del Convenio Sobre Libertad Sindical y ratificadas con la Declaración, de las cuales destacaremos las siguientes:

---

[7] Véase al respecto la Revista Internacional del Trabajo, Volumen Nº 117, número 2 de 1998 dedicada a los derechos laborales y derechos humanos, editada con ocasión del aniversario del Convenio Nº 87.

[8] Reducir el Déficit de Trabajo Decente, *Un Desafío Global,* Memoria del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

A) Asegurar a trabajadores y empleadores, "sin ninguna distinción y sin autorización previa, el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes";[9]

B) Garantizar a las organizaciones de trabajadores y de empleadores el derecho de:

– Redactar sus estatutos y reglamentos administrativos;

– Elegir libremente sus representantes;

– Organizar su administración y sus actividades;[10]

– Formular su programa de acción.

C) Abstenerse "de toda intervención que tienda a limitar" el ejercicio de esos derechos "o a entorpecer su ejercicio legal"; [11]

D) No dictar actos de disolución o suspensión de las organizaciones;[12]

E) Asegurar que "la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de modo que menoscabe las garantías previstas" en el Convenio;[13]

F) "Adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación";[14]

G) "Respetar, promover y hacer realidad, de buena fe"[15] el principio de libertad sindical.

---

[9] Convenio Nº 87 Sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, artículo 2.
[10] *Ídem*, artículo 3, numeral 1.
[11] *Ídem*, artículo 3, numeral 2.
[12] *Ídem*, artículo 4.
[13] *Ídem*, artículo 8 numeral 2.
[14] *Ídem*, artículo 11.
[15] Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, artículo 2

Los anotados deberes de la nación venezolana fueron ratificados por las normas que sirvieron de bases a la Asamblea Nacional Constituyente e integradas a la normativa constitucional (artículo 23) que las declara de aplicación preferente, si son más favorables, en caso de producirse antinomias con otros preceptos constitucionales (Arismendi, 2001).

Los actos estatales que referiremos en lo sucesivo no parecen adecuados a aquellos principios. Veamos.

1. LA ALTERNABILIDAD DE LOS Y LAS INTEGRANTES DE LAS DIRECTIVAS SINDICALES

> La prohibición de reelección de los dirigentes sindicales no es compatible con el Convenio número 87. Esta prohibición puede tener además graves consecuencias para el normal desarrollo de un movimiento sindical donde éste cuente con un número insuficiente de personas capaces de desempeñar adecuadamente las funciones de dirección sindical.
>
> (Comité de Libertad Sindical. Recopilación de 1985, párrafo 313.)

En su artículo 23, la Constitución (CRVB) le reconoce su mismo rango a las normas de origen internacional sobre derechos humanos ratificadas por la República. Los Convenios númseros 87 y 98 son de esa categoría y por ende, en el capítulo relativo a los derechos laborales, pudo haberse hecho una simple mención confirmatoria. Sin embargo, se optó por reproducir el contenido de aquellos instrumentos con añadidos que no armonizan con sus postulados.

En efecto, el artículo 95 constitucional dispone:

> Para el ejercicio de la democracia sindical, los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales establecerán **la alternabilidad** de los y las integrantes de las directivas y representantes mediante el sufragio universal, directo y secreto. Los y las integrantes de las directivas y representantes sindicales que abusen de los beneficios derivados de la libertad sindical para su lucro o interés personal, serán sancionados o

> sancionadas de conformidad con la ley. **Los y las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales estarán obligados u obligadas a hacer declaración jurada de bienes**. (Resaltado nuestro)

El término alternabilidad, en el derecho político, es un valor democrático ligado a la prohibición de la reelección en cargos de elección popular. Su finalidad es impedir cualquier propósito de perpetuarse en el poder.

En contraste con dicha premisa, en el derecho sindical, la prohibición de la reelección de los directivos, constituye una restricción al derecho de los trabajadores de elegir libremente a sus representantes, que por tanto, no puede ser establecida por ley.

La experiencia internacional en la materia enseña que la participación en actividades sindicales y en particular en la dirección de sindicatos no es asunto que entusiasme a muchos. La no reelección puede conducir al debilitamiento de las organizaciones y a privarlas de los servicios de los dirigentes más experimentados, en materias tan complejas como la negociación colectiva.

En el Proyecto de Ley Orgánica del Trabajo presentado al Congreso Nacional por el ex Presidente Rafael Caldera en 1986 se prohibía la reelección de los dirigentes que hubieren ejercido un segundo período, para el ejercicio inmediato siguiente. La norma hubo de suprimirse, entre otras razones, por la opinión adversa que sobre el punto sostuvo la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT.[16] A juicio de la misma, ese tema es materia que deben decidir libremente las organizaciones en sus estatutos.

[16] "La Comisión recuerda además que en el texto a su disposición del proyecto de ley del trabajo, sección 3ª, artículo 19, se impone a los integrantes de la junta directiva de un sindicato que hayan sido reelectos para un segundo período dejar transcurrir por lo menos un período para proponerse nuevamente como candidatos a la elección. La Comisión estima que tal disposición debería figurar en los estatutos de los sindicatos y que la ley no debería imponer en forma directa limitaciones a la reelección de dirigentes sindicales. En consecuencia, la Comisión solicita al Gobierno se sirva suprimir dicha limitación del texto del proyecto mencionado" (Informe de 1990/ 60ª Reunión).

Pero, tal como se le concibió en el transcrito artículo 95, los estatutos sindicales *deben* consagrar la no reelección de los directivos, motivo por el cual las opiniones de la OIT le han negado conformidad con el Convenio número 87. Así, en sus comentarios de los años 2001, 2002 y 2003, la misma CEACR ha ratificado su posición contra la prohibición de la reelección en un acto normativo estatal y ha solicitado al gobierno la adopción de medidas tendentes a derogar la mencionada norma.[17]

2. EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES DE CONSTITUIR ORGANIZACIONES O DE AFILIARSE O NO A LAS EXISTENTES

> Todos los funcionarios públicos (con la sola posible excepción de las fuerzas armadas y la policía, según el artículo 9 del Convenio núm. 87), y los trabajadores del sector privado, deberían poder constituir las organizaciones que estimen convenientes para la promoción y defensa de los intereses de sus miembros. (Comité de Libertad Sindical, caso núm. 1706 (Perú, párrafo 484).

El mismo artículo 95 en su encabezamiento declara que "*los trabajadores y trabajadoras, sin distinción alguna*" tienen el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes. No obstante y paradójicamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 256 *ejusdem* los jueces y juezas, fiscales y fiscalas, defensores y defensoras "*desde*

[17] Además, en su observación anterior la Comisión se había referido a algunas disposiciones de la Constitución de la República, de diciembre de 1999, que no están en conformidad con las disposiciones del Convenio sobre las que el Gobierno ha enviado sus observaciones. Concretamente: 1. El artículo 95 que dispone que "Los estatutos y los reglamentos de las organizaciones sindicales establecerán la alternabilidad de los y las integrantes de las directivas mediante el sufragio universal, directo y secreto". La Comisión toma nota de que el Gobierno informa que el verdadero espíritu de la norma constitucional radica en la imperiosa necesidad de que se lleven a cabo, en la práctica, los procesos electorales, y en la necesidad de una alternabilidad de las dirigencias sindicales. A este respecto, la Comisión subraya que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio, la decisión de la alternancia de los miembros de las directivas sindicales debe corresponder a las organizaciones de trabajadores y a sus miembros únicamente. En este sentido, la Comisión pide al Gobierno que tome medidas para que se derogue esta disposición y que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada a este respecto. (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe 2001, 72ª reunión) **CEACR 2001/72ª reunión CEACR 201/72ª reunión CEA.**

*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***"[18]… (resaltado nuestro)

La antinomia entre dicha regla, el artículo 95 (CRBV) y el Convenio Núm. 87 es evidente y la misma debe resolverse, por aplicación del principio pro humano, acogido en el artículo 23 constitucional, a favor de la regla que reconoce el derecho a todos los trabajadores. Por lo demás, la constitución de organizaciones sindicales por los mencionados funcionarios, cuya misión es la defensa de sus derechos e intereses como trabajadores, no tiene porqué afectar la imparcialidad y la independencia de sus actuaciones.

3. DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO DE LOS DIRIGENTES SINDICALES

> El control de las autoridades públicas sobre los fondos sindicales debería limitarse normalmente a la presentación periódica de balances financieros. Si las autoridades tienen la facultad discrecional de inspeccionar o pedir información en cualquier momento, existe un peligro de injerencia en la administración de los sindicatos. (Comité de Libertad Sindical, Recopilación de 1985, párrafo 333.)

En la parte final del artículo 95 (CRBV), arriba citado, obliga a los y las dirigentes sindicales a "*hacer declaración jurada de bienes*".

El propósito moralizador de la regla no se discute, pero nada dice ésta respecto del receptor de dicha declaración.

---

[18] Artículo 256. Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones, los magistrados o las magistradas, los jueces o las juezas, los fiscales o las fiscalas del Ministerio Público; y los defensores públicos o las defensoras públicas, 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 o juezas no podrán asociarse entre sí.

La Ley Orgánica del Trabajo (LOT), por su parte, da por hecho que las federaciones y confederaciones tienen órganos contralores encargados de verificar la recta administración de sus fondos y, si fuere solicitado por un grupo no menor del 10% de los afiliados a sus sindicatos de base, revisar la administración de los recursos de estos últimos.[19]

Siendo esta la premisa y conservando la debida coherencia con los principios generales de la libertad sindical, lo pertinente es que la aludida declaración jurada se haga ante el órgano contralor de la respectiva organización que los estatutos deben prever.

Pero no es ese el criterio de la Contraloría General de la República, pues el 10 de abril de 2001 dictó una Resolución[20] (que tiene la peculiaridad de no señalar la normativa que le sirve de base) mediante la cual hace suya la competencia[21] para ser receptor de las declaraciones juradas objeto de estos comentarios y para exigir su presentación.[22]

---

[19] **Artículo 442.** A solicitud de un diez por ciento (10%) o más de los miembros de una organización sindical, el órgano contralor de la federación o de la confederación respectiva examinará las cuentas o una determinada operación, según se solicite, y rendirá el informe correspondiente a los interesados dentro de los treinta (30) días siguientes a la solicitud.
Parágrafo Primero: Las confederaciones velarán para que las contralorías de los organismos sindicales afiliados a ellas inspeccionen los actos de las personas que administren fondos sindicales con miras a garantizar su rectitud o establecer la responsabilidad, según sea el caso.
Parágrafo Segundo: En aquellos casos donde el órgano contralor de la federación o de la confederación respectiva no se pronuncie en el lapso de los sesenta (60) días sobre la averiguación solicitada o, no se estuviere conforme con los resultados, el diez por ciento (10%) por lo menos de los afiliados a la organización sindical, podrá acudir por ante la Contraloría General de la República para solicitar que se investiguen las cuentas de la administración respectiva.

[20] Resolución Nº 01-00-012, publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 37.179 de fecha 17 de abril de 2001.

[21] Artículo 1º. Los y las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales y gremiales están obligados a presentar declaración jurada de bienes dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión de sus cargos y dentro de los treinta días posteriores a la fecha en la cual finalicen sus funciones; por ante la Contraloría General de la República o por ante los funcionarios que el Contralor General de la República autorice al efecto.

[22] Artículo 2º. La Contraloría General de la República o el órgano jurisdiccional competente podrá exigir, en cualquier tiempo, la presentación de la declaración jurada de bienes a las personas indicadas en el artículo 1 de la presente resolución. En este caso, dicha declaración deberá formularla el obligado dentro de los treinta días continuos siguientes a la notificación de la correspondiente resolución.

Todo indica que ese organismo procede inspirado en la misma idea que merodea en otros actos de la administración respecto de los sindicatos: se les concibe como parte del Estado. De lo contrario, la Resolución que nos ocupa sería inimaginable.

La competencia de los órganos estatales es de derecho estricto[23] y por tanto no susceptible de ser "*deducida*" de las convicciones de los funcionarios.[24] En el caso que nos ocupa ni la Constitución ni las leyes confieren a la Contraloría la competencia que asume mediante la citada Resolución, por tanto su nulidad es irremediable.

El mencionado acto fue incluido en una queja de la CTV ante el Comité de Libertad Sindical y éste, en su informe de noviembre de 200, se refirió a dicho particular señalando que el mismo "*tiene carácter discriminatorio en la medida que sólo se aplica a los y las integrantes de*

[23] CRBV: Artículo 137. La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

[24] La Constitución en sus artículos 287 y 289 dispone:

Artículo 287. La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control.

El Contralor o Contralora General de la República será designado o designada para un período de siete años.

Artículo 289. Son atribuciones de la Contraloría General de la República:

Ejercer el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como las operaciones relativas a los mismos, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos en el caso de los estados y municipios, de conformidad con la ley.

Controlar la deuda pública, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos en el caso de los estados y municipios, de conformidad con la ley.

Inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley.

Instar al Fiscal o a la Fiscal de la República a que ejerzan las acciones judiciales a que hubiere lugar con motivo de las infracciones y delitos cometidos contra el patrimonio público y de los cuales tenga conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones.

Ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetos a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes.

Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

las directivas de las organizaciones sindicales y gremiales".[25] Efectivamente, a ninguna otra asociación nacida de la voluntad de sus miembros se le imponen tales obligaciones.

4. EL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL Y LAS ELECCIONES SINDICALES

> El derecho de las organizaciones de trabajadores a elegir libremente a sus dirigentes *constituye una condición indispensable para que puedan actuar efectivamente con toda independencia y promover con eficacia los intereses de sus afiliados*. Para que se reconozca, es menester *que las* autoridades públicas se abstengan de intervenciones que puedan entorpecer el ejercicio de *ese derecho, ya sea en la fijación de las condiciones de elegibilidad de los dirigentes o en el desarrollo de las elecciones mismas*. (Comité de Libertad Sindical, Compilación de 1994).

Mediante Resolución de fecha 28 de marzo de 2000[26] el Consejo Nacional Electoral deja "*sin efecto las elecciones efectuadas en los sindicatos a partir del 30 de diciembre de 1999" y se suspenden los procesos en curso.* Un acto similar contenido, pero de fecha 10 de febrero de 2000, hizo lo propio con los gremios profesionales. Con posterioridad, el 14 de julio del mismo año, el ente comicial prorroga aquella suspensión.[27]

Las referidas actuaciones del Poder Electoral tienen la peculiaridad de haber declarado inexistentes actos jurídicos de naturaleza privada reali-

[25] A este respecto, el Comité observa con cierta preocupación que esta resolución tiene carácter discriminatorio en la medida que sólo se aplica a los y las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales y gremiales. En estas condiciones, el Comité insta firmemente al Gobierno a que derogue la resolución núm. 01-00-012 de la Contraloría General de la República. (Comité de Libertad Sindical, Informe núm. 326, Caso(s) núm(s). 2067)

[26] *Gaceta Electoral* Nº 58, de fecha 28 de marzo de 2000. Resolución Nº 000225-75. La Resolución deja "sin efecto las elecciones efectuadas en los sindicatos a partir del 30 de diciembre de 1999 por haberse realizado en contravención con las disposiciones consagradas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para la convocatoria, organización, supervisión y dirección de los procesos electorales"

[27] *Gaceta Electoral* Nº 68, de fecha 14 de julio de 2000.

zados con antelación a su vigencia, que habrían creado derechos en cabeza de los nuevos titulares (si fuere el caso) de cargos directivos en las organizaciones sindicales. Piénsese en el fuero sindical de los candidatos electos ¿cesó con la vigencia de la Resolución o nunca existió? Si el acto comicial quedó sin efecto por haberse efectuado en transgresión de normas constitucionales lógico es suponer que esa protección especial no adquirió vigor. ¿Y los actos efectuados por los electos (suscripción de acuerdos, emisión de cheques a nombre de la organización, pago de alquiler de locales, etc.)? ¿También quedaron sin efecto?

No se hizo pública ninguna controversia de esa naturaleza pero es evidente que pudo tener lugar. En todo caso, el órgano emisor del acto no parece haber considerado la posibilidad de tales eventualidades, pues nada dispuso al respecto. Su finalidad única y exclusiva, según declararon sus voceros era cumplir la Constitución y garantizar a los trabajadores el derecho a elegir y a ser electos, la democracia y la transparencia en la elección de las autoridades sindicales.

En fin, el Consejo Nacional Electoral produjo actos administrativos con efectos extintivos sobre procesos electorales efectuados por organizaciones creadas por sus miembros en ejercicio de sus derechos subjetivos de libertad y de la potestad de autorregulación que le reconoce la normativa internacional (Convenio 87 de la OIT) a las organizaciones surgidas de un pacto asociativo de trabajadores.

Sobre este tema ya emitimos opinión (Arismendi 2001): Existe una antinomia entre el artículo 293, numeral 6 de la Constitución (que le atribuye competencia al CNE para organizar las elecciones de los sindicatos) y el artículo 3 del Convenio Nº 87 que excluye la intervención del poder público en dichas actividades. Ese conflicto de normas del mismo rango, por mandato del artículo 23 constitucional debe resolverse a favor de la aplicación del precepto internacional, por ser éste más favorable al ejercicio libre de la actividad sindical.

Conforme a dicho criterio, son los cuestionados actos del órgano comicial los que carecen de validez.

A propósito del tema, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones en su informe para la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 2003 concluye:

> La Comisión recuerda una vez más al Gobierno que la reglamentación de los procedimientos y modalidades de la elección de dirigentes sindicales debe corresponder a los estatutos sindicales y no a un órgano ajeno a las organizaciones de trabajadores. En estas condiciones, la Comisión solicita al Gobierno que tome medidas para modificar el artículo 293 de la Constitución de la República y la Ley Orgánica del Poder Electoral en lo que se refiere a su intervención en las elecciones de las organizaciones de trabajadores y que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada a este respecto.

5. EL CASO DE LA FEDERACIÓN CAMPESINA DE VENEZUELA[28]

> Por lo que respecta a la intervención gubernamental de un sindicato, el Comité ha llamado la atención sobre la importancia que atribuye el principio de que los poderes públicos deben abstenerse de toda intervención que pueda limitar el derecho de las organizaciones de trabajadores a elegir libremente sus representantes y organizar su gestión y su actividad. (Comité de Libertad Sindical, Recopilación de 1985, párrafo 471.)

En la *Gaceta Oficial* del día 19 de octubre de 1999, se publicó la Resolución N° 0351 emanada del Ministerio del Trabajo, mediante la cual se designa *"una Comisión Electoral integrada por los organismos públicos más representativos de la vida nacional, a los efectos de dirigir, coordinar y realizar"* las elecciones de la Federación Campesina de Venezuela. El citado organismo electoral quedaba integrado por representantes de la Procuradora Agraria Nacional, Asamblea Nacio-

[28] La Federación Campesina de Venezuela es una organización sindical afiliada a la CTV.

nal Constituyente, Consejo Nacional Electoral, Gremio de Abogados Laborales de Venezuela y Ministerio del Trabajo.

Al mismo grupo se le adjudicó: "*la tutela, guarda y vigilancia sobre todos los bienes de la Federación Campesina de Venezuela hasta la toma de posesión de la nueva junta directiva".* En el mismo acto se ordenó a las instituciones de crédito suspender todas las operaciones y cuentas cuyo titular fuese la FCV y se anularon "todos los actos jurídicos realizados en perjuicio del patrimonio de la Federación Campesina de Venezuela, por cualquier miembro de las juntas directivas que preceden esta decisión".[29]

Con posterioridad, la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) –suponemos que advertida de la comentada resolución ministerial– dictó un Decreto[30] con la misma finalidad. En éste se ordena salvaguardar los bienes de la referida organización encomendándosele al Defensor del Pueblo, al Fiscal General de la República y al Procurador Agrario Nacional "*tomar posesión de los mismos*", hacer "*inventarios, listas de faltantes, guarda, custodia y administración ordinaria, sin gravar ni enajenar*" hasta que se realicen las elecciones de la organización y tomen posesión los nuevos directivos.[31]

A tales fines se convoca al proceso electoral de la FCV, se crea "*la Comisión Electoral Agraria Interinstitucional*" integrada por representantes de la Procuraduría Agraria Nacional, (la preside); el Instituto Agrario Nacional, el Ministerio de la Producción y Comercio, el Consejo Nacional Electoral y; la Asociación de Abogados Laborales.[32]

---

[29] El broche de cierre de este contemporáneo acto imperial es del siguiente tenor: "A los efectos de los recursos jurisdiccionales o contencioso-administrativos que se puedan ejercer contra esta decisión, ante el cuestionamiento que se ha vertido sobre el Poder Judicial, necesariamente es de obligatorio mandato el consenso del soberano pueblo de Venezuela, esta decisión tiene que ser sometida a la consulta de la magna Asamblea Nacional Constituyente".

[30] Decreto Sobre Elecciones en la Federación Campesina de Venezuela entre Sujetos de Reforma Agraria, aprobado el 30 de enero de 2000 y publicado en la *Gaceta Oficial* Nº 36.920 de fecha 28 de marzo de 2000.

[31] *Ídem,* artículo 1.

[32] *Ídem,* artículos 3, 4 y 5.

La Comisión así constituida (y los testigos de los candidatos a la presidencia de la organización) asumiría la realización del "*censo electoral agrario (...) y el proceso electoral*"[33] correspondiente.

No es necesario acudir a dilatados estudios doctrinales para percatarse que, tanto la Resolución del Ministerio del Trabajo como el comentado Decreto de la ANC están reñidos con los principios de Libertad Sindical. En el caso del acto ministerial el abuso de poder es obvio, pues todo lo ordenado, amén de arbitrario, es ajeno a su competencia. Ni las relaciones que dicho Ministerio mantiene con la OIT fueron óbice para que se hiciese abstracción de sus normas.

Los titulares del poder constituyente originario tampoco actuaron, en dicho caso, con apego a las bases comiciales que le ordenaban respetar los pactos internacionales de derechos humanos ratificados por la República y, por ende, no cumplieron con las obligaciones que les señala el Convenio 87 de la OIT, antes citado.

La intervención de los órganos del Poder Público en los asuntos propios de la vida de una organización sindical es incompatible con aquellos postulados y los órganos de control de la OIT han sido reiterativos al señalarlo.[34] En todo caso, cualquier decisión que implique ocupar bienes de organizaciones sindicales debe ser decidida por los órganos judiciales en un proceso contradictorio, con garantía del debido proceso.

6. OTROS ACTOS CONSTITUYENTES

El día de clausura de sus actividades (30 de enero de 2000), la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) aprobó, aparte del comentado, cuatro (4) *Actos Constituyentes* con incidencia directa sobre la actividad sin-

[33] *Ídem,* artículo 4

[34] Por lo que respecta a la intervención gubernamental de un sindicato, el Comité ha llamado la atención sobre la importancia que atribuye el principio de que los poderes públicos deben abstenerse de toda intervención que pueda limitar el derecho de las organizaciones de trabajadores a elegir libremente sus representantes y organizar su gestión y su actividad. (Comité de Libertad Sindical, Recopilación de 1985, párrafo 471.)

dical.[35] El primero, *suspendió por ciento ochenta (180) días la negociación de la Convención Colectiva de Trabajo que ampara a los trabajadores de la industria petrolera;* el segundo establece las "*Medidas para Garantizar la Libertad Sindical";* el *tercero* ordena al Poder Moral iniciar una investigación "*de los delitos y actos contrarios a la moral (...) cometidos por dirigentes sindicales*"; y el cuarto *destituyó a los representantes de los trabajadores en las Juntas Directivas de las empresas públicas, institutos autónomos y Organismos de Desarrollo Económico o Social del Sector Público (Directores Laborales*).

Nos ocuparemos de dichos actos en el mismo orden.

A. *SUSPENSIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.*

Tres son los parcos motivos que anteceden al Decreto:

> *a) "Que es deber del Estado* adecuar el marco de relaciones laborales del país al orden constitucional vigente";
>
> *b) "Que el objetivo del (...) proceso constituyente* es mantener y mejorar progresivamente el nivel de vida de los trabajadores*";*
>
> *c) "*La situación de emergencia que atraviesa el país, declarada por esta Asamblea Nacional Constituyente".

En atención a los mismos, en especial al último, se *suspende, por ciento ochenta (180) días, "el proceso de discusión de la Convención Colectiva de Petróleos de Venezuela S.A."*. Igualmente, se "*faculta al Ejecutivo Nacional para que establezca las condiciones que regirán la contratación colectiva de la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, incluyendo las empresas del estado de acuerdo* con el orden *constitucional vigente*" y, finalmen-

[35] Los decretos en cuestión fueron publicados en la *Gaceta Oficial* del 2 de marzo de 2000, es decir, cuando ya la ANC no existía. Fue parte de la respuesta oficial al paro de los trabajadores petroleros que se encontraba en curso. Uno de estos Decretos declaraba suspendida la negociación de la convención colectiva del sector.

te: "*quedan derogadas todas las disposiciones legales y reglamentarias que colidan con este Decreto".*

La "*Declaración de 1998*[36]*"* incluye como principio fundamental "*el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva"* ya regulado (1949) en el Convenio núm. 98 que dispuso, como obligación de los Estados que lo ratifican, la adopción de "*medidas adecuadas* (...) para *estimular y fomentar (...) el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria,* con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo".[37]

Ese fue el derecho que quedó suspendido con la publicación del Decreto, tanto para los trabajadores petroleros como para los funcionarios públicos quienes quedaban a la espera de que el Ejecutivo Nacional estableciese "*las condiciones que regirán la contratación colectiva de la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, incluyendo las empresas del Estado de acuerdo al orden constitucional vigente*".[38]

El mentado orden constitucional, parafraseando el Decreto, reconoce a todos los trabajadores, hombres y mujeres, el mencionado derecho (artículo 95 CRBV), de modo que la *adecuación* de las relaciones de trabajo a lo preceptuado en dicha norma implica adoptar iniciativas que posibiliten negociar y celebrar convenios colectivos en un ámbito mayor al que, actualmente, se circunscribe.

La abrupta suspensión de este derecho, por un acto del poder público, lesiona la Libertad Sindical de la cual aquél es uno de sus contenidos esenciales.

Añádase que, la pretendida "*situación de emergencia nacional*", que sirvió de sustento a las normas en estudio nunca fue declarada por la

[36] Me refiero a la "*Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo".*
[37] Convenio núm. 98 sobre el Derecho de Sindicación de Negociación Colectiva. Artículo 4
[38] Artículo 3 del Decreto.

Asamblea Nacional Constituyente. De modo que dicho ente hizo descansar el Decreto sobre un supuesto fáctico inexistente.[39]

Su publicación en la *Gaceta Oficial* un día después de iniciarse un "paro" convocado por la Federación de Trabajadores Petroleros Químicos y sus Similares (FEDEPETROL) para obligar a PDVSA a concluir la negociación de la convención sugiere que el instrumento fue "desempolvado" con la finalidad de ilegalizar la referida acción sindical.[40]

Adicionalmente, es menester comentar que el propósito no escrito del Decreto era desconocer la cualidad de las federaciones como interlocutores legítimos de la negociación.

Durante los 180 días de suspensión de la negociación se esperaba la celebración de elecciones que desplazarían a la dirigencia sindical "tradicional", cuya sola existencia creaba desazón en los actores fundamentales del "proceso", dentro y fuera de la ANC.

No es obra de la casualidad que en el mencionado período Petróleos de Venezuela C. A., por conducto de su Presidente se haya dedicado a promocionar arreglos directos con los trabajadores modificando los contenidos de la convención vigente. Bajo el eufemismo de un "buentrato colectivo" o "nuevo enfoque laboral" o "contrato moderno", con fecha 07 de agosto de 2000, se le dirigió, a cada trabajador, una comunicación suscrita por el Presidente de la compañía a la cual iba anexo el proyecto de contrato que se pretendía aprobar "*en el proceso de consulta directo y secreto, previsto para el lunes 14 de agosto*".[41]

---

[39] Con ocasión de la tragedia del litoral central, el 20 diciembre de 1999, la Asamblea declaró un estado de alarma. El Decreto que nos ocupa se aprobó el 30 de enero de 2000 y después de dicha fecha se reanudaron las negociaciones del convenio petrolero, con la intervención del propio Luis Miquilena, para entonces Presidente del denominado Congresillo.

[40] En términos formales no deja de llamar la atención que se haya publicado un conjunto de decretos dos meses después de dejar de existir el órgano que los dictó. ¿Estaba retrasada la publicación en la Imprenta Nacional? ¿Cuándo (y remitida por quién) recibió la Imprenta Nacional los textos?

[41] Texto de la correspondencia suscrita por Héctor Ciavaldini, en su condición de Presidente de PDVSA, versión mimeografiada, impreso en los talleres de Artes Gráficas PDVSA Los Chaguaramos.

Tales actuaciones añadieron contenidos antisindicales a las prácticas del Gobierno Nacional. Promover arreglos directos con los trabajadores en desmedro de los derechos de las organizaciones representativas no es conforme con las previsiones del Convenio núm. 98.[42]

Por otra parte, la facultad conferida al Ejecutivo Nacional para que defina las condiciones "que regirán" en la negociación colectiva del sector público (incluidas las empresas estatales) supone negar que: "*el derecho a negociar libremente los salarios y demás condiciones de empleo con los empleadores y sus organizaciones es un aspecto fundamental de la libertad sindical. Los sindicatos deben tener la posibilidad de ejercer cabalmente este derecho sin la traba de restricciones legales".*[43]

Contra el acto en cuestión, en fecha 16 de marzo de 2000, directivos de la Federación de Trabajadores Petroleros Químicos y sus Similares de Venezuela (FEDEPETROL) y de la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) interpusieron un recurso de nulidad por inconstitucionalidad, conjuntamente con una solicitud de amparo, por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

La justicia rápida y expedita no llegó y un nuevo paro de los trabajadores petroleros hubo de concluir con la firma de la convención. No obstante, cuando nadie la esperaba, en fecha 10 de octubre del 2000, el tribunal admitió el recurso de nulidad de los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto y acordó abreviar los lapsos, pero igualmente sentenció:

> ...como bien lo apuntó esta Sala precedentemente, el plazo de suspensión del proceso de la discusión de la convención colec-

[42] La Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91), da preeminencia, en cuanto a una de las partes de la negociación colectiva, a las organizaciones de trabajadores, refiriéndose a los representantes de los trabajadores no organizados solamente en el caso de ausencia de tales organizaciones. En estas circunstancias, la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores. (Véase Recopilación de 1985, párrafo 608.)

[43] La Libertad Sindical, Manual de Educación Obrera, Oficina Internacional del Trabajo p. 87.

> tiva de la empresa Petróleos de Venezuela S.A., por ciento ochenta (180) días se ha consumado y con ello, además de haber decaído la acción de nulidad en lo que se refiere a la impugnación de los dispositivos normativos contenidos en los artículos 1 y 2 de dicho Decreto, también ha cesado la supuesta violación del derecho constitucional al cual aluden los accionantes, motivo por el cual, esta Sala declara inadmisible el amparo constitucional ejercido de forma conjunta con el recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad por haber cesado la presunta violación denunciada por los accionantes, de acuerdo con lo previsto en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

B. *LAS MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA LIBERTAD SINDICAL*

> La unidad del movimiento sindical no debe ser impuesta mediante intervención del Estado por vía legislativa, pues dicha intervención es contraria a los principios de la libertad sindical.
>
> (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, 1996)

Bajo la anotada denominación y previa una extensa Exposición de Motivos, en la cual se reconocen los principios de libertad sindical, se promulgan normas cuyos objetivos son: procurar la "*unificación sindical*" y la elección, mediante votaciones "*libres, democráticas, universales, directas y secretas"* de los directivos de las organizaciones y a tales fines se constituye una Comisión Nacional Electoral Sindical,[44] se dis-

[44] MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA LIBERTAD SINDICAL. Artículo 1. Se constituye una Comisión Nacional Electoral Sindical integrada por cuatro (4) representantes de cada una de las centrales nacionales de trabajadores: Confederación de Trabajadores de Venezuela, CTV; Confederación General de Trabajadores, CGT; y Confederación Unitaria de Trabajadores de Venezuela, CUTV; cuatro (4) de organizaciones sindicales no confederadas, cuatro (4) de El Nuevo Sindicalismo y cuatro (4) del Frente Constituyente de Trabajadores. Esta Comisión garantizará la realización de elecciones libres, democráticas, universales, directas y secretas para elegir a los directivos de las organizaciones sindicales de trabajadores.

pone que el Consejo Nacional Electoral suministre "asistencia técnica y el apoyo logístico necesario",[45] en tanto que la ANC designaría "*tres miembros de su seno que, conjuntamente con un miembro que designe el Consejo Nacional Electoral, serán garantes de todo el proceso de democratización y reunificación del movimiento sindical"*.[46]

Se advierte una discordancia entre la denominación (*Medidas para Garantizar la Libertad Sindical)* y sus mandatos específicos, dirigidos a la *democratización* y *unificación* del movimiento sindical. Este último no puede ser inducido por normas heterónomas, puesto que el Estado debe garantizar, a los trabajadores, el derecho a constituir las organizaciones que estimen conveniente (pluralismo sindical) y en lo atinente a la democracia las normas estatales no deberían ir más allá de exigir un estatuto que acoja los valores y principios democráticos.[47]

El texto del Decreto, como se recoge en la "*Actas Constituyentes*"[48] fue objeto de discusión con dirigentes de las centrales sindicales y de movimientos que hacen vida en su seno (Nuevo Sindicalismo, Frente Constituyente de Trabajadores). En resguardo de la verdad debe señalarse que la intención de los representantes de la CTV en las reuniones realizadas para discutir el tema era suscribir un acuerdo que permitiese realizar las elecciones sindicales y poner fin a toda la conflictividad que crecía en los centros de trabajo con la "*deslegitimación*" de los diri-

[45] *Ídem,* artículo 2.
[46] *Ídem,* artículo 7.
[47] La mayoría de las legislaciones nacionales reconocen de manera implícita o explícita el principio de la elección de los dirigentes de las organizaciones por sus mandantes. En cuanto a los procedimientos de elección, las legislaciones pueden repartirse en dos categorías.
En la primera de esas categorías se encuentran aquellas legislaciones que no contienen ninguna disposición específica en la materia o que prevén únicamente que los estatutos de las organizaciones sindicales deben indicar la modalidad de designación de sus órganos directivos, así como disposiciones que apuntan a promover los principios democráticos en el seno de los sindicatos o a garantizar el desarrollo normal del procedimiento electoral, respetando los derechos de los miembros, a fin de evitar todo conflicto en lo que atañe al resultado de las elecciones. La Comisión considera que este tipo de disposiciones no pone en tela de juicio la aplicación de los principios de la libertad sindical, siempre y cuando no se presten a que las autoridades ejerzan un control indebido en razón de su carácter demasiado detallado. (Libertad Sindical y Negociación Colectiva, Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, 1994, párrafos 113 y 114, p. 53)
[48] *Gaceta Constituyente* (Diario de Debates) Noviembre 1999-Enero 2000.

gentes derivada de la interpretación que se daba a las normas constitucionales[49] y de la peculiar situación política que el país vivía.

Las inconsistencias jurídicas de las normas en cuestión derivan, precisamente, de haber trocado en Decreto lo que fue concebido como un acuerdo y cuya eficacia requería que se le asumiese como tal.

En efecto, la creación de una Comisión Electoral Sindical Nacional integrada por representantes de las distintas centrales sindicales nacionales (CTV, CODESA, CGT, CUTV) y de movimientos político-sindicales (Nuevo sindicalismo, Frente Constituyente de Trabajadores), en el marco de los principios de libertad e independencia sindical, que el texto exalta en sus motivos, supeditaba su eficacia al consenso que lograran los actores.

En otras palabras, las organizaciones involucradas en las negociaciones que originaron el texto primigenio se dedicarían a propiciar la unidad sindical[50] para lo cual se consideraba indispensable consultar a los trabajadores afiliados a sus organizaciones de base. Los procesos electorales serían posteriores a que se agotasen los esfuerzos unitarios, el Consejo Nacional Electoral garantizaría apoyo técnico y logístico y; junto a representantes de la ANC, sería garante del proceso.

Ahora bien, la creación, mediante un acto legislativo, de una Comisión Electoral con las facultades que se le atribuyen en el Decreto no es compatible con los principios que el mismo texto invoca. En efecto, dicha instancia tendría facultades para organizar las elecciones de todos los sindicatos del país ("fijará la fecha, hará los llamados a los trabajadores, fijará los lugares de votación").[51]

Se enerva así la potestad de autorregulación que tanto el Convenio núm. 87 como el artículo 95, constitucional, atribuyen a cada organización

[49] Quien estas líneas escribe, en su condición de asesor de la CTV, participó en las reuniones donde se acordó el texto de las "Medidas" que, con ligeras modificaciones, adoptó la ANC en el Decreto.
[50] *Ídem*, Artículo 3.
[51] *Ídem*, Artículo 4.

sindical. Éstas, además son autónomas e independientes, de modo que no debe una inmiscuirse en las elecciones de otra,[52] (salvo las obligaciones que dispongan los estatutos de organizaciones que integran una misma estructura, como Federaciones o Confederaciones).

Cuando el Convenio núm. 87 dispone que los trabajadores tienen el derecho a constituir las organizaciones que estimen conveniente, lo hace para preservar el derecho a la diversidad. La premisa de la existencia de varias centrales sindicales son las diferencias que las separan, ideológicas o políticas o de otra índole. La Central Unitaria de Trabajadores de Venezuela (CUTV) nació de una escisión de la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) originada con la ruptura de dirigentes sindicales afectos al Partido Comunista de Venezuela (PCV) y al Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) con dirigentes sindicales de Acción Democrática. Se presume que ambas organizaciones laborales tienen enfoques y programas distintos ¿Cómo justificar la presencia de una en la organización de las elecciones de otra?

Comentario similar merece la presencia en la Comisión Electoral de "El Nuevo Sindicalismo" y el "Frente Constituyente de Trabajadores", que son movimientos político sindicales, pero se les trata como si fuesen confederaciones. De ese modo, se confiere a dichas agrupaciones facultades para intervenir en elecciones de organizaciones en las cuales, eventualmente, podrían no tener afiliados. Al mismo tiempo se incurre en una discriminación respecto de otras tendencias políticas que hacen vida en el sindicalismo.

En síntesis, salvo los principios recogidos en la Exposición de Motivos, el Decreto no establece ninguna medida para garantizar la libertad sindical, por el contrario: la lesiona. La obsesión por la democratización de la vida sindical parece haber llevado a no guardar la debida ponderación

[52] Alfonzo-Guzmán, Rafael: *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo,* p. 15: "Desde el punto de vista de la asociación como célula social la libertad sindical implica, en la legislación venezolana: (…)
g) la pluralidad sindical y la independencia de cada una de las organizaciones frente a las restantes y al Estado.

respecto de la utilización del poder del Estado en dichos fines. Los mandatos electorales y unificadores del Decreto son de difícil ejecución[53] e incongruentes con los principios de libertad sindical, por ende, tampoco son conformes con los límites fijados, en las bases comiciales, a las actuaciones de la ANC.

Mención aparte nos merece el modo como se concibió en el texto comentado la intervención del CNE en las elecciones sindicales. En la Exposición de Motivos, se invoca entre otros:

> a) la condición de Venezuela como miembro fundador de la OIT, su aceptación de "los principios y derechos enunciados en su Constitución" y el compromiso de "esforzarse por lograr los objetivos generales de dicha organización";
>
> b) la libertad sindical como parte de los "derechos fundamentales" y la garantía del cumplimiento de sus contenidos esenciales, incluido el derecho de los trabajadores "de elegir libremente a sus representantes, sin injerencia de las autoridades públicas";
>
> c) corresponde a los propios trabajadores "erradicar los vicios y propiciar un cambio radical de actitudes, conductas y comportamientos capaz de generar una nueva cultura en la acción sindical".

Desde esa perspectiva resulta consistente con dichos motivos que el Decreto hubiese atribuido al CNE la misión de suministrar "*la asistencia técnica y el apoyo logístico necesario para garantizar (...) transparencia, confiabilidad y eficacia de los procesos electorales" sindicales*.

[53] En su informe al Comité de Libertad Sindical de la OIT, en respuesta a la Queja interpuesta por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), a la cual adhirió la CTV, el Gobierno Nacional dice: … "el decreto Medidas para garantizar la libertad sindical, aprobado el 28 de enero por la ANC, publicado luego en la *Gaceta Oficial* núm. 36904, de fecha 2 de marzo de 2000, nunca ha sido ni será aplicado, ya que los desacuerdos y conducta de las organizaciones y movimientos sindicales involucrados así lo han querido.

En ese punto concreto existe una interpretación auténtica del texto constitucional que conduce limitar las facultades del ente electoral en las elecciones sindicales en un intento por compatibilizarlas con el Convenio núm. 87. Volveremos sobre el punto cuando nos refiramos al referéndum sindical.

C. *DESTITUCIÓN DE LOS REPRESENTANTES LABORALES EN ENTES Y EMPRESAS PÚBLICAS.*

> La ausencia de las garantías de un procedimiento judicial regular puede entrañar abusos y tener como resultado que los dirigentes sindicales sean víctimas de decisiones infundadas. Además puede crear un clima de inseguridad y de temor susceptible de influir en el ejercicio de los derechos sindicales.
>
> (Comité de Libertad Sindical, Recopilación de 1985, párrafo 111.)

El tercer Acto Constituyente parte de indicar en su motivación "*Que la representación de los directores laborales en las empresas del Estado ha dejado de cumplir con los principios y objetivos establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo y se ha convertido en un factor de perversión y de corrupción de la actividad labora*l". A renglón seguido "*acuerda"* "cesar en sus funciones a los dos directores laborales, principales y suplentes, señalados en el artículo 610 de la Ley Orgánica del Trabajo".

En el mismo artículo (el 1) reforma la Ley Orgánica del Trabajo y dispone que ambos directores sean trabajadores de la empresa y electos por *mayoría calificada* de sus compañeros de trabajo.

En el artículo 2 se ordena elegir a dichos representantes "*en un término de 60 días (...) sin la injerencia de organización alguna*" y bajo las "*directrices del Consejo Nacional Electoral*".

La destitución arbitraria de los representantes de los trabajadores en las directivas de los entes referidos en la norma, bajo la premisa de haberse corrompido supone una condena sin procedimiento previo e incluye a todos los que se encontraban en ejercicio de dichos cargos

independientemente del modo como hubieren sido designados: Por decisión de la organización más representativa o por la voluntad de los trabajadores en una elección. Esa disposición viola normas expresas de la Constitución Nacional (derecho a la defensa y debido proceso) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Resolución de la OIT de 1970 sobre los Derechos Sindicales y su Relación con las Libertades Civiles.[54]

La reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, hecha por el Decreto, desdibuja el sentido que el legislador le atribuyó a la representación de los trabajadores en las juntas directivas de institutos y empresas públicas. La existencia de un director laboral electo y uno designado por la organización más representativa, atendía al criterio según el cual el seleccionado por esta última debía expresar el interés de todos los trabajadores del país, en tanto que el primero era una voz de los que allí prestan servicios.

Por último, el texto del Decreto añade una discriminación antisindical cuando señala que las elecciones de dichos representantes deben hacerse "*sin injerencia de organización alguna*", esto es, sin participación de las organizaciones sindicales. Ello constituye una clara transgresión del principio que consagra el derecho de las organizaciones a definir y llevar a cabo su programa de acción con absoluta libertad. Tener representantes en las directivas de las empresas es una aspiración legítima de las organizaciones sindicales, perfectamente coherente con la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores de modo que cercenar tal posibilidad constituye una importante restricción a la actividad sindical.

D. *MEDIDAS SOBRE ÉTICA SINDICAL*

Con dicha denominación se aprobó un Decreto que "*ordena a los órganos del Poder Ciudadano (...) la investigación de los delitos y actos*

[54] En dicha Resolución se "Reconoce que los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en particular, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles".

contrarios a la moral y en detrimento de los intereses económicos de los trabajadores cometidos por dirigentes sindicales" (artículo 1).

Igualmente se les autoriza "*para averiguar el origen de estas fortunas no justificadas y determinar las medidas cautelares que sean necesarias".* (Artículo 2)

La aprobación de esta pieza fue hecha en medio de entusiastas aplausos. De ello deja constancia el *Diario de Debates.* Hasta la fecha no ha sido publicada. Las críticas que hicimos del anterior le son aplicables.

E. *QUEJAS SINDICALES, RESPUESTAS DEL GOBIERNO Y ALGUNAS CONCLUSIONES DEL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL*

En fechas 3 de febrero, 29 de agosto y 7 y 13 de diciembre de 2000, la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) interpuso Quejas contra el Gobierno de Venezuela por violación de los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT. En particular se denuncia la publicación de los Decretos aquí referidos y que son calificados por dicha organización como "*legislación antisindical".* La Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) hizo lo mismo mediante escritos de fechas 3 de febrero, 29 de agosto, 7 y 13 de diciembre de 2000.

El Gobierno Nacional, por su parte, responde a las reclamaciones insistiendo en las razones que –a su juicio– justifican los actos cuestionados.

En el expediente respectivo se lee lo siguiente: "El Gobierno señala que en Venezuela no ha existido una verdadera libertad sindical, porque durante la IV República, el movimiento sindical estuvo (y aún continúa) monopolizado por una dirigencia proveniente de los cuadros de los partidos que dominaban en forma autoritaria, excluyente y hegemónica la escena política, que imponían las reglas del juego para que los sindicatos fuesen instrumentos de las cúpulas partidistas. Esa dirigencia sindical manejó a su antojo a la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), se desvió de la verdadera esencia de la actividad sindical, se colocó de espaldas a los intereses de la clase trabajadora y se enriqueció ilícitamente a costa de la misma, sin que organismos e instituciones

internacionales se interesaran en condenar tales perversiones, guardando –por el contrario– un silencio cómplice".

En sus conclusiones sobre el caso, "El Comité toma nota de las críticas del Gobierno en su comunicación de 8 de febrero de 2001 al movimiento sindical y a los dirigentes que lo han liderado en los últimos treinta años, donde pone de relieve corruptelas de carácter grave", pero a renglón seguido "subraya que el objetivo de reforma del movimiento sindical –en el que, según la documentación transmitida por el Gobierno coinciden las centrales sindicales– no puede realizarse a través de medios incompatibles con los Convenios núms. 87 y 98.

En este sentido, el Comité desea señalar frente a las críticas del Gobierno al movimiento sindical, que cuando los afiliados a una organización sindical estiman que ésta se sitúa de espaldas a sus intereses, disponen en todas las sociedades libres y democráticas de diferentes medios para expresar su rechazo: la desafiliación, la elección de una nueva dirigencia, la modificación de los estatutos sindicales, o la autodisolución de la organización. El Comité recuerda que según los artículos 2 y 3 del Convenio núm. 87 corresponde a los trabajadores el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes y a éstas (a través de sus afiliados) el de elegir libremente sus representantes y el de organizar su administración y sus actividades, debiendo las autoridades públicas abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho.

7. EL REFERÉNDUM SINDICAL

> Toda destitución o suspensión de dirigentes sindicales que no sea consecuencia de una decisión interna del sindicato, de una votación de los afiliados o de un procedimiento judicial regular constituye una grave injerencia en el ejercicio de sus funciones como dirigentes sindicales, para las cuales han sido libremente elegidos por los miembros de sus sindicatos.[55]

[55] Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Conferencia Internacional del Trabajo 81ª Reunión 1994. Párrafo 122, p. 57.

Mediante Resolución Nº 001115-1979 emanada del CNE, publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 37.081, de fecha 20-11-2000, se convocó a todos los ciudadanos venezolanos inscritos en el Registro Electoral Permanente a participar en un referéndum donde debía contestarse afirmativa o negativamente la siguiente pregunta:

"*¿Está usted de acuerdo con la renovación de la dirigencia sindical, en los próximos 180 días, bajo Estatuto Especial elaborado por el Poder Electoral, conforme a los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta, consagrados en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que se suspenda durante ese lapso de sus funciones los directivos de las Centrales, Federaciones y Confederaciones Sindicales establecidas en el país?".*

El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha repetido en innumerables ocasiones que las autoridades públicas deben abstenerse de todo acto que menoscabe el ejercicio de los citados derechos y que "*la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas en el (...) Convenio*".[56]

Sobre la base de dichas premisas, varios dirigentes de federaciones adscritas a la CTV[57] interpusieron una acción de amparo constitucional (contra el acto mediante el cual se hizo la convocatoria a referéndum) por ante el Tribunal Supremo de Justicia, en sala Constitucional.

Los argumentos del recurso estuvieron centrados en la violación de los contenidos básicos de la libertad sindical, específicamente del derecho de las organizaciones *a redactar sus estatutos y reglamentos administra-*

[56] Artículo 8 del Convenio núm. 87.

[57] Los solicitantes del amparo fueron los ciudadanos: CARLOS ORTEGA CARVAJAL, PABLO EMILIO CASTRO, JAIME MANZO, MANUEL COVA y JESÚS RAMÍREZ, Presidente de la Federación de Trabajadores Petroleros Químicos y sus similares de Venezuela (FEDEPETROL), Presidente de la Federación Nacional de la Industria de la Bebida (FENTRIBEV), Presidente de la Federación Venezolana de Maestros (FVM), Presidente de la Federación de Trabajadores de la Construcción (FETRACONSTRUCCIÓN) y Presidente de la Federación de Trabajadores de la Enseñanza (FETRAENSEÑANZA), respectivamente; asistidos por los abogados León Arismendi y Humberto Villasmil, y los ciudadanos María Elena Rodríguez y Marino Alvarado, abogados, apoderados judiciales del Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA).

tivos; elegir libremente a sus representantes y a no ser suspendidos, salvo por decisiones adoptadas por los tribunales competentes.

La sentencia de la Sala Constitucional se produjo el 28 de noviembre de 2000 y declaró sin lugar la acción interpuesta. Sobre sus fundamentos, adelantamos los siguientes comentarios:

> 1. Estima el Tribunal que para garantizar el derecho de los trabajadores a elegir de manera universal, directa y secreta a sus dirigentes el poder estatal puede inmiscuirse, directamente, en la vida de las organizaciones;
>
> 2. Que la actividad normativa estatal, en función de aquel derecho, puede sustituir la potestad de autorregulación de las organizaciones sindicales;
>
> 3. Que la prohibición de intervención o suspensión de las organizaciones por vía administrativa, prevista en el Convenio núm. 87 y en el artículo 95 de la Constitución, no alcanza sino a *los actos administrativos*, propiamente dichos;
>
> 4. Que el mencionado Convenio 87 no ha sido violado por la convocatoria a referéndum, en tanto que el mismo es conforme con la Constitución y las organizaciones sindicales están obligadas a respetar la legalidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8.1 del Convenio núm. 87.
>
> 5. Que siendo el Derecho del Trabajo, *Derecho Social*, la toma de decisiones sobre los asuntos que aquél regula, como la democracia interna de las organizaciones sindicales, no tiene porqué circunscribirse a sus actores directos (trabajadores y empleadores y sus organizaciones) y por tanto todos los venezolanos tienen derecho a expresar su opinión sobre el punto, incluso a decidir sobre la permanencia en sus cargos de las personas que los dirigen.

A pesar de su extensión nos parece útil reproducir párrafos de la parte esencial de la sentencia. Dice el Tribunal:

> Siendo el hecho social trabajo la base de la vida económica de la nación, y del cual dependen el desarrollo integral, el bienestar y la dignidad misma de la persona, así como la estabilidad del núcleo familiar y el progreso de la nación; siendo, además, las bases democráticas de su organización y ejercicio, el fundamento del Estado Social de Derecho y de Justicia, lo atinente a esta materia no puede estar reservado exclusivamente a los trabajadores, y **"todos los venezolanos tienen derecho a expresar su opinión sobre un punto fundamental para la vida del país. (…)**
>
> Los sindicatos no son asociaciones de carácter privado sino personas jurídicas de derecho social, que persiguen fines de alto interés público, lo que explica la regulación de su organización y funcionamiento prevista en el Capítulo II, de la Ley Orgánica del Trabajo, y lo que da a dicha regulación carácter protector y, por tanto, imperativo". (Resaltados nuestros*)*

En el Acta contentiva del recurso habíamos señalado que "*la asociación sindical es un ente de derecho privado, como privados son los intereses que tutela y representa, y por tanto el destino de sus directivos no puede estar reservado sino a la voluntad y decisión de los propios agremiados y no de terceros extraños a cada una de las organizaciones involucradas".*

La sala tomó como argumento *el derecho social*[58] para justificar la incursión de los órganos estatales en la esfera de las potestades de organizaciones nacidas de la autonomía de la voluntad.

[58] La doctrina laboral patria no tiene una opinión uniforme sobre el tema. El profesor Rafael Alfonzo Guzmán sostiene que "El Derecho del Trabajo está (...) constituido por reglas convergentes de Derecho Privado y de Derecho Público, si bien la mayoría de las pertenecientes al Derecho Privado pueden considerarse como reglas de orden público, por expresar el interés general de la comunidad. Desechamos por tanto, la fácil postura de idear un tercer género de normas jurídicas (*tertiúm genus*) para ofrecer solución al problema de un Derecho en que concurren normas públicas y privadas. El tercer género supondría una regla única que presentará, simultáneamente, características de las dos ramas del Derecho, antes mencionadas. Normas de esa índole no se dan en nuestra disciplina"
Alfonzo-Guzmán, Rafael: *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo,* p. 15

Nada tenemos que añadir a nuestra opinión de entonces. En todo caso, lo evidente es que, tal como se le regula en el Convenio núm. 87, la creación de sindicatos es un acto de libertad frente al Estado[59] y por ende no sujeto a autorización previa. Los contenidos esenciales de la libertad sindical, en sus expresiones individual y colectiva, deben garantizarse sin injerencia de las autoridades públicas.[60] Asumir que los sindicatos son de derecho social, como lo hace el fallo, no autoriza la violación de normas expresas del Convenio núm. 87.[61]

Volvamos sobre la sentencia:

> La suspensión temporal (180 días) de los directivos de las Centrales, Federaciones y Confederaciones Sindicales establecidas en el país, no afecta la libertad sindical prevista en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues tal suspensión respeta los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta consagrados en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,

[59] A propósito del tema, en la Constitución italiana, dice Gino Giugni: "El derecho de organizarse libremente, sancionado por el texto constitucional, se manifiesta en primer lugar (por lo menos desde el punto de vista de su encuadramiento histórico) en el sentido de inhibir al Estado en la realización de actos que puedan lesionar al interés tutelado por medio del reconocimiento del derecho subjetivo público de libertad. La inclusión de tales derechos en la Constitución tiene la intención, en realidad, de corresponder a la función de garantía frente al Estado. No es admisible por tanto, una legislación ordinaria por medio de la cual el Estado determine, con criterio de exclusividad, los fines o las normas organizativas de la realidad sindical: dicha legislación sería sin duda inconstitucional en cuanto lesiva al principio de libertad sindical" (GIUGNI, Gino: *Derecho Sindical*, p. 66)

[60] El artículo 3 del Convenio 87 dice:
Artículo 3
1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.
2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal. (SN)

[61] "Negar el carácter privado de los sindicatos para aplicarle otra categoría como la de personas jurídicas de derecho social es insuficiente para justificar la regulación mediante referendo (…) y permitir la intervención del Estado en la materia sindical hasta el punto de sustituirse a los trabajadores sindicalizados e imponer lo que se crea es la democracia dentro de los sindicatos".
SOSA GÓMEZ, Cecilia: en Jurisprudencia Clave del Tribunal Supremo de Justicia, Govea & Bernardoni, p. 192

> aparte que el Poder Electoral es competente, según el artículo 293 *eiusdem*, para organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. El Referendo no viola el artículo 95 citado, pues la prohibición contenida en éste se refiere a la intervención, suspensión o disolución administrativa de las organizaciones sindicales, lo cual no es materia del referendo. Por el contrario, éste prevé, en un lapso perentorio, la renovación de la dirigencia sindical bajo el Estatuto Especial elaborado por el Poder Electoral, según lo pautado en el artículo 293,6. de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
>
> La suspensión propuesta por el Referendo no implica ninguna intervención administrativa, ni tampoco la suspensión de las organizaciones sindicales, las cuales deben continuar su ejercicio durante la suspensión temporal de los directivos, su regulación interna, de conformidad con lo dispuesto en la Sección Tercera, Capítulo II de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo y el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Tal conformidad hace improcedente el alegato de la violación del artículo 49, pues la suspensión, en la hipótesis de que el referendo sea aprobado, sería un mandato constitucional del soberano.

Dicho en otras palabras, si la suspensión de los directivos sindicales en el ejercicio de sus funciones tiene como causa la realización de elecciones (*respeta los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta)* la libertad sindical se mantiene incólume.

El punto es que el propio artículo 95 constitucional reconoce a las organizaciones de trabajadores competencia para regular mediante normas autónomas (los estatutos y reglamentos administrativos) todo lo relativo a la democracia sindical, tema en el cual es coherente con el Convenio núm. 87. El contenido del referéndum les despoja de dicha potestad y se la encomienda al Consejo Nacional Electoral, pero al tribunal le parece que dicha intervención se ajusta a las previsiones constitucionales.

Igualmente, en criterio de la Sala, no habría violación del precepto (artículo 95) porque la suspensión de los dirigentes no implica una intervención administrativa,[62] "*ni tampoco una suspensión de las organizaciones*".

El contraste de los argumentos del fallo con las opiniones del Comité de Libertad Sindical de la OIT es patético. En las conclusiones sobre la Queja que cursa en aquella instancia, entre otras razones, por la realización del referendo, el Comité apuntó:

> ...cuando los afiliados a una organización sindical estiman que ésta se sitúa de espaldas a sus intereses, disponen en todas las sociedades libres y democráticas de diferentes medios para expresar su rechazo: la desafiliación, la elección de una nueva dirigencia, la modificación de los estatutos sindicales, o la autodisolución de la organización. El Comité recuerda que según los artículos 2 y 3 del Convenio núm. 87 corresponde a los trabajadores el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes y a éstas (a través de sus afiliados) el de elegir libremente sus representantes y el de organizar su administración y sus actividades, debiendo las autoridades públicas abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho. A este respecto, observando el contenido del referéndum del 3 de diciembre de 2000, el Comité no puede aceptar que las autoridades impulsen acciones tendientes a la renovación de la dirigencia sindical porque según se desprende del Convenio núm. 87 no les corresponde hacerlo, máxime cuando el referéndum impuesto por las autoridades y dirigido a todos los electores (no sólo a los afiliados sindicales) contempla la suspensión indiscriminada de los directivos de todas las centrales, federaciones y confederaciones y el principio de alternabilidad, es decir, la imposibilidad de que esos

[62] El profesor César Bustamante Pulido comenta que la sentencia no deja claro "si en criterio de la Sala Constitucional los acuerdos de la Asamblea Nacional que convocaron al referéndum y la resolución del Consejo Nacional Electoral para instrumentarlo, no son actos administrativos, sino actos legislativos en ejecución de un mandato constitucional". *Jurisprudencia Clave del Tribunal Supremo de Justicia*. Tomo II, p. 150.

> dirigentes lo sigan siendo en el futuro. (Comité de Libertad Sindical, Informe núm. 324, Caso(s) núm.(s). 2067)

Prosigue la sentencia*:*

Valor de los Convenios según el Sistema Constitucional y Legal Vigente

> Los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo no resultan violados por el Referendo, y la libertad sindical y la sindicalización, previstas en dichos Convenios, han sido respetados por la consulta, en la misma medida en que han sido desarrollados por la legislación nacional, conforme lo dispone el artículo 8 *ejusdem.* El ejercicio de la competencia del Consejo Nacional Electoral, en cuanto a la potestad de convocar el Referendo se ha hecho de conformidad con el artículo 293, numeral 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de acuerdo con lo previsto en la disposición Transitoria Octava *ejusdem,* a instancias de la Asamblea Nacional, según lo previsto en el artículo 71 *ejusdem,* el artículo 182 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y el artículo 10 del Reglamento de Referendos dictado por el Consejo Nacional Electoral el 24 de marzo de 1999, lo cual es congruente con el artículo 8 del Convenio 87 citado; y todo a fin de que se cumplan y salvaguarden la libertad sindical, de participación democrática de los trabajadores y la alternabilidad directiva de las organizaciones sindicales, conforme al artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La Sala Constitucional no considera contrario a la libertad sindical el Referendo destinado al cumplimiento de los derechos consagrados en dicho artículo, máxime cuando el Referendo apunta a la renovación de la dirigencia sindical según los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta, consagrados en el artículo 95 citado. El Referendo, según la pregunta que lo conforma, no implica, pues, suspensión o intervención administrativas, sino protección del Estado para hacer efectiva la democracia sindical, por lo que la inconstitucionalidad alegada está excluida en la

> medida en que la consulta al pueblo versa sobre la instrumentación del propio texto fundamental, exigido por su artículo 95.

Asume el Tribunal, a pie juntillas, la posición defendida por los representantes de los empleadores en los debates sobre el Convenio núm. 87, en la Conferencia de 1948.[63] Los representantes de los trabajadores rechazaron con vehemencia la tentativa de dejar en manos de los Estados Nacionales la regulación de un derecho universal de la clase trabajadora.[64]

El modo como se resolvió la controversia se encuentra en el aparte 2 del mismo artículo 8, de cuyo contenido la sentencia hace abstracción. El texto completo de la norma es el siguiente:

> Artículo 8
>
> 1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.
>
> 2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio. (Resaltado nuestro)

[63] A propósito del tema, en los predios sindicales y parlamentarios ligados al partido de gobierno, la tesis de la soberanía nacional cobró extraña beligerancia.

[64] "El texto original de la Constitución (se refiere a la OIT) hacía referencia al derecho de asociación *para todos los fines que no sean contrarios a las leyes,* por lo que las primeras propuestas formuladas en 1927 para la elaboración de un convenio sobre este tema incluían una mención a las formalidades legales necesarias para el ejercicio de ese derecho. La reacción negativa de los trabajadores, que temían las restricciones que pudieran derivarse de dicha fórmula a nivel nacional, fue uno de los motivos de que los debates celebrados en aquella ocasión fueran tan acalorados.
En 1948, cuando la Conferencia adoptó el Convenio núm. 87, volvió a examinar el problema sobre la base de una fórmula contenida en el preámbulo del proyecto de convenio preparado por la Oficina, según la cual, al ejercer sus derechos los trabajadores, los empleadores y sus respectivas organizaciones, al igual que cualquier otra persona o entidad, estaban obligados a respetar la legislación. Los trabajadores, con el apoyo de varios miembros gubernamentales, se negaron a aceptar una fórmula que sometía a la legislación nacional el derecho internacional a la libertad sindical. El resultado de los debates fue el texto actual del artículo 8".
SWEPSTON, Lee: *Desarrollo de las Normas Sobre Derechos Humanos y Libertad Sindical Mediante el Control de la OIT.* En, revista Internacional del Trabajo, Volumen 117, Num. 2, 1998, pp. 213-214.

En ese contexto, los contenidos del Convenio constituyen garantías mínimas que la legislación nacional (incluida la Constitución) debe respetar. [65]

Por último, la sentencia circunscribe la prohibición de suspensión o intervención a los actos administrativos, punto respecto del cual la interpretación de los órganos competentes de la OIT es más amplia y abarca cualquier acto estatal (leyes, decretos, etc.) lo cual es congruente con la interpretación de una garantía.

En el tema que nos ocupa se traslada la responsabilidad de la decisión al pueblo soberano, titular del poder constituyente originario, como si la acción interpuesta fuese contra un destinatario tan irrefutable. El recurso obraba contra un acto concreto del poder constituido: El Consejo Nacional Electoral, órgano que actuaba a solicitud de otra institución estatal: La Asamblea Nacional.[66] Lo que se impugnaba no era el referéndum sino la Resolución mediante la cual se convocó.[67]

Pero, leamos lo que dice la sentencia:

> **Referendo Consultivo y Mandato Constitucional emanado de la Consulta**
>
> ...el Referendo impugnado es un procedimiento democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes y evitar que "sus representantes acaparen todo el poder políti-

[65] En el caso de nuestro país, el artículo 23 (CRBV) ordena aplicar con preferencia, aun respecto de sus normas, las contenidas en Pactos, Tratados y Convenciones relativas a derechos humanos.
[66] La sabiduría popular ha acuñado el adagio: *la culpa no es del ciego sino de quien le da el garrote*. La sentencia del tribunal concluye invirtiéndolo: sobre el ciego recae la responsabilidad.
[67] Al punto se refiere la Dra. Cecilia Sosa en: Jurisprudencia Clave del Tribunal Supremo de Justicia, Govea & Bernardoni, antes citado.

> co" (Duverger, Instituciones Políticas y Derechos Constitucionales, Barcelona, Ariel, 1980, Trad. de E. Aja y otros, p. 82), de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación; todo lo cual supone el ejercicio directo de dicha voluntad popular, por lo que su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que por su origen, integraría el sistema constitucional y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa, que es lo que prohíbe el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aparte de que el referendo ha sido convocado por el Consejo Nacional Electoral a instancia de la Asamblea Nacional.

Por último, la sentencia declara que las normas del Decreto de la ANC contentivo de las Medidas Para Garantizar la Libertad Sindical están vigentes y son parte de la normativa constitucional.[68] No obstante, estima que esas reglas tampoco son transgredidas por la convocatoria a referéndum sino que se complementan.

Bastaría con reproducir la Exposición de Motivos del Decreto para verificar las evidentes colisiones, pero además, el derecho a intervenir en los referendos sindicales lo circunscribe aquel texto a "*los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales y los (...) que se afilien a ellas en un lapso prudencial"* (artículo 5). En el mismo sentido, el papel que se le asigna al CNE en el Decreto (prestar apoyo técnico y logístico) y el que se le adjudica en el referéndum (dictar un Estatuto Especial) dista de ser congruentes. Adviértase que en los motivos del Decreto se enfatizan las garantías previstas en el Convenio núm. 87 y dentro de éstas el derecho de los trabajadores de "*elegir libremente sus representantes, sin injerencia de las autoridades públicas*".

[68] Sobre el punto opinan tanto el Dr. César Bustamante como la Dra. Cecilia Sosa en sus comentarios sobre la sentencia en Jurisprudencia Clave, antes citada.

8. EL ESTATUTO ESPECIAL PARA LA RENOVACIÓN SINDICAL

Con fundamento en la comentada doctrina, quedó ratificada la convocatoria al referéndum sindical que se realizó el 3 de diciembre de 2000. En ejecución del mismo, el CNE dictó el Estatuto Especial para la Renovación Sindical que fue publicado en la *Gaceta Oficial* de fecha 20 de abril de 2001. La normativa en cuestión es abiertamente violatoria del Convenio núm. 87 que garantiza a las organizaciones el derecho a redactar sus estatutos y elegir libremente a sus representantes.

El estatuto regula minuciosamente los procesos electorales sindicales interfiriendo el libre funcionamiento de las organizaciones. Reglamenta la constitución de Comisiones Electorales, Mesas de votación, Postulaciones de candidatos, el Acto de Votación, la Totalización, Adjudicación, Proclamación y Reconocimiento del Proceso Electoral, los Recursos y la revisión de los Actos Electorales, el Registro Electoral y su Administración. Determina quiénes tienen derecho a votar y quiénes no, y coloca fuera de sus reglas propias (los estatutos y reglamentos internos) a los actos electorales sindicales. Éstos son asimilados a los actos administrativos y, como tales, recurribles por ante el mismo CNE instancia que agota la vía administrativa y abre las puertas a recursos contencioso electorales ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo, sacando esa problemática de su área natural que es la de los jueces del trabajo.

De allí a asumir que los sindicatos son parte del Estado, personas jurídicas de derecho público, la distancia es corta.[69]

---

[69] A título de ejemplo se transcriben algunas reglas del referido Estatuto Electoral Sindical:
ARTÍCULO 17.- A los efectos del Estatuto Especial, son atribuciones del Consejo Nacional Electoral, además de las establecidas en el artículo 55 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, las siguientes:
a) Autorizar la solicitud de convocatoria a elecciones de las organizaciones sindicales sujetas al presente Estatuto Especial.
b) Ordenar la convocatoria a elecciones de las organizaciones sindicales sometidas a las regulaciones del presente Estatuto Especial, en los supuestos previstos en el artículo 36 del mismo.
c) Aprobar el Proyecto Electoral presentado por las Comisiones Electorales que cumplan con las formalidades exigidas por el presente Estatuto Especial.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en su informe de 2003 fija posición sobre los asuntos comentados en estas notas en los siguientes términos:

CEACR: Observación individual sobre el Convenio núm. 87, Libertad sindical y protección del derecho de sindicación, 1948 Venezuela (ratificación: 1982) Publicación: 2003

Descripción: (CEACR Observación individual)

Convenio: C087

País: (Venezuela)

---

d) Mantener, organizar, dirigir y supervisar el Registro Electoral de las Organizaciones Sindicales.
e) Conocer y decidir los recursos interpuestos contra el Registro Electoral de cada organización sindical.
f) Evacuar las consultas sometidas a su consideración sobre la aplicación o interpretación del presente Estatuto Especial y resolver los casos no previstos en éste. Las consultas evacuadas serán de obligatorio cumplimiento para las organizaciones sindicales sujetas a la presente normativa.
g) Dictar los reglamentos en materia electoral, y demás resoluciones que tengan por finalidad resolver las dudas y vacíos que se presenten en la aplicación del presente Estatuto Especial.
h) Adoptar las medidas necesarias para asegurar la transparencia de las diferentes fases y el resultado del proceso electoral de cada organización sindical, de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto Especial y el resto de la normativa aplicable, pudiendo tomar cualquier providencia para garantizar este fin. En caso de no adoptarse las medidas dictadas, el Consejo Nacional Electoral tendrá como no realizadas las elecciones que se lleven a cabo en contravención a lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al presente Estatuto Especial y demás normativa aplicable.
i) Prestar la asistencia técnica y el apoyo logístico que le fuere requerido de acuerdo con la disponibilidad de recursos humanos, técnicos y financieros del organismo, para garantizar la mayor transparencia, confiabilidad y eficacia de los procesos electorales. Los costos relacionados con las actividades anteriores, serán cubiertos por las organizaciones sindicales, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del presente Estatuto Especial.
j) Conocer y decidir los recursos contra los actos electorales emanados de los Organismos Electorales de cada organización sindical.
k) Reconocer la validez de los procesos electorales que hayan cumplido con las previsiones contenidas en el presente Estatuto Especial.
l) Declarar la nulidad total o parcial de las elecciones, de conformidad con la facultad consagrada en el artículo 293, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
m) Aplicar lo dispuesto en el Título X Del Régimen Sancionatorio de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.
n) Cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el presente Estatuto Especial y demás normativa aplicable.

Vizualizar el documento en: Inglés Francés

La Comisión toma nota de la memoria del Gobierno, de la discusión que tuvo lugar en la Comisión de Normas de la Conferencia en 2002 y de los comentarios enviados por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) el 18 de septiembre y 21 de noviembre de 2002 sobre la aplicación del Convenio. La Comisión solicita al Gobierno que envíe sus observaciones sobre estos comentarios.

La Comisión también toma nota del informe de la misión de contactos directos que tuvo lugar en el país en mayo de 2002 y en particular que dicha misión tomó nota con preocupación de: 1) las informaciones suministradas por la CTV y FEDECÁMARAS sobre diferentes alegatos acerca de la conformación de grupos paramilitares o violentos –incluidos los "círculos bolivarianos"– con apoyo gubernamental y de actos de violencia (amenazas de muerte en perjuicio de los miembros del comité ejecutivo de la CTV y el asesinato de un dirigente sindical) y de discriminación en perjuicio de sindicalistas; y 2) que el Gobierno no realiza consultas con los principales interlocutores sociales o al menos no lo hace de manera significativa ni intenta llegar a soluciones compartidas, particularmente en las materias que afectan a los intereses de tales interlocutores. A este respecto, la Comisión, al igual que la Comisión de Normas de la Conferencia: a) recuerda que el respeto de las libertades públicas es esencial para el ejercicio de los derechos sindicales, e insta firmemente al Gobierno a adoptar de manera inmediata las medidas necesarias para que las organizaciones de trabajadores y de empleadores puedan ejercer plenamente los derechos reconocidos por el Convenio en un clima de absoluta seguridad; y b) insta al Gobierno a establecer con urgencia un diálogo intenso con el conjunto de los interlocutores sociales, sin exclusión, a fin de encontrar soluciones en un futuro muy cercano a los graves problemas de aplicación del Convenio. La Comisión pide al Gobierno que le informe de toda medida adoptada sobre los puntos anteriores y que se realicen investigaciones sobre los actos de violencia y sobre los grupos violentos.

La Comisión toma nota de un anteproyecto de ley de reforma de la ley orgánica del trabajo elaborado tras la visita de la misión de contactos

directos que se habría presentado ante la Asamblea Nacional el 7 de junio de 2002. La Comisión observa que dicho anteproyecto contiene algunas disposiciones que van en el sentido de los comentarios formulados por la Comisión desde hace numerosos años (en particular, la derogación de los artículos 408 y 409 sobre la enumeración demasiado extensa de las atribuciones y finalidades que deben tener las organizaciones de trabajadores; la modificación del artículo 419 sobre el número demasiado elevado de empleadores para constituir una organización de patronos que reduce ese número de 10 a 4; la modificación del artículo 418 sobre el número demasiado elevado de trabajadores para constituir sindicatos de trabajadores no dependientes que reduce ese número de 100 a 40; y la modificación del artículo 404 sobre la exigencia de un período demasiado largo de residencia para que los trabajadores extranjeros puedan formar parte de la junta directiva de un sindicato de 10 a 5 años. La Comisión pide al Gobierno que le informe en su próxima memoria sobre toda evolución en el tratamiento del anteproyecto de ley en cuestión.

Además, en su observación anterior la Comisión se había referido a algunas disposiciones de la Constitución de la República que no están en conformidad con las disposiciones del Convenio. Concretamente:

– el artículo 95 que dispone que "Los estatutos y los reglamentos de las organizaciones sindicales establecerán la alternabilidad de los y las integrantes de las directivas mediante el sufragio universal, directo y secreto". La Comisión toma nota de que el Gobierno informa que: a) el término alternabilidad se refiere única y exclusivamente a la celebración periódica de elecciones; b) no implica prohibición alguna a la reelección de trabajadores y trabajadoras para ejercer cargos de representación sindical y en el anteproyecto de modificación de la ley orgánica del trabajo mencionado se prevé modificar el artículo 434 con la finalidad de precisar el contenido y el término previsto en el artículo 95 de la Constitución. A este respecto, la Comisión observa que la modificación prevista del artículo 434 se refiere al tiempo de duración del mandato durante el cual la junta directiva ejercerá sus funciones y que no se refiere a la posibilidad de que los miembros de la junta directiva puedan ser reelectos. En estas condiciones, la Comisión pide al Gobierno que tome medidas para permitir expresamente el derecho de reelec-

ción de los dirigentes sindicales, si así lo prevén los estatutos, en la modificación de la ley orgánica del trabajo o en su defecto modifique el artículo 95 de la Constitución de la República a efectos de ponerla en plena conformidad con las disposiciones del Convenio; y

– el artículo 293 y la disposición transitoria octava que disponen que el Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral) tiene por función organizar las elecciones de los sindicatos y gremios profesionales y que mientras se promulgan las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución, los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral. A este respecto, la Comisión toma nota de que el Gobierno informa que: i) el anteproyecto de ley modificatorio de la ley orgánica del trabajo introduce una modificación al artículo 433 por la que se dispone que las organizaciones sindicales podrán solicitar la cooperación del Poder Electoral para organizar las elecciones de sus juntas directivas; ii) con la aprobación parlamentaria de esta norma se deroga el Estatuto Especial Transitorio para la renovación de la dirigencia sindical; y iii) la disposición transitoria octava de la Constitución de la República ya ha perdido vigencia y no es aplicable. No obstante las observaciones del Gobierno, la Comisión considera que debería modificarse el artículo 293 de la Constitución de la República a efectos de eliminar la potestad otorgada al Poder Electoral, a través del Consejo Nacional Electoral, de organizar las elecciones de los sindicatos, y pide al Gobierno que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada a este respecto. Asimismo, la Comisión observa que la misión de contactos directos expresó su preocupación en relación con un anteproyecto de ley electoral que mantiene la intromisión del Consejo Nacional Electoral en los asuntos sindicales. A este respecto, la Comisión observa que el 30 de octubre de 2002 se sancionó la Ley Orgánica del Poder Electoral que contiene disposiciones que no están en conformidad con las disposiciones del Convenio (por ejemplo, el artículo 33 que otorga competencia al Consejo Nacional Electoral para organizar las elecciones de los sindicatos, para proclamar a los candidatos electos, conocer y declarar la nulidad de la elección, conocer los recursos y resolver, así como las quejas y reclamos). La Comisión recuerda una vez más al Gobierno que la reglamentación de los procedimientos y modalidades de la elección de dirigentes sindi-

cales debe corresponder a los estatutos sindicales y no a un órgano ajeno a las organizaciones de trabajadores. En estas condiciones, la Comisión solicita al Gobierno que tome medidas para modificar el artículo 293 de la Constitución de la República y la Ley Orgánica del Poder Electoral en lo que se refiere a su intervención en las elecciones de las organizaciones de trabajadores y que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada a este respecto.

En su observación anterior, la Comisión pidió también al Gobierno que derogue la resolución núm. 01-00-012 de la Contraloría General de la República por medio de la cual se obliga a los dirigentes sindicales a presentar una declaración jurada de bienes al inicio y al fin de su mandato. A este respecto, la Comisión toma nota de que el Gobierno informa que el Ministerio de Trabajo solicitó al Contralor General de la República la derogatoria de la resolución en cuestión. La Comisión expresa la firme esperanza de que la resolución se derogará rápidamente y pide al Gobierno que le informe al respecto en su próxima memoria.

En lo que respecta a los anteproyectos de ley para la protección de las garantías y libertades sindicales y sobre derechos democráticos de los trabajadores en sus sindicatos, federaciones y confederaciones, objetados por la Comisión en su última observación, la Comisión toma nota de que el Gobierno informa que han sido desincorporados de la agenda legislativa y que no existe voluntad alguna de aprobar dichos proyectos. La Comisión pide al Gobierno que se asegure del retiro definitivo de estos anteproyectos.

Por último, la Comisión dirige directamente al Gobierno una solicitud sobre otro punto.

Apuntes acerca de los Tribunales Competentes para conocer del Recurso de Nulidad contra los Actos Administrativos que involucran Derechos Individuales y Colectivos de los Trabajadores

Ricardo BARONI UZCÁTEGUI*

SUMARIO:

Introducción.

1. **Tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos que involucran derechos individuales de los trabajadores**: **1.1** *Del caos procesal e inseguridad jurídica que existían en relación a los*

* **Universidad Santa María**, Abogado, Profesor de Pregrado y Postgrado (Caracas y San Cristóbal). **Universidad José María Vargas**, Especialista en Derecho Administrativo, *Summa Cum Laude*. Conferencista Invitado y autor de varios artículos jurídicos publicados en revistas especializadas y arbitradas. Ejerce libremente su profesión.

tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos que involucran derechos individuales de los trabajadores. **1.2** *El caos y la inseguridad jurídica continúan*. **1.3** *Nuestra opinión acerca de cuáles son los tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, desde la óptica de la noción del juez natural y desde la óptica de la tutela judicial efectiva*.

2. Tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos que involucran derechos colectivos de los trabajadores emanados de las Inspectorías del Trabajo.

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Es un verdadero privilegio el haber sido invitado para colaborar en la elaboración del libro homenaje al Doctor José Román Duque Sánchez, quien es considerado uno de los jurisconsultos patrios más completos, desde el punto de vista académico y moral.

Dicho lo anterior, el modesto trabajo tiene por objeto realizar algunas reflexiones acerca de los Tribunales competentes para conocer, tramitar y decidir los recursos de nulidad contra los actos que involucran derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Veremos que la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal ha sido paciífica y unánime en relación a los Tribunales que han de conocer del recurso de nulidad contra los actos que involucran derechos colectivos de los trabajadores. El problema se presenta con relación a los actos que involucran derechos individuales, ya que en la actualidad existen criterios total y absolutamente opuestos entre la Sala Políticoadministrativa y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, acerca de los tribunales que deben conocer de los recursos de nulidad contra esos actos, lo que ha generado en la actualidad una gran incertidumbre entre los abogados y jueces, la cual parecía haber sido resuelta por la Sala Constitucional mediante sentencia del 20/11/02, hasta que la Sala

Políticoadministrativa con posterioridad a ese fallo planteó ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia un conflicto entre Salas –el cual para la fecha de entrega de este trabajo no ha sido resuelto–, para que sea esa última Sala quien determine a qué tribunales corresponde conocer de la tramitación de los recursos de nulidad contra los actos que involucran derechos individuales de los trabajadores, si a los tribunales laborales o a los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo.

En virtud de lo anterior, el presente trabajo es una continuación obligada del que publicáramos en el Libro *Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,* editado también por el Tribunal Supremo de Justicia, intitulado "Quién conoce los recursos de nulidad contra actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo sobre derechos individuales de los trabajadores".

Finalmente, expondremos nuestras conclusiones al respecto.

1. TRIBUNALES COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS RECURSOS DE NULIDAD CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS TRABAJADORES

Antes de entrar en materia, debemos señalar que los actos que involucran derechos individuales de los trabajadores son aquellos dictados por las Inspectorías del Trabajo, mediante los cuales se resuelven solicitudes de reenganche y de pago de salarios caídos.

1.1 *DEL CAOS PROCESAL E INSEGURIDAD JURÍDICA QUE EXISTÍAN EN RELACIÓN A LOS TRIBUNALES COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS RECURSOS DE NULIDAD CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS TRABAJADORES*

La jurisdicción laboral había venido conociendo de los juicios de nulidad de los actos administrativos que involucraban derechos individuales de los trabajadores (reenganche y pagos de salarios caídos) emanados de las Inspectorías del Trabajo, de conformidad con los criterios establecidos por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de

Justicia, en sentencia dictada en fecha 13 de febrero de 1992, caso: Corporación Bamundi, C.A., hasta que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia Nº 1.318 de fecha 02 de agosto de 2001, Exp. Nº 01-0213, dictada en el contexto de un recurso extraordinario de revisión constitucional de sentencias, sentó que los tribunales competentes para conocer de los juicios de nulidad de esos actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, son los que integran la jurisdicción contencioso-administrativa, y no obstante que esa sentencia no señaló expresamente a qué tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa se refería, la misma fue el punto de partida para que se interpretase que era a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo Regionales a los que les competía su conocimiento.

Con posterioridad a la sentencia Nº 1.318/2001 dictada por la Sala Constitucional, la Sala Políticoadministrativa en fecha 29 de noviembre de 2002, dictó la sentencia Nº 147, en la cual sentó que eran los tribunales laborales, no los contencioso-administrativo, a quienes le correspondía conocer de los recursos de nulidad incoados contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo referidos a solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos.

Finalmente, la Sala de Casación Social, mediante sentencia Nº 39 dictada en fecha 05 de febrero de 2002, sentó que el conocimiento de tales recursos era competencia de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo.

Los criterios contradictorios emanados de la Sala Constitucional, de la Sala Políticoadministrativa y de la Sala de Casación de Social, en la práctica se tradujo en una gran incertidumbre e inseguridad jurídica para los justiciables, abogados y jueces, ya que en algunos casos eran los Tribunales Superiores Contencioso-Administrativos Regionales quienes conocían en primera instancia de los recursos de nulidad incoados contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo relacionados con solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos, lo que significaba que la alzada correspondiese a la Corte Primera; en otros casos, eran los Tribunales Laborales de Primera Instancia quienes conocían de esos recursos, lo que significaba que la alzada correspondiese a los Tribunales Superiores Laborales; y finalmente, había otros casos en que esos

recursos eran conocidos en primera instancia por la Corte Primera, y en alzada por la Sala Políticoadministrativa.

Tal fue el caos en relación a este asunto, que un Juez de un Tribunal Contencioso Administrativo Regional nos comentó que le había correspondido conocer de un recurso de nulidad contra un acto que ordenaba un reenganche y pago de salarios caídos de un trabajador emanado de una Inspectoría del Trabajo, declarándose incompetente para conocer del mismo, y remitiéndole a la Corte Primera, en virtud de haber acogido el criterio sentado por la Sala de Casación Social. El asunto fue, que la Corte Primera devolvió el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo que se lo había enviado, con base en el criterio adoptado por la Sala Constitucional. Sucedía, que cuando era la Sala de Casación Social quién remitía a la Corte Primera el conocimiento de un recurso de nulidad contra un acto que ordenaba un reenganche y pago de salarios caídos, la Corte Primera lo admitía y le daba curso al mismo.

También pasaba, que la Sala Políticoadministrativa remitía el conocimiento de esos recursos a los Tribunales Labores, los cuales les daban curso a los mismos.

En virtud de ese descomunal desbarajuste procesal, quien suscribe este trabajo procedió a interponer ante la Sala Constitucional un recurso extraordinario de revisión contra las sentencias N$^{os.}$ 147 y 39 dictadas por la Sala Políticoadministrativa y la Sala de Casación Social, respectivamente, a los fines de que se unificara doctrina y se estableciera con precisión a qué tribunales correspondía el conocimiento de los recursos de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo en relación a solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos, y aunque si bien es cierto la Sala Constitucional declaró que no estábamos legitimados para intentar el referido recurso de revisión de sentencias, el objetivo se cumplió, ya que esa Sala de oficio, mediante sentencia de fecha 20 de noviembre de 2002, Exp. 02-2241, entró a precisar cuáles eran esos tribunales.

En esa sentencia, la Sala Constitucional ratificó el criterio sentando en el ya mencionado fallo Nº 1318/2001, en el sentido que correspondía a

los tribunales que integran a la jurisdicción con competencia en lo contencioso administrativo el conocimiento de los recursos de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo en relación a solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos.

En la sentencia dictada el 20/11/02 que estamos comentando, la Sala Constitucional también sentó que en el futuro, los Juzgados con competencia en materia laboral, deberán declinar en los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento y decisión de los recursos interpuestos contra las providencias administrativas, dictadas por las Inspectorías del Trabajo con ocasión de solicitudes de reenganche y pagos de salarios caídos, por ser esos los órganos judiciales a los cuales les incumbe conocer de este tipo de juicios, ya que mal podría atribuirse la competencia a los tribunales laborales, pues ésta no sólo no se les otorgó de manera expresa por norma legal alguna, sino que, además, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en tal supuesto deriva directa y expresamente del Texto Constitucional, cuando su artículo 259 dispone que:

> La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Con fundamento en esa norma constitucional, y siguiendo criterios orgánicos, la Sala Constitucional sentó en la sentencia en comento que toda actuación proveniente de los órganos de la Administración Pública se encuentra sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo señaló, de conformidad con el criterio material, que toda pretensión procesal cuyo fundamento sea una actuación *–lato sensu–* realizada en ejercicio de una función administrativa, con independencia

de la naturaleza del órgano autor, compete ex Constitución a los tribunales contencioso-administrativos.

Siguiendo el hilo de tales razonamientos, la Sala Constitucional además acotó que al ser las Inspectorías del Trabajo órganos administrativos dependientes –aunque desconcentrados– de la Administración Pública Nacional, es a la jurisdicción contencioso-administrativa a quien compete el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo, sea que se trate, entre otras, de la pretensión de nulidad a través del recurso contencioso administrativo, sean las pretensiones relativas a la inejecución de dichos actos como consecuencia de la inactividad de la Administración autora o bien del sujeto obligado –el patrono o el trabajador– para su ejecución; o, por último, sea que se trate de pretensiones de amparo constitucional con fundamento en lesiones que sean causadas por el contenido o por la ausencia de ejecución de dichos actos administrativos. De allí que la Sala Constitucional fue del criterio que no sólo no existe norma legal expresa que otorgue esta competencia a los tribunales laborales, sino que, de verificarse ésta, sería inconstitucional por violación del artículo 259 del Texto Fundamental.

Luego de la determinación anterior, la Sala Constitucional observó que la sentencia Nº 147/2002 que dictó la Sala Políticoadministrativa, establecía un criterio contrario, es decir, que los recursos de nulidad contra actos emanados de las Inspectorías del Trabajo dictados con ocasión de solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos, era competencia de los tribunales laborales de primera instancia. En efecto, mientras la Sala Constitucional estableció que la competencia para el conocimiento de los juicios de nulidad de los actos que provengan de las Inspectorías del trabajo corresponde a los tribunales contencioso-administrativos, la Sala Políticoadministrativa consideró que, en ese supuesto, la competencia es de los tribunales de la jurisdicción laboral, posición que, en criterio de la Sala Constitucional, atentaba contra la correcta interpretación del Texto Constitucional, concretamente del artículo 259, por las razones que antes se expusieron.

Para la Sala Constitucional, y así lo dijo en su sentencia del 20/11/02, tal disparidad de criterios surgía a todas luces inaceptable, contraria al principio de seguridad jurídica y de unificación de la jurisprudencia. En consecuencia, estimó esa Sala necesario el ejercicio de la potestad de revisión extraordinaria que le atribuye el artículo 336, cardinal 10, de la Constitución de 1999, en su condición de custodia de la uniforme interpretación y aplicación constitucional y, consecuentemente, declaró que, en lo sucesivo, deberá prevalecer el criterio que se reitera en ese fallo, el cual debía acatarse por las demás Salas y tribunales del país.

Por otra parte, la Sala Constitucional también señaló que, la sentencia Nº 39/2002 de la Sala de Casación Social, mediante la cual dicha Sala estimó que el Tribunal competente, para el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos de nulidad contra los referidos actos, era la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en virtud de la competencia residual que le confiere el artículo 185, cardinal 3, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, era conteste con los criterios sentados por ella en relación a este asunto en su fallo 1.318/2001 antes mencionado.

En efecto, del análisis de la sentencia de la Sala de Casación Social objeto de revisión, la Sala Constitucional concluyó que la misma no contrariaba, en modo alguno, el criterio de la Sala Constitucional sentado en su fallo 1.318/2001; antes por el contrario, lo reafirmaba, incluso expresamente. Así, cuando la Sala de Casación Social consideró a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo como el juez competente dentro del orden contencioso administrativo, no contradecía lo que expuso la Sala Constitucional, pues ésta sólo señaló que es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el conocimiento de los juicios de nulidad contra los actos de efectos particulares de las Inspectorías del Trabajo, sin que se analizara, en esa oportunidad, a qué Tribunales, dentro de esa jurisdicción, se atribuiría tal competencia; no obstante, en ese caso concreto, por tratarse de una acción de amparo constitucional, que no recurso de nulidad, la Sala Constitucional lo remitió a un Juzgado Superior en lo Contencioso-Administrativo, con base a los criterios sentados en su sentencia del 08/12/00, caso: Yoslena Chachamire Bastardo. En consecuencia, para la Sala Constitucional no existía disparidad

de interpretaciones entre la doctrina de la misma y la de la referida sentencia de la Sala de Casación Social.

Finalmente, la Sala Constitucional, luego de las determinaciones anteriores, y para evitar mayores confusiones en lo relativo a la competencia de los órganos contencioso-administrativos para el conocimiento de las pretensiones que se esgriman frente a las actuaciones de las Inspectorías del Trabajo con relación a solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos, consideró necesario hacer las siguientes precisiones:

> – Que las Inspectorías del Trabajo, según se deriva de los artículos 588 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo, son órganos públicos de naturaleza administrativa, dependientes del Ministerio del ramo, y desconcentrados de la estructura de éste, desde que, en ejercicio de competencias del Poder nacional, tienen autoridad, específicamente en el ámbito de la entidad territorial que se les asigne; por tanto, orgánicamente se integran dentro de la Administración Pública Nacional. Asimismo, materialmente ejercen funciones administrativas, tal como se desprende de las competencias que les atribuyen los artículos 589 y 590, en concordancia con el artículo 586, de la referida Ley.
>
> – Que como se trata de órganos administrativos nacionales, el conocimiento de las pretensiones de nulidad de sus actos administrativos y, en general, de cualquier otra pretensión fundada en Derecho Administrativo corresponde, en todo caso, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así, mal podría corresponder a los Juzgados Superiores de lo Contencioso-Administrativo, cuya competencia se circunscribe a los procesos planteados en relación con las autoridades estadales y municipales (artículos 181 y 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). Las Inspectorías del Trabajo constituyen un ejemplo típico de aquellos órganos que están sometidos al control jurisdiccional de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a tenor de la competencia residual que le confiere el artículo 185, cardinal 3°, de la referida Ley,

por tratarse de autoridades nacionales distintas a las señaladas en los cardinales 9° al 12° del artículo 42 *eiusdem.*

– Que la competencia de los órganos jurisdiccionales, debe siempre estar atribuida por norma legal expresa, y de allí que el conocimiento de todas las acciones contencioso-administrativas fundamentadas en la actuación de cualquier ente u órgano administrativo nacional distinto de los derivados del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (entre otros, institutos autónomos, universidades nacionales, entes corporativos, fundacionales y autoridades nacionales de inferior jerarquía) compete a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y en segunda instancia, cuando ésta proceda, a la Sala Políticoadministrativa de ese Tribunal Supremo de Justicia.

– Que asunto distinto es lo que sucede en relación con las pretensiones de amparo constitucional que se plantean contra las actuaciones de las Inspectorías del Trabajo. En este caso, no se trata de pretensiones propias del orden contencioso administrativo, sino de la especial tutela de amparo que corresponde a la jurisdicción constitucional, y de allí que las reglas atributivas y distributivas de competencia puedan ser distintas, y en consecuencia, la competencia para el conocimiento de las pretensiones de amparo constitucional autónomo que se planteen contra las actuaciones u omisiones de las Inspectorías del Trabajo corresponde al Juzgado Superior en lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la región en la cual se verificó la supuesta lesión del derecho constitucional, y en segunda instancia, ya sea en apelación o en consulta, conocerá la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

– Que asimismo, y a tenor de lo que dispone el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuando la supuesta violación constitucional se produzca en lugar donde no funcionen tribunales de primera instancia en lo contencioso administrativo, podrá interponerse

> la demanda de amparo ante cualquier juez de Primera Instancia en lo Civil –si lo hubiere– o de Municipio –a falta de aquél– de la localidad.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, y en ejercicio de la facultad de máxima intérprete del Texto Constitucional, la Sala Constitucional en su sentencia del 20/11/02, dejó sentado el siguiente criterio, con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República:

> (i) La jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que dicten las Inspectorías del Trabajo, así como de cualquier otra pretensión –distinta de la pretensión de amparo constitucional– que se fundamente en las actuaciones u omisiones de dichos órganos, es la jurisdicción contencioso-administrativa.
>
> (ii) De los tribunales que conforman esta jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones antes especificadas corresponde, en primera instancia, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y en segunda instancia, cuando ésta proceda, a la Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal.
>
> (iii) De las demandas de amparo constitucional autónomo que se intenten contra los actos, actuaciones u omisiones de las Inspectorías del Trabajo, conocerán los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial correspondiente al lugar donde se produjo la supuesta lesión al derecho constitucional, y en segunda instancia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. A falta de los primeros en la localidad en donde se hubiere producido el hecho lesivo, conocerán, con fundamento y de acuerdo al procedimiento que establece el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los tribunales de Primera Instancia en lo Civil –si lo hubiere– o de Municipio –a falta de aquél– de la localidad.

Quisiera resaltar, que la Sala Constitucional en la dispositiva de la sentencia que hemos venido comentando, ordenó remitir copia de la misma a la Sala Político-Administrativa, a la Sala de Casación Social y a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Por otra parte, a raíz del fallo del 20/11/02 en comento, y esto lo decimos con conocimiento de causa, todos los Tribunales Superiores Contencioso-Administrativos de la Región Capital, supongo también que el de otras Regiones, remitieron a la Corte Primera todos los expedientes en los que se estaban tramitando recursos de nulidad contra actos relacionados con solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos emanados de las Inspectorías del Trabajo.

1.2 *EL CAOS Y LA INSEGURIDAD JURÍDICA CONTINÚAN*

Creíamos que con la sentencia dictada por la Sala Constitucional en fecha 20/11/02, el caos e inseguridad jurídica que se habían generado en virtud de la multiplicidad de criterios existentes con relación a los tribunales que les correspondía conocer de los recursos de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo relacionados con solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos, había quedado subsanada, resuelta y clarificada, ya que la Sala Constitucional con una precisión de pedagogo había expresamente establecido que el conocimientos de esos recursos contra esos actos correspondía a la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo en primera instancia, con base a la competencia residual que le otorga el numeral 3° del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y la alzada, cuando procediese, correspondía a la Sala Políticoadministrativa.

No obstante la claridad de ese fallo, y no obstante que las interpretaciones que realice la Sala Constitucional sobre principios y normas constitucionales son vinculantes para el resto de los Tribunales del país y demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Políticoadministrativa, mediante sentencia Nº 77 publicada en fecha 23 de enero de 2003, no sólo volvía a ratificar que era a los tribunales laborales de primera instancia a quienes les correspondía conocer de los recursos de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo relacionados

con solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos, sino que además, planteaba un conflicto entre Salas ante la Sala Plena, visto los criterios contrarios con los de la Sala Constitucional, para que sea la Sala Plena quien en definitiva establezca cuáles son esos tribunales.

Escaparía de los objetivos trazados en este estudio, el entrar a analizar si la Sala Plena pudiera o no revocar el criterio de la Sala Constitucional con relación al asunto que hemos venido tratando en esta oportunidad, ya que para ello remitimos a nuestro trabajo titulado *La cosa juzgada, confluencia entre la justicia y la seguridad jurídica,* publicado en el Libro *Homenaje a José Andrés Fuenmayor,* editado por el Tribunal Supremo de Justicia. Sólo quisiéramos decir en relación a este punto, que ya la Sala Plena ha resuelto un conflicto entre la Sala Políticoadministrativa y la Sala Constitucional, y fue el referido al tribunal competente para conocer de los recursos de nulidad contra las Ordenanzas Municipales. La Sala Constitucional decía que ello era competencia de la Sala Políticoadministrativa, y esta última decía que era competencia de la Sala Constitucional. En ese caso, la Sala Plena le dio la razón a la Sala Políticoadministrativa, entonces ¿son o no vinculantes las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre principios y normas constitucionales?

Volviendo al tema, y como ya dijéramos, la Sala Políticoadministrativa, mediante sentencia Nº 77 publicada en fecha 23/01/03, le tocó resolver una solicitud de regulación de competencia, la cual tenía como objeto que esa Sala se pronunciara sobre cuál era el tribunal competente para conocer de un recurso de nulidad contra unos actos dictados por una Inspectoría del Trabajo.

En ese caso, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en virtud de una solicitud de regulación de competencia, había remitido a la Sala Políticoadministrativa un expediente contentivo de un recurso de nulidad contra unos actos administrativos emanados de la Inspectoría del Trabajo del Estado Zulia mediante los cuales se suspendía al recurrente del ejercicio de la libertad y acción sindical.

El conocimiento de ese recurso correspondió inicialmente al Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial

del Estado Zulia, quien por decisión de fecha 25 de septiembre de 2001, se declaró incompetente para conocer de esa causa en los términos siguientes, declinando la competencia en el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental:

> (...) Observa este Tribunal, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, estableció la obligación para los Juzgados del Trabajo, cuando conozcan de situaciones como la planteada en la acción de nulidad de acto administrativo de efectos particulares que nos ocupa en el presente expediente, de acatar la doctrina contenida en el fallo del 02 de agosto de 2001, comentado, en aras de una efectiva administración de justicia, fallo que tiene efectos *ex tunc* a partir de su publicación, con carácter vinculante, considerando este sentenciador la procedencia de la declinatoria de competencia habida cuenta que la acción de nulidad aún no ha sido admitida por este Tribunal.
>
> Observa el Tribunal, que los actos recurridos en nulidad, contenidos en los oficios 1.035 de fecha 23 de julio de 1999 y Nº I-J-1995 de fecha 11 de mayo de 2001, emanan de la Inspectoría del Trabajo del Estado Zulia, órgano administrativo adscrito al Ministerio del Trabajo, integrante del Poder Ejecutivo Nacional. De otra parte, observa este tribunal que el accionante manifiesta ser un funcionario del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, por lo que en sintonía con los argumentos antes expuestos, considera este Tribunal, que no es competente *rationae* materia, para conocer de la acción de nulidad intentada, siendo el competente, el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental. (...)

A su vez, el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental también se declaró incompetente para conocer de esa causa, pues si bien la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia Nº 1.318/2001 decidió que los recursos de nulidad contra actos emanados de las Inspectorías del Trabajo debían ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa, indicó dicho tribunal que a él sólo le correspondía, de confor-

midad con el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, conocer de los actos dictados por autoridades estadales o municipales, señalando como competente para conocer de ese caso a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por decisión del 06 de diciembre de 2001, se declaró también incompetente para conocer de esa causa y solicitó a la Sala Políticoadministrativa la regulación de competencia, en los términos siguientes:

> (...) Dada la declaratoria efectuada por el referido Juzgado, estima conveniente esta Corte realizar un análisis de la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 2 de agosto de 2001, con ponencia de Antonio J. García García (caso Nicolás José Alcalá Ruiz) con el objeto de determinar si efectivamente este órgano jurisdiccional es el competente para conocer el presente caso o, por el contrario, debe solicitar de oficio la regulación de competencia. (...).
>
> (...) La sentencia objeto del presente análisis al establecer cuál de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa corresponde el conocimiento y decisión de estas causas, ordenó "la remisión de los autos a un Juzgado Superior con competencia en lo Contencioso Administrativo". Es por ello que esta Corte, a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva preconizada por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...) se declara incompetente para conocer y decidir en primera instancia. (...).

Vale la pena resaltar que la Corte Primera no se percató que la Sala Constitucional en su sentencia Nº 1.318/2001 había remitido a un Tribunal Superior en lo Contencioso Administrativo Regional, una acción de amparo contra un acto emanado de una Inspectoría del Trabajo, no un recurso de nulidad, luego, mal podía fundamentar la solicitud de regulación de competencia en ese fallo de la Sala Constitucional; ya que ciertamente los recursos de amparo, que no recursos de nulidad, contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo que involucren dere-

chos individuales de los trabajadores, es competencia de los Tribunales Superiores Contenciosos Tributarios Regionales.

Ahora bien, la Sala Políticoadministrativa decidió la referida solicitud de regulación de competencia, con base en los siguientes argumentos:

> – Que ese caso fue conocido originalmente por un tribunal laboral, el cual atendiendo a la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.318 de fecha 02 de agosto de 2001, consideró que la competencia para conocer los autos le correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, específicamente a un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo.
>
> – Que luego, el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental también se declaró incompetente para conocer de la causa por considerar que sólo le correspondía, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, conocer de las acciones de nulidad que se intentasen contra actos emanados de autoridades estatales y municipales, por lo que señaló que al estarse impugnando un acto de una Inspectoría del Trabajo la competencia le correspondía a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.
>
> – Que una vez recibidos los autos en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, dicha Corte declaró que la competencia para conocer el presente caso le corresponde a un Tribunal Superior con competencia en lo Contencioso Administrativo, basándose en lo dispuesto en sentencia N° 1.318/ 2001 de la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en la cual se indicó lo siguiente:
>
>> (...) En este sentido, se observa que la jurisdicción laboral ha venido conociendo de los juicios de nulidad de estas resoluciones, siguiendo el criterio sostenido en decisión dictada por la Sala Político Administrativa de la antes denominada Corte Suprema de Justicia, el 13 de febrero de 1992, en el

juicio conocido como caso: Corporación Bamundi, C.A., sin que en realidad exista en la Ley Orgánica del Trabajo una norma que expresamente le asigne a los juzgados laborales el conocimiento de este tipo de juicios. Es preciso al respecto advertir, que la competencia de los órganos del Estado, viene determinada por una norma jurídica que de manera formal le atribuya competencia. De allí que, siendo que en los casos de los juicios de nulidad, a que se refiere la Ley Orgánica del Trabajo, ésta no le atribuyó dicha competencia de manera expresa a esta jurisdicción especial, sino que se limitó a señalar que contra estas decisiones se podían ejercer los recursos correspondientes ante los Tribunales, sin que indicara a cuáles se estaba refiriendo.

La expresada omisión no autoriza a interpretar que la jurisdicción laboral es entonces la competente para conocer de dichos juicios, con base en lo dispuesto en los artículos 5 y 655 *eiusdem,* sino que lo razonable era establecer que como quiera que la decisión provenía de un órgano de carácter administrativo, inserto en el Poder Ejecutivo, esto es, de las Inspectorías del Trabajo, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer y decidir este tipo de controversias era la jurisdicción contencioso administrativa, siendo consecuente con el principio del juez natural. De lo expuesto se colige, que el criterio sostenido en la sentencia anteriormente citada, dictada por la Sala Político Administrativa, debe ser abandonado. En consecuencia, deberá prevalecer el presente criterio, lo que implica que, en el futuro, los Juzgados con competencia en materia laboral, deberán declinar en los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento y decisión de los recursos interpuestos contra las providencias administrativas, dictadas por las Inspectorías del Trabajo, por ser éstos los órganos judiciales a los cuales les incumbe conocer de este tipo de juicios. (...).

– Que su vez, la Sala de Casación Social de este Alto Tribunal, mediante decisión N° 111 de fecha 13 de noviembre de 2001, al examinar el criterio jurisprudencial antes transcrito, señaló:

> (...) Entonces, el criterio señalado *ut supra* sobre la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de los recursos de nulidad en contra de las Providencias Administrativas emanadas de las Inspectorías del Trabajo, fue establecido por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, acogido posteriormente por la Sala de Casación Civil y luego adoptado por esta Sala de Casación Social.
>
> Así pues, siguiendo el camino de la jurisprudencia ya establecida, esta Sala de Casación Social había señalado reiteradamente que los Tribunales competentes para conocer de las acciones de nulidad –y de amparo, en caso de que se ejerza– contra las decisiones emanadas de las Inspectorías del Trabajo eran los Juzgados Laborales, y específicamente conocerían de dichas acciones en Primera y Segunda Instancia los Tribunales Laborales que se encontraban dentro de la Jurisdicción de la Inspectoría del Trabajo que dictó la Providencia Administrativa que se pretendía anular.
>
> Ahora bien, en reciente fallo proferido por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, con fecha 2 de agosto de 2001, bajo la ponencia del Magistrado Antonio José García García, se estableció un nuevo criterio con respecto a la jurisdicción competente para conocer de los recursos interpuestos contra las providencias administrativas que dictan las Inspectorías del Trabajo; y es así como se asienta: (...)
>
> (...) De la transcripción realizada anteriormente, se constata que la Sala Constitucional de este Alto Tribunal establece que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer de los recursos que se interpongan contra las providencias administrativas emanadas de

> las Inspectorías del Trabajo; por lo tanto y en procura de mantener un criterio uniforme con las decisiones que emanan de este Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala de Casación Social adopta el criterio jurisprudencial reseñado *ut supra,* el cual establece que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer de los recursos de nulidad que se ejerzan en contra de las Providencias Administrativas proferidas por las Inspectorías del Trabajo. Así se establece.
>
> En consecuencia, establece esta Sala de Casación Social, que los Tribunales pertenecientes a la Jurisdicción Laboral serán incompetentes para conocer de los recursos que se interpongan contra las Providencias Administrativas que dicten las Inspectorías del Trabajo, a menos que surja una Ley que expresamente preceptúe lo contrario. Así se establece.
>
> En virtud de los señalamientos explanados anteriormente, esta Sala señalará en el dispositivo del presente fallo que la competencia para conocer del presente asunto corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, específicamente a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. (...).

– Que la Sala Político Administrativa como cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa ha reiterado el criterio jurisprudencial trazado desde sentencia de fecha 09 de abril de 1992, Caso: Corporación Bamundi, C.A., conforme al cual, en casos similares al de autos, los tribunales laborales, se constituyen como tribunales especiales de lo contencioso administrativo en materia laboral, siempre y cuando el caso no deba ser resuelto por la conciliación o el arbitraje, excluyéndose también de la jurisdicción laboral, por ejemplo, el conocimiento de los recursos que puedan ejercerse contra las decisiones del Ministro del ramo, específicamente, en los casos de negativa de registro e inscripción de organizaciones sindicales; o en los casos de oposiciones a convocatorias para negociaciones colectivas, así como los casos de inamovilidad previstos en la ley.

> – Que aunado a lo anterior, de seguirse el criterio que atribuye el conocimiento de estos casos a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, no sólo se sobrecargaría indebidamente tan importante órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que se incurriría, también, en una indebida concentración de competencias que perjudica al interesado y atenta contra los principios de acceso y de descentralización de la justicia.

Con base a todos esos argumentos, la Sala Políticoadministrativa en la sentencia que estamos comentando, expresamente dijo que no compartía el criterio sostenido por la Sala Constitucional, y adoptado por la Sala de Casación Social, ya que consideraba que era a los tribunales de primera instancia laborales a quienes correspondía conocer de los recursos de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, y a los fines de procurar y de mantener un criterio uniforme con las decisiones que emanan del Tribunal Supremo de Justicia, concluyó que la Sala Plena debía conocer y resolver el conflicto suscitado, a tenor de lo establecido en el ordinal 7° del artículo 42, en concordancia con el artículo 43 de la Ley Orgánica que rige las funciones de ese Alto Tribunal.

Hay que recordar que los criterios que establezca la Sala Constitucional con relación a principios y normas constitucionales son vinculantes para todos los tribunales del país y demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, es por ello que la Sala Político Administrativa, para poder justificar el hecho de plantear un conflicto entre Salas ante la Sala Plena, en la parte motiva de su sentencia señaló que la divergencia de criterios con ocasión de los tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, era un problema que no estaba referido a normas y principios constitucionales; ya que ello sólo comprendía diferencias hermenéuticas sobre cuestiones legales de competencia para conocer los órganos jurisdiccionales.

No estamos de acuerdo con esa afirmación de la Sala Políticoadministrativa, ya que la Sala Constitucional al establecer que eran los tribunales superiores contenciosos administrativos regionales los competentes para conocer de los recursos de nulidad contra actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, en el fondo está interpretando la noción del

juez natural, elemento esencial para que pueda hablarse de un debido proceso, contenida en el artículo 49 de la Constitución.

Tenemos que señalar que con posterioridad al fallo que hemos venido comentando, la Sala Políticoadministrativa ha dictado, por lo menos, más de treinta (30) sentencias en ese mismo sentido, es decir, planteando ante la Sala Plena el conflicto con la Sala Constitucional para que sea la Sala Plena quien determine cuál criterio debe prevalecer, el de la Sala Políticoadministrativa o el de la Sala Constitucional con ocasión de los tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad incoados contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo.

Es digno de resaltar que la Sala Políticoadministrativa, mediante auto para mejor proveer Nº AMP-017, dictado en fecha 27/02/03 en el expediente N° 2002-0108 de la numeración llevada por esa Sala, en el cual se está resolviendo un conflicto negativo de competencias entre un tribunal laboral y un tribunal superior contencioso administrativo regional, en virtud de que ambos tribunales se declararon incompetentes para conocer de un recurso de nulidad contra un acto emanado de una Inspectoría del Trabajo con ocasión de una solicitud de reenganche y pago de salarios caídos, en vez de plantear el conflicto surgido con la Sala Constitucional ante la Sala Plena, para que sea esta última quien determine a qué tribunal compete el conocimiento de este tipo de recursos, adoptó una modalidad distinta.

En efecto, la Sala Políticoadministrativa en ese auto para mejor proveer expresó que, como quiera que había planteado ante la Sala Plena un conflicto de competencia entre los criterios de la Sala Constitucional y de la Sala Político Administrativa, hasta tanto no fuese decidido dicho conflicto por la Sala Plena, acordó diferir el pronunciamiento correspondiente a la competencia en ese caso.

Esa modalidad de diferir el pronunciamiento correspondiente a la competencia hasta tanto no sea decidido el conflicto por la Sala Plena, duró muy poco, ya que se puede apreciar de la pagina *web* del Tribunal Supremo de Justicia, que la Sala Políticoadministrativa con posterioridad a ese auto para mejor proveer, ha seguido planteando tantos conflictos ante la Sala

Plena, como expedientes de regulación de competencia recibe para que determine a qué tribunales le corresponde decidir los recursos de nulidad contra actos dictados por las Inspectorías del Trabajo, lo que obliga a los abogados a estar muy atentos, ya que en algunos casos la Sala Políticoadministrativa se quedará con el expediente hasta tanto la Sala Plena determine cuáles son los tribunales que conocen de esos recursos, pero en otros casos enviará el expediente a la Sala Plena, planteando así un nuevo conflicto con la Sala Constitucional.

Otro hecho que no podemos dejar de mencionar, y por si fuera poco lo dicho hasta los momentos, en este problema ha surgido un nuevo actor, y es la Sala de Casación Civil, y sino lo creen sólo hay que echarle un vistazo a la página *web* del Tribunal Supremo de Justicia en la parte donde se publican las sentencias de la Sala de Casación Civil, específicamente las que fueron publicadas en fecha 11/04/03, en la que aparecen más de treinta (30) decisiones relacionadas un poco con este problema.

Tomamos como muestra la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil en fecha 11/04/03, Exp. Nº 2002-815, en la que le tocó resolver un conflicto negativo de competencia surgido entre un tribunal laboral y un tribunal superior contencioso administrativo regional con ocasión de un recurso de nulidad incoado contra un acto que ordenada el reenganche de un trabajador y pago de salarios caídos emanado de la Inspectoría del Trabajo del Estado Lara.

Es el caso que la Sala de Casación Civil se declaró incompetente para decidir ese conflicto negativo de competencias surgido entre los tribunales *ut supra* mencionados, remitiendo el conocimiento de ese asunto a la Sala Políticoadministrativa.

Poco importa en este momento señalar las razones que tuvo la Sala de Casación Civil para declararse incompetente para conocer de esa solicitud de regulación de competencia, lo que queremos resaltar es que lo realmente grave de toda esta situación es que los justiciables puedan pasar como mínimo dos (2) años ante los tribunales sólo para que se determine cuál es el tribunal competente que ha de conocer de un recurso de nulidad contra un acto emanado de una Inspectoría del Trabajo, entonces, ¿qué queda de la tutela judicial efectiva?

Somos de la opinión que la Sala de Casación Civil, respetando el derecho de los justiciables a una tutela judicial efectiva y expedita, ha debido acogerse a los criterios vinculantes establecidos por la Sala Constitucional en su sentencia del 20/11/02, y simplemente remitir el expediente a la Corte Primera, ya que es sabido que la Sala de Casación Civil funge como tribunal de conflictos negativos de competencias entre tribunales que no tengan un Superior común.

Si antes de la sentencia dictada por la Sala Constitucional en fecha 20/11/02, usted introdujo un recurso de nulidad contra un acto dictado por una Inspectoría del Trabajo ante un tribunal laboral, casi con toda seguridad el mismo se habrá declarado incompetente para conocer del mismo con base en la sentencia Nº 1.318/2001 dictada por la Sala Constitucional, remitiendo el expediente a un tribunal superior contencioso administrativo regional, el cual y con base en esa misma sentencia de la Sala Constitucional, también se habrá declarado incompetente para conocer del mismo, remitiendo el expediente a la Corte Primera, quien a su vez, y con base en esa misma sentencia de la Sala Constitucional, también se habrá declarado incompetente. En ese estado pueden pasar dos cosas, o que la Corte Primera remita el expediente a la Sala de Casación Civil para que por la vía de una solicitud de regulación de competencia determine a qué tribunal le corresponde conocer del recurso de nulidad, corriendo el riesgo que la Sala de Casación Civil se declare incompetente para conocer de esa regulación, remitiendo la misma a la Sala Políticoadministrativa para que la decida, o que la Corte Primera solicite directamente a la Sala Políticoadministrativa la regulación de esa competencia, y en uno u otro caso, la Sala Políticoadministrativa podrá plantear ante la Sala Plena un conflicto entre Salas, para que sea esa Máxima Sala quien determine a qué tribunal corresponde el conocimiento del asunto, o puede quedarse con el expediente a la espera de que la Sala Plena resuelva los conflictos que ya hayan sido planteado con anterioridad.

Lo más grave viene ahora, ya que en paralelo a lo narrado anteriormente, en la actualidad, y en virtud de la sentencia dictada por la Sala Constitucional el 20/11/02, en la cual dijo expresamente que el conocimiento de esos recursos es competencia de la Corte Primera, todos los Tribu-

nales Superiores Contencioso Administrativo Regionales del país han enviado a esa Corte Primera expedientes contentivos de recursos de nulidad contra actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, admitiendo esos recursos, lo que significa que mientras la Sala Plena decide a quién compete su conocimiento, la Corte Primera ya está conociendo de los mismos. Sólo hay que imaginarse un contexto en que la Sala Plena diga que los tribunales competentes son los laborales y la Corte Primera ya haya sentenciado algunas de esas causas, lo que originaría que esas sentencias fuesen nulas por ser dictadas en violación a la noción del juez natural, produciéndose así una violación al derecho a una tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas que asiste a los justiciables, lo cual, y es indudable, generaría responsabilidad patrimonial para el Estado, tal y como lo prevé el numeral 8° del artículo 49 de la Constitución.

Es más, pudiera suceder también que la Sala Políticoadministrativa tenga que conocer en alzada de alguna de esas sentencias dictadas por la Corte Primera, pero se abstenga de decidir hasta tanto la Sala Plena no se pronuncie al respecto.

A todo eso hay que sumar un hecho impensable, y que nos recuerda que en Venezuela el realismo mágico de Gabriel García Márquez es cosa cotidiana, ya que la Sala Políticoadministrativa, y aunque usted no lo crea, en otra sentencia dictada en fecha 14 de enero de 2003, Exp. N° 01-601, sentó que el tribunal competente para conocer de los recursos de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo es la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

El caso fue el siguiente, un cliente de quien suscribe este trabajo, demandó ante la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, la nulidad de un acto emanado de la Inspectoría del Trabajo del Estado Zulia, mediante el cual se había procedido a decretar la inamovilidad de algunos trabajadores y se procedió a la inscripción de un sindicato.

La Corte Primera declinó la competencia para conocer de ese caso en la Sala Políticoadministrativa, por considerar que al estarse alegando razones de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el primer aparte del artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la competencia le correspondía a esa Sala.

Tras algunas deliberaciones, la Sala Políticoadministrativa sentó que atendiéndose a un criterio orgánico de distribución de competencias, era la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo la competente para conocer de esa causa, pues se solicitaba la nulidad de unos actos emanados de la Inspectoría del Trabajo del Estado Zulia, mediante los cuales se reconoció la legalidad del Sindicato de Trabajadores de la recurrente y la inscripción del mismo en el registro respectivo.

Si bien es cierto que en ese caso se demandó la nulidad de unos actos emanados de una Inspectoría del Trabajo, que no involucraban derechos individuales de los trabajadores (reenganche y pago de salarios caídos), sino que involucraban derechos colectivos (inamovilidad y registro de sindicatos), lo cual será desarrollado más adelante, no es menos cierto que la Sala Políticoadministrativa, atendiendo a un criterio orgánico, estableció que el tribunal competente para conocer de la nulidad de esos actos administrativos, con base en el numeral 3° del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, era la Corte Primera, ya que los mismos emanaban de una Inspectoría del Trabajo. ¿Y es que acaso los actos que ordenan o niegan una solicitud de reenganche y pago de salarios caídos, no emanan también de las Inspectorías del Trabajo?, ¿cómo justifica entonces la Sala Políticoadministrativa que el conocimiento de los recursos de nulidad contra esos actos es de los tribunales laborales?

Vemos así, cómo la Sala Políticoadministrativa ha considerado que los recursos de nulidad que se intenten contra ciertos actos que emanan de las Inspectorías del Trabajo, es competencia de los tribunales laborales, pero también ha considerado que en otros casos los recursos de nulidad que se intenten contra actos igualmente emanados de las Inspectorías del Trabajo es competencia de la Corte Primera.

Pero las contradicciones en la cuales ha incurrido la Sala Políticoadministrativa con ocasión de este tema, no terminan ahí.

En efecto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, acogiendo el criterio sentado por la Sala Constitucional en su sentencia de fecha 20 de noviembre de 2002, Exp. 02-2241, en la que se dijo que el

conocimiento de los recursos de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo corresponde en primera instancia a esa Corte y en alzada a la Sala Políticoadministrativa, en fecha 18 de febrero de 2003, remitió a la Sala Políticoadministrativa un expediente contentivo de una apelación interpuesta contra una sentencia dictada en fecha 12 de julio de 2002, por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro-Occidental, mediante la cual se había declarado sin lugar el recurso de nulidad ejercido por un ciudadano contra un acto dictado por la Inspectoría del Trabajo del Estado Lara.

Así las cosas, la Corte Primera en vez de declararse competente para conocer de esa apelación, por decisión Nº 2.002-3.638 de fecha 18 de diciembre de 2002, la misma se declaró incompetente para conocer esa causa, en los términos siguientes:

> ...Ahora bien, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 20 de noviembre de 2002, caso: Ricardo Baroni Uzcátegui, estableció que: "(I) La Jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones de nulidad que dicten las Inspectorías del Trabajo, así como cualquier otra pretensión –distinta de la pretensión de amparo constitucional– que se fundamenta en las actuaciones u omisiones de dichos órganos, en la jurisdicción contencioso-administrativa. (II) De los tribunales que conforman esta jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones antes especificadas corresponde, en primera instancia a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y en segunda instancia, a cuando ésta proceda, a la Sala Políticoadministrativa de este Supremo Tribunal". (...)
>
> <u>En atención a lo expuesto, si bien es cierto que el *a quo* para el momento en que dictó la decisión resultaba ser el tribunal competente en primera instancia para conocer del recurso interpuesto, y por ende este Órgano Jurisdiccional el competente para conocer en segunda instancia, visto el reciente criterio establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, esta Corte lo acoge (....). En consecuencia, declina el</u>

> conocimiento de la presente causa a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia... (Subrayados del autor).

Ahora bien, la Sala Políticoadministrativa mediante sentencia Nº 754 dictada en fecha 21 de mayo de 2003, Exp. Nº 2003-0397, se pronunció sobre la competencia que le era declinada por la Corte Primera para resolver la referida apelación, cuestión que hizo en los siguientes términos:

> – Que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declinó en esa Sala el conocimiento de la apelación ejercida contra una decisión emanada del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, por considerar que de conformidad con lo dispuesto por la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, los casos como el presente que traten sobre una solicitud de nulidad interpuesta contra un acto emanado de una Inspectoría del Trabajo, deben ser conocidos en primera instancia por dicha Corte y en segunda instancia por esta Sala.
>
> – Que de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer las apelaciones que se interpongan contra las decisiones dictadas en primera instancia por los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo.
>
> – Que en consecuencia, visto que la decisión contra la cual se ejerce el recurso de apelación emanó del Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, de conformidad con la norma antes indicada, es la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo la que debe conocer la causa, en su carácter de alzada natural del referido tribunal.

En virtud de lo antes expuesto, la Sala Político Administrativa no aceptó la competencia que le fuera declinada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a los fines de conocer la apelación interpuesta

contra la sentencia dictada en fecha 12 de julio de 2002, por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro-Occidental, por ser dicha Corte, en criterio de esa Sala, la competente para conocer de la misma.

Vuelve la Sala Políticoadministrativa a incurrir en una contradicción insalvable, ya que hemos podido apreciar cómo la misma ha planteado un conflicto con la Sala Constitucional ante la Sala Plena, para que sea esta última Sala quien determine a qué jurisdicción le corresponde conocer de los recursos de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, si a los tribunales laborales o a los tribunales contenciosos administrativos, resaltando que la Sala Políticoadministrativa planteó ese conflicto entre Salas, partiendo de la premisa que el recurso de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo es competencia de los tribunales laborales.

La Sala Políticoadministrativa no se percató que al dictar su sentencia Nº 754 de fecha 21 de mayo de 2003 *ut supra* comentada, literalmente está aceptando que el conocimiento de los recursos de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo es de los tribunales contenciosos administrativos, pero en un grado distinto de conocimiento al establecido por la Sala Constitucional, en el sentido que el conocimiento de esos recursos corresponde en primera instancia a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos Regionales y la alzada corresponde a la Corte Primera. Por supuesto, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer las apelaciones que se interpongan contra las decisiones dictadas en primera instancia por los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo, pero la variable que no tomó en cuenta la Sala Políticoadministrativa fue el hecho que esa apelación había sido intentada contra una sentencia dictada por un Tribunal Superior Contencioso Administrativo que había declarado sin lugar un recurso de nulidad contra unos actos emanados de una Inspectoría del Trabajo; luego, si la Sala Políticoadministrativa hubiese sido consecuente con su propia doctrina, tenía dos alternativas, a saber: o enviar el expediente a la Sala Plena planteando así nuevamente el con-

flicto con la Sala Constitucional o quedarse con el expediente hasta tanto la Sala Plena estableciera a qué jurisdicción, si a la laboral o a la contencioso administrativa, corresponde el conocimiento del recurso de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo.

Lo más confuso del asunto reside en el hecho que en la misma fecha –21/05/03– en que la Sala Políticoadministrativa dictó su sentencia Nº 754 que hemos venido comentando, dictó la sentencia Nº 756, Exp. Nº 2003-0532, mediante la cual resolvió un conflicto de competencia surgido entre el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores, Agrario y de Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo y el Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Zona Centro Occidental con sede en la ciudad de Barquisimeto, Estado Lara, ya que ambos Tribunales se habían declarado incompetentes para conocer de un recurso de nulidad contra un acto emanado de la Inspectoría del Trabajo del Estado Trujillo.

Ese conflicto de competencia fue resuelto por la Sala Políticoadministrativa, con base en los siguientes argumentos:

> – Que respecto a cuál tribunal es el competente para conocer de los recursos de nulidad interpuestos contra actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, han surgido criterios divergentes entre esta Sala y las Salas Constitucional y de Casación Social de este Alto Tribunal.
>
> – Que dado que esa Sala no comparte el criterio sostenido por la Sala Constitucional, y el cual fue adoptado por la Sala de Casación Social *"en procura de mantener un criterio uniforme con las decisiones que emanan de este Tribunal Supremo de Justicia"*, en cuanto a cuál tribunal le corresponde conocer los casos como el presente, ya que considera que el tribunal competente para conocer dichas causas es un tribunal laboral actuando como tribunal especial de lo contencioso administrativo en materia laboral, ello con fundamento en la reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencia de fecha 9 de abril de 1992, Caso: Corporación Bamundi, C.A.) planteó un

> conflicto de competencia entre los criterios de la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa a tenor de lo establecido en el ordinal 7° del artículo 42, en concordancia con el artículo 43 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal. (Ver sentencia de esta Sala N° 8 de fecha 9 de enero de 2003).
>
> – Que hasta tanto no sea decidido ese conflicto por la Sala Plena, se acuerda diferir el pronunciamiento correspondiente para determinar cuál tribunal es el competente para conocer el presente caso.

Queda así evidenciado cómo la Sala Políticoadministrativa, el mismo día, dijo que el recurso de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo es competencia de los Tribunales Laborales y al mismo tiempo, que es competencia de los Tribunales Contenciosos Administrativos, conociendo en primera instancia los Tribunales Superiores Contenciosos Administrativos Regionales y en alzada a la Corte Primera.

Todo esto lo que genera es una gran incertidumbre e inseguridad jurídica.

En todo caso, quien suscribe se hizo parte en el primer conflicto entre Salas planteada por la Sala Políticoadministrativa contra la Sala Constitucional, a los fines de coadyuvar con la correcta interpretación de a qué tribunal le compete tramitar los recursos de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, siendo que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia tendrá la última palabra en relación a este asunto.

1.3 *NUESTRA OPINIÓN ACERCA DE CUÁLES SON LOS TRIBUNALES COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS RECURSOS DE NULIDAD CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS DE LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO, DESDE LA ÓPTICA DE LA NOCIÓN DEL JUEZ NATURAL Y DESDE LA ÓPTICA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.*

En nuestra opinión consideramos, confrontando los distintos criterios emanados de la Sala Constitucional y de la Sala Políticoadministrativa, que si se le da preeminencia a la noción del juez natural, es acertada la

posición asumida por la Sala Constitucional y por la Sala de Casación Social, en cuanto al punto referido a que el conocimiento de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo corresponde a los Tribunales que integran la jurisdicción contencioso administrativa, específicamente, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en primera instancia.

Fundamentamos lo anterior en lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución, el cual establece lo siguiente:

> Artículo 259. La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. (Subrayados del autor).

Ciertamente, al ser las Inspectorías del Trabajo órganos administrativos, los recursos de nulidad contra los actos administrativos que emanen de dichas Inspectorías deben ser conocidos por la jurisdicción contencioso administrativa, a tenor de lo establecido en la norma *ut supra* transcrita.

En virtud de lo anterior, no podía, en principio, la Sala Políticoadministrativa interpretar con base a normas de rango legal –artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica del Trabajo y artículo 28, ordinal 1º de la Ley Orgánica del Tribunales y Procedimientos del Trabajo–, que los tribunales competentes en esos casos eran los Juzgados de Primera Instancia Laborales, ya que en virtud del principio de la supremacía de la Constitución, previsto en el artículo 7 de nuestra Carta Magna, la Sala Políticoadministrativa ha debido darle aplicación preferente a lo dispuesto en el artículo

259 *eiusdem,* y simplemente acatar los criterios sentados por la Sala Constitucional.

Con base a lo antes dicho, consideramos que es acertado, desde la noción del juez natural, el criterio según el cual el conocimiento del recurso de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En ese orden de ideas, el numeral 3º del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dispone lo siguiente:

> Artículo 185.- La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, será competente para conocer:
>
> *...omissis...*
>
> 3º De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de esta Ley, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal;

En virtud de lo dispuesto en dicha norma, siempre desde la óptica de la noción del juez natural, compartimos el criterio sentado tanto por la Sala Constitucional como por la Sala de Casación Social, en cuanto a que es a la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo a quien corresponde en primera instancia conocer del recurso de nulidad contra un acto administrativo de efecto particular emanado de una inspectoría del trabajo, por cuanto al no estar atribuido expresamente a otro tribunal el conocimiento del recurso de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares emanados de las Inspectorías del Trabajo, opera la competencia residual prevista en el artículo 185, 3° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a favor de la Corte Primera, y en consecuencia, la alzada en esos casos correspondería a la Sala Políticoadministrativa.

Por otra parte, si bien es cierto que consideramos, desde una postura estrictamente *ius positivista* y partiendo de la noción del juez natural, que es a la jurisdicción contencioso administrativa a quien corresponde

conocer de los juicios de nulidad contra un acto administrativo emanado de una Inspectoría del Trabajo con ocasión de una solicitud de reenganche y pago de salarios caídos, y que dicha competencia es de la Corte Primera, no es menos cierto que dicha postura choca con el derecho a una tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 de la Constitución, ya que en esos casos se limita el acceso en primera instancia a un solo Tribunal (Corte Primera) y que el mismo está en la ciudad de Caracas, dificultando así el acceso al aparato de justicia a las personas que residen en el interior del país y que puedan verse afectados por decisiones emanadas de las Inspectorías del Trabajo con ocasión de solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos, ya que tendrían que recorrer grandes distancias, con los costos que ello implica, para demandar la nulidad de esos actos, todo lo cual va en desmedro a la tutela judicial efectiva y a lo dispuesto en el artículo 257 de la Constitución, según el cual el proceso es una herramienta para la realización de la justicia.

Así las cosas, hay que tomar en cuenta, como muy bien sentó la Sala Políticoadministrativa, que en virtud de la situación antes descrita, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse afectado en el supuesto de que se interprete que los juicios de nulidad contra un acto administrativo emanado de una Inspectoría del Trabajo con ocasión de una solicitud de reenganche y pago de salarios, corresponde en primera instancia a la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, ya que esa Corte Primera es una sola para todo el país y tiene su sede en Caracas.

Ahora bien, en todos los Estados del país funcionan Tribunales de Primera Instancia Laborales, mas no en todos los Estados del país hay Cortes Contencioso Administrativas, y no hay que negar bajo esa realidad, que la interpretación realizada por la Sala Políticoadministrativa en su sentencia Nº 147/2002, promueve la descentralización de la justicia en términos más amplios a los establecidos por la Sala Constitucional en sus sentencias N$^{os.}$ 1.318/2001 y 2.862/2002, y en términos más amplios a los establecidos por la Sala de Casación Social en su sentencia Nº 39/2002, de lo cual se infiere que no sería absurdo, bajo este contexto, retornar a los criterios sentados en la famosa sentencia Caso: Corporación Bamundi, C.A.

TAL VEZ, LA ÚNICA FORMA DE CONGENIAR LAS NOCIONES DEL JUEZ NATURAL Y DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, QUE PARECIERAN ESTAR EN PUGNA, SERÍA QUE LA SALA PLENA INTERPRETE, EN ARAS DE PROTEGER LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y PROMOVER LA DESCENTRALIZACIÓN JUDICIAL, QUE LOS TRIBUNALES DE PRIMERA INSTANCIA LABORALES SON COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS JUICIOS DE NULIDAD CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS DE LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO QUE RESUELVAN SOLICITUDES DE REENGANCHE Y PAGO DE SALARIOS CAÍDOS, Y QUE EN ARAS DE PROTEGER LA NOCIÓN DEL JUEZ NATURAL, SE INTERPRETE QUE DE ESOS JUICIOS CONOCE EN ALZADA O SEGUNDA INSTANCIA, LA CORTE PRIMERA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

La interpretación anterior, que de darse, no sólo congeniaría las nociones de juez natural, tutela judicial efectiva y descentralización del Poder Judicial, sino que permitiría también revisar esos casos desde la doble óptica laboral y administrativa por dos Juzgados especializados e idóneos, CADA UNO EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS, uno en materia laboral y el otro en materia de derecho administrativo, lo cual satisfaría también el criterio de la especialidad e idoneidad, ya que no se puede negar que las resoluciones dictadas por las Inspectoría del Trabajo, SON ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE INCIDEN EN LAS RELACIONES LABORALES EXISTENTES ENTRE TRABAJADORES Y PATRONES.

Hay que recordar, que la Sala Constitucional en sentencia Nº 77 dictada el 09 de marzo de 2000, Caso José Alberto Quevedo, Exp. Nº 0126, sentó que el juez natural, además de ser un juez predeterminado por la ley, deben confluir varios requisitos para poder definir con exactitud la noción del juez natural, entre los cuales está el de la IDONEIDAD, como lo garantiza el artículo 26 de la Constitución de 1999, de manera que en la especialidad a que se refiere su competencia, dijo la Sala Constitucional en la sentencia en comento, el juez apto para juzgar; en otras palabras, tiene que ser un especialista en el área jurisdiccional donde vaya a obrar.

En ese orden de ideas, cuando han sido los Tribunales Laborales quienes han llevado el testigo para juzgar la nulidad de los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo que resuelven solicitudes de reenganche y órdenes de pago de salarios caídos, los abogados administrativistas han criticado el hecho de que los Tribunales Laborales no son Tribunales especializados en materia administrativa, queriendo significar que no son los Tribunales más idóneos para tramitar esos juicios de nulidad. En contrapartida, cuando el testigo para conocer de esos juicios lo han llevado los Tribunales Contenciosos Administrativos, los abogados laboralistas han criticado el hecho de que los Tribunales Contenciosos Administrativos no son Tribunales especializados en materia laboral, queriendo significar igualmente que no son los Tribunales más idóneos para tramitar esos juicios de nulidad.

En nuestra opinión, como dijéramos anteriormente, los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo con ocasión de solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos, SON ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE INCIDEN EN LAS RELACIONES LABORALES EXISTENTES ENTRE TRABAJADORES Y PATRONES, y es por ello, que consideramos que en primera instancia deberían conocer los Juzgados Laborales para conocer de los mencionados juicios de nulidad, y la alzada debería corresponder a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Resaltamos, que una solución parecida es ofrecida por el numeral 1° del artículo 183 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 182 *eiusdem,* al establecer que los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial, conocerán en primera instancia de cualquier recurso o acción que se proponga contra los Estados o Municipios, correspondiendo la alzada en esos casos a los Tribunales Superiores Civiles y Contenciosos Administrativos Regionales.

Lo anterior significa que una demanda de naturaleza civil, verbigracia, una acción reivindicatoria que se intente contra un Estado o un Municipio, en primera instancia es tramitada por un Juzgado Civil, pero la alzada siempre corresponderá al Contencioso Administrativo; consideramos que lo anterior es así por el hecho de que al tratarse de una acción

eminentemente civil, pero incoada contra un ente del poder público (Estados y Municipios), el legislador estimó conveniente que esos juicios fuesen tramitados por dos tipos diferentes de jueces –civiles y contenciosos administrativos–, para que esos casos fuesen examinados desde la óptica civil y administrativa, lo que sin dudas es lo más idóneo.

La interpretación que sugerimos no nos luce disparatada si tomamos en cuenta que el artículo 257 de la Constitución expresa que el proceso es una herramienta para la realización de la justicia; luego, el que se interprete que es a la Corte Primera a quien corresponde la tramitación de esos juicios es detractora de la justicia y de la tutela judicial efectiva de los habitantes del interior que se vean afectados por providencias dictadas por las Inspectorías del Trabajo, ya que le sería muy difícil el acceso al aparato de justicia. Hay que tomar en cuenta que entre los principios implícitos contenidos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema, se encuentran el de la descentralización y desconcentración de la labor jurisdiccional.

En todo caso, lo dicho hasta los momentos sólo evidencia de manera clara la urgencia y necesidad imperativa que la Sala Plena, en aras de proteger la noción del juez natural, de la tutela judicial efectiva y de la seguridad jurídica, unifique los distintos criterios jurisprudenciales existentes con ocasión del tema que hemos venido tratando en este trabajo, y señale con precisión a qué Tribunales le compete conocer de los juicios de nulidad contra un acto administrativo emanado de una Inspectoría del Trabajo con ocasión de una solicitud de reenganche y pago de salarios.

La unificación de criterios jurisprudenciales por parte de la Sala Plena podría proceder en dos sentidos, dependiendo de cuál derecho constitucional debe prevalecer, si el del juez natural o el de la tutela judicial efectiva.

Desde un punto de vista estrictamente *ius positivista,* si lo que se pretende es dar protección a la noción del juez natural, se debe interpretar que el Tribunal al cual compete conocer de los juicios de nulidad contra las resoluciones emanadas de las Inspectorías del Trabajo que resuelvan solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos, es competencia en primera instancia de la Corte Primera en lo Contencioso

Administrativo, de conformidad con la competencia residual que le otorga el artículo 185, numeral 3° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y en alzada la Sala Políticoadministrativa.

Ahora bien, si lo que se quiere es conciliar la noción del juez natural con la de la tutela judicial efectiva, la Sala Plena debería interpretar que los tribunales de primera instancia laborales son competentes para conocer de los juicios de nulidad contra los actos administrativos emanados de las inspectorías del trabajo que resuelvan solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos, y de esos juicios conoce en alzada o segunda instancia, la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo.

Cualquiera de las dos interpretaciones antes mencionadas pudiera ser viable, lo que nunca pudiera ser viable es que se establezca que el Tribunal al cual compete conocer de los juicios de nulidad contra las resoluciones emanadas de las Inspectorías del Trabajo que resuelvan solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos, son los Tribunales Contenciosos Administrativos Regionales, ya que no existe ninguna norma atributiva de competencia en ese sentido

Pero esa interpretación debe darse lo más pronto posible, ya que hay que recordar también que el numeral 8º del artículo 49 de la Constitución establece que toda persona puede solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificada, siendo evidente que al existir diversos criterios acerca de cuáles son los tribunales competentes para tramitar y decidir los juicios de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, ello pudiera generar retardos injustificados por una errónea interpretación del derecho en la tramitación de ese tipo de juicios, por el sinfín de decisiones que puedan generarse de declaratorias de incompetencia de los laborales a los Tribunales Contenciosos Administrativos o a la Corte Primera o viceversa, según el criterio al cual se adscriba cualquier juez que le toque decidir ese tipo de causa.

2. TRIBUNALES COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS RECURSOS DE NULIDAD CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES.

Debemos empezar diciendo que los actos administrativos que involucran derechos colectivos de los trabajadores son los previstos en los artículos 425, 465 y 519 de la Ley Orgánica del Trabajo, artículos estos que están incluidos en el Título VII de Ley Orgánica del Trabajo, el cual se refiere a los derechos colectivos del trabajo.

Esas normas disponen lo siguiente:

> **Artículo 425.-** El Inspector del Trabajo recibirá los documentos que le hayan sido presentados con la solicitud de registro de un organismo sindical y dentro de los treinta (30) días siguientes ordenará el registro solicitado. Si encontrare alguna deficiencia lo comunicará a los solicitantes, quienes gozarán de un término de treinta (30) días para corregirla. Subsanada la falta, el Inspector procederá al registro.
>
> Si los interesados no subsanan la falta en el plazo señalado en este artículo, el Inspector se abstendrá del registro. La decisión del Inspector será recurrible para ante el Ministro del ramo y la de éste para ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, ambas dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que la junta directiva electa haya sido notificada de la respectiva resolución.
>
> La inscripción la hará el Inspector del Trabajo en un registro llevado al efecto. (Subrayados del autor).
>
> **Artículo 465.-** El Ministro del ramo, dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la fecha en que hubiere recibido la solicitud, hará el registro de la federación o confederación o pondrá en conocimiento de los solicitantes las deficiencias que hubiere encontrado. Los interesados dispondrán de un plazo

> de quince (15) días continuos para corregir las deficiencias o alegar lo que juzgue conveniente. El Ministro dentro de los quince (15) días siguientes resolverá lo conducente.
>
> Contra la resolución negativa se podrá recurrir para ante la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la misma. (Subrayados del autor).
>
> **Artículo 519.-** Las partes convocadas para la negociación de una convención colectiva sólo podrán formular alegatos y oponer defensas sobre la improcedencia de las negociaciones en la primera reunión que se efectúe de conformidad con la convocatoria. Vencida esa oportunidad no podrán oponer otras defensas. Opuestas defensas, el Inspector del Trabajo decidirá dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes sobre su procedencia. Contra la decisión del Inspector del Trabajo se oirá apelación en un solo efecto por ante el Ministro del ramo. El lapso para apelar será de diez (10) días hábiles. Si el Ministro no decidiere dentro del lapso previsto en la Ley de Procedimientos Administrativos o lo hiciere en forma adversa, el sindicato podrá recurrir dentro de los cinco (5) días siguientes ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, la que decidirá en forma breve y sumaria.
>
> Parágrafo Único: Si la decisión definitivamente firme declarare con lugar la oposición de la parte patronal, terminará el procedimiento. Si declarare improcedente la oposición, continuarán las negociaciones. (Subrayados del autor).

Ahora bien, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Trabajo señala que 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.

En ese sentido, el último aparte de la norma en comento señala que 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 Ley Orgánica del Trabajo, la cual se refiere a los derechos colectivos del trabajo.

La propia Ley del Trabajo en la norma en comento está reconociendo expresamente que en materia laboral los conflictos pueden ser de dos tipos, a saber: 1) conflictos donde estén en juego derechos individuales y 2) conflictos donde estén en juego derechos colectivos.

DEBEMOS PUNTUALIZAR QUE EL ÚLTIMO APARTE DEL ARTÍCULO 5 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO EN COMENTO SEÑALA QUE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS SOBRE INTERESES Y LOS QUE SE PLANTEEN PARA EXIGIR EL FIEL CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS CONTRAIDOS SE TRAMITARÁN DE ACUERDO CON LO PAUTADO EN EL TÍTULO VII DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LA CUAL SE REFIERE AL "DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO".

De lo explicado hasta los momentos y en virtud de la ubicación de estos artículos en el Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo, podemos concluir que los actos administrativos que ordenen la negativa de registro de un sindicato, que ordenen la negativa de registros de federaciones o confederaciones de trabajadores y los que ordenen la procedencia o improcedencia de las negociaciones colectivas, son actos administrativos que involucran derechos colectivos de los trabajadores, CUYA NULIDAD, TAL Y COMO LO SEÑALAN LAS NORMAS EN COMENTO, ES TRAMITADA ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, pero por emanar todos esos actos del Ministerio del Trabajo, ello determina, en virtud de criterios orgánicos, que la competencia se le atribuya a la SALA POLITÍCOADMINISTRATIVA.

En ese sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Social, en sentencia de fecha 17 de mayo de 2000, en la cual se dijo que:

> Hace suyo esta Sala el criterio jurisprudencial anteriormente expuesto que permite conservar la unidad de la jurisdicción laboral para la elucidación de todos los asuntos contenciosos que no correspondan a la condición (*rectius*: conciliación) y al arbitraje sobrevenido con ocasión del trabajo por cuenta ajena, salvo en los casos previstos en los artículos 425, 465 y 519 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuyo conocimiento, sustanciación y decisión, ese mismo ordenamiento laboral atribuye a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El que el legislador haya querido conferir a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer de la nulidad de actos administrativos que involucren derechos colectivos laborales, no es obra de la casualidad, ya que en esos casos quien está expidiendo esos actos son entes administrativos, y de conformidad con el artículo 259 de la Constitución, la Jurisdicción Contencioso Administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley, siendo competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder.

En el caso de los recursos de nulidad contra los actos que involucran derechos colectivos de los trabajadores, las cosas sí están claras, ya que en la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con lo establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sí existen normas expresas que le dan competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, por órgano de la Sala Políticoadministrativa, para conocer de los recursos de nulidad contra esos actos.

Debemos resaltar que aunque los artículos 425 y 465 de la Ley Orgánica del Trabajo otorgan la posibilidad de impugnar los actos que nieguen la inscripción de sindicatos, federaciones o confederaciones, también se pueden impugnar los actos que acuerden el registro de las mismas.

Por supuesto, que para proceder a demandar la nulidad de actos que involucren derechos colectivos de los trabajadores, a diferencia de lo que sucede con los actos dictados con ocasión de solicitudes de reenganche y pago de salarios caídos, previamente hay que agotar la vía

administrativa, ya que por ejemplo, de recurrirse directamente ante la Sala Políticoadministrativa un acto que acuerde o niegue la inscripción de un sindicato dictado por una Inspectoría del Trabajo, sin agotar el recurso jerárquico ante el Ministerio del Trabajo, dicho recurso debe ser declarado inadmisible.

Por último, no hay que confundir la posibilidad de demandar la nulidad de un acto que acuerde el registro de un sindicato, con la acción de disolución de un sindicato consagrada en el artículo 462 de la Ley Orgánica del Trabajo, ya que en ese último caso el Tribunal competente es el de Primera Instancia del Trabajo de la Jurisdicción y en alzada el Tribunal Superior del Trabajo.

CONCLUSIONES

Es muy difícil hacer conclusiones sobre el asunto que hemos tratado en este trabajo, porque hemos podido apreciar que ni siquiera las distintas Salas que conforman el Tribunal Supremo de Justicia han podido ponerse de acuerdo con relación a los tribunales competentes para conocer del recurso de nulidad contra los actos que involucran derechos individuales de los Trabajadores emanados de las Inspectorías del Trabajo, para lo cual habrá que esperar que la Sala Plena resuelva el conflicto existente entre la Sala Políticoadministrativa y la Sala Constitucional.

Lo único que sí es definitivo, es la existencia de una gran inseguridad jurídica con relación a este tema, y es aquí donde hace falta un Duque Sánchez que alumbre el camino y despeje la incertidumbre acerca de cuáles son los tribunales competentes para conocer del recurso de nulidad contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo.

Consideraciones sobre Ciertas Particularidades en Algunas de las Normas de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Alberto BAUMEISTER T.[*]

¿Acaso no debemos a los que nos han proporcionado
los medios para instruirnos la misma gratitud
que a quienes nos dieron vida?
(Federico El Grande, An Voltaire, 6-07-1739)[1]

---

[*] **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado mención *Summa Cum Laude*, Especialista en Derecho Privado y Derecho Financiero, *Escuela de Derecho y Centro de Estudios para Graduados*, Ex Profesor. *Revista de la Facultad de Derecho*, Director. **Universidades Central de Venezuela y Católica del Táchira**, Profesor. **Escuela Judicial** (antes Escuela de la Judicatura), Docente. **Juzgado Nacional Agrario**, Ex Conjuez Nacional Agrario, **Corte Suprema de Justicia**, *Sala de Casación Civil*, Ex Magistrado como conjuez en la Sala Especial de Casación Civil. **Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**, **Instituto de Estudios de Derecho Procesal**, *Capítulo Metropolitano*, Miembro, Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (Avedese-Aida), Presidente. Investigación realizada por el autor como contribución a este Libro Homenaje a mi maestro Doctor José R. Duque Sánchez.

[1] En el Libro de los Mil Sabios, F. Palazzi y S. Spaventa Filippi, Cie, Dossat, 2000, 10ª edic. Isbn 84-95312-23-9, España, 2000, p. 451.

SUMARIO:

Introducción
1. **La jurisdicción del Trabajo: ¿Jurisdicción de Derecho o de Equidad?**
2. **Preservación de la inmediatez en la nueva organización de la Primera Instancia del proceso laboral.**
3. **Medios de llamado a juicio en el nuevo proceso laboral.**
4. **El especial régimen de la "perención" en la Ley Procesal del Trabajo.**

Colofón

INTRODUCCIÓN

Recientemente y luego de un considerable proceso de difusión, observaciones y discusiones, según se lo explico en un foro patrocinado por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, se hizo la promulgación de la hoy vigente Ley Orgánica Procesal del Trabajo[2] que ha llamado la atención de todo el mundo jurídico, y en especial por supuesto de los *ius* laboralistas y procesalistas, tanto nacionales como algunos del extranjero.

En dicha normativa se inserta multitud de cambios y nuevas instituciones, así como conceptos apartados de los sistemas ordinarios procesales y de los vigentes sistemas procesales ordinarios y especiales vigentes hasta la fecha en nuestro país.

Examinar todo ello en un trabajo para un libro homenaje, ciertamente escaparía a todo buen sentido, y llenaría unas muchas cuantas páginas de dicho libro.

Pero como en verdad hay una serie de particularidades y novedades que ya sea por aparente o real contradicción, por sus particulares efectos contrapuestos a los de otras instituciones, desconocidos hasta el pre-

[2] Dicha ley fue promulgada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* (en lo sucesivo "GO") ordinaria Nº 37504 del 13 de agosto del 2002, a la cual nos referiremos en lo adelante como "LOPT".

sente en el sistema procesal patrio; o por la confusa redacción o entendimiento a que se prestan otras, nos hemos propuesto como tema central de este trabajo estudiar algunas de ellas, sin que tampoco con este modesto trabajo estemos afirmando que hemos pretendido agotar la materia, ni que lo dicho por nosotros sea la última palabra.

En todo caso, lo que sí resulta cierto reconocer es que la ley está llena de novedades, se aparta del modelo paradigmático del proceso civil ordinario, y crea un nuevo estilo para el manejo de lo que plantea como nuevo modelo del proceso laboral que, a nuestro juicio, y vivamente deseamos estar equivocados, excede en mucho las necesidades de un proceso más expedito y justo para la justicia laboral, todo lo cual estamos seguros tendrá serios problemas para su debida entronización y para solventar los verdaderos problemas que seguramente se tuvieron en cuenta cuando lo pensaron sus proyectistas.

Precisa recordar aquí que muchos de esos cambios han sido inducidos, o encuentran su requerimiento, en la propia Constitución Nacional,[3] pues no tienen raíces en el sistema procesal venezolano, ni en la anterior ley que regula dicho campo.[4]

En todo caso –por igual– la mayoría de las leyes procesales vigentes en el país para la fecha de promulgación de la CN en efecto, en torno a la modalidad y principios que deben regularlos han ameritado considerables ajustes, entre otras razones, porque la nueva CN ha proclamado como modelo de proceso más justo y expedito para lograr la justicia un nuevo modelo cuyos caracteres relevantes han de ser su brevedad, oralidad y exigiéndose que por igual sea público,[5] pero en verdad en el campo de lo

[3] Constitución Nacional de 1999, luego republicada con algunas modificaciones y su Exposición de Motivos en mayo del año siguiente, sobre la cual se han tejido muchas dudas, en tanto se comenta que la misma fue realizada sin revisión por los constituyentistas ni órgano delegado para hacerlo, y que la Exposición de Motivos, por igual, no fue tampoco del conocimiento de la Asamblea Constituyente, ni de organismo alguno por ella delegado. En adelante, en todo caso, nos referiremos a la segunda y la citaremos como "CN"

[4] Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo.

[5] Art. 257 CN "El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales".

procesal laboral, modestamente estimamos que en algunos casos se pecó por desconocimiento de lo que se proponía, y en otros en la extensión de lo que debía entenderse era inducido por el constituyente.

Lo positivo o negativo de los cambios no podrá apreciarse anticipadamente, la verdad final la dirá el decurso de los nuevos procesos bajo el imperio de dicha ley; la evolución de la jurisprudencia que se genere en la aplicación de la misma y la buena solución que la misma depare a la alta conflictividad laboral que viene produciéndose con más ahínco en nuestro país y que retroalimenta la congestión de los órganos de justicia laboral, así como a la calidad de los fallos y decisiones judiciales, produciendo sentencias realmente justas y apegadas a las disposiciones sustantivas y adjetivas, y a la vez que sus soluciones sean las más cercanas a la verdad de los hechos debatidos.

1. LA JURISDICCIÓN DEL TRABAJO: ¿JURISDICCIÓN DE DERECHO O DE EQUIDAD?

Comenzaremos nuestro trabajo con el examen de la disposición que consagra el artículo DOS de la LOPT, que textualmente establece:

> El juez orientará su actuación en los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad.

Como puede observarse, el contenido de dicha norma viene inspirado por el constituyente, tal como resulta del texto de los artículos 257 y la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 4º de nuestra CN, contentiva de un verdadero mandato del constituyente al legislador, conforme al cual:

> Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará:…….
>
> 4º.- Una ley orgánica procesal del trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada y la protección del trabajador o trabajadora en los términos

> previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso".

Pues bien, al buen entendedor sobran las palabras, nos referimos al sistema que debe aplicar el Juez para resolver el conflicto de intereses que le es planteado, y sobre el cual, como todos lo sabemos, hasta antes de la promulgación de la CN, todos teníamos claro que debía ser mediante la aplicación de la Jurisdicción de Derecho, esto es, las premisas menor y mayor con las cuales el juez debía comparar los hechos del caso concreto, deben y tienen que estar contemplados en una norma jurídica del ordenamiento nacional, sin que el Juez pueda permitirse llenar o crear tales supuestos, salvo el único caso de una verdadera laguna de la ley, por cualquiera de los métodos y recursos que contempla ese mismo ordenamiento para solventar dichos problemas, esto es, la analogía, la equidad, el uso, entre otros, de los medios con los cuales el creador de las normas le fija caminos al magistrado para el cumplimiento de su misión.

Como lo dice reputada y autorizada doctrina en torno a la interpretación y hermenéutica de la ley, y como ampliamente lo ha difundido un foro, no muy lejano en el tiempo, del más alto Tribunal de la República, con lucida intervención y exposiciones del maestro Delgado Ocando, el Juez no puede ni debe ocurrir a la "equidad" para crear en nuestro sistema, la norma jurídica aplicable o el precepto que debe dar solución al conflicto de intereses, salvo que expresamente las partes o la ley hayan convenido en lo contrario y específicamente hayan autorizado el juzgamiento por equidad.

La equidad como vía de solución de los conflictos sociales, jurídicos o de otra índole es una hermosa vía para poner término a las desavenencias entre las partes, pero para que la misma sea la más justa y apropiada, debe quedar en manos de un hombre muy sabio, justo y ponderado, que busque como modo de resolver el conflicto lo que tiene como base aquel

viejo aforismo de dar a cada uno lo que en justicia corresponde, esto es, casi supone que el aplicador del precepto esté entre los sabios y más prudentes hombres, de esos que hoy precisamente escasean y son difíciles de encontrar, para no decir casi imposible tenerlos a mano para enfrentarlos con la exagerada litigiosidad que caracteriza nuestra sociedad.

En adición, no precisamente la crema y nata de nuestro Poder Judicial ha encontrado buen recinto en la competencia laboral, con muy escasas excepciones.

Si lo que pretendió el constituyente fue decir cosa diferente, y referir su mandato al caso de necesidad de interpretar la ley o dar preferencia al método y principios de la equidad, la verdad es que la frase estuvo tristemente mal construida en tema tan delicado como lo es el resolver cuál sistema de justicia debe aplicarse en nuestro país.[6]

La pretendida excusa de que eso no fue lo que tuvo en mientes el legislador, o no es la manera de interpretar la voluntad del constituyente, tan no nos convence que ahora ya vemos en varias de nuestras leyes la clara intención de que la aplicación del mandato dependa de la ingeniosa mentalidad del juez a quien se encomienda la solución de los casos en esa área, como ocurre en la ley que ahora estamos examinando, y la que, para nosotros, como lo continuaremos viendo, no deja lugar a dudas en que es así como pretende aplicarse dicho principio rector del nuevo proceso laboral.

Como se observa, de ser ciertas o tener fundamento nuestras apreciaciones, se pone en manos de una competencia eminentemente protec-

[6] Al respecto oportunamente nos permitimos alertar sobre dicho asunto, aun antes de la vigencia de la CN en nuestro trabajo. Las modificaciones de la Constitución Nacional, aproximaciones en torno a alguno de sus efectos, en especial en lo atinente a los conceptos de norma jurídica, justicia, administración de justicia, función del Poder Judicial y proceso, entre otros, en III Jornadas de Derecho Procesal Civil, Dr. Arístides Rengel Romberg, Ciclo de conferencias en homenaje al Profesor Alberto Baumeister Toledo, Editorial Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Fernando Pérez-Llantada, sisbn, Caracas, 2000, p. 147 ss.

cionista, pro sujeto beneficiario (pro operario)[7] y con ello ya hace turbia una forma con que supuestamente se debe buscar justicia.

En fin, para aclarar finalmente cuanto dejamos dicho, nos permitimos citar una vez más al famoso maestro Calamandrei, quien con meridiana claridad, al respecto, explana: "El Derecho Procesal deberá entenderse como un método impuesto por la autoridad para llegar a la justicia; es un método de razonamiento que debe estar siempre previamente establecido por la ley, el cual tanto las partes como el juez debe seguir, etapa por etapa y dentro de una coordinación dialéctica con el fin de obtener una sentencia justa. Derecho Procesal es el método, la Ciencia Procesal la metodología y el Proceso una operación conducida según el método".[8]

Esperemos, pues, con paciencia y fe en la buena razón para ver qué resultará de todo este desaguisado y mezcolanza de conceptos, que de

[7] Y así claramente lo reconoce el mismo legislador especial, artículos nueve, diez y once, entre otros, en los que mandatoriamente establece para el juez que en casos de duda, en la aplicación de normas, o a falta de ellas, o en la valoración de las pruebas, cuando no resulte claro cuál de ellas deba producir convicción, o finalmente cuando se trate de aplicar por analogía otras normas para resolver las lagunas en materia adjetiva laboral, siempre deberá darse preferencia al interés del trabajador, a la prueba que más lo favorezca o a la interpretación más apegada a los fines proteccionistas de la legislación laboral y adjetiva laboral. Como dice nuestro refranero popular: a buen entendedor, sobran palabras.
Para nosotros, pues, eso no es justicia, y si de algún modo, en épocas anteriores, o bajo el sistema actual, no siempre la justicia debió favorecer al trabajador, quien todo respeto nos merece, y así lo hacemos constar formalmente, no por ello justifica que un nuevo régimen que se lo establece para dilucidar los conflictos que de la actividad laboral emergen, esté fundado en la presunción nada seria ni ajustada a sistema de derecho ni justicia alguno, de que toda duda debe ser resuelta a favor de una sola de las partes del contrato laboral.
Tal manera de pensar y legislar, por lo demás están muy pero muy alejadas de la verdadera justicia y del principio de igualdad que todas la anteriores constituciones, pero en especial ésta, promueven y alardean de ser sus difusoras y defensoras.
Lo lamentable de todo esto, a nuestro entender, resulta, que difícilmente podrá solicitarse del Supremo Tribunal la adecuada y más justa interpretación constitucional alguna, sobre dicha materia, pues ahora, demencialmente, quienes fueron forjadores del Proyecto de ley adjetiva laboral, lo han sido los miembros de la Sala Social, de ese mismo Tribunal, asunto que obviamente no hace nada fácil a la Sala Constitucional adoptar posición alguna contraria a lo que repetidamente, desde el primer anteproyecto atribuido a la primera de dichas Salas, hasta el último, comentado en ese mismo sentido en el aludido evento realizado por el TSJ sobre la LOPT, han repetido dichas disposiciones y el criterio público expuesto por dos de sus integrantes, tal como el suscrito con un nutrido grupo de asistentes a dicho evento pudo constatar de viva voz de dichos funcionarios judiciales.

[8] Calamandrei, Piero, Proceso y Democracia, Traduce. Héctor Fix Zamudio, Edit. Ejea, Argentina, 1960.

buena o mala fe, por error o con deliberado propósito declaró primero el constituyente y ahora repite el legislador especial procesal del Trabajo. Quiera el destino que sea para la mejor y más clara aplicación del Derecho y la más justa resolución de los conflictos, que no para incrementar la litigiosidad y el descontento de una cualquiera de las importantes partes que deberán resolver sus problemas a la luz de tan delicado asunto.

2. PRESERVACIÓN DE LA INMEDIATEZ EN LA NUEVA ORGANIZACIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA DEL PROCESO LABORAL

En este otro caso objeto de nuestras observaciones, lo que pretendemos es llamar la atención sobre cómo y de qué manera entender se cumplen los roles de los ahora dos jueces que deben prestar su oficio en la primera instancia del proceso laboral, esto es, del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, con el propio Juez de Juicio, en tanto que malentender las tareas a su cargo, podría dar lugar a dejar sin sentido alguno y de la manera más chabacana el tan importante principio de la inmediatez, fundamento y garantía de la mejor justicia oral o por audiencia, como correctamente debe denominársela.

En efecto, al primero de dichos jueces se le atribuye competencia de sustanciación, tal como lo induce uno de los nombres que le fija la misma ley (Art. 123) pero tal sustanciación lo es sólo y para el trámite de admisión, depuración de los vicios procesales en el manejo e introducción del juicio, y la puesta en marcha de cualquiera de los procesos de autocomposición procesal por vía de la mediación que está autorizado para usar en el trámite de esa fase del juicio (Arts. 133, 134 y 135 LOPT), pero allí cesa su competencia para continuar, proseguir o alterar el curso del proceso laboral del que venía conociendo, pues de no lograrse el fin del juicio con la mediación o a través de la conciliación o el arbitraje, o para nosotros, por cualquier otro medio de autocomposición[9] cesa totalmente toda intervención suya en ese proceso (Art. 136

[9] En efecto, del análisis que puede hacerse de la LOPT no encontramos de manera alguna limitado ningún modo de autocomposición procesal, sea acogido por las partes o de los sugeridos o inducidos por los Jueces Laborales.

ejusdem),[10] hasta, y de nuevo en fase de ejecución, que de ser pertinente, corresponderá a él cumplirla.

Con lo dicho pretendemos destacar y poner en claro que realmente el proceso de captación y evaluación de los hechos y recepción, evacuación y valoración de las pruebas, corresponde y es de la exclusiva competencia, de no existir arreglo por vía extrajudicial del proceso, al Juez de Juicio, y en efecto así lo demuestran cierta y cabalmente entre otros los artículos 152 y 158 de la LOPT.

Únicamente nos permitimos destacar como inapropiado el establecer a cargo del juez la función mediadora, pues resulta contrario a las técnicas de autocomposición procesal, que el mediador, intermediario, componedor, sugeridor de soluciones, o póngasele el nombre que se desee, dotado de autoridad, sea quien impulse, dirija, o induzca el proceso de autocomposición, pues se considera en extremo indeseable, que las partes interpreten que dichas vías les son impuestas por la autoridad de tales funcionarios, que no son ellas quienes optan libremente por establecerlo, en tanto con ello se merma la posibilidad de lograr soluciones por esa vía. Perfectamente pudo haber dispuesto la ley que tales funciones fueran impuestas por el Juez de Juicio (y con ello se ahorraba la función judicial intermedia del sustanciador) se cumplieren ante una calificada Sala de especialistas en tramitar medios alternativos de justicia, dependiente de los órganos judiciales en cada circuito judicial, tal como ocurre en derecho angloamericano, y como lo sostiene autorizada y reputada doctrina extranjera.[11]

---

[10] Debería entenderse que esa fase corresponde al Juez de Sustanciación, mediación y ejecución, tal como debe desprenderse del último nombre que el legislador le impone, más de la lectura atenta del Capítulo VIII del Título VII de la LOPT, Arts. 180 al 186, no se deduce lo dicho, sino que pareciere que el juez ejecutor lo será, entre otros, el juez de juicio de primera instancia, sin que por ello tampoco lo sea el de sustanciación, mediación y ejecución. Para quien escribe, no nos cabe duda que ello fue un lapsus del legislador y debe y tiene que entenderse que entre las funciones propias del Juez de Primera Instancia de sustanciación, mediación y ejecución, está precisamente la de disponer la ejecución forzada del fallo firme del Juez de Juicio, del Superior o de la Casación sin Reenvío.

[11] *Vid.* Caivano, Gobbi y Padilla, Negociación y Mediación, Edit. Ad Hoc, Argentina, 1997, Carlos Ignacio Jaramillo, Solución Alternativa de Conflictos en el seguro y el reaseguro, Edit. Fundación Cultural Javeriana, Colombia, 1998, p. 249. Sara F. de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón, El Arbitraje, Edit. Abeledo-Perrot, Argentina, 1998, entre otros.

3. MEDIOS DE LLAMADO A JUICIO EN EL NUEVO PROCESO LABORAL

La nueva LOPT crea una nueva forma de llamados a juicio que se aparta del sistema procesal civil tradicional, y sobre el cual vale la pena hacer algunas consideraciones prácticas.

En efecto, si bien ahora por igual "puede" gestionarse la citación personal del o de los demandados, conforme se lo puede deducir del parágrafo único del artículo 126, la misma debe y puede iniciarse con el trámite de emisión de cartel, que será dispuesto fijar en la puerta de la empresa, entregándole una copia al empleador o consignándolo en su secretaría o en su oficina receptora de correspondencia, si la hubiere. (Art. 126 encabezamiento).

También se lo podrá hacer por los medios electrónicos de los cuales se disponga, siempre y cuando éstos le pertenezcan (sic a las partes), todo lo cual deberá cumplirse conforme lo pauta la ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas, en todo cuanto le sea aplicable, atendiendo siempre a los principios de inmediatez, brevedad y celeridad de la LOPT, de todo lo cual, en este caso, el Juez certificará haberse cumplido el trámite de la notificación, y en el anterior por igual lo hará el Alguacil del Tribunal.

En cualquiera de los casos el lapso de comparecencia comenzará a contarse sólo a partir de las indicadas precedentes certificaciones.

También admite la ley la notificación voluntaria por medio de actuación directa de la parte o de sus apoderados con mandato expreso para ello (Art. 126, aparte primero), así como la realizada por intermedio del correo certificado con aviso de recibo con el rito que fija el Art. 127 de la LOPT, que lo distingue del contemplado entonces en el Código de Procedimiento Civil.

Tales trámites están contemplados para ser cumplidos con ocasión del llamado a comparecer a la Audiencia Preliminar ante el Juez de Sustanciación, mediación y ejecución, pero nada obsta, como de principio debe ser, que sea el usado para otro y cualquier llamado a juicio.

A nuestro modesto entender, no cabe aplicar por analogía ningún otro modo de llamado a juicio, ni aun los del Código de Procedimiento Civil,[12] en tanto deplorablemente, posiblemente por olvido, para no pensar en el exacerbado apartamiento que manifestaron algunos de los corredactores de la ley, voluntariamente fue procurado del Código de Procedimiento Civil, con lo cual quedan serias dudas de cómo proceder en algunos casos amplia y claramente resueltos en la ley adjetiva ordinaria común, como son los casos de citación de no presentes, ausentes y de eventuales sucesores desconocidos.

Por igual destacamos como contrario al debido ejercicio de la defensa, el que se autorice, sin agotar la vía de notificación personal, la de carteles, todo conforme a la más arraigada doctrina procesal, y que de manera alguna irrumpe contra los principios que regulan el nuevo proceso laboral.

Aclaramos también, que por ser de evidente hermenéutica jurídica, esas formas de llamado a juicio serán las utilizables cada vez que ello sea menester cumplirse en el proceso, y que las debidamente realizadas, como en derecho procesal ordinario, provocan los efectos de que las partes, en el resto del proceso, se entienden debidamente impuestas del mismo (están a derecho) lo cual se deduce, tanto de la falta de norma en contrario, como de la no aplicabilidad del CPC y expresamente del Art. 7 de la LOPT.

4. EL ESPECIAL RÉGIMEN DE LA PERENCIÓN EN LA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

En esta materia también trae una novedosa regulación la LOPT, así se establece:

> Artículo 201: Toda instancia se extingue de pleno derecho por el transcurso de un (1) año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes. Igualmente en todas aquellas

[12] Código de Procedimiento Civil (CPC) GO 3.694 del 22 de enero de 1986, al cual se hicieron algunas reformas, la última publicada en la GO, Nº 4.209 E de 18 de setiembre de 1990.

causas en donde haya transcurrido más de un (1) año después de vista la causa, sin que hubiere actividad alguna por las partes o el Juez, este último deberá declarar la perención.

Artículo 202: La perención se verifica de pleno derecho y debe ser declarada de oficio por auto expreso del Tribunal.

Artículo 203: La Perención no impide que se vuelva a proponer la demanda y solamente extingue el proceso. En tal sentido, no corren los lapsos de prescripción legalmente establecidos y no se aplica la consecuencia jurídica establecida en el artículo 1.972 del Código Civil".

Artículo 204: En ningún caso el demandante podrá volver a proponer la demanda, si no hubieren transcurrido noventa (90) días después de declarada la perención de la instancia.

Como puede colegirse de las disposiciones transcritas, la perención sigue siendo el castigo que impone la ley al descuido y abandono de las partes del proceso, con la sanción de que se pierden los efectos útiles del proceso, en beneficio de mayor seguridad jurídica y de ir depurando los órganos judiciales del trámite innecesario de discusión de derechos y situaciones jurídicas en la cual la voluntad tácita de las partes pareciera evidenciar su deseo de no continuar con tales litigios.

En la figura clásica, nacional y en la de la mayoría de los países del entorno americano, tal pérdida de los efectos procesales del proceso, implica *per se*, la de los efectos reflejos del proceso sobre la existencia sustancial de los derechos, y así, entre otros, el efecto de la perención, es el borrar la existencia de ese juicio, como si nunca lo hubiera estado, y con ello, hacía renacer y finiquitar los lapsos de prescripción y caducidad sustantivos impuestos por la ley para el ejercicio y preservación de los derechos sustantivos.

En la ahora vigente LOPT, por decisión expresa del legislador, y en nuestro entender atentando flagrantemente no sólo contra la seguridad jurídica, sino la debida administración de justicia, la perención pronun-

ciada, de manera alguna afecta el derecho sustancial que podrá ser demandado cuantas veces se lo pretenda, en tanto que a pesar de la perención, debe suponerse que el accionar del derecho interrumpe *per semper*, el curso de las prescripciones de tales derechos (ex ártica. 203 LOPT) por ordenar la desaplicación expresa del artículo 1972 del Código Civil, de manera tal que los efectos de la citación, se perpetúan en el tiempo.[13]

COLOFÓN:

Son muchas las interrogantes que arrojan algunos de los preceptos de la nueva normativa procesal del trabajo. Consideramos que debió prestársele mayor atención a su redacción y a la inserción de novedosas figuras en ella contemplados. No hemos querido ser exhaustivos, solamente nos hemos referido a las que de bulto nos llaman más la atención.

Como lo dijimos, ojalá la Jurisprudencia y la Sala Constitucional, cuanto antes, tomen la iniciativa de corregir esos pequeños desafueros, o que en su caso, en el término que la misma ley ha fijado para su revisión y exhaustivo examen (Art. 207) se puedan enmendar esas dudas, exageraciones y dislates.

[13] Por cierto que de igual manera alegre y sin medir las consecuencias, se ordena la desaplicación íntegra del artículo 1972 *ejusdem*, pero acaso se pensó en que por igual queda sin efecto ni aplicación la cosa juzgada de la sentencia absolutoria que no podrá hacer valer frente al trabajador.

Fronteras entre la Jurisdicción Laboral y la Cuasijurisdicción Administrativa

María BERNARDONI DE GOVEA*

SUMARIO:

Introducción

1. **Los conflictos de trabajo y su clasificación: 1.1** *Noción de conflictos de trabajo*. **1.2** *Jurisdicción especial.* **1.3** *Clasificación de los conflictos de trabajo.* **1.4** *Relatividad de las clasificaciones.* **1.5** *Interés de las clasificaciones.*
2. **Ámbitos de competencia de la jurisdicción laboral y de la cuasijurisdicción administrativa en el derecho venezolano.**
3. **Soluciones de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: 3.1** *Dispositivo legal.* **3.2** *Dos polos: lo contencioso y lo conciliable o arbitrable.* **3.3** *El hecho social trabajo y la seguridad so-*

* **La Universidad del Zulia**, Abogada, Doctora en Derecho, Profesora titular. **Universidad Monteávila**, Profesora. **Universidad Central de Venezuela**, *Especialización en Derecho del Trabajo*, Ex Miembro del Comité Académico, Profesora. **Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**, Presidenta. **Ministerio del Trabajo,** Ex Ministra. Autora de numerosas publicaciones.

cial. **3.4** *La cuasijurisdicción administrativa.* **3.5** *Relaciones de la LOT y de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.* **3.6** *Pragmatismo y Tendencias.*

4. Perspectivas: 4.1 *La reforma del marco legal laboral.* **4.2** *La necesidad del diálogo social.* **4.3** *La reforma de la Ley Orgánica del Trabajo.*

INTRODUCCIÓN

Es propicia la ocasión de la aprobación de la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT), para plantear el estudio de un viejo tema del sistema de relaciones de trabajo en Venezuela, cual es la frontera entre las competencias de la Jurisdicción Laboral y de la Administración del Trabajo, en relación a los conflictos que a ambos sectores del poder público les corresponde conocer, tramitar y solucionar o propender a una solución.

El dilucidar esa línea divisoria contribuiría a garantizar una mayor seguridad jurídica y transparencia en la justicia laboral venezolana, lo que a su vez previene la conflictividad, mejora la calidad de vida de los trabajadores venezolanos y propicia una mayor justicia social.

Siguiendo a García de Enterría, podemos afirmar que el conflicto de jurisdicción entre la Administración y los Tribunales:

> hunde sus raíces en el Antiguo Régimen. Cuando el Monarca actúa en los asuntos administrativos no necesita, en efecto, el respaldo de los Tribunales y éstos a su vez no tienen frente a los órganos administrativos estrictos el mismo poder directo que frente a los súbditos. (...) El fundamento de estas reglas parece obvio: Administración y Justicia son las dos meras emanaciones de un mismo sujeto, el Monarca; son manifestaciones del mismo poder, con idéntico rango y fuerza...[1]

[1] García De Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. 8ª Ed. Madrid, Ed. Civitas, 1997. p. 484.

Entre nosotros, la Administración del Trabajo ha invadido campos de competencia, tanto de los tribunales como de la autonomía colectiva, por lo que esa huella del absolutismo monárquico, que nuestro sistema de relaciones de trabajo ha heredado seguramente del sistema europeo continental, todavía está presente, aunque se viene reduciendo ostensiblemente, al menos en lo que refiere a las relaciones entre el Ministerio del Trabajo y los tribunales laborales, como veremos.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo, viene a sustituir la antigua Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo (LOTPT) del 16 de agosto de 1940, con la encomiable finalidad de poner fin a los vicios, disfuncionalidades y carencias de la justicia del trabajo en Venezuela, la cual:

> ...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 bien común, se ha convertido en un instrumento de conflictividad social...[2]

Para ello nos proponemos desarrollar el presente trabajo que comprende:

El estudio de los conflictos de trabajo y su clasificación, ya que éstos presentan características particulares que deben ser tomadas en cuenta a la hora de determinar a cuál órgano corresponde su conocimiento.

Los ámbitos de competencia de la jurisdicción laboral y de la cuasijurisdicción administrativa, según la legislación venezolana vigente antes de la aprobación de la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

La incidencia de la nueva Ley Orgánica en la búsqueda de soluciones a la problemática planteada.

---

[2] Tribunal Supremo de Justicia. *Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo*; Caracas, Imprenta Nacional, 2001. p. 14.

Se finaliza con las recomendaciones que se han considerado pertinentes, titulada Perspectivas.

1. LOS CONFLICTOS DE TRABAJO Y SU CLASIFICACIÓN

1.1 *NOCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO*

En la relación de trabajo, como en toda otra relación jurídica bilateral y onerosa, pueden surgir situaciones de fricción entre los sujetos que la entablan, debidas a la insatisfacción de alguno de los derechos que surgen para éstos del vínculo obligacional. Estas situaciones pueden generar un conflicto de trabajo cuando no se logra el entendimiento directo de las partes mediante las reglas propias de la relación jurídica.

Asimismo, dentro de un criterio amplio sobre el objeto de la disciplina laboral, como es el caso de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) venezolana, la cual establece en su primera norma, que regirá las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social, y más adelante,[3] comprende en su ámbito de aplicación personal a los trabajadores no dependientes, así como a los funcionarios públicos,[4] los conflictos de trabajo no son sólo los que traban las partes de un contrato, individual o colectivo de trabajo, sino que su especifidad radica en el objeto sobre el cual versan, es decir, el trabajo, por lo que toda definición debe corresponderse en amplitud con la concepción que tiene el legislador sobre la disciplina.

Por ello hemos dicho que:

> El conflicto de trabajo se expresa por la lesión de un interés surgido con ocasión del desempeño del trabajo, desencadenante de una reacción por parte del sujeto afectado, dirigida a reparar la lesión mediante la satisfacción de su interés...[5]

---

[3] Art. 40.
[4] Art. 8.
[5] Bernardoni de Govea, María del Rosario. *Derecho de los Conflictos de Trabajo*; Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nº 89, Universidad Central de Venezuela; Caracas, UCV, 1993; p. 243.

1.2 *JURISDICCIÓN ESPECIAL*

La existencia de conflictos de trabajo ameritó la creación de una jurisdicción especializada para resolverlos; desde tiempo atrás se llegó a la convicción que, siendo el Derecho del Trabajo una disciplina jurídica especial y autónoma, con características que la separan claramente del Derecho Común, cuales son su naturaleza protectora del trabajador y su fundamento en una situación de inferioridad de éste en relación con el patrono y por lo tanto de una desigualdad de las partes que es preciso compensar con una desigualdad en la ley, era menester la elaboración de una disciplina especializada para abordar el proceso de solución de los conflictos generados entre los sujetos de la relación de trabajo y, la creación de órganos especiales de solución de conflictos.

> ... En definitiva, en el ámbito del derecho procesal se reproducía el desequilibrio existente entre las partes contratantes en el contrato de trabajo, que se intentaba corregir mediante el derecho sustantivo. Por ello, precisamente, hace mucho tiempo que quedó claro que una solución procesal inadecuada podría convertir en "dragones de papel" las concesiones pro operario contenidas en la legislación laboral. Desde la anterior perspectiva, pues, se afirmó que "lleno de singularidad, el derecho del trabajo necesita de procedimientos y de órganos especiales" (Hinojosa, 1933), y que, –partiendo desde distinto ángulo, para llegar a la misma conclusión– "la autonomía del proceso del trabajo constituye en realidad un reflejo de la autonomía del propio derecho laboral material" (Guasp, 1949).[6]

En el mismo sentido se pronuncia Murgas:

> El grado de especialización que demanda la administración de justicia impone necesariamente la existencia de una jurisdicción especial. La autonomía misma del Derecho del Trabajo lo

[6] Sagardoy B. Juan. *El Proceso Laboral: Principios Informadores* en *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1997. p. 823.

> ha llevado a crear sus propios principios, en muchos aspectos diametralmente opuestos o no necesariamente coincidentes con los del derecho común. Tal circunstancia conlleva entonces normas procesales con características peculiares, aplicadas por una jurisdicción distinta de la común. Sin que por ello se pierda, desde luego, el carácter unitario de la jurisdicción...[7]

Además, como el Derecho del Trabajo posee instituciones características como la negociación y la contratación colectivas, así como instrumentos para incidir en la solución de los conflictos que afectan a una generalidad de trabajadores, como la huelga, únicos de la disciplina, y también organizaciones sindicales de trabajadores y otros sujetos colectivos, con la misión no sólo de defender los intereses y derechos de éstos, sino de conquistar nuevos y mejores derechos, era necesario determinar los órganos y procedimientos para la solución de los diferentes tipos de conflicto, tomando en cuenta que los que afectan a las colectividades de trabajadores, no tienen parangón en el Derecho Común.

A estos efectos, la disciplina laboral ha desarrollado una teoría sobre la clasificación de los conflictos de trabajo, cuyo interés primordial radica en establecer los órganos, medios y procedimientos idóneos para su tratamiento y solución, a la cual nos referimos a continuación

1.3 *CLASIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TRABAJO*

Conflictos de trabajo individuales y colectivos

La existencia de conflictos colectivos es característica del Derecho del Trabajo; el Derecho Común no reconoce este tipo de conflictos, por lo que la distinción entre conflictos individuales y colectivos es un tema científico esencialmente laboral y constituye un desafío para los laboralistas.[8]

---

[7] Murgas, Rolando. *Estudios Laborales*, Panamá, 1982. p. 209.

[8] Ver a Koudiakis Joannis. *Las modalidades del Reglamentto de los Litigios Económicos Colectivos*. Informe General del II Tema en el XIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Grecia, 1991, p. 2.

El criterio que sirve para diferenciar los conflictos individuales y los colectivos, es la calidad del interés lesionado; si éste corresponde a una generalidad de trabajadores el conflicto será colectivo, y si se trata de un interés particular, estamos en presencia de un conflicto individual.

No siempre es clara la distinción, como advierte la doctrina, así:

> Para algunos autores, la agresión contra el interés general, puede lesionar directa o formalmente sólo a uno de sus integrantes y, sin embargo, representar un conflicto colectivo de trabajo. Sería el caso de un despido realizado en contravención de las normas del contrato colectivo de trabajo, que establezcan procedimientos de conciliación previos al acto rescisorio. En dicho supuesto se afecta formalmente sólo al trabajador despedido, si bien el interés general de la colectividad de trabajadores (que) es preservar y garantizar el cumplimiento de la convención colectiva de trabajo, se ha vulnerado por el acto del patrono y podría, por tanto desencadenar un conflicto colectivo de trabajo...[9]

Es por ello que algunos tratadistas agregan un elemento diferenciador que contribuye a identificar cada uno de los tipos:

> ...el conflicto individual es aquel cuyas consecuencias o efectos, derivados de la pretensión que se actúa, únicamente alcanzan a quienes intervienen como sujetos en él; en tanto que se puede definir el conflicto colectivo como aquél cuyas consecuencias o efectos, derivados asimismo de la pretensión que encierra, se extienden a personas no sujetos del conflicto, que resultan afectadas esencialmente por el mismo...[10]

Sería el caso de un conflicto planteado en razón de la suscripción de una convención colectiva, conflicto llamado novatorio por nuestra legis-

[9] Bernardoni de Govea, María del Rosario. *Op. Cit.* p. 263.
[10] Alonso García, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo,* Barcelona, Ed. Ariel, 1973; 4ª ed. p. 636.

lación,[11] típicamente colectivo por cuanto sus efectos alcanzan a todos los trabajadores de la empresa o rama de actividad comprendidas en su ámbito de aplicación, aun cuando no hayan participado del conflicto; por el contrario, el conflicto planteado por la reclamación de varios trabajadores en contra de su patrono por el pago de prestaciones sociales, cuya sentencia o decisión administrativa o arbitral se aplica sólo a estos trabajadores y al patrono requerido, es un conflicto individual de trabajo, a pesar de que hayan intervenido varios trabajadores.

Conflictos de intereses y de derecho

La mayoría de la doctrina coincide en afirmar que esta clasificación se refiere únicamente a los conflictos colectivos de trabajo, por lo que se trataría de una subclasificación de este último tipo, aunque existen opiniones en contra.[12]

> La doctrina tradicional ha considerado como conflictos de intereses los que se plantean entre trabajadores y patronos por la modificación o creación de condiciones de trabajo, mientras que los de derecho se fundamentan en diferencias relacionadas con la aplicación o interpretación de las normas convencionales o legales que rigen las relaciones de trabajo...[13]

La importancia mayor de la clasificación es identificar y delimitar al conflicto colectivo de intereses, particularidad del derecho del Trabajo, en tanto que aquellos de derecho, presentan la misma finalidad y objeto de los conflictos del Derecho Común: versan sobre normas ya establecidas en relación con las cuales las partes discrepan en cuanto a su interpretación o aplicación.

---

[11] Art. 195, a) Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT).
[12] Ver a Escudero Castro, Silvio. *Curso de Derecho Colectivo de Trabajo.* Ed. Librería del Profesional, Colombia, 1983, p. 118, quien considera que el conflicto individual puede ser de intereses, fundamentándose en el Código Sustantivo colombiano.
[13] Bernardoni de Govea, María del Rosario. *Op. Cit.,* p. 265.

En este sentido, señala Koukiadis:

> La contribución del Derecho del Trabajo reside en el hecho de que institucionaliza las reivindicaciones, y sobre todo, las de los trabajadores, a las cuales les confiere la calificación de conflicto, que no era hasta ahora reconocido más que como contestación de derechos, y en que aquél ha reconocido la necesidad de una reglamentación autónoma de los intereses en conflicto...[14]

De acuerdo entonces con la doctrina clásica, el conflicto que se plantea por la celebración de una convención colectiva de trabajo, es un conflicto de intereses, por cuanto su objeto es la creación de normas convencionales, obligatorias para las partes y de mejora para los trabajadores; por el contrario, el que se plantea por incumplimiento de esa convención colectiva de trabajo, una vez que se haya suscrito entre las partes, derivado del incumplimiento del patrono de una de las obligaciones establecidas en dicho instrumento, en tanto versa sobre una norma ya establecida, constituye un conflicto de derecho.

1.4 *RELATIVIDAD DE LAS CLASIFICACIONES*

La distinción entre los conflictos de derecho y de intereses, no obstante, no puede entenderse como una separación clara y radical, dada la imperceptible línea divisoria entre ambos tipos de conflictos.

> ...La doctrina laboral ha advertido suficientemente que detrás de un conflicto de derecho, siempre están en juego intereses de las partes del conflicto; asimismo, en un conflicto de los llamados de intereses, siempre está la norma que lo regula y reconoce el derecho a plantearlo...[15]

Es por ello que la doctrina advierte supuestos de "integración alternativa", para referirse a conflictos que son a la vez de intereses y de dere-

[14] Koukiadis, Joannis. *Op. Cit.,* p. 21.
[15] Bernardoni de Govea, María del Rosario. *Op. Cit.,* p. 267.

cho: Sería el caso del despido de un dirigente sindical sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la convención colectiva de trabajo, lo que haría surgir además del planteamiento de derecho, la necesidad de modificar las normas a fin de garantizar su efectividad.

Asimismo, a fin de superar las imprecisiones jurídicas de la clasificación, corrientes doctrinales proponen recientemente sustituir las clasificaciones señaladas por la de conflictos "juzgables" y conflictos "negociables", para hacer referencia a los que se someten a decisiones de terceros y los que se dejan a la solución autónoma de las partes del conflicto.[16]

1.5 *INTERÉS DE LAS CLASIFICACIONES*

Como ya se dijo, el interés primordial de la clasificación de los conflictos de trabajo es el de determinar los órganos competentes y el procedimiento para su solución.

En este sentido, la solución mayormente extendida, sobre todo en los países latinoamericanos, consiste en confiar a los órganos administrativos la conciliación y el arbitraje de los conflictos de intereses y a los órganos jurisdiccionales los de derecho, habiéndose considerado que son éstos los que poseen la capacitación técnica para declarar el derecho.

De esta forma, los tribunales del trabajo serían competentes para conocer y resolver los conflictos de derecho, sean individuales o colectivos, mientras que los de intereses, que como antes vimos, son siempre colectivos, corresponderían a otros niveles de tramitación, mediante la conciliación, la mediación y el arbitraje.

No obstante, no en todos los países se aplica esta solución; así, en Italia y en Francia, por ejemplo, lo importante es distinguir los conflictos individuales de los colectivos, ya que es este criterio el que se toma en

[16] Bronstein, Arturo. *Conflictos Laborales Individuales: Soluciones Procesales y Convencionales. Ponencia al II Congreso Regional Americano de D. del Trabajo y de la Seguridad Social.* Costa Rica. 1990.

cuenta para decidir los procedimientos aplicables. En Italia, y también en Uruguay, los jueces del trabajo no son competentes para conocer sobre conflictos colectivos de trabajo, sean de derechos o de intereses.

Es de advertir, asimismo, que en el eje de las clasificaciones está el interés de establecer, cuáles conflictos pueden ser solucionables mediante el ejercicio de los medios de autotutela, como es la huelga. Es evidente que en aquellos conflictos sometidos a la decisión de un órgano jurisdiccional o de otra naturaleza, de acuerdo con la legislación de cada país, difícilmente ésta admitirá el ejercicio de la huelga.

En el eje de la clasificación pues, se halla la problemática de la legalidad de la huelga.

2. ÁMBITOS DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN LABORAL Y DE LA CUASIJURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO VENEZOLANO

Cuando hacemos referencia a la cuasijurisdicción administrativa, aludimos, siguiendo a Hildegard Rondón de Sansó, a:

> ...un tipo especial de procedimiento que se denomina procedimiento cuasijurisdiccional, en el cual la Administración no realiza como objetivo esencial su función de satisfacer en forma práctica los intereses de la comunidad o sus propios intereses, sino que está destinada a declarar ante varios sujetos en conflicto quién tiene la razón y quién no la tiene. Esta declaración que es análoga en su estructura a la de un fallo judicial, es lo que vamos a denominar acto cuasijurisdiccional...[17]

Es menester destacar que, aunque la Administración del Trabajo conserva poderes cuasijurisdiccionales, como veremos posteriormente, la evolución legislativa ha venido reduciéndolos; es así como, las competencias que la Ley contra despidos injustificados atribuía a las Comisio-

[17] Rondón de Sansó, Hildegard. *Los Actos cuasijurisdiccionales.* Caracas, Ed. Centauro. 1990. p. 5.

nes Tripartitas, organismos administrativos dependientes del Ministerio del Trabajo, para conocer de los procedimientos de calificación de despido de los trabajadores amparados de la estabilidad prevista en dicha Ley , la LOT de 1990 las atribuye al Juez de Estabilidad Laboral. Asimismo, las competencias de dichas Comisiones Tripartitas para conocer y autorizar los despidos en los procedimientos de reducción de personal por causas técnicas o económicas, la LOT las atribuye a los mecanismos de conciliación y arbitraje que ella prevé.

La Constitución Nacional de 1999 contiene dos normas fundamentales que rigen la jurisdicción laboral; una de carácter general, aplicable a todo proceso, y otra referida concretamente a esta rama del Derecho:

> Artículo 257: El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.
>
> Disposición Transitoria Cuarta, numeral 4º: Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará: Una Ley Orgánica Procesal del Trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso.

Como puede observarse, de ambas disposiciones constitucionales pueden extraerse los principios que regirán el proceso laboral y los fines a los cuales éste deberá estar dirigido, mas no se hace referencia al punto que nos planteamos, cual es el de determinar la frontera divisoria entre la jurisdicción y la cuasijurisdicción administrativa; asunto de gran interés, ya que la legislación venezolana atribuye un amplio campo de actuación a la administración del trabajo, por lo que es imprescindible

establecer la línea divisoria y determinar el tipo de conflicto que es competencia de cada sector del poder público.

Es por ello que, la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) constituye la norma rectora en el punto, sujeta claro está a los principios y normas contenidos en la Constitución Nacional.

En efecto, la Exposición de Motivos del Anteproyecto del texto legal señaló:

> Respecto de la Ley en sí, hemos meditado mucho sobre si debe o no dársele el carácter de orgánica. Esta nueva categoría legal, inspirada en la idea de las "leyes-cuadro" del Derecho Público francés, tuvo por objeto, en la mente del Constituyente de 1961, establecer una categoría intermedia, por debajo de la norma constitucional, pero por encima de la Ley ordinaria referente a la misma materia. El propósito fue evitar la anarquía derivada de la multiplicidad de leyes que a veces alteran el sistema establecido en una determinada rama del derecho y la administración. (...) Establecer una Ley Orgánica del Trabajo, que llegue hasta fijar la orientación programática de la seguridad social o de la justicia del trabajo, parece recomendable...[18]

Asimismo, la Exposición de Motivos del texto legal aprobado luego de 5 años de discusiones, señala:

> Una Ley Orgánica porque inevitablemente continuarán en vigencia otras disposiciones legales que deben tener su marco general dentro de la Ley fundamental...[19]

En este sentido la LOT[20] establece la norma marco en el punto:

> La legislación procesal, la organización de los tribunales y la jurisdicción especial del trabajo se orientarán por el propósito

[18] *Anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo*. Exposición de Motivos; Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1985. p. 13.
[19] *Gaceta Oficial* de 20/12/1990 Nº 4.240 Ext.
[20] Art. 5 LOT.

> 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.
>
> Los conflictos 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.

La disposición merece las siguientes observaciones:

Deja sin efecto el dispositivo de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo,[21] la cual pasó a estar sujeta a la LOT por cuanto, siendo ésta posterior y aunque ambas tienen el rango de leyes orgánicas, el criterio de temporalidad aconseja esta solución.[22]

El criterio de dicha ley procesal, se dispone en su artículo 1º:

> Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje, y, en todo caso, las cuestiones de carácter contencioso que susciten la aplicación de las disposiciones legales y de las estipulaciones de los contratos de trabajo, serán sustanciados y decididos por los Tribunales del Trabajo que se indican en la presente Ley.

Como es de observar, las cuestiones de carácter contencioso que susciten la aplicación de las disposiciones legales y de las estipulaciones de los contratos de trabajo, son de competencia de los tribunales del trabajo, con lo cual, la tramitación de los conflictos planteados por incumplimiento del patrono de una estipulación de la convención colectiva de trabajo correspondería a los tribunales del trabajo, mientras que la LOT, de aplicación

[21] De 16 de agosto de 1940, derogada a partir del próximo 13 de agosto de 2003, por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) Art. 194, con excepción de los artículos 33 al 41, ambos inclusive.

[22] El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (Art. 6) establece esta solución cuando de conflictos de concurrencia entre normas emanadas del Estado se trata.

preferente como vimos, en la disposición que comentamos atribuye a los órganos administrativos la competencia de este tipo de conflicto.

Pone el acento en la clasificación de conflictos de intereses y de derecho, para establecer la frontera entre la jurisdicción y la administración del trabajo, lo que pudiera conducir a la conclusión de que el Derecho venezolano se rige según la doctrina clásica, esto es, los conflictos de derecho, sean individuales o colectivos, se someten a la jurisdicción laboral, mientras que los de intereses son del conocimiento por los órganos administrativos.

Sin embargo, puede observarse alguna contaminación de la clasificación tradicional:

1.- Cuando atribuye el conocimiento de los conflictos colectivos "para exigir el fiel cumplimiento de los compromisos contraídos" al Ministerio del Trabajo. En verdad, de acuerdo con lo antes señalado, este tipo de conflicto constituye un conflicto de derecho, en tanto no versa sobre la creación de normas, sino sobre la aplicación de las ya dictadas convencionalmente.

Es por ello que, el legislador en la norma que comentamos, con un sentido pragmático, cuando atribuye la competencia al Ministerio del Trabajo en materia de conflictos colectivos, señala: por una parte, los de intereses, que serían los que tienen por objeto la creación o modificación de normas, pero por la otra, los planteados por el incumplimiento patronal de condiciones de trabajo, sin calificar si este último es de intereses o de derecho.

2.- También se contamina la clasificación de intereses-de derecho, cuando otras disposiciones de la LOT, atribuyen al Inspector del Trabajo[23] la competencia para conocer y decidir en los procedimientos dirigidos a garantizar el fuero sindical de directivos y promotores de un sindicato, y en aquellos en los que éste se aplica por extensión según disposición de

[23] Artículos de la LOT: 449-451; 384; 520; 506; 533; 537-538.

la ley, exquisitos conflictos de derecho, en los cuales el Inspector decide como si fuera un juez, conformando lo que hemos denominado la cuasijurisdicción administrativa.

La razón de la evidente contradicción entre normas del mismo texto legal, podemos ubicarla en el origen de la disposición contenida en el artículo 5 de la LOT, objeto de nuestros comentarios. En efecto, la misma proviene del Anteproyecto de la LOT,[24] presentado por el maestro Rafael Caldera a la consideración del antiguo Congreso de la República en 1985. En dicho texto, la competencia para conocer del fuero sindical le era atribuida al juez del trabajo[25] y en las largas discusiones que precedieron la aprobación de la LOT, se modificó el contenido de dichos dispositivos para conservarla dentro de la esfera correspondiente al órgano administrativo, tal como le era atribuida para entonces por el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1973, olvidándose que era imprescindible modificar el artículo 5 y evitar la colisión entre las distintas regulaciones.

Por otra parte, la disposición legal que comentamos, pareciera reflejar una tendencia a priorizar el carácter colectivo del conflicto y, por tanto, su trascendencia social y política, más que su naturaleza de intereses o de derecho, a los fines de determinar el régimen y las soluciones aplicables. En efecto, la gran mayoría de los conflictos colectivos son novatorios, es decir, por la creación de normas, o de ejecución, para reclamar el incumplimiento del patrono, y todos son de competencia del Ministerio del Trabajo, independientemente de su calificación de intereses o de derecho.

No obstante, si bien puede afirmarse que los conflictos colectivos son, en su gran mayoría, de competencia del órgano administrativo, los conflictos individuales, que como ya se dijo, son de derecho, no corres-

[24] Artículo 5 del Anteproyecto LOT; la Exposición de Motivos señala: "Se transfiere al juez del trabajo la calificación del despido, por el peligro de que factores no estrictamente jurídicos o de equidad puedan prevalecer en el Inspector del Trabajo, a quien actualmente se le atribuye". *Op. Cit.,* p. 31.

[25] Artículo 1º de la sección 6ª intitulada "Del Fuero Sindical", del Anteproyecto de LOT. *Op. Cit.,* p. 146.

ponden en su mayoría al órgano jurisdiccional, sino que una gran proporción, sino cuantitativa, sí cualitativamente, en tanto versan sobre la protección del fuero sindical u otros casos de igual envergadura que ameritan la protección especial del Estado, son de competencia de los órganos administrativos.

Esto pudiera explicarse por una razón cultural, ya que el sistema venezolano de relaciones de trabajo se ha caracterizado por un excesivo protagonismo de la Administración del Trabajo, tal como señaló el Informe sobre Relaciones de Trabajo en Venezuela, elaborado por una misión de estudio enviada en 1991 por la Organización Internacional del Trabajo a estos fines, a petición del gobierno venezolano.[26]

Esto hace que pudiéramos afirmar que en Venezuela la frontera divisoria entre las competencias de la jurisdicción y la administración laborales, las ha trazado el legislador, atendiendo a criterios de política laboral, para lo cual ha tomado muy en cuenta, por una parte, una finalidad de control de los conflictos colectivos, garantizada a través de la intervención del órgano ejecutivo y, por la otra, en materia de conflictos individuales, el grado de aceptación que las normas proyectadas tengan en los actores sociales, antes que a criterios jurídicos, lo que imprime en el sistema un sello de pragmatismo muy acusado.

[26] "El carácter polifacético del inspector del trabajo se pone de manifiesto apenas se consideren en detalle algunas de sus funciones. Interviene en la tramitación de los pliegos conflictivos por violación alegada de un convenio en vigor, así como con respecto a la admisión o rechazo de la inscripción de un sindicato. Dicta las resoluciones que procedan en relación con las autorizaciones de despidos o el reenganche de trabajadores que gozan del fuero sindical y califica la legalidad de las huelgas. En todo esto el Inspector actúa como juez administrativo. (...) Se trata pues, de un funcionario que se desempeña como conciliador, juez administrativo, registrador de sindicatos, moderador de intereses en pugna, jefe de inspección y jefe de una dependencia oficial en la que prestan servicios muchos funcionarios y empleados". Informe sobre Relaciones de Trabajo en Venezuela. Serie Relaciones de Trabajo Nº 79. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1995. p. 118

3. SOLUCIONES DE LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

3.1 *DISPOSITIVO LEGAL*

En agosto de 2002, fue promulgada la Ley Orgánica Procesal del Trabajo,[27] que constituye, según reza en la Exposición de Motivos:

> ...una respuesta a la urgente y necesaria transformación de la administración de justicia en Venezuela, y en particular de la justicia laboral que debe tener por norte la altísima misión de proteger el hecho social trabajo, instrumento fundamental del desarrollo nacional y está inspirado en los principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...[28]

En relación con el tema en estudio, señala:[29]

> Los tribunales del trabajo son competentes para sustanciar y decidir:
>
> Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje;
>
> Las solicitudes de calificación de despido o de reenganche, formuladas con ocasión a la estabilidad laboral consagradas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la legislación laboral;
>
> Las solicitudes de amparo por violación o amenaza de violación de los derechos y garantías constitucionales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;

[27] G.O. Nº 37.504 de 13 de agosto de 2002. La entrada en vigencia de la totalidad de sus normas es a partir del año siguiente de su publicación, salvo algunos artículos que entraron en vigencia a partir de la fecha de ésta (Art. 194).
[28] *Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo.* Caracas, Imprenta Nacional, 2001. p. 15.
[29] Artículo 29.

> Los asuntos de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social;
>
> Los asuntos contenciosos del trabajo relacionados con los intereses colectivos o difusos.

3.2 *DOS POLOS: LO CONTENCIOSO Y LO CONCILIABLE O ARBITRABLE*

De la disposición se desprende que, la determinación de la competencia de la jurisdicción del trabajo se comprende entre dos polos: la naturaleza contenciosa de los asuntos y el sometimiento a la conciliación y el arbitraje, como puede extraerse del numeral 1, que más que el primer asunto atribuible a aquélla, constituye el criterio general que orienta la norma.

Se entiende por contencioso según el vocabulario jurídico de Couture:

> 1. Controvertido, discutido, litigioso
>
> 2. Por oposición a voluntario, dícese del ejercicio de aquel tipo de función jurisdiccional en que existe oposición de partes y se requiere una sentencia que dirima el conflicto sometido a la justicia.[30]

La conciliación y el arbitraje constituyen en la disciplina laboral, fundamentalmente, medios o técnicas de solución de los conflictos colectivos de trabajo, aunque en las Inspectorías del Trabajo se cumpla una función voluntaria de conciliación en los casos de despidos, ejercida previamente a la interposición de la demanda y, aunque, en la recién aprobada LOPT, estén previstos[31] tanto el arbitraje como la conciliación en el curso del Procedimiento regido por los tribunales especiales. Creemos pues, que la norma adjetiva refiere a la conciliación y al arbitraje que se ejercen en los conflictos colectivos de trabajo.

---

[30] Couture, E. J. *Vocabulario jurídico;* Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1976. p. 171
[31] Artículos 133, 134, 138.

> ...La conciliación (está) situada a medio camino entre la autocomposición, que es la que determina a fin de cuentas el éxito de la conciliación, y la intervención de un tercero, que se limita a ayudar a las partes a buscar un acuerdo,(...) representa el punto de enlace entre las nuevas tendencias hacia el comportamiento autónomo y las viejas tradiciones intervencionistas...[32]

Consiste el arbitraje en:

> ...el sometimiento del conflicto a una persona o comisión con el encargo de que ésta lo decida como autoridad...[33]

Como se observa, el legislador procesal del 2002 utilizó similar criterio que el empleado por el legislador adjetivo de 1940, esto es, corresponde a la jurisdicción laboral aquellas materias contenciosas que no se solucionen mediante los instrumentos de la conciliación y el arbitraje, por lo que resulta imprescindible determinar los casos que el sistema venezolano remite a dichos mecanismos de solución, asunto regulado por la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento.

De dichos instrumentos podemos enunciar los conflictos sometidos a los procedimientos de conciliación y arbitraje:[34]

1. Los que tengan por objeto modificar las condiciones de trabajo;

2. Los que pretendan reclamar el cumplimiento de las obligaciones patronales sobre condiciones de trabajo;

3. Los que estuvieren dirigidos a evitar que se adopten medidas que perjudiquen a los trabajadores de la respectiva empresa, incluidas las prácticas antisindicales del empleador;

---

[32] Córdoba, Efrén en *Las Relaciones Colectivas de Trabajo.* Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 1981. p. 181.
[33] Cesarino, Junior. *Direito Social Brasileiro.* Río de Janeiro, 1963. p. 326
[34] LOT: Arts. 5, 34, 469,497, 525. RLOT: 69, 180, 195.

4. Los que tengan por objeto la reducción de personal por circunstancias económicas, o de progreso o modificaciones tecnológicas.

5. Los que plantee el patrono, en caso de circunstancias económicas que pongan en peligro la actividad o la existencia misma de la empresa, para negociar modificaciones *in peius* a las condiciones de trabajo.

Es así como, en lugar de referirse a la naturaleza del conflicto para determinar en consecuencia el órgano y procedimiento que resulten idóneos a su solución, se ha procedido a la inversa: todos los conflictos que sean referidos a los medios alternativos de solución de la conciliación y el arbitraje, no son de competencia de los tribunales del trabajo.

Con todo, el pragmatismo del criterio empleado pudiera dejar un espacio flexible para que la evolución autónoma de las relaciones colectivas de trabajo determine la solución aplicable para aquellos casos que permanecen en la zona gris y que son fuente permanente de conflictos colectivos de trabajo, como son aquellos referidos a la interpretación de las estipulaciones de las convenciones colectivas de trabajo, admitidos desde tiempo atrás en algunos países como conflictos solucionables mediante los mismos medios de solución que aquellos de intereses, "confundiéndose con éstos la mayoría de las veces, ya que a través de la negociación del diferendo jurídico, por lo general las partes concluyen creando nuevas reglas antes que aplicando las cuestionadas y causantes de la diferencia",[35] es decir, el conflicto evoluciona para convertirse en una modalidad típica del de intereses.

Pareciera ser ésta, pues, la línea divisoria fundamental entre ambas "jurisdicciones", ya que el resto de la disposición se limita a enunciar aspectos contenciosos cuya competencia es atribución de la jurisdicción laboral.

[35] Roccella, Massimo. Informe italiano sobre Las Modalidades de Reglamentación de los Conflictos Económicos de Intereses; XIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, Atenas, 1991, p. 308.

3.3 *EL HECHO SOCIAL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL*

Es importante, sin embargo, destacar el contenido del numeral 4, que atribuye la competencia a los tribunales del trabajo en los asuntos contenciosos referidos al hecho social trabajo y a la seguridad social.

Significa el dispositivo legal un rebasamiento de la jurisdicción laboral de los límites del contrato de trabajo. Por una parte, al poner como eje de la competencia de la jurisdicción especial al hecho social trabajo, significa que no sólo atenderá los asuntos relacionados con los contratos de trabajo sino los relativos a cualquier tipo de trabajo, subordinado o no, todo en consonancia con la Constitución Nacional[36] y la Ley Orgánica del Trabajo,[37] que establecen como objeto de la disciplina laboral el hecho social trabajo.

Por la otra, la seguridad social es considerada en la Constitución Nacional de 1999,[38] como un derecho universal, esto es, corresponde a todas las personas, lo que hace que habiéndose ampliado su ámbito de aplicación personal, o "deslaborizado" sus destinatarios, incluyendo a todos los tipos de trabajadores, dependientes o no dependientes, del sector formal o informal de la economía, amas de casa, personas mayores con ausencia de capacidad contributiva, desempleados, diríamos, no sólo que los jueces de trabajo han visto ampliada significativamente sus competencias, sino que más que una jurisdicción laboral, se ha diseñado una jurisdicción social.

En relación con estos aspectos, vale la pena destacar que los asuntos contenciosos que se susciten en el marco del trabajo no dependiente y que son competencia de los tribunales laborales, serán fundamentalmente conflictos individuales, ya que los conflictos colectivos que se planteen en este sector, son ventilables a tenor de la LOT[39] de acuerdo con el Título VII, Capítulo III, "De las negociaciones y conflictos colec-

[36] Art. 89.
[37] Art. 1º.
[38] Art. 89.
[39] Art. 40.

tivos", es decir, que caen dentro de la tipología de los conflictos conciliables o arbitrables, competencia de la Administración del Trabajo

3.4 *LA CUASIJURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA*

El Proyecto de Ley presentado por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), propuso la transferencia a los nuevos Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución, de la competencia para conocer sobre los procedimientos de calificación de despido y de reenganche, en los casos de fuero sindical y en los que éste se aplica por extensión, al igual que 17 años antes lo hiciera el maestro Caldera en su Anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo

Sin embargo, también como 17 años atrás, se plantearon objeciones al cambio propuesto; en esta ocasión, provenientes de distintos especialistas, de Fedecámaras y del Ministerio del Trabajo, lo que llevó a la Comisión Permanente de Desarrollo Social Integral en el Informe presentado para la segunda discusión del Proyecto de Ley, a recomendar mantener la competencia de los órganos administrativos del trabajo en materia de inamovilidad.[40]

Ciertamente que el Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo no inspiró la confianza de los actores sociales ni del mismo Ministerio del Trabajo, en cuanto que haría más accesible y rápida a aquéllos la justicia en estos casos; quizás faltó acoger la recomendación presentada por la Organización Internacional del Trabajo, durante las discusiones en el parlamento, consistentes en "... que, tanto el demandante como el demandado puedan estar en juicio sin la asistencia de abogado en ejercicio y propone que en los procesos en los que, a criterio del Tribunal no haya mayor complejidad o sean de modesta cuantía, pueda permitirse la actuación de las partes sin estar asistidos de abogado...".[41]

---

[40] Comisión Permanente de Desarrollo Social Integral de la Asamblea Nacional. Informe para la 2ª discusión p. 18. www.asambleanacional.gov.ve
[41] *Ibidem.* p. 15.

Es por ello que, la nueva Ley no logró avanzar en el proceso de demarcar más claramente las competencias de la jurisdicción laboral y de la Administración del Trabajo, permaneciendo ésta con atribuciones cuasijurisdiccionales en típicos conflictos individuales de derecho como son los que se originan por los despidos de trabajadores amparados de fuero sindical.

3.5 *RELACIONES DE LA LOT Y DE LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO*

Al dictarse la LOT el legislador tuvo cuidado de señalar en la Exposición de Motivos, como antes se dijo,[42] que las disposiciones especiales que se dictaran en materia procesal del trabajo o de seguridad social, quedarían regidas por la Ley marco del Trabajo, sentido por el cual se le atribuyó el carácter orgánico. Doce años después se dicta la Ley Procesal del Trabajo a la cual también se le atribuye carácter orgánico, planteándose el problema de la prelación jerárquica entre ambas.

Entendemos que el darle carácter orgánico está fundamentado en el interés de darle coherencia a las distintas normas procesales o procedimentales en la materia, ya no sólo laboral sino de seguridad social, incorporándose esta última materia dentro de las competencias de los tribunales del trabajo, como ya vimos; normas que se encuentran en distintas leyes, incluyendo en la ley sustantiva (LOT), en la cual se advirtió de su inclusión transitoria y permitió su modificación cuando se dictase una Ley Procesal del Trabajo.[43] En caso de conflicto de normas contenidas en ambos regímenes, se resuelve mediante la aplicación del principio de la norma más favorable.[44]

En el tema que nos ocupa observamos que no hay contradicción entre los dos instrumentos legales; la Ley Procesal detalla materias que son de competencia de la jurisdicción laboral, y que caen dentro de lo que el artículo 5º de la LOT, señala como conflictos individuales de derecho; por otra parte, en la clasificación de asuntos contenciosos y concilia-

[42] Ver *supra* p. 8.
[43] Art. 5 LOT.
[44] Arts. 59, 60 LOT y 6 RLOT.

bles, la Ley Procesal actúa subsidiariamente de la Ley sustantiva (LOT), en tanto que, es ésta la que debe determinar cuáles son los asuntos sometidos a la conciliación y al arbitraje, correspondiendo a aquélla, los que no estén comprendidos en esta clasificación.

La cuasijurisdicción administrativa, ámbito atípico en nuestro derecho, es regulado en los mismos términos por ambos instrumentos, al no haberse podido concretar el traspaso de la competencia en materia de fuero sindical a los jueces laborales.

3.6 *PRAGMATISMO Y TENDENCIAS*

De todo lo anterior deriva que, nos encontramos en idéntica situación que la existente antes de la aprobación de la nueva ley procesal laboral. No nos regimos por un criterio objetivo que permita determinar claramente la línea divisoria entre Jurisdicción y Administración Laboral. Si resumimos las áreas de competencia entre ambos sectores, tendríamos que no resultan aplicables íntegramente ninguno de los criterios jurídicos estudiados por la doctrina laboral, aun cuando son acogidos por nuestra legislación. Así:

– A la jurisdicción laboral corresponden los conflictos de derecho, sean individuales o colectivos; sin embargo, la Administración del Trabajo conoce de conflictos individuales de derecho, como son los procedimientos cuasijurisdiccionales de calificación de despido y de reenganche para los trabajadores amparados por el fuero sindical y de conflictos colectivos de derecho, como son los planteados por incumplimiento de las obligaciones del patrono, contenidas en contratos colectivos.

A la Administración del Trabajo, corresponden los conflictos colectivos de intereses sujetos a conciliación y arbitraje; sin embargo, como antes se señaló, tiene una amplia competencia tanto en conflictos de derecho individuales como colectivos.

Es por ello que, aun cuando el sistema de solución de conflictos de trabajo y la correspondiente distribución de competencias entre órganos jurisdiccionales y órganos administrativos, acusa un fuerte pragmatis-

mo, no es dable tampoco clasificar dichas competencias mediante las tipologías de conflictos juzgables y negociables, ya que, aunque los tribunales sólo conocen de asuntos juzgables, la Administración conoce de asuntos negociables o conciliables y también de asuntos juzgables, como los ya señalados casos de procedimientos de calificación de despido y reenganche.

Con todo, podemos observar, como ya señaláramos, una tendencia a atribuir a los órganos administrativos la competencia para conocer de los conflictos colectivos de trabajo, aun de aquellos de derecho, y a los órganos jurisdiccionales, la competencia para conocer de aquellos individuales, como sabemos, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, siempre de derecho.

Dos tipos de conflictos, fundamentalmente, nos separan de esta clasificación tendencial que fijaría el criterio en la calidad de los intereses en juego y no en el objeto del conflicto. Estos son: los conflictos colectivos que se derivan de las divergencias de interpretación de una cláusula de la convención colectiva de trabajo, que se considera de derecho y de competencia de los tribunales del trabajo y el que se origina por el despido de un dirigente sindical u otros trabajadores amparados por el fuero sindical, que como se ha insistido, siendo un conflicto individual de derecho, no solucionable por vía de la conciliación, es, sin embargo de competencia del Ministerio del Trabajo.

4. PERSPECTIVAS

4.1 *LA REFORMA DEL MARCO LEGAL LABORAL*

La Constitución Nacional de 1999, en su disposición transitoria cuarta ordenó a la Asamblea Nacional la aprobación, dentro del primer año de su instalación, la aprobación de una reforma de la LOT que comprendiera un nuevo régimen de prestaciones sociales y un conjunto de normas integrales que regulen la jornada laboral y propendan a su disminución progresiva, así como la aprobación de una Ley Orgánica Procesal del Trabajo; el plazo venció hace casi 12 meses y, como hemos venido señalando, el parlamento acaba de aprobar esta última, y faltan-

do sólo escasos 3 meses para su entrada en vigencia, se ha presentado un proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo.

Es lamentable que no se hayan discutido y consultado conjuntamente ambas reformas; como se ha señalado anteriormente, ambos instrumentos legales, el sustantivo y el adjetivo están estrechamente relacionados, como relacionadas están las disciplinas jurídicas laboral y procesal laboral.

El estudio conjunto hubiera permitido abordar con mayor eficiencia el tema que hemos planteado y definir las políticas generales y las estrategias legislativas para llevarlas adelante; el problema de las competencias de la administración del trabajo y de la jurisdicción hubieran recibido un trato con mayor coherencia.

En todo caso, es posible advertir en el proyecto presentado un afianzamiento de las competencias cuasijurisdiccionales a los Inspectores del Trabajo, ya que se amplían sus competencias en los procedimientos de reenganche de trabajadores amparados por fuero sindical al facultarlos para dictar medidas cautelares en sede administrativa.[45]

Por otra parte, el artículo 5 de la LOT, rector en la materia que estudiamos, no es objeto de reformas.

4.2 *LA NECESIDAD DEL DIÁLOGO SOCIAL*

Es posible, sin embargo, durante el período de la *vacatio legis* de la nueva ley procesal replantear aspectos que fueron contenidos en el proyecto y dejados de lado, no resultando en definitiva aprobados, como lo es precisamente el referido al tránsito de la competencia para conocer y decidir en los procedimientos de calificación de despido y reenganche, a la jurisdicción laboral, lo cual, ciertamente, nos colocaría más cerca de definir el perfil venezolano en materia de conflictos de trabajo, confiando los individuales de derecho a los tribunales laborales y los colectivos, de intereses o de derecho, a la conciliación y al arbitraje.

[45] Art. 459 Proyecto de reforma de la LOT.

Para lograr dicho objetivo sería necesario profundizar el diálogo social, o más bien, instaurar un verdadero diálogo social tripartito, donde estuvieran los representantes mayoritarios de las partes de esos conflictos de trabajo; nos referimos, por supuesto, a una instancia de diálogo social con participación de patronos y trabajadores, diálogo que no se realizó durante las discusiones del proyecto de ley procesal, aunque se consultó ampliamente las opiniones de la academia y del gremio profesional de los abogados.

4.3 *LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO*

De no ser posible el supuesto anterior, será conveniente la reforma del artículo 5 de la LOT , que como vimos es el instrumento legal marco del cual depende la ley procesal del trabajo, a los fines de definir con mayor claridad los ámbitos de competencias de ambos poderes públicos, la jurisdicción y la administración laborales, que resulte coherente con el resto de disposiciones relacionadas, tanto en la ley sustantiva como en la adjetiva.

De esta manera se facilitará la interpretación del punto, se prevendrán los conflictos que puedan plantearse por esta causa y se propenderá a esa justicia de calidad que anuncian nuestros textos legales y constitucionales.

El Recurso de Control de Legalidad en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Francisco CARRASQUERO LÓPEZ*

SUMARIO:

Introducción

1. **Los Recursos y el Control de la Justicia del Acto.**
2. **Naturaleza del Recurso de Control de Legalidad Laboral.**
3. **Justificación Constitucional.**
4. **Conceptuación del Recurso de Control de Legalidad Laboral y el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.**
5. **Ámbito de aplicación de la admisibilidad del recurso: 5.1** *Sentencias revisables.*
6. **Vigencia y Procedimiento del Recurso de Control de Legalidad Laboral.**

---

* **La Universidad del Zulia**, Abogado, Doctor en Derecho, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Ex Decano, *Escuela de Derecho*, Ex Director, Profesor Ordinario Titular, Ex Secretario Encargado, Ex Vicerrector Administrativo Encargado. **Universidad Nacional Rafael María Baralt**, Ex Rector. **Tribunal Supremo de Justicia**, *Sala Especial Agraria*, Conjuez Ponente Permanente, *Sala de Casación Social*, Conjuez.

INTRODUCCIÓN

La tradición legislativa laboral venezolana comienza a partir de la Ley del Trabajo de 1936, ya que las relaciones del trabajo reguladas por la Ley del 23 de julio de 1928, tuvo vigencia efectiva limitada en cuanto a un conjunto de derechos y obligaciones, y la anterior a esta fecha, la Ley de Talleres y Establecimientos Públicos de 1917, con importantes aportes conjuntamente con las leyes de minas, no constituían un cuerpo sistematizado de los precitados derechos y obligaciones laborales.

Así los códigos civiles y mercantiles en diseminadas normas se aplicaban al hecho del trabajo, como una reminiscencia de la legislación del derecho común para regular la relación de trabajo.

En ese sentido el proceso laboral en Venezuela no se encontraba sistematizado bajo la égida de las características y modalidades especiales que le son inherentes. De modo que el proceso civil y su interpretación tenían la primacía para regular el proceso del trabajo, que fue acentuado con la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1916 y luego con la vigencia del código de 1986, que expulsaba del ámbito de aplicación a la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo de 1940, reformada en dos ocasiones: 1956 y 1959 para la regulación del proceso laboral, válida a la entrada en vigencia del nuevo código procesal por vía supletoria; originándose un desfase entre el procedimiento laboral y el civil, que hacía de la justicia laboral inadecuada a los fines del Derecho del Trabajo como ciencia sustantiva. Es decir, una justicia laboral no autónoma ni especializada.

Todo ello conlleva a que "la complementariedad del Código de Procedimiento Civil se hizo común en la tramitación del proceso laboral, aparejando(...) un amasijo de criterios de interpretación que provocaba la confusión lesiva a los intereses, especialmente de los trabajadores y del propio interés de la nación para preservar el equilibrio entre los factores de la producción" (Carrasquero López, Francisco: *Derecho Procesal del Trabajo*. Plan de Capacitación sobre la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Caracas. p. 10. 2002).

En el afán de estructurar normativamente un procedimiento laboral fecundo en correspondencia con los postulados y principios propios del Derecho del Trabajo y del adjetivo Derecho Procesal del Trabajo, los iuslaboralistas venezolanos se empeñaron en ese justo objetivo después de un letargo de medio siglo de mora legislativa, y el 13 de agosto de 2002 se le puso el ejecútese a la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo con la aspiración real de tener una jurisdicción laboral venezolana especializada y autónoma, inspirada en su interpretación y aplicación en su norma fundante, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para hacer del proceso un instrumento para la realización de la justicia tal como lo prescribe el artículo 257 de nuestra Carta Magna.

El procedimiento laboral de acuerdo con la nueva ley adjetiva del trabajo es uniforme, oral, breve, público y contradictorio para todas las controversias judiciales que sean de la competencia de la jurisdicción del trabajo. Estructura novedosa ésta, especialmente la **oralidad** entre muchas otras categorías procesales que contiene el precitado texto.

Ahora bien, en el Capítulo I del Titulo IX, referido a la Vigencia y Régimen Procesal Transitorio se establece una *vacatio legis* de un año, desde su aprobación por la Asamblea Nacional, con excepción de los artículos 49 (Litisconsorcio), 178 y 179 , reguladores éstos del Recurso de Control de Legalidad en contra de los fallos laborales dictados por los Tribunales Superiores del Trabajo. Del estudio de este novedoso recurso se trata el presente trabajo. Veamos.

En efecto en el Titulo VII Capítulo VII se establece y regula dicha categoría procesal, es decir, el novedoso recurso de **Control de Legalidad,** que llamaremos **laboral,** con el cual se pretende proteger y cubrir no sólo la legalidad sino la justicia de la controversia laboral decidida.

1. LOS RECURSOS Y EL CONTROL DE LA JUSTICIA DEL ACTO

En todo el sistema de impugnación para controlar la justicia del acto de mérito que le pone fin a la controversia judicial, queda plasmada la relatividad propia del sentenciador, de manera que los recursos en general persiguen que el acto judicial en que consiste la sentencia lleve la im-

pronta de la verdad y que además debe ser justa. Propicio es el criterio de Calamandrei en este sentido:

> Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el límite fatal de la relatividad propia de la naturaleza humana: lo que vemos, sólo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud, es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad. (Calamandrei, Piero: *Estudios sobre el Proceso Civil*, 2ª ed. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1962, Tomo III, p. 319).

Consiguientemente, el paso de la sentencia en cosa juzgada puede ser verosímil sin que por ello el juicio sea verdad. La controversia judicial desemboca en una norma individualizada llamada sentencia que ha tenido por datos en el proceso relaciones jurídicas sobre hechos; éstos como dice el autor mencionado, seguirán siendo los mismos, sólo que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se hace inatacable porque la irrevocabilidad es su fuerza frente a todos: se hace inmutable.

Así, cuando el modelo procesal establecido en la ley ha sido alterado por el incumplimiento de los requisitos de forma, lugar y tiempo, toma importancia toda la teoría de las nulidades procesales que evita la infición del acto procesal y conserva la igualdad de las partes en el proceso.

Pero la sentencia puede causar daño injustamente a las partes y al Estado de Derecho, vulnerando la legalidad y justicia del acto . Es el sistema de impugnaciones lo más relevante para obtener la reforma del acto, producto de una reacción en contra de la sentencia de mérito. Por eso se dice que el "recurso es, en su dinámica, un acto de impugnación de resoluciones judiciales" (Ibáñez Frocham: *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*. Citado por Rengel Romberg A: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. 7ª Ed., Caracas, Organización Gráfica Capriles C.A., 1999, Vol., II, p. 396).

En efecto, mediante los recursos como medio restringido de impugnaciones, se persigue corregir los defectos que inficionan una sentencia judicial cuyo contenido es ilegal, en consecuencia, se pretende controlar

la legalidad y justicia del acto por reacción en contra de éste. Sin embargo, es preciso afirmar que todo recurso es un acto de impugnación en contra del fallo, pero no toda impugnación es un recurso; por eso hablamos del recurso como un medio restringido de impugnación. En el caso, de la apelación se trata de un verdadero recurso para corregir el agravio infligido por la sentencia del Juez o Jueza del primer grado de la jurisdicción y se persigue que el juez superior deje sin efecto en esta segunda sentencia los errores o la injusticia de la precedente.(doble grado de la instancia).

¿Por qué se controla le legalidad y justicia de la sentencia?

Porque se necesita una tutela jurídica efectiva que garantice una sentencia justa a las partes y a la sociedad. En el mundo del Derecho no todos los juicios que se intentan son fundados en la verdad, ni tampoco se puede tener por cierto que el juez no se equivocará al fallar el litigio aunque se aspira que le otorgue la razón a quien la tiene, pero ello no es necesariamente así, pero es lo requerido normalmente. Lo ideal es que el Derecho se cumpla espontáneamente; pero también debe cumplirse coercitivamente de llegarse a plantear el litigio para resolver la controversia por la vía judicial y es allí donde la conducta del sentenciador debe ajustarse a la legalidad y justicia del acto; sin embargo, a veces su fallo contiene el signo de la arbitrariedad, que es signo de ilegalidad porque no ha utilizado el proceso como un instrumento para la realización de la justicia. Por eso los recursos de impugnación en general y en los más restringidos en sus efectos, como el de **control de legalidad laboral** objeto de nuestro estudio, toma una relevancia capital y determinante cuando el debate judicial se ha desviado en perjuicio de las garantías y tutela jurídica de los litigantes y del propio Estado de Derecho y sus instituciones fundamentales.

En el Derecho venezolano el llamado avocamiento como categoría ha sido concebido excepcionalmente para controlar la legalidad del proceso, al atribuirle el derecho a una jurisdicción superior la desincorporación de un proceso tramitado o por tramitarse en un tribunal inferior de la esfera de su competencia. Esta figura, prevista en el artículo 42, ordinal 29 en concordancia con el 43 de la Ley Orgánica de la Corte

Suprema de Justicia y nutrida con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, pudiera tenerse como un antecedente del recurso de control de legalidad, que ahora según sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la facultad de avocamiento es competencia de todas las Salas en función de la materia, y no como se venía aceptando que sólo la Sala Politicoadministrativa de este alto tribunal era la única competente para conocer de esta facultad excepcional. En el Derecho norteamericano la Suprema Corte de este país, excepcionalmente también conoce para controlar la legalidad de la decisión, en razón al *writ of certiorari* "que viene a ser un recurso general que permite a dicho alto tribunal estar en conocimiento de los pronunciamientos que emitan los tribunales inferiores para actuar en caso de entenderlo preciso o, más bien, conveniente" (Canova González, Antonio: *Rasgos Generales de los Modelos de Justicia Constitucional en Derecho Comparado*: 1) Estados Unidos de América. Separata de Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. TSJ. p. 396. 2002).

El referido recurso no es una apelación, ya que es de la conveniencia de la corte resolver el caso sometido a su consideración, es decir, es una cuestión de discrecionalidad judicial. El *certiorari* (estar informado) será admisible si existen denuncias graves o categóricas cuya entidad merecen ser conocidas, cuando un tribunal de última instancia estatal ha podido violentar la validez de una norma, tratado, ley federal frente a la constitución antes o después de recaída la sentencia y en un pronunciamiento contradictorio; concluido éste, la corte puede otorgar el *writ of certiorari* cuando existan razones de peso para actualizar la admisibilidad del análisis del asunto e incluso como en el control de legalidad laboral nuestro, dictar el fallo de fondo sin que se permita recurso alguno en contra de esta decisión. Como puede observarse, existe semejanza entre el *writ of certiorari* norteamericano de control por la corte suprema de la interpretación de su constitución y el control de legalidad laboral previsto en el artículo 178 de nuestra Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que se conciben como medios para corregir errores graves de los tribunales inferiores; en el caso del control de legalidad laboral venezolano, de los fallos dictados por los Tribunales Superiores del Trabajo.

Respecto de este mismo recurso también existe en el Proceso Español, un recurso parecido como variante del recurso de casación español denominado **Recurso de Casación para Unificación de Criterios**, porque persigue mantener la unidad de la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia, al igual que el venezolano, cuando se denuncia que el fallo del Tribunal Superior del Trabajo ha desconocido la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Social. Por eso este singularísimo proceso impugnatorio, como lo llama la doctrina procesal española, es un "medio impugnatorio excepcional, porque con él decae el principio de doble grado jurisdiccional(...), y se continúa diciendo, a través de la correspondiente sentencia, en efecto, se vendrá a fijar una doctrina [auténtica y única] interpretativa sobre el alcance de las normas, y a ella habrán de sujetarse todos los órganos jurisdiccionales. (...) El recurso devuelve a la casación su prístino significado, como salvaguardia de la pureza de la ley más que a los intereses de los litigantes..." (Montoya Melgar, A. Galiana, J. Sempere, A; Ríos, B.: *"Curso de Procedimiento Laboral*. 6ª Ed., Editorial Tecnos. Madrid. 2001. p. 364).

Diversas clasificaciones hace la doctrina de los recursos; por supuesto no es el tema a tratar en este trabajo. Pero debemos decir que al lado de los ordinarios existen los extraordinarios y otras subespecies.

El llamado Recurso de Control de Legalidad, que regula la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se encuentra previsto en el referido título de este texto adjetivo laboral como un recurso, y tiene por finalidad atacar la legalidad del acto que por ende pudiera comprometer la justicia del mismo y evitar los excesos de los tribunales de última instancia. ¿Constituye un verdadero recurso procesal y además extraordinario o excepcional? Veamos su estudio en el siguiente acápite numeral.

2. NATURALEZA DEL RECURSO DE CONTROL DE LEGALIDAD LABORAL

El referido recurso se ha considerado con carácter extraordinario o excepcional con la finalidad de impedir las extralimitaciones de los tribunales de última instancia, en contra de los fallos que no siendo recurribles en casación violenten o amenacen infringir el orden público laboral,

que es un **orden público de protección**, o cuando la sentencia proferida por la recurrida sea contraria a la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, no confundible con las delaciones propias que sirven de motivo de casación para interponer el recurso extraordinario de casación, aunque esto es relativo según nuestro criterio como expondremos más adelante.

Ahora bien, la pretensión del recurrente en el control de legalidad persigue con este medio impugnativo que la Sala de Casación Social decrete la nulidad del fallo y ordene la reposición de la causa al estado que considere necesario para establecer el orden jurídico violado. Pero igualmente la Sala, si lo considera procedente, puede una vez que produzca la nulidad de la sentencia decidir el fondo del juicio.

Como puede observarse, con este medio de impugnación se aspira controvertir decisiones inherentes al proceso mismo dictadas por los tribunales de última instancia (Tribunales Superiores) con carácter de cosa juzgada, porque solamente son recurribles los fallos que no tengan casación, pero que sin embargo, pueden ser anuladas e incluso decidirse el fondo de la controversia. Es decir, no son simples errores u omisiones, sino excesos que vulneran normas legales, el orden público laboral y la doctrina de la Sala de Casación Social, los que sirven de fundamento para intentar dicho medio de impugnación y a tales fines al igual que cualquier Sala, se ejerce el Control de Legalidad, cuyo objeto es confrontar y controlar la sentencia de segunda instancia para determinar la legalidad prevista en el ordenamiento jurídico que le sirve de fundamento al fallo proferido. En general, la cosa juzgada –según la verosimilitud– crea la irrevocabilidad jurídica derivada del fallo para hacerlo inatacable, salvo que se hayan violentados los supuestos precitados que hacen admisible el llamado recurso de control de legalidad laboral, establecido expresamente en el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. De donde deviene que de ser admitido y resuelto con lugar el recurso de control de legalidad la cosa juzgada, que garantiza la **lex continuitatis** del derecho, queda en suspenso, en el entendido que la "plena eficacia de la cosa juzgada sólo se obtiene cuando se ha operado la extinción de todas las posibilidades procesales de revisión de la sen-

tencia...” (Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª Ed. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Depalma. 1997. p. 418.)

Sabemos que tanto la apelación como la casación son recursos en el sentido procesal expuestos por la doctrina adjetiva, porque tienen por finalidad esencial la impugnación de resoluciones judiciales, como dice Ibáñez Frocham. Se trata de revisar la sentencia, bien sea por un Juez inferior o superior, en el entendido de la relación de subordinación y superioridad jerárquica entre tribunales, para controlar la legalidad y justicia del acto atacado o recurrible, según sea el caso, en el cuadro de clasificaciones del sistema de impugnaciones generales para controvertirlo.

Todo ello me hace pensar que por lo más álgido y característico de la teleología del recurso de control de legalidad laboral, como es la nulidad de la sentencia de la última instancia y decidir la causa al fondo sin posibilidad de reenvío, el referido recurso adviene conjuntamente con la apelación, y el recurso extraordinario de casación en vecino de ellos para conformar la figura de la concurrencia de impugnaciones, con lo cual se amplían los recursos de impugnación de los fallos judiciales laborales según la nueva ley procesal del trabajo; y aunque el control de legalidad es potestad de todos los jueces y no procede en contra de fallos definitivamente firmes, esta ley adjetiva tiene la particularidad de establecerlo expresamente en **norma positiva procesal**.

Así, ha debido bastar para la parte que le es desfavorable la sentencia, la nulidad, lograda mediante la interposición de la apelación o el recurso de casación, cuando estos medios de impugnación le eran oportunos y útiles a los efectos de lograr la revisión del fallo donde no había salido victorioso. Pero el legislador procesal laboral venezolano en el artículo 178 precitado de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, permite recurrir al Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social para controlar la legalidad del fallo de la última instancia, en contra de la cual no se admite recurso de casación, es decir, no son impugnables en casación; sin embargo, se puede anular el fallo si se admite el recurso de control de legalidad y decidir el fondo de la controversia judicial sin reenvío, según lo prescrito en el artículo 179 de dicha ley adjetiva.

Contra la sentencia proferida por los Tribunales Superiores del Trabajo no está abierta la vía del Recurso de Casación; significa que está definitivamente firme basada en autoridad de cosa juzgada, pero no hay presunción de verdad en los términos expuestos, porque pudiera interponerse el recurso de control de legalidad y decidirse que es admisible la nulidad del fallo y resolver por la Sala de Casación Social el fondo de la causa. Desde esta dimensión en el accionar procesal existe la real pretensión de hacer valer la nulidad del fallo con un medio de impugnación que califico de restringido, distinto al recurso de casación, capaz de entrabar la eficacia de la cosa juzgada.

En consideración a lo examinado, es incontrovertible que el medio impugnativo de control de legalidad previsto en el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por su objeto tiene la naturaleza jurídica de ser un recurso excepcional, y por ser extraordinario para fundamentarlo, las denuncias que le sirven de fundamento deben ser propias a tal recurso de control, pero sin que ello pueda excluir –en mi concepto– en forma absoluta denuncias que pudieran ser las que sirven de soporte, como motivos de casación para interponer el de casación; haciendo abstracción de que el control de legalidad ejercido mediante este recurso se acciona en contra de fallos no impugnables en casación. La Sala de Casación Social ha dicho que las denuncias no deben ser las propias que son fundamento del recurso de casación; sin embargo, pienso que la Sala deberá prontamente flexibilizar este criterio, porque una denuncia propia de motivos de casación puede ser de tal entidad que lesione la legalidad del fallo o del proceso, y en ese caso es dable que también pudiera servir de base para interponer el recurso de control de legalidad laboral, pero sin que este recurso sea sustitutivo del recurso de casación laboral. Sólo se permite experimentar procesalmente la utilización de una vía para atacar las mencionadas sentencias por un medio distinto de impugnación al recurso de casación. Pero con la expresa aclaratoria que es facultativo de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia admitir o no el examen del recurso. Veamos su justificación constitucional.

3. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

Toda constitución aspira y pretende que el legislador ordinario en la cosa juzgada plasme la justicia prometida en ella a los ciudadanos, y la nuestra no escapa a este aserto, porque la constitución se desarrolla en la legislación, pero la legislación –como dice Couture– se desarrolla en la cosa juzgada que se obtiene a través del proceso.

El proceso laboral fundamentalmente es reivindicador de la entidad humana desposeída que sirve de instrumento para el mejoramiento económico de los trabajadores, y los postulados constitucionales en esta materia lo confirman. Decíamos que el "Derecho del Trabajo bajo la expresión normativa de la relación de trabajo –individual como colectiva– regula un **problema humano**, porque la relación jurídica en cuestión entraña un problema social..." (Carrasquero, Francisco. *Ob. Cit.,* p. 12).

La actual Constitución nacional, en su artículo 257, actualiza la humanización del proceso si de justicia es humano que ésta se le conceda a quien tiene la razón y la verdad derivada del proceso. Por eso, la Carta Magna concibe al proceso como un instrumento para la realización de la justicia, como *desiderátum* del Derecho, y hace énfasis en el factor informal, a los fines de conseguirla (justicia), rescatando objetivamente la esencialidad del fondo del asunto frente a la forma.

El **informalismo** postulado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el precitado dispositivo legal impone una justicia transparente, sin dilaciones indebidas, rápida, imparcial y sin formalismos ni reposiciones inútiles. Así, se impone en un Estado que se organiza políticamente como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, según lo establece el artículo 2 de dicha constitución; la pertinencia de un control de legalidad en contra de las arbitrariedades que fulminan los valores supremos que la constitución regula, o sea, el Estado controlado por el derecho en aras de la justicia y la igualdad de los ciudadanos. De donde deviene indefectiblemente que el recurso de control de legalidad laboral se justifica constitucional y procesalmente.

En el entendido que la "actividad del Juez no se sustenta solamente en el **principio de legalidad**, sino que se impone la vigencia del **principio**

de constitucionalidad conforme al cual le corresponde a los miembros de la administración de justicia más que aplicar la ley, traslucir en la realidad los valores y principios inmersos en el ordenamiento superior, integrado por la constitución." (XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Publicación de la Corte Suprema de Costa Rica. Voz: *La Oralidad en el Proceso Civil con miras al nuevo milenio*. Dr. Parra Quijano, Jairo. 2002. p. 345).

Couture, hablando de la teoría de las nulidades, dijo: "(...) No tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos del debate cada vez que esta desviación suponga la restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes (...) sería incurrir en una excesiva solemnidad y un formalismo vacío (...) El proceso sería, como se dijo de sus primeros tiempos, una [**misa jurídica**], ajena a sus actuales necesidades" (Lascano, citado por Couture, Eduardo. *Ob. Cit*. p. 390). Precisamente, el control de legalidad no es para satisfacer esos pruritos, sino para evitar la desviación y restricción de la legalidad que pueda contener el fallo proferido por el Tribunal Superior del Trabajo.

En función de lo anotado, la fundamentación constitucional actualiza el informalismo en el artículo 257 de la Constitución Nacional, para que el proceso sea un instrumento al servicio y logro de la justicia, y no al servicio y logro de un **amasijo de mentiras,** resultado de argucias de algunos litigantes y jueces, que con su actuación exceden los diques de la buena fe-creencia y la buena fe-lealtad en el proceso, en detrimento de una justicia transparente y del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, cimentado en los valores supremos de su ordenamiento jurídico.

Es entonces el recurso de control de legalidad establecido normativamente en la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo –vigente actualmente en cuanto a su interposición– expresión clara para la preservación de esos valores y garantías legales, en un proceso como el laboral, que por sus particularidades persigue la compensación de las desigualdades, según la terminología de Perelman.

Así, el Recurso de Control de Legalidad deriva en una justificación constitucional y hasta natural a simile con otros recursos, en un medio impugnativo esencial y determinante para la sentencia laboral, cuando los operadores de justicia han provocado en el fallo proferido una **transgresión ilegal** o **injusticia notoria,** pues una sentencia injusta que causa agravio al margen de la legalidad, sólo puede ser corregida, indudablemente, con la interposición del debido recurso de impugnación para restablecer la legalidad y la justicia del acto proferido.

En conclusión, es incontrovertible que el establecimiento del Recurso de Control de Legalidad en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo actualiza el postulado constitucional de que el proceso es instrumento para la realización de la justicia, y en esa ley fundamental que le sirve de norma fundante se encuentra la plena justificación para que la *voluntas legislatoris laboral* lo haya plasmado en **norma procesal positiva,** en aras de que la eficacia de la cosa juzgada y la jurisdicción no se tornen en calamitoso daño para la sociedad, que tiene derecho a la necesidad imperiosa de la certeza derivada del proceso, y por eso sometido como todo fallo al control de legalidad; sólo que en este caso del recurso en cuestión se trata de un medio de impugnación diferente a los ordinarios y al extraordinario de casación de indudable *examina legum*. Veamos en el siguiente acápite numeral el ensayo de un concepto.

4. Conceptuación del Recurso de Control de Legalidad Laboral y el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En efecto, dijimos que en el Capítulo VII del Titulo VII se prescriben las normas que regulan este nuevo recurso como medio de impugnación de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores del Trabajo. En correspondencia con el precitado artículo, se dispone:

> El Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social podrá, a solicitud de parte, conocer de aquellos fallos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo, que aún y cuando no fueran recurribles en Casación, sin embargo, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación...

Nos atrevemos a exponer un concepto según los caracteres y elementos normativos de este excepcional recurso en los términos siguientes:

"Es un medio excepcional del que disponen las partes en el proceso laboral para defender sus derechos e intereses, cuando consideran que se ha proferido un fallo que viola o amenace la legalidad o justicia del acto en que consiste el orden jurídico especificados en la norma, bajo circunstancias que se consideran de relevante gravedad, con la finalidad que la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia revise la legalidad de la sentencia recurrida objeto del control de legalidad, y si fuere el caso decretar la nulidad del fallo y su reposición o anularlo para decidir el fondo de la controversia sin reenvío".

Como puede observarse, el dispositivo legal anotado regula un medio de impugnación que por su extraordinariedad no es sustitutivo del recurso de casación laboral, e igualmente no procede en contra de los fallos donde los recursos de impugnación se han agotado por no haberse ejercido tempestivamente y pasados en autoridad de cosa juzgada. Lo que significa que de interponerse oportunamente y de conformidad con las exigencias del artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo es admitido, la sentencia definitiva del Tribunal Superior, quedaría en suspenso en cuanto a la certeza e inmutabilidad de la cosa juzgada. Respecto de este asunto, algún sector de la doctrina procesal avanza el criterio que la cosa juzgada que pone fin al proceso estaría sometida a una **condición suspensiva** hasta tanto se resuelve el recurso de control de legalidad. Lo que pudiera aceptarse, si se estima que la inmutabilidad de la cosa juzgada queda supeditada a la admisibilidad o no del recurso por parte de la Sala de Casación Social, y la decisión que en definitiva provocase esta Sala en ejercicio del amplio poder de discrecionalidad que tiene a tales efectos.

Sin embargo, por ser excepcional deben cumplirse estrictamente a los fines de considerar su admisibilidad con los presupuestos y exigencias enunciadas en el mencionado artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Veamos entonces el ámbito de aplicación en cuanto a su admisibilidad.

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

Prescribe el referido artículo que el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social podrá –a solicitud de parte– conocer de aquellos casos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo, que aún y cuando no fueran recurribles en casación, sin embargo, violenten o amenacen con violentar normas de orden público, o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación.

Ahora bien, el ámbito de aplicación de la admisibilidad se contrae a situaciones cuya violación o amenaza son de tal gravedad que resquebrajan la legalidad del fallo o proceso sometido al examen de la Sala de Casación Social y que ciertamente lesionarían el Estado de Derecho. Esas situaciones de violación o amenaza que tienen la capacidad arbitraria de irrumpir la legalidad, se contraen: a) instituciones fundamentales del derecho sustantivo del trabajo; b) derechos indisponibles que no puede ser objeto de convenios particulares reñidos con la irrenunciabilidad que los ampara; c) violación de las normas procesales que menoscaben el debido proceso y derecho a la defensa, sin que se pueda confundir en esta última situación, que el recurso de control de legalidad haría las veces de la acción de amparo; no, la debida interpretación ya expuesta es que todo juez es constitucional porque debe hacer valer y asegurar la integridad y vigencia de la Constitución Nacional, conforme a su competencia y en los términos previstos en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pero sin que ello involucre que se convierta en Juez Constitucional de Amparo. Por eso, en función de dicho ámbito de aplicación, el dispositivo legal enuncia cuáles sentencias son revisables por intermedio del recurso de control de legalidad laboral. Veamos.

5.1 *SENTENCIAS REVISABLES*

a) Los fallos proferidos por los Tribunales Superiores del Trabajo.

b) Que no sean impugnables en casación. El artículo 178 dice: "(...) que aún y cuando no fueran recurribles en casación". Obsérvese que el

adverbio "aún" usado en la norma con acento diacrítico conjuntamente con el adverbio "cuando", son de tiempo, denotan en el supuesto normativo duda, porque pareciera que aunque la decisión fuese impugnable por el recurso de casación, tendrían "todavía" las partes posibilidad de interponer el recurso de control de legalidad laboral, lo cual no es así. SÓLO PROCEDE ESTE RECURSO EXCEPCIONAL EN CONTRA DE LOS FALLOS NO IMPUGNABLES POR EL RECURSO DE CASACIÓN, porque como se dejó expuesto anteriormente, no es sustitutivo del extraordinario de casación.

c) Que deben violar o amenazar los fallos impugnables por el recurso de control de legalidad laboral, las normas de orden público o cuando la decisión recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Social:

1) Normas de orden público. Es decir, desde el punto de vista de sus signos característicos, las normas de interés público que exigen observancia incondicional, y no son derogables por disposición privada porque expresan señales inequívocas de la presencia de dichas normas, especialmente, en el Derecho del Trabajo y su legislación que se comprende en el orden público de protección.

1) Que el fallo sea contrario a la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Social. Se pretende definitivamente preservar la uniformidad de la jurisprudencia y los criterios de unicidad que le sirven de fundamento a los fallos proferidos por la Sala de Casación Social.

En el dispositivo legal en estudio se dice: " (...) violenten o amenacen con violentar".

La doctrina y la jurisprudencia nacional exigen determinados requisitos para conceptuar la "amenaza", a saber: a) La existencia determinante de la misma o al menos estar pronto a materializarse; y b) Que sea inminente, o sea, aquella que está por suceder prontamente, lo cual implica un fundado temor de que se cause un mal pronto a ocurrir por el acto, hecho u omisión que impulsa la amenaza. (TSJ. Sala Constitucional. Sent. Nº 1.206 de fecha 06/06/2002).

En todo caso y en ejercicio de los amplios poderes de la Sala de Casación Social respecto a la admisibilidad del recurso de control de legalidad laboral, "será la dinámica de cada caso en concreto, lo cual permitirá proyectar los escenarios fácticos que demarcarán la admisión del recurso de control de legalidad" (TSJ. Sala de Casación Social. Sent. R.C.L. Nº AA60-s-2002-000683. F/. 13/03/2003).

Asimismo, la Sala de Casación Social que tiene la facultad de admitirlo o no debe **verificar**:

a) La oportunidad de la interposición. En el entendido que siendo un lapso preclusivo de cinco días, contados por días de despacho siguientes a la fecha en que sea dictado el fallo, dentro de los cuales el recurrente debe ejercerlo para evitar dicha preclusión. Por consiguiente, la Sala debe constatar si se ha interpuesto dentro del lapso, pues no le es dable al Tribunal Superior la admisibilidad o no del recurso.

b) La extensión del escrito, o sea, que no exceda de tres folios útiles y sus vueltos.

c) Es menester destacar porque es de relevancia determinante, que si la denuncia que sirve de fundamento para intentar el recurso de control de legalidad laboral trata del desconocimiento a la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Social, la delación debe consistir simplemente en que el fallo es contrario a dicha doctrina; se es exigente con esta denuncia sin duda para preservar la unicidad de los criterios de la Sala. Tampoco es procedente cuando la sentencia de la recurrida puede ser atacada en sede casacional por el extraordinario de casación. (TSJ. Sala de Casación Social. Sent. Nº 000536. f/. 20/02/2002).

En consecuencia, las sentencias revisables por este recurso son las definitivas dictadas por los Tribunales Superiores. Sin embargo, ¿procedería en contra de las **sentencias interlocutorias**?

Indudablemente que no. Su interposición ataca la legalidad o justicia de la sentencia definitiva del Tribunal Superior; y aunque la Ley Orgánica Procesal del Trabajo no distingue entre sentencias definitivas e interlo-

cutorias, a tales efectos, es preciso aclarar que éstas se dictan en el transcurso del proceso que no causan gravamen irreparable, ni ponen fin al juicio. Pero, si causaran ese tipo de gravamen, podría ser reparado en la definitiva, pues de anunciarse recurso de casación en contra de la sentencia definitiva que puso fin al juicio, quedan comprendidas en él las interlocutorias que hubieren producido un gravamen no reparado en ella, siempre que se hayan agotado todos los recursos ordinarios contra la decisión interlocutoria. (Casación diferida). (TSJ. Sala de Casación Social. Sent. R C Nº AA60-S-2002-000536. F/. 20/02/2003).

Ya sabemos que si la sentencia definitiva tiene recurso de casación no ha lugar a la interposición del recurso de control de legalidad laboral, previsto en el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

También existen las llamadas **sentencias definitivas formales**, que son las dictadas en la oportunidad de la definitiva, y no hay pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sino que se repone la causa y se anulan las actuaciones realizadas ante el juez *a quo* y el superior, incluyendo la decisión dictada por el tribunal de la causa.

Respecto de este tipo de sentencias, no se admite el recurso de control de legalidad laboral, habida consideración que las "sentencias definitivas formales tienen casación de inmediato cuando ellas son interrumpidas por las de reposición, que las sustituyen con los efectos anulatorios de la sentencia dictada por el *a quo* y de los actos posteriores a ésta" (TSJ. Sala de Casación Civil. Sent. Nº RH-0038. f/. 07/03/2002).

No procede consiguientemente el recurso de control de legalidad laboral, porque dicho control se aplicará en general con el anuncio y admisibilidad del recurso de casación donde se conocerá el motivo legal de la reposición; e insistimos, porque tienen las aludidas sentencias recurso de casación de inmediato. Lo contrario sería desnaturalizar en uso del recurso de control de legalidad laboral la celeridad que los juicios exigen en una sana y pronta administración de justicia.

Ahora bien, igualmente se dictan sentencias que no son ni definitivas, ni interlocutorias, a saber: los autos de ejecución de sentencia, previsto en

el artículo 312, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil. ¿Podría interponerse el recurso de control de legalidad?

En principio no serían impugnables por este recurso, porque los autos de ejecución de sentencia sí tienen recurso de casación cuando resuelvan puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en él; a los que provean contra lo ejecutoriado o lo modifiquen de manera sustancial, después que contra ellos se hayan agotado todos los recursos ordinarios, de acuerdo con dicho dispositivo legal; en el entendido, que el recurso de control de legalidad laboral sólo es admisible en contra de los fallos de los Tribunales Superiores que no sea objeto del recurso de casación.

Así, según la doctrina procesal y jurisprudencial, estos autos sí causan un gravamen ya no pueden ser reparado por la definitiva, salvo que se den los supuestos establecidos en el numeral 3º del artículo 312 del texto adjetivo citado, en cuyo caso se pueden impugnar por el recurso de casación propuesto a tales efectos.

Por consiguiente, en cada caso concreto sería admisible el recurso de control de legalidad laboral de constatarse por la Sala de Casación Social, que el gravamen infligido por el auto de ejecución de sentencia ya no podrá ser reparado, porque si no se subsume dentro de los supuestos del numeral 3º del artículo 312 del referido código no tiene casación, pero sin embargo el auto de ejecución de sentencia ha causado violación de normas de orden público; o se ha violado la legalidad del proceso; o que las violaciones son de tal entidad que infringen lesión al debido proceso y, en consecuencia, al Estado de Derecho. En ese supuesto, es admisible el recurso de control de legalidad porque el gravamen ya no sería posible repararlo por los otros medios de impugnación, y además, porque no se trata de una sentencia definitiva o interlocutoria atacable por otros recursos, sino como se precisó de un auto de ejecución de sentencia.

En reciente sentencia la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia respecto de la cuestión planteada en un juicio de estabilidad laboral, emitió el siguiente criterio:

> La resolución del Tribunal Superior (...) no es una sentencia definitiva, ni interlocutoria sino un auto de ejecución de sentencia cuyo eventual gravamen no puede ser reparado en la definitiva y que en los juicios de estabilidad no tiene casación, por lo que sí se dan los supuestos de admisibilidad. (TSJ. Sala de Casación Social. Sent. RCL. Sent. Nº AA60-S-2003-000160. f/. 15/05/2003).

Las decisiones sobre los juicios de estabilidad no tienen recurso de casación y es indubitable que se pudiera transgredir la legalidad del proceso y del Estado de Derecho, y la legalidad de la sentencia se comprometa con un fallo que tenga ese signo de antijuricidad, y se comprenda por ende dentro de los presupuestos y exigencias de verificación requeridos para la admisibilidad del recurso de control de legalidad laboral, pero constatando como lo hizo la Sala de Casación Social en cada caso su procedencia, advertida la consideración hecha anteriormente, que los autos de ejecución de sentencia sí tienen recurso de casación cuando se cumplan los presupuestos previstos en el numeral 3º del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

¿Ahora, respecto a las **sentencias de amparo constitucional** dictadas por los Juzgados Superiores, sería admisible el recurso de control de legalidad laboral?

Igualmente no es procedente la admisión del recurso –ya lo dijimos– a pesar que todo juez es constitucional, a fin de mantener la supremacía e integridad de la constitución; sin embargo, no todo Juez puede convertirse en Juez de Amparo Constitucional a nivel de la jurisdicción y competencia del Tribunal Supremo de Justicia, porque de la sentencia de amparo constitucional conoce la Sala Constitucional en sede casacional.

Bien, no distingue la Ley Orgánica Procesal del Trabajo la especie de sentencias recurribles por el recurso en estudio, pero lo expuesto respecto de las sentencias interlocutorias cabe para las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores, que deciden acciones de amparo constitucional, que tienen por finalidad la garantía de proteger los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los ciudadanos para

restablecer la situación jurídica infringida; pero donde la violación o amenaza implica inexorablemente infracciones directa constitucionales, que mediante un procedimiento breve son restablecidos por los juzgados de instancia, incluyendo los tribunales superiores cuando conocen por apelación o consulta de los fallos sobre acciones de amparo constitucional. Pero en sede casacional su conocimiento corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con el ordinal 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Además, en el asunto que se trata –la violación o amenaza de normas de orden público– la infracción alude a normas legales y no a normas constitucionales. En efecto: "(...) este medio de impugnación excepcional es inadmisible cuando se solicite contra sentencias que resuelvan acciones de amparo constitucional emanadas de Juzgados Superiores laborales, pues en caso de producirse la violación de alguna norma constitucional con estos fallos, las mismas son revisables a través de la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal (...) en ejercicio de la jurisdicción constitucional". (TSJ. Sala de Casación Social. Sent. RCL. Nº AA60-S- 2003-000092. f/. 29-04-03).

De mucha importancia, a los fines de la interposición del recurso y de su admisbilidad, lo constituye la **entidad o la gravedad de la denuncia** que le sirve de fundamento. No se trata de simples errores u omisiones materiales que por puro prurito jurídico impulsan a la parte a interponerlo para retardar maliciosamente la causa, ni tampoco de las denuncias, como lo expusimos, que sirven de base a los motivos de casación, porque este recurso no es sustitutivo del recurso de casación; pero esto es relativo e igualmente sobre vicios que inficionan al proceso de posibles nulidades, y que las partes en el *íter* procesal han podido remediar mediante el uso oportuno de los recursos ordinarios a tales fines.

Por consiguiente, se trata de denuncias graves y categóricas contenidas en el fallo que lesionan la legalidad del proceso y el Estado de Derecho. Pero, si fuere el caso advertidas por las partes en el lapso legal la lesión a la legalidad en el proceso que derivarían en un fallo que merece ser controlado, y el juez omitió la advertencia que lo inficionaría, en mi con-

cepto a pesar que la denuncia pudo ser motivo de reposición, pero el juez fue rebelde ante el planteamiento y profirió un fallo ilegal, que le pone fin al juicio porque no es accionable mediante el recurso de casación, indudablemente que en ese supuesto debe admitirse el recurso de control de legalidad laboral cuya ilegalidad pudo ser solventada en la instancia, de tener en apreciación (*temperantia*) de la Sala de Casación Social una entidad gravosa y un peso específico que determinan que la sentencia emitida rebasa el margen de legalidad y justicia del acto.

En consideración a lo precitado, la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio del amplio poder discrecional que tiene para admitir o no el recurso, deberá cuidadosamente sopesar con prudencia (*temperantia*) la gravedad de la (s) denuncia que le sirve de fundamento a la interposición del recurso de legalidad, a fin de evitar la violación de la legalidad y del Estado de Derecho. Pero, de otra parte, quien recurre en base a la lealtad procesal y la celeridad de los juicios no debe hacer uso del recurso por el solo hecho de desnaturalizarlo con denuncias intrascendentes, pues de lo contrario lo que es excepcional se convertiría en normal y ordinario en la jurisdicción laboral, y por eso dijimos anteriormente, que este es un **recurso restringido** signado por el celo de la Sala de Casación Social en admitirlo sólo cuando la entidad de lo denunciado y sucedido dentro del proceso laboral es de suma gravedad para la legalidad y el Estado de Derecho; hasta este momento ésta ha sido la conducta de derecho desplegada por dicha Sala en conocimiento del recurso de legalidad en cuanto a su admisibilidad o no.

En función de ello, el recurrente debe explicar y razonar la violación o la amenaza de normas de orden público o de jurisprudencia reiterada de la Sala Social en que pudiera estar inficionada la decisión contra la cual se ejerce el control de legalidad, a los efectos de su admisibilidad o no. Lo contrario sería retardar la celeridad del proceso en forma maliciosa con injuria grave a la jurisdicción, por eso al **recurrente de mala fe** se le sanciona con multa hasta un monto máximo equivalente de ciento veinticinco (125) unidades tributarias, con conversión en arresto de quince días sino la pagare dentro del lapso de tres días. Todo de conformidad con el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

6. VIGENCIA Y PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE CONTROL DE LEGALIDAD LABORAL

Los artículos 178 y 179 entre tres que por disposición especial de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en su artículo 194, entraron en vigencia con la publicación de la misma en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* Nº 37.504 del 13 de agosto de 2002, en lugar del año previsto para la vigencia del resto de las normas de dicho texto adjetivo.

Establece el mencionado artículo 178 que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia podrá (facultativo) a solicitud de parte, conocer de los fallos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo, que no sean impugnables por el recurso de casación, del recurso de control de legalidad. En consecuencia, el recurrente podrá, dentro de los cinco días (facultativo) hábiles siguientes a la publicación del fallo ante el Tribunal Superior correspondiente, solicitar el precitado recurso de control, mediante escrito, que en ningún caso excederá de tres (3) folios útiles y sus vueltos, sopena de no ser admitido.

Obsérvese, que el recurrente lo solicita ante el respectivo Tribunal Superior del Trabajo que dictó el fallo, pero el control sobre su **admisibilidad** es competencia de la Sala de Casación Social. El Tribunal Superior deberá remitirlo a dicha Sala en forma inmediata, la cual, una vez recibido el expediente, decidirá sumariamente con relación a dicha solicitud.

La norma procesal de marras se refiere a la "solicitud", pero no debemos olvidar, como se expuso en el estudio de la naturaleza de la misma, que se trata de un verdadero recurso para impugnar una decisión o resolución judicial. Consiguientemente, la Sala debe verificar los presupuestos referentes a la procedencia de la recurrida del Tribunal Superior del Trabajo, a la no impugnabilidad por medio del recurso de casación, así como a la interposición del recurso mediante escrito que no exceda de tres folios útiles y sus vueltos dentro del lapso de cinco días siguientes a la publicación del fallo recurrido.

Una vez verificados los presupuestos mencionados, queda pendiente a la Sala el examen de las denuncias contenidas en el escrito con la fina-

lidad de la declaratoria o no de su admisibilidad. Es decir, teniendo por norte para salvaguardar la inmutabilidad de la cosa juzgada que la violación o la amenaza son de tal entidad que alteran la legalidad de la decisión o proceso sometido a consideración de la Sala Social por medio del recurso de control de legalidad; y además, que no se contraigan a denuncias propias del recurso de casación, pues en ese caso, indubitablemente, el recurso será declarado inadmisible.

Verificados los presupuestos en cuestión, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, si decide facultativamente conocer del recurso, **fijará la audiencia oral (***In Voce***), pública y contradictoria,** siguiendo el procedimiento establecido en el capítulo anterior, o sea, el VI que regula el procedimiento sobre el recurso de casación laboral. En consecuencia, en un lapso de veinte (20) días consecutivos el recurrente, en control de legalidad, debe presentar sus alegatos, vencido dicho lapso se fijará la audiencia oral, pública y contradictoria con intervención de las partes, en cuyo acto se pronunciará la sentencia sobre el recurso y la Sala Social la consignará por escrito en un lapso de oralmente cinco días. Por ejemplo, la Sala de Casación Social, en la audiencia pública permite la intervención de las partes involucradas en el proceso, quienes expondrán sus argumentos respecto a las denuncias que le sirven de fundamento al recurso; una vez terminado el debate, los magistrados que integran la Sala podrán hacer las preguntas que a bien tengan y en esa misma audiencia dictan la decisión, que puede ser: decretar la nulidad del fallo, ordenando la reposición de la causa al estado que considere necesario para restablecer el orden jurídico infringido; o decidir el fondo de la controversia, **anulando** el fallo sin reenvío. De lo contrario, por la inadmisibilidad, la decisión impugnada quedará definitivamente firme, todo de acuerdo con lo establecido en el artículo 179 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Por consiguiente, se remite el expediente al tribunal de la causa, participando la remisión al Tribunal Superior de origen.

Como puede observarse, la Sala de Casación Social aunque no es Tribunal de mérito en función de la instancia en el grado de la jurisdicción, puede resolver el fondo del asunto por medio de la procedencia del recurso de control de legalidad distinto al recurso de casación del cual no

es sustitutivo. Razones de celeridad, economía procesal, de transparencia y de una justicia expedita sin dilaciones indebidas, que hacen del proceso un instrumento para la realización de la justicia, en los términos previstos en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, justifican la solución de la controversia judicial laboral por este novedoso recurso, en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que pretende preservar la legalidad del ordenamiento jurídico y la justicia del acto, evitando los excesos de algunos jueces superiores del trabajo, cuando aplican e interpretan la legislación del trabajo en el juicio del trabajo, en una disciplina jurídica que aspira la compensación de las desigualdades inmersa en la relación del trabajo.

¿Hay condenatoria en costas en el recurso de control de legalidad laboral?

Indudablemente que no hay condenatoria en costas por la naturaleza de la decisión sobre el recurso, pues la ley procesal laboral no las establece expresamente, y además, se trata de un recurso excepcional en contra del fallo de la recurrida, que de haber vencimiento total ya han sido impuestas en la sentencia definitiva no accionable en casación, sólo que la cosa juzgada ha quedado en suspenso hasta la resolución que habrá de dictarse sobre el recurso de control de legalidad interpuesto; lo cual ha puesto de manifiesto en la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo en esta novedosa materia, la **inadmisibilidad de la mayoría de los recursos hasta ahora interpuestos**, al advertir la Sala que las infracciones denunciadas por el recurrente no han sido constatadas por la misma, y por eso, en ejercicio de la potestad discrecional conferida a la Sala por el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se declaran inadmisibles los recursos, especialmente cuando se delatan violaciones de disposiciones de orden público o de la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Social, virtud, de la preservación de la unidad de los criterios que derivan de los fallos dictados por ésta. De aceptarse la imposición de costas, entonces el perdidoso en la *litis* o ambas partes de ser recíprocas, quedarían afectados por doble imposición de costas procesales en el mismo juicio. Haciendo la advertencia de la llamada **separación o segregación de costas, que son impuestas a la parte vencedora y las restantes a la parte vencida**, como las contempladas en el artículo 276 del Código de Procedi-

miento Civil, cuando se usa un medio de ataque o de defensa que no haya tenido éxito; sin embargo, el medio es utilizado dentro del proceso cuando todavía no ha terminado el juicio por sentencia definitiva, como es el caso de la sentencia definitiva del Tribunal Superior del Trabajo en contra de la cual no hay recurso de casación. De donde deriva que el recurso de control de legalidad se incoa una vez que ha terminado el juicio pero dentro del lapso preclusivo previsto en el artículo 178 de la ley adjetiva procesal y se han impuesto o no costas de haber vencimiento total, sin olvidar en fundamento de esto que la imposición de costas supone una condena uniforme para las costas de todo el proceso en todas sus fases, y así debe entenderse la regla general a estos efectos.

Sin embargo, queda la duda si se acepta que al vencedor en la causa se le retarda la ejecución de la sentencia que le favorece por la interposición del recurso de control de legalidad, y esto le causa daño, lo cual debería aparejar la imposición de costas si el recurso se declara inadmisible. Pero en materia de costas no todo daño las causa; y además, como se expuso anteriormente, los daños sufridos por el vencedor que debe soportar el vencido en la *litis,* ya fueron impuestas en el juicio. En conclusión, la imposición por este medio de ataque excepcional que puede desembocar en una sentencia sobre el fondo sin reenvío; o que de declararse inadmisible no es exitoso, deberían imponerse al recurrente solicitante del recurso fallido, por tratarse precisamente de un medio de ataque. Empero, debemos recordar que al **recurrente malicioso** por denuncia temeraria, que lo incoa sólo para retardar la ejecución de la sentencia, se le impone una multa que puede convertirse en arresto sino diere cumplimiento oportuno (3 días) al pago de la multa.

Será en fin la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia quien tendrá la última palabra en esta materia. Hasta ahora los fallos proferidos por la Sala sobre los recursos de control de legalidad interpuesto no han condenado en costas; por el contrario, expresamente ha dicho que no hay imposición de costas en razón de la naturaleza de la decisión que envuelve la resolución del mismo.

En conclusión, la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo ha instaurado la revisión de la legalidad de los fallos de los Tribunales Superiores

del Trabajo, a fin de controlar la legalidad de los mismos mediante un medio de impugnación distinto a la apelación y al recurso de casación, cuya finalidad –en mi criterio– actualiza la voluntad constitucional contenida en el artículo 257 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela de hacer del proceso un instrumento para la realización de la justicia.

El control de legalidad laboral –según mi criterio– viene a fortalecer la legalidad de los fallos judiciales laborales, pero también la justicia del acto emanado de la jurisdicción del trabajo especializada y autónoma, en una suerte de participación de los jueces y las partes dentro del contexto de igualdad procesal que requiere todo juicio con las mismas garantías de defensa como derecho de todos los ciudadanos y valor supremo de la Constitución Nacional.

Constituyó un paso de avance que había que dar en el proceso laboral como instrumento intenso para la realización de la justicia del trabajo y la pureza de la legalidad, especialmente en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que, a semejanza de la fisiología, encuentra en el ejercicio de la función el fortalecimiento del órgano jurisdiccional.

Quizá un refrán español en la antología de dichos jurídicos y éticos tradicionales, para no olvidar que a veces los lugares comunes guardan grandes verdades, resume la importancia y justeza de la categoría jurídico-procesal estudiada, a saber:

“Tres cosas son menester para justicia alcanzar: tener razón, saberla pedir y que la quieran dar”.

BIBLIOGRAFÍA

BIELSA, Rafael. *La Justicia por su Nombre*. Javier Vergara Editor. Buenos Aires. 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil*. 2ª Ed, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1962, 3er volumen.

COUTURE, Eduardo. *Fundamento del Derecho Procesal Civil*. 3ª edición .Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1997.

CANOVA GONZÁLEZ, Antonio. *Rasgos Generales de los Modelos de Justicia Constitucional en Derecho Comparado,* Estados Unidos de América. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Publicación del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2002.

CARRASQUERO LÓPEZ Francisco. *Derecho Procesal del Trabajo.* Plan de Capacitación sobre Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Tribunal Supremo de Justicia Sala de Casación Social. Caracas 2002.

MONTOYA MELGAR, A. Galiana, J.; Sempere, A; Ríos, B. *Curso de Procedimiento Laboral*. 6ª Ed. Editorial Tecnos. Madrid 2001.

XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Publicación de la Corte Suprema de Costa Rica Voz: *La Oralidad en el Proceso Civil con Miras al Nuevo Milenio.* Parras Quijano, Jairo 2002.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Código de Procedimiento Civil.

Jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

La Formación por Competencia, Empleo y Mercado de Trabajo: Un Desafío para los Actores Laborales

Magda CEJAS MARTÍNEZ*

SUMARIO:

1. **Consideraciones Generales.**
2. **La Formación por Competencia ante la Globalización.**
3. **La formación Profesional en América Latina.**
4. **La Gestión por Competencias en el Marco de la Formación Profesional: 4.1** *La Formación por Competencias para el Empleo.*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Este trabajo se expone a través del desarrollo de uno de los debates que hoy cobra mayor importancia en el mundo del trabajo. Un debate que

* **Universidad de Carabobo,** Magíster en Relaciones Laborales, Diplomada en Ciencias del Trabajo, Doctorado en Ciencias Sociales-Trabajo, Tesista. Profesora. **Universidad Autónoma de Barcelona,**. *Doctorado en Ciencias Empresariales*, Tesista.

apunta hacia las reflexiones que ha dado lugar el tema de la capacitación, la formación y el empleo en el mercado de trabajo.

Se plantean en el desarrollo del mismo, diversas particularidades propias del sistema laboral, en correspondencia a la actual crisis económica, política y social que viven la mayoría de los países latinoamericanos, especialmente Venezuela.

Se intenta aludir a las alternativas que se presentan en el mundo del trabajo con respecto a las posibles soluciones para mejorar la falta de empleo,[1] la cual es y ha sido uno de los grandes problemas que aqueja el mundo laboral.

El tema respecto a la formación a menudo se centra fundamentalmente en la construcción de discursos que se orientan a impulsar el saber, no obstante las nuevas modalidades del mercado laboral reúne objetivos claros y definidos del proceso, que implican la demostración del Saber (conocimientos), en el Saber Hacer (de las competencias) y en las Actitudes (compromiso personal); lo que determina en la formación como un proceso que va más allá de transmitir saberes y destrezas manuales orientados a:

– Buscar incrementar las competencias de los trabajadores.

– Revalorizar los aspectos culturales, sociales y actitudinales.

– Vincular el Saber, el Hacer y Saber Hacer.

Hoy el sistema de Relaciones de Trabajo, conlleva a la creación de nuevas expectativas, de nuevos enfoques, nuevos tratamientos y nuevos planteamientos que introduce innovaciones en el mundo laboral.

[1] Para Le Boterf (1991) se define como "conjunto teórico que representa una familia de puestos de trabajo que tienen características comunes (misiones, actividades...) y que requieren pues, unas competencias próximas o similares, la OIT define el empleo como "un conjunto de tareas cumplidas o que se supone será cumplida por una misma persona" y constituye la unidad estadística de la clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones-88 (OIT. 1991). *Diccionario de RRHH Organización y Dirección.* Ediciones Díaz de Santos S.A. Madrid.

Entender el sistema de relaciones laborales como el "conjunto de relaciones que se dan entre los actores principales del mundo del trabajo, con la finalidad de fijar las condiciones de trabajo y de distribuir riqueza en el seno de la sociedad". Oscar Ermida (1998); entenderemos entonces que dentro del sistema de RL los actores juegan un papel fundamental en establecer las reglas del juego y aceptar las nuevas transformaciones que nos trae el contexto globalizador.

Las relaciones laborales pertenecen a un ámbito colectivo, en el cual los protagonistas (los actores) fundamentan las relaciones entre ellos mismos. Se parte así de reglas para reglamentar a los actores, reglas que pueden ser particulares (consenso, acuerdos, convención colectiva, reglamentos) o generales establecidas por el Estado (leyes, reglamentos, decretos) y que permiten disponer por parte de los actores laborales de mecanismos para administrar, interpretar, revisar y cambiar los componentes que operan en el entorno laboral.

En todo este contexto, el trabajo como hecho social juega un papel determinante en las relaciones de estos actores, como hecho social el trabajo es tan primordial e importante para la vida de los pueblos que el Estado se ha visto precisado a reglarlo por medio de leyes. El Estado en su rol protagónico en las relaciones laborales, impone deberes a los cuales no pueden sustraerse empleadores y trabajadores, su principal fin es la regeneración y mejoramiento del trabajador, sin perseguir interés individual sino el bien social que lo condiciona y lo limita.

En el artículo 87 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se encuentra la disposición que contempla el derecho al trabajo y que expresa:

> toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. El fin del Estado es fomentar el empleo, la ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes...

De igual manera los artículos 23, 24 y 25 de la Ley Orgánica del Trabajo identifica el deber de trabajar y el derecho al trabajo, especialmente el artículo 24 expresa "toda persona tiene derecho al trabajo. El Estado procurará que toda persona apta pueda encontrar colocación que le proporcione una subsistencia digna y decorosa".

En sí, el eje central alrededor del cual gira el trabajo, lo fundamenta como un hecho social y un derecho que tiene toda persona. En consecuencia los marcos regulatorios existentes en el contexto laboral lo reglamenta, lo regula y lo determina, reconociendo el derecho al trabajo.

Es de destacar que el Estado ha pasado a convertirse en un actor cuya representación ha perdido protagonismo y que debe retomar su participación sobre la base de nuevas reglas y/o marcos regulatorios que permitan readministrar, redimensionar la esencia de la participación en los procesos productivos, para lo cual están puestos la acción y el deber de los actores de las Relaciones Laborales.

La esencia que tiene el valor social de las diferentes normas y prácticas de la negociación en el régimen de las relaciones laborales varía en función de las prácticas que rigen la cotidianidad de los actores, así como están directamente relacionadas con su eficacia en la práctica y en su acción reguladora.

El Estado y las Instituciones deben recuperar su protagonismo en la sociedad, en el aparato productivo y en el papel de la formación del trabajador, la formación profesional rige en función de las políticas activas de empleo que puedan desarrollarse por parte de los actores involucrados en el proceso, su objetivo debe orientarse a la inserción y la reinserción profesional de la población demandante de empleo mediante el incremento de las competencias demandas por el mercado laboral.

2. LA FORMACIÓN POR COMPETENCIA ANTE LA GLOBALIZACIÓN

Desde la década de los noventa se alude en los distintos escenarios sociales, políticos, empresariales, institucionales y académicos, a un

cambio de paradigma[2] producto de las nuevas economías que se han desarrollado sobre la base del entorno económico mundial, el cual se ha caracterizado por la implantación de modelos de competencias, tecnologías y nuevas formas de organización del trabajo.

No cabe duda que parte de estos cambios que hoy se instalan en el mundo, el trabajo, un componente que se caracterizan por el desarrollo de las competencias de los trabajadores, en la búsqueda de mayores ventajas competitivas, siendo una de ellas la revolución tecnológica fusionada con el resto de las actividades y sectores económicos, que a su vez tiene como principal elemento visible la incorporación del conocimiento a la estructura productiva de las economías avanzadas. (Vilaseca, Cabañero y Torrent, 2002:01).

Ya es un hecho la introducción en el mundo de las nuevas tecnologías y junto a ella la aceptación de un cambio avasallante en las nuevas formas de organización del trabajo.

El informe sobre el empleo en el mundo (2001)[3] al respecto del impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la vida laboral, plantea la situación mundial del empleo donde se evidencia cada vez más la gran cantidad de trabajadores desempleados en el mundo, la gran cantidad de trabajadores que no tienen a su alcance un sueldo mínimo para mantener a sus familias, la gran cantidad de jóvenes en

[2] Al respecto algunos autores, como Joaquín Estefanía (2001), Manuel Castells (2001), Samir Amin, Sylvia Borren (2001), Ulrich Beck (2000) entre otros, destacan en la etapa actual, la marcada significación que ha tenido el proceso de la globalización económica, política, social y cultural. Un cambio que se traslada a todos los escenarios laborales y alude a la sustitución de los modelos tradicionales, para darle cabida a una nueva organización del trabajo, reorientada a la introducción de las nuevas tecnologías de información y de comunicación.

[3] El informe presenta un análisis sobre la Vida en el Trabajo en la Economía de la Información, el análisis plantea las tendencias del empleo en los planos mundial y regional, analizando la repercusión de la revolución de las comunicaciones en el mundo del trabajo. Para los efectos de este artículo se toma en cuenta lo expuesto en el capítulo 7 del informe titulado *La Educación, el Aprendizaje y la Formación requisitos previos indispensables para la sociedad de la información.*

búsqueda de empleo, y aún más, la gran cantidad de personas que están en situación de pobreza.[4]

Sin embargo, el reconocimiento a la evolución del mercado de trabajo y a la influencia de la globalización, hace suponer que el escenario laboral se perfila como aquel que tiene posibilidades de introducir innovaciones, componentes claves vinculados a la competitividad y orientándolos a una mayor flexibilización de las relaciones laborales.

La relevancia de la formación de los trabajadores es un factor presente en los análisis de los sistemas laborales, es indiscutible las diferentes modalidades y acuerdos que con el paso del tiempo se han introducido en el mercado laboral de cara a los adelantos tecnológicos, y a la búsqueda de mejoras laborales para establecer el derecho a la formación que tiene el trabajador, así entonces se está cada vez más ante nuevas alternativas en el desarrollo de la legislación laboral, haciendo referencia al proceso formativo como factor vinculante a la competitividad, a los salarios, a la seguridad social, y fundamentalmente a la empleabilidad.

Los informes correspondientes a los análisis del empleo y sobre el trabajo en el mundo,[5] exponen los resultados derivados de los diferentes estudios y la necesidad del establecimiento de soluciones al alcance de programas en pro de minimizar la inseguridad en el empleo e incrementar la mayor flexibilidad del mercado de trabajo, justificando posibilidades y alternativas viables para la adopción de políticas coherentes y acorde a la realidad de cada país, configurando con ello posibilidades de incrementar la empleabilidad.

---

[4] A fines del año 2000 cerca de 160 millones de desempleados, la mayoría se encontraban en búsqueda de su primer empleo, los índices de desempleo de los trabajadores jóvenes son en casi todas partes el doble como mínimo del promedio, unos 50 millones de esos 160 millones de desempleados viven en los países industrializados, hay 500 millones de trabajadores que ganan un dólar al día. Muchos carecen de la seguridad del empleo y de un trabajo básico. En los próximos diez años se estima que seguirá habiendo unos 460 millones de jóvenes que buscan trabajo por primera vez. No obstante, se vislumbran perspectivas favorables para la economía mundial, sin embargo, este crecimiento no puede garantizar puestos de trabajos necesarios que permitan ofrecer a los trabajadores una calidad de vida y un trabajo decente. Informe sobre el empleo en el mundo (2001) OIT. Ginebra.

[5] *La Seguridad de los Ingresos y la Protección Social en un Mundo en plena transformación.* (2000) OIT. Ginebra.

No obstante, hay que destacar los factores económicos, políticos y sociales que caracterizan cada país, los mismos juegan un papel importante y de quien depende la optimización de las ventajas competitivas.

A nivel microsocial, la competitividad se basa en la interrelación entre la dimensión organizativa, social y tecnológica,[6] por ello el papel que juega los actores laborales son fundamentales para mejorar esta competitividad y buscar mayores alianzas estratégicas que le permitan a los actores laborales participar activamente en los procesos para incrementar las innovaciones.

El reconocimiento al proceso globalizador es obvio, éste ha introducido una modificación importante en todos los contextos de los países del mundo, en el caso de América Latina, los países han asumido constantes reformas económicas, políticas y sociales de cara a la creciente competencia internacional, este factor introduce el estímulo a la capacidad de innovación, y a la necesidad de incrementar competencias en los trabajadores, para así adecuarlos a las respuestas de los requerimientos del desarrollo económico contemporáneo.

Así muchos de estos cambios y de estas tendencias de crecimiento en el mundo, no excluyen a muchos países, se evidencia en las mejoras y en el bienestar, así lo demuestra la creación de bloques, uniones e integraciones que hoy vemos en el escenario mundial.[7]

En el caso particular de Venezuela, no queda duda que el factor político ha influido en el estancamiento del mercado laboral, provocando en los actuales momentos inestabilidad y un incremento considerable del desempleo.

La globalización, en este caso, ha estado presente, se caracteriza precisamente por un buen impulso en la competitividad del mercado laboral.

---

[6] Novick, Marta (2002) Artículo publicado en la *web* "Una Mirada Integradora de las Relaciones entre Empresas y Competencias Laborales en América Latina". Consejo Nacional de Investigaciones y técnicas. CONICET y Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. UBA. Argentina.

[7] Unión Europea, Comunidad Andina, Sistema de Integración Centroamericana (SICA), Integración Económica en América del Norte, MERCOSUR entre otros.

Al contrario, las grandes dificultades que se han presentado en el país han ocasionado desajustes económicos, produciendo graves consecuencias en el sector empresarial. Las inversiones en el país son nulas, por un lado tenemos el cierre de pequeñas, medianas y grandes empresas que han despedido masivamente a sus trabajadores y por otro lado, la cada vez menos creación de empresas e impulso a la productividad, factores que han colapsado el sistema productivo originando en los actuales momentos mayores consecuencias que no han permitido el crecimiento del aparato productivo y por ende las mejoras en el sistema laboral.

Así como se repite en uno y otro discurso la emergencia de afrontar los retos de la globalización y junto con ella los avances que trae, en nuestro país y muchos otros de América Latina se hace cada vez más necesario repensar en la integración de los actores laborales en pro de mejoras en el contexto laboral, signado por características que no responden a las condiciones de este avasallante escenario.

Ya está dicho en muchos de los discursos en el que vemos representado el agotamiento del modelo tradicional de las relaciones de trabajo, la necesidad de incorporar a un nuevo contexto y en otras dimensiones a los actores de las relaciones de trabajo reafirmando el descubrimiento de nuevos espacios configurados en los nuevos paradigmas y tendencias del mercado laboral.

Cabe destacar preguntas que quizás no tienen las respuestas, pero que estoy segura están allí presentes en las reflexiones de investigadores y actores de los temas laborales. ¿Cómo mantener el modelo de relaciones laborales ante la diversidad y la complejidad del mercado laboral? ¿Cómo responder a la preparación y al desarrollo profesional de los trabajadores antes las limitaciones de partidas presupuestarias en los países latinoamericanos que permitan invertir más en formación y capacitación? ¿Cómo buscar a corto plazo alternativas viables ante la conflictividad laboral, la desintegración de los actores laborales y la precariedad que aún tienen muchos de los países latinoamericanos? ¿Cómo vincular de forma efectiva el aprendizaje –la escuela, las instituciones académicas– con el sector productivo?

Son muchas las interrogantes que se pueden plantear como grandes desafíos para los actores laborales, sin embargo, aquí sólo nos plantearemos una reflexión respecto a la necesidad de revalorizar la formación como elemento clave de la competitividad en pro del desarrollo no sólo de los trabajadores y de los empresarios, sino también de los países.

3. LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN AMÉRICA LATINA

El escenario de América Latina no ha sido la excepción respecto a los cambios que han sido producto de los procesos tecnológicos y en el que se ven inmersos la mayoría de estos países, en las últimas décadas se observa con mayor frecuencia las transformaciones que origina el proceso globalizador, y que ha introducido una modificación importante, lo que hace tomar en cuenta alternativas y estrategias que permitan a los países asumir las constantes reformas económicas, políticas y sociales impuestas ante la creciente competencia internacional, reforzándose así la formación profesional, pasando a tener un papel primordial en el sector productivo.

Este factor introduce a los países de América Latina el énfasis en el incremento de estimular la capacidad de innovación y de conocimientos adecuados a los requerimientos del desarrollo económico contemporáneo, caracterizado por este rápido avance tecnológico y por la constante exigencia de incrementar la competitividad.

En este sentido la formación profesional, ha sido en estos países,[8] un proceso que influye en la capacitación general de los trabajadores y en la formación específica,[9] estas condiciones son consideradas a la hora de fortalecer la competitividad, en consecuencia las características de la actividad económica y las nuevas necesidades sociales ponen a la

[8] América Latina.

[9] Entiéndase como Formación General, aquella que abarca la capacitación del trabajador en correspondencia al puesto de trabajo, y la formación específica de aquella que busca el desarrollo de las competencias del trabajador, en el manejo de una determinada actividad, en pro del interés particular de una organización productiva.

formación en un sitial de primer orden como factor movilizador de conocimientos y determinante para contrarrestar las exigencias del mundo globalizado.

Por otro lado, es de destacar la complejidad que han tenido los países en el requerimiento de instituciones de formación eficaces, que a su vez estén preparadas para responder a las demandas del sector productivo. Las principales tendencias de cambios[10] que se han observado en la mayoría de los países durante las últimas décadas, han provocado mayor interés en la formación de los RRHH.

Por otro lado, si bien el modelo basado en la concepción del rol subsidiario del Estado persiste, más cierto es que aún el Estado sigue jugando un papel protagónico; sin embargo, son muchos los países que en las últimas décadas han reforzado sus acciones para fortalecer las instituciones dedicadas a la formación profesional, y a fortalecer los programas que orientan la formación por competencia, a la certificación del trabajador y a la cultura de la evaluación de los resultados formativos y a promulgar la flexibilidad de estructuras de carácter nacional, centralizadas para atender requerimientos que necesitan respuestas.[11]

Gallart María Antonia,[12] citando a Castro, expone el modelo de formación que actualmente tiene los países de América Latina, como un modelo definido desde la oferta a un modelo de formación establecido desde la demanda del sector productivo. Lo que demuestra que estamos de cara a una extraordinaria afluencia de nuevas situaciones, y que permitido el avance, la innovación y la reconceptualización del proceso de la formación.

---

[10] Cambios que tienen su origen en los marcados procesos tecnológicos, sus efectos sobre la organización del trabajo, la globalización económica y la creciente competencia por los mercados.

[11] Pedro Wiimberg en su artículo *Tendencias de la formación Profesional en América Latina,* destaca así mismo el protagonismo del estado tanto en las reformas en el plano de los sistemas y políticas de formación en América Latina y el caribe como en lo que respecta a sus nuevos roles y los de otros actores que son vinculantes al proceso de la formación.

[12] En su artículo publicado. *Formación para el Trabajo ¿publica o privada?* Cinterfor. OIT

La preocupación por parte del Estado en avanzar ante la innovación y dejar atrás los viejos esquemas tradicionales, está hoy en primer plano, se da paso a la revalorización del trabajo humano, al talento que desarrollan los trabajadores y a su énfasis a la competitividad; caracterizado por la importancia en el saber que el trabajador aplica en su puesto de trabajo en pro a la organización y al crecimiento del país. Nada más cierto que reconocer esta valoración centrado en las capacidades que el trabajador demuestra en su trabajo, es decir, el desarrollo de sus competencias.

Por otro lado, el apoyo que han dado las instituciones de estos países como Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo (BM y BID), preconiza la reducción o desmantelamiento de las instituciones de formación profesional monopólicas y la creación de un mercado de la formación en el que el Estado tenga el papel de administrar subsidios a la demanda empresarial o a los usuarios pertenecientes a grupos objetivos definidos, y en el que las instituciones de capacitación compitan con sus servicios. (Cinterfor, 2001:27).

Es evidente que la integración que debe existir entre los actores de las relaciones de trabajo, por un lado; y el apoyo por parte del Estado al sector productivo de los países, no resulta nada sencillo, sino más bien complejo, no obstante deben darse acuerdos internos entre las instituciones del Estado con las instituciones privadas, en pro de proyectos de calidad en base a la formación.

En este sentido habrá que reconocer, sin embargo, que los gobiernos de turno en los países de América Latina, han colocado cuantiosos recursos financieros para darle amplitud y cobertura a los programas de formación instalados en las instituciones públicas dedicadas a esta área, pero esto no ha sido suficiente, no hay respuestas eficaces que identifiquen con resultados que tales proyectos se caracterizan por dar respuestas cónsonas a las necesidades de formación que demanda el mercado laboral de estos países.

Estos esfuerzos se evidencian en los recursos que se han invertido en modernizar las instituciones de cara a los adelantos tecnológicos en las que se han visto sometido, en la preparación del personal, en la revisión

de modelos de formación por competencia en países desarrollados, en sus experiencias y en su funcionamiento.

Por otro lado, se tiene presente el Estado en su papel protagónico en estas instituciones, al servicio del sector productivo (empresas privadas y grandes empresas estatales), así como la totalidad de las instituciones de formación profesional, junto a ellas los empresarios y los sindicatos, quienes participan en su gestión a través de organismos tripartitos, en la realización de un creciente número de pactos o acuerdos nacionales o sectoriales tripartitos sobre empleo, productividad y relaciones laborales que introducen propuestas respecto a la formación.[13]

De ahí que las instituciones de formación profesional se interesen por mejorar la eficiencia y pertinencia de sus actividades, lo cual se refleja en forma muy particular en estos países que constantemente están revisando las experiencias que se tengan en formación, para fijar y adoptar mecanismos de gestión para el aseguramiento de la calidad en la formación.

El Estado no es una realidad monolítica, los empresarios y los trabajadores reflejan la gran heterogeneidad de los sistemas productivos de la región, los formadores son cada vez más y más variados, incluyendo algunos que no se reconocen formalmente como tales.

Es evidente la creación de políticas innovadoras en América Latina, en cuanto a la formación y la capacitación para el trabajo. Se vienen presentado con diverso grado de desarrollo importantes iniciativas en diferentes sectores y países, pero en términos generales el ambiente es de expectativas, de búsqueda de opciones.

Ya se notan algunas tendencias generales, he aquí algunas de ellas:

[13] La Organización Internacional del Trabajo ofrece un informe detallado respecto a la formación profesional en cuanto a materia de integración, acuerdos y gestión. El informe se titula Formación Profesional en la Integración Regional, coordinado por Oscar Ermida Uriarte y Hugo Barreto Ghione, los autores recogen las experiencias que en materia de formación profesional presenta Europa en un contexto transnacional, como es el caso de la Unión Europea, el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el caso del Sistema de Integración Centroamericano, la Comunidad Andina y Mercosur .

– *En cuanto al Estado,* la de mantener su protagonismo en la financiación y regulación de la formación profesional, la descentralización de su ejecución y la focalización en sectores estratégicos.

– *En cuanto a las empresas*, la de incluir la formación profesional por Competencias como parte de un proceso más amplio que incremente la productividad y la competitividad, los trabajadores ponen el acento en aumentar las competencias de empleabilidad de aquellos que se encuentran en riesgo de desocupación prolongada y de los que no cuentan con los medios para adquirir el mercado las competencias tecnológicas claves.

Es también necesaria la inversión en la pequeña y mediana empresa por su alta capacidad de absorción de mano de obra y porque ellas dependen en general de la formación básica o específica adquirida por su trabajadores en otros ámbitos formativos o laborales.

– *En cuanto a los trabajadores*, impulsar y alimentar en ellos la cultura del aprendizaje para toda la vida, la necesidad de establecer en ellos iconos con la formación para mantener el empleo y para responder a las demandas laborales.

No obstante, el contexto de los agentes involucrados es diferente en cada país o en cada región, por lo que se hace necesario contar con un "mapa" que permita identificar los agentes claves, la forma de su participación, sus aportes, etc.[14]

La siguiente tabla propone un análisis de los agentes más relevantes en el campo de la formación para el trabajo, agrupados en cinco categorías: Estadales, Empresariales, Laborales, Formadores e Intermediarios y otros actores relevantes.[15]

[14] Ramírez Guerrero Jaime, (2001) Agentes vinculados a la formación y capacitación para el Trabajo en América Latina y el Caribe. Análisis Exploratorio de posiciones y expectativas. Cinterfor.

[15] Esta clasificación fue propuesta por Jaime Ramírez Guerrero, sin embargo, no pretende ser exhaustiva, donde cabe señalar que las agencias estatales de formación y capacitación, aparecen a la vez como agentes estatales y como instituciones formadoras y/o intermediarias.

Tabla 3.1. Actores Laborales en el Proceso de la Formación

GRUPOS DE ACTORES	AGENTES ESPECÍFICOS	FACTORES RELEVANTES DEL CONTEXTO
1. -ESTATALES	Ministerio de Educación Ministerio de Trabajo Ministerio de fomento, desarrollo, industrial etc. Ministerio de Economía, Hacienda. etc Ministerio de Planificación Instituciones Oficiales de formación Gobiernos Regionales y Locales.	Coherencia Del modelo de desarrollo. Consistencia y continuidad de política de desarrollo Balance/desbalance entre competitividad de la unidad productiva y desarrollo del trabajador en prioridades de la política de FCT Políticas y prioridades fiscales. Articulación / desarticulación institucional. Importancia asignada a FCT versus educación básica y superior. Estabilidad de grupos tecnocráticos
2.-EMPRESARIALES	2.1. Asociaciones empresariales 2.2. Grandes empresas y conglomerados 2.3 Pequeñas y medianas empresas 2.4 Líderes empresariales.	Claridad, consistencia y continuidad del marco político institucional. Patrones de organización productiva y de inserción de mercado Cultura Empresarial predominante Practicas predominantes de selección y contratación Dinamismo/recesión del mercado Legitimidad y cobertura de las asociaciones

GRUPOS DE ACTORES	AGENTES ESPECÍFICOS	FACTORES RELEVANTES DEL CONTEXTO
3.-LABORALES	3.1. Federaciones sindicales 3.2. Sindicatos de empresas e industria. 3.3. Organizaciones de trabajadores informales 3.4. Líderes Sindicales 3.5 Sindicatos de las instituciones de formación.	Actitud radical o negociadora predominante Frecuencia de practicas de concertación Legitimidad y cobertura de las federaciones Comprensión de los procesos económicos y empresariales
4.-FORMADORES E INTERMEDIARIOS	4.1. Instituciones De formación Profesional 4.2. Escuela de Educación Media Técnica 4.3. Instituciones de Educación tecnológica (posecundaria) 4.4 .Empresas de capacitación no formal 4.5. Instituciones de capacitación de origen empresarial. 4.6. ONG´s y entidades de servicio solidario.	Grado De articulación sistémica de la oferta Adecuación del marco normativa Espíritu de cuerpo Canales de comunicación e intercambio técnico.
5.-OTROS ACTORES RELEVANTES	5.1 Centros de Invest. y Desarrollo tecnológico 5.2. Centros de Desarrollo empresarial 5.3 Centros Académicos y de Investigación 5.4 Medios de Comunicación 5.5 Organizaciones cívicas y comunitarias 5.6 La cooperación internacional 5.7 Políticos	Claridad de articulaciones y limites entre desarrollo tecnológico y FCT Claridad de articulaciones ente desarrollo empresarial y FCT Producción y circulación de conocimientos sobre aplicable sobre FCT Difusión de experiencias innovadoras y exitosas. Integración de la FCT en estrategia de desarrollo local.

Fuente: Ramírez Guerrero Jaime, (2001) Agentes vinculados a la formación y capacitación para el Trabajo en América Latina y el Caribe. Análisis Exploratorio de posiciones y expectativas. Cinterfor. Adapatado por M. Cejas. UC.2003

Es así, donde la calidad de los programas de formación en las instituciones nacionales de estos países, se constituyen en una tendencia que se expresa en acciones de dirección, de participación y por ende de gestión institucional eficaz que busca desarrollar una cultura de calidad.[16]

Por último podemos expresar en este apartado de América Latina el análisis respecto a la forma en que se articulan las diferentes estrategias en pro de la economía de los países de América Latina, en pro del desarrollo del sector productivo y de cara a las exigencias globales, fundamentado en los diferentes factores que caracterizan el contexto, he aquí algunos de ellos:

La introducción de nuevas tecnologías, que conlleva a un nuevo perfil del trabajador, sobre la base de su formación y desarrollo, también a la utilización de la reconversión profesional.

Dentro de los actores tradicionales: Estado, Empresa, Trabajador, se incorpora otro actor, los Formadores y a otros actores relevantes dentro del proceso como son los Centros de Investigación y Desarrollo, lo que implica por sí mismo que los países de América Latina no se encuentran solos con sus particularidades, al contrario, el entorno globalizado e interrelacionado, proporciona otros caminos donde nuevos actores exigen alianzas estratégicas y por ende la puesta en práctica y el desarrollo de nuevas estrategias competitivas.

La característica común en los países de América Latina fundamentalmente está centrada en: la pobreza y el desempleo. Lo que indica que habrá de contrarrestarla a través de políticas efectivas de educación y de alternativas para combatir el desempleo, lo que exige la atención a fortalecer los planes de formación profesional en pro del empleo.[17]

---

[16] Cinterfor en referencia al funcionamiento de los países de América Latina y del Caribe, considera la calidad en la formación como aquella que está ligada a los procesos de modernización, la filosofía de la calidad total es una herramienta de alto valor en la generación y concreción de mejoras continuas, de aprendizaje institucional y de desarrollo de una cultura hacia el trabajo bien hecho.

[17] Es de destacar que no sólo la formación sirve para el empleo, no es la panacea central del problema, pero sí argumento como tesis, que es uno de los factores claves para combatir el desempleo, el hacer más competitivo al trabajador que se somete a grandes cambios, le permite fortalecerse y mantener su puesto de trabajo, no obstante este elemento no es suficiente ni el único para combatir el desempleo, pero sí un componente para combatirlo.

En consecuencia, son muchos los factores que se involucran en el proceso de cambio que ha originado la creación de instituciones dedicadas a la formación en los países de América Latina, lo que sí está claro es que las transformaciones tecnológicas de los procesos productivos, no sólo requiere de equipos y de herramientas para el aumento de la competitividad, requiere del personal idóneo que esté a la par de estos cambios, equivale a decir que se requiere nuevas formas de gestión, de organización, de capacitación, de desarrollo y formación de los trabajadores, y es aquí donde las instituciones de formación profesional instaladas en la región constituyen una base fundamental para el desarrollo en pro de ellos mismos.

A diferencia de otras décadas cuando la formación profesional se entendía como un campo específico y reservado a los especialistas, actualmente su órbita de acción la vincula con los sistemas de relaciones laborales, de su función dentro de los procesos de innovación, desarrollo y transferencia de tecnología, y de cómo articularla eficazmente con los sistemas de enseñanza regular, en la perspectiva de una educación continua.

De igual forma el enfoque de la formación por competencias ha impulsado la construcción de un acervo de conocimientos propio de la misma formación profesional, muchas de las instituciones de América Latina han adecuado sus programas de capacitación y de formación de cara a la nueva organización del trabajo, que promueve la adaptación del trabajador ante los rápidos cambios del mercado laboral.

En el siguiente cuadro, se presentan las diferentes décadas que dan origen a los distintos centros de formación en la mayoría de los países latinoamericanos, dichos centros se dedican al desarrollo de Programas de Formación Profesional y la gran mayoría tiene en operatividad los proyectos que configuran un nuevo concepto de formación por competencias liderizado por los organismos institucionales e internacionales.

Tabla 3.2. Instituciones de formación profesional en los países de América Latina

INSTITUCIÓN	AÑO DE CREACIÓN	LOCALIDAD
Secretaría de Educación Media y Tecnológica del Ministerio de Educación	Creada para administrar la enseñanza secundaria regular y funcionar como patrón para los demás establecimientos de enseñanza destinadas a la formación integral.	1837/SEMTEC/BRASIL.
Servicio Nacional de Aprendizaje Industrial (SENAI)	Es una institución de carácter privado y alcance nacional totalmente volcado a buscar soluciones en materia de formación profesional para la industria brasileña. En materia de formación profesional.	1940 /SENAI/BRASIL
El Servicio Nacional de Aprendizaje Rural-SENAR	Institución, que se encarga de organizar, administrar y ejecutar en todo el territorio nacional, la formación profesional rural y la promoción social de jóvenes y adultos, hombres y mujeres que ejerzan actividades en el medio rural	1991/SENAR/BRASIL.
Secretaría de Formación y Desarrollo Profesional (SEFOR), del Ministerio del Trabajo	Institución dedicada al desarrollo de proyectos para facilitar el mejoramiento en la calidad de la formación y sistemas de certificación.	SEFOR/BRASIL

INSTITUCIÓN	AÑO DE CREACIÓN	LOCALIDAD
El Servicio Nacional de Aprendizaje de Trabajadores	Es una institución con personalidad jurídica de derecho privado, encargada de gerenciar programas destinados a la formación, actualización y perfeccionamiento profesional.	1993/SENAT/ BRASIL.
Secretaria de Políticas Públicas de Empleo Ministerio de Trabajo y Empleo de Brasil	Dedicada a recolocar la cuestión de la formación profesional en las agendas de la construcción de un modelo de desarrollo y de modernización de las relaciones capital-trabajo.	1999/SPPE/BRASIL.
Servicio Nacional de Aprendizaje	Su objetivo es invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores, ejecutando la formación profesional integral que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país.	1957/SENA - COLOMBIA
Instituto Nacional de Cooperación Educativa	Es un organismo autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio, con la finalidad de reorganizarlo y adecuarlo a los intereses del país y al proceso de reconversión industrial.	1959/INCE-VENEZUELA

INSTITUCIÓN	AÑO DE CREACIÓN	LOCALIDAD
Servicio Nacional de Aprendizaje en Trabajo Industrial.	Es una institución de formación profesional que tiene por finalidad desarrollar las aptitudes humanas para el desempeño productivo y satisfactorio de las ocupaciones profesionales de la actividad industrial manufacturera y de las labores de instalación, reparación y mantenimiento.	1961/SENATI-PERU
Servicio Ecuatoriano de Capacitación Profesional	El Objetivo es capacitar al personal en servicio o en aptitud de incorporarse al mismo y se orientan al desarrollo de habilidades y destrezas para el eficiente desempeño de trabajos concretos en los sectores anteriormente mencionados.	1966/SECAP. ECUADOR
Servicio Nacional de Promoción Profesional (SEP) (Paraguay.	El Objetivo es desarrollar la Formación Profesional del trabajador paraguayo en los sectores de la economía nacional.	1971/SEP -PARAGUAY
Instituto Nacional de Capacitación y productividad	Su objetivo primordial es capacitar al recurso humano, trabajadores y nueva mano de obra, en las diversas actividades económicas a través de eventos de formación profesional.	1972/INTECAP GUATEMALA
Instituto Nacional de Formación Profesional	El propósito de participar en el proceso de desarrollo integral del país como responsable directo de una política de capacitación de recursos humanos que sea dinámica, moderna y audaz.	1972/INFOP-HONDURAS

INSTITUCIÓN	AÑO DE CREACIÓN	LOCALIDAD
El Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción	Su objetivo es la de contribuir al fortalecimiento y desarrollo sostenido de la industria, formando y capacitando personal altamente calificado y brindando servicios técnicos de acuerdo a sus necesidades.	1975/SENCICO/PERÚ
El Instituto Nacional de Formación Técnica y profesional	Es una organización cuya función es coordinar y supervisar el Sistema Nacional de Formación Profesional, con la finalidad de impulsar el desarrollo de la fuerza de trabajo y facilitar su vinculación a las tareas productivas.	1980/INFOTEP REPÚBLICA DOMINICANA.
Instituto Nacional Tecnológico	El Objetivo con la finalidad de contribuir al desarrollo económico y social del pueblo nicaragüense, por medio de la formación y capacitación de recursos humanos calificados en todos los sectores económicos y en los diferentes niveles ocupacionales y de empleo.	1991/INATEC/HONDURAS
DINAE	El objetivo central de la DINAE es desarrollar acciones de investigación, orientación, colocación y capacitación que faciliten la inserción laboral de los trabajadores con problemas de empleo y mejoren la calidad de la formación profesional.	1992/URUGUAY

INSTITUCIÓN	AÑO DE CREACIÓN	LOCALIDAD
Instituto Salvadoreño de Formación Profesional	El objetivo es elevar las Competencias de los RRR-HH en el contexto de criterios de desempeño humano y técnico	1993/INSAFORP EL SALVADOR.
Instituto Nacional de Formación Profesional de Panamá	Es una entidad autónoma del Estado, apoyar los planes, estrategias, objetivos y metas de desarrollo socioeconómico del país, en lo que se refiere a la formación y capacitación de los recursos humanos y de la educación permanente acordes con los avances tecnológicos del sector empresarial y del mercado laboral	1993/PANAMÁ
Instituto Nacional.	Su objetivo es fortalecer el desarrollo de las cualificaciones profesionales que demandan los sectores productivos.	1997/INA-COSTA RICA
Instituto Nacional de Capacitación y Empleo.	El objetivo es promover el desarrollo de las competencias laborales de los trabajadores	SENCE /.CHILE
Centro de Interamericano de Investigación y Documentación sobre Formación Profesional. Consejo de Normalización y Certificación de Competencias Laboral. (CONOCER)	Su objetivo es impulsar el desarrollo continuo de los trabajadores, mediante la evaluación y la certificación de sus conocimientos, habilidades y destrezas, tomando como base los estándares de calidad que deben cubrir en su desempeño.	1995/ CINTERFORT MÉXICO

INSTITUCIÓN	AÑO DE CREACIÓN	LOCALIDAD
Instituto Nacional De Educación Tecnológica De Argentina	Es un organismo estratégico en la educación Argentina, su misión es difundir la tecnología como parte de la cultura Argentina y lograr formular y ejecutar una política nacional para la educación tecnológica y la educación para el trabajo con tecnologías.	1995/INTEC/.ARGENTINA
La Fundación Nacional para la Formación y Capacitación Laboral	Su objetivo es liderar la formación y capacitación laboral en el país.	1996/INFOCAL.BOLIVIA.

Fuente: Diseño Propio. UC.2003

4. LA GESTIÓN POR COMPETENCIAS EN EL MARCO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL

El análisis de las competencias laborales, debe ubicarse en primer momento como una herramienta para elevar la competitividad en la mayoría de las organizaciones e instituciones dedicadas a la búsqueda de la excelencia y del crecimiento productivo.

Este apartado del trabajo, pretende desarrollar, desde una perspectiva, teoría en algunas reflexiones que ha dado lugar la gestión por competencia en el marco de la formación profesional, destacando con ello el reconocimiento que hoy tiene los trabajadores por la demostración de sus saberes.

Este enfoque se caracteriza por ser un proceso integral que busca vincular el sector educativo con el sector productivo a través de elevar el potencial de los RRHH con el complejo mundo del trabajo.

Surge como una alternativa para impulsar la formación con el sector educativo en una misma dirección con el fin de lograr equilibrar las necesidades de los trabajadores y las exigencias de la competitividad por parte de las organizaciones.

Por décadas la brecha entre la formación y las necesidades reales del trabajo han estado presentes, el enfoque de la formación por competencias ha significado una vía para la actualización y el acercamiento a las necesidades del ambiente empresarial, donde no sólo el empresario, sino también el Estado y los trabajadores juegan un papel protagónico y determinante.

La formación basada en Competencias, se estima como aquel proceso de enseñanza que facilita la transmisión de conocimientos y la generación de habilidades y destrezas que permite el desempeño idóneo y eficiente del trabajador, pero fundamentalmente este proceso lleva a reconocer las capacidades que demuestre el trabajador al aplicarlas en su actividad laboral, la formación por competencia lo habilita para aplicar sus competencias en los diferentes contextos laborales, en tanto el

trabajo competente resulta de esta actividad, incluye como valor agregado los atributos del trabajador, constituyéndose así en una plataforma que facilita su capacidad para solucionar situaciones circunstanciales y problemas que surgen durante su actividad laboral.[18]

Leonard Mertens (1996) plantea al respecto las Competencias Laborales como un tema presente reconocido, que logra dar respuesta a la complejidad de las transformaciones que vive el mundo globalizado en el escenario laboral.

Destaca la marcada significación que el tema ha tenido en base a tres escalones del desarrollo.

Este enfoque adquiere gran parte de su importancia en una vigorosa corriente del pensamiento social contemporáneo, internalizada por la relación entre el trabajo y la educación, entre el desarrollo socioeconómico y la capacidad en la persona para construirlo como insustituible agente de cambio.

Este enfoque asoma como capaz de llegar, mejor que en el pasado, al hallazgo de un punto de convergencia entre la capacitación y el empleo y se adapta bien a los procesos de cambio del momento, los cuales se producen en grandes e importantes parcelas del quehacer humano.

Las dimensiones laborales, tecnológicas y educativas, han dado lugar al establecimiento de nuevos procesos que permitan conectar al trabajador con el avance y el crecimiento actual, así entonces, el énfasis en la formación está especialmente centrado en la vinculación con la competitividad de las empresas y de los países, también en la marcada demanda del mercado de trabajo, centrándose este proceso en el cambio de los procesos productivos y de trabajo que origina la modificación de perfiles ocupacionales y la inclusión de las competencias de los trabajadores.

[18] Por competencias laborales se centran muchas definiciones que a lo largo de la exploración bibliográfica por parte de la autora evidencian las múltiples formas de definir el proceso, no obstante esta concepción adoptada en este trabajo respecto a la formación por competencia, es el resultado del análisis del proceso desde una visión holística/integradora que pretende vincularla con el contexto laboral como un valor agregado tanto para los trabajadores como para las empresas y el estado.

Fernando Vargas (2001) expresa que los contenidos de los trabajos también ha registrado significativas transformaciones, el restringido concepto de puesto de trabajo ha dado paso a un concepto que hoy conocemos como el de Ocupación. La ocupación así no corresponde con un grupo de tareas aglomeradas en operaciones y en funciones, son reconocidos como conjuntos abiertos que se evocan de los conocimientos básicos de un área con las características de poder ser transferidos en el ejercicio de varios empleos.

De aquí la introducción de nuevos modelos de gestión en el sector productivo, donde las empresas a modo de ver de Fernando Vargas (2001) empiezan a trazar estrategias para afianzar las competencias. Dando lugar el advenimiento de la "organización" basada en Competencias con las siguientes características:

– Existencia de un marco general que oriente el proceso de cambio.

– Creación de una visión compartida sobre la ejecución del proceso de cambio.

– Compromiso para el desarrollo del programa de cambio.

– Liderazgo dinámico y visionario.

– Asumir los riesgos confiando en las competencias de sus trabajadores.

– Aceptación de una nueva demanda por competencia, a través de la concepción de la empresa que aprende y que permite establecer la versatilidad en una parte de su fuerza de trabajo.

Tabla 2.1. Las nuevas características de una organización del trabajo y su incidencia en las nuevas competencias

LA ORGANIZACIÓN DE ANTES	LA ORGANIZACIÓN ACTUAL
– Organización Jerárquica. – Objetivos impuestos. – Puestos predefinidos. – Entendimiento limitado del marco general del proceso del trabajo. – Trabajo especializado con tecnologías tradicionales. – Gerencia del flujo de producción en un ambiente estable. – Trabajo basado en la fuerza física ampliada a materiales o ala manipulación de objetos. – Habilidades manuales, destreza y velocidad. – Rutina situaciones repetitivas y problemas predecibles. – Predominan trabajadores manuales especializados. – Trabajo desarrollado por ordenes y especificaciones. – Trabajo supervisado. – Superación entre pensamiento y acción. – Individuos adaptados a los requerimientos de las máquinas – Perfiles homogéneos de habilidades y estrecho campo de competencias.	– Organización del trabajo inicia en los trabajadores. – Participación en la conceptualización de los proyectos. – Flexibilidad en actividades y roles. – Comprensión de todo el proceso. – Trabajo complejo con enriquecimiento horizontal y vertical y ayuda de tecnología informática. – Gerencia de flujos de información en un ambiente cambiante. – Trabajo intelectual basado en manejo y transmisión de información. – Velocidad intelectual en términos de percepción, reacción y coordinación. – Manejo de situaciones imprevisibles y desrutinizadas que requieren acumulación de experiencia. – Predominan trabajadores competentes, técnicos, ingenieros y staff de gerencia. – Trabajo requiere autonomía, iniciativa, responsabilidad y creatividad.

LA ORGANIZACIÓN DE ANTES	LA ORGANIZACIÓN ACTUAL
– Capacitación inicial complementada con la experiencia en el empleo. – Calificaciones ocupacionales rígidas basadas en habilidades y experiencia. – Bajo grado de autosatisfacción. – Sindicatos estructurados por sector.	– Trabajo auto evaluado. – Integración de pensamiento y acción, solución de problemas. – Adaptación para responder a los requerimientos de cada situación. – Habilidades heterogéneas, amplio rango de competencia que incluye competencias relaciónales. – Capacitación inicial y luego capacitación formal e informal. – Clasificación vinculadas a la adaptabilidad y capacidad para asimilar nuevos conocimientos. – Énfasis en la autosatisfacción, inversión en personal. – Sindicatos por ocupación y compañía.

Fuente: Fernando Vargas (2000). De las virtudes laborales a las Competencia Clave: Un nuevo concepto para antiguas Demandas. Cinterfor. Uruguay.

Como se evidencia en la tabla 2.1 el paso de la organización tradicional a la organización actual es evidente, ello demuestra las múltiples opciones que identifican las competencia, esta valoración del aporte del trabajador ha cambiado y por ende las mejoras del talento humano se evidencian en el empleo.

Fernando Vargas (2001, *ob. cit.*) señala la compleja estructura de contenido que representa este aporte humano al empleo:

– La Conducta y el mejor desempeño (enfoque conductista)[19]

– La función y el logro antes que la tarea (enfoque funcionalista)[20]

– La Competencia como grupo de tareas (DACUM, AMOD)[21]

– El aprendizaje solucionando disfunciones y problemas (Enfoque constructivista)[22]

El énfasis en la Formación,[23] está especialmente en aquella que se ofrece en la empresa y aquélla vinculada a las demandas del mercado de trabajo, es decir, su interés se centra en aquel proceso que se ocupa de los fenómenos formativos que no sólo tiene lugar en los contextos económicos, sino en otros contextos.

[19] Su origen se le concede a las investigaciones realizadas en la Universidad de Harvard, Estados Unidos, las competencias se adjudican a las características que posee un trabajador y guarda relación con su desempeño.

[20] Tiene su base en la escuela del pensamiento funcionalista, los orígenes fueron varios intentos de revisar y adecuar los sistema de formación y capacitación en los países de Inglaterra, así las competencias se definen como la combinación de atributos subyacentes del desempeño exitoso. Parte del análisis de empleo para determinar las funciones esenciales y los elementos fundamentales implicados para la obtención de los resultados y la demostración de la capacidad de desempeño de cada trabajador.

[21] La metodología Dacum, desarrollo de un currículo en sus siglas en inglés, se caracteriza por establecer una conexión orgánica y desde su diseño entre la norma de competencia, expresada en criterios de desempeño y la construcción del currículo que debe de conducir al cumplimiento de la misma. (Leonard Mertenes, 1977); el AMOD se define como un modelo, de los tantos que existen, de la metodología DACUM, fue desarrollado en Canadá como una versión alternativa y complementaria al mapa DACUM, el AMOD, parte de los principios básicos que el DACUM, de que son los trabajadores expertos quienes mejor pueden expresar las competencias requeridas en el trabajo o la función.

[22] Este enfoque construye la competencia, no sólo a partir de la función que nace del mercado, sino que concede igual importancia a la persona, a sus objetivos y a sus posibilidades.

[23] Pilar Pineda, Doctora en Ciencias de la Educación (UAB) en su texto *Auditoría de la Formación,* menciona diferentes autores, especialistas, expertos en el tema de la formación, quienes plantean muchas razones para considerar el tema, siendo la formación uno de los más discutidos en el mundo empresarial, considerando que cada empresa tiene una connotación distinta, tiene objetivos, misiones y visiones diferentes, así el modelo ideal de la formación no resulta sencillo, más bien complejo, por cuanto habrá que tomar en cuenta todo los ingredientes que ésta conlleva y ajustarlos siempre a las necesidades de la empresa.

Andrés Reina María Paz[24] en esta misma posición considera que todo propósito de formación conlleva a capacitar a un individuo para que pueda realizar convenientemente una tarea o un trabajo determinado, ya sea como consecuencia del cambio tecnológico, de la nueva organización del trabajo, de los nuevos trabajos a realizar o al favorecer con promociones al empleado.

Todo hace suponer que las empresas ya no pueden sobrevivir sin mirar hacia el entorno, no deben estar al margen de las grandes transformaciones y de las nuevas formas de organización del trabajo. Como quiera que se trate en el estudio del tema de la formación, se hace necesario enfatizar en la creciente competitividad que demanda los países que llevan a las empresas a la búsqueda de nuevas maneras de potenciar y convertir a sus RRHH en ventajas competitivas y emplear sus estrategias.[25]

4.1 *LA FORMACIÓN POR COMPETENCIAS PARA EL EMPLEO*

Si tomamos en consideración lo planteado por Robert M. Solow en su artículo titulado *Mercado de Trabajo como Institución Social,* destacaremos el mercado de trabajo algunas premisas fundamentales:

– La sociedad actual, el nivel social y la autoestima están fuertemente ligados al trabajo.

– La Justicia y la equidad todos nos lo merecemos, por tanto en lo relativo al empleo, ésta juega un papel importante.

– Respecto al desempleo, no sólo se conjuga la capacidad del modelo tradicional también se conjugan componentes del modelo convencional de búsqueda de empleo.

---

[24] Andrés Reina, María Paz (2001). *Gestión de la Formación en la Empresa*. Ediciones Pirámide Madrid.

[25] Rothschild William E. (1987). *La Ventaja Competitiva en los Negocios.* Editorial Presencia. Bogotá. Colombia. El autor indica en su texto que es necesario comprender el medio ambiente global de la competencia, saber cuáles son sus objetivos y aprender sus reglas; sin embargo, estarán sujetas a los cambios, hay necesidades que están presentes y que deben satisfacerse plenamente, otro factor de cambio puede producirse por los RRHH y la participación que éstos tengan en el negocio, cualquiera que sea la causa de los cambios puede significar nuevas oportunidades.

– La ética del trabajo está viva y goza de buena salud, hay que destacarla.

– Si el deseo de verse a uno mismo contribuyendo a algo de forma importante es fuerte, lo más probable es que cualquier acontecimiento que niegue esa importancia sea rechazado y este rechazo sea una manera de afirmar su propia importancia.

El destacar estas consideraciones de Rober Solow no significa otra cosa que el de destacar la relevancia que hoy en día tienen componentes como: equidad, justicia social, ética dentro del contexto laboral. Si bien esto corresponde al ideario de muchos tratadistas del tema de las relaciones laborales, la realidad no se corresponde con estos principios.

En 1992 la CEPAL-UNESCO, en su documento Educación y Conocimiento: eje de la transformación productiva con equidad planteó que acá se asumía:[26]

– En la medida que nuevas tecnologías y procesos de producción transforman la economía internacional, el futuro del desarrollo del mundo y el lugar que cada nación ocupe en él, dependen ahora (...) de la capacidad de adquirir, transmitir y aplicar el conocimiento al trabajo y en la vida cotidiana.

Esto implica por sí mismo el reconocimiento a la gestión del conocimiento y al talento humano –el factor más importante del paradigma productivo– en pro de una educación que prepare al hombre a la incorporación al trabajo.

De allí emerge la importancia del debate respecto a la formación y a la convicción de vincularla al mercado de trabajo, así como el respeto a la justicia, la búsqueda de la equidad y la cultura de trabajo.

Son muchos los problemas que están conjugados a las relaciones laborales, el desempleo, la contratación temporal, la fuerte rotación del em-

[26] Compilado por Leonardo Carvajal en *Propuestas para transformar la Educación*. UCAB. 2000

pleo y la precarización que hoy viven muchos trabajadores demuestra la ausencia de políticas efectivas, que introduzcan verdaderas transformaciones del mercado de trabajo, una de ellas la urgente necesidad de introducir cambios en la transición escuela-trabajo en respuesta a las demandas del mercado de trabajo.

No cabe la menor duda que resulta complejo entrar en el debate de las alternativas para combatir el empleo, estos debates plantean los problemas e insuficiencias de las explicaciones que han estado en torno a la formación y el empleo, siendo ello parte de los desajustes que se observan, entre los que están el divorcio que existe entre las empresas y las instituciones educativas, divorcio que implica la separación entre la capacitación del trabajador requerida por parte del empresario, así como la capacitación que requiere el trabajador desempleado.

Su esencia también se manifiesta en el valor social de las diferentes normas y prácticas de la negociación, en el régimen de las relaciones laborales varía en función de las prácticas que rigen la cotidianidad de los actores, como están directamente relacionada con su eficacia práctica y acción reguladora.

Ésta a su vez se concreta –siempre que se trate de regulaciones colectivas y/o estadales del trabajo y el empleo–[27] en relaciones ocupacionales más o menos homogéneas, formalizadas e institucionales. El estudio sobre el comportamiento que ha dado lugar la globalización, las redefiniciones entre los actores de las relaciones de trabajo por una parte y del régimen correspondiente a la regulación laboral, y las condiciones que rigen el mercado laboral, representa unas de las variables a considerar en el análisis de las relaciones laborales presentes en el mundo de hoy.

[27] En este sentido Dompbis y Pries en su texto titulado *Relaciones Laborales entre Mercado y Estado-Sendas de transformación en América Latina,* exponen elementos determinantes que rigen las transformaciones que da lugar al mundo del trabajo, por un lado liga de manera inmediata lo económico con lo político y los procesos de cambio social, por otro, posibilita que los análisis de empresas a nivel microsocial, se integren con las estructuras macrosociales globales.

Es un hecho que estamos en presencia de una nueva sociedad, calificada por muchos como la sociedad del conocimiento, la era del acceso, la nueva riqueza de las organizaciones, el capital intelectual, o bien para los que hoy en día se conoce como la sociedad de la información,[28] una sociedad que abre sus puertas para enseñar los cambios que hoy imperan en todos los países, y que permiten reflexionar sobre las transformaciones que requieren los países en crecimiento. Estas transformaciones suponen una postura frente el estudio de las Relaciones Laborales, una postura que implica someterse en el diagnóstico sobre la situación que hoy está presente en las instituciones públicas y privadas.

El concepto de nuevas formas de empleo, ha sido utilizado para referirse a las transformaciones en la concreción de la relación salarial que se daba la forma *estándar* asociada al régimen de acumulación fordista, y por ello constituye un concepto necesario para definir la emergencia y el importante desarrollo de las formas de empleo atípicas.[29] Destacando con ello que la novedad de este fenómeno no tiene relación alguna con el desarrollo de éste hace dos décadas y que para muchos de la generación actual forma parte de una relación contractual-salarial, más bien esta relación guarda una estrecha relación con la intención de interpretar un modelo de transformación que hoy rige en las relaciones laborales.

La forma *estándar de empleo,* refiere a:

La relación salarial entre trabajador y empresario mediante un contrato de trabajo.

La relación laboral implica para el trabajador una estabilidad, que supone garantías y una seguridad del empleo, limitando la discrecionalidad empresarial en las posibilidades de despido.

[28] Manuel Castells en su volumen III *La Era de la Información-fin del milenio,* envuelve al lector y lo hace partícipe de los grandes procesos sociales y políticos que hoy transforman el mundo en la última década, y no deja de estar presente el papel que juega la crisis laboral, económica y social.

[29] Ortiz, Gilbert y Lope (2001). *De la regulación local de las nuevas formas de empleo al centro de trabajo. Una experiencia limitada en Catalunya.* UAB. España.

La relación laboral se caracteriza por el cumplimiento de la jornada completa y se da una relativa pero no total homogeneidad en el tiempo de trabajo del conjunto de la plantilla.

El lugar de trabajo es externo al domicilio del trabajador, los medios de producción pertenecen a la empresa y se localizan en sus instalaciones.

Si las anteriores condiciones son las que caracterizan las *formas estándar de empleo*, las nuevas formas de empleo tienen hoy por hoy una connotación diferente. Andreu Lope (2000) expone las principales:

El empleo de duración determinada o temporal.

El empleo desarrollado en jornada a tiempo parcial

El establecimiento de una relación laboral triangular a partir de la intermediación laboral de una empresa de trabajo temporal o una agencia privada de colocación entre la empresa usuaria y el trabajador.

El establecimiento de una relación laboral no basada en una relación salarial, sino regulada a partir de un contrato mercantil.

El teletrabajo y el trabajo a domicilio.

Estas formas de empleo, supone por consiguiente, la necesidad de reestructurar el mercado de trabajo. Destacando en este sentido el desarrollo de la temporalidad, así como también el trabajo generado por la economía informal, entre otros. En este sentido pensar en el estudio del Trabajo, del Empleo y de la Formación implica por sí mismo establecer un vínculo entre ellos para la búsqueda de alternativas ante el problema de la falta de empleo.

En el país la situación de empleo es muy precaria, influye en ello factores políticos, sociales y la cada vez más evidente falta de políticas para incrementar el empleo.

Aun cuando en Venezuela se cuenta con el Sistema Nacional de Formación Profesional a cargo del Instituto Nacional de Capacitación Edu-

cativa, definido como un sistema que concibe a la formación profesional como un proceso que permite al trabajador el Desarrollo Profesional en los oficios que ejecuta, permitiéndole proyectarse horizontalmente en los mismos, asumiendo mayores niveles de especialización y de calificación y proyectarse también verticalmente dentro de la profesión y organización de las empresas hacia niveles de mayor responsabilidad administrativa y Técnica (INCE. 1999);[30] este instituto no alcanza a cubrir la gran demanda existente en el mercado de trabajo respecto a la capacitación, situación que trasciende más allá de la realidad, por cuanto quienes accedan a una formación profesional en el INCE se encuentran luego con limitaciones de diversos componentes que no les permite acceder al mercado laboral a través de un empleo digno.[31]

Buckley y Jim Caple (1991)[32] plantean que la formación ha sido siempre una parte integrante en la promoción de los diversos tipos de aprendizaje en el trabajador, y en la oportunidad que tienen las instituciones y las organizaciones de alcanzar el desarrollo productivo a través de trabajadores competentes, en todos los contextos internacionales se le reconoce plenamente su contribución en la eficacia empresarial y en los diferentes contextos de la sociedad, los actores laborales comienzan a valorar la inversión adecuada, continua y a largo plazo en esta función, que a su vez implica la necesidad de reconocer que en muchos países, hay necesidades de actitudes y perspectivas especiales tanto individuales como de grupo, de organización e institucionales en lo que se refiere a materia de Recursos Humanos.

---

[30] Información obtenida a través de las diferentes publicaciones que tiene el INCE, entre la que destacó la *Revista Vitrinas,* editada por el instituto con el fin de divulgar las diversas políticas que en materia de formación y gestión se llevan a cabo en el país a través de los diferentes centros de formación INCE.

[31] El sistema esboza especialmente la formación de los trabajadores venezolanos, como derecho, a fin de que éstos sean capaces de aprender constantemente, con capacidad para plantear y resolver problemas, con disposición a la reflexión crítica, al trabajo en equipo, la toma de decisiones autónoma y a la asunción de la ética como elementos rectores de la vida cotidiana, así entonces este sistema aspira disponer con los recursos del Estado, Sindicatos y Empresarios, para el desarrollo de individuos capaces de gestionar su crecimiento personal y profesional y como alternativa para el mejoramiento de la calidad de la educación.

[32] Buckley y Caple (1991). *La Formación: Teoría y Practica.* Ediciones Díaz de Santos. Madrid

La formación debe verse como una inversión en el desarrollo humano, vinculada a las metas de las organizaciones, con un alto sentido de profesionalismo, con conocimientos bien acentuados, de valores, de identificación con la organización, con iniciativas, liderazgo, orientación hacia el logro, preocupación por la calidad, trabajo en equipo, sensibilidad interpersonal, entre otros, así como la representación de una vida productiva y competitiva en las empresas venezolanas.

La relevancia social, estaría enmarcada en la trascendencia que representa el Sistema de Formación para el trabajador venezolano, quien incrementará en gran medida un nuevo modo de pensar, una nueva cultura y una mejora en su calidad de vida, en cuanto a las implicaciones prácticas, ésta ayudará a resolver uno de los tantos problemas que tiene este sector, como lo es la falta de empleo en el país, por cuanto mayor preparada esté la gente mayores alternativas de progreso y desarrollo tendrán, tanto el venezolano como los empresarios venezolanos. El problema de la falta de empleo, quizás no se deba sólo a la inexistencia de empresas activas, o a la falta de inversiones extranjeras en el país, se debe también a falta de capacitación, de formación, de desarrollo, ya que las empresas micro, pequeñas y medianas requieren de gente formada que puedan ejercer exitosamente su actividad laboral y que a su vez planteen proyectos significativos que impliquen el desarrollo de nuevas fuentes de empleo.

Pérez y Rodrigo Moya (1998) mantienen como posición que *la Formación Profesional sirve para el Empleo,* y en ese sentido señalan que la formación sirve para garantizar al trabajador la búsqueda de un puesto de trabajo, sirve para combatir el desempleo, a través de certificaciones que le acredite que está preparado para desempeñar un cargo, el estar formado, a modo de ver de los autores, garantiza el empleo y cubrir las necesidades de su puesto de trabajo con las cualificaciones requeridas en él.

Los autores señalados insisten en que la formación no sólo requiere que se tenga del individuo aptitudes precisas para ello y que éste sea orientado adecuadamente, por el contrario se requiere de un proceso continuo que le garantice un desarrollo profesional o técnico, según sea el

caso, evitar la obsolescencia profesional que se produce cuando un trabajador no cubre con las exigencias de los cambios científicos y tecnológicos hoy presentes.

Bajo este mismo enfoque y punto de vista, los autores Antonio Colom, Sarramona y González (1994) ratifican que la formación ayuda a combatir el desempleo, para estos autores cada vez más las exigencias formativas cobran mayor importancia en el mundo del trabajo, no obstante habrá que considerar en este sentido que éstas dependerán de exigencias formativas que suelen en algún caso ser permanentes y en otras coyunturales. "La exigencia permanente arranca de la consideración del trabajo como espacio propio y principal, junto con el ocio, para la realización humana, pero, desde la perspectiva de la crisis que hoy se vislumbra en el mundo del trabajo, se identifican fenómenos que exigen la formación continuada". (Colom; Sarramona y Vásquez; 1999:12); agregan las siguientes consideraciones:

Sustitución del empleo por el trabajo.

Crecimiento continuado del número de trabajadores del sector servicios a costa de sendos decrementos en los sectores agrícolas e industrial.

Aparición del subsector de la información.

Crecimiento del paro.

Desarrollo progresivo de formas de trabajo caracterizadas por su mayor autonomía, flexibilidad de condiciones laborales, autoempleo, eventualidad etc.

Crisis en sectores industriales y de servicios, provocando paros de personal especializado y necesidades de actualización de los trabajadores.

Impacto producido por las nuevas tecnologías de la información (NTI) en los procesos de producción, de comunicación, de acceso al conocimiento.

Aparición del multiculturalismo, no sólo cultural y educativo, sino también en el seno de la cultura laboral.

Éstos y otros fenómenos generan nuevos significados del "trabajo", y es evidente que las demandas que puedan producirse no pueden ser todas atendidas suficientemente por las funciones que tengan que asumir los diferentes centros de capacitación, o bien el sistema educativo. Para estos autores, la formación y el aprendizaje en general se interrelacionan en un conjunto de instituciones y relaciones, tanto no formales como formales, a lo largo de toda la vida y a lo largo de *un proceso de educación permanente* que a su vez permite al trabajador acceder a un puesto de trabajo con los requerimientos y exigencias de las empresas, así mismo este proceso le permite estar de cara con los cambios tecnológicos y las necesidades que éste requiere que se cubran.

De esta forma el empleo puede lograrse toda vez que este trabajador alcanza estos niveles de exigencias y de requerimientos.

CONCLUSIONES

Sumado a esta condición se encuentra la necesidad de entrelazar, conectar de manera eficaz un tratamiento global a los procesos de formación a fin de optimizar los recursos. Me permito establecer algunas premisas que identifican parte de lo que establecería el papel que tendrían que asumir los actores laborales dentro del contexto de Formación por Competencias en respeto a un derecho que tiene el trabajador cuando se vincula con el mercado de trabajo:

– El Estado como ente regulador debe garantizar los recursos necesarios para la implementación de un Sistema Nacional de Formación Profesional en Venezuela con la participación de las instituciones publicas y agentes sociales que garanticen la formación a lo largo de la vida. Y a la vez permita regular las políticas y acciones a considerar en torno a una mejor educación y formación de los ciudadanos venezolanos, a través de la puesta en práctica de alianzas estratégicas con los actores que promueve la productividad y la competitividad de estos mercados.

– El sistema educativo visto en dos dimensiones: por un lado su vinculación con la sociedad y por el otro lado su vinculación con la empresa. El sector educativo debe considerar el nuevo patrón tecnológico y el para-

digma gerencial que le acompaña,[33] *un segundo actor representado por las Instituciones Educativas, las Universidades, los Centros de Capacitaciones Nacionales (INCE)*, como principales responsables de la creación de conocimientos, competencias, aptitudes, inteligencia emocional, constituyéndose en el punto de partida para el enlace de las demandas del mercado laboral, en este sentido habrá que imponer cambios en estas instituciones orientados a la reestructuración de sus pensus de estudios, en pro de la consecución de perfiles profesionales que respondan a los grandes desafíos que demanda el mundo del trabajo,

– Las empresas pueden establecer mecanismos de acción, que le permitan incrementar la inversión en la formación de sus trabajadores para obtener trabajadores cualificados en aquellas competencias claves para el desempeño de su función, no obtenidas por la educación formal y que les permita un mejor desempeño, en tal sentido la empresa en su papel de demandante de los trabajadores calificados promueva la formación desde la empresa y en la empresa en pro de sus beneficios productivos.

Lo anterior hace suponer que en materia de Mercado de Trabajo y de la Gestión de RRHH, deben contemplarse diversas actividades orientadas a:

Un Sistema Integral de Formación Profesional, sobre la base del interés que colinden todos los actores laborales, donde reine la cooperación y la solidaridad en pro de un fin común.

Desarrollo de vínculos entre el mundo del trabajo y los centros de enseñanza, formación y empleo como alianzas estratégicas permanentes.

La búsqueda de alternativas para los jóvenes que no pueden insertarse en el sistema educativo universitario, orientándose estas demandas a campos de nivel técnico profesional

Adaptación y preparación del Recurso Humano a los cambios tecnológicos, promoviendo la formación profesional al proceso de innovación a fin de mejorar la competitividad y el espíritu empresarial.

[33] Pérez Carlota (2000). *La Reforma Educativa ante el Cambio de Paradigma.* UCAB.

Búsqueda de alternativas para aumentar las posibilidades de empleo y reinserción profesional en la población a través de la formación.

Búsqueda de alternativas para el acceso a la formación profesional continua, a través del incremento de las competencias que permitan incrementar los cambios para la formación a lo largo de la vida y en pro del fortalecimiento tecnológico y productivo.

Todo ello se engloba sobre la base de crear una plataforma más sólida en el sistema educativo venezolano, de la implantación y puesta en práctica de alianzas estratégicas entre estos actores-gobierno-instituciones educativas-empresas quienes son los responsables inmediatos a formar y educar, y de la creciente necesidad de la búsqueda de igualdad de oportunidades; tan requerida en todos los países de América Latina.

BIBLIOGRAFÍA

BUCKLEY-Jim Caple (1991). *La Formación.* Editorial Dos Santos. S.A. España.

BECK Ulrich. (2000). *Un Nuevo Mundo Feliz.* Editorial Paidos. España.

BROOKING, Annie. (1997). *El Capital Intelectual.* Paidos Empresa. España.

CABRERA Flor (1999). *Evaluación de la formación.* Síntesis educación. España.

_____: (1987). *Técnicas de Evaluación y Seguimiento de Programas de Formación Profesional.* Editorial Largo Caballero. España.

CLAUDE Levy-Levoyer (1997). *Gestión de Competencias.* Gestión 2000-Barcelona. España.

_____: (2001). *Gestión de las Competencias.* Segunda Edición. Gestión 2000. España.

CASTELLS, Manuel (2000). *La era de la Información.* Volumen I Alianza Editorial. España.

_____: (2000). *La Era de la Información. Fin de Milenio.* Volumen II. Alianza Editorial. España.

_____: (2000). *La Era de la Información. Economía, sociedad y Cultura. El Poder de la Identidad.* España

CEJAS, Magda (1994). *Desarrollo de un Programa de Adiestramiento.* Trabajo Especial de Grado. Universidad de Carabobo. Valencia, Venezuela.

_____: (1999). *Propuesta de un Modelo de Formación Integral para los Recursos Humanos.* Tesis de Grado. Universidad de Carabobo. Valencia, Venezuela.

_____: (2001). *La Formación por Competencias.* Universidad de Carabobo. Proyecto Doctoral. Universidad de Carabobo. Valencia.

CINTERFOR-OIT: *Competencia Laboral.* Página (www.cinterfor.org.uy).

COLOM Antonio, SARRAMONA Jaime y VÁSQUEZ Gonzalo (1994). *Estrategias de formación en la empresa.* Narcea Ediciones. Madrid. España.

CARVAJAL, Leonardo (2000). *Propuestas para Transformar la Educación.* UCAB. Caracas.

DALTON, Murria M y otros (1996). *Las Competencias (Clave Para Una Gestión Integrada de los Recursos Humanos).* 2ª Edición. Ediciones Deusto, S.A. Bilbao, España.

DALZIEL, Murray M. y Otros (1996). *Las Competencias (Clave para una Gestión Integrada de los Recursos Humanos).* 2ª Edición. Ediciones Deusto, S.A. Bilbao, España.

ERMIDA U. Oscar y BARRETO GHIONE Hugo (2000). *Formación Profesional en la Integración Regional.* Cinterfor. OIT. Montevideo.

FERNÁNDEZ R. Manuel (1999). *Diccionario de RRHH, Organización y Dirección.* Editorial Díaz Dos Santos. Madrid. España.

FLETCHER, Shirley (2000). *Diseño de Capacitación basada en Competencias Laborales.* Ediciones Panorama México.

FRANCES, Antonio. (1999). *Venezuela Posible.* Ediciones IESA. Caracas. Venezuela.

GALLART, María Antonieta. (2001). *La Articulación entre el Sector Público y la Empresa Privada en la Formación Profesional de América Latina.* Cinterfor. Montevideo.

GARZA Toledo Enrique (2000). *Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo.* Colegio de México. Universidad Autónoma Metropolitana. México. D.F.

GRANELL, Elena (1994). *Recursos Humanos y Competitividad en Organizaciones Venezolanas.* Primera Edición. Ediciones IESA. Caracas.

_____: (1995). *Managing Culture For Success. Challenges and Opportunities in Venezuela.* Primera Edición. IESA. Caracas. Venezuela.

GUERRERO Jaime Ramírez (2001). *Agentes vinculados a la formación y Capacitación para el Trabajo en América Latina y el Caribe.* Cinterfor. Montevideo.

LOPE Andreu. (2000). *¿Sirve la Formación para el Empleo? Grup d´ Estidis Sociologics sobre la Vida Quotidiana i el Treball.* Colección Estudios. Madrid. España.

MIN, Samir y otros (2001). *Foro Social Mundial.* Porto Alegre. Editorial El Vejo Topo. España.

MONTES MENDOZA Rosa Isabel (2001). *Globalización y Nuevas Tecnologías. Nuevos Retos y Nuevas Reflexiones.* Cuadernos de la Organización de Estados Iberoamericanos. Madrid.

NOVICK Marta (2001). *La Sociología del Trabajo en América Latina. Sociología del Trabajo.* Revista. Nº 40. España.

_____: *Una Mirada integradora de las Relaciones entre Empresas y Competencias Laborales en América Latina.* UBA. Argentina.

PÉREZ, Carlota (2000). *La Reforma Educativa ante el cambio de Paradigma.* UCAB. Caracas.

PINEDA, Pilar (1995). *Auditoría de la Formación.* Ediciones Gestión 2000. España.

ROTHSCHILD William E. (1987). *La Ventaja Competitiva en los Negocios.* Editorial Presencia. Bogotá. Colombia.

SANTOS Antoni y POVEDA María (2001). *Trabajo Empleo y Cambio Social.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. España.

SOLOW Robert M. (1998). *El Mercado de Trabajo como Institución Social.* Madrid.

SÉLLER Jurgen (2000). *Reformas Económicas Crecimiento y Empleo. Los Mercados de Trabajo en América Latina y el Caribe.* CEPAL.

TRINKUNAS, Harold (2001). *The crisis in Venezuelan Civil-Military Relations*: From Punto Fijo to the Fitth Republic. Latin American Research Review. Volumen 37 Nº 1 Año 2002.

VARGAS Z., Fernando (2001). *La Formación por Competencias. Instrumentos para Incrementar la Empleabilidad.* Cinterfor. Uruguay.

_____: (2000). *De las Virtudes laborales a las Competencias Clave: Un nuevo concepto para antiguas demandas.* Cinterfor. Uruguay.

_____: (1999). *Formación Profesional y Competencia Laboral.* CINTERFOR-OIT.

VILLARREAL de Norma Samaniego (2000). *Competencias Laborales y Mercado de TRABAJO. Los Desafíos de una Nueva Era posterior a la Revolución Industrial.* Santa fe Consultores S. C. Conocer.

INFORMES

Del Desarrollo Humano. Venezuela. INE. 2002

Sobre el Desarrollo Humano 2001. Publicado por Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. PNUD. Ediciones Mundi Prensa. 2001.

Sobre el Trabajo en el Mundo. OIT. Ginebra. 2001.

Trabajo Decente. Conferencia Internacional del Trabajo. 87ª reunión. OIT. 1999.

Educación y Formación a las puertas del siglo XXI, Unión Europea. España 2001.

Foro Global del Empleo. OIT. Ginebra 2001.

OTROS DOCUMENTOS

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Venezuela.

Ley Orgánica del Trabajo. 1997. Venezuela

Reglamento de la Ley del Trabajo. Caracas, Venezuela.

El Proceso de Laborización de la Función Pública Venezolana

Antonio DE PEDRO FERNÁNDEZ*

SUMARIO:

1. **Situación anterior a la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa.**
2. **Período de vigencia de la misma.**
3. **Situación actual.**

Conclusiones

La puesta en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP), aprobada por la Asamblea Nacional (AN) el 09-07-2002, promulgada por el Presidente de la República el 01-07-2002 y publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* (GOR-

* **Tribunal de Carrera Administrativa**, Juez Titular Jubilado. **Universidades Santa María** y **José María Vargas**, Profesor.

BV y GO) el mismo día, reimpresa por error material del ente emisor[1] en la GORBV Nº 37.522 del viernes 06 de septiembre de 2002, ha suscitado distintas inquietudes en el seno del mundo jurídico nacional, no sólo de los sectores doctrinales, valedores de una concepción rígida de la Función Pública, sino también, del conjunto del funcionariado público. Revivió una controversia que, desde tiempo atrás, se movía en el escenario doctrinal del mundo jurídico venezolano; controversia que enfrentaba, de una parte, a los laboralistas y, de otra, a los administrativistas. Para los primeros, el mundo del trabajo es uno solo; a lo más pueden existir situaciones especiales, colectivos de trabajadores, que por sus características requieran de ciertas particularidades, pero todos ellos deben estar sometidos a una misma legislación: la legislación laboral. Por su parte, para los segundos, para los administrativistas, hay una diferencia entre el empleo en el sector privado y en el sector público; es diferente la naturaleza de la prestación de servicio en uno y otro; de ahí que se requiera de instrumentos legales diferenciados, para el sector privado la aplicación del Derecho del Trabajo; para el sector público, normas de Derecho Público, regulación unilateral por parte del Estado, la conformación de derechos, deberes y condiciones de trabajo reguladas por un Estatuto.

Esta dicotomía no ha impedido –y a ello no han sido opuestos sino los sectores más recalcitrantes del administrativismo– que entre ambos regímenes hubiera interconexiones, trasvases, de modalidades laborales.

Independientemente de que, en alguna oportunidad, hubiéramos mantenido posiciones administrativistas, siempre nos hemos considerado entre aquellos que pensaban que tal división, llevada a posiciones de enfrentamiento, extremas, no era la más conveniente ni para el mundo laboral, en general, ni para el funcionariado, en particular.

[1] El Aviso Oficial que precede a la nueva publicación, expresa que el texto publicado no coincide con lo aprobado el 09-07-2002 por la AN en relación al del numeral 2 del Parágrafo Único del artículo 1 de la Ley, al hablar de "Los funcionarios y funcionarias públicos a que se refiere la Ley Orgánica del Servicio Exterior...", cuando debe decir: "Los funcionarios y funcionarias públicos a que se refiere la Ley del Servicio Exterior...".

Es así, que en la hora actual, cuando se ha puesto en vigencia una nueva normativa funcionarial, nos parezca oportuno reflexionar sobre el tema, a la luz de tales planteamientos.

Se señala, por parte del administrativismo, la excesiva influencia –cuando no asimilación y asunción– del Derecho Laboral, con lo que –se arguye–, de hecho, se deja de lado el particular tratamiento de la prestación del servicio público que, por su propia naturaleza, es distinto a la prestación del servicio en el sector privado, regulado éste por el Derecho del Trabajo. Desde su posición, los laboralistas, argumentan que las remisiones que en la Ley del Estatuto se hacen a la legislación laboral no hacen otra cosa que favorecer sus planteamientos..

Conviene, pues, y tal es el objeto del presente trabajo, repetimos, hacer algunas reflexiones en relación a cómo la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública responde a tales inquietudes; así, ciertamente, hay una tendencia clara de aproximación –o de integración– de la prestación del servicio público regulado por la Ley, hacia el Derecho Laboral o si, por el contrario, el empleo público responde, aún, a los parámetros de la doctrina estatutaria. Para ello será necesario, a nuestro juicio, analizar, o cuando menos revisar, la trayectoria del proceso funcionarial venezolano. Ello nos permitirá llegar a ciertas conclusiones.

A efectos metodológicos, clasificaremos el discurrir de la Función Pública en Venezuela, en las siguientes etapas, a saber: I.- Situación anterior a la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa (LCA); II.- Período de vigencia de la misma; III.- Situación actual.

La precedente clasificación nos parece lo suficientemente genérica –o amplia– para englobar –o comprender– toda una gama de regulaciones de orden constitucional y legal que se han sucedido en el país, como esclarecedoras del tema.

1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA

Abstracción hecha del período colonial y del nacimiento –y posterior desarrollo– de Venezuela como República independiente a lo largo del

siglo XIX y buena parte del XX, no se puede hablar de la existencia de una verdadera prestación del servicio público más allá de los intereses políticos y coyunturales momentáneos, a tenor con los cambios de gobierno habidos. Al respecto, es ilustrativa la opinión de OROPEZA: "Nunca existirá en Venezuela una administración pública suficiente y capaz si como ha existido hasta ahora la provisión de cargos públicos no obedece a regla alguna, sino a la voluntad y capricho de los funcionarios de superior jerarquía, con autoridad para efectuar las respectivas designaciones. Deplorables han sido los resultados de semejantes sistemas. Porque no existiendo a favor de empleados y funcionarios ninguna disposición que los ampare, cada vez que ocurre un cambio de gobierno los nuevos mandatarios se apresuran a colocar en los cargos del Estado a sus amigos y partidarios, sin detenerse en la talla de idoneidad de los nombrados y sin tomar en consideración la experiencia adquirida por quienes hallándose en el ejercicio de las mismas rinden por esto mismo una labor más conveniente a los intereses públicos. Los vicios anotados los comparten por igual los gobiernos de facto y los gobiernos de derecho. Los primeros sólo llevan a los cargos a los amigos del orden dictatorial, en donde a menudo los favorecidos no tienen otra preocupación que la de enriquecerse y cometer toda suerte de abusos y desafueros. En cuanto a los segundos, las funciones públicas sólo se confían a los afiliados y simpatizantes del partido mayoritario y de los que comparten con él las tareas del Gobierno".[2] Esta cita, si bien producto del análisis de la Constitución de 1961, es válida para todo el período. Hay que señalar que durante el lapso indicado, desde el punto de vista de la legislación, sólo las normas del Derecho Civil eran las aplicables, salvo unas pocas leyes de carácter específico, dado que todavía la normativa laboral o no había nacido o era incipiente su vigencia.

Será después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, con la Constitución de 1947,[3] como consecuencia de la denominada Revolución de

[2] Oropeza, Ambrosio. *La Nueva Constitución Venezolana*. 1961. pp. 372-373. Segunda edición. Caracas, 1961.

[3] La Constitución de 1947 fue sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, en Caracas, el 05-07-1947, mandada ejecutar por la Junta Revolucionaria de Gobierno en la misma fecha (GO Nº 194 Ext. del 30-07-1947.

Octubre (1945) que se implanta en Venezuela un texto constitucional con verdaderos aportes democráticos y, por primera vez, se consagra la aspiración de hacer de la Función Pública algo técnicamente estable en sintonía con las corrientes estatutarias dominantes en el Derecho Comparado. En efecto, en su TÍTULO IV DE LA SOBERANÍA Y DEL PODER PÚBLICO, Capítulo II Del Poder Público y su Ejercicio, ar-tículo 90 se dispone: "El Estado dictará un estatuto que rija sus relaciones con los funcionarios y empleados públicos, en el cual se establecerán las normas de ingreso a la administración y las de ascenso, traslado, suspensión y retiro".

Los empleados públicos están al servicio de la Nación y no de parcialidad política alguna. Como se observa, estaba en el ánimo del constituyente racionalizar y tecnificar la Administración Pública, de la que el empleo público es factor de primera magnitud. En todo caso, su vocación democrática no podía desconocer tal hecho, pues el tratamiento del empleo público constituye un elemento inherente a la propia democracia.

Lo efímero de la vigencia de esta Constitución que se fue al traste como consecuencia del cambio de gobierno debido al derrocamiento del Presidente Gallegos por una Junta Militar el 24-11-1948 y la subsiguiente dictadura del Gral. Marcos Pérez Jiménez, imposibilitaron la plasmación legal de la disposición constitucional. La Constitución de 1953, dictada bajo la dictadura perezjimenista, sólo, formalmente, de apariencia democrática, no contempla tal disposición. Habría que esperar a la puesta en vigencia de la Constitución de 1961,[4] consecuencia de un nuevo resurgir democrático, para que se retomara, constitucionalmente, el tema funcionarial. Esta Constitución, en su TÍTULO IV DEL PODER PÚBLICO. CAPÍTULO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES, artículo 122 expresa: "La ley establecerá la carrera administrativa mediante normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social".

[4] Sancionada por el Congreso de la República el 23-01-1961 y mandada ejecutar por el Presidente Rómulo Betancourt en la misma fecha. Fue enmendada en dos oportunidades. La Enmienda Nº 1 del 09-05-1973 mandada ejecutar por el Presidente Rafael Caldera el 11-05-1973 y la Enmienda Nº 2 del 26-03-1983, ejecutada el 16-03-1983 por el Presidente Luis Herrera Campíns.

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.

En el nuevo texto constitucional, como se observa, se vuelve al criterio estatutario de 1947, con dos variantes significativas: sustituir la expresión "estatuto" por la de "carrera administrativa", expresión esta última más restrictiva que la anterior, pues no hay que olvidar que todo estatuto incluye algún sistema de carrera; y la de circunscribirla al ámbito de la APN, en vez de a toda la Administración, con lo que se limitó su ámbito de aplicación.

Ahora bien, el proceso de reestructuración de la Administración Pública, de su reforma, se inicia inmediatamente después del desmoronamiento de la dictadura perezjimenista. Comienza con el Informe Herbert Emmerich, preparado para la Administración de Asistencia Técnica de Naciones Unidas. Poco más tarde, por Decreto Nº 287 del 27-06-1958 se creó la Comisión de Administración Pública (CAP), organismo sobre el que recaerá el peso de dicha reforma y cuya labor está contenida en dos tomos titulados REFORMA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA, 1969-1971, editados por la propia CAP el 1972. El 09-04-1969 (Decreto Nº 28) se adscribe la Comisión a la Oficina Central de Coordinación y Planificación (CORDIPLAN); por Decreto Nº 103 del 23-07-1969 se pone en vigencia su reglamento; el Decreto Nº 141 del 17-09-1969 crea los Consejos de Reforma Administrativa y las Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa; y el 13-05-1970 se dictó la Instrucción RA-1 del Presidente de la República sobre los Lineamientos Generales de la Reforma Administrativa. A partir de 1974, la CAP pierde vigencia y por Decreto Nº 11 del 22-03-1974 (GO Nº 30.358 de la misma fecha) se crea la Comisión *ad honorem* para el Estudio de la Reforma Integral de la Administración Pública, de los Institutos Autónomos y de las Empresas del Estado (CRIAP), cuyas funciones fueron, posteriormente, asumidas por la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE).

En el campo específico de la Función Pública, la CAP materializó su labor con la promulgación del Decreto Nº 394 del 14-11-1960 (GO Nº 26.406 de la misma fecha), contentivo del Reglamento de Administración de Personal para los Servidores del Gobierno Nacional (RAPSGN), que constituye el antecedente inmediato de la LC. No obstante, la realidad funcionarial venezolana poco, o casi nada, cambiaría, pues el propio RAPSGN incidió, escasamente, en su situación.

A lo largo del período, otros instrumentos legislativos, en particular relativos a la regulación del mundo laboral, de alguna manera incidieron en el quehacer del funcionariado.

La Ley del Trabajo (LT), de 1936 (la segunda con tal denominación, dado que la primera fue de 1928) en sus artículos 2 , único aparte y 6, amparaban a los funcionarios públicos, con excepción de los cuerpos armados; empero, la Oficina Nacional del Trabajo, el 01-02-1937 acogió una interpretación restrictiva del referido artículo 2 de la Ley al establecer: "...que aquellas personas de carácter público (Nación, Estados, municipalidades, etc.) no son patronos respecto de sus oficinas, establecimientos, obras o servicios concernientes a la vida o régimen político o administrativo", y añadir que: "Sólo respecto de las personas naturales que le prestan servicios de naturaleza exclusivamente económica, o que serían de tal naturaleza si esos mismos servicios fueren prestados a particulares, pueden considerarse el Estado o las demás personas de carácter público como verdaderos patronos, y aquellas personas naturales como trabajadores; sometidos a la Ley del Trabajo". El Reglamento de la Ley de 1938 (30-11), excluyó de la legislación laboral, en su artículo 2 a "las autoridades, funcionarios y empleados públicos". A pesar de ello, la jurisprudencia laboral de la época optó, en determinadas circunstancias, por amparar con la LT a ciertas categorías de funcionarios.[5]

[5] Así, sentencias del 14-08-1942; 27-06-1944; y 26-09-1944 del JSPITDF, en casos, respectivamente, del Instituto Autónomo Ganadera Industria Venezolana, Instituto Autónomo Banco Agrícola y Pecuario e Instituto Línea Aeropostal Venezolana.

La reforma de la LT del 04-05-1945, incluyó como su artículo 6, el 2 del Reglamento, con lo que legalmente se aparta de la legislación laboral a los funcionarios públicos. Tal separación, tal exclusión, se ha mantenido, casi inalterable, hasta el presente. La reforma y la consiguiente exclusión ha sido criticada como sigue: "...constituye un evidente retroceso, en particular, si se toma en consideración los esfuerzos que venía realizando la jurisprudencia con el fin de proteger a un sector del funcionariado público a través de diversas vías interpretativas, sobre todo la que tomaba en consideración el carácter mercantil del organismo público pues, evidentemente, la que descartaba el carácter público en base a su actividad constituía una tesis errónea. En otras palabras, lo que importaba tomar en cuenta a los fines de su sometimiento al Derecho del Trabajo era la actividad del organismo público, independientemente de la naturaleza jurídica de su personalidad".[6]

Como se observa, la influencia laboralista en el marco del empleo público tuvo, en el pasado, sus intentos de penetración; de tal suerte que no se puede decir que ésta sea cosa de reciente data. Tan es así, que en los albores de la legislación laboral patria, con mucha anterioridad a la concepción de un régimen funcionarial estatutario, propio, autónomo e independiente, dicha influencia y aplicación estaba ya presente. Este antecedente pareció ser ignorado, con posterioridad, por quienes argumentaron la imposibilidad de coincidencia o acercamiento entre ambos regímenes: el laboral y el de Función Pública.

2. PERÍODO DE VIGENCIA DE LA MISMA

En 1960, la CAP presentó a las Cámaras Legislativas un proyecto de Ley de Carrera Administrativa que fue aprobado en primera discusión por la Cámara de Diputados, pasando a ser discutido por la Comisión de Asuntos Sociales. No fue, sin embargo, hasta 1967 que se reanudó su discusión con las modificaciones introducidas por dicha Comisión, sus-

[6] Caballero Ortiz, Jesús. *Incidencias del Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público.* Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos, Nº 52. Págs. 13 a 22. Caracas, 1991.

pendiéndose la misma al ser presentado un nuevo proyecto; proyecto éste que se empieza a discutir el 08-06-1970 para ser sancionado por el Senado el 29-06-1970. Factor importante en su aprobación fue el Informe aportado por la CAP el 16-04-1970. En fecha 25-08-1970 el Congreso sancionaría la Ley, promulgada el 03-09-1970 y publicada en la GO Nº 1.745 Ext. del 04-09-1970.[7] El 15-04-1975 por Decreto Nº 858 (GO Nº 1.734 Ext. del 25-04-1975) la Ley fue modificada en lo relativo a las prestaciones sociales (artículo 26) y por Decreto Nº 914 del 13-05-1975 (GO Nº 1.745 Ext. del 23-05-1975) reformada, de nuevo, en cuanto al contenido de los Arts. 26 y 83, añadiéndose uno nuevo, el 27.

Puesta en vigencia la Ley Orgánica de Trabajo (LOT) el 20-12-1990 (GO Nº 4.240 Ext. de la misma fecha), la misma va a tener incidencia en el régimen de la LCA en lo atinente a salario y prestaciones sociales, y no sólo en estas materias, sino muy especialmente con el contenido del artículo 8, cuyo texto es, por demás, explícito sobre el particular

La LCA y su reglamentación posterior, parcial y específica, primero y general, después, con el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa (RGLCA), el cual dejó a salvo el contenido de los Decretos Nº 211 sobre Cargos de Alto Nivel y Confianza, del 02-07-1974 (GO Nº 30.438 de la misma fecha) y Nº 585 relativo al Reglamento sobre Sindicatos de Funcionarios Públicos, del 28-04-1971 (GO Nº 29.497 del 30-04-1971), así como otros del tenor del primero, que no fueron incluidos dentro de aquél, tenía su fundamento en la Constitución de 1961, en su artículo 122; disposición ésta aplicable a los funcionarios de la APN, quedando fuera de ella los funcionarios estadales y municipales, tal como se desprende del contenido de su artículo 1.[8]

La Ley no excluyó, de manera expresa, a los funcionarios públicos de la legislación laboral. Específicamente, exceptuó a los obreros al servicio

[7] Por Decreto Nº 538 del 12-03-1980 (GO Nº 31.942 de la misma fecha), tal día fue declarado Día Nacional del Funcionario Público.
[8] Véase mi libro *Régimen Funcionarial de la Ley de Carrera Administrativa*. Vadell Hermanos. Editores C.A. pp. 63 y ss. Caracas, 1997.

de la APN, contratados por ésta en tal carácter de acuerdo con la LT (Arts. 5º y 6º). En los mismos términos se expresaba la LT (artículo 6º).

Puesta en vigencia la LOT, ésta incluyó en su artículo 8 el siguiente texto: Los funcionarios o empleados públicos nacionales, estadales o municipales se regirán por las normas sobre Carrera Administrativa Nacionales, Estadales Municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.

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, de conformidad con lo previsto en el Título VII de esta Ley, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública.

Los obreros al servicio de los entes públicos estarán amparados por las disposiciones de esta ley. Con él renació la polémica doctrinal –y hasta jurisprudencial– en torno a la influencia, o injerencia, del Derecho Laboral en el marco de la Función Pública.[9]

Expuesto lo anterior, la cuestión es necesario analizarla con referencia a los antecedentes de la LOT, pues, en efecto, los anteproyectos preparados en las discusiones previas a la misma no sólo contenían una presencia significativa del Derecho del Trabajo en el mundo funcionarial, sino, incluso, derivaban hacia la integración de ambos sectores, el público y el privado, en una legislación común.

Ciertamente, las labores tendentes a configurar una nueva Ley del Trabajo, ahora con el carácter de orgánica, dan comienzo en el año 1988 (11-8) cuando el para entonces senador vitalicio, Dr. Rafael Caldera,

[9] Sobre el particular, véase Caballero Ortiz, Jesús. *Ob. Cit.* Rondón de Sansó, Hildegard. *El Funcionario Público y la Ley Orgánica del Trabajo*. Colección Estudios Jurídicos, Nº 51. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991, así como *Régimen Funcionarial*... pp. 49 a 61 y 134 a 162.

presenta a consideración del Congreso, reunido en sesión conjunta, el proyecto de LOT, resultado del Informe elaborado por la Comisión Bicameral Especial para el Estudio de un Proyecto de Ley Orgánica del Trabajo, aprobado el día 10 del mismo mes y año. Sobre el mismo se abrió una amplia e intensa discusión. Los sectores empresariales fueron sus adversarios implacables, agrupados en torno a Fedecámaras; pero no sólo ellos la adversaron sino, también, sectores o personeros de la propia Administración Pública. En definitiva, el texto aprobado difirió notablemente, en muchos aspectos, del proyecto; uno de ellos el relativo al tratamiento a los funcionarios públicos. Ciertamente, el proyecto de Caldera excluía a los funcionarios públicos. Por el contrario, las modificaciones de la Comisión Bicameral apuntaban a una integración de la normativa a regir, tal como se desprende de la redacción de su artículo 8 y de la disposición transitoria respectiva. Se tendía a unificar el régimen laboral venezolano al eliminar las diferencias entre empleados del sector privado y empleados del sector público. A nuestro juicio, ello constituyó el momento álgido de la concepción laboralista de la Función Pública, a pesar de que, transitoriamente, en espera de una futura Enmienda Constitucional, se hiciera la modificación de lo dispuesto en el artículo 122 constitucional. En 1990, el Senado introduce nuevas modificaciones.[10]

El período de vigencia de la LCA significó una etapa –no exenta de polémica– del mantenimiento de criterios administrativistas, en general. Sin embargo, en particular la interpretación jurisprudencial que el Tribunal de Carrera Administrativa diera, en sus últimos tiempos, a las referencias que en la LT (fundamentalmente del artículo 8) se hacían a los funcionarios públicos, propiciaron que éstos, cuando menos, gozaran, en muchos aspectos , de beneficios similares a los de los trabajadores sometidos al Derecho Laboral ordinario.

3. SITUACIÓN ACTUAL

Triunfante en las elecciones de 1998, el Tcnel. (R) Hugo Rafael Chávez Frías , sus esfuerzos se centran en lograr el cambio político-social-económico (estructural), prometido en su campaña electoral sin romper la

[10] Véase *Régimen Funcionarial*... pp. 49 a 62.

constitucionalidad formal. Los acontecimientos acaecidos para la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) con todo el bagaje de instrumentos jurídicos que la misma produjo y cuyo colofón fue la aprobación, refrendada por Referéndum, de la Constitución de 1999, oficialmente denominada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), merecen algunas consideraciones respecto del objeto de nuestro trabajo.[11]

La Constitución trata en el TÍTULO IV DEL PODER PÚBLICO CAPÍTULO I DISPOSICIONES FUNDAMENTALES, Sección Segunda, De la Administración Pública (artículos 141 a 143) y en la Sección Tercera, de la Función Pública (artículos 144 a 149). En la Exposición de Motivos se resalta la inclusión en el texto constitucional de la Sección referida a la Función Pública, como sigue: "en la medida en que la honestidad, la eficiencia y la eficacia de su ejercicio constituyen prioridades indiscutibles dentro de las exigencias que la sociedad venezolana ha manifestado con mensajes precisos y contundentes. Los vicios más enraizados en el sistema político, como el clientelismo, que tanto daño ha causado al pueblo venezolano, están relacionados íntimamente con la falta de líneas claras en torno a lo que debe ser la función pública y a la creación de una política de recursos humanos cónsona con los ideales de la gerencia pública moderna. La gobernabilidad, entendida como la satisfacción plena de las demandas sociales, sólo puede alcanzarse en la medida que se adopten políticas orientadas en este sentido. A tal efecto, se añade, se "consagra la creación del Estatuto de la función pública mediante ley, en la cual se regulará lo relativo a la política de recursos humanos aplicable a los funcionarios de la Administración Pública".

[11] Sobre el proceso constituyente y la Constitución aprobada, véanse, entre otros: Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de* 1999. 2ª edición, revisada y actualizada. Editorial Jurídica Venezolana. Editorial Arte. Caracas, 2000; Rondón de Sansó, Hildegard. *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución Venezolana de* 1999. Parte Orgánica y Sistemas. Caracas, 2000; Garay, Juan. *La Nueva Constitución*. Caracas, 2000; PARRA Aranguren, Fernando y otros. *Reflexiones y Propuestas en torno a la nueva Constitución*. Normativa Laboral y Seguridad Social. ILDIS. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. Fondo Editorial Nacional. José Agustín Catalá, editor. Caracas, Venezuela, 1999; *Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. La Constitución de* 1999. Serie Eventos. Caracas, 2000; Viciano Pastor , Roberto y Martínez Dalmau, Rubén. *Cambio Político y Proceso Constituyente en Venezuela* (99-1998-2000). Vadell Hermanos, Editores. Caracas, Valencia, Venezuela, 2001.

Por lo que se refiere al empleo público, a la Función Pública, todavía bajo la vigencia de la Constitución de 1961, se dictó la Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera por Interés Público (GO Nº 36.687 del 26-4-1999) que incorporó disposiciones en relación al mismo. Sin embargo, la Ley Habilitante respectiva no incluyó la reforma de la LCA. No obstante, con posterioridad, se elaboraron distintos anteproyectos al respecto.[12]

En fecha 07-11-2000 la AN sancionaba la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con fuerza de Ley en las Materias que se Delegan (GO Nº 37.076 del 13-11-2000, vuelta a publicar en GO Nº 37.077 del 14-11-2000); entre los asuntos habilitados al Presidente estuvo el de la organización y funcionamiento del Estado y, concretamente, la Función Pública (numeral 6, literal c). En la GO Nº 5. 557 Ext. del 13-11-2001 aparece publicado el Decreto con Fuerza de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública, precisamente el último día de vigencia de la Ley habilitante.[13]

El Estatuto vigoriza, si cabe, el carácter estatutario de la relación de empleo público. Tal vigorización tiene manifestación expresa en el abandono de situaciones que se identificaban no sólo con la denominación sino con el contenido de ciertas instituciones (Vg. derecho colectivo) y cuya expresión derivaba de lo dispuesto en la LOT (artículo 8). En el Estatuto, si se consagran como derechos de los funcionarios de carrera la sindicación, la negociación colectiva, la solución pacífica de los conflictos y la huelga, su semejanza con la legislación laboral va poco más allá de la denominación. Se establece un régimen de derecho colectivo funcionarial paralelo, rígido, sin la posibilidad de interconexionarse con el derecho colectivo laboral; aspecto éste poco frecuente ya en los regímenes estatutarios del Derecho Comparado.

---

[12] Véase mi libro *Comentarios al Estatuto de la Función Pública*. Vadell Hermanos. Editores. Valencia-Caracas-Venezuela, 2002.
[13] *Ibíd.* pp. 133 y ss.

El Estatuto debería entrar en vigencia el 14-03-2002, mas, inmediatamente después de su publicación, se movilizaron distintos sectores interesados, en particular sindicales, que pusieron de manifiesto lo inapropiado del mismo; se consideraba inapropiado porque desconocía derechos ya concedidos –y en disfrute– a los funcionarios públicos; acentuando la preeminencia del Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones. Como primera consecuencia de lo anterior, FEDEUNEP presentó un proyecto de reforma ante la AN, el cual fue aprobado en primera discusión. Ello llevó a que la Comisión Permanente de Desarrollo Integral, por medio de la Subcomisión de Asuntos Sociales, Gremiales y Sindicales, convocara un Foro sobre el Estatuto, celebrado el 21-02-2002 en la sede del antiguo Senado del Palacio Federal. Días antes, el Ministerio de Planificación y Desarrollo (MPD) consignó ante la Comisión una serie de observaciones relativas al tema. Por su parte, la Subcomisión convocó a una Mesa Técnica a la que concurrieron distintas personalidades y organismos. La Mesa se reunió por más de dos meses, semanalmente, y preparó unas conclusiones que fueron presentadas a la Comisión, a fin de que ésta elaborara el Informe para la discusión en plenaria de la AN. Ésta aprueba la LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA el 09-07-2002, siendo promulgada el 11-07-2002 y publicada en la GORBV del jueves 11 de julio del 2002, Nº 37. 482, entrando en vigencia en la misma fecha. La Ley fue, de nuevo, publicada en la GORBV Nº 37. 522 del viernes 06-09-2002, debido a error material del ente emisor.

Su texto difiere substancialmente no ya de los distintos anteproyectos elaborados sino del propio ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.[14]

Interesa, ahora, a los fines de nuestro análisis, detenernos en determinados aspectos de la Ley del Estatuto.

En primer término hay que señalar que la Ley, al igual que el Estatuto y la LCA, excluye de su aplicación, en su artículo 1. Parágrafo Único a: "...6. Los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública".

[14] Una primera valoración del texto vigente la hicimos en *Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública*. Vadell Hermanos. Editores. Valencia-Caracas-Venezuela, 2003.

Se mantiene, como era tradicional, que la norma funcionarial sólo es aplicable a los funcionarios de la Administración Pública; disposición que se complementa con el contenido del artículo 3, donde se define qué se entiende por funcionario público.

Por su parte, el artículo 28 pauta que los funcionarios públicos gozarán de los beneficios contemplados en la Constitución, en la LOT y su Reglamento en cuanto a la prestación de antigüedad y condiciones para su percepción.[15] Igualmente (artículo 29), las funcionarias públicas en estado de gravidez gozarán de la protección integral a la maternidad en los términos establecidos en la Constitución, la LOT y su Reglamento.[16] Se hace la salvedad que las controversias que se susciten con tal motivo serán sustanciadas y decididas por los tribunales contencioso-administrativos funcionariales.

El artículo 32 garantiza a los funcionarios de carrera, que ocupen cargos de carrera, 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 LOT y su Reglamento, con dos salvedades, a saber: a) que el ejercicio de tales derechos sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública; b) que los conflictos que se suscitaren sean conocidos –y decididos– por los tribunales contencioso-administrativos funcionariales.[17]

La primera salvedad implicará, sin duda, un esfuerzo jurisprudencial serio, de amplia comprensión legal y social dadas las implicaciones que de la misma se pudieren derivar.

El TÍTULO IV PERSONAL CONTRATADO (artículos 37 a 39) excluye a los contratados de la aplicación de la ley, sin que en ningún caso, la vía del contrato pueda constituir un camino de ingreso a la Adminis-

[15] CRBV, artículo 92; LOT, artículos 108, 665 y ss; RLOT, artículos 97 a 100.
[16] CRBV, artículo 76; LOT, artículos 94 d y 379 a 395; RLOT, artículos 123 a 138.
[17] LOT, artículos 400 a 468; 469 a 493; 494 a 506; y 507 a 569.

tración Pública, siéndoles aplicable lo previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral.

Las anteriores son las referencias que en la Ley del Estatuto se hacen a la legislación laboral. Cabe preguntar, en consecuencia, si son suficientes para hablar de una derivación del régimen de Función Pública en Venezuela hacia el régimen regulador del mundo del trabajo; de si hay una tendencia clara hacia el mismo; en una palabra, si hay aproximación entre ambos regímenes. Interrogantes que a la vista de lo expuesto hasta aquí, nos permitirán sacar algunas conclusiones al respecto.

CONCLUSIONES

No cabe la menor duda que desde un punto de vista puramente formal, la Ley del Estatuto responde a la posición estatutaria, por lo demás ya consagrada en la Constitución.

Ahora bien, como es sabido, la legalidad formal, frecuentemente, no responde a las intrínsecas razones que la propiciaron y, menos, a la realidad fáctica y social existente.

Es preciso dejar sentado que en la aprobación de la Ley del Estatuto hubo una marcada influencia de los sectores sindicales del funcionariado. Fueron ellos los primeros que alertaron sobre la inconveniencia de poner en vigencia el aprobado Estatuto de la Función Pública; es más, propiciaron su reforma con la presentación del respectivo proyecto. Esto es un hecho incuestionable.

Por su propia naturaleza, las organizaciones sindicales, obviamente de trabajadores, tienen –han tenido– una concepción de la Función Pública de marcado acento laboralista. Ello es así, incluso en las específicas organizaciones sindicales de los funcionarios públicos. Cabe apuntar, por esto mismo, que en los años de vigencia de la LCA no fue posible consolidar un sindicalismo funcionarial que aceptara, conceptual y prácticamente, el estatutarismo, establecido constitucional y legalmente. La aprobación de la LOT es la mejor prueba de ello. De ahí que, pese al impedimento constitucional, tanto de la Constitución de 1961 como de la

actual, mantuvieran las aspiraciones laboralistas a pesar del marco estatutario de los correspondientes instrumentos legales.

Ahora bien, la Ley del Estatuto introduce, sin menoscabo de su concepción estatutaria global, aspectos de indudable interés desde el punto de vista de las aspiraciones laboralistas. Fuimos testigos –y actores– de las largas y encontradas discusiones habidas en el seno de la Mesa Técnica en relación a la materia; en ellas, los sectores sindicales hicieron gala de la agudeza con que, ante el menor resquicio constitucional, intentaron hacer valer sus planteamientos y proposiciones de corte laboralista.

Conviene, no obstante, no exagerar la cuestión. Es necesario esforzarse por situar el planteamiento del tema dentro de sus verdaderas y reales dimensiones. A tal fin, en primer término hay que acudir lo contenido en las disposiciones constitucionales sobre la materia.

Ya hemos señalado que, por primera vez, la Constitución dedica disposiciones concretas a la Función Pública (artículos 144 a 149), sistematizadas, dentro del TÍTULO correspondiente al Poder Público (Sección Tercera del Capítulo I, Disposiciones Fundamentales). También se ha señalado que el constituyente, claramente, expresó su concepción estatutaria (artículo 144).

Pero es, igualmente, cierto que en la Constitución se determina un conjunto de derechos de carácter social de contenido amplio, no restrictivo. En efecto, las disposiciones que hacen referencia a la seguridad social, al trabajo, a su protección, al salario, a las prestaciones sociales, a la estabilidad, a la sindicación, a la contratación colectiva y a la huelga, por citar algunas, comprenden, a todos los trabajadores sin distinguir entre trabajadores del sector público y trabajadores del sector privado.

Concretándonos a aquellos aspectos que en la Ley del Estatuto pudieran servir de base o fundamento de la influencia laboralista, es necesario hacer algunas consideraciones.

El artículo 28, relativo a la prestación de antigüedad y condiciones para su percepción, tiene su fundamento en el artículo 92 constitucional, que

a la letra expresa: "Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía...". Son, pues, todos los trabajadores (empleados y obreros), tanto del sector público como del sector privado los acreedores de tales beneficios.. La Ley del Estatuto no hizo otra cosa que legalizar para un sector de trabajadores (los del sector público) el texto constitucional. No podía, so pena de incurrir en inconstitucionalidad, desconocer o limitar tal derecho. Es más, lo desarrolló de conformidad con el instrumento laboral común: la LOT. Hacer otra cosa, regularlo de forma diferente, podría significar atentar contra el principio fundamental de igualdad y no discriminación (artículos 21 y 85.5 constitucionales).

El artículo 29, referido a las funcionarias públicas en estado de gravidez, responde al contenido, en especial, del artículo 76 de la Constitución: "...El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio...".

Los derechos a la sindicación, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, propios de los funcionarios de carrera que ocupen cargos de carrera (artículo 32), derivan directamente del contenido de los artículos 95, 96 y 97 constitucionales. Estas disposiciones remiten su tratamiento a lo establecido en la ley, y ésta, en el caso la Ley del Estatuto, pauta que dichos derechos deberán ejercerse de conformidad con lo establecido en la LOT y su Reglamento, "en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que se prestan y con las exigencias de la Administración Pública ". Esta última expresión es, sin duda, la que creará mayores expectativas, confusión y conflictividad y ello, en nuestra opinión, a pesar de su constitucionalidad y de que contiene un mandato para el reglamentista, quien no puede ser otro que la propia Administración Pública al ser ella quien pueda determinar la compatibilidad con la índole de los servicios que se prestan y con las exigencias de la misma. Adecuar esto a lo establecido en la LOT y su Reglamento implicará adaptar la peculiaridad de los servicios que se prestan y las exigencias de la Administración Pública sin desnaturalizar el mandato legal.

Después de lo expuesto, cabe enumerar algunas conclusiones que están lejos de pretender agotar la materia.

1.- La Ley del Estatuto de la Función Pública da respuesta a los lineamientos estatutarios establecidos en la Constitución.

2.- El régimen de Función Pública venezolano se mantiene separado, aparte, del régimen laboral ordinario.

3.- Las referencias o remisiones que la ley hace a instituciones provenientes del Derecho del Trabajo, en particular a determinados derechos relativos a la protección de la maternidad y del denominado Derecho Colectivo (sindicación, negociación colectiva, solución pacífica de los conflictos y huelga) no son otra cosa que la legalización de presupuestos constitucionales propios de todos los trabajadores.

4.- La particularización en la Función Pública de derechos comunes inherentes al Derecho Laboral ordinario y consagrados en la Ley del Estatuto a los funcionarios públicos, está avalada por el condicionamiento de los mismos a su compatibilidad con la índole de los servicios que se prestan y con las exigencias de la Administración Pública, así como a su exclusión, a su no sometimiento, en cuanto a las controversias que se suscitaren, del control jurisdiccional de los tribunales del trabajo y su conocimiento por los tribunales contencioso-administrativos competentes en materia de funcionarial.

5.- No se puede, en consecuencia, plantear que el régimen de Función Pública, en Venezuela, esté en camino de su laborización, de su integración al Derecho del Trabajo. Hay, si se quiere, una adopción de instituciones laborales comunes, consagradas constitucionalmente, que, en el caso del funcionariado, conservan ciertas características particulares.

6.- Las contundentes normas del TÍTULO IV, atinentes al PERSONAL CONTRATADO, constituyen, asimismo, otro elemento a favor de la consideración de la ley como un instrumento propio del estatutarismo.

En resumen, a pesar de los esfuerzos de los laboralistas, el régimen de Función Pública, en Venezuela, se mantiene dentro del marco global de la concepción estatutaria. Por ello, referirse al mismo como el resultado de un proceso de laborización habido en su seno resulta, en la hora actual, cuando menos, exagerado.

La Capacidad Laboral del Menor de Edad

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN*

SUMARIO:

Introducción
1. **Generalidades.**
2. **La incapacidad de obrar del menor.**
3. **La capacidad laboral del menor: 3.1** *Capacidad plena.* **3.2** *Capacidad limitada.*
4. **La capacidad de obrar del menor que trabaja en lo relativo al producto de tal actividad.**
5. **Algunos aspectos sobre el trabajo del menor: 5.1** *Derechos laborales.* **5.2** *Requisitos laborales.* **5.3** *El contrato de trabajo.*

Conclusión

* **Universidad Central de Venezuela**: Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Doctorado en Derecho, cursante. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, *Instituto de Derecho Privado*, Investigadora-Docente, Profesora *Agregado*. Jefe de la Cátedra de *Derecho Civil I Personas*. Autora entre otras publicaciones de la obra "*Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*". (TSJ, 2001).

INTRODUCCIÓN

Las presentes líneas tienen lugar con ocasión del libro *homenaje al profesor José Román Duque Sánchez* que rinde el Tribunal Supremo de Justicia. A tal efecto, hemos decidido asociar a la materia laboral un tema al que nos hemos dedicado en otra oportunidad, a saber, la capacidad, de tal suerte que ahora particularmente nos referiremos a la capacidad de obrar del menor de edad en el ámbito del derecho del trabajo. De allí que las siguientes líneas se pasean por la capacidad laboral del menor de edad. Haremos especial referencia a las normas que en este sentido consagra la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente[1] en la materia indicada, así como a la Ley Orgánica del Trabajo.[2]

Dividimos nuestra reflexión en varios puntos que van desde la incapacidad de obrar del menor, para luego descender hasta la capacidad laboral del mismo, así como la capacidad de obrar en lo que atañe al producto de su trabajo. Posteriormente, como último punto nos referiremos sutilmente a algunos aspectos vinculados al trabajo del menor, a saber, los derechos y los requisitos laborales para concluir con una breve referencia al contrato de trabajo.

1. GENERALIDADES

El trabajo del menor de edad se ha convertido en Venezuela y en el mundo en una imperiosa necesidad que el derecho no puede desconocer. Contrariamente el orden jurídico ante la evidente existencia de un sinnúmero de menores trabajadores debe crear un marco legal que ampare sus derechos y regule de una forma efectiva una labor vital del ser humano como es el trabajo.

El trabajo como importante hecho social siempre ha ocupado un sitial especial para el derecho por ser la fuente necesaria para la subsistencia y desarrollo del hombre. De allí la particular naturaleza de orden público

[1] En lo sucesivo LOPNA.
[2] En lo sucesivo LOT.

que en ciertas circunstancias envuelven al derecho laboral. Pues bien, si la delicadeza que arropa al sector laboral se une al sentido, por lo demás igualmente frágil que acompaña a la materia minoril, será fácil concluir que el trabajo del menor supone un área que por su doble condición de debilidad ha de ser protegida por el orden legal.

El menor de edad es un ser en desarrollo cuya existencia ha de ser plena a los fines de contar con una educación que le permita un futuro digno. Lo ideal sería que el niño o el adolescente pudiera dedicar su juvenil actividad a nutrir su estudio, sin embargo, la realidad se impone en algunas circunstancias y no puede el derecho desconocer la posibilidad de que el menor combine las actividades propias de su edad con la responsabilidad que supone el trabajo. De allí la importancia de las normas jurídicas protectoras del menor que labora.[3] La miseria imperante, las fallas educacionales y de formación profesional y los efectos perjudiciales del trabajo precoz son parte de los problemas del trabajo de menores en Venezuela.[4] El trabajo infantil puede asumir formas peligro-

[3] 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; 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; 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; 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. Puede reseñarse también: Caribas, Alejandro: *Elementos del Contrato de Trabajo: El caso de los menores que prestan sus servicios en los automercados*. Caracas, edit. El Centauro, 1997; Sainz Muñoz, Carlos: *Los menores trabajadores.* Caracas, edit. Lito-Jet C.A., 1993; Sainz Muñoz, Carlos: *Los niños y adolescentes trabajadores en la Constitución Bolivariana y LOPNA.* Caracas, La Editorial Centro de Desarrollo e Investigaciones Laborales Cedil, 2001.

[4] Véase: Parra Aranguren, *Ob. Cit.*, pp. 113-117.

sas para el desarrollo físico y psíquico del menor.[5] A una problemática tan complicada no puede unirse la carencia de protección legal y de allí la imperante intervención legislativa en torno al trabajo de menores.[6]

Refiere Fernando Parra Aranguren que la problemática laboral del joven se inicia con la concepción y de allí que se ampare a la mujer embarazada.[7] Nuestro ordenamiento tradicionalmente se ha preocupado por la protección al menor trabajador.[8] Actualmente, dicha protección está contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,[9] en los instrumentos internacionales,[10] la LOPNA[11] y la LOT.[12] La legislación venezolana en materia de menores se caracteriza por la marcada intervención del Estado, tendente a limitar la autonomía de la voluntad de las partes con miras a la protección física y moral del menor; facilitar un control efectivo sobre los empleadores y ampliar la capacidad del menor.[13] Sobre este último aspecto relativo a la capacidad nos referiremos a continuación.

---

[5] Véase en este sentido: Richter, Jacqueline: *Las formas más peligrosas e intolerables de trabajo infantil en América Latina: una acción urgente para su erradicación*. En: De los Menores a los Niños... una larga trayectoria. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1999, pp. 325-357.

[6] Véase: Marín Quijada y Richter Duprat, *Ob. Cit.*, p. 111: "La situación jurídica de los menores trabajadores es de una protección dentro de otra protección. El régimen jurídico del trabajo en general, está fundamentado en una serie de normas de orden público que limitan la autonomía de la voluntad de las partes. Dentro de ese marco, los menores tienen lo que se conoce como un régimen especial".

[7] Parra Aranguren, *Ob. Cit.*, 113.

[8] Sobre las principales normas protectoras del trabajo de menores que consagró nuestro ordenamiento, véase: Parra Aranguren, Fernando Ignacio: *Antecedentes del Derecho del Trabajo en Venezuela 1830-1928*. Maracaibo, Universidad del Zulia, 1965, pp. 94-96. Véase también: Parra Aranguren, *Derechos y deberes*..., p. 106: "Normas relacionadas con la defensa del menor trabajador se encuentran en algunas de las ordenanzas y códigos de policía dictados por las diputaciones provinciales desde el inicio de la República. A nivel nacional, fueron incluidas en legislación minera y en la del trabajo. En esta última a partir de 1928*"*.

[9] Véase: Arts. 79, Art. 89, num. 6. La Constitución de 1961 en su Art. 93 señalaba que "*la mujer y el menor trabajadores serán objeto de protección especial"*.

[10] Véase: *Las normas internacionales del Trabajo*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2ª edic., 1985, pp. 43 y 44. Se citan los Convenios N° 5, N° 6, N° 33, N° 60, N° 90, N° 130.

[11] Véase Arts. 94 al 116.

[12] Véase: Arts. 247 al 273.

[13] Alfonzo Guzmán, Rafael J.: *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 6ª edic., 1983, pp. 153 y 154. Véase también: Alfonzo Guzmán, Rafael: *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana.* Caracas, Contemporánea de Ediciones, 1985, T. I, pp. 495-508.

Entre las normas que rigen el trabajo de los menores de edad ocupa un lugar interesante lo relativo a la capacidad de obrar, porque a los fines de hacer efectivo el ejercicio del derecho en juego, la ley concede al adolescente un régimen diferente al del menor que no labora.

2. LA INCAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR

El concepto de incapacidad es negativo (falta de) nos lleva a intentar definir qué es la capacidad de obrar.[14] Dentro de la teoría general de la capacidad se distingue la capacidad jurídica o de goce de la capacidad de obrar o de ejercicio. La capacidad jurídica o de goce algunos la asimilan a la personalidad, en tanto que otros acertadamente la consideran la *medida* de la misma. La capacidad de obrar se presenta como la posibilidad de realizar actos jurídicos válidos por voluntad propia.[15] A su vez, tal capacidad se subdivide en negocial,[16] procesal[17] y delictual.[18] Cuando nos referimos a incapaces aludimos a la falta de capacidad de obrar, bien sea en forma plena o relativa.[19]

---

[14] De La Cuesta y Aguilar, Joaquín: *La tutela familiar y disposiciones a favor del menor incapaz*. Barcelona, Bosch, 1994, p. 17.

[15] Sobre la capacidad, véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Colección Nuevos Autores N° 1. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 69-74; 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 Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5, Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 319-349; Pons Tamayo, Héctor: *Capacidad de la persona natural.* Maracaibo, La Universidad del Zulia, Faculta de Derecho, 1971; Ramos Chaparro, Enrique: *La persona y su capacidad civil*. Madrid, edit. Tecnos, 1995, pp. 175 y ss.; Borda, Guillermo: *La capacidad*. En: La persona humana. Buenos Aires, La Ley S.A., 2001, pp. 167-194.

[16] Si esos actos jurídicos se traducen en negocios jurídicos, bien sea unilaterales como el testamento o bilaterales como el contrato.

[17] Si los actos jurídicos se presentan como actos procesales, a saber, todas aquellas actuaciones que supone el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

[18] Se refiere a la posibilidad por responder por el propio hecho ilícito de conformidad con el Art. 1.185 del Código Civil.

[19] La incapacidad plena supone una *privación* absoluta de la capacidad de obrar que se subsana mediante la "representación", en tanto que la incapacidad *relativa* implica una limitación de la capacidad de obrar que se subsana a través de la "asistencia" o de la "autorización".

El menor, en principio, es un incapaz de obrar[20] en razón de la edad,[21] porque no tiene la edad[22] a partir de la cual se tiene capacidad plena para la realización por sí solo de la generalidad de los actos jurídicos. Esa capacidad de obrar la tendrá de conformidad con el Art. 18 del Código Civil[23] a partir de los dieciocho (18) años. No obstante, existen importantes casos en que a pesar de su incapacidad, la ley le concede al menor capacidad plena o limitada para realizar ciertos actos.[24] La capacidad plena tiene lugar cuando el menor actúa por sí solo, sin precisar intervención de alguien; en tanto que la capacidad limitada supone la actuación conjunta del menor con otra persona que complemente su capacidad o la previa autorización a la realización del acto en cuestión.[25]

De tal suerte, que la regla es que el menor de edad[26] es un incapaz de obrar[27] salvo que la ley le conceda capacidad plena o limitada para actuar. Precisamente un interesante supuesto en que la ley le otorga

[20] Esto porque no tiene la posibilidad de realizar por su sola voluntad la generalidad de las actuaciones jurídicas.

[21] La edad se define como el tiempo transcurrido en años desde el nacimiento hasta el momento que se considere. (Domínguez Guillén, *Ensayos*..., p. 434).

[22] Para algunos comentarios sobre la edad, véase: *Ibíd*., pp. 40-42 y 74-76; Ramos Chaparro, *Ob. Cit.*, p. 322, De Freitas De Gouveia, *Ob. Cit.*, p. 336.

[23] Prevé el artículo: "*Es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho (18) años. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales".*

[24] Véase: Arts. 46, 59, 146, 222, 263, 273, 837 ord. 3, del CC; Arts. 84, 96, 100 y 101 de la LOPNA; Art. 31 de la Ley Sobre el Derecho de Autor; Arts. 2 y 3 de la Ley General de Bancos y otros Institutos Financieros.

[25] 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. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Tomo I, pp. 428 y 429. Véase también: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Reflexiones en torno a la capacidad procesal del menor en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. En: Revista de Derecho N° 3, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 257-288.

[26] La expresión "menor de edad" no tiene –a nuestro criterio– una connotación despectiva o peyorativa, como ha pretendido sostenerse después de la entrada en vigencia de la LOPNA, pues simplemente alude a la persona que no tiene la edad a partir de la cual la ley le concede plena validez a sus actos por su sola voluntad. Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *La capacidad procesal*..., p. 429, notas 2 y 3.

[27] La LOPNA no cambia el régimen de incapacidad de obrar que afecta al menor, incapacidad que se proyecta en la rama procesal no obstante los malos entendidos que han tenido lugar con la entrada en vigencia de la LOPNA. Véase en torno a la capacidad procesal del menor y el sentido de la LOPNA: *Ibíd*., pp. 427-464.

capacidad al menor, esto es los efectos laborales, como veremos inmediatamente.

Por otra parte, es necesario aclarar, como hemos tenido oportunidad de indicarlo en otras ocasiones, que el menor de edad en modo alguno tiene capacidad procesal plena por efecto de la LOPNA.[28] Este texto normativo no ha variado el régimen general de la capacidad del menor y mal podría hacerlo, de manera que no se debe confundir los *derechos procesales* del menor con la *capacidad procesal* que es un concepto técnico que supone actuaciones procesales complejas, las cuales trascienden a acudir ante el juez.[29]

3. LA CAPACIDAD LABORAL DEL MENOR

Según acabamos de indicar,[30] el menor es en principio un incapaz de obrar, pero a pesar de esto, en algunos casos el orden legal le concede al menor capacidad plena o limitada para actuar. Veamos en materia laboral cuáles son esas modalidades:

3.1 *CAPACIDAD PLENA*

El artículo 100 de la LOPNA prevé: "*Se reconoce a los adolescentes, a partir de los catorce años de edad, el derecho a celebrar válidamente actos, contratos y convenciones colectivas relacionadas con su actividad laboral y económica; así como, para ejercer las respectivas acciones para la defensa de sus derechos e intereses, inclusive el derecho a huelga, ante las autoridades administrativas y judiciales competentes*".

[28] Véase en este sentido: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 67-96; Domínguez Guillén, *Reflexiones...*, pp. 257-288; Domínguez Guillén, *La capacidad procesal....,* pp. 427-464. En este último concluimos: "Los principios generales que sustentan la teoría general de la capacidad no podrían ceder ante un malentendido sentido de la participación del niño y del adolescente en el proceso. La edad, el discernimiento y la capacidad civil son elementos básicos que le permiten al ser humano asumir la complejidad de las consecuencias derivadas de la capacidad procesal. Para lograr la justa participación que reclama la infancia y la adolescencia en el sector jurisdiccional, no se precisa atribuir a los menores una aptitud contraria a su naturaleza". (*Ibíd*., p. 464).
[29] Véase: *Ibíd*., p. 463.
[30] Véase *supra* N° 2.

Según se evidencia de dicha norma, el adolescente de catorce (14) años tiene capacidad plena en el ámbito negocial y procesal por lo que respecta a la materia laboral. Es decir, no precisa ni siquiera de la asistencia o autorización de otra persona a los fines de celebrar contratos de trabajo y ejercer las acciones derivadas del mismo.

La capacidad de obrar plena implica la actuación por sí solo, es decir, el adolescente de catorce (14) años podrá por su sola voluntad y sin precisar intervención alguna de un tercero, celebrar contratos de trabajo y ejercer por cuenta propia las acciones inherentes a dicha actividad. En el primer caso, cuando referimos su capacidad al ámbito contractual, estamos en presencia de una manifestación de su capacidad *negocial*; en tanto que en el segundo y último caso, cuando aludimos al ejercicio de las acciones para la defensa de sus derechos, nos referimos a la capacidad *procesal*.[31] El menor de catorce (14) años igualmente tiene capacidad *delictual* como subespecie de la capacidad de obrar, porque la misma depende del discernimiento[32] y la edad indicada supone este último.[33] De manera pues, que el menor de edad con catorce (14) años posee capacidad de obrar plena[34] en el terreno del derecho laboral.

[31] No obstante, la capacidad procesal plena que reconoce la ley a favor del adolescente, en una investigación de campo que realizaron las estudiantes Ariadna Velásquez y Neides Rodríguez durante el curso de seminario que dictamos en la Universidad Central de Venezuela, las autoras constataron que la incidencia práctica de las demandas o acciones judiciales de los menores contra los patronos era prácticamente inexistente. (Velásquez, Ariadna y Neides Rodríguez: *La capacidad de laboral del menor*. Trabajo presentado en el curso de seminario "Las causas que afectan la capacidad de obrar", Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, 2002-03, (inédito).

[32] El artículo 1.186 del CC señala que "*el incapaz queda obligado por sus actos ilícitos siempre que haya obrado con discernimiento*".

[33] En efecto, el discernimiento es la posibilidad de distinguir entre el bien y el mal y éste en condiciones normales lo posee el adolescente, es decir, el menor con más de doce (12) años. Con mayor razón el menor con catorce (14) años, pues precisamente, en razón del mismo, el legislador ha concedido capacidad plena laboral al adolescente.

[34] Significa como vimos *supra* N° 2 que el menor de edad podrá realizar negocios jurídicos válidos por su sola voluntad y podrá ejercer igualmente las acciones administrativas y jurisdiccionales pertinentes.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la LOPNA,[35] de conformidad con el artículo 248 de la LOT,[36] el menor de edad tenía capacidad de obrar plena en el ámbito laboral a los dieciséis (16) años, esto porque dicho artículo indicaba que el menor que tenía más de catorce (14) y menos de dieciséis (16) años precisaba de autorización, lo que permitía concluir que el menor con dieciséis (16) años no requería de la misma y en consecuencia tenía capacidad plena.[37] La LOPNA reduce la capacidad de obrar en el ámbito laboral de dieciséis (16) a catorce (14) años.

Así pues, el patrono no debe requerirle al menor que tiene catorce (14) años autorización de un tercero a los fines de la celebración del contrato de trabajo, porque la ley le concede capacidad plena en el ámbito laboral. Sin embargo, vale la pena traer a colación un interesante trabajo realizado por María Alejandra Cardozo y María Delina Sánchez durante el curso del Seminario *Las causas que afectan la capacidad de obrar* que dictamos en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela entre 1997 y 1998. En su investigación de campo, las autoras llegaron a la conclusión que si bien para la fecha el menor tenía capacidad plena laboral a los dieciséis (16) años, las empresas igualmente le requerían a los menores la autorización del INAM, no obstante su capacidad de obrar.[38] Esto porque los patronos de medianas y pequeñas empresas buscando "mayor seguridad" así lo exigen.[39] En tal

[35] Sobre la capacidad del menor para trabajar en el régimen de la LOT anterior a la LOPNA, véase: Marín Quijada y Richter Duprat, *Ob. Cit.*, pp. 134-140; Wills Rivera, *Ob. Cit.*, p. 165.
[36] Indicaba dicha norma: "*Los menores que tengan más de catorce (14) años, pero menos de dieciséis (16) pueden desarrollar labores enmarcadas dentro de las disposiciones de esta Ley, ejercer las acciones correspondientes y celebrar contratos de trabajo, previa autorización de su represente legal; a falta de éste, la autorización deberá ser otorgada por el Juez de Menores, el Instituto Nacional del Menor o la primera autoridad civil.*
Cuando el menor habite con su representante legal o existan indicios suficientes, se presumirá que ha sido autorizado por éste, salvo manifestación expresa en contrario". Dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 684 de la LOPNA.
[37] Véase en este sentido: Marín Quijada y Richter Duprat, *Ob. Cit.*, p. 135.
[38] Cardozo, María Alejandra y María Delina Sánchez: *Capacidad de obrar del menor en materia laboral*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1998. Trabajo presentado en el Seminario "las causas que afectan la capacidad de obrar", dictado en 1997-98, Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas (inédito)., pp. 23 y 24.
[39] *Ibíd.*, p. 24.

sentido vale observar, que la ley es clara en conceder capacidad plena al menor de edad en el ámbito laboral, lo que significa que no se precisa de autorización alguna ni de su representante legal ni de algún organismo competente. El Registro que deben realizar los menores previsto en el artículo 98 de la LOPNA[40] no configura en modo alguno una suerte de autorización que desnaturalice la capacidad laboral plena del menor. De allí que la autorización que pretenda exigir un patrono a un adolescente de catorce (14) años a los fines de la celebración del contrato de trabajo, se presenta –a nuestro criterio– como ilegal. Esto porque, a tal edad, la ley le concede al menor capacidad de obrar plena en el ámbito laboral y la capacidad es de orden público,[41] por lo que no tienen las partes la facultad de convertir al capaz en incapaz o viceversa. Pretender desconocer la capacidad de obrar plena que concede la ley al menor de catorce años en el ámbito laboral constituye una subversión de las normas que rigen la capacidad, las cuales por su propia naturaleza tienen carácter imperativo.

3.2 *CAPACIDAD LIMITADA*

Según indicamos, la capacidad limitada existe en aquellos casos en que la persona debe actuar autorizada o asistida a los fines de complementar su capacidad. Al indicar la ley una edad a partir de la cual el adolescente tiene capacidad laboral plena, significa que por debajo de tal edad, el adolescente sí precisa de la necesidad de una autorización a los fines de ejercer su actividad laboral.[42]

Éste parece ser el sentido del artículo 96 de la LOPNA[43] cuando se refiere a la edad mínima para el trabajo, indicando que ésta es los catorce (14) años, pero luego indica en su parágrafo tercero que : "*El Consejo de Protección podrá autorizar, en determinadas circunstancias*

[40] Véase *infra* N° 5.2.
[41] En efecto, las normas que rigen la materia relativa a la capacidad son de orden público. Véase al respecto: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 24 y 25.
[42] Véase: Domínguez Guillén, *La capacidad procesal* ...., pp. 438-441.
[43] Que sustituyó al artículo 247 de la LOT, el cual fue expresamente derogado por el Art. 684 de la LOPNA.

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 la ley". Agrega el parágrafo Cuarto de la ley: "*En todos los casos, antes de conceder autorización, el adolescente deberá someterse a un examen médico integral, que acredite su salud y su capacidad física y mental para el desempeño de las labores que deberá realizar. Asimismo, debe oírse la opinión del adolescente y, cuando sea posible, la de sus padres, representantes o responsables".*

Esto significa que los adolescentes que tienen menos de catorce (14) años requieren para trabajar *autorización* del "Consejo de Protección" y en tales casos se alude a que se tiene *capacidad limitada*, pues la plena supone precisamente la ausencia de autorización. Se refiere la doctrina a capacidad limitada o relativa, porque aun cuando la misma no supone la capacidad plena,[44] el incapaz mantiene la iniciativa del acto[45] e implica una posición de ventaja sobre la incapacidad absoluta, la cual se subsana a través de la representación legal y supone una sustitución.

En tales casos, la ley en materia laboral, es especialmente cuidadosa respecto del cumplimiento de las normas protectoras del menor.[46] Sin embargo, el propio interés del adolescente siempre que se tenga la opinión favorable de éste[47] puede precisar la necesidad del trabajo de adolescentes entre los doce (12) y los catorce (14) años, en cuyo caso nos referimos a "autorización". La necesidad de escuchar la opinión del menor no sólo es un imperativo legal,[48] sino que constituye presupuesto necesario de la autorización, la cual implica que quien la precisa mantiene la iniciativa del acto, porque bien puede decidir no efectuar el mismo.

---

[44] Es decir, la posibilidad de realizar los actos por sí mismo y sin intervención de un tercero.
[45] Significa que el incapaz mantiene el poder de decidir o no respecto a la realización del acto; puede optar por no realizarlo o por efectuarlo, pero en este último caso precisará de la intervención de un tercero que es el llamado a completar su incapacidad, mediante la autorización o la asistencia.
[46] Véase Arts. 96 y 97 de la LOPNA; Arts. 249, 250 y 251 de la LOPT.
[47] Tal como lo prevé el Art. 96, Parágrafo Cuarto de la LOPNA.
[48] Véase: Art. 97 Parágrafo Cuarto y Art. 80 de la LOPNA; Art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño.

No obstante que la ley se refiere a "*autorización*" y ésta supone la aprobación o desaprobación respecto de la realización de un acto jurídico. Ésta se distingue de la "*asistencia*" que supone la actuación conjunta del incapaz y del llamado por la ley a asistir a éste.[49] La autorización es previa al acto, en tanto que la asistencia es simultánea a éste.[50] Ahora bien, tanto la autorización como la asistencia, implican una incapacidad limitada donde lo esencial es el control de un tercero que supervisa la actuación del incapaz. Es por esa razón que se podría concluir, que en los casos donde la ley prevé la asistencia, la misma podría quedar cubierta con la autorización previa al acto del llamado asistir al incapaz. Esto por cuanto, se estaría en tal supuesto logrando la misma finalidad que se pretende con la asistencia, que es la supervisión del incapaz en la realización del acto específico.

Obsérvese que el citado artículo 96, parágrafo tercero señala que el Consejo de Protección podrá "*autorizar el trabajo*" de adolescentes por debajo de la edad mínima. Pareciera, según la redacción de la norma, que el citado Consejo autoriza al menor a efectuar el correspondiente contrato de trabajo, es decir, se asocia al elemento de la capacidad negocial. Obsérvese que la norma a diferencia del Art. 100 *eiusdem* no prevé lo relativo al ejercicio de las acciones correspondientes por parte del menor, porque lo que subsiste es un vacío en torno a la capacidad procesal del adolescente de doce (12) años. Creemos a los fines de ser consecuentes con un ejercicio efectivo de los derechos laborales del adolescente que una vez concedida la autorización a los efectos laborales, éste queda igualmente facultado para el ejercicio de las acciones correspondientes si tuviese lugar. Es decir, creemos que el menor no precisa de autorización del Consejo de Protección a los fines procesales, pues la autorización, una vez otorgada, le concede al adolescente capacidad negocial y también procesal.[51]

---

[49] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* p. 46.
[50] *Ibíd*., p. 48.
[51] Véase *infra* N° 5.3. Véase igualmente: Artículo 96, Parágrafo Segundo de la LOPNA. En todo caso, nuestras reflexiones en torno a la capacidad tienen un sentido técnico, porque según veremos, independientemente de su capacidad de obrar, el menor no pierde sus derechos y beneficios.

Ahora bien, la ley se refiere a la autorización de "adolescentes"[52] lo que implicaría descartar la posibilidad de trabajo a menores de doce (12) años.[53] Sin embargo, podrían acontecer situaciones donde excepcionalmente un niño[54] ejerciera ciertas actividades, tal es el caso de algunas labores artísticas[55] que fuesen convenientes en su propio beneficio e interés.[56] Si llegásemos a admitir tal supuesto justificado por el propio interés superior del menor, no operaría en tal caso 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 personalísimo.[57]

4. LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR QUE TRABAJA EN LO RELATIVO AL PRODUCTO DE TAL ACTIVIDAD

El Art. 273 del Código Civil prevé: "*Los bienes que el hijo adquiera con ocasión de su trabajo u oficio, así como las rentas o frutos procedentes de los mismos, serán percibidos y administrados personalmente por él, si ha cumplido dieciséis (16) años, en las mismas condiciones que un menor emancipado.*

Los bienes que el hijo adquiera con el aporte patrimonial del padre o de la madre mientras esté bajo su patria potestad, pertenecen

[52] Véase Art. 96 de la LOPNA, Parágrafo Tercero y Cuarto.
[53] Esto en virtud de la distinción contenida en el Art. 2 de la LOPNA entre "niños" y "adolescentes" según la cual: "*Se entiende por niño toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad...*".
[54] Es decir, un menor de edad con menos de doce (12) años.
[55] Pensemos en niños actores o cantantes.
[56] 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 donde el menor pueda recibir una importante cantidad de ingresos que inclusive puedan servir para asegurar su porvenir.
[57] 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. De 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.

en propiedad a dichos progenitores, pero éstos deben reconocer al hijo una justa participación en las utilidades o ganancias como remuneración de su trabajo y sin imputación alguna".

Significa, que si bien de conformidad con el artículo 100 de la LOPNA, el adolescente de catorce (14) años tiene capacidad de obrar plena, en lo que respecta al contrato de trabajo y el ejercicio directo de las acciones derivadas del mismo, es decir, posee capacidad negocial y procesal plena en lo que respecta al ámbito laboral, no sucede así con la *administración del producto de su trabajo*. En tal ámbito, el adolescente trabajador de conformidad con la norma indicada tiene *capacidad limitada*, esto en virtud de la remisión que hace el artículo 273 del Código Civil en relación con el menor emancipado,[58] el cual tiene la simple administración de sus bienes, pero precisa de autorización judicial para actos de disposición y de la asistencia de uno de los progenitores que ejercería la patria potestad o en su defecto de un curador *ad hoc*, para el ámbito procesal.

Indicamos que a fin de ser consecuentes con la reducción de la capacidad laboral plena a la edad de catorce (14) años establecida por la LOPNA, la referencia a la edad de dieciséis (16) años del citado artículo 273 de Código Civil debe igualmente entenderse reducida a la edad de catorce (14) años. Esto porque la idea de la ley es que el menor que trabaja y que tiene una capacidad de obrar plena en ese ámbito, tenga a su vez una capacidad de obrar limitada respecto al producto de su trabajo que se traduce en la necesidad de autorización judicial en el sector negocial y de asistencia en el ámbito procesal. Poco sentido útil tendría reconocer al menor capacidad plena para trabajar y propiciar una incapacidad absoluta en la administración de lo que produzca por tal actividad. De tal suerte que el artículo 273 del Código Civil se presenta –a nuestro criterio– como una sabia disposición que no se debe perder de vista en la práctica a los fines de hacer efectiva la capacidad de obrar plena y la capacidad limitada que despliega el menor en su actividad laboral y en la administración de sus ingresos, respectivamente.[59]

---

[58] Véase Art. 383 del CC.

[59] Véase nuestro comentario en: Domínguez Guillén, *La capacidad procesal...,* p. 440; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 93 y 94.

Esto implica que el menor en lo que respecta al dinero que percibe por su trabajo puede realizar actos de simple administración, como es el caso de recibir cantidades de dinero. Ahora bien, si con el producto de su labor el menor pretende realizar un acto que exceda de la simple administración, es decir, un acto de disposición, requerirá de autorización judicial y si se ve en la necesidad de proceder judicialmente respecto de tales bienes, precisará de la asistencia de uno de los progenitores que ejercería la patria potestad o de un curador especial. El menor trabajador tiene facultad para recibir por sí solo cantidades de dinero como contrapartida de su labor; desconocer el régimen de capacidad limitada que conceden los Arts. 273 del Código Civil y 100 de la LOPNA al menor de edad, se traduce en una violación de las normas relativas a la capacidad, las cuales como hemos indicado son de orden público y de carácter imperativo.[60]

Ahora bien, vale preguntarse si esa capacidad limitada del menor trabajador en lo que respecta a la administración del producto de su trabajo sería igualmente aplicable al adolescente de doce (12) que pudiera ser autorizado a trabajar de conformidad con el artículo 96, parágrafo tercero de la LOPNA.[61] Pensamos que una vez que el Consejo de Protección autoriza al adolescente a celebrar contratos de trabajo, se le debe permitir la administración respecto al producto del mismo, de conformidad con el artículo 273 del Código Civil, pues no tendría sentido útil y práctico pensar que el producto del mismo queda sometido a administración paterna. Se llegaría al absurdo que un acto de simple administración, como lo es percibir cantidades de dinero, no pueda ser realizado por el adolescente, lo que resultaría incompatible con la capacidad labo-

[60] No tienen las partes el poder de pretender actuar conforme a un régimen de incapacidad al cual el menor por propia disposición de ley no pertenece. Así como por ejemplo, el menor emancipado no puede actuar a través de su representante legal, porque ya salió de dicho régimen, y el mecanismo para subsanar la incapacidad negocial que prevé la ley en tal caso, es la autorización judicial. El menor emancipado no puede actuar a través de su representante legal, a lo sumo podría operar la "representación voluntaria" a los fines de realizar el acto, una vez obtenida la autorización judicial. Tales consideraciones son igualmente aplicables al caso que nos ocupa del menor trabajador en lo que respecta al producto de actividad en virtud de la remisión que hace el artículo 273 del Código Civil.

[61] Nos referimos al adolescente con capacidad limitada en el ámbito laboral. Véase *supra* N° 3.2.

ral que le concedió la autorización del ente protector del menor. Creemos así que el adolescente de doce (12) años que ha sido autorizado para trabajar, administra el producto del mismo en las mismas condiciones que un menor emancipado, y en consecuencia podrá realizar actos de simple administración por sí solo, para realizar actos de disposición precisará de autorización judicial y para actuar en juicio precisará de la asistencia de uno de los progenitores que ejercería la patria potestad o de un curador especial.[62]

5. ALGUNOS ASPECTOS SOBRE EL TRABAJO DEL MENOR

5.1 *DERECHOS LABORALES*

Los derechos laborales del menor de edad, son en principio, los mismos que el común de los trabajadores y no podrían ser menos o restringidos, sino que contrariamente la delicada situación del menor de edad reclama una mayor protección. Sin embargo, vamos a referirnos brevemente a algunos derechos que se encuentran en la LOPNA expresamente consagrados a favor del adolescente.

Apreciamos en este sentido, el **derecho a la sindicación** se presenta como una manifestación de la libertad de asociación en el ámbito especial del derecho del trabajo. El artículo 101 de la LOPNA indica: "*Los adolescentes gozan de libertad sindical y tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes, así como, de afiliarse a ellas, de conformidad con la ley y con los límites derivados del ejercicio de las facultades legales que corresponden a sus padres, representantes o responsables".*[63]

---

[62] Vale tener presente igualmente el artículo 32 de la Ley sobre el Derecho de autor que prevé: "*El menor que ha cumplido dieciséis años de edad, puede ejercer en juicio las acciones derivadas de 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*".

[63] Véase: Domínguez Guillén, *La capacidad procesal*..., p. 440, "El artículo 101 de la LOPNA concede al adolescente (12 años) el 'derecho de sindicación' y ante una capacidad negocial plena en materia de sindicación, pudiera considerarse igualmente concedida como complemento necesario a la misma la correspondiente capacidad procesal plena del menor para el caso concreto. Sin embargo, dicha norma hace duda de tal interpretación en virtud de la parte final de la misma que agrega 'con los límites derivados del ejercicio de las facultades legales que corresponden a sus padres, representantes o responsables'".

La ley se refiere a "adolescentes" por lo que el derecho de sindicación alcanza inclusive a los trabajadores de doce (12) años.[64] Éstos podrán constituir y afiliarse a sindicatos.

Ahora bien, no señala la ley si los adolescentes pueden formar parte de la dirección o administración de los sindicatos. El Reglamento de la LOT señala en su Art. 143, letra a), num. IV que la libertad sindical comprende "*elegir y ser elegidos como representantes sindicales*". En un sentido semejante se pronuncia el Convenio 87 de la Oficina Internacional del Trabajo, en su Art. 3.[65]

El artículo 404 de la LOT preveía: "*Los trabajadores podrán constituir sindicatos o formar parte en los ya constituidos y participar en la dirección y administración sindical siempre que hayan cumplido dieciocho (18) años*".[66] Está claro que el artículo 101 de la LOPNA varió la capacidad de sindicación del menor de edad concediendo al adolescente el derecho de constituir sindicatos y afiliarse a los ya existentes. El artículo 149 del Reglamento de la LOT en este mismo sentido prevé: "*los trabajadores menores de edad podrán ejercer libremente la actividad sindical".*

Sin embargo, la LOPNA no se pronunció en torno a la posibilidad del adolescente de formar parte de la Directiva del Sindicato y ser represente sindical.

Esta pregunta la había respondido negativamente la doctrina en el régimen anterior, a falta de referencia expresa del legislador.[67] Pensamos

[64] De conformidad con el Art. 2 de la LOPNA.
[65] Esto podría, para algunos, dar pie a sostener que el menor podría ser representante sindical, porque la libertad sindical incluye la posibilidad de ser representante de tal ente y el ordenamiento jurídico no establece distinciones según el régimen especial de que se trate, como sería el caso de los menores. Véase en este sentido, la opinión de Jacqueline Richter Duprat, según nos comentara en entrevista sostenida en fecha 30-5-03 realizada a los fines del presente trabajo.
[66] Tal norma fue expresamente derogada por el Art. 684 de la LOPNA.
[67] Véase: Marín Quijada y Richter Duprat, *Ob. Cit.*, p. 136. Refieren los autores que en relación a la libertad sindical, la ley anterior a la LOT distinguía entre el formar parte de un sindicato y el participar en su dirección; la LOT en su Art. 404 con una redacción más defectuosa alude al derecho a sindicación y a formar parte de su dirección o administración si se tiene más de dieciocho años.

que actualmente, a falta de una norma expresa que permita al menor acceder a la directiva del órgano sindical, tal posibilidad debe ser rechazada. Creemos que tan importante consideración debió ser expresamente prevista por la ley y en modo alguno puede desprenderse del derecho genérico de sindicación. Esto porque constituye una regla general en materia de capacidad, que para ser representante se requiere tener capacidad plena, es decir, no puede una persona incapaz de obrar ejercer a su vez la representación de un ente. Es más, la propia LOPNA al consagrar el derecho de asociación, traducido en la posibilidad de constituir asociaciones en sentido estricto a los adolescentes, en su Art. 84, parágrafo tercero prevé expresamente que el representante legal de tales entes, a los fines de obligarse patrimonialmente deberá tener capacidad civil. Si trasladamos esa misma idea al derecho de sindicación, concluiremos igualmente, que si bien los adolescentes poseen tal derecho, no podrán ser representantes sindicales, en tanto no tengan capacidad de obrar plena para la generalidad de los actos jurídicos, lo cual tiene lugar a la edad de dieciocho (18) años. Esto encuentra sentido, porque si bien la ley le concede al adolescente capacidad en materia laboral, la responsabilidad que supone el ejercicio de una representación legal o voluntaria resulta conveniente concedérsela a una persona con capacidad de obrar plena a nivel general.[68] De allí que las excepciones a la incapacidad de obrar del menor han de ser expresas.

El derecho de huelga se presenta como un derecho esencial del trabajador a fin de exigir la reivindicación de sus derechos. Se encuentra en términos generales consagrada en el artículo 97 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los Arts. 494 al 506 de la LOT y en los Arts. 203 al 218 del Reglamento de la LOT. El artículo 103 de la LOPNA prevé: "*Los adolescentes tienen derecho de huelga, el cual ejercerán de conformidad con la ley y con los límites derivados del ejercicio de las facultades legales que corresponden a sus padres, representantes o responsables*".

[68] Véase en este mismo sentido: sobre la negativa de los menores de ser representantes sindicales, la opinión de César Augusto Carballo Mena, según información que nos diera en fecha 31-5-03 a los fines de este trabajo.

El derecho de vacaciones está consagrado en el artículo 104 de la LOPNA que refiere: "*Los adolescentes trabajadores tienen derecho a disfrutar de un período de veintidós días hábiles de vacaciones remuneradas. Todos los adolescentes trabajadores deberán disfrutar, efectivamente, del período de vacaciones. En consecuencia, el disfrute de las mismas debe realizarse en la oportunidad que corresponda y se prohíbe posponer su disfrute o acumulación".*

El derecho a la seguridad social se encuentra en términos generales consagrado en el Art. 86 de la Constitución. El artículo 110 de la LOPNA refiere: "*El adolescente trabajador tiene derecho a ser inscrito obligatoriamente en el Sistema de Seguridad Social y gozará de todos los beneficios, prestaciones económicas y servicios de salud que brinda el Sistema, en las mismas condiciones previstas para los mayores de dieciocho años de edad, de conformidad con la legislación especial en la materia".* El artículo 111 *eiusdem* prevé lo relativo a la inscripción en el Sistema de Seguridad Social.[69]

En torno a la **jornada de trabajo** indica el artículo 102 de la LOPNA: "*La jornada de trabajo de los adolescentes no podrá exceder de seis horas diarias y deberá dividirse en dos períodos, ninguno de los cuales será mayor de cuatro horas. Entre esos dos períodos, los adolescentes disfrutarán de un descanso de una hora. El trabajo semanal no podrá exceder de treinta horas. Se prohíbe el trabajo del adolescente en horas extraordinarias".* Dicha norma sustituye al

[69] Indica la norma: "*El adolescente trabajador podrá inscribirse, por sí mismo, en el Sistema de Seguridad Social.*
Parágrafo Primero: Los patronos deben inscribir al adolescente trabajador a su servicio en el Sistema se Seguridad Social, inmediatamente después de su ingreso al empleo. El que omita la inscripción del adolescente trabajador en el Sistema de Seguridad Social, será responsable por el pago de las prestaciones y servicios de los cuales el adolescente trabajador habría sido beneficiario, si se hubiere inscrito oportunamente, sin menoscabo de los posibles daños y perjuicios a que hubiere lugar.
Parágrafo Segundo: El Estado brindará facilidades para que los adolescentes trabajadores no dependientes puedan inscribirse y beneficiarse del Sistema de Seguridad Social. Las contribuciones de estos adolescentes trabajadores deben ajustarse a sus ingresos y nunca podrán ser mayores a las que se fijan para los trabajadores dependientes".

artículo 254 de la LOT,[70] pero la variación que se aprecia es que se elimina la referencia a la edad de dieciséis (16) años y actualmente se alude a "adolescente" en general, es decir, a menores de doce (12) años o más; también se reduce el tiempo de descanso de dos horas a una hora y que se prohíbe el trabajo de adolescentes en horas extraordinarias, el resto de la norma se conservó intacta. La LOT contenía importantes limitaciones en torno a la jornada del trabajo del menor.[71] El contrato de trabajo del menor por las características del sujeto trabajador, constituye un contrato especial y en consecuencia tiene una jornada inferior a la normal.[72]

Respecto a la **remuneración**, el menor tiene derecho a una remuneración, como es natural, en un contrato de trabajo. La LOT trae normas relativas a tal aspecto.[73] La ley consagra acertadamente la prohibición de discriminación en torno a la remuneración,[74] es decir, el menor de edad debe percibir la misma cantidad que el mayor de edad que realiza la misma actividad.[75]

Finalmente como contrapartida a los derechos de menores se alude a los **deberes de terceros**. En efecto, la doctrina se ha referido a los deberes u obligaciones de algunas personas respecto del menor. En este sentido, Lourdes Wills alude a las personas involucradas en la protección laboral del menor[76] y distingue dentro de las mismas a los progenitores, a los empleadores, a los terceros y al Estado.[77] Este último interviene a través de los organismos protectores del menor, del Ministerio del Trabajo, del Ministerio Público de Menores, del Servicio de Ayuda Juvenil, de los Tri-

[70] Que fue expresamente derogado por el Art. 684 de la LOPNA.
[71] Véase Arts. 255 al 257.
[72] Véase: Figuera Ortiz, Edgar: *Jornada de Trabajo*. En: Estudios Laborales. Ensayos sobre Derecho del Trabajo y disciplinas afines en homenaje al profesor Rafael Alfonzo Guzman. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1986, Tomo 1, p. 364.
[73] Véase Art. 259 LOT.
[74] Véase Art. 258 LOT.
[75] Véase en este sentido: Parra Aranguren, *Derechos y Deberes*..., p. 111; Marín Quijada y Richter Duprat, *Ob. Cit.*, p. 168.
[76] Wills Rivera, *Ob. Cit.*, pp. 167-174.
[77] *Ídem.*

bunales, etc.[78] En efecto, la protección del menor trabajador supone la participación de personas y organismos encargados de velar por el cumplimiento del orden jurídico en la materia que nos ocupa.

5.2 *REQUISITOS LABORALES*

Vale la pena referirnos a algunos requisitos formales que dispone la ley respecto al trabajo del menor. Así, el ***registro*** de los menores se considera una exigencia prevista en la ley a los fines del ejercicio de la actividad laboral. Si bien los adolescentes de catorce (14) años tienen capacidad plena laboral, la ley a los fines de la supervisión y fiscalización de la protección que se le debe conceder al menor, prevé registro obligatorio de éstos a los fines laborales. En efecto, indica el artículo 98 de la LOPNA que "*para trabajar, todos los adolescentes deben inscribirse en el Registro de Adolescentes Trabajadores, que llevará, a tal efecto, el Consejo de Protección"*. Dicho registro contendrá la información fundamental que tiene que ver con el menor y con su contrato de trabajo.[79] La LOT presenta ciertas disposiciones que siguen una orientación similar.[80] Cabe apreciar que en modo alguno dicho registro se presenta como un requisito que pueda afectar la validez o exis-

[78] *Ibíd*., pp. 169-174.
[79] Señala el Parágrafo Primero del artículo 98 de la LOPNA que el Registro contendrá:
"a*) Nombre del adolescente;*
b) Fecha de nacimiento;
c) Lugar de habitación;
d) nombre de sus padres, representantes o responsables;
e) escuela, grado de escolaridad y horario escolar del adolescente;
f) lugar, tipo y horario de trabajo;
g) fecha de ingreso;
h) indicación del patrono, si es el caso;
i) Autorización, si fuere el caso;
j) Fecha de ingreso al trabajo;
k) Examen médico:
l) Cualquier otro dato que el Consejo de Protección, el Consejo de Derechos o el Ministerio del ramo, considere necesario para la protección del adolescente trabajador, en el ámbito de su competencia.
Parágrafo Segundo*: Los datos de este registro serán enviados, mensualmente, al ministerio del ramo, a efectos de la inspección y supervisión del trabajo".*
[80] Véase: Arts. 263 y 265.

tencia del contrato, pues como es lógico, ni siquiera la falta de capacidad hace perder al menor su derecho a remuneración.[81]

A los fines de que el Estado pueda llevar un mejor control sobre los menores trabajadores, se precisa de una **credencia**l. De conformidad con el artículo 99 de la LOPNA "*la inscripción en el Registro de Adolescentes Trabajadores da derecho a una credencial que identifique al adolescente como trabajador, con vigencia de un año...".*[82] El artículo 263 de la LOT que preveía lo relativo a la libreta expedida al menor por el Ministerio del ramo, igualmente fue derogado por la LOPNA.[83] La LOT en su Art. 264 cuando se refiere a los "menores que laboran de manera independiente" (vendedores ambulantes, limpiabotas, pregoneros y otros) igualmente alude a la necesidad de un carnet que debe señalar la escuela donde estudia y su respectivo horario de clases. Comentó Lourdes Wills en forma acertada que tal disposición contrariaba abiertamente la legislación especial de menores, porque la Ley Tutelar de Menores consagraba la figura de la situación de peligro respecto de los menores y la misma ciertamente no quedaba excluida por el referido carnet.[84] Sin embargo, la LOPNA en su artículo 684 derogó expresamente el artículo 264 de la LOT[85] que estamos comentando.

La ley requiere de un **examen médico anual** por parte del menor. La LOPNA en su artículo 105 prevé la necesidad de dicho examen por parte del adolescente trabajador: "*Los adolescentes trabajadores deben someterse a un examen médico integral cada año, con el obje-*

[81] Véase *infra* N° 5.3 y Art. 96, parágrafo segundo LOPNA.
[82] Agrega la norma que dicha credencial contendrá:
"*a) nombre del adolescente:*
b) foto del adolescente
c) fecha de nacimiento;
d) lugar de habitación;
e) escuela, grado de escolaridad y horario escolar;
f) nombre de sus padres, representantes o responsables;
g) lugar, tipo y horario de trabajo;
h) fecha de ingreso al trabajo;
i) fecha de vencimiento de la credencial".
[83] Según se evidencia del Art. 684 de la LOPNA.
[84] Wills Rivera, *Ob. Cit.*, pp. 174 y 175.
[85] Derogó también los artículos 247, 248, 254, 263 y 404 de la LOT.

to de identificar los posibles efectos del trabajo sobre su salud". Dicha norma adicionalmente recalca el deber del patrono por velar por la realización de tal examen.[86] La LOT igualmente contiene normas en este mismo sentido.[87]

5.3 *EL CONTRATO DE TRABAJO*

El contrato de trabajo reviste una naturaleza especial dada la posición de hiposuficiencia jurídica en que se ubica el trabajador respecto del patrono, lo que ha llevado a clasificar al derecho laboral como perteneciente al derecho social.[88] Ahora, dentro de la especialidad que plantea el contrato de trabajo, el que se refiere a menores a su vez, se ubica dentro de los contratos especiales en virtud del sujeto trabajador.[89] En tales casos la protección legal es más ardua, porque estamos en presencia de una doble condición de desventaja que precisa de protección.[90]

Ha indicado la doctrina en relación con la validez del contrato de trabajo de los menores, que es condición indispensable para la existencia de un contrato que se cumplan los requisitos del Derecho Civil, a sa-

[86] Agrega la disposición en su parágrafo primero: "El patrono debe velar porque el adolescente se someta a este examen oportunamente y, a tal efecto, debe concederle las facilidades necesarias. El patrono está en la obligación de denunciar, ante los Consejos de Protección, los casos en que los adolescentes trabajadores a su servicio no puedan someterse a estos exámenes, por causas injustificadas imputables a los servicios o centros de salud". El parágrafo segundo señala: "Los adolescentes trabajadores, no dependientes deben someterse a un examen médico integral anual, en servicio o centro de salud público, de forma totalmente gratuita".

[87] Véase Arts. 252 y 253. Sería interesante preguntarse si los requisitos mencionados se están cumpliendo en la práctica.

[88] En el derecho social, si bien estamos dentro de la rama del derecho privado, no nos encontramos ante una relación en un plano de igualdad que es la característica típica de este último, sino que una de las partes en virtud de su condición se encuentra en una situación de desventaja respecto de la otra, tal es el caso de la materia laboral o la de menores.

[89] Véase sobre los regímenes especiales incluyendo a los menores: Martini Urdaneta, Alberto: *Regímenes especiales de trabajo.* En: Estudios sobre Derecho Laboral Homenaje a Rafael Caldera. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, edit. Sucre, 1977, T. II, pp. 965-988. Véase también sobre la jornada en relación a los menores: Figuera Ortiz, *Ob. Cit.*, p. 364.

[90] Recordemos la frase de Marín Quijada y Richter Duprat en el sentido de que la situación jurídica de los menores trabajadores es "*una protección dentro de otra protección*" (*Ob. Cit.*, p. 111).

ber, consentimiento, objeto y causa.[91] En la práctica, la anulabilidad de los contratos se traduce en un modo de rescindirlos unilateralmente. Por ser de trato sucesivo, no se cumple en estos casos la ficción de que nunca han existido; los efectos cumplidos no pueden borrarse.[92] De allí que el menor en ningún caso pierde la remuneración y las prestaciones por el trabajo realizado.[93]

Según hemos indicado[94] el menor de catorce (14) años tiene capacidad negocial plena para celebrar contratos de trabajo. Sin embargo, el requisito formal de la capacidad de obrar no puede, como es obvio, afectar el derecho a la remuneración del menor con una edad inferior a los catorce (14) años. Éste tendrá derecho a la remuneración, pero podrá alegar su incapacidad para sustraerse de los efectos del contrato de trabajo, porque precisamente su incapacidad legal existe únicamente en su favor.

Ahora bien, si el menor de edad pretende demandar el cumplimiento del contrato de trabajo y las obligaciones derivadas de éste ¿Cuál es el juez competente? La jurisprudencia ha indicado, que será el juez laboral, siempre que el menor actúe como *demandante,* en tanto que corresponderá a la jurisdicción del niño y del adolescente cuando el menor es *demandado*.[95]

---

[91] Véase: Parra Aranguren, *Derechos y deberes....,* pp. 109 y 110; Martini Urdaneta, *Ob. Cit.*, p. 969.
[92] Parra Aranguren, *Derechos y deberes....,* p. 110.
[93] Véase: *ídem*; Martini Urdaneta, *Ob. Cit.*, p. 969. Véase: Art. 96, Parágrafo segundo de la LOPNA: "*En los casos de infracción a la edad mínima para trabajar, los niños y adolescentes disfrutarán de todos los derechos, beneficios y remuneraciones que les correspondan, con ocasión de la relación de trabajo".*
[94] Véase *supra* N° 3.
[95] Véase: TSJ/ SCC, Sent. 22-3-02, J.R.G., T. 186, pp. 576-579; TSJ/SCS, Sent. 4-4-02, J.R.G., T. 187, pp. 723-726; TSJ/SCS, Sent. 25-4-02, J.R.G., T. 187, p. 768-771; TSJ/SCS; Sent. 28-5-02. J.R.G., T. 188, pp. 641 y 642. Ha considerado el Máximo Tribunal si los menores son actores el asunto corresponde a la jurisdicción laboral, pues el Art. 177 de la LOPNA que establece la competencia de la Sala de Juicio ha de ser interpretado en forma coherente, pues establece en su letra e) las demandas *contra* niños y adolescentes. Se ha indicado que la norma le atribuye competencia a dicha Sala en caso de demanda patrimonial o del trabajo CONTRA un menor pero no si éste es el DEMANDANTE. Véase en sentido contrario: TSJ/SCS, Sent. 18-4-02, J.R.G., T. 187, p. 750.

CONCLUSIÓN

El adolescente de catorce (14) años tiene capacidad de obrar plena en ámbito laboral de conformidad con el artículo 100 de la LOPNA. Ello constituye una importante excepción a la incapacidad de obrar que afecta al menor de edad. El menor que cuenta con tal edad puede por sí solo celebrar contratos de trabajo como reflejo de su capacidad negocial en esta materia, así como podrá ejercer las acciones derivadas del mismo, lo cual constituye una muestra de su capacidad procesal. El adolescente que tenga menos de catorce años, es decir, el menor que cuente con doce (12) años, podría ser autorizado a trabajar si la actividad a realizar no menoscaba su derecho a la educación, pero en tales supuestos precisamente en razón de que se precisa de tal "autorización" ha de concluirse que estamos en presencia de una capacidad limitada. A su vez, en lo que respecta al producto de su trabajo, el menor cuenta con una capacidad limitada, de conformidad con el artículo 273 del Código Civil, pues administra tales bienes en las mismas condiciones que un menor emancipado, precisando así de autorización judicial para los actos de disposición y de la asistencia de uno de los progenitores que ejercería la patria potestad o en su defecto de un curador especial, para los actos procesales.

El trabajo del menor se ha convertido en una necesidad en nuestro medio y un orden jurídico que pretenda desconocer tal realidad, redundaría en perjuicio de la adolescencia. La sabia intervención del orden legal impone una efectiva protección al menor trabajador, con una gama de derechos especiales que permitan un ejercicio pleno de los beneficios laborales. La capacidad de obrar plena del menor en el ámbito laboral representa la consagración legislativa de la madurez que exige la necesidad de trabajo. Si a esa capacidad se une una eficaz protección jurídica, la actividad laboral del menor, más que como un impedimento educativo, podrá constituir el cimiente de un futuro productivo.

Apuntaciones sobre el Procedimiento Oral contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Román J. DUQUE CORREDOR*

SUMARIO:

1. **Introducción: El proceso oral.**
2. **El proceso oral laboral. Principios propios y el tema de la uniformidad procesal.**
3. **Antecedente histórico del proceso oral del trabajo en Venezuela.**
4. **El modelo de procedimiento contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: 4.1** *Tendencia actual del desarrollo del procedimiento ordinario en el proceso oral.* **4.2** *Comentario general sobre el procedimiento laboral oral contemplado en los antecedentes legislativos y en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. La separación del trámite de la sustanciación y*

* **Corte Suprema de Justicia**, *Sala Político-Administrativa*, Ex Magistrado. En memoria de José Román Duque Sánchez (19-01-1914 - 09-08-1999)

del juicio entre jueces diferentes de una misma instancia en un mismo proceso. **4.3** *Comentario general sobre los recursos del procedimiento laboral contemplados en los antecedentes legislativos y en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*.

5. **Comentarios particulares sobre el procedimiento oral que se sigue ante los Tribunales del Trabajo**: **5. 1** *Competencia. 5.2 Legitimación de las partes. Asistencia obligatoria o no de abogados. Procedencia o no de la representación sin poder. Litis consorcios y legitimación de las organizaciones sindicales, de las personas jurídicas y de los procuradores de trabajadores.* **5.3** *Incidencia de corrección de defectos u omisiones de la demanda. Perención de la instancia e inadmisibilidad de la demanda. Recursos.* **5.4** *Emplazamiento del demandado para la audiencia preliminar*. **5.5** *La audiencia preliminar. El desistimiento y la confesión ficta por la falta de comparecencia de las partes*. **5.6** *La prohibición de cuestiones previas incidentales. La oposición de defectos procesales. El despacho saneador. El agotamiento del debate. La terminación de la audiencia preliminar. La contestación de la demanda. Remisión del expediente al Juez del juicio.* **5.7** *El tiempo de las medidas cautelares. Recursos. Intervención de terceros afectados.* **5.8** *La admisión y evacuación de las pruebas. La carga de la prueba.* **5.9** *Las incidencias de tacha, de cotejo de documentos privados y de tacha de testigos.* **5.10** *El procedimiento de juicio. La audiencia o de debate oral. El desistimiento de la acción y la confesión ficta por la falta de comparecencia del demandante o del demandado. La extinción del proceso por la ausencia de ambas partes.* **5.11** *La actividad probatoria en la audiencia principal.* **5.12** *La sentencia. Pronunciamiento oral. Diferimiento. Repetición del debate oral por la falta de pronunciamiento de la sentencia*. **5.13** *Documentación o protocolización de la sentencia. Requisitos de la sentencia escrita. Motivos de nulidad. Fundamentos de equidad y de reglas de experiencia. Apreciación de las pruebas. La conducta de las partes como elementos de convicción o de prueba contraria a sus intereses*.

Palabras finales

1. INTRODUCCIÓN: EL PROCESO ORAL

La oralidad del proceso no supone la eliminación del procedimiento. Por el contrario, se trata también de otra forma procesal. Sólo que a diferencia del proceso escrito la causa se trata verbalmente en pocos actos conjuntos, obligatorios y concentrados, reduciéndose la forma escrita a los actos preparatorios del proceso, a la síntesis de los actos verbales realizados y a la documentación de la sentencia. Ese trámite concentrado pretende garantizar el derecho a la sentencia justa, pronta y cumplida, que surge, a su vez, del derecho a la justicia y del debido proceso, que son derechos fundamentales.[1]

El proceso oral, frente al proceso escrito, es un proceso en donde los sujetos procesales, el juez y las partes se ven, se hablan y se escuchan, para tratar de sus causas; y que garantiza la reunión de estos sujetos, para la narración y comprensión de los hechos alegados, las aclaraciones sobre las pretensiones y contrapretensiones de las partes y para su contradicción. Por ello, su procedimiento se desarrolla a través de audiencias orales y públicas, en las cuales la expresión verbal es el modo de comunicarse las partes con los jueces y de éstos con aquéllas. Por tanto, siempre la relación entre los jueces y las partes y con los medios de prueba es directa, personal e inmediata. Para lo cual el juez de la sentencia debe ser el mismo juez de la instrucción. Por otro lado, si bien la actividad procedimental en el proceso oral debe realizarse en el menor tiempo posible, debe garantizarse a las partes sus derechos de alegar, probar y contradecir.

Del mismo modo, aunque el inicio del proceso pertenece a las partes, así como el derecho de darlo por terminado, unilateral o bilateralmente, una vez promovido, principalmente su impulso es de los jueces. No obstante, la carga de la prueba es fundamentalmente de las partes y complementariamente de los jueces. Asimismo, para asegurar el debido proceso y la garantía de igualdad procesal se ha de consagrar el principio del contradictorio y de la doble jurisdicción. Y, finalmente, en este

[1] Artículos 26 y 49 de la Constitución de 1999

proceso, para garantizar la inmediación, ha juzgar quien esté investido legalmente de jurisdicción y que haya estado en la audiencia o audiencias donde se halla recibido la prueba o haya participado en la audiencia de vista de un recurso.

2. EL PROCESO ORAL LABORAL. PRINCIPIOS PROPIOS Y EL TEMA DE LA UNIFORMIDAD PROCESAL

Si lo anterior es común al proceso oral, ¿qué distingue en este proceso al procedimiento laboral? Yo diría que fundamentalmente por los principios de la especialidad, de la prioridad de la realidad de los hechos y de la equidad, que son de progenie constitucional.[2] El primero de estos principios da autonomía al derecho procesal del trabajo, independizándolo del derecho procesal civil y le otorga el carácter de jurisdicción exclusiva a la jurisdicción laboral. Así se reconoce en el artículo 1°, en concordancia con el artículo 13, de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, promulgada el 13 de agosto del 2002 y publicada en la G.O. N° 37.504 de la misma fecha. Principio éste que se recogía desde el artículo 1° del Proyecto de Ley aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional, y en el artículo similar del Anteproyecto preparado por el Tribunal Supremo de Justicia. Este principio se confirma con lo dispuesto en el artículo 11, de dicha Ley, que jerarquiza las fuentes del proceso del trabajo, al establecer que en caso de lagunas legales los principios del derecho procesal común se aplican por analogía y no supletoriamente. El segundo, de los principios mencionados, permite a los jueces laborales indagar en los hechos la verdadera naturaleza laboral o no laboral de la relación entre las partes, que el artículo 2°, *eiusdem*, incluye como principio de orientación de la jurisdicción laboral. Y, el tercero, de los principios en cuestión, que ahora es un principio de rango constitucional, faculta a los jueces para decidir no solamente conforme a normas de derecho sino también de acuerdo con la equidad y para aplicar las normas más favorables a los trabajadores, como se precisa en los artículos 2° y 9°, de la ley mencionada.

[2] Disposición Transitoria Cuarta, Numeral 4, de la Constitución de 1999. Y, numeral 1 del artículo 89, *eiusdem*.

Puede observarse, que en la Disposición Transitoria Cuarta, Numeral 4, de la actual Constitución, referente al sistema procesal laboral, no se señala como un principio propio del proceso del trabajo la uniformidad procesal. Por el contrario, este principio es un principio general para todo proceso, como se desprende del artículo 257, de la vigente Constitución, pero que, a mi juicio, no impide que se prevea, para una misma materia, un procedimiento ordinario, general y supletorio, y procedimientos o trámites especiales, según la índole, por ejemplo, sumarias o ejecutivas, de las pretensiones. Sin embargo, en la ley vigente en su artículo 188, al igual que en sus antecedentes, el artículo 191 del Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 209 del Proyecto aprobado en primera discusión, se postula que para las acciones o solicitudes de estabilidad en el trabajo, ha de seguirse, en caso de contradicción, el mismo procedimiento establecido para el resto de las acciones laborales, no obstante, el evidente carácter urgente o sumario de dichas acciones. Aún más, por ejemplo, dentro de la competencia del los Tribunales del Trabajo, en la Ley en comento, en su artículo 29, Numeral 4, se incluyen además de las cuestiones de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social y de las estipulaciones del contrato de trabajo, las que se deriven de la seguridad social. Acciones éstas que, en caso de prestaciones dinerarias, pueden tener carácter ejecutivo. Así, se contemplaba en el Anteproyecto de Ley del Seguro Social, que elaboramos el ex Magistrado José Rafael Tinoco y yo, que preveía una acción de pago de las prestaciones económicas de la seguridad social de carácter ejecutivo y que por ende su procedimiento no puede ser el ordinario contencioso laboral sino uno ejecutivo de intimación o monitorio.[3] Pienso, en consecuencia, que el principio general procesal de la uniformidad, no impide que en el proceso laboral existan normas generales aplicables a todos los procesos y procedimientos especiales como los sumarios, ar-

[3] Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, *Informe Final que presenta la Comisión para la Reestructuración del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales al Ejecutivo Nacional*, Caracas, abril, 1993, Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley del Seguro Social, página 218. Y, *Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Ley del Seguro Social*, Informe Legal N° 1, artículo 179, marzo, 1993.

bitrales, o monitorios. Por ejemplo, en materia de arbitraje, para cuyo trámite ha de seguirse el procedimiento oral, de acuerdo con el artículo 146, *eiusdem*; sin embargo, el laudo arbitral debe dictarse, previa la realización de la audiencia, dentro de los treinta días siguientes a la constitución de la Junta de Arbitraje, según el artículo 148 *eiusdem*, que resulta, por tanto, ser un trámite especial.

3. ANTECEDENTE HISTÓRICO DEL PROCESO ORAL DEL TRABAJO EN VENEZUELA

Vale la pena recordar como un verdadero antecedente histórico del actual proceso oral venezolano, el Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo elaborado por la Comisión creada por Resolución Número 924 del 25 de agosto de 1976 dictada por el Ministro del Trabajo José Manzo González, y que presidió el Dr. Atilio Ramírez Sánchez, y que integraron los doctores Claudio Rojas Wetel y Freddy Álvarez Bernne, en representación del Ministerio del Trabajo; Pedro Elías Rodríguez Carrasquel, en representación del Consejo de la Judicatura; Juan Evangelista Lander Gimón, en representación de la Federación de Colegios de Abogados; Enrique Agüero Gorrín, en representación de la Confederación de Trabajadores de Venezuela; Carlos Parisca Mendoza, en representación de la Federación Venezolana de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción (FEDECÁMARAS); y Lola Figueredo, como Secretaria Ejecutiva.

Esta Comisión, analizó los sistemas procesales adoptados en Venezuela desde la Ley del Trabajo del 16 de julio de 1936, que previó provisionalmente un Tribunal compuesto por el Inspector del Trabajo y dos asesores, nombrados por las partes, hasta tanto se constituyeran los tribunales especiales laborales (Título IX); y el decreto de 15 de noviembre de 1937, que creó un Tribunal especial de segunda instancia del trabajo y tres tribunales especiales con jurisdicción en Caracas y en el Estado Zulia. Tribunales éstos que seguían el procedimiento pautado en el Código de Procedimiento Civil para las excepciones dilatorias. Igualmente, el Reglamento de la Ley del Trabajo de 1938, cuyo Capítulo XXXII, se dedicó a los Tribunales del Trabajo, y que agregó al procedimiento de las excepciones dilatorias normas procesales referentes a los datos de

la demanda o denuncia según se tratara de cuestiones laborales o de accidentes del trabajo y relativas a la constitución del Tribunal con asesores. Es en este instrumento en donde aparecen por primera vez como principios propios del procedimiento laboral el de la celeridad, por el carácter urgente de los asuntos del trabajo, y el de la intervención del juez para averiguar la verdad de los hechos controvertidos (Artículos 379 y 380). Pero, realmente fue al promulgarse la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, el 16 de agosto de 1940, cuando se estableció en Venezuela un sistema procesal para los asuntos contenciosos laborales, pero sin que se tratara de un procedimiento especial porque para su trámite se remitía al procedimiento de los juicios breves contemplados en el Código de Procedimiento Civil, con el agravante que algunos de sus lapsos se alargaron, se concedió el recurso de casación para todos los casos que excedieran de cuatro mil bolívares, y se consagró la dependencia del proceso laboral del procedimiento civil ordinario al contemplarse este procedimiento como fuente general y supletoria. Se olvidó el legislador de la época de los principios de celeridad y de intervención judicial que se postularon para el proceso laboral en el Reglamento de 1938. Finalmente, las reformas del 30 de junio de 1956 y de 18 de noviembre de 1959, no acometieron la reforma procesal en esta materia. Por el contrario, la primera de ellas se limitó principalmente a suprimir la relación de la causa tanto en primera como en segunda instancia; y la segunda, a aumentar la cuantía para casación a diez mil bolívares.[4]

En virtud del análisis de la situación de la justicia laboral en Venezuela, caracterizada por una concepción civilista, con algunas normas especiales, aplicadas las más de las veces por jueces ordinarios; la prolongación de las instancias y la acumulación y paralización excesiva de causas, la citada Comisión, en abril de 1977, presentó un Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo.[5] En su estudio esta Comisión señaló como defectos del sistema procesal del trabajo las siguientes:

[4] Por decreto N° 1.029 de 17 de enero de 1996 (G. O. N° 35.884 del 22 del mismo mes y año) se aumentó la cuantía para los juicios laborales a más de tres millones de bolívares.
[5] Ministerio del Trabajo, Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo, abril, 1977.

1.- El procedimiento exclusivamente escrito, por lo que se proponía el procedimiento oral en su sustitución;

2.- La aplicación para los asuntos laborales del procedimiento de los juicios breves previsto en el Código de Procedimiento Civil, que hacía depender el procedimiento del trabajo del procedimiento civil;

3.- La demora procesal por el alargamiento de la duración de los términos y lapsos del procedimiento breve civil para su aplicación a los asuntos del trabajo;

4.- El otorgamiento del recurso de casación para todos los fallos, en forma indiscriminada, que retarda el proceso;

5.- La complejidad de las formalidades para la citación para la contestación de la demanda;

6.- La subsistencia en el proceso del trabajo de las mismas excepciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil;

7.- Las complejas y demoradas formas para la notificación de testigos y expertos; y

8.- El carácter mercenario de los jueces del trabajo, por su sometimiento a las disposiciones del procedimiento civil, que limitan su actuación e intervención.[6]

Para la presentación de un instrumento nuevo conforme con la experiencia comparada, y totalmente diferente al modelo vigente para la época, la Comisión mencionada estudió los sistemas existentes y sus fracasos y aciertos, como: A) El de la jurisdicción común aplicado para la época en España[7] e Inglaterra, y en Estados Unidos, donde existía ya

[6] Ver páginas 7 a 10 del citado Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo.
[7] España mediante la Ley/71989 de 12 de abril de Bases de Procedimiento Laboral y el Real Decreto Legislativo 521/1990 de 27 de abril, que aprobó el texto del articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, estableció un sistema procesal laboral especial.

una tendencia hacia la creación de órganos de jurisdicción especial. B) El de los jurados de oficio, de carácter técnico, profesional y no judicial, como los antiguos *Conseils de prud' hommes* de Francia y las *Comissione per l' impiego privato* de Italia, que derivaron hacia una justicia especial; y C) El sistema especial con jurados, o con expertos asesores, como los Comités Paritarios (1926), los Jurados Mixtos (1931) y la Magistratura del Trabajo (1938) que existieron en España. De ese examen la Comisión se inclinó por el de un sistema judicial especial con jueces especializados y con un procedimiento oral. Al respecto vale la pena poner de relieve el mérito histórico en nuestro país, y la importancia para el derecho procesal comparado,[8] del proyecto elaborado por esta Comisión en abril de 1977. Proyecto éste que se basó en un proceso oral fundado en principios como el de la valoración especial de la función conciliatoria del juez; el de la gratuidad de la justicia del trabajo; el de la informalidad de la representación judicial, especialmente de la sindical; el de la celeridad del procedimiento; el de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador; el de la oralidad de los juicios; el de participación activa de los jueces en los juicios del trabajo; el de la sencillez del proceso; el de la inmediación; el del *in dubio* pro-operario; el del contrato realidad, y el de la norma más favorable.[9]

Pienso que los venezolanos debemos no sólo un recuerdo sino un homenaje a los integrantes de la Comisión designada en agosto de 1976 para la elaboración de un nuevo instrumento procesal para los asuntos del trabajo. Especialmente, al Dr. Atilio Ramírez Sánchez, excelente procesalista y mejor laboralista, Presidente de dicha Comisión, hoy fallecido, quien acometió con verdadero denuedo su trabajo de investigación de las experiencias comparadas, y que, sin embargo, se preocupó por evitar el trasplante de esas experiencias sin que se tuvieran en cuenta las

[8] Recuérdese que sólo fue en 1988 cuando el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal terminó de elaborar su Código Modelo que acogió el proceso oral contra la excesiva duración de los procesos civiles, penales y laborales, y que inspiró las modernas reformas procesales latinoamericanas.

[9] Se encuentra una referencia a este Proyecto en Wettel Rojas, Claudio, *La Relación Procesal Laboral en el Derecho Venezolano*, Ediciones Schnell, C. A., Caracas, 1978, pp. 45 a 49.

peculiaridades de la realidad jurídica nacional y que postuló, por el contrario, un sistema oral adaptado a nuestra idiosincrasia, moderno y ajustado al debido proceso.

4. EL MODELO DE PROCEDIMIENTO CONTEMPLADO EN LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

El presente trabajo, preparado para el Libro Homenaje a mi Padre, consiste en un análisis breve del procedimiento que dentro del proceso oral laboral se contempla en la ley vigente,[10] y en sus antecedentes, el Proyecto aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional y las modificaciones propuestas para su segunda discusión en dicha Asamblea, y del mismo modo el Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia.[11] Pero, antes es necesario hacer una referencia al modelo del proceso oral.

4.1 *TENDENCIA ACTUAL DEL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN EL PROCESO ORAL*

Desde el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Ibero América de 1988,[12] que acogió el proceso oral como la solución más eficaz contra la excesiva duración de los procesos civiles, penales o laborales, hasta el Proyecto de Código Procesal General de Costa Rica de mayo del 2001,[13] elaborado de acuerdo con las experiencias, entre otras, portuguesa (1974), uruguaya (1988), brasilera (1974), mexicana (1987), panameña (1986), peruana (1992) y española (1984), se ha ido evolucionando hacia un proceso oral mucho más simple y sencillo. En Venezuela, incluso, en el Código de Procedimiento Civil de 1986 se postula, en forma experimental y progresiva, un procedimiento oral sustitutivo

[10] G. O. N° 37.504 del 13 de agosto de 2002.
[11] Tribunal Supremo de Justicia, *Anteproyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, Sala de Casación Social, Caracas, Venezuela, 2000. Este Anteproyecto fue elaborado bajo la coordinación de los Magistrados Omar Alfredo Mora Díaz, Juan Rafael Perdomo y Alberto Martín Urdaneta.
[12] Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Secretaria General. Montevideo, 1988.
[13] Corte Suprema de Justicia, Comisión de Oralidad y Conciliación, *Proyecto de Código Procesal General,* San José Costa Rica, 2 de mayo del 2001.

del procedimiento ordinario escrito para las causas laborales y por accidentes de trabajo,[14] que no se llegó a aplicar, pero que sigue los lineamientos modernos que tienen como fuente el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, antes citado.

Estas experiencias permiten separar los actos preparatorios de las audiencias, de modo de evitar que se confundan. Así, por ejemplo, un esquema del procedimiento ordinario del proceso oral, según el derecho comparado, sería el siguiente:

1.- Demanda escrita con promoción de pruebas;

2.- Emplazamiento para la contestación de la demanda;

3. Contestación escrita, al igual que la reconvención; con promoción de pruebas;

4.- Audiencia preliminar para la conciliación, decisión sobre cuestiones previas subsanables, determinación del objeto del proceso y de la prueba de los hechos controvertidos, admisión de las pruebas y disposición de evacuación de las pruebas antes del debate oral;

5.- Decisión sobre cuestiones previas no subsanables;

6.- Evacuación de pruebas que requieren evacuación antes del debate oral;

7. Audiencia pública y oral: Alegatos verbales de las partes; evacuación de las pruebas susceptibles de realización en el debate oral; presentación del resultado de las pruebas practicadas antes de la audiencia; conclusiones de las partes. Y, anuncio del dispositivo de la sentencia; y

8. Documentación o protocolización de la sentencia.

[14] Artículo 859, ordinal 2°.

Aparte de lo anterior, se postula, sobre la base de la experiencia para el mejoramiento del sistema del proceso oral, que el Juez de la sustanciación sea el mismo Juez de la sentencia, la casación *per saltum* y la casación de instancia en las causas de mayor cuantía, y la doble instancia para los juicios de menor cuantía.

4.2 *COMENTARIO GENERAL SOBRE EL PROCEDIMIENTO LABORAL ORAL CONTEMPLADO EN LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y EN LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO. LA SEPARACIÓN DEL TRÁMITE DE LA SUSTANCIACIÓN Y DEL JUICIO ENTRE JUECES DIFERENTES DE UNA MISMA INSTANCIA EN UN MISMO PROCESO*

Como comentario general, teniendo presente lo anterior, puede señalarse que desde el Anteproyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo del 2000, elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia, se contempla la actuación de dos jueces diferentes en el procedimiento en primera instancia. En efecto, según el artículo 115 de este Anteproyecto, la demanda corresponde recibirla a los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución, así como, de acuerdo con sus artículos 125, 126 y 127, realizar la audiencia preliminar y dictar las sentencias sobre el desistimiento o la confesión, por la inasistencia del demandante o del demandado, según el caso, a esta audiencia. Y, de acuerdo con su artículo 133, al referido Juez le corresponde igualmente sustanciar las incidencias probatorias a que hubiere lugar. Mientras que el procedimiento de juicio, es decir, en la audiencia principal o debate oral, donde ocurre la contestación de la demanda y la sentencia definitiva, corresponde al Juez de Juicio, conforme a lo que se prevé en los artículos 147, 149 y 158, del mencionado Anteproyecto. Ello se prevé igualmente en los artículos 128, 135, 136, 137, 155 y 157 del Proyecto aprobado en primera discusión. Y, según la propuesta para la segunda discusión del citado Proyecto, en sus artículos 130, 132, 137, 138 y 139, al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, compete la recepción de la demanda, la realización de la audiencia preliminar y las sentencias sobre el desistimiento y la confesión, del demandante o del demandado, respectivamente. Pero, según el artículo 143, de las propuestas de las modificaciones para la segunda discusión, también a este mismo Juez y no al Juez del juicio, le corres-

ponde recibir la consignación de la contestación de la demanda, después de concluida la audiencia preliminar; mientras que al Juez del juicio, por el contrario, le compete pronunciarse sobre la admisión de las pruebas (artículos 77 y 78), a diferencia de lo que se contemplaba en el Anteproyecto y el Proyecto aprobado en primera discusión, como se expresó anteriormente.

En efecto, en el Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia correspondía al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, recibir las pruebas junto con la demanda y las presentadas por el demandado en la audiencia preliminar (artículos 68, 70, 117, 123 y 124), así como incorporar las pruebas documentales en este acto, elaborar las listas de testigos que las partes hubieren presentado, ordenar de oficio o a petición de partes las experticias que fueren necesarias y admitir las posiciones juradas solicitadas por las partes (artículo 131). Ello por cuanto, según este Anteproyecto, al Juez de Sustanciación correspondía providenciar sobre la admisión de las pruebas, después de realizada la audiencia preliminar (artículo 71). Igual ocurría en el Proyecto aprobado en primera discusión, según el cual el Juez de Sustanciación era quien además de incorporar las pruebas de las partes, providenciaba su admisión y procuraba la evacuación de las que debían practicarse antes de la audiencia del juicio (artículos 75 y 76). Sin embargo, en ambos instrumentos legales, como se señaló, la contestación de la demanda tenía lugar ante el Juez del juicio (artículo 149 del Anteproyecto del Tribunal Supremo de Justicia y artículo 157 del proyecto aprobado en primera discusión).

En la ley vigente, según su artículo 123, la demanda se debe presentar por ante un Tribunal de Primera Instancia del Trabajo de Sustanciación, Mediación y Ejecución, a quien le corresponde realizar la audiencia preliminar, de acuerdo con el artículo 129 *eiusdem*, así como declarar desistido el procedimiento o admitidos los hechos de la demanda, en los casos de inasistencia del demandante o del demandado, a esta audiencia, respectivamente, en atención a lo dispuesto en los artículos 130 y 131, *eiusdem*. Asimismo, a este mismo Juez le corresponde recibir las pruebas de ambas partes en la audiencia preliminar (artículos 70, 73 y 74, *eiusdem*), y al concluir esta audiencia, recibir la consignación del escrito de contestación de la demanda (artículo 135, *eiusdem*). Pero,

sin embargo, es al Juez del Juicio a quien compete providenciar las pruebas al recibir el expediente que le remita el Juez de Sustanciación (artículo 75, *eiusdem*).

Así, entonces, por esta separación de competencias y actuaciones entre dos jueces de una misma instancia para una sola causa, en mi humilde criterio, el proceso oral laboral, en comento, no luce simplificado, por esa doble actuación de dos jueces diferentes en un mismo proceso. Además, en la audiencia preliminar, por esta separación, y como quedó en definitiva regulado, no se conoce la contestación de la demanda, sino después de realizada (artículo 135 de la Ley en comentarios), de modo que esta audiencia no cumple con una de las finalidades que este acto debe cumplir, cual es la de fijar el objeto del proceso y de las pruebas. Ello es aún más patente en este último caso, puesto que las partes han de promover pruebas en la audiencia preliminar, sin que todavía se conozca el contenido de la contestación de la demanda por el demandado (artículos 73 y 135, ya citados, *eiusdem*). Es más, en la audiencia de juicio los alegatos de las partes han de referirse a la demanda y su contestación, que ocurren antes de esta audiencia ante un juez diferente al que debe sentenciar (artículo 151, *eiusdem*).

En efecto, por el principio de la concentración la audiencia preliminar debe cumplir, en forma conjunta, no sólo con una finalidad conciliatoria, y de saneamiento de la demanda sino fundamentalmente de delimitación del objeto del proceso y de las cuestiones a probar, que no es posible cumplir si no se tiene presente la contestación de la demanda. Por el contrario, en la vigente ley, y en sus antecedentes, antes citados, el demandado se cita para que comparezca a la audiencia preliminar no para que dé contestación a la demanda, sino para una gestión de mediación y de conciliación, por parte del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución; y para que promueva las pruebas y la lista de testigos, que considere pertinente promover.

En los diferentes proyectos discutidos en la Asamblea Nacional, la oportunidad para la promoción de pruebas del demandado es la audiencia preliminar ante el Juez de Sustanciación (artículos 74, del aprobado en primera discusión, y 76, de la propuesta para la segunda discusión). Al

igual que en la ley vigente para ambas partes (artículos 70, 73, 74 y 153). Y, todo ello, sin que el demandado hubiere dado contestación a la demanda, puesto que ésta se da ante el Juez de Mérito del Procedimiento de Juicio; como se indicaba en el proyecto aprobado en primera discusión (artículo 157). O, en todo caso, antes que el demandado conteste la demanda, que según la propuesta para la segunda discusión y la ley vigente, no tiene lugar sino después de concluida la audiencia preliminar ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución (artículos 143 y 135, *eiusdem*). Por tanto, en mi criterio, en el proceso laboral la audiencia preliminar cumple una función instructora limitada de recepción e incorporación de las pruebas, y por ende, no cumple con la función de delimitación del objeto del proceso, porque se le atribuyó al Juez del Juicio, que aunque actúe en el mismo proceso y en la misma instancia (artículos 16 y 17, *eiusdem*), se trata de un juez distinto del que por primera vez tomó contacto con las partes.

4.3 *COMENTARIO GENERAL SOBRE LOS RECURSOS DEL PROCEDIMIENTO LABORAL CONTEMPLADOS EN LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y EN LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO*

En materia de recursos existe una notable diferencia entre el Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia y el Proyecto aprobado en primera discusión y las propuestas para su segunda discusión. En efecto, en el Anteproyecto y Proyecto citados, en sus artículos 162 y 169, respectivamente, se prevé el recurso de apelación para toda sentencia definitiva que dicte el Juez de Juicio para ante la Corte Superior del Trabajo. Y, en el artículo 173, del Anteproyecto, y en el artículo 178, del Proyecto, mencionados anteriormente, respectivamente, se admite el recurso de casación contra las sentencias de última instancia que pongan fin al juicio, cuyo interés principal exceda de tres mil quinientas (3.500) unidades tributarias. Mientras que en las propuestas señaladas, para la segunda discusión, en su artículo 172, sólo se admite la apelación de la sentencia definitiva del Juez de Juicio, si el interés principal de la controversia es menor de tres mil quinientas (3.500) unidades tributarias. Y, el recurso de casación en contra de estas mismas sentencias, por ante la Sala de Casación Social (artículos 172, ya citado, y

179), si su cuantía excede el límite señalado. Por su parte, en la ley vigente la apelación es admisible contra toda sentencia definitiva dictada por el Juez del Juicio (artículo 161) y contra los fallos del Juez de Sustanciación que dicte en los casos de desistimiento o de confesión ficta, por la incomparecencia del demandante o del demandado a la audiencia preliminar, según el caso (artículos 130 y 131, *eiusdem*). Y sólo son recurribles en casación las sentencias de segunda instancia que pongan fin al juicio que excedan de tres mil unidades tributarias (artículo 167, *eiusdem*).

No se aclara en el Anteproyecto y en ninguno de los proyectos mencionados, ni aun en la Ley vigente, si el recurso de casación procede contra los fallos de los Jueces de Juicio que dicten con fundamento en la equidad. En efecto, de acuerdo con el artículo 1° del Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 2°, de la ley vigente, la jurisdicción laboral y el juez laboral se orientan entre otros principios por la equidad. Igualmente, según el artículo 4° del Proyecto aprobado en primera discusión, y el artículo 5° de la propuesta para la segunda discusión, los jueces en sus decisiones pueden atenerse a las normas del derecho o a la equidad. Sin embargo, en el artículo 173 del Anteproyecto citado, en el artículo 179, del Proyecto aprobado en primera discusión, y en el artículo 180, de la propuesta para la segunda discusión, al igual que en el artículo 168 de la Ley vigente, sólo se señalan como motivos de procedencia del recurso de casación: el error de interpretación de disposiciones expresas de la ley, la aplicación falsa de normas jurídicas, o la falta de aplicación de normas vigentes, la violación de máximas de experiencia; y la falta, contradicción, error, falsedad o manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia; por tanto, es posible concluir que los fallos dictados, basándose en la equidad, no son recurribles en casación.

En cuanto a la procedencia de la Casación, en el numeral 3 del artículo 168 de la ley en comento, a diferencia del proceso civil, se introduce la denominada ausencia de base legal o el error o falsedad en los motivos y la ilogicidad de la motivación, como causales del recurso. En cuanto a lo primero, ya no es cuestión de discutir su naturaleza de infracción de fondo; y respecto a lo segundo, este motivo no atiende a parámetros

legales sino de racionabilidad o razonabilidad en la argumentación. Lo cual, sin duda es un avance.

Finalmente, en el artículo 178 de la Ley vigente, se prevé el recurso denominado de "*control de la legalidad*" en contra de sentencias, que aun y cuando no fueren recurribles en casación, sin embargo, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a reiterada doctrina jurisprudencial de Sala de Casación Social. Este mismo recurso se contemplaba en el artículo 181 del Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 187 y en el artículo 187 del Proyecto aprobado en primera discusión, pero sin que se previera la contradicción con la jurisprudencia como uno de sus motivos. Este motivo apareció en el artículo 190 de la propuesta para la segunda discusión en la Asamblea Nacional. Con respecto a este recurso, vale la pena recordar que las normas que consagren derechos laborales, en atención a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 89 de la actual Constitución, en concordancia con el artículo 3°, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, son todas normas de orden público. Por lo que, entonces, cualesquiera error de inteligencia o de interpretación de los jueces laborales es susceptible de este especial recurso de control de la legalidad. Por ello, para evitar el ejercicio abusivo de este recurso excepcional, por su interposición maliciosa, se contempla en el artículo 178, tercer párrafo, de la Ley en comentarios, una multa equivalente a ciento veinticinco unidades tributarias. Igual previsión se encontraba en el artículo 181 del Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia; en el artículo 187 del Proyecto aprobado en primera discusión y en el artículo 190 de la propuesta para la segunda discusión.

Respecto de este especial recurso de control de la legalidad, cabe precisar, puesto que no se explica en ninguna disposición, que la inclusión de la violación de la doctrina jurisprudencial reiterada de la casación social obedece a que en el artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo se define a la jurisprudencia nacional como una de las fuentes del derecho del trabajo. Pero, de otro lado, ¿qué debe entenderse por "reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación? Ello es importante porque en Venezuela, a diferencia de otras legislaciones, no existe una

definición de la jurisprudencia como fuente de derecho.[15] Cabría preguntarse también, ¿si después que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha regulado mediante doctrina vinculante el recurso de revisión constitucional de las sentencias definitivamente firmes,[16] si aún debe mantenerse el recurso de control de legalidad de las sentencias previsto en el artículo 178, de la Ley en comento? Y, también ¿si no es igualmente un motivo válido para el ejercicio de este recurso de control de la legalidad la violación de la doctrina vinculante de la Sala Constitucional, a tenor de lo dispuesto en el artículo 335 de la vigente Constitución?

Desde otro orden de ideas, este recurso de control de la legalidad parece inspirarse en el recurso de casación para la unificación de doctrina contemplado en los artículos 215 al 225 de la Ley de Procedimiento Laboral de España del 12 de abril de 1989. Finalmente, según el texto del artículo 178, citado este excepcional recurso procede aun cuando la sentencia no fuere recurrible en casación, por lo que las sentencias de segunda instancia de los juicios de estabilidad, que no son recurribles de acuerdo con el artículo 188 *eiusdem*, pueden ser objeto de dicho recurso. En todo caso lo cierto es que además de requerirse el carácter definitivo o la fuerza de tal, de la sentencia, para la admisibilidad de este excepcional recurso, se exige la ausencia de un recurso. Por supuesto, las interlocutorias que no tengan carácter de sentencia definitiva no son objeto de este mismo recurso.

Por último, por el contenido de la sentencia del Tribunal de casación, el modelo de casación laboral consagrado en los artículos 179 del Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia; 184, del Proyecto aprobado en primera discusión, y 187 de la propuesta para la segunda discusión, al igual que en el artículo 175, de la ley vigente; es una casación de instancia. En efecto, en el proceso oral laboral por principio general, se permite a la Sala de Casación Social del Tribunal

[15] Por ejemplo, el Código Civil español define la jurisprudencia como fuente de derecho, "la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho" (Artículo 1° , número 6).
[16] Entre otras sentencias pueden citarse, Caso Baker Huges, S.R.L. (25-01-01); Caso Corpoturismo (06-02-01); Caso Fletes Aéreos, C. A. (14-12-01); y Microsoft Corporation (08-08-02).

Supremo de Justicia extenderse al fondo de la controversia y al establecimiento y apreciación de los hechos que hayan efectuado los tribunales de instancia y se admite el reenvío sólo en caso de quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho de defensa y hagan útil la reposición (artículos 175, segundo párrafo, y 168, numeral 1, de la ley vigente. Y, artículos 179, del Anteproyecto mencionado; 184, del Proyecto aprobado en primera discusión; y 187, de la propuesta para la segunda discusión). A este respecto, recuérdese que el proceso oral no es escrito, y que las audiencias de juicio se reproducen en forma audiovisual o se deja constancia de su realización en la sentencia, y que las sentencias no contienen narrativas ni transcripciones de actas, ni de documentos que consten en el expediente (Artículos 159, 162 y 166, de la Ley vigente). Por ello, cuando se me consultó sobre el tema, sugerí, ante la imprevisión del Anteproyecto y del Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que debía preverse en el procedimiento de casación laboral la posibilidad de que se tuviera que evidenciar lo contrario a lo que los jueces en su sentencia dan por probado o por no probado. Por ejemplo, permitiéndose presentar en casación la reproducción audiovisual de la audiencia principal, del procedimiento del juicio o de la audiencia oral de la segunda instancia, que se contempla en los artículos 162 y 166, *eiusdem*, respectivamente, para evidenciar el error de la apreciación de la prueba o del juez de la recurrida; o la falta de apreciación de las pruebas evacuadas.[17] Pienso que tal sugerencia aparece en el artículo 173 de la Ley vigente al contemplarse que en el escrito del recurso "puede promoverse prueba únicamente cuando el recurso se funde en un defecto del procedimiento sobre la forma como se realizó algún acto, en contraposición a lo señalado en el acta del debate o en la sentencia", señalándose expresamente lo que se quiere probar. Pienso que también debió señalarse la contraposición de la sentencia con la reproducción audiovisual de la audiencia de juicio o de la audiencia oral de la alzada, a que se contraen los artículos 162 y 166 de la Ley en comentarios, como otro motivo para promover pruebas en casación.

[17] La consulta me la solicitó mi ex alumno Félix Roque, asesor de la respectiva Comisión Legislativa que debía presentar un Informe para la segunda discusión del Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En efecto en el Anteproyecto y en el Proyecto no se contemplaba oportunidad alguna para que el formalizante evidenciara los errores de hecho de los jueces de juicio y en concreto, sus errores en la apreciación de la prueba o en el establecimiento de los hechos. Esta oportunidad es aún más necesaria para que la casación en su decisión pueda fundarse en ellos, cuando los jueces de instancia no los han establecido, estando como está obligada la casación a decidir sobre el fondo del asunto porque se le prohíbe el reenvío. Ciertamente, en la formalización del recurso de casación se decía, en el artículo 180 del referido Proyecto, que sólo se podían alegar los argumentos que justifiquen la nulidad del fallo recurrido. Y en la audiencia del procedimiento de casación no se contemplaba en dicho Proyecto posibilidad alguna de prueba, y tampoco que la Sala de Casación Social pudiera ordenarla. En el Anteproyecto del Tribunal Supremo de Justicia no existe regulación al respecto. Por ello me pareció conveniente que se incorporara en el procedimiento de casación la posibilidad de realizar pruebas para la reproducción audiovisual de las audiencias, cuando se denuncien errores en el establecimiento de los hechos o en la apreciación de las pruebas, en forma contraria a lo que ocurrió en las audiencias. En efecto, ello es más necesario, como se expresó, para los casos en que los jueces de instancia no hayan establecido y apreciado los hechos, y la casación tenga que decidir la controversia porque no hay lugar al reenvío.

En esta materia, en mi humilde criterio, la Ley vigente tampoco resolvió adecuadamente el problema en los casos en que se declare la casación por error en la apreciación y en el establecimiento de los hechos y no existen en verdad hechos establecidos o probados por los jueces de instancia. Sólo se previó la posibilidad de promover pruebas para demostrar el defecto de procedimiento sobre la forma cómo se realizó algún acto, (artículos 175, segundo párrafo, en concordancia con el artículo 168, numeral 1, *eiusdem*). Y también se permite la prueba de ese defecto porque la sentencia resulte contrapuesta a lo señalado en el acta del debate (artículo 173, *eiusdem*). En otras palabras, por el contrario, cuando se funde en hechos falsos; porque no existen hechos establecidos por los jueces, porque no fueron probados en la audiencia del juicio ¿cómo, entonces, puede decidir la casación el fondo de la controversia, tal como se lo demanda el encabezamiento del artículo 175, *eius-*

dem, y su tercer párrafo, sin que se pueda promover pruebas en casación para probar esos hechos? No le bastará su razonamiento lógico, ni las reglas de la experiencia o sus conocimientos, porque, en todo caso, éstos han de partir de presupuestos debidamente acreditados en el proceso sobre los hechos controvertidos, como se advierte en el artículo 121, *eiusdem*. Se me ocurre, entonces, que de ser así, en este caso, se estaría en presencia también de un vicio de actividad por la omisión de formalidades esenciales que viola el derecho a la defensa, como lo es el decidir sin pruebas, y en consecuencia, la casación no tendría más remedio que decretar la nulidad del fallo y reponer la causa para que se verifiquen los hechos.

5. COMENTARIOS PARTICULARES SOBRE EL PROCEDIMIENTO ORAL QUE SE SIGUE ANTE LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO

Formularé algunos comentarios breves sobre determinadas normas procesales del nuevo procedimiento ante los Tribunales del Trabajo.

5.1 *COMPETENCIA*

En materia de competencia además de los asuntos contenciosos del trabajo, distintos a los que se tienen que resolver por conciliación y arbitraje, en la Ley en comentarios, en su artículo 29, numeral 4, se ratifica el carácter laboral de las cuestiones suscitadas de la seguridad social, junto con las derivadas de las relaciones laborales como hecho social y de las estipulaciones del contrato de trabajo. E, igualmente se mantiene la naturaleza judicial de las solicitudes de calificación de despido o de reenganche formuladas de acuerdo con la estabilidad laboral (artículo 29, *eiusdem*, numeral 1). Y se agregan los asuntos contenciosos del trabajo relacionados con los intereses colectivos o difusos (*Ibídem*, numeral 5). Pero, se eliminó dentro de la jurisdicción laboral la competencia de sus Tribunales para conocer de las acciones de nulidad interpuestos contra los actos administrativos emanados de la administración del Trabajo, que se contemplaba en el artículo 30, literal e), del Proyecto de Ley aprobado en primera discusión, así como en el artículo 32, literal e), de la propuesta para la segunda discusión. En ese aspecto, el legislador

se inclinó por la eliminación de esta competencia, tal como se proponía en el Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido que los actos administrativos emanados de las autoridades administrativas del trabajo, se impugnaran por ante la jurisdicción contencioso administrativa (Artículo 27). En mi criterio, ha debido conservarse esta competencia para la jurisdicción laboral, dada su especialidad, que según la Disposición Transitoria Cuarta de la actual Constitución, en su Numeral 4, debe garantizarse a los trabajadores.

En materia de competencia, se aclara en el artículo 30 de la Ley en comentarios, el carácter inderogable del fuero territorial en esta jurisdicción, al no poderse elegir domicilio especial diferente al del lugar donde se prestó el servicio, o se puso fin a la relación laboral, o al de la celebración del contrato o la residencia del demandante.

Por otra parte, la Ley vigente no acogió la propuesta para la segunda discusión en la Asamblea Nacional, de atribuir competencia a los Tribunales de Trabajo para sustanciar y decidir las solicitudes de calificación de despido o de reenganche formuladas con ocasión de la inamovilidad establecidas en la ley (Artículo 32, literal "b"). Por tanto, estas pretensiones siguen atribuidas a la jurisdicción administrativa laboral, lo que me parece conveniente.[18]

Por último, de acuerdo con el artículo 193 de la Ley en comentarios, los Tribunales del Trabajo a que se refiere dicha Ley, son competentes también para conocer de las acciones de amparo laboral, aplicándose el procedimiento previsto en la ley de la materia. El único comentario al respecto, por mi parte, es si después que en el numeral 5 del artículo 29, *eiusdem*, se atribuye a estos Tribunales todas las acciones contenciosas del trabajo relacionados con los intereses colectivos o difusos, ya no es posible seguir sosteniendo la doctrina de la Sala Constitucional que es-

[18] Para el concepto de funciones jurisdiccionales de la administración pública del trabajo, puede consultarse mi artículo "Los procedimientos administrativos de inamovilidad en la Ley Orgánica del Trabajo", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, No 42, páginas 127 a 129.

tableció que hasta tanto se regule esta materia, le corresponde exclusivamente conocer de los amparos constitucionales relativos a derechos colectivos o difusos.[19]

5.2 *LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES. ASISTENCIA OBLIGATORIA O NO DE ABOGADOS. PROCEDENCIA O NO DE LA REPRESENTACIÓN SIN PODER. LITIS CONSORCIOS Y LEGITIMACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES, DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y DE LOS PROCURADORES DE TRABAJADORES*

En materia de legitimación de las partes la regla general del artículo 46, es la de que las personas naturales pueden actuar por sí mismas, salvo las limitaciones establecidas en la ley. O mediante apoderados, según el artículo 47 *eiusdem*. Y si se trata de personas jurídicas a través de sus representantes legales, o estatutarios o contractuales, asistidas o representadas de abogado en ejercicio. Este último requisito no es expreso en el caso de las personas naturales, sino que, salvo que la ley lo impida, pueden actuar por si mismas. Ahora bien, ¿cuál ley? ¿La Ley Orgánica Procesal del Trabajo? O, ¿la Ley de Abogados? En el Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia se imponía siempre la asistencia de abogados cuando las partes actuaban por si mismas (Artículo 44). Igualmente en el Proyecto aprobado en primera discusión (artículo 46) y en la propuesta para la segunda discusión (artículo 48). Sin embargo, el legislador (artículo 46, ya citado) dejó a la ley las limitaciones a las posibilidades de la actuación de las personas naturales por sí mismas sin imponerles el requisito de la asistencia obligatoria de abogado. De modo que sí ese es el principio general, salvo que se prohíba expresamente su propia actuación, las personas naturales pueden actuar por sí mismas. Por ejemplo, el demandante puede presentar oralmente su demanda sin asistencia de abogados, sin lugar a dudas (Parágrafo único del artículo 123, *eiusdem*). Y, en caso de su presentación por escrito sólo se hace referencia a la identificación del demandante, sin exigirle

[19] Sentencia N° 656 de 30-06-2000, Caso Defensoría del Pueblo.

que si actúa por si debe estar asistido de un abogado (Artículo 123, numeral 1). Asimismo, para la audiencia preliminar el demandado puede comparecer personalmente o por medio de apoderado (Artículo 128, *eiusdem*). Igualmente, en el artículo 129, *eiusdem*, relativo a las formalidades de la audiencia preliminar, se dice que este acto se celebrará con la asistencia de las partes o de sus apoderados, sin prohibir expresamente su actuación sin abogado. Igual sucede con el artículo 151, *eiusdem*, que se refiere a las formalidades de la audiencia del juicio, previéndose la concurrencia de las partes o sus apoderados, no prohibiéndose tampoco su actuación propia sin la asistencia de abogados. Ahora bien, en mi criterio en los actos de complejidad técnica, como el de la audiencia preliminar, donde ya no se trata de la simple conversación entre las partes, como también es el caso de la audiencia del juicio, el Juez, haciendo uso de sus facultades de velar por la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores y la igualdad en el proceso (artículo 5°, *eiusdem*), podría sugerir al trabajador demandante, que se haga asistir de abogado para garantizar su defensa. Por supuesto, que en los procedimientos de apelación, y con mayor razón en el de casación, la asistencia de abogados, es imprescindible. En el Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia se permitía expresamente la representación sin poder para la parte demandada, por quien reuniera las condiciones para ser apoderado judicial (Artículo 46). Mientras que en el Proyecto aprobado en primera discusión se prohibía explícitamente (artículo 47). No así en la propuesta para la segunda discusión, en donde se eliminó está prohibición expresa (artículo 49). Por ello, por aplicación analógica del principio general de la representación sin poder para la ampliación de la defensa de los demandados, contemplado en el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento en el artículo 11, de la Ley en comentarios, pienso que el Juez laboral puede permitir la representación sin poder para el demandado, en el proceso laboral oral.

En lo referente al litis consorcio se admite, en el artículo 49, *eiusdem*, que dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso, en forma conjunta, siempre que las pretensiones tengan conexión por su causa u objeto, o cuando la sentencia a dictar con respecto a una de ellas pudiera afectar a la otra. E, incluso, según esta misma norma, en su último aparte, varios trabajadores pueden demandar sus derechos y prestacio-

nes sociales, en un mismo libelo y a un mismo patrono, pero sus actos como litigantes independientes, no obstante la acumulación de pretensiones en un solo libelo, ni favorecen ni perjudican a los restantes litisconsortes. Por ejemplo, las pruebas de uno no favorecen a los otros. Esta norma, sin dudas, evita la aplicación de la doctrina de la Sala Constitucional que consideró violatoria del debido proceso la acumulación de demandas laborales de diferentes trabajadores en contra de un mismo patrono (Sentencia de fecha 28.11.2001, Caso "AERO EXPRESOS EJECUTIVOS, C.A."). Por otra parte, el artículo 49, antes citado, que permite esa acumulación, entró en vigencia con la publicación de la Ley, según el artículo 194, *eiusdem*. Sin embargo, entiendo que para los procesos futuros pero no para los procesos que estén en curso, antes de la publicación de la Ley, porque, según el artículo 335 de la actual Constitución, a los jueces que venían conociendo de estos procesos los alcanzó el carácter vinculante de la doctrina interpretativa de la Sala Constitucional que estableció la inconstitucionalidad de tales litis consorcio. En todo caso, a mi juicio, por la misma argumentación de la sentencia mencionada de la Sala Constitucional, relativa a la violación del debido proceso en los casos de estos litis consorcios, queda en duda el tema de la constitucionalidad del artículo 49 de la Ley en comentarios. Porque, pienso, que el problema no consiste en darle prevalencia al artículo 49, ya citado, como norma especial con relación al artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, que no admite este tipo de litis consorcio, como se señaló en la Sentencia N° 266 del 23-01-2003 de la Sala de Casación Social, sino que se trata de la inconstitucionalidad del referido artículo 49, por violar el derecho a la defensa de la parte demandada y del debido proceso, por las razones que respecto de la inconstitucionalidad de estos litis consorcios asentó la Sala Constitucional en su sentencia de fecha 28-11-2001, ya mencionado.

Y por lo que atiende al requisito de la identificación de las partes en las demandas, en lo referente a las demandas presentadas por organizaciones sindicales, en el artículo 123 de la Ley en comento, se emplea una terminología que puede dar lugar a problemas interpretativos. En efecto, en el numeral 1 de este artículo se exige, que en estos casos la demanda ha de intentarla quien ejerza la personería jurídica de la orga-

nización sindical, confundiéndose personería o personalidad, que es una cuestión de capacidad, con representación. La personería o personalidad deriva del nacimiento o de la constitución regular de una persona jurídica, que es diferente a su representación en juicio, que se refiere a la legitimación procesal. Ello es tan cierto, que las asociaciones sin personería o personalidad por haberse constituido irregularmente, sin embargo, tienen legitimación procesal para estar en juicio. Por ello, es más preciso señalar que quienes pueden intentar demandas por una de estas organizaciones son sus representantes según sus estatutos; o quienes actúan por ellas, o a las cuales sus asociados han conferido representación; como así se señala en los artículos 137 y 139 del Código de Procedimiento Civil. Puede indicarse, por ejemplo, que en el caso de demandas contra personas jurídicas, en el artículo 123, numeral 2, de la Ley en comento, se exige que se indique los datos de identificación de cualesquiera de los representantes legales, estatutarios o judiciales, que como se dijo, es más preciso. En efecto, esos representantes no sólo son legales, sino también los que según sus estatutos o sus contratos tengan la representación de las personas jurídicas. O quienes la ostenten por designación judicial, como en el caso de los síndicos en los procedimientos concursales (Artículo 972 del CC).

También los actuales Procuradores de Trabajadores pueden presentar demandas en nombre de los trabajadores, aunque no se mencione en el artículo 123 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, porque en su artículo 206, se mantiene en vigencia el servicio de asistencia jurídica y de representación que presta la Procuraduría de Trabajadores, mientras se dicta la Ley Orgánica sobre la Defensa Pública, a que se contrae la Disposición Transitoria Cuarta, Numeral 5, de la actual Constitución.

5.3 *INCIDENCIA DE CORRECCIÓN DE DEFECTOS U OMISIONES DE LA DEMANDA. PERENCIÓN DE LA INSTANCIA E INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA. RECURSOS*

Si el libelo llena los requisitos exigidos en el artículo 123 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, según el artículo 124, *eiusdem*, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, debe admitir la demanda dentro

de los dos días hábiles siguientes a su recepción.[20] De no cumplir con estos requisitos, el mismo Juez, conforme a esta última norma, debe disponer, entonces, su corrección al demandante, con apercibimiento de perención de la instancia. Ello debe hacerlo el demandante en los dos días hábiles siguientes. Este lapso corre una vez que se notifique el demandante. Pienso ante la ausencia de norma expresa que esta notificación debe hacerse personalmente mediante boleta en el domicilio que se hubiere señalado en el libelo, según el numeral 1 del artículo 123, *eiusdem*. A tal efecto, con fundamento en el artículo 11, *eiusdem*, el Juez puede aplicar por analogía el artículo 233 del CPC, y agotar la notificación personal.[21] La consecuencia del incumplimiento de esta carga procesal es la perención de la instancia, y no la inadmisibilidad de la demanda, como se proponía en el Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia (artículo 116) y en el Proyecto aprobado en segunda discusión (artículo 128) y en la propuesta para la segunda discusión (artículo 131). En consecuencia, el demandante puede proponer nueva demanda posteriormente. Frente a la orden de corrección el demandante no tiene recurso, sino la carga de cumplir con esa orden. Pero, ante la declaratoria de perención el demandante, si considera que si corrigió debidamente su demanda, en mi criterio, debe tener derecho a apelar de la respectiva decisión, por poner fin al juicio, al igual que se da apelación en el mismo artículo 124, contra de la decisión que declare inadmisible la demanda.

Toda demanda, de acuerdo con el artículo 124, citado, debe ser objeto de una revisión preliminar a los efectos de su admisibilidad en el lapso de cinco (5) días hábiles. No se señalan cuáles son los motivos de inadmisibilidad. Pero, si se puede afirmar que sus defectos no la hacen inadmisible sino corregible. Así, entonces, la inadmisibilidad sólo puede basarse en motivos expresamente establecidos.

---

[20] Estos días son todos los días del año, salvo los sábados y domingos, jueves y viernes santos, los festivos declarados por la Ley de Fiestas Nacionales, los de las vacaciones judiciales, los declarados no laborables por otras leyes, y los días en que el tribunal disponga no dar despacho (Artículo 67, *eiusdem*). Días hábiles son, entonces, los días en que el tribunal tenga despacho.

[21] El principio de la notificación personal en el domicilio de las partes, es doctrina vinculante de la Sala Constitucional (Sentencia N° 420 del 19.05.200, Caso "Fiedel Méndez Romero").

De la decisión que declare inadmisible una demanda se da apelación para ante el Tribunal Superior del Trabajo, si se ejerce dentro del vencimiento de los cinco días hábiles siguientes al lapso establecido para que el Juez provea sobre la admisibilidad de la demanda. Y, la decisión que en forma oral dicte el Tribunal Superior dentro de los cinco días siguientes al recibo del expediente, previa audiencia de parte, es recurrible en casación, si su cuantía excede las tres mil unidades tributarias (Artículo 167, numeral 1, *eiusdem*). El apelante tiene la carga de concurrir a la audiencia fijada en la alzada, bajo pena de declararse desistida la apelación. Sólo queda advertir que si la Sala de Casación Social casa la sentencia recurrida, deberá hacerlo con reenvío, para que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución de inicio al procedimiento en primera instancia.

En el Anteproyecto elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia se indicaba en el artículo 117 , que junto con la demanda presentada en forma verbal o escrita, la parte actora debía acompañar todas las pruebas que considere pertinentes para demostrar su pretensión, con la advertencia que a posteriori no le serían admitidas. En el Proyecto aprobado en primera discusión y en la propuesta para la segunda discusión, en sus artículos 73 y 75, respectivamente, se establecía igual requisito. En la Ley vigente, por el contrario, se eliminó este requisito, estableciéndose como regla general la audiencia preliminar para que ambas partes promuevan pruebas, salvo las excepciones que la misma ley establece (Artículos 70 y 73, *eiusdem*). Por tanto, no es un requisito de la demanda el acompañar prueba alguna, ni siquiera el instrumento en que se funde la demanda.

5.4 *EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO PARA LA AUDIENCIA PRELIMINAR*

Admitida la demanda, de acuerdo con el artículo 126, *eiusdem*, se ordena la notificación del demandado, que según los artículos 128 y 11, *eiusdem*, es un verdadero emplazamiento para que comparezca personalmente o por medio de apoderado, al décimo día hábil siguiente, posterior a la constancia en autos de su notificación, a la hora que fije el Tribunal, para que tenga lugar la audiencia preliminar. Esa notificación se hace mediante la fijación de un cartel en la puerta de la sede de la

empresa y con la entrega de una copia del mismo al patrono o con su consignación en su secretaria o en su oficina receptora de correspondencia, si la hubiere. También, a solicitud de parte o de oficio, dispone el artículo 126, citado, en su tercer párrafo, la notificación del demandado la puede practicar el Tribunal por los medios electrónicos de que disponga, si éstos son de su propiedad, procediendo conforme con lo establecido en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Al existir en el expediente constancia de haberse cumplido por el alguacil las diligencias de fijación del Cartel y de la entrega o consignación de su copia, con indicación de la identificación de la persona que la recibió; o, en su caso, la constancia del Juez que se materializó la notificación por medio electrónico; al día siguiente se computa el lapso para que el demandado comparezca al décimo (10°) día hábil, a la hora fijada, para que tenga lugar la audiencia preliminar. Y, si son varios los demandados, al partir del día siguiente de la última de sus notificaciones, como se aclara en el artículo 128, *eiusdem*.

Igualmente, según el artículo 127, *eiusdem*, la notificación puede hacerse por correo certificado con aviso de recibo. Para ello deberá indicarse por el demandante la oficina o lugar donde el demandado ejerza su comercio e industria. En cuyo caso el Alguacil depositará el sobre en la respectiva Oficina de Correo conteniendo el cartel de notificación. El aviso de recibo se agrega al expediente, una vez recibido a la vuelta del correo del administrador o director de este servicio, y al día siguiente comienza a computarse el lapso de comparecencia del demandado.

Nada se dice en la Ley si se concede término de distancia para la comparecencia del demandado a la audiencia preliminar. Sin embargo, en el caso que éste se encuentre fuera del lugar de la sede del Tribunal, para garantizar el derecho de defensa del demandado el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, de conformidad con la potestad que se atribuye a los jueces del Trabajo, en el artículo 65 de la Ley en comentarios, de fijar en ausencia de regulación legal los términos o lapsos para el cumplimiento de los actos procesales previstos en la ley, puede conceder término distancia al demandado.

No se prevé en el texto legal en comentarios, cómo se procede en el caso que el Alguacil no pueda cumplir con las diligencias de la notificación. Por ejemplo, cuando la persona a quien se le entregue la copia del cartel no lo quiera recibir o no quiera identificarse. O, si tampoco se logra la citación por correo certificado con aviso de recibo. En estos casos, el Juez, con fundamento en el artículo 11 *eiusdem*, deberá por analogía aplicar las formas sustitutas de la notificación personal previstas en el artículo 233 del CPC, y publicar el cartel en un diario de los de mayor circulación en la localidad, indicando al demandado que deberá concurrir dentro de los diez días hábiles siguientes a la audiencia preliminar, apercibiéndole que de no comparecer, personalmente o por medio de apoderado, en atención a lo dispuesto en los artículos 129 y artículo 131, *eiusdem*, se presumirá que admite los hechos alegados en la demanda.

Debe tenerse presente que en caso de litis consorcio pasivo, según el artículo 51, *eiusdem*, el Juez no ordenará la notificación de ningún demandado, si el demandante no proporciona los datos necesarios para el emplazamiento de todos los litisconsortes. Quienes deberán ser emplazados en la forma contemplada en los artículos 126 y 127, de la misma Ley, conforme se advierte en el artículo 50, *eiusdem*.

5.5 *LA AUDIENCIA PRELIMINAR. EL DESISTIMIENTO Y LA CONFESIÓN FICTA POR LA FALTA DE COMPARECENCIA DE LAS PARTES*

Según el artículo 129 de la Ley en comentarios, la audiencia preliminar será oral y privada. Ello es una excepción a la regla contenida en el artículo 4°, *eiusdem*, que establece que todos los actos del proceso laboral serán públicos. Ahora bien, según esta norma, la asistencia de las partes es obligatoria, y por supuesto del juez, que la presidirá. En los casos de litis consorcios, el Juez designará una representación no mayor de tres personas por cada parte, a los fines de mediar y conciliar las posiciones de las mismas. Si falta el demandante se considerará desistido el procedimiento, en cuyo caso el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución pone fin al procedimiento mediante una sentencia oral dictada en la audiencia que se reducirá en el mismo momento a un acta.

Así se dispone en el artículo 130, de la Ley en comentarios. Si quien no comparece es el demandado, entonces, se presume que admite los hechos alegados en la demanda. En cuyo caso es el mismo Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, quien sentenciará en forma oral, atribuyéndosele el valor de una confesión a la inasistencia del demandado. Ello si la pretensión del demandante no es contraria a derecho. Así, se contempla en el artículo 131, *eiusdem*. No cabe duda, pues, que la notificación del demandando es un verdadero emplazamiento, y no una simple notificación, por las consecuencias negativas de su falta de comparecencia.

En estos casos de desistimiento del procedimiento o de confesión ficta por la falta de comparecencia del demandante o del demandado, respectivamente, la sentencia que así lo declare es apelable, en ambos efectos, ante el Tribunal Superior del Trabajo, según los artículos 130 y 131, de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, dentro de los cinco días hábiles siguientes a partir de la publicación del fallo. E, igualmente recurribles en casación, si su cuantía excede de tres mil unidades tributarias, conforme al numeral 1 del artículo 167, *eiusdem*.

En ambos casos, el apelante puede invocar motivos justificados y fundados o razones de fuerza mayor o caso fortuito, que si a juicio del Tribunal de alzada son plenamente comprobables, puede revocar la sentencia de primera instancia, ordenando la realización de una nueva audiencia preliminar. O, en su lugar, de no considerar procedentes tales motivos, puede confirmarla. De este modo, al quedar firme la decisión de primera instancia, el demandante no podrá demandar antes que trascurra noventa días continuos, conforme lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 130, ya citado. Y, habrá terminado el juicio en el caso de la confesión del demandado. Salvo, por supuesto que se ejerza recurso de casación. En el supuesto de confesión ficta por la ausencia del demandado, la casación podrá casar la sentencia sin reenvío.

En mi criterio, en estos casos, si los hechos que justifican la inasistencia de las partes son notorios, bastará con alegarlos. En caso contrario deberán demostrarse ante el Tribunal Superior, en la respectiva audiencia, según el Parágrafo Segundo del artículo 130, y de acuerdo con el se-

gundo párrafo del artículo 131, ya citados. Igualmente, a mi juicio procede la revocatoria de las sentencias si se demuestra fraude o dolo, o la violación de las formas esenciales, en el acto de la notificación. Ello con fundamento en el artículo 48, *eiusdem*.

A diferencia de lo que ocurre en la audiencia del juicio, cuando no comparece ninguna de las partes, que determina la extinción de la instancia (artículo 151, último aparte), no se prevé una disposición similar si ello ocurre en la audiencia preliminar. En mi criterio, la falta de previsión expresa impide aplicar la misma consecuencia procesal. Por el contrario, pienso que en ese supuesto se paraliza el proceso, y de prolongarse por más de un (1) año sin que se gestione la continuación del procedimiento, se produce la perención conforme a lo previsto en el artículo 201 *eiusdem*.

5.6 *LA PROHIBICIÓN DE CUESTIONES PREVIAS INCIDENTALES. LA OPOSICIÓN DE DEFECTOS PROCESALES. EL DESPACHO SANEADOR. EL AGOTAMIENTO DEL DEBATE. LA TERMINACIÓN DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. REMISIÓN DEL EXPEDIENTE AL JUEZ DEL JUICIO*

En la audiencia preliminar, según el artículo 129 de la Ley en comento, no se admitirá la oposición de cuestiones previas. Por el contrario, según el artículo 134, *eiusdem*, si en esta audiencia no fuere posible la conciliación, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, deberá resolver en forma oral todos los vicios procesales que se pudieren detectar, bien a petición de parte o de oficio, a través de la providencia denominada despacho saneador, que reducirá en un acta. Estos vicios son en verdad defectos, por ejemplo, atinentes a los presupuestos procesales, como falta de jurisdicción, incompetencia, inadmisibilidad de la demanda, inepta acumulación de pretensiones, falta de legitimación procesal o la falta de constitución válida de litis consorcio; o nulidades procesales, que el Juez puede subsanar. Pero no así los relativos a los requisitos constitutivos de la acción como la cualidad o caducidad, prohibición legal de la acción, o prescripción, que constituyen defensas perentorias que corresponderá resolver al Juez de juicio. Ahora bien, es

cierto que según el citado artículo 129, en la audiencia preliminar no se permite la oposición de cuestiones previas, como incidencias autónomas. Por tanto, los defectos de algunos de los presupuestos procesales señalados, han de plantearse en la audiencia preliminar y ser resueltos por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, mediante el despacho saneador que puede significar providencias sustanciadoras que obliguen a las partes a cumplir determinados actos, para subsanar las deficiencias de sus pretensiones. Por ejemplo, desembarazarse de la pretensión acumulada indebidamente. O, también reposiciones o anulaciones, de ser el caso para corregir los defectos del proceso, para volver a celebrar válidamente la audiencia preliminar. Por ejemplo, la falta de emplazamiento de todos los litisconsortes, conforme a lo previsto en los artículos 50 y 51, *eiusdem*. Las cuales una vez dictadas deberán cumplirse, para lo cual la audiencia preliminar puede prolongarse, según el artículo 132, *eiusdem*, pero sin exceder de cuatro (4) meses, como lo previene el artículo 136, *eiusdem*. Igualmente, el despacho saneador puede consistir en una declaratoria de incompetencia o de falta de jurisdicción, en cuyo caso, se podría aplicar por analogía el recurso de regulación de competencia o de jurisdicción, respectivamente, con fundamento en el artículo 11, *eiusdem*.

El artículo 132, de la Ley en comento, establece que en la audiencia preliminar se debe agotar el debate, para lo cual esta audiencia puede prolongarse, previa aprobación del Juez, de modo que si no fuere suficiente la audiencia fijada, ha de continuar el día hábil siguiente y así cuantas veces sea necesario, hasta agotarlo. Ahora bien, ¿en qué consiste ese debate, si en esta audiencia no se pueden proponer cuestiones previas y tampoco tiene lugar la contestación de la demanda, que sólo ocurre al concluir dicha audiencia, dentro de los cinco días hábiles siguientes, como se consagra en el artículo 135, *eiusdem*? Pues bien, en primer lugar, en la audiencia preliminar, principalmente debe procurarse la mediación y conciliación de las partes, por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución conforme se desprende del artículo 133, de la Ley en comentarios. Pero, asimismo, si no hay lugar a la conciliación ni al arbitraje, las partes pueden promover sus pruebas (artículo 73); y el demandado puede solicitar la notificación de un tercero garante o litisconsorte (artículo 54); y, como ya se expresó, también las partes pue-

den alegar para que el Juez subsane mediante el despacho saneador los defectos de los presupuestos procesales y los vicios del procedimiento; así como solicitar medidas cautelares (artículo 137).

De no haber finalizado el procedimiento por conciliación o arbitraje, el Juez deberá declarar concluida la audiencia preliminar, y en ese mismo acto debe incorporar las pruebas promovidas por las partes en esa audiencia, a los fines de su admisión y evacuación por el Juez de Juicio (artículo 74, *eiusdem*). Pero, no remitirá el expediente porque dentro de los cinco días hábiles siguientes, el demandado debe consignar por escrito la contestación de la demanda (artículo 135, *eiusdem*). De no hacerlo el demandado, se le tiene por confeso, en cuyo caso el Juez de Sustanciación remite de inmediato el expediente al Juez de Juicio quien deberá resolver dentro de los tres días siguientes al recibo del expediente, ateniéndose a la confesión del demandado (*Ibídem*). Con la conclusión de la audiencia preliminar precluye para el demandante la oportunidad de sostener nuevos hechos, puesto que en la audiencia del juicio sus alegatos sólo pueden recaer sobre sus pretensiones contenidas en la demanda y en la contestación (artículo 151, *eiusdem*). El demandado, a su vez, tiene la ventaja de acomodar su contestación al contenido de la audiencia preliminar, puesto que ello ocurre después de realizada esta audiencia, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes (artículo 135) *eiusdem*.

No se regula lo relativo a la reconvención, como si ello no pudiera ocurrir en el proceso laboral oral. Pienso, que esta defensa sólo puede plantearse en la oportunidad de la contestación de la demanda, de forma que ha de darse al demandante oportunidad para que le de contestación, por aplicación analógica del artículo 135 *eiusdem*, con fundamento en el artículo 11 *eiusdem* en cuyo caso, se pasarían después los autos al Juez de Juicio, puesto que una nueva audiencia preliminar es inútil, pues, las partes no han querido avenirse.

La primera obligación del Juez en la audiencia preliminar es llamar a la mediación y conciliación a las partes, insistiendo que éstas pongan fin a la controversia mediante cualesquiera de los medios de auto composición procesal. Esta función conciliadora es de la esencia de la participa-

ción activa de los jueces en el proceso laboral oral, conforme a lo previsto en el artículo 6°, *eiusdem*, de modo que sean las partes las que pongan fin a su pleito, a través de los medios alternativos de solución de conflictos, señalados en la propia ley, como la conciliación, mediación y arbitraje. De estos medios salvo la referencia a la exención de las costas en la transacción (artículo 62, Parágrafo único, *eiusdem*), sólo se regula el arbitraje, que procede a petición de las partes (artículo 138, *eiusdem*), en cuyo caso, el Juez al que corresponda, deberá declarar terminado el procedimiento judicial oral. En este supuesto ordenará que se cumpla el procedimiento de arbitraje que se contempla de los artículos 139 a 148, *eiusdem*, mediante una Junta de Arbitraje integrada por tres árbitros escogidos al azar de una lista preestablecida por la Sala de Casación Social, ante la cual han de juramentarse, de los cuales el Juez que ha venido conociendo designará el presidente. Junta esta que dispone de un lapso de treinta días hábiles siguientes a su constitución para dictar el laudo, que si bien es inapelable es recurrible de inmediato ("per saltum") por ante la Sala de Casación Social, si la cuantía del asunto excede la establecida en el artículo 167, *eiusdem*; y sólo por los motivos taxativos contemplados en el artículo 149, *eiusdem*. De forma que el arbitraje es uno de los modos de terminación de la audiencia preliminar o en su caso de la audiencia del juicio.

Pienso que no procede el recurso de control de legalidad contra los laudos arbitrales que no fueren recurribles en casación, porque este recurso excepcional sólo se da contra sentencias de los Tribunales Superiores del Trabajo, según el artículo 178 *eiusdem*. Y, si se trata del recurso de casación contra los laudos arbitrales, éste sólo puede fundarse en los motivos señalados en el artículo 149 de la Ley en Comento y no en los motivos indicados en el artículo 167, *eiusdem*.

5.7 *EL TIEMPO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. RECURSOS. INTERVENCIÓN DE TERCEROS AFECTADOS*

No se aclara, en el artículo 137 de la Ley en comentarios si las medidas cautelares deben solicitarse o decretarse antes, en la audiencia preliminar o después de la conclusión de la audiencia preliminar. Da la impresión que ello es procedente antes, pero también durante y después de la

audiencia preliminar, y previo a la remisión del expediente al Juez del Juicio. Y, contra el decreto de medidas cautelares no se da oposición sino apelación por la parte afectada, la cual se oye en un solo efecto, de acuerdo con el artículo citado. Tampoco se aclara lo relativo a la situación de los terceros afectados por estas medidas. Sin embargo, en mi criterio, estos terceros pueden intervenir en primera instancia antes de la audiencia del juicio, según el artículo 53, *eiusdem*, para oponerse a la medida, y en su caso, apelar si se les desestima la oposición. Por otra parte, tales medidas pueden ser las que el Juez considere adecuadas. Para ello se exige la presunción grave del derecho reclamado. Es decir, la verosimilitud del hecho debatido. Y, además, aunque no se precise las medidas han de ser racionales y proporcionales a la cuestión planteada.

5.8 *LA ADMISIÓN Y EVACUACIÓN DE LAS PRUEBAS. LA CARGA DE LA PRUEBA*

En la Ley vigente, las pruebas por regla general deben promoverse por ambas partes en la audiencia preliminar, salvo las excepciones establecidas expresamente en la misma Ley, según lo dispuesto en el artículo 73, *eiusdem*. Debe advertirse que esas pruebas son todas las previstas en la Ley en comentarios, en el Código de Procedimiento Civil, en el Código Civil y en otras leyes, pero en el encabezamiento del artículo 70, *eiusdem*, se excluyen las pruebas de posiciones juradas y de juramento decisorio. Ahora bien, según los textos de los artículos 77, 78, 81, 82, 92, 93, 107 y 111, todos de la Ley citada, da la impresión que los instrumentos, la prueba de informes, la exhibición de documentos, la prueba de experticia, las reproducciones, copias y experimentos y la inspección judicial, también pueden ser promovidos incluso en la audiencia del juicio. En efecto, en el artículo 153, *eiusdem*, a diferencia de las normas citadas expresamente se establece que la testimonial puede realizarse en la audiencia del juicio, siempre y cuando se hubieren promovido los testigos en la audiencia preliminar. Pero, para los demás medios probatorios no se contempla una disposición similar. Esta interpretación se fortalece con el artículo 156, *eiusdem*, en cuyo texto se dice que en la audiencia del juicio las partes pueden solicitar la evacuación de cualquier otra prueba que consideren necesaria para el mejor esclareci-

miento de la verdad. E, incluso ordenarse de oficio por el Juez, lo cual confirma el principio consagrado en el artículo 71, *eiusdem*.

Respecto del trámite de las pruebas promovidas en la audiencia preliminar de acuerdo con el artículo 75, *eiusdem*, el Juez del Juicio es quien las providencia. Y ante su negativa de admitirlas, por disposición del artículo 76, *eiusdem*, cabe recurso de apelación dentro de los tres días hábiles siguientes, en un solo efecto, para ante el Tribunal Superior del Trabajo, quien debe decidir en forma oral e inmediatamente, previa audiencia de parte, en un lapso no mayor de cinco días hábiles a partir de la realización de la audiencia.

Cinco comentarios más respecto de las pruebas. El primero, que el Juez que debe sentenciar es quien debe presenciar la evacuación de las pruebas, conforme se consagra en el artículo 6°, *eiusdem*, aunque se hubieren promovido ante un Juez distinto en la audiencia preliminar (artículo 73, *eiusdem*). El segundo, que de las pruebas evacuadas que hubiere presenciado, los Jueces de Mérito obtienen su convencimiento (artículo 6°, *in fine*), salvo que se trate de la falta de contestación de la demanda, en cuyo caso la sentencia se atiene a la confesión del demandado (artículo 135, in fine, *eiusdem*). El tercero, que las pruebas las apreciarán los Jueces del Juicio según las reglas de la sana crítica, prefiriendo en caso de duda la valoración más favorable al trabajador (artículo 10, *eiusdem*). Cuarto, que si bien la carga de la prueba corresponde a quien afirme los hechos o los contradiga alegando nuevos hechos; sin embargo, la prueba de las causas del despido y del pago de las obligaciones laborales siempre corresponde al patrono. Pero, en todo caso el Juez mantiene su facultad inquisitiva, si las pruebas de las partes son insuficientes (artículo 71, *eiusdem). Y*, que en el supuesto que el trabajador tenga que probar la relación del trabajo se le favorece con la presunción de su existencia independientemente de su posición en el proceso (Artículo 72, *eiusdem*). Y, finalmente, que la conducta procesal de las partes es un elemento de convicción para los Jueces al dictar la sentencia (Artículos 48 y 122, *eiusdem*).

5.9 *LAS INCIDENCIAS DE TACHA, DE COTEJO DE DOCUMENTOS PRIVADOS Y DE TACHA DE TESTIGOS*

La tacha de falsedad de los instrumentos debe proponerse como incidencia en la audiencia del juicio, según el artículo 84 de la Ley en comento, por los motivos señalados en el artículo 83, *eiusdem*. Aún cuando hubieren sido promovidos en la audiencia preliminar (artículos 73 y 74 *eiusdem*). El tachante debe hacerlo en forma oral, señalando los motivos y los hechos en que se basa. En cuyo caso, dentro de los dos días hábiles siguientes, deberán las partes promover las pruebas relativas a la tacha, y el Juez del Juicio fijar la oportunidad para su evacuación, en un lapso no mayor de tres días hábiles. Pudiéndose prorrogarla hasta por cinco días hábiles (artículo 85, *eiusdem*). En estos casos, la sentencia definitiva se dictará el día en que finalice la evacuación de las pruebas de la tacha y abarcará el pronunciamiento sobre esta (*Ibídem*). Quiere decir, entonces, que en este supuesto puede ocurrir una suspensión de la audiencia del juicio hasta tanto culmine la incidencia de la tacha.

El desconocimiento de los instrumentos privados se debe hacer en la audiencia del juicio, si el instrumento se produjo en la audiencia preliminar (artículo 86, *eiusdem*). Por supuesto, que sí se presentó en la audiencia del juicio, su desconocimiento se hará en esta misma audiencia. En estos casos la parte que lo aportó podrá probar su autenticidad, mediante la prueba de cotejo por expertos, o a través de la solicitud de que la parte contraria escriba y firme en presencia del Juez; que deberán solicitarse en la misma oportunidad del desconocimiento. A diferencia de la incidencia de la tacha de instrumentos, para la prueba de la autenticidad de instrumentos privados, no se prevén lapsos especiales para el cotejo, por lo que deberá realizarse en la audiencia del juicio. Y la decisión sobre la incidencia de reconocimiento del instrumento privado será resuelta en la sentencia definitiva (Artículos 87, 88, 89, 90 y 91, *eiusdem*). En otras palabras, no da lugar a una incidencia dentro de la audiencia del juicio.

Los testigos sólo pueden tacharse en la audiencia del juicio (artículo 100, *eiusdem*), aunque su promoción se hace en la audiencia preliminar (artículo 153, *eiusdem*). Y para su comprobación se siguen los mismos

lapsos del trámite establecido en los artículos 84 y 85 para la tacha de falsedad de instrumentos y la decisión sobre la tacha de testigos se pronuncia en la sentencia definitiva (artículo 102, *eiusdem*).

5.10 *EL PROCEDIMIENTO DE JUICIO. LA AUDIENCIA O DE DEBATE ORAL. EL DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN Y LA CONFESIÓN FICTA POR LA FALTA DE COMPARECENCIA DEL DEMANDANTE O DEL DEMANDADO. LA EXTINCIÓN DEL PROCESO POR LA AUSENCIA DE AMBAS PARTES*

Al recibir el expediente el Juez de Juicio al quinto día hábil debe fijar por auto expreso el día y la hora para la celebración de esta audiencia, no más allá de treinta días hábiles de dicho auto, como se expresa en el artículo 150, *eiusdem*. Ese tiempo de cinco (5) días que tiene el Juez de juicio para fijar la audiencia principal, en mi criterio, le sirven para enterarse del objeto del proceso. Y también sobre de las cuestiones probatorias que habrán de dilucidarse en la audiencia, porque recuérdese que este Juez no ha participado en la etapa de promoción, pero que, sin embargo, le corresponde pronunciarse sobre la admisión de las pruebas dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del expediente (artículo 75, *eiusdem*). El día de la audiencia de juicio obligatoriamente deben comparecer ambas partes, personalmente o mediante apoderados para que expongan oralmente sus alegatos contenidos en la demanda o en su contestación. De modo que de faltar el demandante se entiende desistida la acción y si lo es el demandado, éste incurre en confesión ficta, según el artículo 151, *eiusdem*. En ambos casos el Juez de juicio dicta sentencia en forma oral, reduciéndola a un acta, que en el caso de ausencia del demandado tendrá como fundamento dicha confesión, si la pretensión del demandante es procedente en derecho. Estas decisiones son apelables en ambos efectos, o, en su caso, recurribles directamente ante la Sala de Casación Social si el interés económico de la causa excede de tres mil unidades tributarias. Pero, en ambos casos las partes pueden alegar motivos justificados para su incomparecencia, de caso fortuito o fuerza mayor, que de comprobarse por el Tribunal Superior o la Sala de Casación Social, dispondrán la realización de una nueva audiencia principal. Por último, si ninguna de las partes comparece el proceso se extingue, como se advierte en el artículo 151, *eiusdem*.

Por lo que el demandante no podrá volver a proponer la demanda antes de transcurrir noventa (90) días después de declarada la extinción de la instancia, por aplicación del artículo 204, *eiusdem*, sin que corran los lapsos de prescripción y sin afectar los efectos de la notificación del demandado, según el artículo 203, *eiusdem*.

5.11 *LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA AUDIENCIA PRINCIPAL*

En esta audiencia después de escuchados los alegatos de las partes, se evacuarán las pruebas, comenzando por las del demandante, cuya práctica la señalará el Tribunal en este acto. Y después por el demandado. Por ejemplo, la presentación de los testigos promovidos por las partes en la audiencia preliminar, sin necesidad de notificación alguna; la comparecencia de expertos, designados conforme lo dispuesto en el artículo 94, *eiusdem*. Salvo los instrumentos o pruebas existentes en los autos, a las cuales tenga que referirse la exposición oral, de acuerdo con el artículo 152, *eiusdem*, a las partes no se les permite la presentación ni la lectura de ningún escrito. Respecto de las pruebas las partes tienen derecho a presentar observaciones orales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 155, de la Ley en comentarios. Y, en el artículo 156, *eiusdem*, se faculta al Juez para que, de oficio o a petición de parte, disponga la evacuación de cualesquiera otra prueba que considere necesaria. Dentro de estas pruebas se encuentra la declaración de parte, prevista en el artículo 103, *eiusdem*, para lo cual se consideran juramentados el demandante y el demandado por su presencia en la audiencia del juicio, cuyas respuestas se tendrán como una confesión sobre los asuntos que se les interrogue, en relación con la prestación del servicio, así como la negativa o evasiva a contestar las preguntas (artículos 103, ya citado, y 106, *eiusdem*). Es importante señalar que en las preguntas y respuestas se resumirán en el acta de la audiencia del juicio si no es posible su grabación, como se prevé en el artículo 105, *eiusdem*. Puede observarse, que las posiciones juradas y el juramento decisorio, que están excluidos como medios probatorios en el artículo 70, *eiusdem*, se sustituyen por la declaración de parte que sólo procede a instancia del Juez de Juicio, cuyas respuestas, sin embargo equivalen a una confesión, según el artículo 103 *eiusdem*. No obstante, pienso que su valor no es pleno, porque el Juez ha de valorarlas según las reglas de sana crítica (artículo 10 *eiusdem*).

Igualmente, en esta audiencia tienen lugar la incidencia de tacha de documentos, y el reconocimiento de instrumentos privados y la tacha de testigos, como se expresó anteriormente (artículos 83, 86 y 100, *eiusdem*).

Finalmente, lo acontecido en la audiencia de juicio deberá ser reproducido en forma audiovisual y sólo en casos excepcionales y ante la imposibilidad manifiesta de reproducción audiovisual, ésta podrá realizarse sin estos medios, dejando el Juez constancia de esta circunstancia en la sentencia. En todo caso, la cinta o medio electrónico de reproducción de haberse utilizado, se remite en sobre sellado para que pueda ser del conocimiento del Tribunal Superior del Trabajo o de la Sala de Casación Social (artículo 162, *eiusdem*).

5.12 *LA SENTENCIA. PRONUNCIAMIENTO ORAL. DIFERIMIENTO. REPETICIÓN DEL DEBATE ORAL POR LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA*

Al concluir el debate oral, que puede ocurrir en la misma audiencia o en otra de no ser suficientes, las horas de despacho o la audiencia fijada, para cuya prorroga se puede fijar el día hábil siguiente y cuantas veces fuere necesario hasta agotarlo, según el artículo 157, *eiusdem*, el Juez ha de retirarse de la audiencia por un tiempo no mayor de sesenta minutos, de acuerdo con el artículo 158, *eiusdem*. Las partes deben permanecer en la Sala de Audiencias. Al regresar el Juez de juicio pronuncia oralmente la sentencia, con expresión del dispositivo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y derecho, y la reducirá de inmediato en cuanto a su dispositiva a forma escrita. De requerirlo la complejidad del asunto el Juez de juicio puede diferir por una sola vez la oportunidad para dictar sentencia por un lapso no mayor de cinco (5) días hábiles después de evacuadas todas las pruebas. Si el Juez, dice el artículo 158, antes citado, no decide la causa inmediatamente después de concluido el debate oral; (o en la fecha para la cual difirió la sentencia, puede agregarse), ha de repetirse de nuevo el debate oral para lo cual se fijará otra oportunidad. Es decir, se trata de una anulación de la audiencia principal y de su reposición, por la falta de pronunciamiento de la sentencia.

Recuérdese que si la incidencia de tacha de documentos no ha finalizado, la sentencia definitiva deberá diferirse para que comprenda tanto el fondo del asunto con la cuestión incidental de la tacha (artículo 85, *eiusdem*).

5.13 *DOCUMENTACIÓN O PROTOCOLIZACIÓN DE LA SENTENCIA. REQUISITOS DE LA SENTENCIA ESCRITA. MOTIVOS DE NULIDAD. FUNDAMENTOS DE EQUIDAD Y DE REGLAS DE EXPERIENCIA. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. LA CONDUCTA DE LAS PARTES COMO ELEMENTOS DE CONVICCIÓN O DE PRUEBA CONTRARIA A SUS INTERESES*

La sentencia dictada oralmente debe reproducirse por escrito y se agrega al expediente, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles después de su pronunciamiento verbal, dejándose constancia por el Secretario del día y la hora de esta actuación. Así se prevé en el artículo 159, de la Ley en comentarios.

La sentencia, según este mismo artículo, debe estar redactada en términos claros, precisos y lacónicos, sin narrativa ni transcripciones de actas o documentos del expediente, pero si 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 cosas sobre las que recaiga. Y, de ser necesario puede disponerse que se practique una experticia complementaria del fallo por un solo experto designado por el Tribunal.

Si la sentencia, conforme al artículo 160, *eiusdem*, no contiene las anteriores determinaciones; o absuelve la instancia; o resulta contradictoria de modo que sea inejecutable o no aparezca lo decidido; o resulte condicional o contenga ultrapetita será nula. También, se puede agregar, en atención a lo dispuesto en el artículo 57 *eiusdem*, que prohíbe a los jueces volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia anterior, que será también nula la sentencia escrita que contradiga el dispositivo de la sentencia pronunciada verbalmente en el debate oral.

Respecto de los fundamentos de la sentencia debe recordarse que los Jueces pueden basar sus fallos no solamente en normas de derecho sino también en la equidad, cuando la ley deje a su arbitrio la solución del

asunto debatido, como se desprende del artículo 2° del texto en comentario. Y, además, que según el artículo 60 de la vigente Ley Orgánica del Trabajo, la equidad para la resolución de casos determinados es aplicable como fuente del derecho del trabajo, después de las normas constitucionales y legales, la convención colectiva, los principios generales laborales, la costumbre y los usos. También los jueces de juicio pueden basar sus decisiones en sus conocimientos contenidos en las máximas de experiencia, partiendo de los presupuestos de hecho debidamente acreditados en el proceso, como se establece en el artículo 121, *eiusdem*.

Y en materia de apreciación de las pruebas la regla, según el artículo 10, *eiusdem*, es la sana crítica. En esta materia un aporte importante de la Ley vigente se refiere al valor de convicción o de elemento probatorio que los jueces pueden atribuir al comportamiento de las partes en el proceso, con relación a los deberes de lealtad y probidad y de cooperación para la realización de las pruebas, según los artículos 48 y 122, de dicha Ley.

PALABRAS FINALES

Con relación al procedimiento contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo puede concluirse, en: 1) Que debe vencerse el temor a la oralidad, estableciendo el proceso oral y público no sólo para la materia laboral sino para todas las materias, si se quiere realizar el cometido de una justicia pronta y cumplida. 2) Que este proceso que aumenta los poderes de los jueces, requiere de un nuevo tipo de juez que sepa más derecho sustantivo y que provenga de una estricta selección, con capacidad y experiencia. 3) Que el sistema de la oralidad en el proceso debe ir acompañado de un adecuado régimen de responsabilidad judicial por error u omisión inexcusable. Y, 4) Que en la aplicación del proceso oral debe garantizarse el debido proceso con un efectivo control de sus posibles violaciones.

Crítica de la Subordinación

Oscar ERMIDA URIARTE*
Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ**

SUMARIO:

Introducción
1. **El concepto de subordinación.**
2. **Los viejos y los nuevos cuestionamientos**: **2.1** *Los cuestionamientos tradicionales*. **2.2** *Los nuevos cuestionamientos*.
3. **Elenco de situaciones fugadas o excluidas de la subordinación y del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo.**
4. **Las nuevas y renovadas soluciones propuestas**: **4.1** *La hiposuficiencia*. **4.2** *El hecho social trabajo*. **4.3** *La ajenidad*. **4.4** *La inserción en la organización empresaria*. **4.5** *La subordinación económica*. **4.6** *La parasubordinación*. **4.7** *La autonomía colectiva*. ***4.8*** *El abandono (total o parcial) de la subordinación y el redimensionamiento del Derecho del trabajo*.

Conclusiones o reflexiones personales.

---

* **Universidad de la República**, Uruguay, Facultad de Derecho, Profesor. **Organización Internacional del Trabajo, Cinterfor/OIT**, funcionario.
Universidad Lisandro Alvarado, Profesor. Docente invitado en cursos de Postgrado de varias Universidades.

INTRODUCCIÓN

El Derecho del trabajo nace como un desprendimiento del Derecho civil, destinado a atender relaciones derivadas de la prestación del trabajo que el segundo, cuya estructura obligacional se fundamenta en la piedra angular de la autonomía de la voluntad, no estaba en condiciones de regular adecuadamente. En efecto, en tales situaciones, una de las partes, el trabajador, dada su debilidad económica y su vital requerimiento de obtener y asegurar un puesto de trabajo que le permita proveer a su subsistencia y a la de su familia, no disfruta efectivamente de la posibilidad de concertar libremente sus condiciones de trabajo, sino que se ve constreñido a aceptar las unilateralmente impuestas por el patrono, con el consecuente resultado de injusticia social.

El hecho de que el Derecho del trabajo se originara como un desprendimiento del Derecho civil, unido a la circunstancia de que la prestación del trabajo se desarrolla en el marco de un complejo mundo de relaciones, muchas de las cuales son objeto de regulación por parte de diversas disciplinas jurídicas, supuso, desde el inicio de su evolución, la necesidad de establecer criterios teóricos que delimitaran su ámbito de aplicación en relación con otras ramas del Derecho. Este tema de límites entre disciplinas jurídicas ha sido objeto de permanente interés por parte de la doctrina laboralista. Al respecto, Américo Plá Rodríguez señala que "estas fronteras tienen la particularidad y la dificultad de que son móviles, dinámicas, extensibles, por lo que se va cambiando continuamente el territorio de nuestra disciplina".[1] El maestro uruguayo escribió esta opinión en un artículo publicado en 1977 en un libro homenaje a Rafael Caldera. Treinta y cuatro años han pasado y las fronteras se han movido, para extenderse, para reducirse o, más bien, en la mayoría de los casos, para hacerse confusas. De allí la recurrencia del tema fronterizo. Apenas los laboralistas nos sentimos bien ubicados dentro de un determinado ámbito que hemos definido como propio, cuando el mismo se nos agranda o se nos achica.

[1] Plá Rodríguez, Américo, *Sobre las fronteras del Derecho del trabajo*, en *Estudios Homenaje a Rafael Caldera*, Caracas, 1997.

En los recientes años, las presiones hacia el achicamiento son las que han dado lugar a que el problema de las fronteras ocupe nuevamente especial atención por parte de los estudiosos. En efecto, las tendencias flexibilizadoras procuran dar a la autonomía de la voluntad un papel más importante en la regulación del trabajo que el que tradicionalmente le ha conferido el Derecho del Trabajo. Para lograr este objetivo se han utilizado varios métodos. Uno es la desregulación, que consiste en derogar normas heterónomas sobre el trabajo, para abrir, así, espacio a la autorregulación por las partes interesadas. Otro, es el de flexibilizar las normas laborales, es decir, adecuarlas en su formulación a las nuevas realidades y a los nuevos contenidos ideológicos. Un tercer método, menos auténtico que los anteriores, pero tal vez de más fáciles logros, pues evita las dificultades que comporta la derogatoria o modificación de las normas, es el de reducir el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo por la vía de la interpretación doctrinal o jurisprudencial o, simplemente, por la práctica laboral, excluyendo del mismo determinados temas o situaciones. En otras palabras, se achican las fronteras.[2]

Esta última metodología restrictiva de la protección laboral, ha sido recientemente objeto de debate en importantes foros. En 1998 la OIT al tratar de elaborar un instrumento normativo sobre un ámbito temático que trató de englobarse bajo la denominación de subcontratación, se topó con el tema de las fronteras de la protección laboral. No hubo consenso para elaborar la norma, pero, lo que es más delicado, ni siquiera para delimitar conceptualmente el tema que ésta debía regular. De allí que continuaron los estudios en un ámbito tripartito e internacional, que se concretó en una reunión de mayo de 2000 cuyas conclusiones apuntan a la necesidad de delimitar el ámbito personal de la relación de trabajo, para poder precisar los límites y la extensión de la protección debida a la misma. El XVI Congreso Mundial de Derecho del Tra-

[2] Ermida Uriarte, Oscar, *La flexibilidad*, segunda edición, Montevideo 2001; Hernández Álvarez, Oscar, *Reconversión empresarial, flexibilización y privatización. Sus efectos en las relaciones laborales. Notas para la elaboración de una óptica sindical sobre estos procesos*, en *Temas de relaciones de trabajo* (ed. Francisco Tapia), Santiago de Chile 1996, pp. 199 y ss.

bajo y Seguridad Social, reunido en septiembre de 2000, trató sobre las similitudes y diferencias entre contratos laborales, civiles y mercantiles, lo cual no es sino un aspecto de las fronteras entre las tres disciplinas jurídicas y el V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, reunido en Lima, en Septiembre de 2001, trató el mismo tema. Antes, en Barquisimeto, Venezuela, el IX Encuentro del Grupo Bologna/Castilla-La Mancha, debatió ampliamente sobre el tema, destacándose la necesidad de precisar los conceptos básicos para determinar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. El presente artículo recoge y amplía la ponencia central que sobre este tema fue presentada en dicho encuentro.

Varios han sido los criterios doctrinales propuestos para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo. A tal efecto, además del criterio de la subordinación, objeto específico de estos apuntes, la doctrina ha empleado, entre otros, los criterios de la ajenidad, la inserción en la organización empresaria, la dependencia económica, la hiposuficiencia, el concepto del trabajo como hecho social, la determinación de dicho ámbito por parte de la autonomía colectiva, la parasubordinación, etc.

Entre todas estas propuestas doctrinales, la del empleo de la subordinación como elemento determinante para la aplicación del Derecho del trabajo ha sido la predominante, especialmente en la doctrina, legislación y jurisprudencia latinoamericanas. Sin embargo, tal predominio no ha sido pacífico. Como bien lo asienta Rivas, la fortuna de que gozara por mucho tiempo el criterio de la subordinación, no ha impedido que el mismo haya sido constantemente impugnado, "de tal modo que puede afirmarse no sólo que la historia del Derecho del trabajo se identifica con la historia de la subordinación, sino también con la historia de su impugnación como criterio distintivo del trabajo dependiente".[3]

En el presente trabajo pretendemos exponer algunos apuntes sobre los diversos aspectos que se plantean con relación al empleo de la subordi-

[3] Rivas, Daniel, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Montevideo 1996, p. 34, con cita de Carinci, Franco, de Luca Tamajo, Paolo, Tosi, Paolo y Treu, Tiziano, *Diritto del lavoro*, t. 2, Il rapporto di lavoro subordinato, Torino 1985, p. 16.

nación como criterio distintivo del Derecho del trabajo, especialmente sobre aquellos que se derivan de las nuevas condiciones de prestación del trabajo. En un primer capítulo nos referiremos al concepto de subordinación. En un segundo capítulo pasaremos revista a los nuevos y viejos cuestionamientos de que ha sido objeto la subordinación. En el tercero nos referiremos a una serie de situaciones planteadas en las últimas décadas en el mundo del trabajo y que constituyen *"fugas"* de la subordinación y del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo. En el cuarto pasaremos revista a los criterios alternativos propuestos. En el quinto nos referiremos a límites técnicos y prácticos de la protección del trabajo no subordinado. Y finalmente concluiremos con algunas brevísimas reflexiones personales sobre el tema.

1. EL CONCEPTO DE SUBORDINACIÓN

El concepto de subordinación como factor fundamental para la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo fue propuesto, en los albores mismos de la formación de la disciplina, por un autor clásico, Ludovico Barassi, en su libro *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, cuya primera edición fue publicada en 1901. Barassi definió la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.

En general, la doctrina latinoamericana acepta la subordinación como un elemento fundamental para la existencia del contrato de trabajo y, consecuentemente, para la determinación del ámbito de aplicación del Derecho Laboral. Es de observar que buena parte de ella, aun reafirmando el carácter esencial de la subordinación, considera que ésta no es un factor exclusivo para tal determinación, sino que puede estar acompañada de otros, tales como el carácter personalísimo, la voluntariedad, la ajenidad y la onerosidad del trabajo.

Igual orientación es seguida por la legislación laboral latinoamericana. Así, en Argentina (LCT Arts. 21, 22, 23, 25), Brasil (Art. 3 CLT), Colombia (CST Arts. 22 y 23), Costa Rica (CT Arts. 5, 18,) Chile (CT Arts. 3 y 7), Ecuador (CT Art. 8), El Salvador (CT Art. 17), Guatemala (CT Art. 18), Honduras (CT Arts. 19 y 20), México (LFT Art. 20),

(Nicaragua no lo tenemos), Panamá (CT Art. 62, 64, 65), Paraguay (CT Art. 18), Perú (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Art. 4), República Dominicana (CT Art. 1), Uruguay (en algunas leyes especiales y de manera no sistemática) y Venezuela (LOT. Art. 39 y 67), bien sea al definir el contrato o relación de trabajo o al definir los conceptos de trabajador (empleado u obrero) o el de patrono e empleador, se establece la subordinación o dependencia como elemento esencial del contrato o relación de trabajo, de donde se deriva su importancia como factor definidor del ámbito de aplicación del Derecho Laboral. Ello no significa que se le otorgue a la subordinación este carácter de manera exclusiva, pues, en general, se establece la necesidad de una prestación de servicios y de una remuneración. En el caso venezolano, la definición legal de trabajador exige, además de la subordinación, que el trabajo sea prestado por cuenta ajena. La Ley General del Trabajo de Bolivia se aparta de la tendencia general y al definir los conceptos de empleado y obrero dice que es tal "quien trabaja por cuenta ajena", sin hacer referencia a la subordinación.

Es de observar que la mayor parte de las legislaciones consultadas, no define lo que es la subordinación o dependencia. Tan sólo las leyes de Honduras, Panamá y, en cierto modo, del Perú, contienen una definición.

Los artículos 19 y 20 del Código de Trabajo de Honduras, al regular al contrato de trabajo establecen:

> Art. 19: Por dependencia continua se entiende, la obligación que tiene el trabajador de acatar órdenes del patrono y de someterse a su dirección, ejercida personalmente o por medio de terceros, en todo lo que se refiera al trabajo;
>
> Art. 20: Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurra estos tres (3) elementos:
>
> La actividad personal del trabajador, es decir, la realizada por sí mismo;

> La continuada subordinación o dependencia respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y
>
> Un salario como retribución del servicio del trabajador.

El Código del Trabajo de Panamá, establece de forma muy precisa en sus artículos 64 y 65, los conceptos de subordinación Jurídica y de Dependencia Económica, los cuales se encuentran contenidos en los términos que a continuación se plantean:

> Art. 64: La subordinación jurídica consiste en la dirección ejercida o susceptible de ejercerse, por el empleador o sus representantes, en lo que se refiere a la ejecución del trabajo;
>
> Art. 65: Existe dependencia económica en cualquiera de los siguientes casos:
>
> Cuando las sumas que percibe la persona natural que preste el servicio o ejecute la obra constituyen la única o principal fuente de sus ingresos;
>
> Cuando las sumas a que se refiere el ordinal anterior provienen directa o indirectamente de una persona o empresa, o como consecuencia de su actividad;
>
> Cuando la persona natural que presta el servicio o ejecuta la obra no goza de autonomía económica, y se encuentra vinculada económicamente al giro de actividad que desarrolla la persona o empresa que puede considerarse como empleador.
>
> En caso de duda sobre la existencia de una relación de trabajo, la prueba de la dependencia económica determina que se clasifique como tal la relación existente.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral del Perú, más que definir, describe la subordinación, cuando en su artículo 9 dice:

> Artículo 9. Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de un empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador.
>
> El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y la modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de racionalidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Por su parte, la jurisprudencia ha tratado abundantemente el concepto de la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo, el cual es frecuentemente empleado como elemento para establecer la distinción, no siempre fácil, pero de importantes consecuencias jurídicas, entre este tipo de contratos y otras figuras pertenecientes al ámbito civil o mercantil.

Como es lógico, los distintos autores ensayan definiciones diferentes de subordinación, pero que en su esencia, no se apartan mucho del modelo original de la definición de Barassi, al menos, en cuanto se refiere a la subordinación jurídica, que viene, en general, entendida como la obligación que tiene el trabajador de sujetarse al poder directivo del empleador, quien, en ejercicio de su facultad de organizar y dirigir la empresa, puede dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y tomar medidas disciplinarias cuando el trabajador incurra en faltas. Suele señalar la doctrina que tal sujeción se puede dar, según los casos, con mayor o menor intensidad y que no supone que el empleador esté efectivamente ejerciendo una dirección constante sobre la actividad del trabajador, sino que aquél conserve la facultad de ejercer tal dirección y que éste tenga la obligación de acatarla. Es importante observar que el

tipo de subordinación que según esta generalizada doctrina es inherente al contrato de trabajo no es la misma subordinación que en todo contrato tiene la parte que asume una o más obligaciones. Es, en efecto, cierto que de todos los contratos civiles o mercantiles nacen obligaciones, al menos para una de las partes contratantes y que la parte que se obliga subordina su conducta al contrato, en el sentido de que debe dar cumplimiento a la obligación asumida mediante el mismo. Pero en el contrato del trabajo, la subordinación no significa solamente que el trabajador está obligado a prestar el servicio al cual se comprometió, sino que debe prestarlo con sujeción personal al poder directivo del empleador, lo cual crea, en la relación de trabajo, un sometimiento jerárquico de la persona del trabajador a la persona del empleador que no se produce en los contratos civiles y mercantiles. Justamente, son este sometimiento personal del trabajador a la autoridad jerárquica del empleador y las desigualdades económicas las que dificultan que a través del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad aquél pueda negociar con éste sus condiciones de trabajo de una manera equitativa, circunstancias que justifican histórica e ideológicamente el nacimiento y la existencia del Derecho del Trabajo como una disciplina jurídica especializada que tiende a dar adecuada tutela a ese trabajador jurídicamente dependiente y económicamente desigual.[4]

Si bien es cierto que la elaboración conceptual de la subordinación, desarrollada a partir de la propuesta de Barassi, tuvo fortuna, por cuanto ha inspirado, no sólo a la doctrina, sino también a la legislación y a la jurisprudencia de diversos países en la tarea de establecer los límites del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, no lo es menos que siempre suscitó reservas y objeciones. En efecto, el empleo de la subordinación como criterio fundamental de definición de la relación o del

[4] Sobre la subordinación y su función determinante de la existencia del contrato y/o de la relación de trabajo y, como consecuencia, de la aplicación del Derecho laboral, véase entre otros, Carballo Mena, César, *Delimitación del contrato de trabajo*, Caracas 2001; Ermida Uriarte, Oscar, *El concepto de subordinación o dependencia en el Derecho laboral y de la Seguridad social*, en *Revista Tributaria,* Montevideo 1983, t. X Nº 52; Plá Rodríguez, Américo, *Curso de Derecho laboral*, t. I, vol. 1, 2ª ed., Montevideo 1990, pp. 95-96 y t. II vol., Montevideo 1991, pp. 21 y ss; Rivas, Daniel, *ob. cit*.

contrato de trabajo y por ende, determinante de la aplicación del Derecho del trabajo, nunca estuvo libre de críticas, las cuales trataremos de resumir en el próximo capítulo.

2. LOS VIEJOS Y LOS NUEVOS CUESTIONAMIENTOS

Tal como se viene de señalar, la crítica a la subordinación como criterio fundamental de definición de la relación o del contrato de trabajo y por ende, determinante de la aplicación del Derecho del trabajo, nunca estuvo libre de cuestionamientos, a pesar de su hegemonía.

El repaso de esos cuestionamientos tradicionales es procedente, porque relativiza la "*novedad*" de los actuales planteamientos, a la vez que permite clarificar las diferencias que distinguen a éstos de aquéllos.

2.1 *LOS CUESTIONAMIENTOS TRADICIONALES*

Se le criticó –casi desde siempre– a la subordinación, su falta de selectividad social o económica –pues no necesariamente el trabajador jurídicamente dependiente debería ser un hiposuficiente social o económico sujeto a tutela–, su imprecisión técnica –por cuanto el trabajador subordinado podría tener una alta calificación profesional e independencia técnica, llegándose a hablar, en ocasiones, de "subordinación técnica invertida"–, su insuficiencia jurídica –por cuanto en otros contratos de prestación de servicios u obras podría presentarse, también, una dependencia jurídica análoga–, etc.[5]

Por ello, desde antaño se han propuesto otros criterios, algunos de los cuales se replantean también hoy: la ajenidad en sus diversas variantes, la inserción en la organización empresaria, la dependencia económica, etc.

Ya más recientemente aparece el concepto de parasubordinación, junto con reediciones de aquellos viejos criterios sustitutivos, pero ahora propuestos como respuesta a los nuevos cuestionamientos a la subordinación.

[5] Caldera, Rafael, *Derecho del Trabajo,* Caracas-Buenos Aires 1961, p. 271 y ss; Rivas, Daniel, *ob. cit.,* pp. 39 y ss.

2.2 *LOS NUEVOS CUESTIONAMIENTOS*

Los cuestionamientos recientes de la subordinación son cualitativamente diferentes a los anteriores y tienen una significación más profunda.

En efecto, mientras aquéllos se hacían con vistas a alcanzar una mejor y más amplia aplicación de la protección propia del Derecho del trabajo, los nuevos cuestionamientos a la subordinación se inscriben en un marco mucho más amplio de crítica del Derecho laboral todo; por tanto, no siempre es un cuestionamiento puntual a la herramienta técnica, proponiendo su cambio o complementación por otra mejor, sino que a menudo forma parte del ataque al conjunto. Y al mismo tiempo, al focalizar la ofensiva en el centro de gravedad del sistema, en su piedra fundamental, en el elemento que determina la aplicación del sistema, el cuestionamiento de este instituto específico –la subordinación– adquiere una significación mucho mayor que la de otros aspectos del Derecho del trabajo.

En efecto, *la crisis actual*[6] de la subordinación forma parte (esencial) de la crisis del Derecho laboral, que hoy es cuestionado desde la economía neoliberal, desde la política, desde las pautas culturales posmodernas e individualistas, entre otros factores.[7]

Sin entrar ahora en el detalle de estas tendencias, pueden sí mencionarse algunas que tienen una relación más directa con el concepto de subordinación y/o que son menos frecuentemente planteadas, como por ejemplo, la denominada "fuga del Derecho del trabajo", los efectos de la educación y la formación, y la reducción del tiempo de trabajo y las nuevas formas de organización del trabajo.

---

[6] Porque, como va dicho, las viejas y crónicas crisis de la subordinación tuvieron otro sentido muy diferente.

[7] Goldin, Adrián, *La protección del trabajo en la encrucijada*, en *Revista de Direito do Trabalho,* Año 26, Nº 97, São Paulo 2000, p. 97 y ss. y Ermida Uriarte, Oscar, *El futuro del Derecho del trabajo y las relaciones laborales*, en *Sindicalismo latinoamericano entre la renovación y la resignación* (Portella de Castro, María Silvia y Wachendorfer, Achim, coords.), Caracas 1995, pp. 48 y ss., y *La flexibilidad*, Montevideo 2000, pp. 21 a 25.

La fuga, huida o emigración del Derecho del trabajo[8] se ha desarrollado notablemente en los últimos años, escudándose en reales o presuntas necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo, pero sin duda buscando o teniendo como efecto la colocación de un trabajador fuera del ámbito de aplicación del Derecho laboral. Para ello se recurre a múltiples modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, descentralización y deslaboralización de la relación de trabajo,[9] que se han difundido desmesuradamente: contratación de trabajadores a través de un tercero, celebración de contratos de trabajo con la forma de contratos civiles o comerciales, constitución de una empresa real o ficticiamente autónoma con trabajadores hasta ese momento dependientes de la principal, contratación con cooperativas, declaración legal de que determinados trabajadores pasan a ser "trabajadores independientes" si se inscriben como tales en un determinado registro, presunción legal de que determinados trabajadores son autónomos o aun empresas ("unipersonales"), etc.[10]

Muchas de estas figuras apuntan a ocultar la subordinación, sea dando la apariencia de independencia, sea tratando de relacionar la dependencia inocultable con otro empleador.

La educación en general y la formación profesional en particular, han sido mencionadas, también, como factores de *dilución de la subordinación*.[11] En efecto, un trabajador educado y calificado no sólo

[8] Castello, Alejandro, *De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho laboral. Una nueva tendencia a fines del siglo XX*, en *Revista Derecho Laboral,* Montevideo 1998, t., XLI Nº 190, p. 295. Véase también, en la misma revista, Fernández Brignoni, Hugo, *Reflexiones sobre las formas de contratación del trabajo en los años 90*, p. 342 y ss., Racciatti, Octavio, *El Derecho laboral ante los cambios en el mundo del trabajo*, p. 564 y ss.

[9] Hernández Álvarez, Oscar y Richter, Jacqueline, *El trabajo sin tutela. Nuevas y viejas formas de desprotección*, en imprenta; Iranzo, Consuelo y otros, *Relaciones laborales al desnudo*, Caracas 1997, p. 107 y ss.; Lucena, Héctor, *Modernización productiva y negociaciones colectivas*, Valencia 1999, p. 26 y ss., 54 y ss.

[10] Ermida Uriarte, Oscar, *Presentación* en *¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal*, Cuadernos de Investigación Nº 10, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, Santiago 1999, p. 9.

[11] Supiot, Alain, *Transformaciones del trabajo y porvenir del Derecho laboral en Europa*, en *Revista Internacional del Trabajo,* Ginebra 1999, Vol. 118 núm. 1, p. 38.

mejora su empleabilidad y competitividad, sino que además está en mejores condiciones para ser un "trabajador-*ciudadano*": para comprender y ejercer sus derechos, para tomar iniciativas, para participar, todo lo cual, de ser efectivamente ejercido, puede provocar –no en el plano jurídico, pero sí en el de la práctica de las relaciones laborales–, una aminoración de su dependencia fáctica.

Así, puede darse la doble circunstancia de que, para los trabajadores altamente calificados que permanecen en el "*núcleo duro*" de una empresa en régimen de subordinación jurídica, el grado de su subordinación real sea bajo o tenue, mientras que para otros, esa su alta calificación sea una especie de señuelo que aliente la tentación de vestirlos con ropajes de autonomía.

La *reducción del tiempo de trabajo*, de constatarse, puede ser otro (nuevo) factor de limitación cuantitativa de la subordinación.

Mucho se habla del fin del trabajo. Más allá de esta posibilidad, lo que parece ser una eventualidad con probabilidades de concreción, es la reducción del tiempo total de trabajo. En la medida en que el avance tecnológico siga provocando la sustitución de mano de obra por tecnología, es dable suponer que disminuirá la "masa horaria" o el total de horas trabajadas.[12] Esto provocará liberación de tiempo hasta entonces dedicado al trabajo o tiempo de dependencia o subordinación jurídica del empleador, disminuyendo, así, el alcance cuantitativo de la subordinación.

Las nuevas formas de organización del trabajo son recurrentemente mencionadas como otra –para algunos fundamental– causa de cuestionamiento de la subordinación jurídica como criterio determinante de la existencia de un contrato o relación de trabajo y, consecuentemente, de la aplicación del Derecho laboral.

En efecto, las nuevas tecnologías –y especialmente la automatización y la informática estarían generando una nueva forma de organización del

[12] Ermida Uriarte, Oscar, *La flexibilidad*, *cit.,* p. 73.

trabajo sobre la base de un reducido número de trabajadores estables, altamente calificados y bien remunerados que trabajan en el establecimiento de la empresa a tiempo completo, y con el recurso a un alto número de trabajadores periféricos e inestables, que son requeridos para tareas y por períodos cortos.[13] Esta misma situación se produciría también, no por efecto de las nuevas tecnologías de avanzada –no tan generalizadas en nuestros países– sino simplemente por el afán de lucro y de competitividad que pone a las empresas "a dieta, reduciéndolas al mínimo posible"[14] y expulsando a la mayoría del ámbito de la subordinación y/o del Derecho laboral.

Sin embargo, puede discutirse la procedencia de este factor entre los que ponen en discusión la procedencia del concepto de subordinación jurídica. Si bien es cierto que las nuevas tecnologías, la competitividad y las nuevas formas de organización del trabajo –como por ejemplo el trabajo en equipos semiautónomos o el "teletrabajo"–, son *utilizadas* como argumentos justificativos de la "deslaboralización" de las relaciones laborales que sobre ellas recaen, revistiéndolas con formas jurídicas no laborales –como el arrendamiento de servicios o de obra y el trabajo independiente o autónomo, entre otras– no siempre ese recurso es jurídicamente procedente, constituyendo a menudo una simple tentativa de fraude o un error.

La prueba está, entre otras cosas, en que es muy frecuente encontrar formas de trabajo "*ultratayloristas*" y de intensa subordinación, en sectores informáticos y de alta tecnología, y en que, *desde el punto de vista estrictamente jurídico*, no está clara la diferencia entre el trabajo y el tradicional trabajo a domicilio, sobre todo lo cual volvemos en el capítulo siguiente.[15]

---

[13] Toffler, Alvin, *La empresa flexible*, trad. esp., Barcelona 1990, y Supervielle, Marcos y Guerra, Pablo, *De la producción en masa a la producción ajustada*, Montevideo 1993; Hernández Álvarez, Oscar y Villasmil Prieto, Humberto, *Las nuevas tecnologías y el Derecho del trabajo*, en *Derecho y Computación,* Barquisimeto 1992, p. 66 y ss.

[14] Ugarte Cataldo, José Luis, *Los nuevos necesitados del Derecho del trabajo: el rol de la subordinación jurídica*, en *Revista Derecho Laboral,* Montevideo 2001, t. XLIV Nº 201, p. 45.

[15] *Infra*, 3.

De cualquier modo, todos estos factores contribuyen –unos con más propiedad que otros– al replanteo de la crisis de la subordinación o son utilizados con tal finalidad.

3. ELENCO DE SITUACIONES FUGADAS O EXCLUIDAS DE LA SUBORDINACIÓN Y DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Sea por necesidades impuestas por las nuevas tecnologías y formas de organización del trabajo, sea por afán de lucro y competitividad, diversas formas jurídicas son utilizadas para sustraer a la relación de trabajo de la subordinación jurídica y/o la aplicación del Derecho laboral.[16]

La primera de ellas es el recurso al contrato de arrendamiento de servicios, que siempre existió respecto de algunas formas de trabajo autónomo, especialmente de algunos profesionales universitarios, pero que en los últimos años se ha vuelto mucho más frecuente, operándose lo que se calificara como "*discreto retorno del arrendamiento de servicios*",[17] a lo cual habría que apuntar que hoy existe un verdadero abuso de tal recurso, lo que lo ha vuelto bastante *indiscreto*.

La constitución de trabajadores como "empresas unipersonales" que celebran con el empleador un contrato de arrendamiento de servicios o de obra o algún otro tipo de contrato civil o comercial, constituye otro mecanismo de "externalización" o "exteriorización" del trabajador. Es clara la combinación de este mecanismo con el uso de una fórmula contractual "extralaboral". En ocasiones, este tipo de "fuga" constituye un encubrimiento fraudulento de la relación de trabajo a los fines de

[16] Para la consideración de esta variedad de formas y situaciones, pueden consultarse, entre otros, Raso Delgue, Juan, *La contratación atípica del trabajo*, Montevideo 2000 y *Grupo de los Miércoles*, *Descentralización empresarial y el Derecho del trabajo*, Montevideo 2000.
[17] Martín Valverde, Antonio, *El discreto retorno del arrendamiento de servicios*, en *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo*, Madrid 1990, pp. 209 y ss.

evitar los costos de aplicación de la legislación laboral[18] o es alentada por las ventajas tributarias que ella puede reportar al empleador.

La constitución de cooperativas que contratan con el empleador es otro mecanismo de salida, particularmente utilizado en algunos países que introdujeron reformas legales que lo facilitaron, como por ejemplo, Brasil y Perú. La contratación con una cooperativa que le presta determinados servicios es una forma de tercerización que objetivamente puede ser lícita y objetivamente fundada o no, pero que revela su finalidad de desresponsabilizar al empleador cuando dichos servicios son permanentes y propios del giro de la empresa empleadora y más aún, cuando la cooperativa se constituye con ex trabajadores subordinados de la empresa, lo que sucede también, frecuentemente, con la ya referida conversión de trabajadores en empresas unipersonales.

La subcontratación –confundida o no con formas de *intermediación*– es tan antigua como el propio Derecho laboral, que siempre la vio con la mayor desconfianza, generando mecanismos que conducen a la responsabilidad solidaria, única o subsidiaria. Por más que en algunas ocasiones esté objetivamente justificada por razones técnicas o productivas, hoy es utilizada con mayor frecuencia, en tanto instrumento jurídico de tercerización, como los antes enumerados.[19]

La contratación a través de empresas de trabajo temporal es una forma más moderna de intermediación o subcontratación de mano de obra, que puede justificarse cuando se le aplica a tareas verdaderamente internas y siempre que no discrimine al trabajador así contratado, en relación con los "propios" de la empresa usuaria. Objetivamente observado, el trabajo temporal prestado a través de una suministradora no es más que una intermediación que no podría dejar de hacer laboralmente responsable tanto a la empresa usuaria como a la intermediaria. No

[18] Hernández Álvarez, Oscar, *La prestación de trabajo en condiciones de fraude o simulación*, en *Estudios Laborales, libro homenaje a Rafael Alfonso Guzmán,* Caracas 1986, pp. 397 y ss. y en *Revista Derecho Laboral,* Nº 141, Montevideo 1986, pp. 51 y ss.

[19] OIT, *Reunión de Expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (La relación de trabajo: ámbito personal*), Ginebra, mayo de 2000.

obstante, en muchos países esta figura ha sido expresamente regulada, a lo que también apunta el convenio internacional del trabajo 181.[20]

El "staff-leasing" y el "pay-rolling" son formas degenerativas de los servicios prestados por las empresas de trabajo temporal. Consisten en colocar trabajadores en la planilla de trabajo de otra empresa, cuya única función es la de asumir el pago de los salarios y demás obligaciones derivadas de la relación de trabajo, que en rigor se entabla directamente entre el trabajador y la empresa principal o usuaria.

El teletrabajo, entendido como el trabajo predominantemente informático realizado fuera del establecimiento de la empresa, generalmente en el domicilio del trabajador, es a menudo presentado como una forma de prestación de servicios en la cual se desdibuja la subordinación. Sin duda puede ser así, aunque no necesariamente ni en todos los casos. Por cierto, el lugar de trabajo es uno de los indicadores de la subordinación, pero no el único, a tal punto que el trabajo a domicilio requirió desde muy antaño la especial protección del Derecho del trabajo, llegando a la presunción absoluta de la existencia de relación laboral.[21]

El contrato de distribución o flete es una figura del Derecho comercial que nada tendría de novedoso o particular a nuestros efectos, si no fuera porque se ha convertido, en los últimos veinte o treinta años, en una forma de "externalizar" el trabajo prestado por conductores y repartidores. En muchas ocasiones, como en Uruguay, una intervención legislativa determinó que estas tareas serían consideradas como prestadas en régimen de autonomía –sin subordinación jurídica– si el camionero, fletero o distribuidor estaba inscrito en un determinado registro y celebraba un contrato civil o comercial con la empresa que utilizaba sus servicios.

[20] Carballo Mena, César, *Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal (ETT)*, en *Derecho laboral venezolano*. Ensayos, Caracas 2000, pp. 147 y ss., y Ermida Uriarte, Oscar y Castello, Alejandro, *Las empresas de trabajo temporal*, en *Grupo de los Miércoles*, *ob. cit*., pp. 413 y ss.

[21] Hernández Álvarez, Oscar y Villasmil Prieto, Humberto, *ob. cit*. pp. 71 y ss.

El contrato de franquicia o "franchising" es, en principio, un negocio auténticamente comercial, por el cual una empresa autoriza a otra a explotar una marca o proceso de propiedad de la primera, bajo ciertas condiciones. No obstante, siempre es necesario analizar el aspecto laboral que puede ser alcanzado, en ocasiones, por los conceptos de conjunto económico, grupo de empresas, empleador único, responsabilidad solidaria, subcontratación, etc.[22]

Además de los mecanismos jurídicos que acabamos de reseñar, cabe agregar aquí la *descentralización –real o ficta– de la propia estructura productiva, con la división de la empresa en varias unidades real o presuntamente autónomas*.[23] En este caso no estamos ante la "externalización" de un trabajador o la "tercerización" de una relación de trabajo a través del recurso a una determinada forma jurídica (arrendamiento de servicios u otro contrato civil o comercial, subcontratación, etc.); aquí ya no se "disfraza" al trabajador o a la relación laboral, sino que es la misma empresa la que es dividida en muchas empresas más o menos coordinadas. En Brasil se han dado casos relativamente recientes de "instalación de plantas (des) articuladas, *consorcios modulares* o *condominios industriales*, como las fábricas de camiones Volkswagen de Resende o Ford de Taboão. En éstas, menos del 20% del personal está empleado en la empresa *principal* o real: el resto pertenece a empresas formalmente independientes o autónomas que asumen cada una de las etapas del proceso de producción y venta, aunque todas ellas están instaladas en el mismo sitio industrial, actúan de conformidad con pautas técnicas y económicas fijadas y controladas por la principal, etc".[24]

La cuestión aquí –como en el caso anterior– es determinar si hay conjunto económico o grupo de empresas.

---

[22] Conf. Raso Delgue, Juan, *ob. cit*., pp. 294-296; Carballo, César, *El contrato de franquicia comentarios desde la óptica del derecho del trabajo*, en imprenta.
[23] Jaime, Héctor, *Los Grupos de Empresa, en Trabajo y Seguridad Social*, Caracas 1999, pp. 65 y ss.
[24] Ermida Uriarte, Oscar, *La flexibilidad*, *cit*., p. 55.

Cabría incluir en esta enumeración *las formas "flexibles" de organización de la producción*, *especialmente el trabajo en equipos* y su efecto supuestamente limitativo de la subordinación, así como el cuestionamiento de este efecto.[25]

Respecto de este último aspecto, cabe consignar, como se adelantara, la persistencia de sistemas "ultratayloristas" y de intensa subordinación en sectores de alta tecnología, automatización e informáticos.[26] Por otra parte, en una perspectiva latinoamericana, también se pone en duda la superación del "fordismo" y la reducción de trabajo, constatándose que en nuestros países el problema no es precisamente ese, al menos por ahora.[27]

4. LAS SOLUCIONES ALTERNATIVAS PROPUESTAS

4.1 *LA HIPOSUFICIENCIA*

El Derecho del Trabajo nace como una reacción a la incapacidad del Derecho Común para crear un marco normativo adecuado y equitativo para la prestación del trabajo humano. El Derecho Civil regulaba el contrato de arrendamiento de servicios partiendo de los principios de la igualdad de las partes, de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar. Pero dada la gran diferencia de poder económico entre quien presta el servicio y quien lo recibe y existiendo, además, una mayor demanda que oferta de trabajo, tales principios pasaban a ser meros postulados teóricos, ya que, en la práctica, el empleador tenía la capacidad real de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo, lo cual favorecía la injusticia social. El Derecho del Trabajo fue el producto de una

[25] *Supra*, cap. 2, lit. d.

[26] Tales los casos denunciados sobre el trabajo en Amazon (venta electrónica de libros) y en la planta Georges Besse de Renault-Dovai (para el primer caso, véase Halimi, Serge, *Cyberdamnés*, en *Le Monde Diplomatique*, París, febrero 2000, p. 18; para el segundo, Balbastre, Gilles y Binhas, Stéphane, *Une usine tellement moderne...*, en *Le Monde Diplomatique*, París, enero 2000, p. 12, con una versión en español en *Le Monde Diplomatique*, Buenos Aires, junio 2000, año 1 Nº 12, pp. 22-23. Cabe, también, citar a Supiot: "las empresas exigen siempre mucho de su personal, mucho más incluso que antes" (*ob. cit*., p. 39).

[27] De La Garza Toledo, *Fin del trabajo o trabajo sin fin*, en *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*, México 2000, pp. 755 y ss., esp. 760-761, 765 y 767.

larga y dolorosa gestación, que con la finalidad de superar esta situación, pretendió proteger a la clase trabajadora, que por su debilidad económica se hacía acreedora de la tutela del Estado, a través de una normativa de orden público concebida con esta finalidad. Desde este punto de vista histórico, el Derecho del Trabajo nace para proteger a quienes, por su debilidad económica, son incapaces de hacerlo por sí mismos. Por ello, diversos autores, especialmente aquellos que escribieron durante las décadas de formación de la disciplina, concibieron el Derecho del Trabajo como un derecho de clase. Fue el Maestro brasileño Antonio Ferreira Cesarino Junior quien elaboró la teoría de lo hiposuficiencia, que permite delimitar el ámbito de la disciplina, como aquella destinada a la protección del trabajo de los "hiposuficientes", categoría social opuesta a los "autosuficientes" e integrada por aquellas personas que, caracterizadas por su debilidad económica, derivada de la carencia de propiedades, tienen en su fuerza de trabajo el único medio para obtener los ingresos necesarios para su subsistencia y la de su familia.[28] Pero el desarrollo del Derecho del Trabajo rebasó los límites de esta conceptualización. Muchos "hiposuficientes", trabajadores autónomos, funcionarios públicos, micro-empresarios, no estuvieron nunca dentro del ámbito de aplicación del Derecho Laboral. Por el contrario, han sido sujetos del mismo altos empleados, capitalistas que formalmente prestan sus servicios para empresas que le reconocen como trabajadores suyos, socios trabajadores y, en fin, trabajadores que además de su salario poseen propiedades y rentas, en ocasiones superiores a aquél. Por ello, sin negar la finalidad social del derecho del trabajo y la importancia y utilidad que puede tener el criterio de la "hiposuficiencia", es forzoso concluir que el mismo no presta un fundamento claro para la determinación de las fronteras de nuestra disciplina.

4.2 *EL HECHO SOCIAL TRABAJO*

Algunos autores han considerado que siendo el trabajo un hecho social fundamental, la disciplina jurídica que lo regula, es decir, el Derecho

[28] Antonio Ferreira Cesarino Junior, *Direito Social Brasileiro,* 3ª edición , Librería Freitas Bastos, 1953, Vol. I. p. 35

Laboral, debe extender su ámbito de aplicación a todas las formas del trabajo como hecho social, sin restringirlo a determinadas manifestaciones del mismo. En este sentido Rafael Caldera afirma: "esta idea del trabajo como hecho social tiende a llenar, explícita o implícitamente, el campo del Derecho del Trabajo. Es ella la que determina su acción y quita vallas a su imperio. De ahí que la noción de "subordinación", indispensable en las primeras etapas del Derecho Laboral (que en su concepción originaria sólo se entendía como protector del obrero), no sea siempre indispensable para la aplicación de las leyes del trabajo. Antes, por el contrario, se nota cada vez más la frecuencia con que se extiende el imperio de normas laborales a trabajadores no subordinados jurídicamente, como el colono agrícola, el vendedor de periódicos o el limpiabotas".[29] Sin embargo, la idea del Derecho del Trabajo como regulador del trabajo como hecho social, y no sólo del trabajo subordinado o por cuenta ajena, parecería reflejar más una aspiración doctrinaria de extender el ámbito de la tutela, que constituir un criterio definitorio de los límites de la protección prestada por el Derecho Laboral. Es de señalar, por ejemplo, que la concepción expresada por Caldera, anteriormente citada, inspiró la redacción del artículo 1 de La Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, de la cual el propio Caldera fue el principal proyectista, que dice: **"ARTÍCULO 1**.- Esta Ley regirá las situaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social". No obstante este amplio enunciado, posteriormente recogido en la Constitución venezolana de 1999, dicha Ley regula fundamentalmente el trabajo subordinado, limitándose, además de disponer la incorporación progresiva de los trabajadores no dependientes al sistema de seguridad social, a garantizarles el derecho a organizarse en sindicatos conforme a la Ley y a celebrar acuerdos similares a las convenciones colectivas de trabajo, según las disposiciones de la misma, en cuanto sean aplicables (Artículos 40, 413 y 418 LOT). Las otras disposiciones de la LOT relativas a los trabajadores no dependientes carecen de trascendencia. Y es que, como veremos más adelante, elementos de orden práctico y técnico conspiran contra esa prendida extensión universal del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

---

[29] Rafael Caldera, *Derecho del Trabajo,* Librería Editorial El Ateneo, Buenos Aires-Caracas, 1960, p. 79

4.3 *LA AJENIDAD*

En el contrato de trabajo, el trabajador presta sus servicios por cuenta del patrono, es decir, por cuenta ajena. Forma parte de la esencia del contrato de trabajo la convención, asumida aun antes de que el trabajador preste sus servicios personales, de que el producto de los mismos nace ya de propiedad del patrono, quien, además, asume los riesgos del trabajo. Esta característica de ajenidad es generalmente aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia como propia del contrato de trabajo. En la doctrina española tal concepto tiene especial relevancia, pues muchos de sus exponentes ven en la ajenidad, que no en la subordinación, el elemento esencial diferenciador del contrato de trabajo y, consecuentemente, el hito fundamental que marca la frontera del Derecho del Trabajo con otras disciplinas. La dependencia, dice Alonso Olea, "no es un dato o carácter autónomo, sino un derivado o corolario de la ajenidad. En efecto, aquella potestad de dar órdenes no tiene otra justificación ni explicación posible como no sea la de que los frutos del trabajo pertenecen a otro". Según él la dependencia es propia de todas las personas que restringen su voluntad sometiéndose a un contrato, razón por la cual sería un elemento esencial de todo contrato y no exclusivamente del contrato de trabajo.[30]

Por nuestra parte, no ponemos en duda que la ajenidad es una circunstancia propia del contrato de trabajo. A nosotros siempre nos pareció que efectivamente, la ajenidad del trabajador en los riesgos de la empresa era no solamente un elemento caracterizante de la relación de trabajo, sino además su único justificativo ético-jurídico. En efecto, sólo si el trabajador, al acordar la puesta a disposición del empleador enajenaba los futuros frutos de su trabajo independientemente de la utilidad que los mismos finalmente dieran al empleador, a cambio de la percepción de una remuneración y otros beneficios laborales con total prescindencia de los riesgos de la empresa, se justificaba que aquél no fuera

[30] Alonso Olea, Manuel, *Trabajo libre y trabajo dependiente*, en *Estudios sobre Derecho individual de trabajo en homenaje al Profesor. Mario L. Deveali*, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1979, pp. 156 y 157.

socio. Si la riqueza se produce por la conjunción de capital y trabajo, la única justificación ético-jurídica para que el trabajador no tenga su parte en las ganancias, es que tampoco las tenga en las pérdidas. Y esto se alcanza por la asunción total de los riesgos por el empleador, es decir, por la ajenidad.

No obstante lo expresado anteriormente, creemos conveniente observar que la discusión, en ocasiones planteada con el ánimo de excluir la validez del criterio de la subordinación, acerca de si ésta tiene una dimensión autónoma o si es una consecuencia de la ajenidad, puede no ser esencial, pues lo cierto es que subordinación y ajenidad parecieran constituir dos caras de la misma moneda.

Ahora bien, si el concepto de ajenidad fue siempre esencial, no parece, en cambio, que hoy sea particularmente apto para capturar a los "fugados" del Derecho del trabajo, ya que muchos de éstos ocultan o desdibujan la ajenidad *junto con la subordinación*. Cuando se "disfraza" a un trabajador de autónomo, co-contratante civil o comercial, "empresa unipersonal", socio cooperativista, etc., no sólo se intenta borrar la subordinación, sino también la ajenidad, porque se supone que ese trabajador autónomo, ese comerciante, esa "empresa unipersonal" o esa cooperativa asume todos los riesgos de su emprendimiento. Es probable que en estas hipótesis sea más factible probar la subordinación que la ajenidad, ya que la existencia de una "empresa" en lugar de un "trabajador" supone la asunción de riesgos y que no se está vendiendo trabajo sino productos o servicios terminados. En estas circunstancias pues, la ajenidad no ayudaría a reconstituir el vínculo laboral, aunque, sin duda, su alegación desnuda las connotaciones éticas negativas de estas "externalizaciones", "tercerizaciones" o "descentralizaciones": luego de haber legitimado su derecho a retener todas las ganancias a cambio de la asunción total de los riesgos, el empleador transfiere los riesgos, con lo cual se vacía de contenido ético la relación entre capital y trabajo.

4.4 *LA INSERCIÓN EN LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIA*

Tampoco es éste un criterio nuevo. En las primeras décadas del siglo veinte se desarrolló, especialmente en Alemania, la denominada teoría

institucional de la empresa, que concebía a ésta como una institución existente en la sociedad y que cumplía dentro de la misma objetivos precisos, configurando un particular mundo de relaciones en el cual cada uno de los sujetos participantes desempeñaba, para el cumplimiento de tales objetivos, funciones previamente determinadas. El empresario, jefe de la empresa y de quien dependen jerárquicamente sus colaboradores, tiene sus funciones institucionales, así como también la tienen los trabajadores. Esta concepción sostiene que la inserción en la organización empresaria es el hecho que otorga al trabajador, no sólo su condición de tal, sino que le proporciona la titularidad de los deberes y derechos que dentro de esta organización corresponde a los trabajadores y que, además, le hace sujeto de la especial tutela proporcionada por el Derecho del trabajo. En su formulación más extrema, esta concepción llega a señalar que la relación de trabajo, como vinculación jurídica entre el empresario empleador y sus trabajadores, se conforma en función de las circunstancias fácticas de la incorporación del trabajador a la empresa y no de los acuerdos celebrados entre trabajador y empleador en ejercicio de su libertad negocial.

La posibilidad de que la inserción en la organización empresaria sea utilizada como criterio alternativo a la subordinación a los fines de la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo, nos mueve a dos reflexiones. En primer lugar, en puridad de las cosas, la inserción no plantea un criterio alternativo al de la subordinación, sino que ofrece una fundamentación teórica de la misma, igual que la ajenidad. En efecto, la teoría institucional no hace caso omiso de la subordinación del trabajador, sino que, por el contrario, al fundamentarla en la incorporación del trabajador en una estructura institucional en la cual prevalece la autoridad jerárquica del empresario, refuerza su intensidad, la convierte, según palabras de Perone, en un "integral vínculo de sujeción personal, una relación de señoría, donde las limitaciones de la libertad personal, ínsitas en cualquier obligación, se resuelven en una completa sumisión a la empresa".[31] Por otra parte, la inserción en la

[31] Perone, Gian Carlo, *Lineamenti di Diritto del Lavoro*, Torino 1999, p. 152.

organización empresaria, si bien es un elemento propio de la relación de trabajo, no es exclusivo de la misma, ya que el empresario incorpora al desarrollo del quehacer empresarial, no sólo la labor de sus propios trabajadores, sino también la actividad, continua pero autónoma, de colaboradores, que aun no siendo trabajadores, están incorporados al cumplimiento de esa actividad económica organizada que es la empresa, de tal manera que la misma no puede cumplir con los objetivos a que está destinada sin la participación de tales personas. Y si ello siempre ha sido así, lo es más en la nueva realidad empresarial, en la cual son cada vez más frecuentes las tercerizaciones contractuales o desarticulaciones organizacionales, muchas de las cuales apuntan, precisamente, a colocar al trabajador real o ficticiamente fuera de la organización. Por todo ello el criterio de la inserción no resulta particularmente hábil para solucionar los nuevos fenómenos.

4.5 *LA SUBORDINACIÓN ECONÓMICA*

Si bien el de la dependencia económica tampoco es un concepto nuevo, al punto tal que compitió desde siempre con el de la subordinación jurídica, hoy es replanteado con vigor. En efecto, la subordinación económica es tratada por autores clásicos como Capitant, Durand, Deveali, De la Cueva, Caldera. Este último señala que siendo la subordinación jurídica un elemento más característico, dentro del cuadro de las relaciones de derecho del trabajo, "hay situaciones en que, siendo difícil demostrar su existencia, el caso se resuelve fácilmente hallando la dependencia económica, siempre que la remuneración que la determina se perciba como contraprestación de una típica y simple prestación personal de servicios".[32]

En la medida en que todas las modalidades de "fuga" tienden a desdibujar la subordinación jurídica o a enmascararla bajo formalidades de diverso tipo, la dependencia económica es más difícil de ocultar. A ello se suma la evidencia de que la razón histórica de la tutela laboral fue, sin

[32] Caldera, Rafael, *ob. cit*., p. 271.

duda, la desventaja –económica, social y por ende negociadora– del trabajador ante su empleador, por lo cual parece casi natural "volver" al criterio de la dependencia económica cuando sus manifestaciones jurídicas no resultan tan confiables. Si la función primera del Derecho del trabajo es la de proteger al económicamente insuficiente en las relaciones entre trabajo y capital, nada más *funcional* que hacerlo aplicable a aquellas situaciones de convergencia de capital y trabajo en que éste depende de aquél, que es lo mismo que decir (casi) todas las situaciones de convergencia de capital y trabajo. De hecho, la hipótesis clásica de un trabajador jurídicamente subordinado más rico que su empleador[33] nunca dejó de ser un "caso de laboratorio" utilizado como recurso pedagógico. Por lo demás, este replanteamiento de la subordinación económica tiene la ventaja de coincidir con recientes evoluciones del Derecho civil, tendentes a *la protección del contratante débil*.[34] Esta propuesta se vincula con otro criterio, éste sí más nuevo y elaborado en función de los cuestionamientos más recientes: la "parasubordinación". Sin embargo, no parece que la dependencia económica pueda ser, por sí sola y de manera absoluta, un criterio unívoco para determinar el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo. En efecto, no es posible ignorar que se dan casos de personas que prestan de manera verdaderamente autónoma una actividad laboral que, de alguna manera, depende económicamente de una empresa, pero que se desarrolla en condiciones tales que no permiten afirmar la existencia de una relación de trabajo. Se trata de la discutida especie de los trabajadores autónomos con dependencia económica, que ha sido recientemente objeto de interesantes estudios por parte de la OIT.[35] En este sentido, Alburquerque señala que el criterio de la dependencia económica debe ser rechazado por su vaguedad, "pues la noción de subordinación económica se refiere a situaciones sociales muy diferentes, lo que no permite solucionar con precisión las dudas que pueden presentarse en una determinada relación jurídica", concluyendo que "es inadmisible que la naturaleza de un contrato se

[33] Plá Rodríguez, Américo, *Curso de Derecho laboral*, t. II vol. 1, 2ª ed., Montevideo 1991, p. 27.
[34] Raso Delgue, Juan, *ob. cit*., p. 45.
[35] OIT, *ob. cit.*; Hernández Álvarez, Oscar y Richter, Jacqueline, *ob. cit*.

haga depender de un elemento extraño a la convención, como lo es la posición económica de uno de sus sujetos".[36]

No obstante las opiniones contrarias al criterio de subordinación económica, la legislación de Panamá, como bien lo señalamos anteriormente, señala expresamente su concepto, definiendo a la dependencia económica en los términos antes planteados. En Venezuela, el Anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo presentado en 1985 incluía un artículo que decía:

> La subordinación del trabajador puede ser jurídica o económica, o comprenderlas ambas. Se entenderá que hay subordinación jurídica cuando el trabajador esté obligado a cumplir las órdenes e instrucciones del patrono para la prestación del servicio, y económica, cuando la remuneración percibida por la prestación del servicio constituya la base de sustentación económica del trabajador y de su familia, o por lo menos una parte de ella. La subordinación se presumirá, salvo prueba en contrario.

La referencia a la dependencia económica fue motivo de vivas discusiones y suscitó una fuerte oposición del sector empresarial. En el transcurso de la discusión parlamentaria tal referencia fue eliminada por recomendación del Senado.

4.6 *LA PARASUBORDINACIÓN*

La existencia de personas que sin estar sujetas a una relación de trabajo subordinado, prestan una colaboración continua y coordinada a la empresa y que, por razones fácticas y de desnivel económico, contratan sus servicios con ésta en condiciones de inferioridad, ha suscitado, desde tiempo atrás, el interés de los estudiosos del tema e, incluso, de algunas legislaciones. Contratos civiles o mercantiles, como el de obras, prestación de servicios profesionales, transporte, mandato, comisión, agencia, etc., pueden dar lugar a situaciones como la descrita, en la

[36] Alburquerque, Rafael, *Derecho del Trabajo*, Santo Domingo 1995, Tomo I, p. 170.

cual, quien contrata con la empresa, aun no estando en un sentido técnico jurídicamente subordinado a la misma, se encuentra en una situación de inferioridad que impide el ejercicio de una efectiva libertad negocial. Esta situación de debilidad contractual de los trabajadores autónomos que ejercen una colaboración continua y coordinada con la empresa, ha sido objeto de un particular tratamiento por parte de la doctrina italiana, que ha desarrollado el concepto de "parasubordinazione", para referirse a esta particular situación, la cual fue objeto de una específica tutela legislativa en la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1973. Su artículo 409 Nº 3 sujetó la solución extrajudicial y el trámite judicial de los conflictos de los trabajadores autónomos que desarrollen una actividad prevalentemente personal de colaboración coordinada y continuativa con la empresa, es decir, los "parasubordinati", a las mismas normas aplicables a los trabajadores subordinados. Esta norma tutelar, aun cuando de alcance parcial, por cuanto no pretende que todas las normas sustantivas del trabajo subordinado, es decir, las del Derecho del trabajo, se apliquen a los así llamados "trabajadores parasubordinados", sino sólo algunas de ellas, ha dado lugar a un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal alrededor de la idea de la "parasubordinación".

En relación con ella, es conveniente precisar que la doctrina y la jurisprudencia italiana predominantes no plantean este criterio como sustitutivo del de la subordinación en cuanto elemento determinante del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo, sino como factor propio de ciertas categorías de trabajo autónomo que requieren ser tuteladas por ser prevalentemente personales, continuadas y coordinadas por la empresa en condiciones que evidencian una debilidad contractual por parte de quien presta el trabajo. La afirmación de que estas categorías requieren tutela legislativa no significa, en el sentir mayoritario de la doctrina italiana, que es la que ha elaborado y desarrollado este criterio, que la misma deba ser otorgada por la disciplina específica aplicable al trabajo subordinado. La discusión se plantea más bien entre quienes, ateniéndose a las disposiciones del artículo 409 Nº 3 del Código de Procedimiento Civil, consideran que la tutela debe limitarse a la sujeción de los conflictos a la jurisdicción del trabajo y a la exigencia de ciertos requisitos para la validez de las transacciones y quienes señalan que esta disposición legal echa las bases para la conceptuación del trabajo para-

subordinado como una especie fáctica cuya tutela, basada en la debilidad contractual de quienes participan de la misma, debe ir más allá del simple sometimiento a una jurisdicción especializada.[37]

4.7 *LA AUTONOMÍA COLECTIVA*

Otra propuesta sustitutiva nueva es la que recurre a la autonomía colectiva: el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo será, además del legalmente definido, el que fije la autonomía colectiva. Trabajador protegido por el Derecho del trabajo será el asumido como tal en la autonomía colectiva.[38]

Esta propuesta parte del supuesto de que, así como la ley puede determinar que una determinada relación será regida por cierto régimen jurídico, lo mismo puede ser dispuesto por la autonomía colectiva.

Dos objeciones, sin embargo, pueden plantearse. *En primer lugar*, cabe preguntarse acerca de la virtualidad de la autonomía colectiva para desaplicar la legislación del trabajo –en principio irrenunciable o de orden público– en determinada situación. *En segundo término*, no deja de llamar la atención que esta función desreguladora de la autonomía colectiva, pretende serle asignada precisamente en una etapa histórica de debilidad sindical.

4.8 *EL ABANDONO (TOTAL O PARCIAL) DE LA SUBORDINACIÓN Y EL REDIMENSIONAMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO*

La sustitución de la subordinación jurídica por otro concepto-eje (alguno de los expuestos u otro), o bien la complementación de aquélla con

---

[37] Sobre "parasubordinazione", véase, entre otros, Santoro-Passarelli, Giuseppe, *Il lavoro parasubordinato*, Milano 1979; Pessi, Roberto, *Contribuzione allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano 1989; Ghera, Edoardo, *Diritto del Lavoro*, Bari 2000, p. 73 y ss.; Rivas, Daniel, *La subordinación..., cit.*, pp. 61-63; Márquez Garmendia, Martha y Beñarán, Pilar, *Trabajadores parasubordinados*, en *Grupo de los Miércoles*, *ob. cit.*, p. 253 y ss.

[38] D'Antona, Massimo, *Los cambios del Derecho del trabajo y el problema de la subordinación en el Derecho italiano*, en *Revista Debate Laboral,* Año II Nº 4, San José 1989, pp. 75 y ss.

éstos, puede conducir a un redimensionamiento del Derecho del trabajo, efecto casi inevitable, dado el carácter determinante y delimitador del concepto en cuestión.

Pero el caso es que ese redimensionamiento puede darse en muy diversas direcciones. En rigor, puede apuntar a la extensión simple del Derecho del trabajo, a su extensión modulada, fraccionada o diferenciada, tanto como a su reducción o extinción.

Extensión simple del Derecho laboral

Si lo que se está produciendo es una fuga más o menos injustificada del ámbito protector del Derecho del trabajo, dejando carentes de tutela a sujetos que la siguen necesitando tanto o más que antes, lo natural sería "perseguir a los fugados": extender el ámbito de aplicación del Derecho laboral, traspasando el límite burlado de la subordinación jurídica. Así, a través de los criterios de la subordinación económica o social, de la parasubordinación, de la protección de todo trabajo (a secas) o de toda actividad, se produciría una extensión monolítica, en bloque, del Derecho del trabajo. Es así que hoy se habla de un Derecho laboral como Derecho de la actividad profesional, de manera curiosamente parecida a como lo anunciaban, medio siglo atrás, Paul Durand y Mario Deveali, que señalaban la tendencia de esta rama del Derecho a convertirse en el ordenamiento jurídico regulador de todo trabajo humano.[39] Por su parte Rafael Caldera conceptúa al Derecho del trabajo "como el conjunto de normas jurídicas que se aplican al trabajo como hecho social" y no únicamente al trabajo subordinado.[40] Es de destacar que esta concepción de Caldera informa el artículo 1 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, que dice que "esta Ley regirá las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social", siendo también de

[39] Durand, Paul, *Naissance d'un Droit nouveau. Du droit du travail au Droit de l'activité professionelle*, en Droit Social, París 1952, pp. 437 y ss.; Deveali, Mario, *El concepto de contrato de trabajo y la trayectoria de la legislación social*, en *Revista Derecho del Trabajo,* Buenos Aires 1950, p. 321; Plá Rodríguez, Américo, *A propósito de las fronteras del Derecho del trabajo*, en *Estudios sobre Derecho Social. Homenaje a Rafael Caldera*, Caracas 1977, t. II, p. 313 y ss.

[40] Caldera, Rafael, *ob. cit.*, p. 77.

observar que se ha señalado que tal declaración principista no se corresponde con el contenido real de la ley que, fundamentalmente y salvo algunas pocas normas particulares, está destinada a regular el trabajo dependiente.[41] Análogamente, en Uruguay se recuerda que la Constitución dispone la protección especial del trabajo (de todo trabajo) y no sólo del trabajo subordinado, lo cual impondría "no la reducción de la protección del trabajo subordinado, sino la elevación de la protección del trabajo autónomo, sin dejar de considerar las diferencias tipológicas existentes, que puedan justificar la diferenciación de tratamiento".[42] Y en Chile, en las Jornadas de Derecho del Trabajo celebradas en Coquimbo en 2000, Francisco Walker y Sergio Gamonal sostuvieron que el Derecho del trabajo era "el Derecho del trabajo y punto, sin calificativos".

Extensión modulada, fraccionada o diferenciada

Diversas propuestas apuntan, también, a una extensión del Derecho del trabajo a las situaciones hoy "escapadas" y aun a otras que nunca estuvieron dentro de su ámbito de aplicación, como algunas formas auténticas de trabajo independiente, informal, etc. Pero a diferencia de la extensión simple, las propuestas que ahora nos ocupan se caracterizan por establecer diversos niveles o umbrales de protección para las diversas categorías diferentes al clásico –y reducido– trabajo subordinado *stricto sensu*.

En todas estas propuestas[43] hay dos elementos comunes a resaltar. *En primer lugar*, se trata de superar el concepto de subordinación, para

[41] Hernández Álvarez, Oscar y Richter, Jacqueline, *ob. cit*.
[42] Rivas, Daniel, *ob. cit*., p. 188. En la 2ª edición de su Derecho del Trabajo, Barbagelata propone una redefinición del Derecho laboral, entendido como el que "regula todas las formas de aplicación de las energías intelectuales y corporales consideradas socialmente trabajo y, de manera especial, las prestadas bajo una relación libremente asumida con un tercero. El cambio operado –agrega– significa que no es por extensión que el Derecho del trabajo se aplica a manifestaciones de trabajo independiente, sino que la expansión es un fenómeno natural y necesario, aunque no todas las normas sean susceptibles de extenderse en la misma forma y grado". (Barbagelata, Héctor-Hugo, *Derecho del trabajo*, 2ª ed., Montevideo 1995, t. I vol. 1, p. 95).
[43] Supiot, Alain, *ob. cit*. y *Trabajo y empleo* (trad. esp.), Valencia 1999; Boissonnat, Jean, *2015: Horizontes do trabalho e do emprego* (trad. port.), São Paulo 1998; Raso Delgue, Juan, *ob. cit*., pp. 39-40 y *Derecho del trabajo, seguridad social y Relaciones laborales*, en *Rev. Derecho Laboral,* Montevideo 1998, T. XLI Nº 190, pp. 583 y ss.

recuperar lo que Supiot denomina "ciudadanía laboral": en la medida en que actualmente la mayor parte de las medidas de protección laboral y social dependen de la calificación del sujeto como trabajador subordinado y en que crecen las hipótesis que tienden a escapar de esa categoría, se procura mantener su inclusión o evitar su exclusión ampliando el eje determinante de la aplicación de aquéllas. Pero al mismo tiempo –*en segundo lugar*–, a esas "nuevas" categorías no resultaría aplicable el Derecho del trabajo y de la seguridad social *in totum*, sino algunos de sus institutos. De ahí que en todos esos casos hablemos de extensión o aplicación parcial, diferenciada, fraccionada o modulada del Derecho del trabajo.

El inconveniente de estas propuestas radica en que, al postular un Derecho del trabajo modular, con diversos niveles de protección, corren el riesgo de terminar ubicando a casi todos los trabajadores en los módulos de menor protección, generando una suerte de "*migración interna*" en lugar de –o peor aún, además de– la ya referida emigración o fuga del Derecho del trabajo.

Reducción o extinción del Derecho laboral

Robert Castel plantea que el dilema actual del Derecho del trabajo es su redespliegue (extensión) o su refundación (reforma),[44] de algún modo, las opciones que acabamos de exponer. Pero nos parece que no puede excluirse, al menos en teoría, la tercera alternativa: la reducción o aun la extinción del Derecho del trabajo. En rigor, ese es el postulado teórico de la escuela económica neoliberal, aunque en la práctica, tal extremo no se ha verificado. Aun las reformas más radicalmente neoliberales mantuvieron un Código del Trabajo o una legislación especializada con normas de orden público.

[44] Castel, Robert, *Droit du travail: redéploiment ou refondation*?, en *Rev. Droit Social,* París 1999, Nº 5, p. 438 y ss.

CONCLUSIONES O REFLEXIONES PERSONALES

A nuestro juicio, puede seguirse sosteniendo que la subordinación y la ajenidad son dos de las características más esenciales del tipo de trabajo regulado por el Derecho laboral. Pero es necesario señalar que el concepto de subordinación requiere ser examinado a la luz del marco que plantean las nuevas realidades laborales, revisándose los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han venido empleando tradicionalmente para determinar los supuestos de hecho que la configuran. La determinación de la subordinación no debería apoyarse exclusivamente en hechos como la obligación de cumplir horarios previamente establecidos por el patrono y de prestar servicios en la sede de la empresa, atendiendo las órdenes e instrucciones emitidas por la misma a través de capataces o supervisores. Tales circunstancias se están modificando y se modificarán notablemente en un mundo industrial en el cual el teletrabajo, los sistemas de fabricación flexible y, de manera más general, la robótica y la cibernética jugarán un importante papel, que si bien no desplazará la concentración de los trabajadores en la fábrica, creará nuevas formas laborales, en las cuales el trabajador no estará sujeto a horarios rígidos, ni obligado a asistir a la empresa o depender de las instrucciones del capataz para la realización de su trabajo. En estas situaciones la subordinación no desaparece, pero tiende a despersonalizarse, pues el control del trabajo es efectuado por máquinas y la fuente material de instrucciones no reside en el "patrono", titular de la empresa, sino en los programas contenidos en la computadora, algunos de los cuales son concebidos con una flexibilidad tal, que el propio trabajador tendrá posibilidades de participar más activamente en la organización de su propia actividad, tomando decisiones hasta hoy reservadas a la gerencia. Por ello, un nuevo criterio para definir la subordinación, debe centrarse en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, la cual puede existir aun cuando el trabajo sea prestado al exterior de su sede física. De este modo la presencia permanente del trabajador en un lugar establecido y su sujeción a horarios de trabajo, aun cuando continúe siendo una circunstancia usualmente presente en una relación dependiente, ya no constituye requisito indispensable de la subordinación, cuya esencia se manifiesta fundamentalmente en la obligación de acatar el poder de organización cuyo titular es el patrono.

Así, creemos que en cuanto a los nuevos fenómenos que se presentan y, en especial, a las denominadas "fugas" del Derecho del Trabajo, la subordinación jurídica de siempre, interpretada con la amplitud dimanante del principio protector (especialmente de la regla *in dubio pro operario*), del principio de primacía de la realidad (especialmente de las reglas de la *indiferencia de las formalidades* y de la *incompetencia de las partes para calificar el vínculo que las liga*),[45] basta para solucionar en sentido favorable a la tutela la mayor parte de estos casos, siempre que se le interprete con tal amplitud.

Esto dicho sin desconocer: 1º) que los criterios de la subordinación económica y de protección del contratante débil son complementarios y no sustitutivos del de la dependencia jurídica;[46] y 2º) que es particularmente atractiva la propuesta de extender la tutela laboral a toda forma de trabajo humano, lo que requiere, por ahora, análisis más detenidos, ya que, por una parte, no parece clara la forma en que tal extensión se produciría ni la existencia de una voluntad política capaz de impulsarla con éxito.

En efecto, la extensión pura y simple del Derecho laboral a los trabajadores auténticamente independientes encierra la dificultad de que la mayor parte de la protección laboral individual está concebida en forma de derechos del trabajador exigibles ante el empleador, sobre quien pesan las correlativas obligaciones o deberes. Pero el trabajador verdaderamente autónomo –a diferencia de los trabajadores dependientes hoy disfrazados con ropajes de independientes– carece de empleador. No hay un patrón a quien exigirle el pago de un salario mínimo, el pago de horas extras, el respeto del descanso semanal o la concesión de vacaciones.

No es fácil la aplicación mecánica de las instituciones tutelares de Derecho individual del trabajo a los trabajadores en verdad autónomos.

---

[45] Raso Delgue, Juan y Fernández Brignoni, Hugo, *Formas de protección de los trabajadores precarios*, en XI Jornadas Rioplatenses de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Libro de ponencias, Montevideo 2000, p. 170.
[46] Rivas, Daniel, *ob. cit.*, p. 84.

En rigor, esas instituciones no pueden ser trasplantadas, aunque tal vez puedan ser reconstruidas a través, por una parte, del Derecho colectivo y por otra, de la Seguridad Social.

Por cierto, a diferencia de ese carácter predominantemente obligacional, bilateral o relacional del Derecho Laboral Individual, otra cosa sucede en materia de Derecho Colectivo del Trabajo, alguna de cuyas instituciones –notoriamente los derechos de acción sindical y de huelga– se ejercen como derechos públicos subjetivos y no sólo como derechos potestativos ejercitables únicamente ante el empleador. En efecto, los trabajadores verdaderamente autónomos pueden organizarse en sindicatos y desarrollar así su autotutela y eventualmente la creación de normas de protección.

Claro que buena parte de esa acción colectiva se dirigirá al Estado, el que tarde o temprano deberá garantizarles ciertos derechos y beneficios, posiblemente a través de la Seguridad social u otras políticas análogas. El ejemplo más notable y previsible es el de la implantación de un ingreso mínimo garantizado a todo ciudadano. Ello requerirá, sin duda, una extensión y reestructuración de la seguridad social, que deberá despegarse del trabajo subordinado tanto como de las contribuciones previas calculadas sobre el salario.

De tal forma que una *primera conclusión* apuntaría a resaltar la *validez de la subordinación* como uno de los criterios determinantes de la aplicación de la tutela laboral clásica, a condición de que aquélla sea *interpretada con amplitud, agresividad y creatividad*, de modo de alcanzar las hipótesis de simulación, irrealidad y fuga.

La *segunda conclusión* constataría el interés de las propuestas de extensión de la tutela laboral a los trabajadores auténticamente autónomos e independientes, pero necesitados de ciertas garantías. Esa extensión, a pesar de su interés, no podría consistir en el trasplante mecánico y masivo de los institutos de Derecho Individual del Trabajo, sino en su reconstrucción o adaptación, la que debería apoyarse en el Derecho Colectivo del Trabajo y en la Seguridad Social.

La Nueva Casación Laboral

Ramón ESCOVAR LEÓN*

Desde el punto de vista de la doctrina procesalista, la consecuencia ha sido que el "procesalista tipo" se ha visto obligado a ser cada vez más formalista y positivista en el sentido más restrictivo del término, a pensar que su materia está integrada únicamente por sofisticados detalles técnicos

Michelle Taruffo[1]

* **Universidad Católica Andrés Bello,** Abogado *summa cum laude* (UCAB 1974), rango 1/62, *Magister* en Administración de Empresas. *Facultad de Derecho*, **Universidad Central de Venezuela**, Doctor en Derecho, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* Doctor en Derecho (UCV), Profesor, Jefe de la Cátedra de Derecho Procesal Civil. *Centro de Estudios para Graduados*, Cursos de Doctorado en Derecho, Profesor. *Consejo de Apelaciones*, Presidente. **Cámara de Comercio de Caracas,** *Centro de Arbitraje,* y **Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA**, Árbitro. Dedico este trabajo a la Memoria del Maestro José Román Duque Sánchez.

[1] *La Prueba de los Hechos.* Madrid, Edit. Trotta, tr. Jordi Ferrer Beltrán, 2002, p. 520.

SUMARIO:

Introducción

1. **Las denuncias de forma y las de fondo**: **1.1** *Relación entre la inmotivación y el fondo de la controversia.* **1.2** *La motivación y la justificación de la decisión laboral.* **1.3** *Límite que separa la motivación de la inmotivación.* **1.4** *Los vicios de indeterminación, incongruencia y contradicción.* **1.5** *Los vicios de forma y el principio de personalidad de los recursos.* **1.6** *El principio finalista y la casación social.* **1.7** *La inversión del orden del recurso.* **1.8** *El silencio de prueba en la doctrina de la Sala Social y la Civil.*
2. **La casación en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**: **2.1** *Motivos de la casación laboral.* **2.2** *El requisito de la motivación.* **2.3** *La casación de instancia.* **2.4** *La oralidad.*
3. **El control de la legalidad**.

Reflexión final

INTRODUCCIÓN

Enseña la mejor doctrina que "La demora en administrar justicia impone procedimientos más rápidos, la ampliación de las medidas cautelares y la reforma de la casación",[2] trilogía procedimental que haría posible que se llegara a la obtención de la sentencia definitiva dentro de en un "plazo razonable". Para lograrlo, se requiere que el foro venezolano deje de lado su característica más protuberante, como es la de privilegiar la forma sobre el fondo y la de prestar atención a aspectos adjetivos. Uno y otro, es decir, el formalismo y adjetivación forman parte del proceso judicial venezolano y están determinadas por las posiciones que a lo largo del tiempo han asumido funcionarios y litigantes responsables de llevar a cabo el proceso judicial. De acuerdo con lo señalado, el uso y abuso de recur-

[2] Duque Corredor, Román José: *La Oralidad en la Casación*. En: *La Gran Reforma Procesal*, San José, Costa Rica, Edit. Guayacán, 2000, p. 425.

sos superficiales y argumentos formalistas es responsabilidad tanto de los jueces, como de los litigantes y profesores universitarios.[3]

Partiendo de esa realidad, me propongo examinar alguno de los avances que ha tenido la casación social, en su jurisprudencia reciente. Se comienza en primer lugar, con el estudio de la casación laboral y el desarrollo que ha manifestado como casación pura, a lo largo de los últimos años. En segundo lugar, se estudian las líneas maestras de la nueva casación laboral, tal como la regula la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT). En tercer lugar, se examina el recurso de control de la legalidad, el cual ya ha dado signos de vida, y ha permitido decidir el fondo de una causa, de la manera como se haría en un sistema de casación de instancia.

1. LAS DENUNCIAS DE FORMA Y LAS DE FONDO

Cuando se analizan los recursos de casación, es frecuente observar que, las más de las veces plantean denuncias de forma y, al mismo tiempo, se aleguen errores de juzgamiento. 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 hace necesaria la existencia de una doctrina de contenido consistente y suficiente para desechar el recurso de forma –salvo que hubiese denuncias de indefensión– y decidir únicamente el recurso de fondo. De esta manera, los litigantes se remitirían a plantear denuncias de forma, sólo cuando las mismas sean trascendentes. Además de lo señalado, la Sala debe prestar atención a cada caso concreto, para determinar cuándo el vicio invocado es determinante y cuándo no lo es.

[3] Es conocido que las Universidades aún conservan, dentro de sus diseños curriculares, programas cuyos contenidos están orientados hacia una visión formalista del derecho.

La propuesta trae consigo un cambio de paradigma, sobre manera para quienes entienden que la casación de forma no debe conectarse con el fondo y consideran irrelevante que el vicio sea o no trascendente.

En cuanto a la adjetivación, hay que tomar en cuenta lo señalado por la Constitución. En consecuencia, cuando se predica que la justicia debe administrarse de manera "expedita, sin reposiciones indebidas" (artículo 26 de la Constitución) y expresa que "no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales" (artículo 257 de la Constitución), queda claro que no puede privilegiar lo adjetivo sobre lo sustantivo. Por eso, 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.

1.1 *RELACIÓN ENTRE LA INMOTIVACIÓN Y EL FONDO DE LA CONTROVERSIA*

En un sistema jurídico que atiende al principio finalista y a una justicia administrada sin formalismos inútiles, no es posible que se alegue la existencia de falta de motivación y de inmediato, utilizar la misma argumentación, para invocar un error de juzgamiento sobre un mismo punto. 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 sentencia.

Para la doctrina latinoamericana, 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"[4] y se refiere, al fundamento o soporte intelectual del dispositivo que permite a las partes en particular, y a la sociedad en general, conocer el razonamiento seguido por el juez para llegar a su conclusión. De acuerdo con lo señalado, se puede afirmar que, en términos generales, motivar una decisión significa expresar sus razones.

En sentido similar al anotado anteriormente marcha la doctrina nacional y expresa que "la motivación 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 de los preceptos legales y el criterio del juez sobre el núcleo de la controversia".[5] Como se puede observar, en ambas definiciones de motivación está presente un elemento esencial: la labor intelectual del sentenciador y el método seguido para llegar al dispositivo.

La actuación del juez está claramente reglamentada. El ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil Venezolano impone al sentenciador el deber de exponer en su fallo, las razones de hecho y de derecho que sirven de soporte al dispositivo. Una sentencia clara exige que las razones que le sirven de fundamento sean expresadas sin sobreentendidos, sin ambigüedad y sin vaguedad. Para alcanzar ese cometido, es necesario que el juez manifieste en su decisión, la labor intelectual que le sirvió de soporte a sus argumentos para cumplir con la justificación, externa e interna, de la decisión.

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

[4] De La Rúa, Fernando: *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 146.
[5] Cuenca, Humberto: *Curso de Casación Civil*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, 1980, p. 132.

queda demostrado que se consideró lo que es una realidad: la motivación es un principio que integra el concepto del debido proceso.

1.2 *LA MOTIVACIÓN Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN LABORAL*

Además ha sido aceptado que las decisiones judiciales deben cumplir con el requerimiento de la justificación externa e interna. La primera alude al requisito de la motivación; y la segunda a la tarea de juzgar. Cuando se trata de la justificación de una sentencia, cabe preguntar: ¿Qué quiere decir que el juez debe realizar la justificación externa e interna de su decisión? Pues bien, que cuando se trata de la justificación de un caso sencillo o de uno cuya solución está en la norma, el método del silogismo judicial es suficiente; pero cuando se trata de casos complejos, el mencionado método no es suficiente.

Para la solución del último de los casos señalados, los complejos, la distinción entre justificación externa e interna de la sentencia, juega un papel importante.[6]

La primera se refiere al mecanismo intelectual seguido por el juez para establecer las premisas del silogismo. Para llegar a ella, el juez se apoya en el métodos inductivo, en el deductivo y en la analogía. En consecuencia, para la justificación externa el jurista se apoya en la teoría de la argumentación; y para la justificación interna, opera el método deductivo; y la conclusión se deriva de las dos premisas establecidas, con lo cual se crea un problema de lógica deductiva.

La segunda, la justificación interna "es ajena a la corrección material del razonamiento, mientras que la justificación externa es dependiente de ella".[7] En el manejo de estos conceptos juega un papel fundamental

---

[6] Véase Wroblewski, Jerzy: *Motivation de la Decision Judiciaire*. En: *Les Motivation de la Decision de Justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978, pp. 119-130; y del mismo autor: *Constitución y teoría general de la interpretación Jurídica*. Madrid, Civitas, tr. Arantza Azurza, 1985, pp. 57-68. Véase igualmente, Jánez Barrio, Tarcisio: *Lógica Jurídica. Hacia una argumentación jurídica*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, p. 129.

[7] Mendonca, Daniel: *Interpretación y aplicación del derecho*, sl, Universidad de Almería, 1997, p. 56.

la validez de las premisas, puesto que hay razonamientos válidos que llevan a exponer conclusiones erradas; y conclusiones correctas que son extraídas de proposiciones falsas. Para obviar la discrepancia generada, se ha acuñado la denominación "razonamiento sólido" para aludir a aquel razonamiento "cuyas premisas son todas verdaderas y, por consiguiente, su conclusión es necesariamente verdadera".[8]

La justificación de la sentencia, en sus manifestaciones externa e interna ha sido igualmente estudiada y expuesta por Alexi.[9] Este importante autor advierte que la justificación interna ha sido conectada con el tema del silogismo judicial; y que la justificación externa consiste en "la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna".[10]

Esto quiere decir que cuanto se trata de asuntos sencillos y el juez decide utilizar el silogismo, tiene que subsumir el hecho específico, real y concreto en el hecho abstracto legal. En efecto, cuando el juez no cumple con estos principios, el fallo será inmotivado. Y si se trata de un asunto más complejo, en el cual utiliza la teoría de la argumentación, entonces la justificación externa alude a la cadena de argumentos utilizados en la fundamentación de la decisión y corresponde a la motivación. Mientras que la justificación interna se refiere a la bondad y calidad de los argumentos y su conexión con el tema a decidir.[11]

En relación con la motivación, el autor italiano Taruffo[12] la considera "un discurso" entendido como un conjunto de proposiciones definidas dentro de un mismo contexto e identificables de manera autónoma. En este sentido señala que dicho conjunto de proposiciones varía según el caso concreto. En efecto, se debe entender que la motivación estará viciada si la cadena argumentativa seguida por el juez contiene errores

[8] Mendonca: *Ob. Cit*. p. 57.
[9] Alexi, Robert, *Teoría de la Argumentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 214-240.
[10] *Ídem*, p. 222.
[11] Véase, Escovar León, Ramón, *La Motivación de la Sentencia y su Relación con la Argumentación Jurídica … cit*., capítulo 1.
[12] Taruffo, Michelle: *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova, Cedam, 1975, p. 30.

o impropiedades de orden lógico. Así, por ejemplo, si el dispositivo afirma A y la motivación afirma lo contrario de A.[13]

Según lo señalado por Taruffo, el control sobre la motivación no es sólo sobre el silogismo, sino que distingue entre el control sobre la justificación del discurso, que constituye la motivación, y el control lógico del procedimiento decisorio.[14] Del mismo modo, también sostiene que los argumentos utilizados por el juzgador deben constituir la base racional del dispositivo (*decisione*), es decir, la motivación debe exponer las razones por las cuales se establecen las premisas de la decisión sobre el mérito.

1.3 *LÍMITE QUE SEPARA LA MOTIVACIÓN DE LA INMOTIVACIÓN*

Uno de los asuntos delicados que se deben atender en la elaboración de una sentencia, es el de llegar a la definición de los criterios que permitan trazar un lindero entre la motivación y la inmotivación. Para hacerlo, resulta útil formularse la interrogante siguiente: ¿cuál es el límite que existe entre la motivación escasa y la falta absoluta de fundamentos? Como punto de partida, y antes de responder, es necesario atender la situación concreta mediante un ejemplo. Si el juez expone un argumento en el sentido de una cadena de juicios en donde uno es consecuencia del otro, o, simplemente construye un silogismo, entonces es posible sostener que en ambos casos –hay que insistir– no hay inmotivación, porque el razonamiento permite abordar los vicios de fondo. Pero, cuando en lugar de un motivo se expone una opinión que no permite controlar la labor de juzgar, sí hay inmotivación.

En esta materia la jurisprudencia, entiende que los motivos exiguos, precarios o escasos no vician el fallo de inmotivado; posición acertada desde un punto de vista conceptual. No obstante, el problema surge cuando se trata de establecer el límite entre el motivo escaso y la falta de motivación, porque al intentar hacerlo nos encontraríamos con las mismas interrogantes que surgen cuando se desea determinar la diferencia entre un hombre bajo y un hombre alto, es decir, ¿cuál es el límite?

---

[13] Taruffo: *Ob. Cit*., p. 561.
[14] *Ibídem,* p. 581.

En cuanto a la interrogante sobre el límite entre la motivación y la inmotivación, la respuesta es difícil de encontrar, al menos desde un punto de vista práctico. En efecto, la manera de saber si un fallo está motivado, independientemente del grado amplio o escaso de esa motivación, es conociendo cuál ha sido la aplicación del derecho al caso concreto, a partir del enunciado contenido en la premisa mayor del silogismo. En pocas palabras, ello significa que hay motivación cada vez que es posible conocer el criterio utilizado por el juez para abordar el fondo del asunto jurídico debatido. Esta afirmación encuentra apoyo en una decisión de la Sala de Casación Civil de fecha 20 de diciembre 2001,[15] que rechazó una denuncia por inmotivación, por cuanto el formalizante había combatido el supuesto pronunciamiento inmotivado con el recurso de fondo. Así lo expone esta decisión:

> En adición, observa la Sala que en la tercera denuncia de fondo el recurrente cuestiona la motivación dada por la recurrida para desechar el alegato relativo a la remisión de la deuda, combatiendo, precisamente, el pronunciamiento del Juez Superior respecto a la ausencia de novación. Por consiguiente, mal podría la Sala anular el presente fallo por falta de motivos cuando hasta el propio formalizante ha utilizado su motivación para plantear denuncias por infracción de ley.

Ello quiere decir que si el justiciable es capaz de combatir el fondo del asunto, es porque el fallo ofrece los motivos suficientes para realizar esta tarea.

Lo anterior autoriza a sostener que cuando se habla de motivación escasa, se hace para calificar un asunto semántico de poca utilidad. Sin embargo, esto resulta intrascendente puesto que el hecho de que sea escasa o excesiva resultará irrelevante en la medida en que sea posible abordar el fondo. Por consiguiente, conviene que se elimine la distinción entre motivación escasa y falta de motivación, puesto que, como se ha

[15] Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 20 de diciembre de 2001, N° 451, en el caso de *Foreign Credit Inssurance Association contra Naviera Rassi* y otros.

visto, cuando se trata de la motivación, lo que cuenta es su existencia, es decir, si la hay o no la hay. Así las cosas, poca importancia tiene, desde el punto de vista de la sentencia, lo referente a la cantidad de los motivos. En efecto, la motivación no tiene porqué ser exhaustiva ni detallada, basta que sea concisa y precisa, para que se conozcan los argumentos y los enlaces lógicos que conducen a la conclusión. Esto es así porque la motivación no busca explicar procesos mentales sino justificar adecuadamente la decisión desde un punto de vista lógico y argumentativo.

De lo anteriormente anotado, es posible plantearse la regla siguiente: si el recurrente plantea denuncias de forma, entonces las denuncias de forma deben desecharse.

1.4 *LOS VICIOS DE INDETERMINACIÓN, INCONGRUENCIA Y CONTRADICCIÓN*

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, estos vicios deben abordarse de manera casuística.

En principio, los vicios referidos 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.

Lo mismo acontece con la contradicción 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.

1.5 *LOS VICIOS DE FORMA Y EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LOS RECURSOS*

De acuerdo con el principio de personalidad de los recursos, sólo la parte perjudicada por el vicio puede alegarlo en casación. No obstante, es frecuente que en materia laboral se alegue el vicio de contradicción en el dispositivo, por ser el fallo inejecutable. En estos casos conviene precisar lo siguiente: i) El patrono no puede alegar el vicio de contradicción por ser el fallo inejecutable, porque ese vicio sólo perjudicaría al vencedor; ii) de existir el vicio en perjuicio del trabajador ganancioso en segunda instancia, la Sala Social puede casar de oficio, corregir el vicio y prescindir del reenvío.

1.6 *EL PRINCIPIO FINALISTA Y LA CASACIÓN SOCIAL*

La Sala de Casación Social ha elaborado una acertada doctrina que tiene carta de naturaleza en su sentencia de fecha 15 de marzo de 2000,[16] la cual ha sido ratificada en varias oportunidades, entre otras, en fecha 5 de diciembre de 2002,[17] cuando estableció lo siguiente:

> Es criterio de esta Sala que, con vista de las disposiciones de la Constitución, por aplicación del principio finalista y en acatamiento a la orden de evitar reposiciones inútiles, no se declarará la nulidad de la sentencia recurrida si la deficiencia concreta que la afecta, no impide determinar el alcance subjetivo u objetivo de la cosa juzgada, no hace imposible su even-

[16] Sentencia Nº 49.
[17] Sentencia Nº 662.

> tual ejecución o no viola el derecho de las partes a una justa resolución de la controversia.
>
> En ese orden de ideas, la decisión de la Sala deberá considerar en forma previa el fundamento de lo decidido por la Alzada, para determinar si las denuncias que se formulan son capaces de alterarlo, o si impiden por omisión de pronunciamiento o de fundamentos, el control de la legalidad; y antes de declarar la nulidad del fallo por defectos en su forma intrínseca, será necesario examinar si el mismo, a pesar de la deficiencia, alcanzó su fin, el cual no es otro que resolver la controversia con fuerza de cosa juzgada, posibilidad de ejecución y suficiente garantía para las partes.

El criterio anteriormente señalado, permite eliminar la casación de forma cuando el vicio alegado no tenga ninguna trascendencia sobre la suerte del asunto debatido. No es posible buscar la nulidad por la nulidad misma, sino que el vicio que se plantea tiene que ser de tal entidad, que impida "resolver la controversia con fuerza de cosa juzgada, posibilidad de ejecución y suficiente garantía para las partes".

La regla contenida en la decisión de fecha 15 de marzo de 2000 fue aplicada al día siguiente. Así, el 16 de marzo de 2000 la Sala Social dictaminó lo siguiente:

> a) que las normas sustantivas y adjetivas "que regulan el Derecho del Trabajo son de eminente orden público" (página 2 de la sentencia);
>
> b) que los artículos 65, 66, 129 y 132 de la Ley Orgánica del Trabajo contienen presunciones legales "que dispensan de toda prueba a quien la tiene a su favor" y, por tanto, "una vez demostrado el hecho constitutivo de la presunción, en el caso la prestación de un servicio personal a un sujeto no comprendido dentro de las excepciones establecidas en el único aparte del citado artículo 65, se debe establecer" la existencia de una relación laboral, "salvo plena prueba en contrario";

> c) y al considerar el juez de la última instancia que no obstante la presunción, y sin plena prueba en contrario, que la relación que unía a los actores con la empresa demandada era mercantil y no laboral, infringió las normas contenidas en "los artículos 39 y 65 de la Ley Orgánica del Trabajo y de los artículos 1.166 y 1.397 del Código Civil".

El fallo citado en el párrafo que antecede (N° 61) aplicó la casación de oficio, por cuanto el juez del mérito incurrió en errores *in iudicando*. Esta decisión corrobora la tesis, según la cual la casación de oficio puede atender a los errores de juzgamiento y no sólo los defectos de forma. Se observa una tendencia a dilucidar el fondo de la controversia. No hay en esta decisión referencia sobre los aspectos de forma.

1.7 *LA INVERSIÓN DEL ORDEN DEL RECURSO*

Amparados en el razonamiento de la mencionada sentencia número 49 del día 15 de marzo de 2000, la Sala de Casación Social ha desaplicado en varias oportunidades el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. Así lo hizo el 17 de mayo de 2000 (N° 116), cuando proclamó lo siguiente:

> Como consecuencia de lo antes expuesto, en aplicación del principio finalista, acatando la orden de evitar reposiciones inútiles, esta Sala no declarará la nulidad de la sentencia recurrida, si una concreta deficiencia en su forma intrínseca no impide determinar el alcance subjetivo y objetivo de la cosa juzgada, no hace imposible su eventual ejecución y no viola el derecho de las partes a una justa resolución de la controversia.
>
> Para realizar el examen sobre la posible infracción del derecho de las partes a una justa resolución de la controversia, la decisión de la Sala deberá establecer, en forma previa, el fundamento de lo decidido por la Alzada, para resolver si las denuncias que se formulan son capaces de alterarlo, o si impiden, por omisión de pronunciamiento o de fundamentos, el control de legalidad.

Por otra parte, la Constitución vigente da prioridad a la resolución de la controversia, en tanto que el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, privilegia la resolución de las cuestiones de forma, al establecer en su segundo aparte, lo siguiente:

> Si al decidir el recurso la Corte Suprema de Justicia encontrara 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.

Dada la contradicción existente entre esta disposición legal con los principios constitucionales que ordenan no sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, a obtener con prontitud una decisión sobre la controversia, a una justicia expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles, establecidas en las disposiciones de la Carta Magna, arriba transcrita, en acatamiento del deber, también constitucional, de aplicar con preferencia las disposiciones y principios constitucionales y garantizar su supremacía y efectividad, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, esta Sala desaplica la regla legal del artículo 320 que obliga a resolver, en primer término, en forma excluyente en caso de procedencia, el recurso de forma, para asumir la función de determinar, en cada caso concreto, cuál es el orden de la decisión que mejor sirve a los fines de hacer efectiva justicia". (Subrayado de la sentencia).

Con el párrafo copiado se quiere mostrar que, el hecho de privilegiar el fondo sobre la forma, constituye uno de los objetivos del sistema de administración de justicia. Ahora bien, para lograrlo se puede decidir el recurso de fondo sin atender el de forma si, como he señalado, el formalizante plantea denuncias de forma y, al mismo tiempo, alega vicios

de forma. De ser aceptada la tesis que propongo, entonces no habrá necesidad de decidir las denuncias por defectos de actividad,[18] por cuanto éstas se pueden desechar en bloque en un solo párrafo.

En materia laboral, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece un orden (como veremos *post*) que se inspira en las referidas doctrinas de la Sala Social.

1.8 *EL SILENCIO DE PRUEBA EN LA DOCTRINA DE LA SALA SOCIAL Y LA CIVIL*

Las doctrinas de la Salas de Casación Social y Civil abordan el tema del silencio de prueba de manera distinta. Para la primera el vicio es de forma; y para la segunda lo es de fondo. Aunque parezca que las posiciones están encontradas, sin embargo, pueden llegar al mismo resultado, esto es, evitar la casación múltiple por un vicio de esta naturaleza.

En efecto, la doctrina de la Sala Civil impone al recurrente la carga de demostrar la trascendencia del vicio sobre la suerte de la controversia. Luego, si no puede hacerlo entonces no hay casación. De la misma manera, para la Sala Social el vicio tiene que ser trascendente. En efecto, si se aplica la doctrina de la decisión número 49 de fecha 15 de marzo de 2000, no hay nulidad del fallo, aunque padezca de un vicio de forma, porque siempre "es necesario examinar si el acto, o sea la sentencia, a pesar de la deficiencia, alcanzó su fin, el cual no es otro que resolver la controversia, con fuerza de cosa juzgada, posibilidad de ejecución y suficientes garantías para las partes". Por eso, quizá sea más conveniente considerar el silencio de prueba como error de juzgamiento.[19] En el caso de que se imponga la tesis que lo considera defecto de actividad, debe articularse con el principio finalista *ex* artículo 26 de la Constitución.

Como se sabe, los errores de juzgamiento ejercen influencia sobre la suerte de la controversia; y cuando se trata de errores de forma, tradicionalmente no se ha requerido esa circunstancia. Además, es conocida

[18] Con las situaciones excepcionales señaladas *ante*.
[19] Véase mi trabajo antes citado, pp. 80-89.

la tendencia de nuestra jurisprudencia casacional a privilegiar la forma sobre el fondo; razón por la que ha usado, de manera protuberante, el denominado vicio de silencio de prueba.

Cuando los jueces no analizan una prueba, o la valoran parcialmente, se ha querido ver en ello una modalidad del vicio de inmotivación, sin que se atienda a la corpulencia y relevancia de la probanza sobre el tema que se discute. Así, en el caso de una reivindicatoria en la cual el juez fundamenta su decisión en la valoración de una prueba documental, si el Juez no valora unos testigos, la conclusión a la que se arribe, luego de esta valoración, no puede ir contra la documental. Pese a la claridad del asunto, la jurisprudencia tradicional ha preferido declarar con lugar la denuncia y despachar las causas de manera burocrática. En otras palabras, el reenvío aun valorando la testifical, tendrá que llegar, apoyado en la documental, a la misma conclusión a la cual arribó el fallo anulado.

Por otra parte, cuando la prueba es valorada parcialmente, por ejemplo, si no se transcriben todas las preguntas de un interrogatorio de un testigo, se postula que dicha valoración es inmotivada sin reparar si de esa valoración se fijaron o no los hechos. En este caso, la manera de determinar si un fallo está o no motivado –hay que insistir– es analizar si el razonamiento que se aplicó para tomar la decisión, permite abordar el fondo de la controversia. Y en cuanto a los hechos, cuando están bien motivados la decisión queda blindada porque, como enseña la mejor doctrina, una decisión bien motivada en los hechos es invulnerable.[20] En otras palabras: si del examen de la prueba es posible conocer cómo el juez construyó la premisa menor, entonces no estamos ante un caso de inmotivación. Si al contrario, hay inmotivación cuando no es posible conocer cómo se estableció el hecho. Esa es la razón por la cual no es posible admitir la tesis, según la cual la motivación insuficiente sobre la cuestión de hecho es un tema de casación sobre los hechos. Es, al contrario de lo que entiende nuestra doctrina,[21] un asunto que atañe a la motivación.

---

[20] Véase, Boré, Jacques, *La Cassation en Matière Civile*. Paris, Dalloz, 1997, num. 1893, p. 454.
[21] Márquez Áñez, Leopoldo: *El Recurso de Casación, la cuestión de hecho y el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil*. Caracas, UCAB, 1998, pp. 80-90.

Esta visión no puede sostenerse amparados en los argumentos expuestos en los párrafos que anteceden, así como en la nueva posición de la Sala Civil sobre el silencio de prueba. Por su parte, y de manera más tímida, la Sala Social ha dejado de lado esta inmotivación parcial, debida a la no exposición de todos los particulares sobre los cuales declaran los testigos. En efecto, en decisión de fecha 22 de marzo de 2001, y ratificada en fecha 31 de mayo de 2001 (N° 121), la Sala Social declaró lo siguiente:

> Por otra parte, en cuanto a si la recurrida no indicó ni expuso los particulares sobre los cuales fueron interrogados los testigos, cabe destacar la reciente jurisprudencia dictada por esta Sala de Casación Social, de fecha 22 de marzo del año 2000 mediante la cual se apartó del criterio reseñado por el formalizante y estableció lo siguiente:
>
> El criterio reiterado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre la prueba de declaraciones de testigos, es el siguiente:
>
> ...en sentencia de fecha 07 de agosto de 1991, reiterada luego en fallo del 18 de junio de 1992 y 29 de septiembre de 1993, la Sala señaló que los jueces deben en su decisión expresar los elementos que le sirven para valorar la prueba del testigo, indicando, así sea en forma resumida, las respuestas que el testigo dio en particular al interrogatorio al que fue sometido, tanto de las preguntas como de las repreguntas que el promovente de la prueba formulara, como de las repreguntas y los hechos que el sentenciador da por demostrados con el testimonio. (Sentencia Nº 365, de la Sala de Casación Civil del 19 de noviembre de 1997).
>
> Tal criterio no es compartido por esta Sala de Casación Social, por cuanto, considera que al pronunciarse con respecto a la declaración de un testigo, el Juez no está obligado a transcribir íntegra ni resumidamente el contenido de las preguntas y repreguntas con sus respuestas, pues su deber es indicar las razones por las cuales estima o desestima, según el caso, lo dicho

> por el testigo, es decir, debe señalar expresamente lo que lo lleva a la convicción de que éste le merece fe o por el contrario considera que incurrió en reiterada o falsedad.
>
> De este modo, no era obligación para el Juez de la recurrida transcribir el contenido de las preguntas y repreguntas con sus respuestas, pues basta con que señale sus razones para estimar o desestimar una testifical, lo que en el caso de autos fue realizado por el sentenciador superior como se estableció anteriormente y así se resuelve.

Si se admite sin ambages que el silencio de prueba es error de juzgamiento (como lo sostiene la Sala Civil), desaparecerá también el denominado silencio parcial de prueba como vicio de actividad. Por eso, es de desear que la Sala Social acoja la moderna posición de la Casación Civil en esta importante materia o aplique de manera consistente el principio finalista a que alude la sentencia número 49 del 15 de marzo de 2000. En todo caso, si se aplica la sentencia número 49 señalada, no será necesario atender los alegatos de silencios de pruebas intrascendentes.

Además siempre la determinación de la relevancia de la prueba sobre la suerte del proceso compete al recurrente en casación y, por lo tanto, es él quien debe demostrar la influencia de la prueba sobre el dispositivo, y no es asunto del juez de casación.[22] Desde luego, el formalizante no podrá plantear su denuncia si no puede demostrar que la prueba en cuestión tiene influencia sobre el dispositivo. Por consiguiente, si pretende plantear como silenciada una prueba que sólo demuestra un hecho periférico, su denuncia jamás podrá prosperar y, en consecuencia, se suprimiría la tendencia de casar fallos por la omisión de valoración de pruebas irrelevantes. Esta posición fue acogida en sentencia de fecha 21 de junio de 2001,[23] y ratificada y ampliada en sentencia de fecha 5 de abril de 2001 (N° 62) la cual señaló lo que se copia a continuación:

[22] Esta visión cambia en un sistema de casación de instancia, como veremos *post* en el texto.
[23] Sentencia Nº 204, caso Farvencia Acarigua C.A. contra Farmacia Claely, C.A.

> Las precedentes consideraciones permiten concluir que el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, constituye una obligación para el jurisdicente necesaria para establecer su criterio valorativo de las pruebas incorporadas en el expediente con relación a los hechos. Esta es una de las modalidades previstas en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que permite a la Sala examinar las actas procesales y extenderse al establecimiento y apreciación de los hechos y de las pruebas. En consecuencia, la falta de valoración de algún medio probatorio comporta la infracción por falta de aplicación del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, el cual contiene la obligación reseñada anteriormente, constituyendo su conducta uno de los motivos de excepción previstos en el artículo 320 *eiusdem,* estableciéndose una de las modalidades del error de juzgamiento contempladas en el ordinal 2º del artículo 313 del mismo Código.

Esta última decisión conecta el tema del silencio de prueba con el tema de los hechos en casación, lo que parece complicar este sencillo asunto: si la prueba no es relevante, no hay casación. Y esto tan sencillo, es lo que predica la Constitución en sus artículos 26 y 257.

2. LA CASACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo cambia nuestro sistema de casación de tradición francesa, por el de casación de instancia. Ese cambio se debe, tal vez, a la influencia que ejerció en el ámbito judicial venezolano, la crítica que formuló Humberto Cuenca al llamado sistema puro de casación, cuando afirmó que "La casación francesa se ha convertido en tribunal académico, anacrónico, para regusto de jurisconsultos, lento y frío, indiferente a la pugna litigiosa".[24] Como es sabido, tan radical opinión no es convincente, en atención a que no está respaldada por una

[24] Cuenca, Humberto, *Op. Cit.*, p. 236.

argumentación científica que la demuestre. Sin embargo, la autoridad manifiesta de su autor, la ha convertido, en mi opinión, en una referencia por demás influyente en materia de reforma del sistema venezolano.

Se dice esto, porque si se revisan los maximarios de la jurisprudencia francesa, así como su dilatada contribución al enriquecimiento del derecho sustantivo,[25] se puede demostrar que lo señalado por Cuenca es sólo una opinión y, como tal, no se ajusta a la realidad. No obstante, el sistema recomendado por Cuenca ha sido "adoptado" y está vigente y habrá que esperar sus efectos, para determinar si se corresponden o no, con lo deseado. Además, la Sala Social ya había conectado el sistema puro con el principio finalista, lo cual constituye, sin duda, uno de los mejores logros de la reciente jurisprudencia casacional vernácula.[26]

2.1 *MOTIVOS DE LA CASACIÓN LABORAL*

Los motivos o fuentes de la casación laboral están regulados en el artículo 168 de la LOPT que establece los motivos siguientes:

> a) El quebrantamiento u omisión de formas sustanciales siempre que éstas "menoscaben el derecho de defensa".
>
> b) La errónea interpretación, la falsa aplicación, la falta de aplicación de una norma jurídica y la violación de una máxima de experiencia
>
> c) La "falta, contradicción, error, falsedad o manifiesta ilogicidad de la motivación".

[25] Basta con leer obras como la de Mazeaud, Ghestin, Carbonnier, Colin y Capitant, Planiol, Tunc y otros para conocer acerca de la calidad de la jurisprudencia que los autores comentan. No se trata de hacer comparaciones sino de entender que en Francia rara vez se casan fallos porque los jueces de las instancias incurren en errores de forma. Como se sabe, el caso venezolano es distinto, porque como es archiconocido, la administración de la justicia ha sido penetrada y obstaculizada por intereses políticos y grupales, lo que hace casi imposible la existencia de una justicia pronta y buena.
[26] Hubiese sido, quizá, más conveniente, dejar a la jurisprudencia la importante faena de modernizar el burocratizado sistema casacional venezolano.

Como se puede observar, la regulación de los motivos de forma y fondo es semejante a la que prevé el artículo 313 del CPC. No obstante la similitud, conviene expresar lo siguiente. En primer lugar, el orden de la regulación sufre un cambio, puesto que la inmotivación es ubicada como tercer motivo y aparece con posterioridad a los errores de juzgamiento. En segundo lugar, no aparecen, salvo la inmotivación, los demás vicios de la sentencia a que se refieren los artículos 243 (requisitos de la sentencia) y 244 (vicios de la sentencia) del CPC.

Sobre lo anterior cabe advertir que la inversión del orden del recurso ha sido ya desarrollado por la jurisprudencia de la Sala como quedó señalado (*ante*). Es decir, la Sala Social desde la varias veces señalada sentencia de fecha 15 de marzo de 2000, invierte el orden del recurso y resuelve primero el de fondo y luego el de forma. Desde luego, que la indefensión siempre debe ser resuelta en primer término, porque su efecto es la reposición al momento en el cual ocurrió el vicio que causó la indefensión.

2.2 *EL REQUISITO DE LA MOTIVACIÓN*

Antes de conocer el requisito de motivación, conviene formular una pregunta: ¿la nueva casación social elimina la motivación como requisito de la sentencia?

De la lectura aislada del artículo 160 de la LOPT que contiene los requisitos de la sentencia, podría pensarse que la motivación fue eliminada, puesto que no menciona a este requisito. Pero si se lee el artículo 159 y el numeral tercero del artículo 167 de la misma Ley, se podrá advertir que la motivación sí es un requisito de la sentencia.

En efecto, de acuerdo con el artículo 159 de la LOPT, señala que la sentencia debe contener "los motivos de hecho y de derecho de la decisión". El artículo 167, por su parte, que contiene los motivos de casación, en su numeral tercero, señala como motivo autónomo de casación la "falta, contradicción, falsedad o manifiesta ilogicidad de la motivación". Luego, la motivación sigue siendo un requisito de la sentencia; y, la inmotivación un motivo de casación. Y no podía ser de otra manera porque el valor de las decisiones judiciales viene dado por la solidez de

su motivación y de la consistencia de la argumentación utilizada. Además, el requisito de la motivación está ligado al concepto de tutela judicial efectiva recogido en el artículo 26 de la Constitución.

2.3 *LA CASACIÓN DE INSTANCIA*

El artículo 175 de la LOPT regula la casación de instancia, es decir, la posibilidad de extenderse sobre el fondo de la controversia. En efecto, de acuerdo con esta norma la Sala de Casación Social, en su sentencia, debe decidir el fondo de la controversia (casación de instancia) y puede extenderse al establecimiento y apreciación de los hechos. La decisión será de reposición, si prospera una denuncia de indefensión.[27]

Así las cosas, cabe preguntar: ¿Qué sucede si el fallo es totalmente inmotivado? ¿Hay casación? El artículo 175 de la LOPT no prevé esta situación, pues se limita a consagrar la posibilidad de casar y reponer si hay indefensión; y de casar y decidir el fondo si prospera una denuncia de fondo, pero nada dice sobre la inmotivación, pese a que el artículo 168, ordinal 3 de la LOPT contempla a la inmotivación como una fuente del recurso de casación.

No se trata de un asunto superfluo, puesto que si el fallo está inmotivado, no será posible conocer la manera cómo el juez abordó el fondo y no es posible llegar a las denuncias de fondo. Además, si el fallo padece del vicio de inmotivación, la redacción del artículo 175 de la ley, sugiere la idea de que la casación puede subsanar este vicio al decidir el fondo. Si esto es así, entonces se pierde la misión de la casación que no es otro que la denominada función nomofiláctica, es decir, controlar la interpretación correcta del derecho en la búsqueda de la uniformidad. Por eso es que es importante el valor de la jurisprudencia como precedente judicial.[28]

---

[27] Véase artículos 168, ordinal 1° y 175 de la LOPT. La indefensión está señalada como motivo de la casación de forma en el ordinal 1° del mencionado artículo 168 que señala lo siguiente: "Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho a la defensa".

[28] Véase, Moral Soriano, Leonor: *El Precedente Judicial*. Madrid, Marcial Pons, 2002, Cap. VII, pp. 157-189.

El sistema de casación de instancia permite, sólo en apariencia, una más rápida administración de justicia, pero las desventajas son tales, que para subsanarlas habría que profundizar mucho más el sistema de casación pura, no sólo para hacerlo más ágil y flexible, sino para darle mayor celeridad procesal. En efecto, si por la vía de la jurisprudencia se pone de lado la casación múltiple, y su acompañante necesario, la casación inútil, pidiéramos obtener los resultados que se desean con este sistema de casación de instancia.

La casación de instancia ofrece otro riesgo. En casación se puede presentar un nuevo enjuiciamiento sobre los hechos sin posibilidad de evacuar pruebas y de ejercer el control sobre las mismas, salvo el caso excepcional a que se contrae el artículo 173 de la LOPT. Es decir, se podrán establecer hechos sin pruebas, pero semejante cosa afectará el derecho a un debido proceso y éste quedará en entredicho. Por ello hay que tener presente que el mito de la casación de instancia no es la panacea. Lo es el hecho de que son necesarios más y mejores jueces y más y mejores decisiones. Ambas carencias podrán ser satisfechas si se aplican y se desarrollan técnicas argumentativas. No obstante, me inclino por señalar que la casación de instancia, como supuesta panacea, es una ilusión.

Para hacerla viable, conviene que se piense en la renovación y refrescamiento de la casación pura y buscar un método para desembarazarla de los criterios burocráticos que la han secuestrado. La idea de una casación mestiza,[29] puede mantenerse vigente porque se trata de una casación que combina elementos de ambas, lo cual puede lograrse si se hace de la casación sin reenvío la regla, y el reenvío la excepción. Así, el artículo 460 del Código Orgánico Procesal Penal, permite a la Sala Penal la decisión sobre el fondo, salvo que fuese "necesario un nuevo debate sobre los hechos por exigencia de la inmediación y la contradicción".

Otro aspecto a considerar es la eliminación del falso supuesto (suposición falsa) como fuente de casación, figura cargada no sólo de abolen-

[29] Expresión acuñada por Cuenca.

go vernáculo, sino de hermosa textura jurídica. Por eso, tal vez sea prudente defender la tesis según la cual la verdadera casación sobre los hechos es el falso supuesto. Y si eso es así, cabe otra pregunta: ¿Qué ocurre si el fallo padece de un vicio de suposición falsa? Sucede que la casación de instancia permite su corrección en vista que la Sala puede extenderse al establecimiento y apreciación de los hechos. Luego cabe formularse esta otra interrogante: ¿Qué sucede si el juez desnaturaliza un medio de reproducción audiovisual? Pues bien, que no quedará otra salida que constatar por parte de la Sala, ese medio de reproducción audiovisual. Esto aparentemente lo resuelve el artículo 173 de la LOPT,[30] pero esta norma prevé los casos de promoción de pruebas en casación cuando hubiere habido "defecto de procedimiento sobre la forma cómo se realizó algún acto, en contraposición a lo señalado en el acta del debate o en la sentencia". Sin embargo, la pregunta que aquí se presenta, se refiere no a un error en el procedimiento sino a un error en el juzgamiento. Entonces la Sala al poco tiempo sucumbirá ante tal carga de trabajo, porque así lo exige la naturaleza del Tribunal de Instancia.[31] Y ¿cómo queda su tarea central de uniformar los criterios de interpretación del derecho?

Para responder las interrogantes anteriores, se piensa en una casación que reúna las siguientes características: En primer lugar, el motivo de indefensión con reposición al momento en que ocurrió el vicio. En segundo lugar, la casación de forma sólo si el vicio tiene trascendencia, como sería un caso de falta absoluta de motivación. Los demás vicios pueden, como la indeterminación, ser corregidos de oficio. En tercer lugar, la casación de fondo con los motivos tradicionales de falta aplicación, falsa aplicación, errónea interpretación y violación de una máxima de experiencia. En estos casos se debería establecer la casación sin

[30] Véase Duque Corredor, Román José: *La Oralidad en la Casación*. En: La Gran Reforma Procesal …*cit*, p. 431; y en esta misma obra: *Apuntaciones sobre el Procedimiento Oral contemplado en al Ley Orgánica del Trabajo*.

[31] Obsérvese que la Sala Constitucional, convertida en Tribunal de Instancia, está cargada de trabajo que la ha llevado a desatender su misión nuclear: el ejercicio de las denominadas justicia y jurisdicción constitucional.Véase Brewer-Carías, Allan: *El Sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, p. 13.

reenvío como regla. En cuarto lugar, la casación sobre los hechos sólo para el falso supuesto, caso en el cual habría la posibilidad excepcional de prescindir del reenvío si de la decisión no queda nada por juzgar. Y, por último, mantener vigente el esquema de la casación de oficio.

2.4 *LA ORALIDAD*

La consagración de la oralidad representa un paso muy importante en el remozamiento de nuestra casación. Ello no solamente supone que los juicios alcancen niveles de transparencia sino que es una muestra del cambio de paradigma en el foro. Con el debate oral se aspira desterrar la práctica que tiene que ver con la presentación del escrito por alguien que no lo redactó, hecho que sin duda constituye uno de los vicios que hemos tenido oportunidad de denunciar.[32]

Además de la transparencia, la inmediación y la concentración se acoplan como principios rectores en esta casación oral. En verdad, el principio de la inmediación se cumple porque de acuerdo con el artículo 173 LOPT, una vez vencido el lapso para formalizar e impugnar,[33] la Sala fijará la oportunidad para el debate oral, la cual se extenderá hasta agotar el tema y en presencia de los Magistrados (inmediación). El debate oral concentra, además, lo que antes era la réplica y la contrarréplica, por lo que este importante debate viene a ser el sucesor de ambos escritos, carentes de importancia y sabor. Por esa razón, la oralidad en sede casacional, constituye un verdadero duelo dialéctico de suma importancia y atención para la decisión, la cual debe dictarse una vez concluido el debate oral, tal como lo dispone el artículo 174 de la LOPT.

Se puede apreciar que con la oralidad diseñada en casación se pretende atender uno de los principios inspiradores del procedimiento laboral. Me refiero al principio de la justicia pronta y cumplida que corresponde a la filosofía de la nueva Constitución (artículo 26). La justicia cumplida es

[32] Véase Escovar León, Ramón: *Estudios de Casación Civil*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2000, pp. 317-328.
[33] Veinte días consecutivos para formalizar y veinte para contestar (Artículos 171 y 172 LOPT).

la justicia de calidad;[34] y la justicia pronta es la que se obtiene en un plazo razonable, y a ésta repugna la reposición inútil. Del mismo modo, la oralidad aspira a privilegiar la verdad material sobre la formal; y para que ello ocurra, el proceso debe estar orientado hacia la determinación de la verdad de los hechos, lo cual requiere aceptar que el proceso no está diseñado para resolver controversias (como lo sostiene la posición conservadora) sino para determinar la verdad.

Bueno es advertir que esta oralidad en casación no pone de lado las reflexiones de Cappelletti,[35] en relación con la posibilidad de que las argumentaciones jurídicas fundamentales se formulen por escrito. Esta recomendación se respeta, por cuanto la formalización y la contestación se presentan por escrito.

De acuerdo con el principio contenido en el ordinal 1° del artículo 89 de la Constitución que establece que se debe privilegiar la realidad de los hechos, el instrumento de la oralidad debe ser utilizado para llegar a la verdad material y no la formal. Según este principio, puede decirse que "la finalidad de producir decisiones justas constituye una ideología más bien que una teoría del proceso".[36]

3. EL CONTROL DE LA LEGALIDAD

El control de la legalidad es un recurso que puede proponerse contra aquellas decisiones de segunda instancia no recurribles en casación, pero que "violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial" de la Sala Social (artículo 178 LOPT).

---

[34] Véase; Sáenz Elisondo, María Antonieta: *Los Principios de los Procesos y la Oralidad.* En*: La Gran Reforma Procesal …Cit.*, pp. 218-219.

[35] Cappelletti, Mauro: *La oralidad y las pruebas en el Proceso Civil*. Buenos Aires, EJEA, tr. Santiago Sentís Melendo, 1972, p. 88. La oralidad debe privilegiarse en materia probatoria. Y en un sistema oral también debe orientarse hacia la sana crítica. Véase, Damaska, Mirjan: *Evidence Law Adrift.* New Haven, Yale University Press, 1997, p. 27.

[36] Taruffo: *La Prueba de los Hechos. … Cit*, p. 63.

El artículo 178 de la ley que se comenta, faculta a la Sala Social para inadmitir el recurso propuesto sin motivación. Esto parece inspirado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional que establece tal discreción en materia de revisión constitucional. La facultad discrecional de dictar decisiones judiciales sin motivación, atenta contra el principio del debido proceso, ya que la motivación de las sentencias es uno de los principios rectores del debido proceso.

La violación de una doctrina reiterada de la Sala Social puede ser objeto de este recurso. Es decir, la doctrina de la Sala es motivo de este excepcional recurso, siempre que sea reiterada.[37] Por consiguiente, el precedente judicial tiene carácter vinculante y la autoridad que de él emana pasa a ser un instrumento vital en la argumentación en sede laboral.

Aquí cabe preguntar: ¿Qué se entiende por precedente judicial? "Los precedentes son decisiones anteriores y la cuestión acerca de su fundamento se plantea en la solución de casos futuros".[38] Y tenemos un precedente cuando la decisión ha sido ratificada, esto es, cuando hay dos decisiones semejantes o iguales.[39] Esto popularizará la utilización del argumento de autoridad y del argumento *ab ejemplo*.

Este recurso excepcional requiere que la decisión del superior no fuere recurrible en casación. Por consiguiente, es necesaria una decisión definitiva o con fuerza de definitiva, lo que excluye las interlocutorias que no tienen este carácter. Así las sentencias recaídas en los juicios de estabilidad son atacables con este recurso.[40]

Pues bien, en fecha 21 de mayo de 2003, en sentencia número 355, la Sala Social al decidir un recurso de control de legalidad, declaró la in-

[37] Así las cosas, hubiese sido más útil colocar la violación de doctrina como un motivo o fuente autónoma del recurso de casación.
[38] Moral Soriano, *Ob. Cit.*, p. 129.
[39] La Sala Social ha considerado que hay "doctrina jurisprudencial" cuando los "razonamientos son sostenidos "prolongadamente". (Sentencia 21-05-03, N° 355).
[40] Véase Duque Corredor: *Apuntaciones sobre el Procedimiento Oral Contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo,* en este mismo Libro Homenaje.

fracción por errónea interpretación del artículo 68 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo, "norma jurídica que regula la forma y tiempo procesales en los cuales el demandado debe dar contestación a la demanda incoada en su contra, y que debe ser aplicada en sintonía con la interpretación doctrinaria de la Sala". Si la sentencia del Superior no es recurrible en casación y se propone el recurso de control de la legalidad, la Sala puede decidir el asunto como si fuese un recurso de casación y pronunciarse como Tribunal de instancia y decidir el fondo. Eso fue lo que hizo en la referida decisión del 21 de mayo de 2003.

REFLEXIÓN FINAL

He querido abordar el tema de la nueva casación laboral, por varios motivos. El primero, para subrayar que el foro venezolano, apegado a prácticas formales que privilegian la forma sobre el fondo y a la adjetivación, comienza a transitar por nuevos caminos. En su recorrido, pretende suprimir no sólo los síntomas de injusticia y mostrar que la reciente jurisprudencia es resultado del desarrollo que está experimentando la materia de casación, sobre todo, en lo atinente al campo del derecho laboral. El segundo, para conocer algunas de las líneas maestras de la casación laboral. Y finalmente, para resaltar una idea ya advertida, pero no desarrollada y es que el recurso de control de la legalidad ha dado signos de vida y, por lo tanto, permite que se atiendan asuntos que no pueden decidirse por medio de la casación como, por ejemplo, las decisiones que se fundamenten en la equidad.

El modelo tradicional que aplica el foro venezolano en la producción de sentencias, se fundamenta en la motivación como razonamiento que subsume tanto los alegatos de hecho como los de derecho. Esto significa que se espera que los jueces decidan conforme al Derecho, es decir, sobre la base de la comprensión inteligente y razonable de las reglas del Derecho y al conocimiento técnico que tenga sobre las mismas. Por consiguiente, el papel del juez es determinante y, por tanto, su actuación está reglamentada por el Código de Procedimiento Civil Venezolano; y en materia laboral, por la Ley Orgánica Procesal de Trabajo (LOPT). Esta última señala que la sentencia debe contener motivos de hecho y de derecho y con ello

se demuestra que la motivación, es considerada un principio del cual no pueden escapar los jueces al momento de decidir.

Esta concepción considerada dominante en el campo de las técnicas procesales de los recursos, sobre todo del recurso extraordinario de casación, no puede abrigar dudas acerca de su apego *tout court* a la Constitución, así como tampoco desconoce el avance que en la materia ha tenido a bien hacer, algunas decisiones de la Sala Social, cuyo mejor ejemplo es la sentencia del 15 de marzo de 2000, señalada en páginas anteriores. Esta importante decisión dio paso a la posibilidad de eliminación de la casación de forma cuando el vicio alegado no sea trascendente.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo ha establecido un orden en la regulación de los motivos de la Casación, de acuerdo con el principio finalista, orden que ha sufrido cambios en relación con lo establecido en el CPC. Se advierte, por ejemplo, que el orden de regulación coloca a la motivación en tercer lugar, es decir, después de los errores de juzgamiento y aunque los vicios de sentencia contemplados en el CPC no aparecen, se hace referencia a la inmotivación, la cual es en efecto, motivo de casación.

Para finalizar, conviene señalar que la consagración del debate oral regulada en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es un paso positivo de la casación laboral y con ello se pretende otorgar mayor transparencia a la decisión en virtud de que la oralidad permite ilustrar, *en directo*, los argumentos consignados en los escritos de formalización y contestación.

A pesar de los avances y logros de la sentencia número 49 del 15 de marzo de 2000, la reforma casacional no se ha deslastrado de la rutina burocrática. Se ha avanzado, sí, pero no lo suficiente. El foro aún espera que los operadores jurídicos apliquen las técnicas argumentativas adecuadas para evitar que sus posiciones continúen orientadas hacia lo adjetivo y superficial. Mientras la situación no sea superada, independientemente de las reformas legales, la administración de justicia continuará en manos de los llamados “procesalistas tipo”, término acuñado por Michelle Taruffo y que utilicé como epígrafe de este trabajo.

La Huelga y los Servicios Esenciales

Edgar FIGUERA ORTIZ*

SUMARIO:

1. **Huelga: 1.1** *Definición.* **1.2** *El derecho a huelga como un derecho limitado.* **1.3** *Sujetos titulares del ejercicio del derecho de huelga.* **1.4** *Concepto. Caracteres.*
2. **La situación jurídica de los trabajadores contrarios a la huelga: 2.1** *La posición del empleador ante la huelga.*
3. **La huelga y los servicios fundamentales a la población: 3.1** *Los trabajos o servicios de emergencia:* **3.2** *Responsabilidad del trabajador.* **3.3** *La normativa legal para garantizar durante la huelga ciertos servicios:* **3.3.1** *Servicios esenciales, servicios de mantenimiento y servicios mínimos.* **3.4** *La situación del trabajador que presta servicios durante la huelga:* **3.5** *Negativa de los trabajadores a prestar el servicio.* **3.6** *Consecuencia*

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, Profesor de Derecho del Trabajo, por Concurso de Oposición Universidad de Roma, Italia, Estudios de Postgrado en Derecho Sindical y del Trabajo. **Juzgado Superior Sexto Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas**, Ex Juez Temporal.

de la no prestación de los servicios. **3.7** *Noción de servicio público.* **3.8** *Servicios públicos y servicios esenciales.*

4. **Análisis de las normas de la LOT (artículos 8, 2º aparte, 496 y 504) y la correlación con el contenido del Decreto Ley del Estatuto de la Función Pública.**
5. **La huelga y los servicios públicos en el derecho comparado. 5.1** *La huelga y los servicios esenciales en los países que integran el Mercosur.* **5.2** *La OIT y la huelga en los servicios esenciales.* **5.3** *Concepto de servicios esenciales según la OIT.*

1. HUELGA

Dentro de la noción debemos referirnos a la huelga como hecho y como acto jurídico. Como acto la doctrina[1] lo define: "fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, adquisición, modificación, conservación, transmisión o extinción de los derechos u obligaciones".

Los hechos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos, según estén enmarcados o no dentro del ordenamiento legal. En un primer momento, en los inicios, la huelga fue un hecho jurídico, una situación fáctica motivada por la acción de los trabajadores sin ningún ordenamiento legal que lo reglamentara y menos aun una disposición constitucional consagratoria del derecho de huelga.

Ese hecho producido por una comunidad de trabajadores podía resultar un ilícito y producir incluso efectos negativos para la existencia del contrato o la relación de trabajo. La terminación justificada del contrato por el patrono ante el incumplimiento del trabajador.

Una vez consagrada la huelga como derecho constitucional y reglamentada en la legislación, es explicable entonces el tránsito de la huelga de hecho jurídico a un acto jurídico, dándole así status legal al hecho colectivo.[2]

---

[1] Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual.* Ed. Heliastra 7ª Edición. Tomo II. p. 287.
[2] La huelga tiene su origen en el Estado liberal como situación de hecho.

1.1 *DEFINICIÓN*

Podríamos definirla como la suspensión concertada del trabajo por parte de una colectividad de trabajadores con la finalidad de defender o tutelar un interés profesional colectivo (en igual sentido las definiciones contenidas en los artículos 494 de la LOT y 203 del reglamento).

La huelga produce la suspensión colectiva del trabajo. Esa suspensión no puede entenderse como incumplimiento a las obligaciones que le impone el contrato de trabajo al prestador del servicio, por cuanto el sujeto trabajador está ejerciendo un derecho. El ejercicio de tal derecho no es una manifestación de incumplimiento, no constituye un hecho ilícito, es más bien la concreción de un derecho subjetivo.[3]

El derecho de huelga ejercido por los trabajadores produce en la relación de trabajo la suspensión de dos de las principales obligaciones: Prestación de servicio y pago de salario. La no prestación del servicio no comporta para el trabajador ninguna consecuencia negativa, al no configurarse incumplimiento en las obligaciones del contrato y continúan produciéndose todos los demás efectos que rigen el sinalagma.

El impago del salario por el empleador no debe interpretarse como *exceptio non adimpleti*, ante la ausencia de prestación de servicio por el trabajador. Es consecuencia de la figura de la suspensión por efecto del ejercicio del derecho de huelga.

Todo lo dicho encaja dentro del plano de una huelga lícita, del ejercicio de un derecho y previo el cumplimiento de los requisitos formales pautados en la Ley. En cambio la paralización de actividades sin llenar las exigencias legales produciría su ilicitud con todos los efectos negativos que ello comportaría, entre los cuales el incumplimiento por el trabajador de alguna de las obligaciones que le competen en la relación (Art. 102 LOT) y podría dar pie a un posible despido justificado.

[3] Giugni, Gino. *Diritto Sindacale.* p. 221. Cauggi Editore - Bari. 1968.

La decisión de ir a la huelga por una comunidad de trabajadores debe completarse con la ejecución concertada del acto. Es decir, la decisión mayoritaria de declarar el conflicto, debe complementarse con la suspensión mayoritaria de las labores. A diferencia de lo sostenido por el profesor Francesco Santoro Pasarelli,[4] quien considera que es un acto colectivo en la deliberación, mas no necesariamente en la actuación, pues la suspensión del trabajo, según él, puede concretarse por parte de un solo trabajador. Respetando la opinión del ilustre profesor de la Universidad de Roma, el ejercicio del derecho de huelga, para nosotros, es un acto colectivo en la deliberación y en su ejecución. La finalidad perseguida por la suspensión de actividades es presionar al patrono para que acceda a las peticiones de los trabajadores y la mayor o menor eficiencia en la obtención de los fines dependerá de la suspensión mayoritaria de las labores.

La huelga es un acto colectivo para defender un interés subjetivo colectivo de una comunidad de trabajadores, cuya repercusión social es innegable.

Dentro de las diversas nociones dadas a la huelga, unas restrictivas y otras más amplias, hay unicidad en definirla como un hecho colectivo en la defensa de un interés profesional. Lo colectivo y lo profesional se vinculan coincidentemente cuando se trata de proteger a una categoría profesional afectada o en riesgo de ser lesionada por la conducta del sujeto patrono. Esa lesión se traduce en perjuicios económicos y mediante el conflicto los trabajadores pretenden evitar o corregir cualquier daño.

Alguna opinión doctrinal sostiene que la huelga es un conflicto de intereses (económicos) y no jurídicos.[5] La clasificación entre huelgas económicas o de intereses y huelgas jurídicas no debe ser considerada como excluyente. Las divergencias sobre la interpretación de una norma o cláusula de un contrato entre los sujetos de la relación laboral, generalmente

[4] Santoro, Pasarelli Francesco. *Nozioni di Diritto del Lavoro.* p. 52. Ventesima edizione. 1968. Casa Editrice. Dott. Eugenio Jovene.
[5] García, Manuel Alonso. *La Huelga y el cierre empresarial.* p. 53. 1979. Instituto de Estudios Económicos. Don Ramón de la Cruz. 38. Madrid.

comporta un interés económico, estará presente ese elemento en las divergencias surgidas entre sujetos activos y pasivos del conflicto.

1.2 *EL DERECHO A HUELGA COMO UN DERECHO LIMITADO*

El derecho de declarar la huelga, amparado en normas constitucionales y legales plantea una situación compleja, en cuanto al ámbito de aplicación de ese derecho. Ya hemos visto que se ejerce en forma colectiva, con la finalidad de tutelar un interés colectivo. Pero no se puede considerar como un derecho absoluto, debe ser ejercido dentro de ciertos límites, encuadrado dentro de la legalidad y sin menoscabar otros derechos.

En ese orden de ideas el legislador (Artículos 498, 499 y 500) en la Ley Orgánica establece, por ejemplo, la obligación de ciertos trabajadores, una vez declarada la huelga, de continuar trabajando, "... Aquéllos cuyos servicios sean indispensables para la salud de la población o para la conservación y mantenimiento de maquinarias cuya paralización perjudique la reanudación de los trabajos o los exponga a graves deterioros...". Otro caso es el de los trabajadores de un buque, los cuales no podrán declarar la huelga durante la navegación. Si la nave está fondeada en puerto nacional, una vez declarado el conflicto permanecen en el buque los responsables de su custodia.

El segundo aparte del artículo 8 de la LOT consagra el derecho de los funcionarios públicos de carrera entre otros a la huelga "... en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que presta y con las exigencias de la administración pública". En sentido similar el artículo 496 *ejusdem* establece que la 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".

El legislador en la normativa señalada, si bien consagra el derecho de huelga en respuesta al mandato constitucional consagra unos supuestos para su ejercicio, tendentes a impedir la lesión de otros derechos o perjuicios a la población o instituciones.

Es palmaria la intención legislativa el tutelar por encima del derecho a huelga, el interés público que garantice prestaciones, bienes y servicios esenciales a la sociedad.

El Estado debe garantizar tanto el derecho de huelga como medio de presión legítimo con rango constitucional, como el derecho de toda una comunidad a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al transporte, en fin, a sus derechos esenciales. Entonces, el ejercicio del derecho de huelga debe ser reglamentado, en determinadas actividades para evitar lesionar otros derechos.

En primer lugar, está de por medio el interés colectivo general (comunidad, población) cuyos servicios son necesarios para su actividad y funcionamiento.

En segundo lugar, el interés colectivo privado de los trabajadores quienes al ejercer su derecho de huelga pretenden proteger ese interés. Al momento de surgir la posibilidad del conflicto que afectará servicios esenciales, surge el dilema por la confrontación entre los intereses colectivos generales y el interés colectivo privado de los trabajadores involucrados en la huelga. La supeditación del interés privado luce más acorde tomando en consideración la jerarquización de los intereses en juego y evitar así lesiones y daños graves a los derechos ciudadanos.

1.3 *SUJETOS TITULARES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA*

Se ha debatido en la doctrina en relación a quién corresponde la titularidad de ejercer el derecho a la huelga. Podemos resumir a tres las posiciones adoptadas:

a) El trabajador como individuo.

b) Los trabajadores como comunidad organizada.

c) La organización sindical.

La cuestión reviste carácter complejo, pues si bien consideramos que el titular de ese derecho es el trabajador individualmente considerado y la ejecución del derecho necesariamente debe hacerse en forma colectiva, como bien lo señala el artículo 494 de la LOT al darnos el concepto de huelga y en igual sentido el artículo 203 del reglamento. La manifestación de voluntad individual es necesaria en el contexto del conflicto, pero su concreción, su materialización se ejecuta mediante la expresión de la comunidad de trabajadores, actuando mancomunadamente en la defensa de un interés colectivo. La eficacia del ejercicio del derecho a huelga está en función del acto colectivo, pero sin que ello signifique una transferencia de la titularidad.

La función del sindicato es importante en todo el proceso actuando como representante de los trabajadores. No compartimos el criterio de un sector de la doctrina sustentadora de la opinión de considerar al sindicato como el titular del derecho. La organización sindical, como ya dijimos, ejerce la representación de los trabajadores, es un mandatario, mas no lo sustituye en la titularidad del derecho de huelga.

La Ley Orgánica (Art. 497) entre los requisitos exigidos para el inicio por los trabajadores del procedimiento, establece que: "El sindicato, la federación o confederación que la planteó represente a la mayoría de los trabajadores de la respectiva empresa...".

En el mismo sentido, entre las atribuciones y finalidades de los sindicatos está el representar a sus miembros en negociaciones y conflictos colectivos de trabajo. Es una representación ejercida por la organización sindical, otorgada por el trabajador en el instante de su incorporación como miembro del sindicato. Generalmente la directiva sindical convoca previamente a una asamblea de trabajadores para decidir con respecto a la declaratoria o no del conflicto colectivo. Esto pone de manifiesto la procedencia de considerar al trabajador como titular del derecho. Si bien la suspensión es colectiva, implica la abstención de trabajar por parte de cada prestador de servicio.

Como corolario del punto desarrollado debemos mencionar la disposición reglamentaria (Art. 204) expresamente señala lo siguiente: "Los

titulares del derecho de huelga son los trabajadores, quienes la ejercerán por intermedio de sus organizaciones sindicales o de una coalición en aquellas empresas donde no hubiere trabajadores sindicalizados o cuando su número fuere insuficiente para constituir una organización sindical". La Constitución Nacional (Art. 97) le otorga el derecho a la huelga a "todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado".

1.4 *CARACTERES. EFECTOS*

La huelga, como ya hemos señalado, es un acto colectivo tanto en su declaratoria como en la ejecución, que se traduce en la abstención en el trabajo por parte de una comunidad de prestadores de servicio. Varios son los efectos que se producen, a saber:

1. La no prestación del servicio y el no pago del salario correspondiente, como obligaciones correlativas a cumplir en el contrato de trabajo. La cesación en el cumplimiento de la obligación de trabajar produce igualmente el no pago del salario. La obligación de hacer y la obligación de dar quedan suspendidas durante el período de huelga. Es decir, durante la huelga se produce la suspensión de la relación de trabajo, mas no la extinción del vínculo jurídico existente entre el empleador y el prestador del servicio.

2. Si bien estas obligaciones principales durante la ejecución del contrato cesan, subsisten otras obligaciones tan importantes como las señaladas, cuyos efectos siguen produciéndose en el transcurso del conflicto colectivo, tales como:

> a) Las obligaciones de ambos sujetos con los organismos de seguridad social, (Art. 102 y 103 LOT).
>
> b) En cuanto al Trabajador:
>
> – Vías de hecho, salvo en legitima defensa, injuria o falta grave al respeto y consideración al patrono, a sus representantes o miembros de su familia que vivan con él.

– Revelación de secretos de manufacturas, fabricación o procedimientos.

c) En cuanto al patrono:

– Falta de probidad.

– Cualquier acto inmoral en ofensa al trabajador o a miembros de su familia que vivan con él.

– Vías de hecho.

– Injuria o falta grave al respeto o consideración debidos al trabajador o a miembros de su familia que vivan con él.

3. Otro de los efectos durante la huelga es la inamovilidad absoluta temporal (Art. 96 y 506 LOT) de la cual gozan los trabajadores participantes en el conflicto y mientras dure el mismo. Disposición tuitiva mediante la cual el Estado garantiza a los trabajadores huelguistas estabilidad en el trabajo y protección para que "ningún patrono podrá despedir o trasladar a un trabajador, ni desmejorar sus condiciones de trabajo o tomar medidas contra él, por motivo de sus actividades legales en relación con un conflicto de trabajo..." (Art. 506 LOT). Cualquier despido pretendido por el patrono contra algún trabajador debe ser por causa justa, es decir, cualquier acto u omisión en el cual haya incurrido el trabajador de los tipificados en el artículo 102 de la LOT, para lo cual es necesario por parte del patrono presentar una solicitud ante el Inspector del Trabajo de la Jurisdicción debidamente motivada y mientras dure la tramitación de la solicitud de despido ante la Inspectoría, el solicitante (patrono) deberá abstenerse de realizar ningún acto violatorio de las disposiciones legales (artículos 96 y 506 de la LOT).

Si bien, la suspensión de la relación de trabajo produce entre otros efectos la interrupción del tiempo de servicio durante el período de la no prestación del mismo, al menos así se produce en la mayoría de las causales de suspensión establecidas en la Ley (Art. 97, último aparte LOT), no sucede igual durante el conflicto colectivo, ya que el legisla-

dor expresamente considera la no interrupción del tiempo de servicio mientras dure la huelga. Ese período de ausencia laboral se le imputa a los fines de la antigüedad.

2. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES CONTRARIOS A LA HUELGA

El status de los trabajadores que han manifestado su voluntad expresa o tácita de no ser parte activa en el conflicto colectivo, está vinculado estrechamente a la calificación de la huelga.

Su determinación como deber o como derecho. La antigua concepción de un deber implica la obligación de cada trabajador, una vez tomada en forma mayoritaria la decisión de ir al conflicto, de asumir el mismo aun en contra de su voluntad. Está descartada en la mayoría de las constituciones y leyes la huelga-deber.

Se considera actualmente la huelga como un derecho, cuyo rango constitucional está consagrado en las cartas fundamentales de muchos países.[6]

Al considerar indiscutible ese derecho, ello comporta la consecuencia lógica de determinar la titularidad del mismo, la discusión doctrinal está planteada. Si dicha titularidad le corresponde a la organización sindical o al trabajador como persona. Ya nos hemos referido a este punto en el presente trabajo. No obstante como acotación adicional para reforzar el criterio mayoritario de considerar al trabajador como titular del derecho, el artículo 97 de nuestra Carta Magna así lo consagra.

Aun ante el hecho innegable que el ejercicio de la huelga es un derecho individual, su ejecución es un hecho colectivo. Para materializar el derecho se requiere la concurrencia concertada de voluntades que conforman la mayoría de los trabajadores.

[6] Art. 97 Constitución de Venezuela y Art. 28 ap. 2 de la Constitución española que establece: "se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses".

Debe existir entonces una estrecha relación del titular individual con el colectivo.

1. La huelga es la suspensión colectiva de las labores, pero para la concreción es necesario la abstención individual de cada trabajador como titular del derecho subjetivo, pues es él en cada relación laboral quien asume la obligación de prestar el servicio (*intuitu personae*). Como dice Alonso García[7] "...el trabajador es el único dueño de su actividad...").

2. La adhesión o no a la huelga, es un acto unilateral de voluntad de cada trabajador. Es la manifestación de solidaridad de cada uno con el conflicto. Podemos considerarlo como el ejercicio de su derecho libremente expresado por cada individuo.

Los trabajadores que no se adhieran al conflicto pueden argumentar su derecho al trabajo, su voluntad de seguir prestando servicios sin que nadie pueda impedir su actividad.

El argumento, luce valedero dentro del contexto amplio de la libertad de trabajo. Pero se requiere de análisis del otro aspecto de la cuestión, la consideración del derecho a la huelga ejercido por la mayoría de los trabajadores.

Considerada la huelga como instrumento de presión legítima ejercida por los trabajadores sobre el empleador, para así obtener los objetivos perseguidos. Se haría nugatoria la acción conflictiva al no lograrse la abstención efectiva de los trabajadores en su actividad laboral. La concurrencia al trabajo de aquellos trabajadores no adherentes al paro permitiría al empleador continuar la actividad de la empresa, aunque fuese parcial, reduciéndose así los efectos coercitivos del conflicto.

Otra consideración a tomar en cuenta es la jerarquía constitucional del derecho de huelga, colocado en un plano superior en relación al derecho

[7] García, Alonso, *Do Procesal del Trabajo,* BOSCH, Barcelona, p. 97. 1963.

de los no huelguistas a concurrir a su sitio de trabajo. El derecho estriba en su voluntad de no participar activamente en el paro, mas no el de actuar en contra de sus compañeros huelguistas realizando actos tendentes a disminuir o interrumpir los efectos perseguidos en la huelga.[8] En igual sentido se pronuncia el tratadista español Antonio Santana Gómez cuando dice "...la adecuada cohonestación de ambos institutos obliga a afirmar que la libertad de trabajo de los no huelguistas no puede justificar actuaciones de éstos que supongan una agresión contra el derecho de huelga de sus compañeros".[9]

2.1 *LA POSICIÓN DEL EMPLEADOR ANTE LA HUELGA*

Diversas pueden ser las actitudes que puede adoptar el patrono ante el conflicto surgido:

a) Pretender neutralizar los efectos con los trabajadores no huelguistas.

b) Contratar personal ajeno a la empresa.

c) Acatar el paro y mantener inactiva la empresa.

En los dos primeros supuestos (a y b) la sustitución interna o externa de los trabajadores huelguistas produce la consecuencia de atemperar o neutralizar totalmente los efectos del conflicto. Aun cuando existen opiniones favorables a la actitud patronal de agotar todos los recursos tendentes a lograr atemperar los efectos dañosos de la huelga y una vía sería la contratación de personal externo necesario para suplir a los huelguistas.[10]

La actitud empresarial, en este sentido, sería lesiva al derecho de huelga, por cuanto las actuaciones dirigidas a neutralizar los efectos del paro produciría como consecuencia hacer nugatorio el conflicto mismo.

---

[8] La libertad de sumarse o no a las huelgas no lo faculta para neutralizar la que hicieren sus compañeros. Sentencia del Tribunal Supremo de España 23/10/1999.
[9] El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas. CIVITAS. S.A. 1ª Edición 1993.
[10] En Sentencia del Tribunal Superior de España 23/10/1989, se sienta el criterio de que suplir a los trabajadores en huelga, es conculcar su derecho a la huelga.

Por último, la decisión mayoritaria de los trabajadores huelguistas es aceptada por el patrono y trata de buscar una solución conciliatoria. Ésta sería la posición adecuada del empleador ante una huelga legalmente declarada.

La única limitación a este derecho está contemplada expresamente en algunas legislaciones y referida a los servicios esenciales o de mantenimiento (Italia, España, Venezuela y otros).

Criterio distinto debe sostenerse cuando el paro es ilegal. Tal situación produce consecuencias y efectos diferentes a los ya analizados. El patrono no está compelido ni obligado a la aceptación pasiva de la paralización de su empresa.

En cuanto concierne a los trabajadores no adherentes al paro, éstos no están obligados a su acatamiento. Los esfuerzos realizados tanto por el empleador como por los trabajadores contrarios a la huelga, dirigidos a mantener la actividad productiva, estarían enmarcados dentro de los parámetros de licitud, pues no hay violación por parte de ellos de algún derecho.

3. LA HUELGA Y LOS SERVICIOS FUNDAMENTALES A LA POBLACIÓN

A.- ¿Que son servicios fundamentales o esenciales a la población?

B.- El servicio esencial como servicio público. El servicio esencial como servicio privado.

C.- Los servicios esenciales y el interés público.

a) Los trabajos o servicios de emergencia.

1.- Responsabilidad del trabajador

2.- La normativa legal para garantizar durante la huelga ciertos servicios.

b) Servicios esenciales, servicios de mantenimiento y servicios mínimos.

D.- La situación del trabajador que presta servicios durante la huelga.

a) Negativa de los trabajadores a prestar el servicio.

b) Consecuencia de la no prestación de los servicios.

La expresión servicios esenciales implica una conceptuación para determinar lo que abarca, su ámbito de aplicación. Esos servicios no comportan necesariamente servicios públicos, prestados por organismos del Estado. Pueden también ser realizados por personas o empresas del sector privado, aun cuando su prestación sea fundamental para la población.

A nivel de doctrina y jurisprudencia internacional se ha debatido el punto relativo a la noción de servicios esenciales.

Podemos clasificarla en dos corrientes:

Una primera, que podríamos considerar amplia, la cual propugna no estimar *a priori* cuáles servicios deben clasificarse como esenciales.

La segunda, plantea el sistema de Lista, en la cual se detallan los servicios estimados esenciales, considerándolos como tales por ser imprescindibles, por ejemplo, los de sanidad, seguridad pública, fuerzas armadas, suministro de agua, aseo, luz, etc.

La esencialidad de los servicios está vinculada expresamente con las necesidades indispensables de la población, respondiendo en igual medida a los derechos fundamentales garantizados en la Constitución.

Para la doctrina española debe tratarse de "Prestaciones Vitales" para la comunidad o de prestaciones o servicios, sin los cuales la comunidad no puede funcionar.[11]

[11] Segarday, Juan Antonio. *La Huelga en Servicios Esenciales de la Comunidad. Revista Derecho.* Universidad complutense. Nº 17, Madrid 1973.

Lo esencial del servicio estaría ligado a la naturaleza de la prestación como al resultado esperado por la prestación. En otras palabras, el servicio es esencial si satisface bienes esenciales, vinculados éstos a los derechos garantizados constitucionalmente. Como lo señala la doctrina española, entendiendo por "bienes e intereses esenciales", los derechos fundamentales, tales como libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.[12]

No hay duda entonces de la existencia de un vínculo entre derechos fundamentales, libertades públicas y los derechos constitucionales consagrados en la Carta Magna. El derecho a la vida, a la libertad, a la salud, a la educación, a la libre circulación, etc., es decir, todos los servicios que garanticen a la ciudadanía estos derechos, deberán ser considerados entonces como esenciales a la comunidad, independientemente que sean prestados por organismos o empresas públicas o privadas. LA ESENCIALIDAD está en la naturaleza del servicio.

La doctrina italiana nos da también una definición y estima como servicios públicos esenciales, independientemente de la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, aquéllos dirigidos a garantizar el goce de los derechos de las personas constitucionalmente tutelados (a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, a la asistencia y previsión social). Resalta en el concepto italiano la expresión Servizi Pubblici Essenziali,[13] tal vez con la intención del legislador italiano de enfatizar sobre la naturaleza pública del servicio, independientemente de la persona que lo preste, ya sea pública o privada. Esto nos motiva a expresar en todo caso, que no todos los servicios públicos son esenciales. Tanto en España como en Italia se establece una normativa tendente a regular el derecho de huelga en aquellos servicios susceptibles de ser considerados esenciales o indispensables a la población o comunidad.[14]

[12] Sentencia del Tribunal Constitucional, 1981. España.
[13] Legge 12 Giugno, 1990, Nº 146.
[14] En tal sentido el Art. 28.2. Constitución española de 1978, limita el derecho de huelga a "...el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

El profesor Abbo Junker[15] (Universidad de Gottinger - Alemania) clasifica el tema de huelgas y servicios en tres cuestiones jurídicas centrales: Primera ¿Qué ámbitos sociales se encuentran de manera general sustraídos al conflicto colectivo como medio de protección de la comunidad en abstracto o de determinado grupo de personas?

Segunda ¿Cuáles son los trabajos que pertenecen al ámbito de los servicios esenciales que han de ser mantenidos durante una huelga? Tercera ¿Quién organiza los servicios esenciales y determina qué trabajadores han de intervenir en éstos?

Estas preguntas del docente alemán nos plantean también la interrogante, si el ejercicio del derecho de huelga puede afectar a terceras personas no involucradas directamente en el conflicto y en qué medida, y más aún, si puede perjudicar a la población.

En la doctrina alemana, servicios esenciales o trabajos esenciales se dividen conceptualmente en dos aspectos: A.- Trabajo de mantenimiento y B.- Trabajo de emergencia.

Los de mantenimiento procuran evitar daños a la otra parte. Nos preguntamos cuáles serían esos servicios. La especificación de los mismos puede variar de un país a otro. Podemos señalar algunos elementos como indicadores, tales como los servicios necesarios para conservar las instalaciones y maquinarias mientras dure la huelga y así evitar daños o perjuicios no solamente al patrono sino a la colectividad beneficiaria. También la conservación de productos terminados o semiterminados o aquéllos perecederos, materias primas, es decir, todo lo que requiera de cuido, protección o conservación para evitar su destrucción o descomposición. Por ejemplo, las unidades de transporte que aun durante la huelga debe dársele mantenimiento como garantía de su buen funcionamiento, una vez cesado el conflicto. Los hornos de las empresas de aluminio (SIDOR). Los productos que requieran refrigeración para su conservación.

[15] Junker, Abbo, *Huelgas y servicios esenciales. Ob. Cit.* p. 197 y ss.

En conclusión, podemos señalar como trabajo de mantenimiento los requeridos para: Garantizar la seguridad personal, evitar deterioro o daños en instalaciones, maquinarias y mercancías.

Todas estas medidas facilitarían la reanudación de las actividades en condiciones normales al término del conflicto.

En nuestra legislación es obligatorio la prestación de los servicios de mantenimiento y seguridad en las empresas, de no cumplirse con tal imperativo durante la huelga, ésta sería ilícita (Art. 498 LOT y 206 Reglamento). La norma reglamentaria remite a los convenios colectivos el establecimiento del régimen regulador de los servicios necesarios tendentes a garantizar el "...mantenimiento y seguridad de la empresa". Si no existiere tal regulación en los convenios colectivos se podrá hacer en las deliberaciones de la Junta de Conciliación y antes de que se produzca el conflicto. Si hubiere desacuerdo entre las partes en la fijación de los servicios, le corresponderá al Presidente de la Junta de Conciliación fijarlos en un plazo no mayor de tres (3) días contados a partir de la terminación del lapso previsto en el artículo 187 de la LOT. La decisión del Presidente de la Junta puede ser recurrida ese mismo día o al siguiente para ante el Ministro del Trabajo, quien deberá producir su decisión en un lapso de tres (3) días hábiles.

El procedimiento señalado no impide la fijación por las partes durante el proceso huelgario de los servicios de mantenimiento y seguridad, si así lo hacen, queda sin efecto la fijación hecha por el Presidente de la Junta. El Reglamento establece la posibilidad de ejercer la acción de Amparo Constitucional por los interesados que estén en desacuerdo con la fijación de los servicios de mantenimiento.

3.1 *LOS TRABAJOS O SERVICIOS DE EMERGENCIA*

Éstos tendrían como finalidad la de garantizar los derechos de la colectividad en general y los de las personas no involucradas directamente en el conflicto, pero sí afectadas por el mismo. Es decir, los usuarios de estos servicios. La prestación indicada estaría dirigida a garantizar los bienes y servicios cuyo suministro es vital para la comunidad.

Entrarían dentro de estos servicios: luz eléctrica, agua, telefonía, comunicaciones en general, alimentación, servicios sanitarios, médicos quirúrgicos, bomberos, recolección de desechos, etc. Así lo señalaba el artículo 393 del Reglamento de la Ley derogada. En el reglamento vigente de la LOT (Art. 210) se enumeran los servicios públicos esenciales: Salud, sanidad e higiene pública, producción y distribución de agua potable, producción y distribución de energía eléctrica, de hidrocarburos y derivados, de gas y otros combustibles, de alimentos de primera necesidad, defensa civil, recolección y tratamiento de desechos urbanos, aduanas, administración de justicia, protección ambiental y de vigilancia de bienes culturales, transporte público, control del tráfico aéreo, seguridad social, educación, servicio de correo y telecomunicaciones y servicios informativos de la radio y televisión pública.

La norma reglamentaria responde de esta manera al contenido de los artículos 496 y 498 de la LOT. En efecto, la primera norma citada consagra el derecho de huelga en los servicios públicos, con el agregado "...cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones" (subrayado nuestro). Palmaria la expresión del Legislador cuando condiciona el derecho de huelga a que no cause perjuicio irremediable.

En otra disposición el Legislador (Art. 498 LOT) consagra la obligación de continuar trabajando, aun declarada la huelga a aquéllos "...cuyos servicios sean indispensables para la salud de la población o para la conservación y mantenimiento de maquinarias...". La Ley no discrimina entre servicios públicos o privados, basta que sean indispensables para la salud de la población.

De las normas comentadas se desprende la voluntad manifiesta de la Ley de estipular reglas limitativas al ejercicio del derecho de huelga, cuando el mismo pueda lesionar otros derechos o intereses, de manera particular los servicios indispensables que garanticen la salud y la seguridad de la población.

En el Reglamento de la Ley se establece el procedimiento a seguir para la fijación de los servicios mínimos indispensables. En primer lugar, debe

fijarse a través de un sistema de autorregulación en los convenios colectivos, en ausencia de tal regulación, la fijación podrá realizarla la Junta de Conciliación, si no hubiera acuerdo en la Junta de Conciliación para fijación de los servicios mínimos indispensables, le corresponderá hacerlo en forma cautelar al Ministro del Trabajo. Al igual que en la fijación de los servicios de mantenimiento, en este caso la decisión ministerial, fijando los servicios mínimos, también podrá ser atacada por los interesados mediante acción constitucional de Amparo. La Sentencia del Juez dictada en sede constitucional deberá especificar el alcance de los servicios mínimos indispensables tendentes a evitar perjuicios irremediables a la población o instituciones y dictar las medidas acordes que garanticen tal derecho.

En el Decreto con Fuerza de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública (*Gaceta Oficial* Nº 5.557 extraordinario de fecha 13 de Noviembre de 2001) consagra también el derecho de huelga en los servicios públicos, siempre y cuando su paralización "... no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones". Se debe garantizar, cuando la huelga afecte un servicio público esencial, la prestación de los servicios mínimos indispensables. De no prestarse esos servicios mínimos indispensables se producirá la declaratoria de ilegalidad de la huelga y la destitución de los funcionarios públicos que desempeñen cargos de carrera y se hayan negado a prestar esos servicios o impidan el funcionamiento de los mismos. Al igual que en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo en el Decreto Ley (Art. 141) se hace una enumeración de cuáles son los servicios públicos esenciales, enumeración esta similar a la establecida en el Reglamento de la LOT.

El Decreto Ley plantea una disposición que consagra la facultad del Presidente de la República en Consejo de Ministro de decretar los servicios mínimos indispensables a ser prestados durante la huelga. Esta disposición discrepa del procedimiento contemplado en el Reglamento de la LOT para la fijación de los servicios mínimos, ya sea mediante la autorregulación, por la Junta de Conciliación o por el Ministro del Trabajo, incluso en el Reglamento (Art. 216) se faculta al Ministro del Trabajo para someter al conocimiento de una Comisión Nacional de

Mediación (CONAMED) los conflictos colectivos que afectaren al sector público y a los servicios públicos esenciales.

Ese Decreto Ley fue sustituido por la Ley del Estatuto de la Función Pública, publicado en *Gaceta Oficial* numero 37.522 del 6/9/2002. En esta Ley se elimina la facultad del Presidente de la República en Consejo de Ministros de decretar los servicios mínimos indispensables y remite la competencia a los tribunales en lo Contencioso Administrativo funcionarial (Art. 32).

3.2 *RESPONSABILIDAD DEL TRABAJADOR*

Legalmente (Art. 498) existe obligación durante el desenvolvimiento de la huelga a continuar trabajando a los trabajadores asignados en servicios indispensables para la salud de la población o para la conservación y mantenimiento de maquinarias que no pueden paralizarse, so pena de perjudicar la reanudación ulterior de los trabajos o puedan sufrir deterioro. La designación de los trabajadores corresponderá al sindicato y al patrono, quienes señalarán tanto el número como a las personas que continuarán prestando el servicio. No se establece en caso de desacuerdo cuál sería el procedimiento a seguir para la designación de los trabajadores. El sindicato sí puede hacer observaciones cuando en su criterio se exija trabajar a personas en forma injustificada.

La inobservancia en las tareas inherentes a los servicios mínimos indispensables o de mantenimiento y de seguridad de la empresa es considerada falta grave a las obligaciones en la relación de trabajo, se tipifica un incumplimiento que produciría un despido justificado. De ser así, se le atribuye facultad al funcionario de trabajo para autorizar al patrono la sustitución del trabajador o los trabajadores responsables.

En mi criterio, aquellos trabajadores designados para realizar trabajos durante el conflicto, pueden a su vez considerar lesionado su derecho al ejercicio de la huelga y accionar por vía jurisdiccional de Amparo la protección de ese derecho. Mientras se dilucida la controversia, los servicios mínimos esenciales y de mantenimiento deben ser atendidos.

3.3 *LA NORMATIVA LEGAL PARA GARANTIZAR DURANTE LA HUELGA CIERTOS SERVICIOS*

Las disposiciones legales y reglamentarias persiguen garantizar, en primer término, la continuidad de la prestación de trabajo en servicios indispensables para la salud de la población y en segundo lugar en aquellos servicios tendentes a la conservación y mantenimiento de maquinarias cuya paralización perjudique la realización ulterior de los trabajos que corran el riesgo de graves deterioros. Las disposiciones en comento, contienen un doble aspecto:

1) El referido a la salud de la población.

2) Mantenimiento y conservación de las maquinarias.

Pareciera distinguir el legislador entre servicios indispensables o esenciales y servicios de mantenimiento, aunque ya en otros párrafos analizamos estos aspectos, consideramos menester hacer hincapié que aun cuando pueden estimarse como diferentes, están vinculados por la necesidad de mantener durante el conflicto la prestación de los servicios mediante la actividad laboral de unos trabajadores, en el entendido que esos servicios deben estar reducidos al mínimo.

La finalidad de mantener la prestación en esos servicios es evitar daños a la población y a las instalaciones. El daño causado por la huelga con la abstención en el trabajo no debe ir más allá de lo permitido en este tipo de conflicto. Por lo tanto, la previsión legislativa de garantizar ciertos servicios mínimos, contiene una idea tuteladora para limitar el daño a un ámbito prudencial.

Otro aspecto contemplado, es el de asegurar, una vez concluido el conflicto, la reanudación de actividades. Esta finalidad está implícita en la conservación y mantenimiento de las maquinarias. Ello permite reiniciar las actividades inmediatamente tan pronto la huelga haya cesado sin demora y dilación, por cuanto las instalaciones y maquinarias están en perfecto estado de funcionamiento.

Entendemos entonces, que la conservación y mantenimiento no comporta actividad productiva, pues la producción de bienes y servicios está paralizada durante el conflicto. De no ser así, se estaría desnaturalizando uno de los fines perseguidos por la huelga como es la suspensión de actividades en la empresa. Por vía de excepción el legislador permite la realización de estas actividades, pero reducidas a lo indispensable. Si el patrono va generar beneficios económicos de la empresa durante la huelga, ésta como medio de presión perdería su razón de ser.

3.3.1 *Servicios esenciales, servicios de mantenimiento y servicios mínimos*

Se puede plantear a nivel doctrinal marcar distancias desde el punto de vista conceptual entre estos servicios. Hay no obstante concurrencias innegables en cuanto a la limitación del derecho de huelga contenida en esos servicios y la obligación de algunos trabajadores de efectuar labores durante la huelga.

Existen diferencias más acentuadas entre los servicios esenciales y los de mantenimiento, a saber:

1. En cuanto a los fines: a) En los servicios esenciales se trata de tutelar el interés general o colectivo. En los de mantenimiento, la protección es referida a los bienes y a las instalaciones (así lo señala el Art. 498 de la LOT). De manera que el conflicto no produzca daños en las maquinarias o instalaciones que hagan difícil o imposible su activación una vez terminado el conflicto .

2. La no interrupción de los servicios esenciales, implica más que una finalidad económica, es preservar la continuidad de un servicio público, es garantizarle a la comunidad la actividad de servicios imprescindibles para su desenvolvimiento. En cambio los de mantenimiento tienden a preservar las instalaciones y maquinarias para que no sufran deterioro o daño y una vez cesada la huelga se pueda continuar la actividad normalmente. Aquí se evidencia un interés económico: Evitar perjuicios o daños que pudieran impedir el reestablecimiento normal de la actividad productiva.

3. Los servicios esenciales están estrechamente vinculados a los servicios públicos, aun cuando sean prestados por personas o entes privados, como ya dijimos, está relacionado a la naturaleza del servicio.

Según la LOT, el derecho de huelga puede ejercerse en los servicios públicos, siempre y cuando la paralización de los mismos "... no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones" (Art. 496). La norma establece un condicionante al ejercicio del derecho, aun cuando el legislador en este punto no hace referencia a servicios esenciales, sí los vincula a la situación fáctica de causar perjuicio irremediable (subrayado nuestro), llevando al ánimo del intérprete la idea de la importancia de estos servicios, que no dudamos en considerar esenciales o indispensables, término este último utilizado en la Ley (Art. 498 LOT).

En cambio los servicios de mantenimiento no implica necesariamente la prestación de un servicio público, aun cuando en algunos casos puedan coincidir. La finalidad perseguida es mantener en buen estado las instalaciones y maquinarias de cualquier empresa, ya sean públicas o privadas, independientemente de la actividad del servicio prestado.

Servicios Mínimos

La determinación de servicios mínimos está vinculado al concepto de servicios esenciales, ya hemos dicho que el legislador venezolano no usa esta expresión si no se refiere a servicios indispensables. En cambio el reglamento habla de servicios públicos esenciales. Independientemente del vocablo utilizado, la finalidad es la misma, garantizar un mínimo de actividades en determinadas áreas que protejan la salud de la población, la conservación y mantenimiento de maquinarias, la seguridad en los lugares de trabajo y en general preservar derechos constitucionalmente protegidos.

Los servicios mínimos dan la idea de garantizar la prestación de servicios necesarios, que no se produzca una paralización total y evitar así perjuicios a la población o daños a las instalaciones o maquinarias, efectuando una actividad mínima. No cabe duda entonces que la fijación de los servicios mínimos es una forma de conciliar la prestación de los servicios esenciales con la garantía del derecho de huelga.

La OIT, a través del Comité de Libertad Sindical considera los servicios mínimos como una limitación valedera al ejercicio de la huelga, "...Por razón de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos".

En todo caso y como corolario, cualquier concepto de servicios esenciales o indispensables, mínimos o de mantenimiento puede pecar de general o limitado, sobre todo si la definición se establece de forma apriorística.

En algunas legislaciones[16] se plantean criterios, incluso se discriminan los servicios con la idea de especificar cuáles incluir en un concepto o en otro.

En países como Italia y España, los legisladores consagran una normativa tendente a regular el derecho de huelga en aquellos servicios susceptibles de ser considerados esenciales o indispensables a la población.[17]

Consideramos muy difícil fijar criterios válidos y objetivos a través de un concepto a riesgo de encasillar o hacer inflexible la noción, más aún tratándose de un tema delicado y controversial como es el ejercicio del derecho de huelga en servicios públicos esenciales a la población.

3.4 *LA SITUACIÓN DEL TRABAJADOR QUE PRESTA SERVICIOS DURANTE LA HUELGA*

La relación laboral sufre una suspensión mientras dure el conflicto, ya nos hemos referido a ese punto. Pero también amerita un análisis la situación de aquellos trabajadores que no pueden sumarse a la huelga, pues tienen la obligación de continuar trabajando en servicios indispensables para la salud, o la conservación y mantenimiento de maquinarias, o tenga a cargo la seguridad y conservación de los lugares de trabajo.

Estos trabajadores que en casos muy específicos deben continuar cumpliendo sus obligaciones laborales, no experimentan en sus respectivos

[16] Italia, legge 12 giugno 1900, Nº 146.
[17] En tal sentido el artículo 28.2 de la Constitución española de 1978, limita el derecho de huelga así "..el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

contratos ninguna alteración y los efectos dados en toda relación de naturaleza laboral se siguen produciendo. No se configura la suspensión de la relación.

No obstante lo señalado durante el tiempo de duración del conflicto, la prestación del servicio experimenta restricciones y los trabajadores sólo están obligados a realizar aquellas labores circunscritas a lo establecido en la Ley (Art. 498 LOT).

Entendemos también limitadas las facultades del empleador de impartir órdenes e instrucciones, las cuales deben estar referidas a los trabajos específicos a realizarse durante el conflicto. El contrato de trabajo sufre cierta limitación en su ejecución, aun cuando no altera sus efectos. La voluntad de los sujetos participantes en la relación bilateral también se ve constreñida. Por ejemplo, la voluntad del trabajador a no poder sumarse a la huelga con el resto de sus compañeros.

Esos trabajos se realizan excepcionalmente y están limitados a determinadas áreas, no tienen como finalidad producirle beneficios al patrono, su objeto es otro (artículo 498 LOT).

La empresa en virtud de la huelga está paralizada, la mayoría de los contratos de trabajo en suspenso. No se realiza actividad productiva en términos normales, por el contrario, el patrono se ve afectado como consecuencia de la huelga al no poder cumplir a cabalidad con la finalidad económica de su empresa.

3.5 *NEGATIVA DE LOS TRABAJADORES A PRESTAR EL SERVICIO*

Dentro de las posibilidades, está la negativa de los trabajadores o de alguno de ellos de acatar la orden de continuar laborando, esgrimiendo como argumento o su derecho de ir a la huelga o que sus funciones o actividades no están enmarcados en los supuestos de la Ley.

El primer argumento carecería de asidero, dado lo imperativo del Legislador al estimar como obligación del trabajador el prestar servicios en los supuestos contemplados. Estaríamos de esta manera en presencia de un caso de limitación del derecho de huelga.

Por tanto, el trabajador caería en incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato, e incurriría en causal de despido justificado.

En cambio, el segundo argumento amerita analizar la veracidad del mismo. Si los servicios a ser prestados entran o no dentro de los supuestos de la norma y de no darse la concurrencia entre la presunción normativa y la situación fáctica, cabría considerar fundada la negativa del trabajador a prestar el servicio. Cabe en todo caso preguntar a quién corresponde constatar la certeza o veracidad de la argumentación. No creemos sean las partes o el sindicato los competentes para tal decisión. Debe corresponder al órgano jurisdiccional. No obstante la Ley Orgánica (artículo 498) faculta al sindicato a presentar observaciones, si a su juicio no se justifica el trabajo y la escogencia de las personas llamadas a cumplir.

Entendemos la disposición legislativa como intención de garantizar, que tanto la selección de los trabajadores, como los trabajos a efectuar, sean los estrictamente necesarios para cumplir esas tareas excepcionalmente permitidas. La laxitud en el cumplimiento de las disposiciones legales, produciría en consecuencia violación al ejercicio del derecho de huelga.

3.6 *CONSECUENCIA DE LA NO PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS*

La ausencia de las personas designadas produciría diversos efectos ,según la naturaleza del servicio a prestar. Si se trata de los llamados esenciales o indispensables para la salud de la población, la necesidad de prestarlos es de tal importancia que forma parte de los fines del Estado (proteger la salud Art. 83 CN).

Si se trata de los llamados a conservar y mantener maquinarias o los relacionados con la seguridad y conservación de los lugares de trabajo, la importancia de la realización del trabajo queda reducido al ámbito de la empresa donde se presenta el conflicto huelgario, el tipo de actividad queda limitado a lo señalado anteriormente, no debe ir más allá de esas labores.

En ambos casos hay marcadas diferencias de concepto y fines. En los primeros, garantizar la salud de la población. Y en los segundos, conservar y mantener para evitar deterioros y garantizar la seguridad y conservación de los bienes, en estos últimos servicios se tiende más a proteger el patrimonio de la empresa y con ello asegurar al mismo tiempo la ulterior reanudación de las actividades una vez cesada la huelga.

En los primeros, es asegurar el cumplimiento de un derecho constitucional, como es el de la salud. En los segundos, es preservar la fuente de trabajo y de actividad productiva en el área de una determinada empresa.

3.7 *NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO*

Consideramos conveniente dentro de la temática en desarrollo hacer referencia al concepto de servicio público.

La administración de la cosa pública es función del Estado que la ejerce mediante los diversos órganos centralizados o descentralizados, y así cumplir con los fines para los cuales fueron creados, teniendo como norte realizar una utilidad pública.

La administración, mediante los servicios que presta se vincula con los ciudadanos, quienes son los beneficiados, en la medida en que son satisfechas las necesidades públicas. Pero ese objetivo no siempre lo cumple la administración de manera directa, en muchos casos esa finalidad pública es cumplida por personas naturales o jurídicas pertenecientes al ámbito del derecho privado.

Algún sector de la doctrina sostiene[18] que la función pública representa lo abstracto y general, en cambio el servicio público es lo concreto, específico, que materializa la función. Marienhoff[19] considera que el concepto de función pública se relaciona al de funciones esenciales del Estado (función legislativa, administración de justicia, administrativa).

[18] Bilsa, Rafael. *Do. Administrativo,* Tomo I, p. 158. 1947.
[19] Marienhoff, Miguel. *Tratado de Do. Administrativo*. Tomo II. p. 48. 1966.

La noción de servicio público ha pasado por varias etapas, desde considerar en un primer momento que toda actividad del Estado debía ser considerada servicio público, hasta la concepción moderna de establecer que la actuación del Estado no sólo se expresa mediante los servicios públicos.

La actividad administrativa del Estado envuelve un concepto más amplio donde están insertos los servicios públicos, como dice el Doctor Lares Martínez:[20] "todo servicio público forma parte de la Administración, pero no todas las actividades administrativas constituyen servicios públicos".

La doctrina mayoritariamente estima como objetivo principal del servicio público, satisfacer el interés general. Cubrir en forma continua un servicio que satisfaga en forma periódica un interés colectivo.

La prestación de esos servicios puede hacerse a través de varias formas:

A) Prestación directa, mediante organismos públicos con facultad para cumplir tales funciones.

B) El régimen de concesión mediante el cual el organismo estatal delega en otra persona natural o jurídica la función de realizar un servicio determinado (transporte, telefonía, electricidad, etc.), reservándose el Estado la titularidad de la prestación y el derecho a revocar la concesión;

C) Mediante la administración descentralizada (institutos autónomos).

D) Por empresas del Estado, las cuales se constituyen bajo la normativa del derecho privado.

Según Duguit y Jeze (escuela realista de Burdeos) fundamentan el servicio público en la solidaridad social, expresada en dos ideas fundamentales: Primero, que el fin de la Administración es en principio la

[20] Lares Martínez, Eloy. *Manual de Do. Administrativo.* 5ª Ed. p. 224. 1983.

organización y control de servicios públicos con carácter regular y continuo. Segundo, el derecho administrativo y la competencia de la jurisdicción contenciosa vienen vinculadas al concepto de servicio público en régimen de derecho público. Duguit afirma "el Estado es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes y en torno a esta noción de servicio público gravita todo el derecho público moderno".

3.8 *SERVICIO PÚBLICO Y SERVICIOS ESENCIALES*

Ambas nociones no son sinónimas, ni una envuelve a la otra. Puede darse un servicio público sin que su prestación sea esencial, como también un servicio puede ser esencial sin ser público, atendiendo más a la naturaleza de la prestación y no al organismo o persona que lo preste.

4. ANÁLISIS DE LAS NORMAS DE LA LOT (ART. 8, 2º APARTE, 496 Y 504) Y LA CORRELACIÓN CON EL CONTENIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

La Ley Orgánica del Trabajo consagra el derecho de los funcionarios o empleados públicos de carrera a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, pero condicionando el ejercicio de tal derecho a que sea "...compatible con la índole de los servicios que presta y con las exigencias de la Administración Pública".

Tanto la contratación colectiva como el ejercicio del derecho de huelga en la función pública históricamente pasaron por diversas etapas, desde la prohibición expresa, el silencio legal y por ultimo, la consagración como derechos constitucionales debidamente reglamentados en la Legislación.

En una época no era posible por parte de los empleados y funcionarios públicos celebrar convenciones colectivas de trabajo ni acordar conflictos colectivos, por cuanto se consideraba ilícito en el ordenamiento jurídico el ejercicio de tales actividades y no ser consagrados como derechos y en consecuencia privados de la tutela del Estado.[21]

[21] Se consideraba un acto ilícito y contrario al interés general. Le droit de la grève et les services publics, Berger-Levrault. Paris 1964. p. 16 y ss.

En cuanto a la falta de prohibición expresa en la legislación, pero sin consagrarlo como derecho, hay autores que consideran, entre ellos Kelsen, que cuando el acto no está expresamente prohibido por la Ley, el derecho obliga a no impedir su cumplimiento y ello se expresa en una frase que se ha hecho universal "una conducta que no está jurídicamente prohibida, está jurídicamente permitida". En otras palabras, lo no prohibido está permitido y lo expresamente prohibido por la Ley es ilícito.

En nuestra legislación se puede observar la consagración del derecho de huelga en la administración pública tanto en la Constitución como en leyes especiales, sujeto el ejercicio de tal derecho a su compatibilidad con los servicios que se presten acordes también con la administración pública. Ello pone de manifiesto la voluntad del Estado de permitir los conflictos colectivos en un ámbito limitado de los servicios, siempre y cuando no impida el normal desenvolvimiento en el sector público. Se podría interpretar la normativa restrictiva como la intención por parte del Estado de consagrar el derecho de huelga, pero cuidando que el ejercicio del mismo no lesione otros derechos esenciales a la colectividad (salud, vida, educación, transporte, etc).

La Ley sobre el Estatuto de la Función Pública considera legal el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos y transcribe (Art. 137) el artículo 496 de la LOT: "...cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones".

Tanto la LOT como el Estatuto de la Función Pública consagran el derecho de huelga, pero sometido a ciertas condiciones:

1.- El artículo 8 de la LOT, 2º aparte "...en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública".

2.- El artículo 496 (LOT) "...podrá ejercerse en los servicios públicos sometidos a esta Ley, cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o las instituciones".

3.- El artículo 137 del Estatuto de la Función Pública "...podrá ejercerse en los servicios públicos previstos en el presente Decreto-Ley, cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o las instituciones".

En las normas *in comento,* si bien se reconoce el derecho a la huelga, el mismo está sometido a determinadas circunstancias.

La Constitución de 1961 estipulaba en el artículo 92 el derecho a la huelga de los trabajadores "...dentro de las condiciones que fije la Ley". En cuanto a los servicios públicos el derecho se ejercerá "...en los casos que aquélla determine".

La Constitución vigente, en el artículo 97, reconoce el derecho a la huelga para los trabajadores del sector público y del sector privado "...dentro de las condiciones que establezca la Ley".

Ambas Cartas fundamentales tutelan el derecho a la huelga y remiten su reglamentación a las Leyes para que sean éstas las encargadas de normar todo lo relacionado con ese derecho.

La huelga en su desarrollo puede generar consecuencias de indudable gravedad, obligando al Estado en determinadas circunstancias a dictar medidas excepcionales tendentes a ponerle fin al conflicto. Son decisiones coercitivas que sin ninguna duda lesionan derechos individuales y colectivos subjetivos en aras de beneficiar el interés general de la comunidad.

En este orden conceptual está el contenido del artículo 504 de la LOT. Son varios los supuestos de la norma para que el Ejecutivo Nacional dicte el Decreto ordenando la reanudación de las faenas y el sometimiento del conflicto a un arbitraje.

1.- La extensión de la huelga, su duración y otras circunstancias graves. No dice la Ley cuál es el tiempo transcurrido para ser considerada de tal magnitud su duración y extensión, al punto de justificar dictar la medida excepcional. Corresponderá al Ejecutivo, en el mismo Decreto,

exponer debidamente motivadas las razones justificadoras de la decisión, así como otras circunstancias graves.

2.- Que ponga en peligro inmediato la vida o la seguridad de la población o parte de ella.

La razón de ser de esta medida se debe al peligro inmediato a la vida o seguridad de la población. Con ello se pretende tutelar derechos constitucionalmente consagrados y cuya jerarquía dentro del ordenamiento constitucional no se discute.

Ahora bien, la disposición en análisis presenta diversos aspectos no resueltos.

La orden de reanudación de faenas le pone fin al conflicto de manera abrupta coartando el ejercicio del derecho de huelga. Puede darse el caso que algunos trabajadores se nieguen a incorporarse al trabajo. ¿Se le sustituirá entonces con trabajadores ajenos a la empresa? (Esquiroles). ¿Debe procederse al despido de los trabajadores renuentes o esperar el pronunciamiento del laudo arbitral?

Lo prudente sería esperar el contenido del Laudo, para que así los trabajadores puedan apreciar si las condiciones allí establecidas le son favorables.

Otro aspecto no contemplado en la norma, es si la reanudación de faenas se dicta sólo para los servicios esenciales o puede ser extendido a otras actividades. Pareciera por la redacción de la norma, la voluntad del legislador de aplicar la medida excepcional en cualquier conflicto colectivo, siempre y cuando se den los supuestos contemplados en el artículo. Se persigue como finalidad proteger a la población sin distinguir la naturaleza del servicio.[22]

[22] En el segundo gobierno de Rafael Caldera ante una huelga de los trabajadores que prestan servicio en los Tribunales de Justicia se dictó un decreto de reanudación de faenas y posteriormente se dictó un Laudo Arbitral.

5. LA HUELGA Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO COMPARADO

A.- Francia: La Constitución francesa de 1946 en su Preámbulo reconoce en forma genérica el derecho de huelga. Posteriormente en el Preámbulo de la Constitución de 1958 establece. Que el derecho de huelga "... se ejerce en el marco de las Leyes que lo regulen".

Partiendo de este principio constitucional, la legislación francesa estableció determinadas limitaciones. Por ejemplo, no tienen derecho de huelga, las compañías de seguridad (Ley 27-12-1974); la policía (Ley 27-12-1948); los empleados de los servicios exteriores de la administración penitenciaria (Ordenanza 6-8-1958); los empleados del servicio de transmisiones del Ministerio de Relaciones Interiores (Ley 31-7-1969); el Ejército (Ley 13-7-1962); y la Magistratura.[23]

Por Ley del 31 de Julio de 1963 se estableció una regulación parcial del derecho de huelga en los servicios públicos.

Además el Consejo de Estado ha ido creando una doctrina con respecto a la huelga en la función pública, la misma se puede resumir así:

a) La necesidad de conciliar el ejercicio del derecho de huelga con las exigencias del funcionamiento de los servicios públicos y el mantenimiento del orden público.

b) La disposición de remitir al legislador la decisión de regular el derecho de huelga y en el ínterin que sea el Ejecutivo quien ejerza esa facultad mientras se legisla; y,

c) Someter la potestad reglamentaria al control posterior del órgano jurisdiccional.

[23] Diez Sánchez, Juan José. *El derecho de huelga de los funcionarios públicos.* p. 169. Cuaderno Civitas 1990. Universidad de Alicante. España.

Basado en estos criterios, el Consejo de Estado trata de resolver la colisión entre derechos. Reconoce en principio la huelga como un instrumento determinante para la defensa de los intereses profesionales de los funcionarios. Pero limita su ejercicio en aras de tutelar otros derechos con igual jerarquía constitucional, como es la prestación de los servicios públicos y el mantenimiento del orden público.

La Ley del 31 de Julio de 1963, establece regulaciones de algunas huelgas en los servicios públicos. Su ámbito de aplicación está referido al personal civil de la administración estatal y municipal (municipio de más de 10.000 habitantes), también rige para los trabajadores de la empresa y organismos encargados de prestar un servicio público. La doctrina se ha encargado de aclarar que esta norma no regula la huelga de funcionarios, sino la de los servicios públicos, independientemente de quien los preste, ya sean personas de derecho público o privado.

En esta Ley se establece el preaviso de cinco (5) días dado por la organización sindical más representativa a nivel nacional en la categoría profesional o empresarial. Tal preaviso debe dirigirse a la autoridad jerárquica patronal u organismo interesado, especificando el lugar, fecha de inicio, duración de la huelga, y si es general o es parcial.

Se observa en la normativa francesa la restricción que se impone al ejercicio del derecho de huelga, al limitar su tramitación a las organizaciones sindicales de mayor jerarquía a nivel nacional.

Dentro de esa doctrina, que ha ido perfilando el Consejo de Estado, ha estipulado, que tanto el derecho de huelga como la continuidad de los servicios públicos, constituye principios de valor constitucional, y para conciliar ambos valores el Consejo Constitucional afirma "...la limitación al derecho de huelga puede extenderse hasta llegar a la interdicción de ese derecho a los agentes cuya presencia sea indispensable para asegurar el funcionamiento del servicio, cuya interrupción atentaría a los bienes esenciales del país".[24]

[24] Diez Sánchez, Juan José. *Ob. Cit.* p. 175.

Como corolario la doctrina ha estipulado "...Que la contradicción entre la continuidad de los servicios públicos y el derecho de huelga de los funcionarios sólo se resuelve a favor del primero cuando la continuidad atenta a los bienes esenciales del país".[25]

En una Sentencia del 22 de Julio de 1980 sobre la constitucionalidad de la Ley de Protección y Control de Materias Nucleares, el Consejo Constitucional junto al mantenimiento del principio de continuidad de los servicios públicos, reconoce también como valor constitucional, la protección de la salud y la seguridad de las personas y las cosas como título legítimo para imponer restricciones al derecho de huelga.

En el país galo no se contempla, hasta ahora, ninguna normativa reguladora del mantenimiento y seguridad de los bienes del patrono durante el conflicto. Ante esta ausencia legal la jurisprudencia ha tratado de llenar ese vacío, estableciendo en diversas oportunidades que la huelga, no siendo un derecho absoluto, tiene su límite frente a los otros derechos de igual rango constitucional, considerando el arbitraje como fórmula de solución.

La jurisprudencia dentro del criterio de limitar el derecho de huelga frente a los servicios de mantenimiento y seguridad, no contempla la posibilidad de establecer la obligación de algunos trabajadores de quedar excluidos del conflicto y prestar los servicios de mantenimiento y seguridad.[26]

En una reforma al *Code de Travail* (5 de Febrero de 1982), se le restringe al patrono la facultad de contratar personal temporal para sustituir a los huelguistas.

B.- Italia: La Ley del 12 de Junio 1990, Nº 146 establece disposiciones tendentes a reglamentar "LO SCIOPERO NEI SERVIZI ESSENZIALI". Esta Ley especialmente regula la huelga en los servicios esenciales y reglamente el artículo 40 de la Constitución consagratorio del derecho de huelga.

---

[25] Diez Sánchez, Juan José. *Ob. Cit.* p. 175.
[26] J. E. Ray. *Les pouvoirs de l´employeur à l´occasion de la grève,* p. 21. Paris, 1985.

El legislador italiano en el artículo 1 da una noción de servicios esenciales. En el artículo 2 se establece la obligación de comunicar a los usuarios por lo menos con cinco días de anticipación el inicio de la huelga, de la forma y del horario de la prestación del servicio durante el conflicto y de las medidas a tomar para reactivar los servicios una vez cesada la huelga. Es un deber de los medios radiotelevisivos darle la mayor difusión a esa información, así como también la prensa escrita. Se establecen disposiciones para garantizar durante el conflicto los servicios necesarios y evitar así daños a la población, el incumplimiento por parte de los trabajadores produce una sanción pecuniaria a través de una multa.

5.1 *LA HUELGA Y LOS SERVICIOS ESENCIALES EN LOS PAÍSES QUE INTEGRAN EL MERCOSUR*

A.- ARGENTINA: En la Constitución de ese país no se mencionan los servicios esenciales, pero sí se garantiza el derecho a la huelga (Art. 14 bis).

El decreto número 2.184/90, reglamenta las Leyes N$^{os.}$ 14.786 y 16.936, que regulan los procedimientos para la solución de los conflictos colectivos de trabajo y faculta a la autoridad administrativa de trabajo a someter el conflicto al arbitraje obligatorio.

En el decreto mencionado se le da denominación de "Servicios Esenciales" (Art. 1º) y establece la fijación de los servicios mínimos, y realiza una enumeración de las actividades que se consideran incluidas en el concepto y delegan en el organismo administrativo del trabajo, la facultad de incorporar otras actividades según las circunstancias del caso (cuando la extensión, duración y oportunidad de la interrupción del servicio o actividad pudiera poner en peligro la vida, salud, libertad, o seguridad de la comunidad).[27]

La legislación argentina consagra la obligatoriedad de un preaviso antes de iniciar las medidas de fuerza para garantizar la prestación de un

[27] Ackerman. Mario E. *Derecho de huelga y servicios esenciales en los países del Mercosur. Rev. Internacional del Trabajo.* Vol. 113. Nº 3. p. 446 y ss. 1994.

servicio mínimo. Es decir, debe comunicarlo a la otra parte y a la autoridad administrativa con cinco días de anticipación, luego de vencido el plazo de conciliación obligatoria de quince días, además estipula como condición para efectuar la huelga, agotar la etapa de conciliación.

También se contemplan disposiciones sancionatorias y medidas preventivas ante la eventualidad de incumplimiento. Si no se cumple en cuanto a la prestación de servicios esenciales, la autoridad del trabajo puede declarar la ilegalidad de la huelga, quedando la posibilidad por parte del patrono de aplicar sanciones a los trabajadores. Además del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social puede solicitar de las organizaciones sindicales el cese de las medidas y pedir por vía judicial "la suspensión o cancelación de la personería gremial o la intervención de la entidad sindical".[28]

B.- BRASIL: La Carta Magna de Brasil (1988) se hace referencia a los servicios esenciales para la comunidad denominándolos "servicios o actividades esenciales" (Art. 9). Remitiendo a una Ley futura la misión de regular el derecho de huelga en ese caso.

La Ley promulgada es la 7.783, en la cual no se establece un concepto general de servicios esenciales y adopta más la enumeración cerrada (*número clausus*), pues no estipula la posibilidad de ampliar la lista de actividades enumeradas. La enumeración de Brasil se limita a regular el ejercicio del derecho de huelga y consagra disposiciones para la aplicación de medidas de fuerza, si se han agotado las negociaciones o se imposibilite recurrir al arbitraje (Art. 3 de la Ley).

También se consagra (Arts. 4 y 5) la obligatoriedad del aviso previo por parte de los sindicatos o de la comisión de negociación nombrada por los trabajadores en asamblea. Ese aviso se le da a los patronos y a los usuarios con la anticipación de 72 horas mínimas, antes de iniciar la suspensión de actividades.

[28] *Ob. Cit.* p. 453.

La obligación de asegurar los servicios esenciales, tendentes a satisfacer las necesidades fundamentales de la comunidad (supervivencia, salud y seguridad de la población), corresponde a los sindicatos, patronos y trabajadores. Si éstos no cumplen, serán los organismos públicos los encargados de garantizar la prestación de los servicios esenciales.

Existe también en esa Legislación el imperativo, que en todo conflicto colectivo la organización sindical o la comisión de negociación acuerde con el patrono la prestación de servicio de seguridad y mantenimiento para garantizar el reinicio de las actividades, una vez concluida la huelga, independientemente de si el conflicto se produjo en servicios esenciales o no para la comunidad.

C.- PARAGUAY: La Constitución paraguaya (1992) se refiere a los "servicios públicos imprescindibles" (Art. 98 Constitución) y remite a la Ley especial la tarea de regular el ejercicio del derecho de huelga en esos servicios.

El Código del Trabajo (Nº 213/93) establece como servicios públicos imprescindibles el suministro de agua, electricidad y servicios hospitalarios.

Se estipula otorgar un aviso previo de por lo menos 72 horas a la autoridad del trabajo y a la parte patronal.

A la autoridad se le debe notificar el acuerdo de huelga, el contenido del acta de la asamblea que la declaró con la firma de los asistentes y la designación de los miembros del comité de huelga. Además la normativa consagra el deber de los trabajadores de garantizar el suministro mínimo esencial para la comunidad.

En caso de no garantizarse los servicios mínimos, ello trae como consecuencia la declaratoria de ilegalidad de la huelga y la posibilidad de despedir en forma justificada a los trabajadores participantes (Art. 377). La declaración de ilegalidad le compete a un órgano jurisdiccional.

D.- URUGUAY: La Carta Magna de Uruguay contempla que la Ley debe disponer en los servicios públicos la constitución de órganos com-

petentes y los medios y procedimientos que debe utilizar la autoridad para mantener los servicios en funcionamiento.

La Ley especial (Ley Nº 3.720) contempla la regulación de la huelga en los servicios esenciales y establece la regla en cuanto al ejercicio de la huelga y en general a las medidas de fuerza que pueden adoptar tanto trabajadores como patronos.

La Ley delega en el Ministerio del Trabajo la facultad para fijar los servicios esenciales y en tal virtud el Ministerio califica como servicios públicos esenciales los de la Dirección General y Seguridad Social, Dirección de Aduanas, Administración Nacional de Combustible, alcohol, y transporte urbano de pasajeros. De todas maneras la enumeración no es taxativa, ya que el Ministerio del Trabajo los considera como un concepto en evolución, el cual depende en muchos casos de las circunstancias. Estimando que en algunos servicios públicos, considerados como no esenciales, al interrumpirse causan perjuicios graves a la comunidad.

Antes de producirse el conflicto colectivo (huelga o *lock-out*) se le debe participar al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social con una antelación mínima de 7 días.

La legislación uruguaya no establece comunicación alguna a la parte patronal. Sí se estipula (Art. 4, Ley Nº 3.720) que los servicios mínimos y servicios esenciales, los cuales deben ser mantenidos por turnos de emergencia, le corresponde su definición al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social en un lapso de cinco (5) días a partir de la recepción de la notificación del conflicto.

Mediante decisión de los organismos administrativos (Min Trabajo), se señalan las áreas, los servicios y tareas que deben ser prestados y se delega en el órgano público afectado por el conflicto la fijación de los turnos de emergencia.

En la normativa también se contempla la ilegalidad de la huelga, si no se cumple con el aviso previo y expresamente establece en el artículo 4 “en caso de interrupción de servicios esenciales, la autoridad pública

podrá disponer las medidas necesarias para mantener dichos servicios, recurriendo incluso a la utilización de los bienes y la contratación de personal indispensable para la continuidad de los mismos, sin perjuicio de aplicar al personal afectado las sanciones legales pertinentes".

5.2 *LA OIT Y LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES*

La Organización Internacional del Trabajo en el Convenio número 105 sobre la abolición del trabajo forzoso mediante la comisión de expertos en aplicaciones de Convenios y Recomendaciones indica "...el Convenio no se opone a que se impongan sanciones, incluso si implican la obligación de efectuar un trabajo, por participar en huelga en la función pública o en otros servicios esenciales, a condición de que se apliquen únicamente a servicios esenciales en el sentido estricto del término, es decir, servicios cuya interrupción pongan en peligro la vida o el bienestar de toda o parte de la población".[29]

En la Recomendación número 92, sobre Conciliación y Arbitraje Voluntario se indica que, si un conflicto ha sido sometido a un procedimiento voluntario de Conciliación o Arbitraje "debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas ". Más adelante se agrega: "...ninguna de las disposiciones de esta Recomendación podrá interpretarse en modo alguno en menoscabo del derecho de huelga...".

Con vista al examen hecho por la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical sobre la aplicación que los Estados miembros formulen al Convenio 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948), la Comisión y el Comité han establecido ciertos criterios, tanto sobre el recurso a la huelga y especialmente sobre la huelga en los servicios esenciales para la comunidad.

Basándose en las expresiones contenidas en el Convenio 87 "el derecho de las organizaciones de trabajadores de organizar sus actividades y el de formular su programa de acción".

[29] *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 113. Nº 3. 1994.

El artículo 10 del Convenio sindica como objeto de las organizaciones de trabajadores "fomentar y defender los intereses de los trabajadores".

Tanto el Comité de Libertad Sindical, como la Comisión de Expertos, consideran incompatibles con los principios de la libertad sindical la prohibición general de recurrir a la huelga o la suspensión del derecho.[30]

Además la Comisión de Expertos, después de establecer el principio "que el derecho de huelga es un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio número 87". Luego manifestó que no obstante ello "no puede considerarse como un derecho absoluto ". De tal manera, "... la huelga no sólo puede, en circunstancias excepcionales, ser objeto de una prohibición general, sino que también puede ser reglamentada por medio de disposiciones que impongan las modalidades de ejercicio de ese derecho fundamental o restricciones a ese ejercicio".

No se admite la prohibición o suspensión de la huelga con carácter general. Pero sí admite la OIT "...ciertas limitaciones en razón de los sujetos involucrados y del ámbito o las actividades afectadas".[31]

En cuanto a los sujetos, las restricciones se refieren a los funcionarios públicos, y en cuanto al ámbito o actividades afectadas la referencia es a los funcionarios públicos y a los servicios esenciales para la comunidad. En los dos casos, de prohibición o restricción del derecho de huelga se recomienda "...otorgar garantías apropiadas y mecanismos compensatorios".

La OIT a través de sus Órganos de Control admite que el derecho de huelga sea objeto de "...restricciones, incluso de prohibiciones, cuando se trate de la función pública o de servicios esenciales".

La Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical han coincidido en señalar que el derecho de huelga debe ser restringido para ciertas jerarquías o funciones, limitándose a aquellos funcionarios "...que actúan en calidad de órganos del Poder Público".[32]

---

[30] *Ob. Cit.* p. 442.
[31] OIT. *Estudio General,* pp. 151 y 152. 1994.
[32] *Rev. OIT.* Vol. 113. Nº 3, 1994.

Posteriormente en el Estudio General publicado en abril de 1994, la Comisión de Expertos consagra la expresión "funcionarios que ejercen funciones de Autoridad en nombre del Estado".

5.3 *CONCEPTO DE SERVICIOS ESENCIALES SEGÚN LA OIT*

La Organización Internacional, a través de los Órganos de Control, estima admisible ciertas limitaciones al derecho de huelga, según se refiera a servicios esenciales. Se acepta que la huelga sea susceptible de limitaciones en "aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población".[33]

No se ha fijado, en forma general, cuáles son las actividades que abarca el concepto de servicios esenciales, pero el Comité de Libertad Sindical considera como servicios no esenciales, la Casa de la Moneda, los monopolios estatales, el alcohol, sal, tabacos, educación, instalaciones petroleras, minería, transporte en general, puertos, televisión, metalurgia. Sí entran dentro del concepto, hospitales, abastecimiento de agua, control del trafico aéreo y servicios de teléfono.

Se señala además (estudio general 1994) que un servicio no esencial *stricto sensu* puede transformarse en esencial.[34]

Por otra parte la Comisión de Expertos refiriéndose a los servicios mínimos debe satisfacer dos condiciones: 1) Debe tratarse efectiva y realmente de un servicio mínimo, es decir, un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para satisfacer las necesidades básicas de la

[33] Se admite incluso la requisa de trabajadores y también recurrir a las Fuerzas Armadas o a otros para que desempeñen las funciones abandonadas.

[34] Sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, puede tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones. Por otra parte, nada impide a las autoridades, si ellas consideran que tal solución resulta más apropiada a las condiciones nacionales, el establecer un servicio mínimo en los servicios considerados como esenciales por los órganos de control, según los criterios arriba mencionados, donde podrían justificarse mayores restricciones o incluso la prohibición de las huelgas (Recopilación C.L.S párrafo 162).

población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin disminuir la eficacia de los medios de presión. 2) Por cuanto este sistema limita uno de los medios de presión esenciales de que disponen los trabajadores en la defensa de sus intereses, las organizaciones sindicales deberían intervenir, si es su deseo, en la definición de este servicio, así como también los patronos y los organismos públicos.

También el Comité de Libertad Sindical estima que en el sector público sí hay discrepancia entre las partes sobre el alcance sobre los servicios mínimos, la Legislación debería prever que dicha divergencia fuese resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio del Trabajo o cualquier otro ministerio u organismo público involucrado.

En cuanto a la suspensión o cancelación de la personería gremial de la organización sindical, por no cumplir con los servicios mínimos durante la huelga, el Comité estima que esas medidas son inaceptables.

En relación al arbitraje obligatorio, el Comité reiteradamente ha dicho: "el recurso de Arbitraje Obligatorio en caso de huelga, sólo debería poder aplicarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término. Aquéllos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas...".[35]

DISPOSICIONES COMPENSATORIAS

Se ha estimado conveniente establecer medidas que compensen a los trabajadores, a tal fin: "siempre que el derecho de huelga sea objeto de restricciones o se niegue a los funcionarios públicos y a las personas que trabajan en los servicios esenciales, deben otorgarse garantías apropiadas para proteger a estos trabajadores que quedan privados de un medio esencial de defensa de sus intereses profesionales. En compensación, deberían utilizarse procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos, en que las partes en el conflicto puedan participar en todas las fases del procedimiento y en que los laudos

[35] OIT. *Boletín oficial,* Vol. LXXVI, Serie V, Nº 3.

arbítrales sean en todo caso obligatorios para ellas y se apliquen plena y prontamente una vez dictados".[36]

CONCLUSIÓN

El tema de la huelga en los servicios esenciales requiere de un análisis, dado lo delicado del asunto. En el conflicto colectivo se encuentran involucrados no solamente los sujetos directamente inmersos en la controversia, como son el patrono, los trabajadores y las organizaciones sindicales, sino también, los usuarios del servicio, que son parte de una colectividad, ajenos al problema, pero afectados por la suspensión de actividades.

El estudio hecho en el presente trabajo, pretende calibrar el problema en sus complejas dimensiones, procurando aportar soluciones sin menoscabar el derecho de huelga, pero teniendo presente la existencia de otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, a la educación y tantos otros debidamente tutelados por el Estado.

Otro aspecto es el procedimiento a seguir en la tramitación del conflicto, la LOT estipula el lapso de 120 horas desde la introducción del pliego conflictivo por ante la Inspectoría del Trabajo. A nuestro parecer es un tiempo muy breve cuando se trata de huelga en los servicios esenciales.

Sería recomendable promulgar una Ley especial donde se estipulara entre otras cosas un preaviso dado por los promotores de la huelga, no sólo al patrono sino también a la comunidad, con la finalidad de informarles sobre las previsiones y medidas necesarias para garantizar durante el conflicto el funcionamiento de los servicios mínimos. Ese preaviso debe tener un lapso no menor de 5 días ni mayor de 10 días. En ese período deben ponerse a funcionar los mecanismos de solución a través de los medios de autocomposición. Además durante ese período deben utilizarse los medios de comunicación social para llevar a conocimiento del público la fecha de inicio de la suspensión de actividades, la extensión del conflicto y el horario de funcionamiento de los servicios mínimos.

---

[36] *Estudio general.* 1983, párrafo 214. Recopilación C.L.S.

La mayor publicidad permitirá alertar a los usuarios y disminuir en lo posible los daños que pueda causar la huelga.

Por supuesto, no pretendemos agotar el tema, la disquisición doctrinal continuará en el tiempo. Si logramos contribuir a clarificar el punto nos daremos por satisfecho.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Mario E. *Derecho de Huelga y Servicios Esenciales en los Países del MERCOSUR. Rev. Internacional del Trabajo.* Vol. 113. Nº 3. 1994.

BERGER, Levrault. *Le droit de la Grève et les services publics.* París, 1964.

BILSA, Rafael. *Derecho Administrativo.* Tomo I. 1947.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual.* Ed. Heliastra. 7ª edición, Tomo II.

DIEZ SÁNCHEZ, Juan José. *El Derecho de Huelga de los funcionarios públicos.* Cuadernos Civitas. España. 1990.

GARCÍA, Manuel Alonso. *La huelga y el Cierre Empresarial. Inst de Estudios Económicos.* Madrid. 1979.

GIUGNI, Gino. *Diritto Sindacale.* Cauggi Editore. Barri. 1968.

JUNKER, Abbo. *Huelgas y Servicios Esenciales. Revista Derecho.* Universidad Complutense Nº 17. Madrid 1973.

LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo.* 5ª ed. 1983.

RAY, J. E. *Les Pouvoirs de l'employeur à l´occassion de la grève.* París. 1985.

SANTORO PASARELLI, Francesco. *Nozioni di Diritto del Lavoro.* Casa Editrice. Dott Eugenio Jovene. 1968.

SEGARDAY, Juan Antonio. *La Huelga en Servicios Esenciales de la Comunidad. Rev Derecho.* Universidad Complutense Nº 17. Madrid 1973.

Embargo en Juicios de Prestaciones Sociales
(Artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)

Omar GARCÍA VALENTINER*

SUMARIO:

1. **Embargo en el juicio ordinario.**
2. **Embargo en juicios especiales.**
3. **Créditos exigibles en materia laboral.**
4. **Nacimiento del derecho a las prestaciones sociales.**
5. **Efecto de condición de exigibilidad de los créditos de prestaciones sociales.**
6. **La Ley Orgánica Procesal del Trabajo.**
7. **Resumen.**

Son dos las modalidades consagradas por el legislador adjetivo para el decreto de la medida preventiva de embargo. La primera está referida

* **Tribunal Supremo de Justicia**, *Sala de Casación Social*, Conjuez. **Universidad Central de Venezuela,** Abogado.

al embargo dentro de los juicios ordinarios. La segunda está referida al embargo dentro de los juicios especiales.

1. EMBARGO EN EL JUICIO ORDINARIO

La primera modalidad de medida preventiva de embargo encuentra su consagración en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil. Para su decreto se requieren dos condiciones: a) un medio de prueba que constituya presunción grave del derecho que se reclama, lo que la doctrina ha llamado la "apariencia del buen derecho", "humo del buen derecho" o *fumus bonis iuris*; b) medio de prueba que constituya presunción grave de riesgo manifiesto que quede ilusoria la ejecución del fallo, lo cual la doctrina ha calificado como "peligro pendiente", "peligro en mora" o *periculum in mora*.

En caso que no se satisfagan esos requisitos, el legislador permite el decreto de la medida preventiva de embargo, previa presentación de caución o fianza.

2. EMBARGO EN JUICIOS ESPECIALES

La segunda modalidad de embargo se encuentra reflejada en los procedimientos de vía ejecutiva y de intimación consagrados en el Código de Procedimiento Civil en los artículos 630 y 646. En estos casos, el legislador sólo exige una condición para el decreto de la medida preventiva de embargo, a saber el *fumus bonis iuris*. No exige en estos casos la prueba del *periculum in mora* y no lo hace porque estos procedimientos especiales están referidos al cobro de créditos exigibles.

La intención con estos embargos es garantizar a los tenedores de créditos exigibles, de mecanismos expeditos para el cobro de esas obligaciones y de instrumentos de prevención ante el peligro de ilusoriedad de la ejecución del fallo. En otras palabras, si el crédito es exigible basta presentar la prueba de la presunción del buen derecho, y de allí se desprende la presunción de prueba del riesgo que la ejecución del fallo quede ilusoria.

El legislador ha sido muy celoso en la aplicación de esta segunda modalidad de embargos.Por ello los ha restringido a casos de créditos exigibles y siempre que se presente instrumento público u otro instrumento auténtico del cual se desprenda la obligación del demandado de pagar el crédito.

La praxis ha sido utilizar la segunda modalidad de embargos sólo para créditos exigibles entre comerciantes. Sin embargo, los créditos exigibles no existen sólo entre comerciantes.

En ese sentido, si nos ceñimos a la definición de crédito exigible que nos trae la doctrina, podemos concluir que **los créditos laborales también pueden ser créditos exigibles:**

"**CRÉDITO EXIGIBLE**. Aquel cuyo importe o prestación puede reclamar ya el titular; bien por ser puro, o por haberse cumplido el plazo o la condición".[1]

3. CRÉDITOS EXIGIBLES EN MATERIA LABORAL

El artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

> Artículo 92. Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. El salario y *las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata.* Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal. (Destacados propios)

Vale decir que las prestaciones sociales se deben desde el mismo momento en que nacen. Esto es desde el mismo momento en que termina la relación laboral. De donde se colige que el crédito laboral es exigible

[1] Cabanellas Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires. Argentina, edit. Heliasta, edic., 18ª. 1984, p. 407, Tomo II.

en el instante en que se ha probado la condición de trabajador y la terminación de esa condición.

En este sentido esta Sala ha indicado:

> Viola el artículo 92 *eiusdem,* pues impide el cobro inmediato de lo adeudado por concepto de salario y de *prestaciones sociales, siendo estos créditos de exigibilidad inmediata que no pueden posponerse a acontecimientos futuros e inciertos*. (Destacados propios).[2]

Dos conclusiones, por lo menos, se desprenden de esta disposición. La primera es la consagración al más alto nivel de la jerarquía normativa venezolana, del derecho a las prestaciones sociales para todos los trabajadores. La segunda es el enaltecimiento de las prestaciones sociales al otorgarles naturaleza de créditos de exigibilidad inmediata. En otras palabras, a tenor de la letra de la Carta Magna, cuando alguien es trabajador tiene derecho a las prestaciones sociales y *cuando la relación laboral haya terminado, el supuesto de hecho concreto se subsume en el supuesto de hecho de la norma y la consecuencia jurídica es que el crédito a las prestaciones sociales del trabajador adquirirá la condición de exigible.*

Analicemos cada una de los efectos de la norma constitucional por separado.

4. NACIMIENTO DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES SOCIALES

El derecho a las prestaciones sociales existe cuando se hayan satisfechos los siguientes extremos: a) el individuo es trabajador, artículo 92 de la Constitución; b) exista una prestación de servicios personal, bajo subordinación y con pago de salarios, artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo; c) la relación laboral se ha desarrollado en el tiempo, requisito

[2] Sentencia de 11 de abril de 2002, Sala Constitucional.

necesario para que surja la prestación social de antigüedad; d) haya cesado la relación laboral, requisito necesario para que surja la prestación social de cesantía. En consecuencia, el derecho a las prestaciones sociales existe por el solo hecho que una persona sea trabajador, se haya desempeñado como tal y haya terminado la relación laboral. Si alguien reúne todos esos requisitos, tendrá derecho a recompensa monetaria por parte del patrono, por imperio de la voluntad constitucional.

5. EFECTO DE CONDICIÓN DE EXIGIBILIDAD DE LOS CRÉDITOS DE PRESTACIONES SOCIALES

El efecto más tangible lo encontramos en el Código de Procedimiento Civil:

> Artículo 630. Cuando *el demandante presente instrumento público u otro instrumento auténtico que pruebe clara y ciertamente la obligación del demandado* **de pagar** alguna cantidad líquida con plazo cumplido; o cuando acompañe vale o instrumento privado reconocido por el deudor, el *Juez examinará cuidadosamente el instrumento y si fuere de los indicados, a solicitud del acreedor acordará inmediatamente el embargo* de bienes suficientes para cubrir la obligación y las costas, prudentemente calculadas. (Subrayados propios)
>
> Artículo 646. *Si la demanda estuviere fundada en instrumento público, instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido*, facturas aceptadas o en letras de cambio, pagarés, cheques, y en cualesquiera otros documentos negociables, *el Juez a solicitud del demandante, decretará embargo provisional* de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar inmuebles o secuestro de bienes determinados. En los demás casos podrá exigir que el demandante afiance o compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas de la medida. La ejecución de las medidas decretadas será urgente. Quedan a salvo los derechos de terceros sobre los bienes objeto de las medidas". (Destacados propios).

Se sintetizan las disposiciones del legislador indicando lo siguiente: para solicitudes de embargo en juicios por cobro de créditos exigibles, basta con probar la presunción del buen derecho.

En estos casos, el legislador sólo exige una condición para el decreto de la medida preventiva de embargo, a saber, el *fumus bonis iuris*. No exige en estos casos, la prueba del *periculum in mora* y no lo hace porque estos procedimientos especiales están referidos al cobro de créditos exigibles. *El legislador asume que si el crédito es exigible, el mero desconocimiento de ese crédito mediante la negativa de pago, ya constituye per se un riesgo de ilusoriedad.* En otras palabras, en el caso de los créditos exigibles, el mismo legislador suple la prueba del *periculum in mora* y lo hace al otorgarle a esos créditos la connotación de exigibles.

La intención con estos embargos es garantizar a los tenedores de créditos exigibles, de mecanismos expeditos para el cobro de esas obligaciones y de instrumentos de prevención ante el peligro de ilusoriedad de la ejecución del fallo. En otras palabras, si el crédito es exigible basta con presentar la prueba de la presunción del buen derecho y de allí se desprende la presunción de prueba del riesgo que la ejecución del fallo quede ilusoria.

El legislador ha sido muy celoso en la aplicación de esta segunda modalidad de embargos. Por ello los ha restringido a casos de créditos exigibles y siempre que se presente instrumento público u otro instrumento auténtico del cual se desprenda la obligación del demandado de pagar el crédito.

La praxis ha sido utilizar la segunda modalidad de embargos sólo para créditos exigibles de comerciantes. Sin embargo, los créditos exigibles no existen sólo en beneficio de los comerciantes; también los trabajadores pueden ser titulares de créditos exigibles en su misma condición de trabajadores. Una muestra: las prestaciones sociales.

Siguiendo con el ejercicio inquisitivo, podríamos preguntar: *¿siendo que las prestaciones sociales son créditos exigibles, de dónde deriva la prueba de presunción del buen derecho que pueda permitir acor-*

dar la medida de embargo de la modalidad anterior? La respuesta se encontraría, como indica el mismo legislador referido, en instrumentos públicos, auténticos de cualquier otra forma, o reconocidos o tenidos por legalmente reconocidos. Lo cual en la materia que nos toca (prestaciones sociales), se plasma en los contratos de trabajo autenticados, entre otros. Así, *presentada prueba de presunción grave de la condición de trabajador en el curso de un juicio de prestaciones sociales, surge la presunción de apariencia de buen derecho a las prestaciones sociales.*

Adicionalmente, la jurisprudencia nos ha planteado:

> …En cuanto al *periculum in mora,* ha sido reiterado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, que su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a *la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo, tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada*…"[3] (destacados propios).

De donde se colige que **en** *materia de decreto de embargo en juicios de cobro de prestaciones sociales no hay que probar el* ***periculum in mora***. La razón: la Constitución ha establecido que las prestaciones sociales son derechos de los trabajadores y éstos tienen la naturaleza de créditos de exigibilidad inmediata. En consecuencia, la mera negativa a pagarlas por parte del patrono ya constituiría la presunción que la ejecución del fallo quede ilusoria. *La prueba de tal presunción estaría contenida en el simple hecho que el trabajador ha tenido que demandar al patrono para obtener el pago.*

El corolario entonces es, que en materia de prestaciones sociales el derecho existe por virtud de la propia voluntad del constituyente. Al

[3] Sentencia Nº 00636 del 17-04-2001. Sala Politicoadministrativa. Citada por Sala de Casación Social de Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 19-09-2001, Leida Marina Castillo Castillo contra Instituto de Beneficencia Pública y Bienestar Social del estado Táchira.

solicitante del embargo en juicios de prestaciones sociales, sólo le bastará probar la presunción de buen derecho que éste alega ha sido incumplido, tal y como ocurre en los casos de vía ejecutiva e intimación, a través de un instrumento público o autenticado.

El silogismo es sencillo: si el legislador adjetivo estableció diferencias entre los requisitos para el embargo en los juicios de créditos exigibles y los requisitos para el embargo en los otros juicios, si los créditos de naturaleza laboral también pueden ser exigibles, si la modalidad de embargos de créditos exigibles ha sido usada para créditos entre comerciantes; con más razón debería ser usada en beneficio de los trabajadores tenedores de créditos exigibles. Para estos últimos, las prestaciones sociales son más vitales de lo que un crédito puede ser para un comerciante pueda ser para un comerciante un crédito. Para aquéllos, el salario y las prestaciones sociales son sus medios de subsistencia.

Así el Tribunal Supremo de Justicia:

> ...Las consideraciones de política social y, en función de ellas, los objetivos a los cuales están orientadas la acción de estabilidad laboral y la relativa al cobro de prestaciones sociales, aunque complementarias, son diferentes. Ambas corresponden a conceptos vinculados con la trascendencia que para la sociedad y para la vida de las personas tiene el proceso productivo de bienes o de servicios y las relaciones laborales que genera entre los sujetos que en él concurren; lo que se ha denominado el hecho social trabajo. *Sin embargo, las prestaciones sociales son causadas, se deben y son exigibles en función del término de la relación laboral; cualquiera que haya sido la razón para que concluya*. El trabajador que se valga de una acción judicial para hacerlas efectivas sólo aspira y puede esperar que le serán canceladas con base en el tiempo acumulado de servicio; ese es el propósito de tal acción....[4] (destacados propios)

[4] Sala Constitucional, Sentencia Nº 370 del 16-05-2000.

De manera que es un contrasentido consagrar la posibilidad que sólo los comerciantes se valgan de modalidades para solicitar embargo de créditos exigibles sin probar el *periculum in mora*. *Ello sería contrario al principio de protección al débil jurídico, sería discriminatorio al trabajador frente al comerciante y contravendría el artículo 92 de la Constitución.*

Reza una máxima del Derecho que al legislador hay que interpretarlo en el sentido de sus palabras y asumir que no usa palabras necias. Más motivos existen para aplicar este principio al constituyente. En tal virtud, al artículo 92 de la Constitución hay que interpretarlo por lo que establece: "las prestaciones sociales son créditos de exigibilidad inmediata". Más allá, el referido artículo debe tener una aplicación práctica y real. No puede ser considerado como una declaración de principios, pues el fin del constituyente es establecer normas jurídicas, no otra cosa.

En ese sentido, una aplicación práctica del artículo 92 de la CRBV pareciera apuntar a la consagración de la posibilidad de sólo probar el *fumus bonis iuris* en casos de solicitud de embargo en demandas de prestaciones sociales en las que se presente prueba de la presunción del derecho a través de instrumentos públicos o autenticados de otra forma.

En otra ocasión, a modo de fijar doctrina indicamos:

> En Venezuela disponemos de varios tipos de medidas preventivas (embargo, secuestro, prohibición de enajenar y gravar y medidas innominadas) destinadas a evitar que una vez ganada la demanda no se pueda ejecutar. El juez acuerda o no esas medidas dependiendo del cumplimiento de los requisitos de ley. Esos requisitos varían según se trate de juicios ordinarios o de juicios de créditos exigibles. Para las medidas preventivas en el primer tipo de juicios se requieren dos condiciones: prueba de presunción de buen derecho o *fumus bonis iuris* y prueba de peligro que el fallo quede ilusorio o *periculum in mora*. En ese sentido lo plasma el artículo 585 del CPC.

Para las medidas preventivas en los juicios de créditos exigibles, el legislador sólo exige que se presente prueba de la presunción del buen derecho, no hace falta probar el *periculum in mora*. La razón está en que en estos casos la existencia de la obligación no está en disputa. Por ello el legislador provee a los acreedores de esos créditos de un mecanismo que permita acelerar el cobro a la par que prevenga que el fallo quede inejecutable. Ese mecanismo es el embargo preventivo.

En los procedimientos de intimación y vía ejecutiva establecidos en los artículos 630 y 646 del CPC, se consagra la posibilidad de acordar embargo preventivo con sólo probar el *fumus bonis iuris*. Esto sucede mediante la presentación de instrumento público o auténtico que pruebe clara y ciertamente la obligación del demandado de pagar.

La tradición ha sido entender que los créditos exigibles sólo existen entre comerciantes. En consecuencia, sólo en beneficio de un comerciante con un crédito exigible se podría acordar un embargo sin probar el *periculum in mora*. Sin embargo, hoy día sabemos que en materia laboral también existen créditos exigibles. En este sentido, el artículo 92 de la Constitución señala expresamente que las prestaciones sociales son créditos de exigibilidad inmediata. Se sigue entonces que, probado que alguien fue trabajador sus prestaciones laborales serían exigibles.

De lo anterior podemos concluir que a los créditos exigibles laborales hay que aplicarles las mismas ventajas adjetivas que se aplica a otros créditos exigibles, en particular las relativas al embargo.

Así, un crédito exigible laboral (incluyendo las prestaciones sociales) se probaría como todo crédito exigible: por instrumento público o auténtico. Como las prestaciones son ejecutables al terminar la relación laboral, ese instrumento debe probar la existencia de la relación laboral. Probado esto, procedería acordar el embargo preventivo.

> Acatar la doctrina que planteamos es coherente con la hermenéutica jurídica y trae 3 ventajas, por lo menos: 1) los trabajadores cobrarían sus créditos con prontitud; 2) descongestionaría los tribunales laborales; y 3) activaría el aparato productivo al colocar más dinero en la economía del país".[5]

Quizá sea prudente resumir toda la diatriba del punto con una pregunta: *¿en las peticiones de embargo en los juicios de cobro de prestaciones sociales, debe el solicitante probar solamente el fumus bonis iuris?* Para la respuesta de esto, inexorablemente habrá que determinar el sentido del artículo 92 de la Constitución.

6. LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

En dirección de la interpretación anterior apunta la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.[6] Así el artículo 137 indica:

> A petición de parte podrá el juez de sustanciación, mediación y ejecución acordar las medidas cautelares que considere pertinentes a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión, siempre que a su juicio exista presunción grave del derecho que se reclama. Contra dicha decisión se admitirá recurso de apelación a un solo efecto, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, contados a partir del acto que se impugna, la misma será decidida en forma oral e inmediata y previa audiencia de parte, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes por el Tribunal Superior del Trabajo, sin admitirse recurso de casación contra dicho fallo.
>
> La incomparecencia del recurrente a la audiencia se entenderá como el desistimiento que el recurrente hace de la apelación".

---

[5] Omar García Valentiner, Conjuez de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Embargo en juicios de prestaciones sociales, *El Universal,* sección opinión, domingo 19 de mayo de 2002.

[6] *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.504* de fecha 13 de agosto de 2002.

En consecuencia, según el nuevo texto normativo, en materia laboral sólo hace falta probar la presunción grave del derecho que se reclama para que se acuerde la medida de embargo preventivo. Consagra así el novísimo texto la necesidad que el juez de sustanciación, mediación y ejecución pueda acordar embargo en los juicios de cobro de prestaciones sociales mediante la prueba del *fumus bonis iuris*. Más aún, el legislador deja a discreción del juez en cuestión la determinación de la existencia de la presunción grave del derecho que se reclama. Pero no exige el legislador que se pruebe el riesgo de ilusoriedad. Sólo se exige que el fin de la medida preventiva sea "evitar que se haga ilusoria la pretensión". En consecuencia, en los juicios de cobro de prestaciones sociales que se ventilen bajo las disposiciones de la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo, no hará falta probar el *periculum in mora*.

7. RESUMEN

Un análisis de toda la hermenéutica jurídica nos indica:

a) las prestaciones sociales son créditos de exigibilidad inmediata por voluntad del constituyente;

b) en los créditos de exigibilidad inmediata, el mero desconocimiento del derecho ya constituye un riesgo que el fallo quede ilusorio;

c) en las solicitudes de embargo en juicios de cobro de créditos exigibles, sólo hay que probar la presunción del buen derecho;

d) en las solicitudes de embargo en juicios de cobro de créditos exigibles el riesgo que el fallo quede ilusorio se encuentra en el desconocimiento del derecho, lo cual se probará a través de la misma demanda de cobro. En otras palabras, el hecho que el acreedor de crédito haya tenido que demandar ya es prueba de la presunción de ilusoriedad de un eventual fallo;

e) en créditos de prestaciones sociales, la prueba de presunción del buen derecho se encuentra en instrumento auténtico del que se desprenda la condición de trabajador del solicitante; y

f) El juez de sustanciación, mediación y ejecución, según el artículo 137 de Ley Orgánica Procesal del Trabajo está facultado para acordar medidas de embargo en los juicios de cobro de prestaciones sociales mediante la sola prueba del "humo del buen derecho".

CONCLUSIÓN

Las prestaciones sociales conjuntamente con el salario son los bienes de más importancia material para los trabajadores. Someter el cobro de las prestaciones sociales de alguien quien es comprobadamente un trabajador a la incertidumbre y dilaciones de los juicios puede devenir en tragedias de grandes dimensiones para quienes sólo tienen como fuente económica el fruto de su trabajo.

El argumento anterior no sería suficiente para sostener que en los juicios de cobro de prestaciones sociales se debe acordar embargo preventivo cuando el trabajador ha probado su condición. Sin embargo, una revisión de la hermenéutica jurídica venezolana nos permite confirmar que en materia de cobro de créditos exigibles el legislador permite el embargo preventivo con la mera presentación de medio de prueba de existencia del buen derecho. Pues bien, consabido como es que las prestaciones sociales tienen el rango de créditos exigibles según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y consabido como es lo vital que son las mismas para sus beneficiarios, se debe extender a los juicios que traten de cobro de prestaciones sociales el mismo beneficio que el legislador venezolano otorga a todos los otros créditos exigibles: posibilidad de acordar embargo preventivo con la sola presentación de medio de prueba suficiente de la existencia del buen derecho.

Hacerlo así no sólo sería justo y acorde a Derecho, sino que sería beneficioso para el país social, institucional y económicamente. Lo primero al crear paz social mediante la atención del hecho social que es el traba-

jo. Lo segundo, mediante la descongestión de los numerosos casos ante los tribunales laborales, pues es de pensar que una vez acordados los embargos en juicios de prestaciones sociales serían muchos los casos que terminarían. Lo tercero, porque ante la cancelación pronta de las prestaciones sociales se generaría una mayor capacidad de ahorro y de inversión en la economía venezolana, sólo que esta vez en cabeza de los trabajadores.

La Oralidad en los Juicios del Trabajo

Juan GARCÍA VARA*

SUMARIO:

Introducción

1. **Consideraciones generales.**
2. **Oralidad e inmediatez: 2.1** *Predominio de la oralidad.* **2.2** *Ausencia de oralidad e inmediatez en el Superior y en la Sala de Casación Social.* **2.3** *El Arbitraje como excepción a la oralidad y a la inmediatez.*
3. **La oralidad en las audiencias del procedimiento laboral: 3.1** *La oralidad en la audiencia preliminar.* **3.2** *La oralidad en la audiencia de juicio.* **3.3** *La oralidad al momento de dictar la sentencia.*
4. **Inconvenientes del sistema oral.**

---

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, Magíster Scientiarum en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Doctorado en Derecho (pendiente la presentación de la Tesis), Profesor en Pre y Postgrado. **Juzgado Superior Quinto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas**, Juez Titular por Concurso de Oposición, **Juzgado Superior Tercero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda**, Juez Accidental y Suplente. **Instituto Venezolano de Derecho Social**, Miembro de Número. **Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo**, Miembro Titular. **Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo**, Miembro de Número. **Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**, Miembro de Número. Autor de varias publicaciones y ensayos.

INTRODUCCIÓN

Se aprecian dos tipos de procesos, según se utilice la escritura o la oralidad. En Venezuela la aplicación de los procedimientos orales en varias de las ramas del derecho viene posibilitado por el Capítulo I, Título XI, Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil –artículos 859 a 880–, con vigencia desde marzo de 1987; sin embargo, el Ejecutivo Nacional no hizo uso de la facultad que le otorgó el legislador en el artículo 880 *eiusdem*, a pesar de que las causas laborales estaban previstas en dicho articulado.[1]

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece de manera clara e indubitable una obligación para la Asamblea Nacional, cual es la de aprobar una Ley Orgánica Procesal del Trabajo orientada en los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, equidad y rectoría del juez en el proceso.[2]

De esta manera, el presente trabajo está referido únicamente a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que contempla la oralidad como forma de procedimiento.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

De acuerdo con el mandato constitucional, los Magistrados miembros de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, elaboraron un anteproyecto denominado inicialmente Código Orgánico Procesal Laboral, con normas relativas a un procedimiento oral, en su mayoría, y luego de reuniones, discusiones, talleres con los más variados sectores del país, la comisión de la Asamblea Nacional[3] presentó un proyecto

[1] En el artículo 880 *eiusdem* se faculta al Ejecutivo Nacional para establecer los juicios orales en la Circunscripciones Judiciales y Tribunales, indicando la cuantía y la materia.
[2] Cuarto punto de la Cuarta Disposición Transitoria de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* Nº 36.860 de 30 de diciembre de 1999.
[3] Comisión de Desarrollo Social. Subcomisión de Asuntos Laborales, Gremiales, Sindicales.

a la Asamblea Nacional y finalmente se promulgó el 13 de agosto de 2002 la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.[4]

La Ley entonces se fundamenta en los principios anotados en la Constitución y también en los relativos a la autonomía y especialidad adjetiva, concentración, publicidad, abreviación, valoración de las pruebas por sana crítica (no tarifada ni por libre convicción) y control de la legalidad.

Estos principios se concatenan directamente con los postulados contemplados en el artículo 26 de la Carta Magna, sobre el acceso a los órganos de administración de justicia, la tutela efectiva de los derechos y la obtención con prontitud de la decisión correspondiente.

2. ORALIDAD E INMEDIATEZ

Ahora bien, de todos estos principios enunciados en precedencia, cabe destacar, sin restar importancia a los demás, la oralidad, en estrecha permanencia con la inmediatez. La oralidad obliga a la inmediatez y viceversa. La inmediación tiene especial vigencia dentro de lo que se ha denominado la "oralidad".[5]

Si entendemos por oral aquello que se manifiesta con la boca o mediante la palabra hablada y por inmediato lo que es contiguo o muy cercano,[6] resulta fácil comprender que para que la oralidad produzca un efecto positivo se requiere la inmediatez, de manera tal que estemos cerca o en presencia cuando se manifiesta algo de palabra. En los juicios puramente escritos no hay intercambios orales, sólo presentación de documentos, escrituras, etc., por ello en dichos procesos tenía valor la máxima de la inexistencia jurídica de todo acto procesal que no hubiese asumido la forma escrita.[7]

---

[4] La Ley Orgánica tiene una *vacatio legis* de un año, con excepción de las normas sobre Litisconsorcio –artículo 49– y Control de la Legalidad –artículos 178 y 179–, cuya vigencia se inicia con la publicación de la Ley en la *Gaceta Oficial* (Nº 37.504 del 13 de agosto de 2002).
[5] Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso,* Bogotá, 1984, p. 219.
[6] *Diccionario de la Real Academia Española.* Edición 22º.
[7] Cappelletti, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil,* Buenos Aires, 1972, p. 85, *quod non est in actis non est de hoc mundo.*

Para que un juicio oral en materia del trabajo tenga los efectos previstos por el legislador y deseados por las partes y los juzgadores, necesariamente deben darse estos dos principios de manera conjunta, esto es, que tiene que haber un contacto personal entre el juez, partes, testigos, peritos, de forma tal que la oralidad de los actos presenciados directamente por el sentenciador hagan loable la administración de justicia, buscando la verdad real, material, la verdad verdadera, como también se la denomina; este es el papel activo del juez –sin coartar la autonomía de la voluntad de las partes–, porque sus poderes se ven aumentados en los procesos orales, especialmente en lo relativo a la evacuación de las pruebas, que le permiten "llevar" el proceso, establecer lo que es realmente importante para los justiciables, desechando lo que no es discutible, rechazando las peticiones que sólo pretenden retardar el juicio, en resumen, es parte del proceso y lo dirige hasta su conclusión,[8] exige una mayor dedicación del juez.[9]

Además, con esta exigencia –contacto personal– se pone fin a la práctica que hemos llamado "del litigio a distancia". Los abogados no podrán continuar con la costumbre de redactar y preparar los escritos, interrogatorios, repreguntas en el escritorio, para luego, sin trasladarse al Tribunal, encomendarle su consignación ante Secretaria por otro abogado que no intervino en el estudio del caso, que no está al tanto de los hechos, que no se entrevistó con la parte que representa, pero que por el solo hecho de estar mencionado en el poder puede actuar en el juicio presentando escritos y diligencias cuyo contenido, a veces, ni conoce.

[8] Álvarez Sacristán, Isidoro, *El Juicio Oral en el Proceso Laboral,* Madrid, 1993, p. 75 "la oralidad como principio, tiene su fundamentación en el acto del juicio, el demandante habla y explica su demanda, el demandado expone su controversia, el juez invita a las partes, dirige verbalmente el pleito, los testigos contestan a preguntas, los peritos informan verbalmente, etc., esto es en definitiva lo que comporta la aplicación del principio o basamento de la oralidad".

[9] Henríquez La Roche, Ricardo, *Código de Procedimiento Civil,* Caracas, 1998, tomo V, p. 524. "El proceso oral exige mayor dedicación del juez. Debe conocer la litis como sustanciador, desde el primer momento, estando en conocimiento de la pretensión del demandante, la respuesta del demandado y las pruebas previas ya evacuadas, cuando se abra el debate oral, le permite ser el director del juicio e inquirir los elementos del juicio sobre los hechos fundamentales. Su sentencia debe ser proferida en la misma audiencia, sin solución de continuidad. De allí que la implementación de este proceso exija mayor dedicación, un trabajo más asiduo del juez, y en esa actividad radica la eficacia del proceso oral y la consiguiente celeridad en la administración de justicia".

El abogado debe estar presente en la audiencia preliminar y en la audiencia de juicio para responder al juez, de viva voz, lo que se le pregunte; también debe oralmente intervenir con la contraparte en esas audiencias, con los testigos, los peritos, lo que impone que el profesional del derecho que asista esté perfectamente enterado de los hechos, haber examinado las pruebas y alegatos que le transmite su poderdante o asistido, para así desarrollar una cabal defensa del pleito que se le confía. Si no conoce los hechos y pretende contestar con evasivas o en forma vaga e imprecisa, la propia ley adjetiva contempla los efectos y consecuencias jurídicas de este proceder.

Los abogados deben prepararse muy bien porque la verdad es lo que percibe el juez, no lo que sabe el abogado si no logra comunicárselo al sentenciador; no son juicios con jurados, quien decide es el juez, es a éste a quien hay que convencer de la verdad, por esto es que también los abogados deben ir con un completo conocimiento de los hechos, de las pruebas, del interés que están representando. Se convence con la prueba de los hechos, no con extensas o voluminosas argumentaciones. En el juicio oral no hay que impresionar, la tarea es convencer.[10] Convence más señalar hechos que clamar justicia.[11] La verdad es que el proceso oral requiere jueces y abogados de gran capacidad mental, experiencia y preparación jurídica.[12] Los abogados y las partes en el debate oral deben mostrarse honestos, no omitir información importante, si luego se descubre la falsedad quedan mal ante el juez, quien no les creerá en el futuro. Deben los abogados guardar extrema moralidad y buen proceder en los juicios, están frente al juez, quien sigue los pasos de éstos en el proceso de manera de poner orden cuando cualquier conducta amenaza con entorpecer el fin de la justicia.[13] Esto exige a los abogados litigantes un cambio en la manera de actuar y pensar frente a los jueces y adversarios.

---

[10] Hegland, Kenney, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales,* Argentina, 1995, 2ª Edic., p. 72.
[11] Hegland, Kenney, *Op. Cit.* p. 45
[12] Cuenca, Humberto, *Derecho Procesal Civil,* Caracas, 1965, tomo I, p. 243.
[13] Goldberg, Steven H., *Mi Primer Juicio Oral,* Argentina, 1994, 1ª Edic., pp. 21 y 22. "Si uno se desvía del procedimiento apropiado, el juez lo corregirá de un modo que provoque mínima molestia y probablemente le permita completar la tarea (...) Pero si usted infringe una norma ética, el juez puede avergonzarlo más allá del límite que el caso de su cliente está en condiciones de soportar".

Por otra parte, el legislador le asignó al juez en estos juicios orales la función de dirección del proceso y debe estar en los actos –inmediatez– para poder interrogar al actor y al demandado, a los testigos, peritos, para obtener la verdad, lograr, en suma, el beneficio del juicio oral.

La inmediación es una garantía de que sea el juez quien vea y oiga a las partes; requiere la presencia del juez en el juicio oral, la dirección de la audiencia por éste y que la sentencia se dicte también por quien estuvo en los actos.[14]

Con la Ley, la oralidad la vemos en el juez y en las partes. Bajo la vigencia de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo y con la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil, las partes ni el juez tenían actividad oral; la demanda, la contestación y la sentencia se reducen a actuaciones individuales, sin que coincidieran en algún acto, dándose incluso el extremo de abogados y juez que terminaban un juicio sin llegar a conocerse, sin haberse visto. La escritura sirve para comunicarse entre ausentes; los presentes usan la palabra hablada.[15]

2.1 *PREDOMINIO DE LA ORALIDAD*

Cuando se afirma que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en cumplimiento del mandato constitucional, establece un procedimiento oral, no podemos entenderlo de manera absoluta, con exclusión de toda forma escrita. El principio de oralidad no excluye la escritura,[16] no la desecha.

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.[17]

---

[14] Álvarez Sacristán, Isidoro, *Op. Cit.,* p. 89
[15] Chiovenda, citado por Humberto Cuenca, *Op. Cit.*, p. 244.
[16] Cuenca, Humberto, *Op. Cit.*, p. 244.
[17] *Op. Cit.* 68.

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.[18] Véscovi los llama mixtos o procesos por audiencia.[19]

La Ley prevé actuaciones que necesariamente deben constar en forma escrita, como serían el libelo –causa *petendi y petitum*– (excepción de aquéllo no alegado, pero discutido en juicio. Artículo 6 LOPT), contestación con la exigencia de la disposición adjetiva, publicación de la sentencia,[20] lo que no descalificaría la característica de ser un proceso oral, ni tampoco lo incluiría dentro de una clasificación de procedimiento escrito.

En el juicio oral la oralidad y la escritura se combinan. En la Ley Orgánica Procesal del Trabajo –como ejemplo– tenemos la demanda (escritura), la audiencia preliminar (oralidad), escrito de pruebas (escritura), contestación (escritura), audiencia de juicio (oralidad), documentales (escritura), testimoniales y declaración de partes (oralidad), sentencia (oralidad y escritura), apelación (escritura); sin embargo, cuando no sea posible la grabación de los actos orales para su posterior reproducción por la alzada, no se descarta que se ordene por el juez que el contenido de los mismos se refleje en un acta al efecto.

Aparte de las formas escritas, hay oralidad en la audiencia preliminar, como en la audiencia de juicio. Los actos orales son la sustancia del proceso, la herramienta de la que se puede valer el juez para obtener la verdad, para escudriñar la certeza de los hechos y poder fundamentar su decisión, independientemente de las habilidades escénicas y de verbo que puedan exhibir las partes y sus apoderados; un juez no puede dejarse impresionar por la oralidad.

La importancia del juicio oral estriba en las pruebas no documentales, en aquellas pruebas que surgen de la manifestación oral de las partes,

[18] Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso,* Biblioteca Jurídica Dike, 1993, 13º Edic, p. 50.
[19] *Op. Cit.* p. 59.
[20] Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículos 123, 135, 159, 165, 174, entre otros.

de los testigos, de los peritos; sin menosprecio, por supuesto, de las demostraciones o comprobaciones que consten en instrumentales. No significa que se va a desconocer la prueba documental, la prueba legal preconstituida; por el contrario en nuestro derecho hoy ésta tiene una primera importancia (constancias de trabajo, recibos de salario, pagos de utilidades, disfrute y pago de vacaciones, pago de intereses sobre prestaciones sociales, cartas de despido) porque esta prueba y la de testigos son las más utilizadas; quizás con el nuevo procedimiento también sea de uso constante y de gran importancia la prueba de "Declaración de Parte", porque con ella el juez obtiene directamente, con inmediatez, los hechos.[21]

Lo valioso del juicio oral es que las actuaciones son de un tiempo reducido porque se celebran en presencia del juez, de ahí que existan fases o períodos para la realización de cierta actividad que normalmente finalizan en lapsos breves, sin eternizarse, donde la presencia de las partes y la evacuación de las pruebas se hace de manera concentrada, directamente frente al juez que va a tomar la decisión final; es una audiencia en la que las pruebas sean practicadas ante el órgano decisor entero, la oralidad impone la sustanciación en una única audiencia o pocas audiencias próximas.[22]

2.2 *AUSENCIA DE ORALIDAD E INMEDIATEZ EN EL SUPERIOR Y EN LA SALA DE CASACIÓN SOCIAL*

Debemos contar también con medios de grabación que registren todos los actos y todas las actuaciones. Si éstos, por excepción, no funcionan o no se dispone de ellos, los actos orales deben tener un respaldo en

[21] Resulta lamentable que en este procedimiento (LOPT) no esté prevista de forma expresa la posibilidad de llamar a la parte para que acuda obligatoriamente a la audiencia de juicio y sea declarada por el juez; de seguro se aclararían las cosas. El juez interroga porque necesita averiguar la verdad, no con el ánimo de humillar al interrogado. Sin embargo, pensamos que el juez puede acordar la comparecencia de las partes en la audiencia de juicio, con fundamento en el artículo 103 LOPT; de lo contrario, esta prueba pasaría a condición de desuso.
En Argentina, Colombia y Brasil sí es posible llamar a la parte frente al juez. Véscovi, Enrique. *Op. Cit.,* p. 220.

[22] Cappelletti, Mauro *Op. Cit.*, p. 78.

actas –sistema de escritura–, pero ello no se traduce en juicio escrito, sin oralidad; si no, es imposible un pronunciamiento del Superior o de la Sala de Casación Social, habida cuenta que los jueces de éstos no estuvieron presentes, no se dio con ellos la inmediatez de las pruebas, no percibieron las manifestaciones orales de los intervinientes en el juicio.

Cuando los jueces de alzada o de casación cuentan con una grabación de todas las actuaciones en el juicio, pueden percibir con la grabación audiovisual las expresiones del rostro y comportamiento del declarante con ocasión de las manifestaciones orales, pero no pueden ejercer con la misma amplitud de la primera instancia la función interrogadora o inquisitiva, porque únicamente los recurrentes están obligados de acudir ante su presencia; los que no han intentado recursos no tienen obligación de hacer acto de presencia ante los jueces de alzada. Si las grabaciones son sólo sónicas, resulta imposible percibir las expresiones del rostro y actitudes de comportamiento, limitando el juez su conocimiento a la imaginación de lo que perciba por la audición.

Ahora bien, si la base del nuevo proceso se ubica en la oralidad y la inmediatez, y éstas no se dan con plenitud en la alzada, ello no es suficiente para sostener que el juicio no es oral. La sustanciación del proceso en la primera instancia con posibilidad de mediación y conciliación con una audiencia oral,[23] la demanda y contestación expuestas en forma oral,[24] evacuación de las pruebas,[25] son de tal naturaleza que mantienen en todo el proceso la característica de oralidad. Además una reproducción audiovisual refleja las manifestaciones de la oralidad para que la alzada perciba los alegatos y su demostración de idéntica manera como los hubiera obtenido de estar presente, sólo queda excluido el interrogatorio como se expresara *supra*.

[23] Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículo 133.
[24] *Ibídem,* artículo 151.
[25] *Ibídem,* artículo 152.

2.3 *EL ARBITRAJE COMO EXCEPCIÓN A LA ORALIDAD Y A LA INMEDIATEZ*

En el arbitraje las audiencias son públicas mediante el procedimiento oral, pero no se cumple con la realización de actuaciones judiciales presenciadas directamente por los árbitros, el laudo no se dicta una vez finalizada la audiencia pública, ni se dicta oralmente, ni se recurre para ante el Superior.

En el arbitraje no se cumplen cabalmente los principios que orientan el proceso laboral venezolano;[26] la Junta de Arbitraje tiene las más amplias facultades, pero no está investida de la potestad que tienen los jueces para inquirir la verdad, con sanciones procesales de orden fatal si hay resistencia a suministrar la información, si se hace de manera vaga o imprecisa, o si no se atiende el llamado establecido legalmente.

3. LA ORALIDAD EN LAS AUDIENCIAS DEL JUICIO LABORAL

La oralidad persigue en un acto único, como sería la audiencia de juicio, ventilar las pretensiones de las partes, analizar y valorar las pruebas y dictar el fallo; en la fase preliminar sólo se puede aspirar a la autocomposición procesal por la actuación de las partes, no que se produzca una sentencia.

Tanto la audiencia preliminar como la audiencia de juicio, por separado, generalmente se llevan a cabo –cada una de ellas– en un único acto y con diferentes jueces; comienza el acto y éste se puede prolongar luego de las horas de despacho o en los días siguientes[27] hasta lograr su cometido: autocomposición procesal o sentencia, según se trate.

La oralidad, la inmediatez y la concentración imponen que una vez iniciado el acto éste concluya sin interrupciones, sin que el juzgador pueda entenderse con otro caso, pues quien sentencia recibe otro expediente luego de pronunciarse sobre el anterior.

---

[26] Ver *supra* Introducción.
[27] Con la limitación establecida en el artículo 136 de la LOPT.

La oralidad la debe guiar el juez, evitando que alguna de las partes pueda convertirse en orador; que lejos de presentar la verdad busque prolongar, por motivos extraños al juicio, la audiencia de juicio, en perjuicio de la contraparte, del juez y de quienes esperan al sentenciador para que tome otro juicio al terminar éste.

3.1 *LA ORALIDAD EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR*

La audiencia preliminar participa de la característica que venimos desarrollando –la oralidad–, sólo que en esta primera fase del juicio las partes no actúan públicamente sino en forma privada, sin presencia de extraños, pues únicamente se permite la asistencia del actor y su abogado asistente o del apoderado judicial de éste –con la observación del litisconsorcio–,[28] el demandado y su abogado asistente o del apoderado judicial de éste y, por supuesto, del juez y del personal que lo asiste, pero en modo alguno se permite que otros –interesados o no– comparezcan al acto de la audiencia preliminar. En la audiencia preliminar la oralidad es sólo para las partes. No tiene acceso el público, no es a puerta abierta, es privado. La oralidad la perciben los interesados: el juez para lograr la autocomposición por las partes y éstos para resolver el pleito.

La privacidad de la audiencia preliminar permite a las partes que se desahoguen, de manera tal que una vez drenado el enojo, irritación, enfado, después de decirse lo que cada uno considera o piensa del otro, se encuentran en disposición de conciliar o aceptar soluciones en mediación. Si las partes se encuentran enfrentadas entre sí, por razones personales, la autocomposición procesal se dificulta, haciéndola prácticamente imposible.

Sin embargo, dentro de esta fase hay actuaciones eminentemente escritas, como serían el libelo, los escritos de pruebas y el acta que se levante para dejar constancia del resultado de la fase preliminar (convenimiento, transacción, reflejo de las conversaciones, despacho saneador, acuerdo de medidas cautelares, sentencia por inasistencia de alguna de las par-

[28] *Ibídem,* artículo 129.

tes); pero la justificación de esta fase, cual es la confrontación de las pretensiones de cada parte para lograr por convenimiento o por mediación poner fin a la controversia, se hace en forma oral, enfrentadas las partes, y el juez ofreciendo soluciones o pronunciando la sentencia oral por inasistencia de alguna de las partes, si fuere el caso.

En la audiencia preliminar la oralidad no reviste ningún tipo de restricciones para las partes, ni para el juez. Éste no está sometido a la limitación que impide a los jueces pronunciarse fuera de la sentencia, esto es, adelantar opinión; pudiendo exponer oralmente a las partes su criterio sobre algún punto o prueba ventilada en la audiencia, para poder fortalecer su intervención a los fines de una conciliación o de una mediación. Esta fase del juicio permite, si las partes están ganadas a admitir una solución para poner fin al litigio (conciliación o mediación), que únicamente lleguen al juez de juicio aquellas controversias que necesariamente requieran de una sentencia por lo discutido, novedoso o trascendental del asunto a debatir y no por el capricho o posición negativa de una de las partes que sólo admite la sentencia para poner fin al pleito.

De la cultura que demuestren las partes y sus abogados, depende, en buena parte, el éxito del procedimiento oral. No ir hasta la audiencia de juicio si el problema ventilado en la audiencia preliminar pudo resolverse en ella. Si así se comportan los justiciables, ellos dispondrán de mayor tiempo para ocuparse de otros asuntos y los abogados podrán aceptar otras representaciones o asistencias en juicios; y el juez dispondrá de tiempo para decidir otros casos que sí ameritan la finalización por sentencia.

3.2 *LA ORALIDAD EN LA AUDIENCIA DE JUICIO*

En la audiencia de juicio la oralidad se presenta con mayor énfasis. Es en esta fase que se revela en toda su utilidad la oralidad, porque permite al juzgador –a quien va a decidir o sentenciar– que mediante la oralidad y la inmediatez perciba la demostración de los hechos narrados por las partes, que advierta la realidad de los hechos, para poder hacer justicia, bien porque las partes le ofrezcan la verdad o porque la inquiera de ellas

en el ejercicio de su poder de dirección del juicio. Sin embargo, como asienta Goldberg, los juicios no son tan sencillos.[29]

En la audiencia oral prácticamente todas las actuaciones son de carácter oral y al contrario de la audiencia preliminar, son públicas. El debate puede ser presenciado por extraños al pleito.

En dicho acto las partes deben hacer sus alegatos en forma oral, circunscribiéndose al contenido de la demanda y la contestación, según fuere, sin la presentación ni lectura de escritos.

Las pruebas se evacuarán también oralmente. Las testimoniales se rendirán oralmente, pudiendo ser repreguntados por la contraparte y por el juez. En las experticias los expertos deberán concurrir a la audiencia de juicio de manera que puedan presentar el resultado de su trabajo y responder al juez las preguntas que éste le formule. Las partes deberán contestar oralmente las preguntas que el juez les haga. Las partes podrán hacer oralmente observaciones a las pruebas de la contraparte, luego de su evacuación. El juez dictará su sentencia oralmente; no obstante, pudiera darse el caso que en la fase de juicio la oralidad pareciera no tener esa gran importancia si no se logró la mediación y el pleito tuviera que decidirse con pruebas documentales.

3.3 *LA ORALIDAD AL MOMENTO DE DICTAR LA SENTENCIA*

Las partes –actor y demandado– deben estar presentes para "oír" –de viva voz– el dispositivo que dicta el juez. Esta obligación está latente en las partes cuando el juzgador dicta la sentencia una vez culminado el debate en la audiencia de juicio, o cuando lo hace dentro de los 60 minutos posteriores –por esto las partes deben permanecer en la Sala de Audiencias–, o cuando lo hace dentro de los cinco días posteriores al diferir la oportunidad de dictar la sentencia oral.[30]

---

[29] *Op. Cit.,* p. 14 "Por desgracia, los juicios no son tan sencillos. Algunos testigos mienten, algunos testigos veraces parecen estar mintiendo, algunos testigos mentirosos parecen estar diciendo la verdad, algunos testigos olvidan, algunos testigos no son escuchados, hay jurados que no escuchan, hay abogados que cometen errores y testigos que también incurren en error, hay jueces que se equivocan".

[30] Artículo 158 de la LOPT.

En este último caso el sentenciador al diferir debe establecer de manera concreta, precisa, indubitable, el día y hora en que dictará su fallo, de manera que las partes estén presentes para oírlo.

Pensamos que si al momento de dictar la decisión –dentro de los 60 minutos o dentro de los cinco días– no concurre o no está presente alguna de las partes, debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista por el legislador cuando no se acude a la audiencia preliminar o a la audiencia de juicio. Esto debe ser así, porque tratándose de un juicio oral en el que la sentencia se dicta oralmente, tienen que estar presente los interesados para "oír" al juez; si no vinieran actor y demandado ¿a quién le habla el juez?, ¿quién lo oye?, ¿habla solo el juez? La oralidad exige que alguien oiga.

Si no está presente el actor equivale a desistimiento y si no acude puntualmente el accionado, acepta los hechos, se le tendrá por confeso; y en ambos casos el juez debe inmediatamente ajustar su fallo a las consecuencias de la incomparecencia y no dictarlo conforme pudiera surgir de las actuaciones. Si esto no se aplica así, el juez puede verse en la situación que al dictar sentencia no esté alguna de las partes porque se considera triunfador o perdedor e innecesario estar para oír lo que se imagina es el contenido de la sentencia. Si no concurren las partes –actor y demandado– están manifestando tácitamente su desinterés, debe declararse extinguido el proceso.[31]

4. INCONVENIENTES DEL SISTEMA ORAL

La oralidad exige un mayor número de jueces, de manera tal que al quedar sustanciado un juicio obteniendo el juez los hechos y su demostración por medio oral, se pronuncie inmediatamente a fin de evitar olvidos, tergiversaciones o confusiones sobre los alegatos y hechos.

El sistema oral requiere de mayores recursos económicos –por instalaciones, número de jueces–, que impide su aplicación a nivel general en

[31] Artículo 151 de la LOPT.

países que no disponen de los medios necesarios para cubrir sus costos; sin embargo, al representar una forma ideal de administrar justicia, aquéllos –los países– se ven en la imperiosa obligación y necesidad de adoptar esta forma de decidir las controversias entre partes, implementando formas de economía, como reducir el número de funcionarios, eliminar fases en el proceso y actuaciones escritas que aumentan la tramitación.

Para qué dictar una sentencia oral si después ha de plasmarse por escrito con los fundamentos de derecho. Ni siquiera se gana tiempo, porque la decisión que se ejecuta es la escrita. La lógica procesal invita a considerar que lo razonable es dictar una sentencia oral con una parte motiva muy reducida y la dispositiva, sin posterior sentencia escrita, para así lograr el beneficio del juicio oral, sino la sustanciación y la sentencia oral serán muy rápidas, pero la sentencia escrita impide que el juez se ocupe de otro caso para ser atendido en la fase de juicio.

A favor de los juicios escritos se abona que la escritura permanece y permite revisar de nuevo las actuaciones. El juez podrá verificar, cuantas veces considere necesario, los alegatos expuestos por las partes en sus escritos, sin que el transcurso del tiempo pueda influir en la apreciación de la prueba. Mientras se conserven las actas procesales hay oportunidad de releer lo esgrimido por los interesados, sin que el olvido de un hecho determinado pueda cambiar el resultado, porque no es la memoria la que guarda los hechos, sino que éstos constan, están plasmados, en las escrituras; pero, y esto hay que reconocerlo, la escritura puede contener con más facilidad una mentira, que una declaración expresada oralmente.

El Nuevo Reto del Derecho del Trabajo: Modernizarse o Resultar Inaplicable

Alexis GARRIDO SOTO*

SUMARIO:

1. **Introducción a una inquietud.**
2. **La Cambiante realidad del mundo moderno y su influencia en lo laboral: 2.1** *Desde el punto de vista del Trabajador.* **2.2** *El caso de los Patronos o Empleadores.* **2.3** *El Capital.* **2.4** *Otros factores.*
3. **Transformación de principios y conceptos considerados imprescindibles e irrenunciables, hoy transables o hacia una Concepción del Derecho del Trabajo de los Nuevos Tiem-**

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado. **Universidad de Milán**, Italia, Especialidad en Derecho Procesal Civil, *suma cum laude*, **Universidad de Rennes**, Francia, Especialidad en Derecho Laboral, **Universidad Simón Bolívar**, Magíster con Honores en Ciencia Política, Profesor en Pre y Postgrado. **Organización de Estados Americanos**, *Comisión Empresarial Asesora Técnica en Área Laboral del Sistema Interamericano*, Vicepresidente, Ex Presidente. **Organización Internacional del Trabajo**, Consejero Técnico por el Sector Empresarial. Autor de diversos artículos.

pos: 3.1 *Nuevas formas de Protección Social.* **3.2** *Algunas propuestas de cambio del Derecho Laboral y de la Legislación Social.*

Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN A UNA INQUIETUD

El ejercicio profesional de la abogacía en Venezuela, principalmente en la rama del Derecho del Trabajo, lo cual nos ha llevado a transitar por los caminos de los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, en todas sus fases e incidencias; la participación en la negociación de convenciones colectivas y redacción de contratos individuales de trabajo; la asesoría de empresas y organizaciones sindicales; la enseñanza de la disciplina por más de veintiséis años en las aulas universitarias, el haber participado en muchas comisiones de trabajo tanto del extinto Congreso Nacional de la República de Venezuela como en la actual Asamblea Nacional con propuestas, críticas y aporte en la redacción de las distintas reformas y proyectos de reformas de la Ley del Seguro Social Obligatorio, de la Ley Orgánica de la Seguridad Social Integral, de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, de la reciente Ley Procesal del Trabajo, y de otras iniciativas legislativas en el campo de lo social; el haber formado parte de ese grupo de pioneros y preocupados estudiosos de las relaciones industriales y administración de recursos humanos en el país, en América y en el mundo, con posibilidades de contacto e intercambio con lo más granado del pensamiento universal en el área; nuestra experiencia vivida por casi treinta años en contacto con la Organización Internacional del Trabajo y su máxima manifestación: La Conferencia Internacional y su Comisión de aplicación de Normas Internacionales del Trabajo, donde hemos tenido la oportunidad de ver nacer tantas Convenciones y Recomendaciones Internacionales, ejemplo y guía hoy de la mayoría de las legislaciones del mundo, y nuestra experiencia en el Sistema Interamericano donde, coordinado por la Organización de los Estados Americanos, se viene ventilando la modernización del derecho del trabajo y de los organismos rectores de la disciplina, entre ellos los Ministerios del Trabajo del hemisferio, en el

cual ha tenido una decisiva actividad la CEATAL o Comisión Empresarial Asesora Técnica en el Área Laboral del Sistema Interamericano del Trabajo, que tuvimos el honor de presidir, y en cuyas últimas siete Conferencias Interamericanas de Ministros del Trabajo hemos tenido la oportunidad de intercambiar experiencias con ministros, asesores y profesores de la disciplina laboral y de la seguridad social, nos ha llevado a tener un criterio claro de la necesidad de que una de las ramas del derecho que se presenta más cambiante, que debe estar en constante actualización, y que cada día es más determinante en el desarrollo de los pueblos es el Derecho del Trabajo.

Por ello hemos afirmado en las reflexiones que hoy presentamos, que es necesaria la constante renovación de nuestra disciplina o pierde su esencia y su cometido principal, como lo es armonizar en las relaciones de trabajo; pues ante un mundo cambiante la legislación no puede continuar con el prurito de que las normas sociales deben ser abstractas e impersonales y sujetas exclusivamente al ámbito territorial para el cual se dictaron.

Trataremos de demostrar que las condiciones sociolaborales, económicas y políticas retroalimentan e influyen en forma decisiva nuestra disciplina, lo cual, simultáneamente, afecta toda esa realidad que hoy afecta a un mundo cada vez más globalizado.

En efecto, la realidad de las empresas y el capital hoy, de la mundialización y el intercambio, de los distintos esquemas ante las crecientes exigencias de los pueblos y de los gobiernos, de las crisis generadas por distintos factores que vive hoy la humanidad y, lo que es más importante, las diversas formas de manifestarse el empleo y el trabajo, hace imperativo que las normas que rigen ese mundo del trabajo asimilen la realidad y generen nuevas formas de asumir con provecho los retos que se le presentan.

No pretendemos agotar el tema en el corto espacio que nos permite un trabajo de este género; sin embargo, manifestaremos esa inquietud que no tiene las pretensiones de ser original ni exclusiva, pues se ha intercambiado con muchos otros profesionales y estudiosos nacionales y extranjeros, quienes coinciden con lo que expondremos a continuación.

2. LA CAMBIANTE REALIDAD DEL MUNDO MODERNO Y SU INFLUENCIA EN LO LABORAL

Tanto en Venezuela, como en el resto de los países iberoamericanos hay una evidente transformación de las realidades sociales y culturales que las distingue de las jóvenes repúblicas en las cuales, a principios del siglo XX, surgía la creciente inquietud de regular esa naciente situación que representaba el salir de ser unas comunidades agrícolas y en algunas agroindustriales, para incorporarse en el mundo en desarrollo industrial y científico. A nivel internacional las prédicas de la Revolución Industrial, de la Revolución Bolchevique y las enseñanzas de la *Rerum Novarum*, de León XIII, desembocaron en un afán hasta la fecha inédito en nuestras realidades de proteger al llamado "débil jurídico" de la prestación de un servicio personal para otro, de ese demandante de empleo o beneficiario de la explotación de ese ser en su hacienda o fábrica. Ya la Sociedad de la Liga de las Naciones genera un organismo técnico que incluso le sobrevive, como lo fue la Organización Internacional del Trabajo, que difunde su misión y asesora a todas estas realidades del subdesarrollo para que establezcan normas que ordenen y controlen ese nuevo mundo del trabajo y su funcionamiento.

Nuestra legislaciones, resultado del intercambio de experiencias con países más experimentados en el campo de la prestación del servicio remunerado, con la asesoría de los "expertos de la OIT" y con el aporte de tantos individuos estudiosos de los asuntos sociales en cada uno de nuestros países, preocupados por el violento ingreso a la modernidad, como sucedió con Venezuela y la explosión del primer pozo petrolero, en mayor o menor grado dieron una suerte de solución a esas preocupaciones y por muchos años, con reformas, paños calientes legislativos o reglamentarios y abundancia de enriquecedora jurisprudencia, cumplieron una función que todavía hoy nos permite paliar y hasta evitar los conflictos individuales y colectivos en la compleja realidad del trabajo.

Es tiempo de analizar que nuestras realidades están cambiando, que nuestra evolución tal vez no fue como la planeamos o superó las expectativas que nos planteamos cuando legislábamos, o que surgieron nuevos elementos que no previeron lógicamente nuestros antecesores, como

la globalización, la cibernética y el mundo tecnológico, nuevas formas de prestación de servicios, aunados a situaciones predecibles pero no esperadas, como: Creciente desempleo, endeudamiento interno y externo y, por ende, crisis económica, incapacidad de cumplir con su cometido la seguridad social, el fantasma de la inflación, ministerios de la gestión laboral, la conciliación y la salud superados en calidad y número por el efecto de nuevos tiempos, y otros factores que agravan la situación.

Las prácticas de contratación y empleo en casi todas las legislaciones de latinoamérica están orientadas al empleo formal en la forma tradicional que lo conocemos. La continuidad y terminación de la relación laboral se sigue limitando al despido y al retiro en formas justificadas o no, sin prever otras opciones, como no sean la terminación por mutuo consentimiento, y en algunos casos la reducción de personal por motivos económicos o técnicos. Se insiste en el reenganche por estabilidad y en algunos casos hasta se habla todavía de "estabilidad absoluta". Se abusa de la inamovilidad y no se prevé una forma de contrato que llene las exigencias de los nuevos tiempos. Por ello en América Latina más de un ochenta por ciento de la población económicamente activa está desempleada en la concepción tradicional del empleo formal y dependiente, a pesar de haber crecido en la mayoría de los países el producto interno bruto.[1]

El costo, tanto de la contratación como del despido, es muy elevado en nuestras realidades, y se juega al "ganador-perdedor", en lugar de al "equilibrio", al juego de las "oportunidades, y al "ganar-ganar".

Hay, definitivamente, cada vez más distancia entre la ley y la realidad laboral, por ello no podemos muchas veces competir a nivel internacional, y en las migraciones nuestra mano de obra es maltratada y subpagada.

El profesor José Pastore de la Universidad de Sao Paulo sostiene que gracias a lo obsoleto de nuestra legislación laboral, el crecimiento educativo de latinoamérica ha sido inferior al de Asia, pues la legislación laboral no estimula el crecimiento y desarrollo intelectual.[2]

---

[1] Pastore, J. 2002. *Ob. Cit.*
[2] Pastore, J. 2002: *Ob. Cit.*

Veamos en qué consisten esos cambios que retan a nuestras realidades y al Derecho del Trabajo.

2.1 *DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL TRABAJADOR*

Nos encontramos hoy, como señalábamos, concepciones y soluciones en el mundo del trabajo que ni soñamos en otras épocas que podrían existir.

Hablamos de Trabajadores de Alta Tecnología, del Teletrabajo, del Trabajo Temporal, del Trabajo Eventual o Casual, del Trabajo Intermitente, de las migraciones temporeras, de las Comunidades Inteligentes, de la Economía Informal o Sector no Estructurado de la población laboral como le gustaba denominarlo a la OIT, de los Trabajadores Autónomos o del Autoempleo, al lado de una tendencia a la desindicalización y cambios en las formas tradicionales de trabajar con los Trabajadores Virtuales o en línea o desde su hogar, con horarios autoimpuestos. Todo este estado de cosas pueden dar al traste con nuestro proverbial estilo de etiquetar dentro de una norma rígida, una situación que no necesariamente se le adecúa.

El llamado "Trabajador de Alta Tecnología" es aquel que ha producido el mundo moderno y que si bien es contratado en la misma forma del trabajador tradicional, disfruta de grandes beneficios que obtiene en su "paquete" mal llamado "salarial" por la actividad que desarrolla. Para él los tradicionales beneficios laborales comunes no le quitan el sueño, no le importa que se reglamente su actividad con normas limitantes, pues su contrato supera a todas esas "nimiedades" legales.

Este Trabajador de Alta Tecnología requiere de un trato distinto; no se le puede ofrecer un trabajo "para toda la vida" por la alta movilidad de la tecnología, su actualización, los cambios en la informática y en la inversión individual supera cualquier condición impuesta en forma abstracta y general. Es imprescindible pero en corto tiempo y mientras no se supere la tecnología que domina. Hay, por tanto, que idear nuevas perspectivas de jubilación y retiro ante la tan rápida entrada en obsolescencia de este tipo de empleado. Se imponen nuevas formas de sindicatos. Se debe regularizar esa discriminación e inequitatividad que ellos generan en la organización.

El "Trabajador Autónomo" también conocido como "Autoempleo", como lo denominan en Canadá, implica toda una nueva definición de empleo; es independiente; desde el punto de vista jurídico ofrece su actividad sin sujeción alguna ni subordinación; "vende" su actividad, pero más en una forma civil que laboral. Asume el riesgo del nivel de los ingresos y de las herramientas de trabajo. Trabaja más horas porque no tiene límite legal, lo que lo hace más productivo. Trabaja en una casa, en su propio ambiente; se autoimpone el horario y la jornada de trabajo. No tiene y no le preocupan las prestaciones sociales; el disfrute de las vacaciones se las fija él mismo; puede sustituirlas por su alta productividad y su alta estimación remunerativa; no hay riesgo para el empleador de violar las disposiciones legales, especialmente en lo de seguridad y protección industrial, ni de que alegue una estabilidad o prolongación de su relación para lograr los efectos y consecuencias de la norma. Claro está que por justicia social, a pesar de existir una diferencia entre el trabajador dependiente del autónomo, se debe prestar una mínima protección legal a este último. En los países con esta experiencia (caso del Canadá), se ha establecido un híbrido civil-laboral en cuanto a las obligaciones y los contratos. La acción del trabajador autónomo contra su contratante es más civil en el sentido de ser más rápida y expedita, y la razón moral es la misma que orienta la prestación del servicio dependiente: No es especulativo, es el medio de subsistencia de él mismo y su núcleo familiar, lo cual es un principio universal recogido en la mayoría de las legislaciones del mundo y en los convenios internacionales del trabajo. (Es también el caso de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en sus artículos 87, 89 y 94).[3]

[3] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Art. 87. "Toda persona tiene derecho al trabajo y del deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias, a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo.... Todo patrono garantizará...."Art. 89 "El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado...". Art. 94. "La Ley determinará la responsabilidad que corresponda a la persona natural o jurídica en cuyo aprovecho se presta el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de éstos...".

Por lo general este tipo de actividad la suelen ejercer los de mayor calificación y los "rechazados" por el mercado de trabajo en razón de edad mediana o avanzada, en culturas de pujantes oferentes de trabajo dentro de una población primordialmente joven.

Puede preverse la sindicalización de los trabajadores autónomos por rama de actividad para el fortalecimiento de su gestión y de sus resultados, y protección contra la eventual violación de derechos humanos o fundamentales.

En materia de seguridad social se deben crear figuras protectivas innovadoras que tiendan a la protección de este esquema de actividad: La Constitución Nacional de Venezuela de 1999 en sus artículos 83 y 84 plantea el derecho a la salud, y el 86 a la seguridad social de todos los pobladores de esa tierra. La implementación es lo que ha venido complicándose por razones de orden financiero, o mejor, de financiación, a pesar de la exigencias de las Disposiciones Transitorias de la misma sobre la necesidad de reformas legales.[4]

No hay que confundir este tipo de actividad con la del empresario, pues sigue siendo un trabajador que depende de su realización personal como fuente de ingreso.

Este tipo de empleo se presenta en países con mucho desarrollo y de cultura organizacional madura. Es la globalización y la competitividad lo que los hace contratables, incluso internacionalmente por aquellas corporaciones que los pueden pagar.

[4] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Art. 83. "La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que (sic) lo garantizará como parte del derecho a la vida..." Art. 84. "Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará y ejercerá la rectoría que gestionará a un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad..." Art. 86 "Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en... La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección..."

Los "Trabajadores Temporales" que suelen ser contratados por la Internet o por agencias especializadas en trabajo temporal que proveen a las empresas de trabajadores que no se constituyen en empleados de aquellas para las cuales prestan el servicio, sino que legalmente siguen siendo empleadas de la agencia que la procura. Esto trae entre las ventajas para la demandante de este tipo de servicio beneficios como las de no asumir el costo inmediato de las prestaciones e indemnizaciones laborales, no obligarse a la fórmula del "trabajo igual, salario igual", ni compartir con ellos los beneficios ni ciertas condiciones de sus propios trabajadores, ni la aplicación de la misma convención colectiva; ni aspirar a sumarse a procesos conflictivos, a menos que lo hagan por el principio de la "solidaridad".

Este tema ha llevado a tal difusión que ha preocupado a muchos parlamentos en el mundo; se les suele atacar a estas agencias, que por cierto son muy prósperas y hasta la propia Oficina Internacional del Trabajo viene colocando en su agenda la posibilidad de que se produzca un Convenio o una Recomendación para regular este tipo de trabajo sin mucho éxito.

El "Teletrabajo" es otro típico de nuestro tiempo. Es aquel que se puede realizar en oficinas del empleador como el caso de los controles de líneas aéreas o agencias de viaje, de turismo y hotelería, empresas de seguro, y otras, o aquellos que ni siquiera se mueven de su casa en donde tienen un terminal de computadora y reciben las instrucciones, y por la misma vía presentan el trabajo realizado. Pueden escoger su horario de trabajo y hasta los días hábiles para realizarlo.

El "Trabajo Eventual" o "Casual", en nuestro medio a menudo es un trabajo adicional a su trabajo ordinario de un empleado formal para complementar sus ingresos, si bien en otros países es el único empleo y la fuente principal de sus ingresos. Se encuentran las o los promotores de eventos y de algunos productos, los vendedores ambulantes de ciertos productos cosméticos, principalmente; los de servicios de vigilancia esporádica para cierta clase de eventos y algunos trabajadores del agro que se contratan por zafras o vendimias. No les ampara la legislación si se les contrata, por ejemplo en el caso de Venezuela, por tres meses o menos (artículo 108 Ley Orgánica del Trabajo), y muy pocas medidas

de protección y amparo se consiguen en nuestras legislaciones, por lo que se hace necesario regularlas.

El "Trabajo a Tiempo Parcial", es un asalariado cuya actividad laboral tiene una duración inferior a la de los trabajadores a tiempo completo. La duración, como ya estableció la Recomendación 182 de 1994 de la OIT, puede ser calculada semanalmente o en promedio durante un período de empleo determinado, y debe ser "comparable", esto es, que en la misma organización empleadora existan trabajadores con tiempo completo de trabajo, o si no los hay, que en la misma rama de actividad puedan compararse con trabajadores a tiempo completo, y ello a los fines de poder establecer la proporcionalidad de sus ingresos con relación al tiempo completo. Este es considerado por la OIT como un "Trabajo Precario".

El "Trabajo Intermitente" que es aquel que se realiza sólo cuando se es requerido sin existir una atadura relativamente permanente con el patrono ni en tiempo, ni en espacio. Es el caso de las cuidadoras a domicilio o *baby sisters*, entrenadores deportivos esporádicos o por manifestaciones, profesores de idiomas, etc. No tienen estabilidad, ubicación física, ni seguridad social, por tanto sin posibilidades de jubilación, remuneración por el reposo o la incapacidad, etc. Claro está que pueden ser asimilados a cierto tipo de actividad que no entra dentro del campo de la relación de trabajo, como es el profesional en libre ejercicio o *free lance*.

El "Trabajador Migrante Temporero". Es el tipo de trabajo que se presenta muy a menudo entre países limítrofes, pero cuya característica principal es que no se constituye en un trabajador fijo; su actividad se limita a realizar una actividad por coyuntura, y regresan a su país de origen. La más de las veces son ilegales, por lo que mal puede protegerlos la legislación laboral del lugar donde prestan el servicio. Las maquiladoras se aprovechan muchas veces de este tipo de trabajador, incluso del mismo país de nacionalidad de la empresa maquiladora, pero no son declarados a la seguridad social, ni a los organismos contralores del trabajo, por lo incierto o variable de la actividad de la maquila, por lo que son trabajadores que prestan el servicio sin ninguna protección. Otras

veces se trata de las llamadas "Empresas Móviles", las cuales o están burlando el derecho impositivo local, o la índole misma de la actividad o el tipo de producto que manipulan cambia de zona.

Una experiencia digna de mencionar y que tuvimos la oportunidad de conocer en la XII Conferencia Interamericana de Ministros del Trabajo celebrada en Ottawa, Canadá, en el año 2001, con seguimiento en nuevas reuniones en Montreal, Canadá y Montevideo, Uruguay, todo bajo el auspicio del gobierno de Canadá bajo el lema "Las Nuevas Relaciones de Trabajo y la Brecha Digital, retos de los Ministerios del Trabajo", es el de las denominadas "Pequeñas Comunidades Inteligentes" de Costa Rica. Consiste en potencializar las capacidades de los habitantes de zonas rurales a través del uso de herramientas tecnológicas en un marco del desarrollo humano sostenible, se establecen las necesidades de la comunidad determinando así las áreas de acción y la tecnología a aplicar. Es la participación humana de una comunidad, de acuerdo con un diagnóstico participativo etnográfico. Esta iniciativa que goza del apoyo financiero de empresas y académico de varias universidades nacionales, norteamericanas y del Canadá, es una forma de desarrollar áreas rurales pero incorporándolas de una vez a la más moderna tecnología. Es una forma de desarrollar los recursos humanos *in situ*, dentro de su mismo hábitat, con su gente, su etnia y con las herramientas que le da su realidad y las tecnologías más avanzadas. Se aparta de aquel ancestral estilo de "alianza para el progreso" en el cual se le daba a la población instrucción sobre la producción agrícola o pecuaria pero con los mismos elementos y herramientas que históricamente venía utilizando su población, lo que trae la paralización en el tiempo de los habitantes de la zona y su mayor desfase con las urbes y la competitividad internacional. El que labora en estas "Pequeñas Comunidades Inteligentes" de Costa Rica está en condiciones de optar a futuro hacerlo en cualquier lugar del mundo donde se apliquen las tecnologías aprendidas, y sirven de factor multiplicador de las experiencias en su mismo país y en otras latitudes. Pero todo esto conlleva una flexibilización de la normativa laboral para poder integrar estas comunidades y cumplir con el proceso de educación formal y no formal de los trabajadores, estimular a los financistas y coordinadores de la experiencia.

El más crítico factor de esta nueva realidad, sobre todo de nuestros pueblos latinoamericanos, es la conocida como "la Economía Informal", el informal o "Sector no estructurado de la Economía", como lo solía llamar hasta hace poco la OIT, es el trabajador de la calle, quien ante la imposibilidad de insertarse o reinsertarse en el sector formal, opta por adquirir ciertos bienes de consumo y sin ningún tipo de instalación, o dependientes a su servicio, procede a vender, voceada, su mercancía por las calles y aceras de las ciudades. Para la OIT constituye un panorama sombrío con perspectivas inciertas esta nueva situación que se presenta a gran escala en casi todas las ciudades latinoamericanas. Es una situación que necesariamente va ligada al desempleo, la pobreza, la deserción escolar y la crisis familiar. En un interesante artículo de la Revista de la OIT *Trabajo*,[5] se desnuda este nuevo problema que está aquejando casi por igual el mundo entero. En Venezuela llega esta economía informal a niveles inalcanzados históricamente del cincuenta y dos por ciento (52%) de la población económicamente activa ocupada. Sin analizar los problemas de salubridad y ornato con las cuales afectan nuestras ciudades, estos trabajadores informales no tienen ningún tipo de protección social, seguridad personal, leyes nacionales o internacionales que se le apliquen, ni autoridades que velen por su sobrevivencia. No tienen futuro mediato ni inmediato, el retiro por edad o tiempo de servicio para ellos es una utopía; no hay cuidado de su salud, y la ingesta alimenticia es insuficiente, desbalanceada e ingerida en condiciones infrahumanas. En el caso de Venezuela no podemos seguir hablando de reformas a la legislación laboral y de la seguridad social, cuando más de la mitad de los trabajadores no depende de una empresa o reporta a un patrono; donde más de veintidós por ciento (22%) de la PEA total está desempleado, y donde el resto se encuentra en cualquier forma de trabajo precario.

Para culminar este análisis desde el punto de vista del trabajador, baste señalar que en lo relativo a la representación de los trabajadores ha perdido bastante vigencia la figura del sindicato. En los últimos estudios realizados por la Asociación Nacional de los Recursos Humanos de Venezuela (ANRI) y sus filiales en el mundo que integran la Federación

[5] *Trabajo,* Revista de la OIT Num. 43, Marzo 2003.

Interamericana de Asociaciones Profesionales para la Gestión Humana y la World Federation of Personnel Management Associations, han determinado la tendencia a la "desindicalización" del mundo obrero como un problema mundial. Obviamente esto se debe a distintas razones que necesitaríamos analizar por países y por ramas de actividad, pero lo determinante es que quienes deberían velar por la protección social y legal de los trabajadores han reducido su esfera de acción. La misma OIT ha manifestado su preocupación ante este hecho. Es por tanto necesario ampliar la legislación para proteger a los trabajadores no sindicalizados, esto es, que puedan celebrar válidamente convenciones y acuerdos colectivos por grupos de trabajadores, aun cuando no estén sindicalizados o no exista sindicato que puedan presentar conflictos y peticiones con carácter colectivos grupos de trabajadores de una empresa o de varias empresas; que puedan actuar solidariamente los trabajadores de una misma actividad, aun cuando no trabajen para un mismo patrono; se debe estimular la formación de sindicatos mediante la reducción de las exigencias legales para ello, como los denunciara la Federación de Cámaras de Comercio y Producción de Venezuela (Fedecámaras), en queja interpuesta ante la OIT en 1991, apoyada por la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), de reducir el elevado número de trabajadores que exige la legislación venezolana para crear organización sindicales de trabajadores no dependientes, lo que restringe el libre ejercicio del derecho a la libre sindicación de las persona que pertenecen a ese sector, dentro de los cuales se encuentran los de la economía informal, contraviniendo como lo señaláramos en esa queja ante la OIT el artículo Primero y otros del Convenio N° 87 sobre la Libertad Sindical y de Asociación y la Protección del Derecho a la Sindicación. O la exigencia de un número demasiado elevado para crear organizaciones sindicales o asociativas de patronos, como lo fija el artículo 419 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela.[6]

Por otra parte, preocupa la baja inscripción de trabajadores en las convenciones colectivas en los países del hemisferio. Las convenciones

[6] LOT de Venezuela Art. 419. "Diez (10) o más patronos que ejerzan una misma industria o actividad, o industrias o actividades similares o conexas, podrán constituir un sindicato de patronos".

colectivas, que son aquel instrumento mediante el cual se moderniza el derecho laboral y se actualizan las normas, no representa un número importante en la práctica de nuestras realidades. En el caso de Venezuela no llega ni a un veinte por ciento (20%) de la población empleada en el sector formal, los que están amparados por una convención colectiva. Y ante la crisis económica que está afectando en los últimos años al país, la tendencia es a perder credibilidad y confianza por parte de los trabajadores ante el incumplimiento del patrono tanto del sector privado como del sector público, de los compromisos contraídos por esta vía.

2.2 *EL CASO DE LOS PATRONOS O EMPLEADORES*

La situación en este principio del siglo XXI también la situación se halla renovada. Las grandes corporaciones transnacionales o multinacionales, ante los problemas individuales de las naciones en las cuales funcionan, fuera de su casa matriz, han modificado sus estrategias y políticas en lo que a los recursos humanos se refiere. La geoeconomía y la geopolítica de las transnacionales no siempre coinciden con las de los estados nacionales donde operan: se libran progresivamente de las imposiciones o regulaciones de sus legislaciones. En primer lugar, tratan de constituir sociedades que en la menor medida se identifiquen con la casa "madre" a los fines de evadir tendencias oficiales o laborales a trasmutar las ventajas comparativas de países más desarrollados, con otra realidad socio-económica y alta competitividad tanto comercial como en el mercado de trabajo, a los países en vías de desarrollo o de menor desarrollo y capacidad de consumo. En otros casos subcontratan empresas locales para por su intermedio explotar su actividad. Muchas acogen las nuevas técnicas de contratación de las que ya hemos señalado, trabajadores temporales, eventuales, intermitentes, migrantes temporeros, autónomos, etc. En palabras de Ianni "...Se intensificó y generalizó el proceso de dispersión geográfica de la producción, o de las fuerzas productivas, comprendiendo el capital, la tecnología, la fuerza de trabajo, la división social del trabajo, la planeación y el mercado. La nueva división internacional del trabajo y de la producción, al abarcar el fordismo, el neofordismo, el toyotismo, la flexibilización y terciarización, todo ampliamente agilizado y generalizado con base en las nuevas técnicas elec-

trónicas, esta nueva división internacional del trabajo concreta la globalización del capitalismo en términos geográficos e históricos".[7]

También las empresas han sido prolijas en la creatividad de nuevas formas de operar, y en tal sentido nos encontramos las empresas *ad hoc*, o "móviles" creadas para determinada actividad y zona, para luego desaparecer; las empresas "mampara" o aparentes, o fantasmas. La práctica de las alianzas estratégicas con empresas de reducido capital y muy frágiles a la hora de asumir las responsabilidades del pasivo laboral lleva a una gran inseguridad de los trabajadores en cuanto a su futuro. No comprometen las más de las veces su responsabilidad. Se concentran en procesos donde realmente exista una verdadera ventaja comparativa. A veces se ven obligadas a ceder ante la presión del mercado y de la macro economía global y se ven obligadas a mutar, pero no contemplan para nada las fronteras nacionales o el colorido de los regímenes políticos nacionales.

Todo ello nos obliga a un nuevo enfoque de las normas laborales para evitar, cual ley impositiva, su burla. Pero la solución no es más sanción, más trabas a la inversión nacional o extranjera que traen el que no se vean interesadas a establecerse o establecer de cualquier forma su influencia en el mercado local, pues ello trae más desempleo. Nos interesan normas imaginativas e innovadoras del derecho laboral para no hacer más gravosa la contratación de personal, el despido, la movilidad de personal; en una palabra: normas flexibilizadoras de la relación de trabajo, pues de lo contrario el derecho laboral en estas nuestras realidades se convertirá en inoperativo, y hay que recordar que ya está bastante disminuido con el alto desempleo, la economía informal, nuestros malos gobiernos y una administración de justicia superada, lenta, mediatizada y corrompida.

2.3 *EL CAPITAL*

Este no deja de ser otro factor determinante en la nueva relación de trabajo. Día a día se fragmentan más los mercados y los clientes. Hay

[7] Ianni, O. *Teorías de la Globalización,* 1996.

internacionalización de los capitales, empresas transnacionales absorben similares o eventual competencia. Hay una evolución muy rápida de los productos y desarrollo de los procesos productivos con la utilización de las nuevas tecnologías. Hay crecientes retos e impredecibles sistemas y políticas de mercadeo, que implementan nuevos métodos de atracción de clientes y trabajadores, sobre todo en la banca y las telecomunicaciones. Se ventila una reingeniería de la infraestructura financiera y nueva cooperación de los factores sociales. Por todo ello es necesario entender este nuevo mundo globalizado que ha generado economías y sociedades diferentes, basadas unas en trabajo formal, tradicional, normalmente remunerado, legalmente regulado y protegido, al lado de otras informales, modernas, emergentes, con nuevas concepciones en materia de ingresos y condiciones y ambiente de trabajo. La moneda está también globalizada. La moneda nacional se vuelve reflejo de la moneda mundial, más universal y aceptada. En Latinoamérica negociamos con la unidad de cambio el dólar norteamericano cuyo cambio es cada vez más alto para nuestras economías en crisis, pero para negociar con Europa, la moneda es el Euro, que cada vez sube más con respecto al dólar, de manera que nuestra dependencia es creciente de la moneda extranjera, en detrimento de nuestros productos que llevan componentes importados, cuyo valor asciende, mientras nuestros salarios permanecen estancados o el fantasma del desempleo nos ahorca.

No debemos olvidar la influencia de las telecomunicaciones y la Internet en el moderno funcionamiento del capital. Ello nos ha llevado también a un mundo "temporal"; los valores son temporales; los trabajos son eventuales; hay que crear nuevas herramientas legales para controlar el "monopolio de lo temporal". De normas rígidas y cerradas, se impone pasar a redes adaptables y abiertas. Las empresas deben ser más dinámicas y creativas que ahorrativas. La empresa moderna requiere más de alta capacitación que de grandes capitales o inversiones, por eso el factor humano no se ha venido a menos con la robotización, sigue siendo el factor más importante de la producción, por eso debemos estimular su desarrollo y protegerlo pero con normas modernas. No podemos seguir peleando en la guerra moderna con lanzas y flechas, hay que modernizar las herramientas, y el Derecho del Trabajo sigue siendo la más importante.

2.4 *OTROS FACTORES*

Podríamos señalar muchos otros factores que influyen en el campo del trabajo que nos harían interminables estas reflexiones y abusaríamos del lector pretendiendo en una entrega agotar el tema. Bástenos señalar entre otros, a nivel interno de cada país, la administración de justicia, los organismos administrativos del trabajo como los Ministerios del Trabajo, y sus distintas oficinas, el Poder Legislativo y la opinión pública. A nivel mundial, la cada vez más creciente globalización de los procesos y las legislaciones, la creciente influencia de los organismos internacionales multi y bilaterales; la creciente influencia de las comunicaciones públicas y privadas, al través de las cuales estamos enterados en segundos de lo que está pasando en el otro lado del mundo.

Sobre la administración de justicia se ha dicho y escrito tanto que huelgan los comentarios, nos limitaremos a decir que el proceso laboral debe ser más expedito, más actualizado y veraz. El Juez debe tener mayor libertad de análisis y toma de decisiones. Debemos olvidar los viejos cánones y ahondar en una justicia eficaz y moderna.

En relación a la modernización y profesionalización de los Ministerios del Trabajo, la Organización de los Estados Americanos por gestión de sus organismos internos tripartitos en lo laboral, a saber, la reunión de Ministros del Trabajo, de los trabajadores reunidos en el COSATE o Comisión Sindical Asesora Técnica en lo laboral, y los empleadores en el CEATAL Comisión Empresarial Asesora Técnica en el Área Laboral, viene trabajando bajo una presidencia *pro tempore* de los distintos ministros de los países signatarios de la Carta de la OEA en este sentido. Se han efectuado interesantísimas reuniones y resultados palpables, con el financiamiento mixto de cada gobierno y de la OEA. Falta, sin embargo, bastante por hacer, sobre todo en materia legislativa, que es el empeño que estamos poniendo tanto en ese foro como en escritos como el que nos ocupa hoy. El Ministerio hoy debe ser estimulador del diálogo bipartito y tripartito, y concienciar a los cambiantes interlocutores sociales de la necesidad de mejorar el recurso humano a través del desarrollo personal y protección de su condición de persona. En palabras de la dinámica Ministra del Trabajo del Canadá y actual Presidenta de la

Conferencia Interamericana de Ministros del Trabajo, Claudette Bradshaw "Los Ministerios del Trabajo, Educación, Cultura, Ciencia, Tecnología y Finanzas, se deben conectar para ver el fenómeno del "trabajo" como un todo, una estrategia nacional, que fortalezca a los interlocutores sociales, motores de la economía, que tengan acceso al desarrollo del conocimiento y de la tecnología".[8]

La opinión pública debe cumplir una primerísima figura en la difícil tarea de crear conciencia en trabajadores y empleadores de la responsabilidad que tienen con las nuevas generaciones en una sociedad en cambio. Cambio que cada vez es más violento y rápido, y que de las experiencias en su participación en la relación laboral, logrará una mejor contratación colectiva, una mejor legislación laboral, unos sindicatos más identificados con su nuevo rol, coadyuvará en una más transparente administración de justicia y en procedimientos más constructivos y expeditos en lo administrativo del trabajo.

3. TRANSFORMACIÓN DE PRINCIPIOS Y CONCEPTOS CONSIDERADAS IMPRESCINDIBLES E IRRENUNCIABLES, HOY TRANSABLES, O HACIA UNA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO DE LOS NUEVOS TIEMPOS

3.1 *NUEVAS FORMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL*

El planteamiento que hacemos es que, ante tantas nuevas situaciones impensadas muchas veces por la doctrina y los legisladores, no porque hubiesen sido negligentes, sino por los cambios de los tiempos lo sorprendió en una forma demasiado intempestiva, se imponen cambios también en la concepción y aplicación de los principios jurídicos y, por ende, de la norma. Estarán contestes muchos tratadistas del derecho del trabajo que éste se ha convertido en la rama del derecho que más rápidamente evoluciona debido a las situaciones cambiantes de la sociedad y que cada vez es más inmediata la necesidad de adaptarse a esos cambios.

[8] (Bradshaw, Claudette. Palabras de Bienvenida a los delegados a la XII Conf. Interamericana de Ministros del Trabajo, Montreal-Quebec Oct. 2002.

Por ello podemos hablar de nuevas formas de protección social,donde si bien el trabajador rural, el industrial, el comercial, el de los servicios y el empleado público, desarrollan una actividad coincidente en ser un servicio individual prestado para un patrono, cada vez son más los elementos de diferencias entre unos y otros que aquellos que nos llevaron a pensar que el mismo cuerpo de leyes es aplicable *sine qua non* a todos por igual. A título de ejemplo, en Venezuela –que tratamos de mantener actualizada la legislación social, sobre todo gracias a que contamos entre nuestros juristas gente muy preocupada por el estudio de las leyes y la modernidad, motorizados por ese incansable estudioso del derecho laboral como lo es el doctor Rafael Caldera– en las últimas reformas nos vimos obligados a realizar capítulos apartes contentivos de regímenes especiales dependiendo del tipo de actividad prestada, y hubo de separarse el trabajo de los menores y aprendices, redefinir el trabajador doméstico y el trabajador a domicilio, tratar de los trabajadores deportistas profesionales, de los trabajos rurales, el trabajo en el transporte terrestre, marítimo, fluvial, lacustre, aéreo, el trabajo de los motorizados, de los actores, músicos, folcloristas y demás trabajadores intelectuales y culturales, la protección de la mujer adoptante de menor, y otros. Sin embargo, después de la casi total nueva Ley Orgánica del Trabajo de 1990, hubo de pensarse en una reforma en 1997 para actualizar a la realidad del país lo relativo a las *prestaciones sociales* que se estaban convirtiendo en Venezuela en una circunstancia que impedía el avance del salario ante nuevos factores que se presentaron en la realidad venezolana como la inflación y el cambio de la paridad de la moneda nacional con respecto al dólar norteamericano, ambos que no habían influido en una forma importante en las condiciones salariales del venezolano. Igualmente sucedió con la necesidad de definir qué era salario, ante las conquistas contractuales y definiciones jurisprudenciales que hacían entrar en obsolescencia nuestros primitivos enfoques de salario.

El trabajador del agro y el agro industrial, si bien vienen desarrollando la misma actividad, cuentan hoy con modernas tecnologías, maquinarias, fertilizantes, mercados ampliados con el desarrollo de la vialidad y las comunicaciones en general, con la urbanización, la telefonía, la ampliación de la cobertura de la seguridad social y la protección de la salud en general, con las inversiones nacionales y extranjeras, etc. Esto impone

que no se le siga tratando como la bucólica mano de obra tradicional; si bien no podemos tampoco ignorar algunas regiones, sobre todo el caso de las poblaciones indígenas –a lo mejor en menor medida en Venezuela que en otros países–, que continúan cultivando con métodos superados hace muchos años, pero que encajan dentro de sus costumbres como inherentes a su cultura y sobrevivencia.

Además de esas diferencias, se ha comprobado que el hombre en el desarrollo de toda su vida laboral llega a cambiar hasta once veces de trabajo, y de tres especialidades o experticias. Añadamos a ello la alta rotación que se produce hoy en los trabajadores de las empresas dentro de la misma disciplina o diferentes. Y dentro de una misma organización un individuo competente y proactivo tiene una gran movilidad según los nuevos mercados, inversiones y las exigencias tecnológicas.[9]

El medio ambiente y las condiciones de trabajo son cada vez más retadoras y variables para el hombre que produce.

Por ello se habla hoy más de *valores claves* que de *tareas específicas*. En las empresas se estimula a que el trabajador sea más imaginativo, creativo muchas veces en detrimento de su estabilidad, al utilizarse para ellos empresas aliadas, conexas o de servicios externos.

Hoy en día en las modernas relaciones industriales se está hablando más que de *seguridad de empleo* o *estabilidad*, de *"empleabilidad",* beneficio derivado de la capacidad de demostrar por el empleado posibilidad de movilidad lateral, nuevas pericias, adaptabilidad constante a los cambios, no inspirado en compensaciones salariales, sino orientado más al logro y al desarrollo personal e institucional.[10]

En los Estados Unidos de Norteamérica y los países más desarrollados, los seguros se orientan más que estimular la antigüedad en un cargo a la *empleabilidad.* El empleado moderno no cree en barreras de tareas

[9] Stone, Katherine. *Nuevas Formas de Protección Social.* Univers. Of Cornell. 2002.
[10] Stone, Katherine. *Nuevas Formas de Protección Social.* Univers. Of Cornell. 2002.

típicas y descripciones de cargos rígidos. Llenan vacantes con promociones a cargos para los cuales se sienten más identificados y creativos, así sean organigrámicamente inferiores, pero de un alto reto, crecimiento personal e institucional, productivo y, por ende, muy bien remunerado.[11]

Los sindicatos atados a la lucha por la remuneración legada a la descripción del cargo, a la negociación colectiva tradicional, a los "complementos de sueldo" y a las prestaciones sociales por tiempo de servicio, quedarán irremediablemente obsoletos.

En la moderna concepción de trabajo, la negociación tiende a lo individual, al trabajo de uno considerando sus propias habilidades, destrezas y prospectivas. La negociación colectiva se suele hacer por unidades de producción dentro de una misma empresa, no ya uno solo para todo los trabajadores de la empresa y mucho menos extensible a todas sus filiales u organizaciones con las cuales mantengan alianzas estratégicas. Es decir, la fraccionabilidad de la convención se debe imponer en el nuevo derecho colectivo del trabajo.

Graham S. Lowe de la Universidad de Alberta sostuvo en la XII Conferencia Interamericana de Ministros del Trabajo celebrada en Montreal-Quebec, Canadá que "la seguridad económica no significa salario alto"; que ésta no se consigue con la continuidad en un mismo cargo o con intensificar la actividad; las nuevas generaciones quieren el cambio, la evolujción, mejores comunicaciones, diálogo social efectivo, mutua confianza (*Trust*) entre empleado y empleador, compromiso, etc.[12]

La calidad de trabajo no se logra con estabilidad coercitiva. Es necesario establecer metas que tomen en cuenta las aspiraciones del trabajador, su familia, la capacitación y su calidad de vida en general. Los organismos administrativos del trabajo deben seguir esta línea, y no divorciarse de la realidad social del país y de las industrias y actividades comerciales.

---

[11] Stone, Katherine. *Nuevas Formas de Protección Social.* Univers. Of Cornell. 2002.
[12] Resumen de Conferencias de la XII Conferencia Interamericana de Ministros del Trabajo. Montreal-Quebec, Canadá 2002.

El Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Juan Somavía, ha venido acuñando con éxito la frase de lo que denomina "el trabajo decente". Hay que preservar los derechos fundamentales del trabajador, la protección y el diálogo social deben ser postulados principales para todo tipo de actividad o manifestación laboral.

Jacque Welch (citado por Verma) afirma que el empleo hoy no es más un "matrimonio", es una "cita social".[13]

El reto del siglo XXI –a criterio de Rifkim Jeremy, *El Final del Trabajo*– es, ante un consumidor cambiante, más calidad, competitividad, mejores servicios, innovación de los productos, autonomía, resolución de problemas y adaptabilidad. Las dos principales claves son: a) *Aprendizaje permanente*; y b) *Creatividad* o aprender a actuar frente a lo inesperado; la empresa debe tener plena libertad para contratar gente nueva.[14]

3.2 *ALGUNAS PROPUESTAS DE CAMBIO DEL DERECHO LABORAL Y DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL*

Lo primero a tomar en cuenta es la nueva relación de trabajo que se está generando, donde el trabajo adquiere una novedosa dimensión y cambia la concepción del patrono tradicional. Es necesario concebir un derecho laboral más actualizado y dirigido a regular todas esas distintas formas de prestación del servicio que hemos esbozado en nuestro primer Capítulo.

Al lado de ello, el Derecho del Trabajo debe modernizarse y enfocar el objeto de su protección en un contexto mundial. Ya no se puede hablar de legislación laboral de tal o cual país. La movilidad laboral, los convenios entre países y grupos de países, las migraciones, las multi y transnacionales, han impuesto el que se facilite en lugar de que se perturbe una nueva concepción de la prestación del servicio dependiente. Por

[13] Verma, Anil. *Re-making the Employment Contract for the Digital Age. Rotman School of Management & Centre for Industrial Relations University of Toronto.* Canadá, 2002.
[14] Rifkim, Jeremy. *El Final del Trabajo*. Presentado en la XII Conferencia Interamericana de Ministros del Trabajo. Sesión de Ottawa, Canadá. 2001.

ello las trabas fronterizas, a la nacionalidad o al haber nacido en otro país; las trabas o extensión de regulación a empresas llamadas conexas, inherentes o filiales, deben cesar y estimular entre ellas la empleabilidad, como una forma de combatir el desempleo en el mundo.

Ello sumado al alto desempleo que se refleja en la mayoría de los países del mundo; el alto número de personas en la economía informal sin ninguna protección jurídica; la tendencia a la desindicalización y pérdida de credibilidad de los sindicatos y la falta de controles efectivos en algunos países en vía de desarrollo o comunidades incipientes no totalmente organizadas administrativamente, imponen un nuevo derecho del trabajo

El contrato por tiempo determinado, por tarea u obra determinada, debe ser estimulado y regulado para lograr mayor protección, no tenido *ab initio* como una evasión de la responsabilidad de los patronos.

Los trabajadores autónomos, eventuales o casuales deben ser tratados en forma distinta a los tradicionales. Es dañino para las empresas y para la realidad de nuestras nacientes economías, el "presumir la relación laboral", por ejemplo de aquellos distribuidores, transportistas con vehículo propio y otros contratistas independientes que sirven para determinadas empresas, como sucedió recientemente en Venezuela con decisión del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social de fecha 16 de marzo de 2002. Ello ha traído un desfase laboral tremendo y unas pérdidas incalculables para muchas empresas dedicadas a la producción industrial que no tienen dentro de su negocio la prestación de un servicio, como lo es el de la distribución, el cual es contratado a estos independientes. La administración de justicia debe modernizar sus criterios y adaptarlos a los nuevos tiempos, y eso es evolución de nuestra disciplina, no claudicar, como algunos podrían pensar. A tal efecto, recomendamos el artículo del Dr. Araque B., Luis A. "Conciliación y Mediación del TSJ en materia de Laboral" Revista de Derecho N° 6 Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2003.[15]

[15] Araque B., Luis A. *Conciliación y Mediación del TSJ* en materia de Laboral Revista de Derecho N° 6 Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2003.

Es necesario definir muy bien la línea fronteriza entre el profesional o persona en el libre ejercicio del trabajador dependiente, para no afectar esta iniciativa económica que tanto beneficio ha traído al intercambio mercantil.

El despido de cierto número de trabajadores cuando existen circunstancias extraordinarias desde el punto de vista económico, coyuntural o tecnológico, debe ser regulado con mayor flexibilidad, y no ser declarado de entrada "despido masivo".[16]

El manido principio de que "a trabajo igual, salario igual", a la luz de lo analizado *supra* y de las realidades de hoy, no debe tener la interpretación que tradicionalmente se le viene dando.

La nueva concepción del ingreso desde el punto de vista económico, no debe estar reñida, y mucho menos contradecir la definición de "salario" y su incidencia en lo laboral.

La prescripción de las acciones laborales a la luz de la legislación venezolana en la reforma de 1990 fue aumentada a un año para las acciones laborales y dos años para las acciones derivadas de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y consideramos que podrían llevarse ambas a dos años; pero el mandato de la Constitución venezolana de 1999 nos parece excesivo llevar la prescripción laboral a decenal. Ello atenta contra lo dinámico de la relación laboral, la realidad de las empresas y sus contabilidades.[17]

---

[16] Artículo 34 de la LOT de Venezuela. "El despido se considerará masivo cuando afecte a un número igual o mayor al diez por ciento de los trabajadores de una empresa que tenga más de cien trabajadores, o al veinte por ciento de los trabajadores de una empresa que tenga más de cincuenta trabajadores, o a diez trabajadores de la que tenga menos de cincuenta dentro de un lapso de tres meses, o aun mayor si las circunstancias le dieren carácter crítico".

[17] Art. 61 LOT "Todas las acciones provenientes de la relación de trajo prescribirán al cumplirse un (1) año contado desde la terminación de la prestación de los servicios". Art. 62 LOT "La acción para reclamar la indemnización por accidentes o enfermedades profesionales prescribe a los dos (2) años contados a partir de la fecha del accidente o constancia de la enfermedad". Disposición Transitoria Cuarta numeral 3. de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. "Mediante la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, (dentro del primer año de vigencia de esta Constitución, la Asamblea Nacional aprobará) un nuevo régimen para el derecho a las **prestaciones sociales** reconocido en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho en forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el **último salario** devengado, estableciendo un lapso para su **prescripción** por diez años..."

Ya en la legislación venezolana es bastante rígida la "renuncia" del trabajador a ciertos beneficios que coyunturalmente puede hacerlo con miras a otros provechos más urgentes o necesarios. Realmente con lo que hemos anotado antes en este mismo trabajo, vemos que existen ciertas condiciones fuera de la esferas del interés de un trabajador, al lado de otras que necesita con mayor urgencia. Se nos ocurre la renuncia al derecho a la guardería infantil del trabajador soltero o sin descendencia ni posibilidades de tenerla, con miras a obtener beneficios económicos adicionales para la adquisición de una vivienda o pago de un post grado universitario. Esa rigidez legislativa que la acentúa el Ministerio del Trabajo a quien en instancia administrativa le corresponde homologar cuando ello es posible y se erige el funcionario en barrera insalvable, impiden otras conquistas que modernamente o por las circunstancias requiere el trabajador.

Mención aparte deben merecer las prestaciones sociales, especialmente la de "Antigüedad" en la realidad laboral venezolana. Huelga decir que en sus orígenes era una "indemnización" al despido injustificado (1936), para luego convertirse en un derecho adquirido con pago de todos los años servidos con el último salario y pago de intereses por su retención (1975), hasta que debido a la presión de la realidad económica de Venezuela (la inflación, el cambio de la paridad cambiaria, la fragilidad de las empresas pequeñas y medianas, etc.), y de largos debates tripartitos y acuerdos unánimes, con asesoría de expertos de la OIT, en 1997 se reforma su modo de cálculo, se incrementan en días por año, se fijan nuevas formas de cálculo de los intereses y se facilita su disponibilidad para casos expresamente señalados en el texto. El caso es que el constituyente de 1999 pretende que nos retrotraigamos al pago de la las prestaciones sociales con el último salario, lo que desestimula la adecuación o "indexación del salario", la permanencia del trabajador con un mismo patrono, la contratación de personal de alta calificación desestimulando el empleo, etc. Repetimos una y mil veces que el moderno Derecho del Trabajo debe ser estimulante del empleo y no castrante del mismo.[18]

[18] Disposición Transitoria Cuarta. 3. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. "Mediante la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, un nuevo régimen para el derecho a las **prestaciones sociales** reconocido en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho en forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el **último salario** devengado...".

Por cierto que la posibilidad de constituir un fideicomiso o dejar lo generado por prestación de Antigüedad por un trabajador, no debe ser sólo a criterio de él solo, como establece la legislación venezolana, sino que debe ser el resultado del consenso trabajador-patrono.

Ya señalamos que debe reducirse el número necesario exigido de trabajadores o patronos para constituir un sindicato de trabajadores o patronal, respectivamente. Y permitir a los trabajadores no dependientes sindicalizarse por profesiones, sectoriales o por industria.

El asunto relativo a las invenciones, mejoras, derechos de autor o de la propiedad industrial amerita un estudio serio y no contemplarlo sólo desde el punto de vista de la relación laboral, sino concatenarlo con los modernos convenios internacionales que se han producido en esta materia y el nuevo derecho de la propiedad intelectual, para no incurrir en disposiciones legales contradictorias o sujetas a la interpretación de tribunales del trabajo que pueden generar conflicto entre los interlocutores sociales.

Deben ser más flexibles las legislaciones cuando los patronos dispongan cambio en las condiciones de trabajo, o movilidad laboral, ya sea organigrámica o territorialmente. En Venezuela es proverbialmente considerado ello como un "Despido Indirecto" con el negativo efecto del pago de indemnizaciones similares al despido sin justa causa.

Por cierto que la indemnización por despido sin justa causa viene siendo interpretada en Venezuela por los tribunales de justicia en lo laboral en una forma muy amplia y sin posibilidad de alegaciones por parte de los patronos. Creemos que con este enfoque moderno que le estamos dando a las relaciones de trabajo, la interpretación sea más restrictiva y se cumpla con el espíritu, propósito y razón de la ley, para que no sea una traba más a esas relaciones, y se erija en estimuladora del empleo estable y bien remunerado.

CONCLUSIÓN

Concluyendo: a) se impone una reingeniería de los viejos procesos en nuestras empresas y legislaciones para hacernos más competitivos; b) Cambio del liderazgo tradicional; c) Legislación laboral flexible, actualizada y mundializada; d) Nuevas estrategias y concepción de la seguridad social; e) El empleado es autorresponsable por su estabilidad, entrenamiento, desarrollo y trazado de metas personales e institucionales; f) La legislación laboral debe estimular la empleabilidad, no el estancamiento en el cargo; g) La terminación de la relación de trabajo no debe ser torpedeada, sino estimulada cuando es en beneficio del propio trabajador, de la empresa y de la economía del país; h) La legislación laboral debe ser de ayuda a la relación laboral, no fuente generadora de conflicto y división; i) Modernizar el Derecho del Trabajo y revisar constantemente sus postulados.

BIBLIOGRAFÍA

ARAQUE B., Luis A. *Conciliación y Mediación del TSJ en materia de Laboral.* Revista de Derecho N° 6 Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2003.

BARRIOS, Juan I. *Las Nuevas Relaciones de trabajo y La Brecha Digital Retos para los Ministerios de Trabajo en el siglo XXI*. Editado. Fundación Costa Rica para el Desarrollo Sostenible. 2002.

CENDA. *Precios y Salario años 1984-1992.* Serie Azul N° 4.

CENDA**.** *Precios y Salarios en Venezuela Serie azul N° 25.* José Ramón Azpiroz.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999.

DE CASTRO Portella, María Silvia y WACHENDORFER, Achim. *Sindicalismo y Globalización.* Editorial Nueva Sociedad. Caracas 1998.

DURANLEAU, Francois. *Perfeccionar las competencias: Formación y Adquisición continua del saber en Quebec.* Gobierno de Quebec. 2002

ENSIGNIA**,** Jaime; DÍAZ, Rolando. *La Seguridad Social en América Latina: ¿Reforma o Liquidación?* Editorial Nueva Sociedad. Caracas 1997.

FUDGE, Judy; TUCKER Eric; VOSKO Leah. *The Legal Concept of Employment: Marginalizing Workers.* York University. USA 2002.

Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela de 1997

LIMA Godoy, Dagoberto. *A Organizaçao Sindical na Reforma Trabalhista.* Brasil 2003.

GÓMEZ, Emeterio; LUCENA, Héctor. *Diálogo sobre: Contexto Ideológico, Político y Económico en las empresas del siglo XXI.* Caracas 2002.

HYDE, Alan. *The New Economics of US Hight Technology Employment and similar hight- velocity labor markets. Rutgers.* University School of Law. Newark, NJ, USA. 2002

IANNI, Octavio. *Teorías de la Globalización,* Cap. 3, pp. 31-43; Siglo XXI Editores. México, 1996.

MARSHALL, Adriana. *El Empleo Público frente a la Crisis. Estudios sobre América Latina.* Instituto Internacional de Estudios Laborales.

OIT: *Preservar los Valores, Promover el Cambio*. Ginebra, 1994

_____: *Los Convenios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*. Ginebra, 2002.

_____: *Reducir el Déficit de Trabajo Decente*. Ginebra, 2001.

_____: *Estimular el Crecimiento con trabajo Decente: Más y Mejores Empleos*. Lima, Perú, 2002.

_____: *Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento*. Ginebra, 1998.

_____: *La Seguridad de los Ingresos y la Protección Social en un Mundo en Plena Transformación*. Informe Sobre el Trabajo en el Mundo 2000. Ginebra, 2000.

_____: *Panorama Laboral 2002. América Latina y el Caribe.* Lima- Perú, 2002.

_____: *Actas Resumidas. Foro Global del Empleo 2001.* Ginebra, 2001.

_____: Condiciones generales para fomentar la creación de empleos en la pequeña y mediana empresa. Conferencia Internacional del Trabajo de 1997.

OIT-ILO: Employment and economic reform: Towards a Strategy for the Sudan.

OIT: Informe Final del Seminario subregional tripartito de la OIT, Agencia de Cooperación Técnica y Gobierno de España. Reconversión y capacitación Laboral para el Siglo XXI. Países Andinos.

_____: Informe de la reunión de expertos en cuestiones de empleo de la OIT. Desempleo y Pobreza en un Mundo en Crisis.

_____: Memoria del Director General de la OIT. Año 1989. Recuperación Económica y Empleo.

_____: Memoria del Director General de la OIT. Año 1990. Actividades de la OIT.

_____: Programa Especial para Colombia. Hacia el Pleno Empleo.

_____: GALENSON. Walter. *Essais Sur I´ Emploi.*

_____: JEAN Mayer. *Bringing Jobs To People: Employment Promotion At Regional And Local Levels.*

_____: La Campaña contra el Desempleo.

_____: Conferencia mundial tripartita sobre el empleo, la distribución de los ingresos el progreso social y a división internacional del Trabajo. Empleo, Crecimiento y Necesidades Esenciales.

_____: El empleo en el mundo. Desde 1986 hasta 1997.

_____: Anuario de Estadísticas del Trabajo, desde 1989 hasta 1996.

_____: Conditions of work digest. Desde 1985 hasta 1995.

PASTORE, José. *New Employment Policies: Whats is Next in Latín América?* University of São Paulo, Brasil, 2002.

PINO, Bolívar. *Los Sistemas de Información Sobre el Mercado de Trabajo.* OIT Panamá, 2002.

PREALC: *Programa Regional del Empleo para la América Latina y el Caribe. Retrospectiva del sector Informal urbano en América Latina:* Una bibliografía anotada.

_____: *Programa Regional del Empleo para la América Latina y el Caribe.* Dinámica del subempleo en América Latina.

STONE, Katherine. *Nuevas Formas de Protección Social.* Univers. Of Cornell. 2002.

VERMA, Anil. *Re-making the Employment Contract for the Digital Age. Rotman School of Management & Centre for Industrial Relations University of Toronto.* Canadá, 2002.

WATANABLE, Susumu. *Micro electronics, Automation and Employment In the Automobile Industry Programa Mundial para el Empleo.* (WEP). John Wiley and sons.

WELLER, Jürgen. Cepal. *New Employment Relationships and the Digital Divide*. 2002.

ZACHMANN, Roberto. *Las Nuevas Tecnologías y el Empleo en los Países en Vías de Desarrollo.* Oficina Internacional del Trabajo. 2002.

Los Convenios y Recomendaciones de la OIT y la Negociación Colectiva en Venezuela

Ana GERSON*

SUMARIO:

1. **Reconocimiento y promoción del derecho de negociación colectiva.**
2. **Titularidad del derecho de negociación colectiva.**
3. **Representación de los trabajadores en la negociación colectiva.**
4. **Obligación del patrono de celebrar una convención colectiva de trabajo.**
5. **Efecto expansivo de las convenciones colectivas.**
6. **Extensión de las convenciones colectivas.**
7. **Procedimiento de la negociación colectiva de los funcionarios públicos.**
8. **Negociaciones de buena fe.**

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada. Escuela de Derecho, Profesora.

1. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha producido una serie de normas, recomendaciones y comentarios sobre el derecho de negociar colectivamente, contenidas en Convenios, Recomendaciones y pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, que orientan o cuestionan nuestra normativa sobre la materia. Hemos querido hacer una revisión de tales disposiciones, para lo cual atenderemos a sus diferentes aspectos.

1. RECONOCIMIENTO Y PROMOCIÓN DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

2. Las normas y recomendaciones internacionales en materia de negociación colectiva, apuntan principalmente a lograr el reconocimiento efectivo de ese derecho y su promoción. Así, la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptada en la vigésima sexta reunión de la Conferencia General, congregada en Filadelfia en 1944, cuenta entre las obligaciones de la Organización, la de fomentar programas entre todas las naciones del mundo que permitan lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (III, "e").

3. La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, proclamada en la IX Conferencia Internacional Americana de Río de Janeiro y adoptada en 1947, promueve una legislación social de garantías y derechos para los trabajadores, en escala no inferior a la indicada en las Convenciones y Recomendaciones de la OIT, y dispone que la Ley reconocerá y reglamentará los contratos y convenciones colectivos de trabajo (artículo 7). La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo por su parte, señala que los Miembros tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad esos principios, aun cuando no hayan ratificado los convenios que los desarrollan, incluyendo entre ellos el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (2, "a").

4. El Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), ratificado por Venezuela, establece que: "De-

berán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo" (artículo 4).

5. La Recomendación 163 sobre la negociación colectiva (1981) enumera entre los medios para fomentar la negociación: la formación adecuada de los negociadores; la obligación de los empleadores públicos y privados de proporcionar a petición de las organizaciones de trabajadores, las informaciones acerca de la situación económica y social de la unidad de negociación y de la empresa en su conjunto, que sean necesarias para negociar con conocimiento de causa; la obligación de las autoridades públicas de proporcionar las informaciones necesarias sobre la situación económica y social global del país y de la rama de actividad en cuestión, en la medida en que la difusión de tales informaciones no resulte perjudicial para los intereses nacionales; y que las partes en la negociación colectiva deben conferir a sus negociadores respectivos, el mandato necesario para conducir y concluir las negociaciones, a reserva de cualquier disposición relativa a consultas en el seno de sus respectivas organizaciones.

6. La Recomendación mencionada, destaca también la importancia de prever medidas para que los procedimientos de solución de los conflictos del trabajo, ayuden a las partes a encontrar por sí mismas una solución al conflicto que las oponga, independientemente de que se trate de conflictos sobrevenidos durante la conclusión de los acuerdos, de conflictos respecto a la interpretación o aplicación de los acuerdos, o de los conflictos a que se refiere la Recomendación 130 sobre el examen de las reclamaciones (1967).

7. Con relación al fomento del derecho de negociación colectiva, resulta interesante hacer referencia a la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo el 16 de noviembre de 1977. En ella se basa el papel de la OIT en la

promoción de la celebración de *convenios marco entre corporaciones multinacionales y organizaciones sindicales mundiales.*

8. La tendencia a la celebración de estos convenios es creciente. El primer convenio se firmó en 1988 y suman 20 convenios hasta el año 2002. Amparan a dos millones de trabajadores aproximadamente en todo el mundo. Los acuerdos cubren diversos sectores como la minería, las telecomunicaciones, manufacturas, ventas al por menor, industria automotriz y teletrabajo.

9. En estos convenios se asume el compromiso de respetar unas normas de trabajo mínimas a nivel mundial. **Regulan aspectos generales sobre los** derechos sindicales, derecho a la negociación colectiva, información, consulta, igualdad de oportunidades, salud y seguridad, salarios mínimos, prohibición del trabajo infantil y forzoso, y otros previstos en convenios fundamentales de la OIT. Pero tienen la ventaja sobre éstos y sobre los códigos de conducta internos de las empresas, de facilitar el seguimiento y ejecución de lo acordado. Permiten a los sindicatos evaluar el cumplimiento por parte de la empresa de los compromisos establecidos en ellos, creando un canal de comunicación expedito con el máximo órgano corporativo de toma de decisiones, para plantear los problemas que se presenten con relación a esos convenios. Para las empresas es una forma de reforzar la ética corporativa y su buena imagen pública, aunque implican un riesgo si las empresas de la competencia no llegan a suscribir acuerdos similares.[1]

10. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por su parte, contempla al igual que la Constitución de 1961, que se favorecerán las relaciones colectivas de trabajo. Reconoce el derecho a la negociación colectiva voluntaria, acogiendo la terminología del Convenio 98

[1] *Acuerdo laboral histórico.* Trabajo. La revista de la OIT. 2001. Número 39. *Convenio sobre teletrabajo.* Trabajo. La revista de la OIT. 2002. Número 44. *Graham, I. y Bibby, A.* (2002). "Convenios colectivos mundiales: un marco de derechos". *Trabajo. La revista de la OIT.* Número 45.

de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), el derecho a celebrar convenciones colectivas de trabajo y que el Estado garantizará su desarrollo. Respecto a la convención colectiva de trabajo, dispone su sujeción a los requisitos que establezca la ley, y a diferencia de la Constitución de 1961, no hace referencia al establecimiento en la misma de la cláusula sindical.

2. TITULARIDAD DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

11. La Constitución de la República de 1961 no expresaba quiénes eran los titulares del derecho de negociar colectivamente. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cambio, sí señala que todos los trabajadores del sector público y del privado tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria. De manera que reconoce como los titulares de ese derecho a los trabajadores y no a sus organizaciones. La disposición constitucional coincide con el artículo 396 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) que garantiza a los trabajadores el derecho a negociar colectivamente.

12. El reconocimiento de los trabajadores como titulares del derecho de huelga tiene diversas consecuencias, como la expresada en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, que basándose en la referida disposición constitucional, considera que: "…las cláusulas con las cuales pretenden los sindicatos, de cualquier grado, atribuirse de manera exclusiva la administración de las convenciones colectivas que suscriban, son violatorias de los derechos constitucionales a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la celebración de convenciones colectivas a que se refieren los artículos 95 y 96 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela…".[2]

13. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece igualmente, que todos los trabajadores del sector público y del privado

[2] Sentencia N° 149 de la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia, del 13 de febrero de 2003, caso M. Muñoz y otros en amparo, con ponencia del magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria. Esto hace recordar que aunque la Constitución de 1961 consagraba el derecho a la negociación colectiva sin distinguir entre sector público o sector privado, al igual que el Convenio 98 de la OIT sobre Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva ratificado por Venezuela (1949), la negociación colectiva de los funcionarios o empleados públicos no se contemplaba expresamente en la ley y en teoría, se les excluyó de ella durante mucho tiempo con el argumento de que era incompatible con el interés general.

14. Ese sector aun así, negociaba de hecho sus condiciones de empleo, las cuales quedaban plasmadas en acuerdos que se identificaban con la denominación de actas convenio o con otras denominaciones similares. Fue la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 la que reconoció expresamente el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios o empleados públicos que desempeñen cargos de carrera, de conformidad con lo previsto en su Título VII y en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de las Administración Pública (artículo 8). Lo cual ha sido contemplado por la Constitución de la República vigente como se indicó y ratificado por la Ley del Estatuto de la Función Pública recientemente promulgada (artículo 32).

15. Con relación al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos en Venezuela, se destaca el caso de los bomberos, que han sido objeto de pronunciamientos por parte del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Con respecto a ellos, ese Comité ha señalado que "todos los trabajadores de la administración pública que no están al servicio de la administración del Estado deberían disfrutar del derecho de negociación colectiva, y debería darse prioridad a la negociación colectiva como medio de solucionar los conflictos que puedan surgir respecto de la determinación de las condiciones de empleo en la administración pública".

16. El Comité agrega que, por tanto, deberían tomarse todas las medidas necesarias para garantizar que los derechos de sindicación y de negociación colectiva de los bomberos, se mantengan en la legislación y en la práctica. El Comité aclara, sin embargo, que el derecho de huelga de los bomberos puede ser prohibido, por cuanto prestan un servicio esencial en el sentido estricto del término, debiendo beneficiarse en todo

caso de garantías apropiadas y destinadas a salvaguardar sus intereses, como el establecimiento de sistemas de conciliación y arbitraje.[3]

17. También ha sido materia de comentarios por parte de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, la posibilidad de que las organizaciones del personal civil de las fuerzas armadas y de los institutos autónomos y empresas del Estado adscritas al Ministerio de Defensa, celebren contratos colectivos.[4]

18. El Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (1978), no ratificado por Venezuela, prevé precisamente que deben adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones (artículo 7).

3. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

19. Puede llamar la atención el hecho de que el Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), sólo haga referencia a las organizaciones de trabajadores y no a los trabajadores no sindicalizados. Pero hay que recordar, que la Recomendación 91 de la OIT sobre los contratos colectivos (1951) sí contempla la participación de éstos en la celebración de contratos colectivos.

20. Esa Recomendación señala que la expresión "contrato colectivo" comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y

[3] Queja contra el Gobierno de Venezuela presentada por el Sindicato Asociación de Bomberos Profesionales, Conexos y Afines del Distrito Federal y Estado Miranda (SINPROBOM) Informe Nº 308, Caso(s) núm(s). 1902.
[4] Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (desde 1990).

empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte; y por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional. Los trabajadores no sindicalizados también son incluidos en la Recomendación 143 sobre los representantes de los trabajadores (1971), y en los Convenios 135 sobre los representantes de los trabajadores (1971) y 154 sobre la negociación colectiva (1981), no ratificados por Venezuela.

21. Esto resulta de interés porque la Ley Orgánica del Trabajo en algunas disposiciones sobre negociación colectiva, hace alusión exclusivamente a las organizaciones sindicales (artículo 469: objeto de la negociación colectiva; artículo 507: definición de convención colectiva), lo cual ha sido objeto de observaciones por parte de la OIT. La misma Ley, sin embargo, en otras disposiciones sobre la materia, sí da cabida a los grupos de trabajadores (artículos 133, 206, 525, entre otros).

22. El Comité de Libertad Sindical de la OIT, en sintonía con lo previsto en esos instrumentos, ha recomendado al Gobierno venezolano la modificación del artículo 507 de la LOT por definir la convención colectiva sin hacer referencia a los trabajadores no sindicalizados. No obstante, los Convenios y Recomendaciones citados y el mismo Comité, dejan a salvo la preferencia que se debe dar a las organizaciones sindicales en la negociación colectiva, advirtiendo que la negociación directa con los trabajadores ignorando a las organizaciones representativas cuando ellas existen, puede ir en detrimento del principio de estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores.[5]

23. El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT), contempla claramente el derecho de los grupos de trabajadores no sindicalizados

[5] Queja contra el Gobierno de Venezuela presentada por la Organización Internacional de Empleadores (OIE) y la Federación Venezolana de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción (Fedecámaras) Informe Nº 290, Caso Nº 1.612.

de celebrar acuerdos colectivos, en las empresas donde no hubiere trabajadores sindicalizados o el número de éstos fuere insuficiente para constituir una organización sindical (artículo 164).

24. La negociación de un convenio colectivo por el sindicato que represente a la mayoría absoluta de los trabajadores de una empresa por otra parte (LOT: artículo 473), a juicio del Comité de Libertad Sindical de la OIT, no viola el Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948), en la medida en que no excluye el pluralismo sindical. El Comité, sin embargo, ha pedido al Gobierno que en consulta con las organizaciones interesadas modifique la citada disposición, de modo que en aquellos casos en que ningún sindicato represente a la mayoría absoluta de los trabajadores, las organizaciones puedan negociar conjuntamente un convenio colectivo aplicable a la empresa o unidad de negociación, o concluir al menos un convenio colectivo en nombre de sus afiliados.[6]

25. Observaciones similares ha formulado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en múltiples oportunidades, reiterando lo relativo a la posibilidad de que cuando en una empresa el sindicato no logra afiliar a la mayoría absoluta de los trabajadores para negociar un convenio, al menos pueda hacerlo en nombre de sus afiliados.

26. La negociación conjunta de dos o más sindicatos fue prevista por el RLOT (artículo 145, parágrafo único). La recomendación de que se permita que los sindicatos minoritarios negocien convenios sólo para sus afiliados fue reiterada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en la 73ª reunión del año 2002.[7]

---

[6] Reclamación contra el Gobierno de Venezuela en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT presentada por la Organización Internacional de Empleadores (OIE) y la Federación Venezolana de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción (Fedecámaras) Informe Nº 298, Caso(s) Nº(s). 1.612.

[7] Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (desde 1990).

4. OBLIGACIÓN DEL PATRONO DE CELEBRAR UNA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO

27. La OIT ha observado al respecto, que se trata de una obligación de medio y no de resultado, esto es, que el patrono está obligado a negociar, mas no a suscribir una convención colectiva (LOT: artículo 514). El patrono no puede ser obligado a firmar condiciones de trabajo que estén fuera de su capacidad, en el entendido de que los trabajadores siempre tendrán la posibilidad de hacer uso del derecho de huelga. Por otra parte la OIT ha señalado, que nuestra legislación debería contemplar la obligación del patrono de proporcionar información, lo que se considera de suma importancia para una negociación colectiva eficiente. Esta obligación se encuentra desarrollada en la Recomendación 163 sobre la negociación colectiva (1981), comentada anteriormente.

5. EFECTO EXPANSIVO DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS

28. La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, prevé que los contratos y convenciones colectivos de trabajo, regirán en las empresas que hubieren estado representadas en su celebración no solamente para los trabajadores afiliados a la organización sindical que los suscribió, sino para los demás trabajadores que formen o lleguen a formar parte de esas empresas (artículo 7). Ese efecto expansivo de las convenciones colectivas es recogido también por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando indica que la convención colectiva amparará tanto a los trabajadores activos al momento de su suscripción, como a aquellos que ingresen con posterioridad (artículo 96) y también en los artículos 508, 509 y 513 de la LOT.

29. Respecto al artículo 513 de la LOT, según el cual la convención que celebre una empresa con el sindicato que represente a la mayoría de sus trabajadores, se aplicará también a los trabajadores de los departamentos o sucursales de la empresa ubicados en localidades que correspondan a jurisdicciones distintas, el Comité de Libertad Sindical de la OIT considera que debería modificarse, para que sean las partes en la negociación las

que decidan si la convención colectiva de empresa se aplicará a los departamentos o sucursales localizados en jurisdicciones distintas.[8]

6. EXTENSIÓN DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS

30. La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, dispone que la Ley fijará el procedimiento para extender los contratos y convenciones colectivos a toda la actividad para la cual se concertaron y para ampliar su ámbito de validez territorial (artículo 7). La LOT contiene diversas disposiciones sobre la extensión de las convenciones colectivas a los trabajadores no pertenecientes a las organizaciones que las celebren, y algunas de ellas han sido objeto de recomendaciones, como veremos a continuación.

31. La extensión de las convenciones colectivas prevista en el artículo 398 de la LOT, fue objeto de queja por permitir el establecimiento de mecanismos conducentes al monopolio sindical, contraviniendo los principios del Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948) y el artículo 401 de la LOT. El Comité de Libertad Sindical resolvió al respecto, que la extensión del convenio aplicada a los trabajadores no afiliados de las empresas cubiertas por la convención colectiva, no contraría en principio la libertad sindical, toda vez que la organización más representativa es la que ha negociado en nombre de la totalidad de los trabajadores y no se trata de empresas con una pluralidad de establecimientos (situación que es examinada particularmente).

32. El Comité no obstante, consideró que la redacción del artículo 398 de la LOT es muy general y que la ley debería aclarar en qué condiciones puede hacerse efectiva la extensión y si la misma se aplica también fuera del supuesto indicado, caso en el cual deberían respetarse las garantías propias de la reunión normativa laboral.[9]

---

[8] Queja contra el Gobierno de Venezuela presentada por la Organización Internacional de Empleadores (OIE) y la Federación Venezolana de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción (Fedecámaras) Informe Nº 290, Caso Nº 1612.
[9] *Ibídem*.

33. La regulación legal de la reunión normativa laboral también ha sido materia de pronunciamientos por parte del Comité de Libertad Sindical (LOT: artículos 530, 532, 533, literal "e", 535, 538, 543 y 545). Ese Cuerpo observó que la ley venezolana recoge una práctica usual en muchos países, que consiste en que una convención colectiva de trabajo con vigencia para una actividad o profesión en un determinado ámbito geográfico, pueda aplicarse en otros espacios a la misma actividad o profesión (normalmente, no procede la extensión de una actividad o profesión a otra), y se utiliza para evitar problemas de competencia comercial, así como para suplir la falta de capacidad de organización sindical y de negociación colectiva de los trabajadores.

34. El Comité concluyó, atendiendo al hecho de que en la reunión normativa laboral intervienen representantes del Gobierno, empleadores y trabajadores (LOT, artículos 528 y 542) y que existe la posibilidad de oponerse a la extensión de la convención (LOT, artículo 534, párrafo segundo), que las disposiciones citadas no son contrarias a los principios de la libertad sindical. Pero estimó conveniente, que la ley contemple que previamente a cualquier extensión, los interlocutores sociales analicen sus consecuencias en el sector correspondiente.[10]

7. PROCEDIMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

35. El procedimiento contenido en el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo para negociar las convenciones colectivas de trabajo de los funcionarios o empleados al servicio de la Administración Pública Nacional (Decreto número 1.599 de 1991), fue objeto de queja por disponer el sometimiento de las convenciones colectivas a distintos organismos, prohibiéndose hasta entonces su suscripción y por imponer la necesidad de su aprobación final por autoridades diferentes del empleador, incluyendo al Consejo de Ministros, si la convención colectiva envuelve erogaciones que afecten a otros ejercicios presupuestarios además del vigente, de conformidad con el artículo 527 de la Ley Orgánica del

[10] *Ibídem.*

Trabajo. Disposición esta última que, según la organización reclamante, afecta a todos los acuerdos colectivos, ya que su duración no puede ser superior a tres años ni inferior a dos.

36. El Comité de Libertad Sindical opinó que dicho procedimiento puede resultar extremadamente extenso y si bien reconoce los problemas particulares de la negociación colectiva en la administración pública, estimó que en la medida en que los ingresos de las empresas y entidades públicas dependan de los presupuestos del Estado, es procedente que después de una amplia discusión y consulta entre los empleadores y las organizaciones sindicales interesadas dentro de un sistema confiable para las partes, se fijen topes salariales en las leyes de presupuesto del Estado.

37. El Comité igualmente consideró aceptable, que en el proceso de negociación la parte empleadora recabe el dictamen de un órgano económico-financiero que controle las consecuencias financieras de los proyectos de contratos colectivos, siempre que las organizaciones sindicales y los empleadores del sector público, sean consultados y puedan manifestar su parecer a la autoridad encargada de las consecuencias financieras de esos proyectos.[11] Con relación a estos pronunciamientos cabe recordar, que el procedimiento de negociación colectiva en el sector público previsto en el RLOT vigente, es similar al contemplado en el Reglamento Parcial citado.

8. NEGOCIACIONES DE BUENA FE

38. El Comité de Libertad Sindical de la OIT, ha destacado la importancia, tanto para los empleadores como para los sindicatos, de que participen en las negociaciones de buena fe y que hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo, ya que la celebración de negociaciones verdaderas y constructivas, es necesaria para que exista una relación de confianza entre las partes.[12]

---

[11] Queja contra el Gobierno de Venezuela presentada por el Sindicato de Empleados Públicos del Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (SEPIVIC) Informe Nº 318, Caso(s) Nº(s). 1993.
[12] *Ibídem.*

La Fuerza Mayor como Causa de Terminación de la Relación de Trabajo

Mónica GUERRERO ROCCA*

SUMARIO:

Introducción

1. **Antecedentes legislativos, doctrinales y jurisprudenciales de la fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo.**
2. **Definición y alcance de la fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo**.
3. **¿Cuándo la fuerza mayor constituye una causa de terminación y no una causa de suspensión de la relación de trabajo?**
4. **Circunstancias económicas de la empresa que configuran un supuesto de fuerza mayor: 4.1** *Requisitos de la fuerza mayor en el ámbito laboral.* **4.2** *Supuesto derivado de las difi-*

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogada, Especialista en Derecho del Trabajo, Profesora de Derecho del Trabajo. **Universidad Metropolitana (UNIMET).** Ejerce su profesión en **Baker & McKenzie**, Valencia, Estado Carabobo.

cultades económicas que no genera imposibilidad absoluta de cumplimiento: "La falta o disminución de trabajo". **4.3** *Diferencia con el despido por razones económicas.* **4.4** *Los despidos masivos y la reducción de personal vs la fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo.*

5. **El pago que corresponde al trabajador por la terminación de la relación de trabajo por causa de fuerza mayor**.

INTRODUCCIÓN

La relación de trabajo puede extinguirse por imposibilidad de subsistencia, cuando un hecho ajeno a la voluntad de las partes impide su continuación.

En este sentido, en nuestra legislación, la Ley Orgánica del Trabajo (en lo sucesivo "LOT") en su artículo 98 establece que la relación de trabajo "puede terminar por despido, retiro, voluntad común de las partes o **causa ajena a la voluntad de ambas**". (Las negrillas son nuestras).

Como podemos observar, la LOT reconoce expresamente que la relación de trabajo puede efectivamente terminar por una causa ajena a la voluntad de las partes de esa relación, por impedir su continuación.

Así, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.292 Extraordinario, de fecha 25 de enero de 1999 (en lo sucesivo "R-LOT"), desarrolla el artículo 98 de la LOT antes transcrito, en cuanto a cuáles son esas causas de terminación de la relación de trabajo ajenas a la voluntad de las partes.

En efecto, el artículo 46 del R-LOT consagra en forma enunciativa las causas de extinción de la relación de trabajo ajenas a la voluntad de las partes, de la siguiente manera:

> Artículo 46: Causas ajenas a la voluntad. Constituyen, entre otras, causas de extinción de la relación de trabajo ajenas a la voluntad de las partes:

> La muerte del trabajador;
>
> La incapacidad o inhabilitación permanente del trabajador para la ejecución de sus funciones;
>
> La quiebra inculpable del empleador;
>
> La muerte del empleador, si la relación laboral revistiere para el trabajador carácter estrictamente personal;
>
> Los actos del poder público; y
>
> *La fuerza mayor*. (Destacado nuestro).

Como vimos, el R-LOT desarrolló lo consagrado por la LOT sobre las causas de terminación de la relación de trabajo ajenas a la voluntad de las partes, pero no señaló en qué consiste cada una de ellas.

En las próximas líneas nos dedicaremos al estudio específico de la fuerza mayor, considerando para ello lo consagrado en el derecho común, pues en ausencia de regulación sobre la fuerza mayor en la legislación laboral, no nos queda más que acudir al derecho común para precisar su noción. Asimismo, debemos resaltar que eso es posible en virtud de que el principio que establece que las obligaciones se extinguen por fuerza mayor, es un principio general que como vimos ha sido reconocido por nuestro reglamentista laboral, aun cuando no ha sido desarrollado jurisprudencialmente.

Nos llama la atención esta causa de terminación de la relación de trabajo, entre otras razones, porque a partir de su reconocimiento expreso en el R-LOT se han presentado dudas en torno a su configuración, visto que el mismo R-LOT contiene otra norma que podría conducir a un conflicto entre ellas, como veremos, y que como es lógico cada norma conlleva a consecuencias jurídicas distintas.

Asimismo, nos llama la atención la fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo ajena a la voluntad de las partes, por cuanto nuestro país atraviesa una crisis económica que ha generado

una baja significativa en el trabajo en las empresas y un importante número de reducciones de personal y de cierres de empresas, cuya causa podría ser la fuerza mayor.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS, DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA FUERZA MAYOR COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La fuerza mayor, conjuntamente con el caso fortuito, fueron regulados por nuestra legislación laboral anterior a la de 1991, como causa de la terminación de la relación de trabajo. En efecto, en la reforma de la Ley del Trabajo llevada a cabo en 1945, se incorporó el artículo 40, cuyo contenido transcribimos a continuación:

> Artículo 40.- Cuando el contrato de trabajo termine por fuerza mayor o por casos fortuitos, cuya consecuencia necesaria, inmediata y directa sea el cierre definitivo de la empresa, el patrono no estará obligado a pagar las indemnizaciones previstas en los artículos 29 y 36.

Por su parte, el artículo 29 de la Ley del Trabajo consagraba el pago del preaviso cuando éste era omitido, y su respectiva base de cálculo; y el artículo 36 establecía la obligación de pagar daños y perjuicios cuando la relación de trabajo terminara, en los casos de contratos por tiempo determinado u obra determinada, antes del tiempo pactado o de la conclusión de la obra, respectivamente.[1]

[1] Los artículos 29 y 36 de la Ley del Trabajo consagraban lo siguiente: "Artículo 29.- Los avisos previstos en el artículo anterior pueden omitirse por cualquiera de las partes pagando a la otra una cantidad igual al salario del período correspondiente al aviso.
Dicha cantidad se calculará tomando como base el salario normal que ganaba el trabajador para el día de la cesación efectiva del trabajo; o, en el caso del trabajador contratado a destajo, el salario medio devengado por el trabajador en el mes inmediatamente anterior a la cesación efectiva del trabajo; y comprenderá el monto de los salarios que hubiere devengado el trabajador si hubiese continuado prestando sus servicios normalmente durante el período del preaviso a que tendrá derecho según los casos".
"Artículo 36.- En el caso de un contrato de trabajo por tiempo determinado o para una obra determinada, si el despido o el retiro se efectúa sin causa justificada antes de la terminación del tiempo o la conclusión de la obra, la parte que diere lugar a ello estará obligada a pagar los correspondientes daños y perjuicios".

Sin embargo, existían entonces ciertas dudas en torno a lo que debía pagarse al trabajador en los casos en que la relación de trabajo terminara de conformidad con el supuesto consagrado en el artículo 40 de la Ley del Trabajo.

Así, es el Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973, en su artículo 63, el que desarrolla el artículo 40 de la Ley antes transcrito, y establece en qué consiste el pago por la terminación de la relación de trabajo en tales casos, de la siguiente manera:

> Artículo 63.- Cuando el contrato de trabajo termine por caso fortuito o fuerza mayor cuya consecuencia inmediata y directa sea el cierre definitivo de la empresa, el patrono estará obligado a pagar las indemnizaciones previstas en el artículo 37 y único aparte del artículo 53 de la Ley del Trabajo.

En este sentido, el artículo 37 de la ley del Trabajo consagraba el pago de la prestación de antigüedad a la terminación de la relación de trabajo, y su respectiva fórmula de cálculo –sin ser realmente una indemnización, pues más bien era considerada un derecho adquirido–; y el artículo 53 de la Ley del Trabajo que, por virtud de las reformas de la ley posteriores al año 1973 (año de entrada en vigencia del Reglamento de la Ley del Trabajo), no se corresponde con el contenido en su reforma. Así, el correlativo es el contenido en su artículo 58, cuyo único aparte consagraba el pago de las vacaciones fraccionadas cuando el contrato de trabajo terminaba por "despido" o "por causas ajenas a la voluntad del trabajador".[2]

[2] Por su parte el artículo 37 de la Ley del Trabajo señalaba lo siguiente: "Artículo 37.- El trabajador tendrá derecho a recibir del patrono por cada ano o fracción superior a ocho meses de trabajo ininterrumpido que tenga de antigüedad a su servicio, la mitad de los salarios que haya devengado en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior a la terminación de la relación de trabajo.
En el caso de que el trabajo hubiere sido contratado a destajo, o por piezas, la cantidad aplicable para el cálculo de esta prestación será equivalente a la doceava parte de la suma de todos los salarios devengados por el trabajador durante los seis meses efectivos de labores inmediatamente anteriores a la cesación del trabajo. La prestación establecida en este artículo se considera como derecho adquirido y no se perderá este beneficio sea cual fuere la causa de terminación de la relación de trabajo.
Lo dispuesto en este artículo no impide a los trabajadores el ejercicio de las acciones que puedan corresponderle conforme al derecho común".
Finalmente, el único aparte del artículo 58 de la Ley del Trabajo consagraba lo siguiente: "Artículo 58.- ...Cuando el trabajador fuere despedido o termine su contrato de trabajo por causas ajenas a su voluntad, antes de cumplir el año de servicio, tendrá derecho a que se le pague una remuneración equivalente a un día de salario por cada mes completo de servicios prestados.".

Sin embargo, a partir de la incorporación del artículo 40 antes citado en la Ley del Trabajo, empezó una creación doctrinaria y jurisprudencial, tanto administrativa como judicial, en torno al tema. En este sentido, Rafael Caldera señaló que la fuerza mayor "constituye una causa de extinción de relación laboral cuando su "consecuencia necesaria, inmediata y directa sea el cierre definitivo de la empresa". La doctrina ha tenido dificultades en la diferenciación del concepto de fuerza mayor y el de "caso fortuito": la disposición legal, para obviar la cuestión terminológica, usa ambas expresiones conjuntamente (habla de "fuerza mayor o caso fortuito"). (...) Los requisitos para que se produzca la extinción de la relación de trabajo por fuerza mayor pueden reducirse a dos: a) que se trate de un hecho extraño, en el sentido de que no sea imputable a culpa de ninguna de las partes; b) que su consecuencia irremediable sea la terminación definitiva de la empresa, o de aquella parte o rama de la empresa en la cual está ocupado el trabajador. Los siniestros constituyen ejemplos típicos". (Caldera: p. 338).

De otro lado, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo consideró que "las causas de fuerza mayor y casos fortuitos que pueden determinar la extinción de los contratos de trabajo, son todas aquellas que, según su naturaleza y efectos, vulneren y dañen la estructura económica de la empresa en forma tal que la extinga y la haga desaparecer, a pesar de las previsiones tomadas o de la prudencia de un buen padre de familia. Entre otras se encuentran las fuerzas de la naturaleza, las epidemias, las guerras, falta de materias primas (Mem. C.J. 338, 8-11-51, en R. T. 8, p. 185)" (Alfonzo Guzmán, 1985: p. 119: y Caldera: p. 338). En este sentido, si el cierre de la empresa no fuere determinado "por una causa de las anteriormente señaladas, el patrono deberá íntegramente las prestaciones e indemnizaciones acordadas por la Ley del Trabajo, en razón de que los trabajadores no son responsables de las pérdidas que puedan sufrir las empresas. Afirmar lo contrario sería tenerlos como socios, categoría distinta a la que origina el desarrollo del contrato de trabajo. (C.J. Mem. Nº 88, del 21-2-53, Rev. Trab., Nº 20, pág. 161)" (Alfonzo Guzmán, 1985: p. 120).

Finalmente, nuestros tribunales en aplicación del artículo 40 de la Ley del Trabajo, también señalaron su criterio en torno a su interpretación.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, actualmente Tribunal Supremo de Justicia, decidió en el año 84 que: "No se produce *lock out* sino cierre definitivo de la empresa, cuando ésta no ha planteado a sus trabajadores la aceptación de ningún cambio en las condiciones de trabajo, sino que, por el contrario, cerró sus operaciones definitivamente por agotamiento de su capital de trabajo, lo cual es una circunstancia de fuerza mayor." (Porras Rengel, 1984: p. F1-84).

Ahora bien, este artículo 40 de la Ley del Trabajo desapareció en la LOT, siendo a su vez que el artículo que consagraba las causas de terminación de la relación de trabajo en la Ley del Trabajo, distintas al despido y al retiro del trabajador, fue modificado en la LOT.

En efecto, el artículo 34, también incorporado en la Ley del Trabajo en su reforma de 1945, consagraba lo siguiente:

> Artículo 34.- El contrato individual de trabajo podrá también terminarse:
>
> a) Por mutuo consentimiento de las partes;
>
> b) Por las causas estipuladas válidamente en el contrato; y
>
> c) Por las demás causas de extinción de los contratos conforme a las disposiciones del derecho común, que sean aplicables al contrato de trabajo.

Así, como fue señalado en el primer acápite del presente estudio, la LOT en su artículo 98, además del despido y del retiro del trabajador, establece como causas de terminación de la relación de trabajo la voluntad común de las partes y la causa ajena a la voluntad de ambas.

Tal vez el legislador laboral del 91 consideró que, al referirse a las causas ajenas a la voluntad de las partes como causa de terminación de la relación de trabajo, no era necesario hacer una enumeración de todas esas causas, para no restringir sus consecuencias al cierre definitivo de la empresa y sólo por causa de fuerza mayor o por casos fortuitos, pudiéndose incluir, entre otras, las señaladas por el R-LOT en su artícu-

lo 46. Sin embargo, consideramos que si bien la Ley del Trabajo era mucho mas restrictiva que la LOT en cuanto a la configuración de la fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo, en relación con las causas de terminación de la relación y/o contrato de trabajo fue mucho más amplia al señalar en el literal c) de su artículo 34 antes transcrito, "las demás causas de extinción de los contratos conforme a las disposiciones del derecho común, que sean aplicables al contrato de trabajo".

2. DEFINICIÓN Y ALCANCE DE LA FUERZA MAYOR COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Tal y como vimos, la fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo no aparece consagrada en forma expresa en la LOT, pero podemos sostener que fue consagrada en forma indirecta cuando la LOT hizo referencia, dentro de las causas de terminación de la relación de trabajo, a aquellas ajenas a la voluntad de las partes.

En efecto, podemos sostener lo expuesto, pues para la fecha de entrada en vigencia de la LOT ya existía una creación doctrinaria y jurisprudencial en torno a su consideración como causa de terminación de la relación de trabajo ajena a la voluntad de las partes, como vimos en el acápite anterior del presente estudio. Asimismo, por cuanto la fuerza mayor está prevista en el derecho común como causa de extinción de las obligaciones no imputable a la partes, y que de conformidad con el artículo 34 de la Ley del Trabajo resultaba aplicable en el derecho del trabajo, y así continúa siendo, a falta de regulación específica en el ámbito laboral, como se explicará más adelante.

Sin embargo, es en el R-LOT, como ya se expresó, cuando nuevamente aparece de forma expresa la fuerza mayor, pero en esta oportunidad consagrada ampliamente como causa de terminación de la relación de trabajo ajena a la voluntad de las partes, y no circunscrita a que produzca el cierre definitivo de la empresa.

Lo expuesto, nos conlleva a sostener que en esta oportunidad tanto el legislador como el reglamentista laborales consideran que la fuerza mayor

va más allá de si produce o no el cierre definitivo de la empresa para que se considere como causa de extinción de la relación de trabajo, pues de lo contrario hubieren reproducido su consagración tal y como lo hacía la Ley del Trabajo y su reglamento.

Sin embargo, en vista de esa amplitud con que fue consagrada por el reglamentista laboral del 99, resulta necesario, como fue advertido, acudir al derecho común para determinar su definición y alcance.

En efecto, en nuestra doctrina Rafael Caldera ha señalado que "en los contratos por tiempo indeterminado, mientras más se limita el poder del patrono para despedir al trabajador y mientras la empresa se desarrolla e impersonaliza más, va quedando como el modo más normal de extinguirse el nexo laboral, el de las circunstancias involuntarias cuya consecuencia necesaria y directa sea la cesación de la actividad del trabajador o de la empresa. Tales hipótesis podrían referirse al concepto amplio de 'fuerza mayor'". (Caldera: p. 338).

Por otro lado, el autor señala los requisitos que deben estar presentes para que la extinción de la relación de trabajo se produzca por fuerza mayor, y que citamos anteriormente, de la siguiente manera: "a) que se trate de un hecho extraño, en el sentido de que no sea imputable a culpa de ninguna de las partes; b) que su consecuencia irremediable sea la terminación definitiva de la empresa, **o de aquella parte o rama de la empresa en la cual está ocupado el trabajador** (...) La legislación española (señala) (...) cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto no pudieron evitar (...) La imprevisibilidad no ha de entenderse en el sentido de que estaría totalmente fuera de lo posible saber que el hecho podría ocurrir, porque en este sentido, ninguno o casi ningún acontecimiento es imprevisible; sino en el sentido de que no podía prudentemente anticiparse el conocimiento de la oportunidad o medida en que había de ocurrir" (*Ibídem*, pp. 338-339) (Las negrillas son nuestras).

Como veremos, Caldera no hace más que trasladar los principios establecidos por el derecho común al derecho del trabajo en materia de fuerza mayor. En este sentido, la fuerza mayor está consagrada en el

derecho civil venezolano como causa extraña no imputable que produce el incumplimiento de una obligación.

En efecto, el artículo 1.264 del Código Civil venezolano (en lo sucesivo "CCV") establece la responsabilidad del deudor por el simple hecho de la contravención de la obligación. Sin embargo, existen hechos o circunstancias que liberan al deudor del cumplimiento de la obligación cuando demuestra que tal incumplimiento se debe a una causa extraña que no le es imputable. Este principio está consagrado expresamente en los artículos 1.271 y 1.272 del CCV, en los siguientes términos:

> Artículo 1.271: El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, sino prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe.
>
> Artículo 1.272: El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido.

De los artículos antes citados resulta que la fuerza mayor como causa extraña no imputable que produce el incumplimiento de la obligación, configura un incumplimiento involuntario no imputable al deudor, quedando por tanto liberado del cumplimiento de la obligación contraída y de la responsabilidad civil que dicho incumplimiento podría acarrearle.

En este sentido, nuestra jurisprudencia ha sostenido lo siguiente:

> Los hechos, obstáculos o causas que impiden al deudor el cumplimiento de la obligación, reciben en doctrina una denominación genérica de "Causa extraña no imputable", que configuran el incumplimiento involuntario del deudor, quien queda exonerado del deber de cumplir con su obligación y de la responsabilidad civil que el incumplimiento de la obligación puede traerle". (Pierre Tapia, Nov. 1988: p. 340).

> La causa extraña no imputable también contempla varios casos: 1) El caso fortuito; 2) **la fuerza mayor**; 3) el hecho de un tercero; 4) el hecho del príncipe (el Estado); 5) el hecho del acreedor; 6) la pérdida de la cosa debida; y 7) la culpa de la víctima. El efecto de la causa extraña no imputable es producir el incumplimiento de la obligación. Ese incumplimiento debe ser involuntario, no imputable al deudor, quedando por lo tanto éste liberado del cumplimiento de la obligación contraída. (Pierre Tapia, Nov. 1993: p. 205). (Las negrillas son nuestras).

Igualmente, en virtud de los artículos antes citados, nuestra jurisprudencia, acogiendo los criterios esgrimidos por la doctrina patria, ha establecido que para que la causa no imputable sea procedente deben estar presentes varias condiciones a saber:

> 1) Cuando esta causa produce la imposibilidad absoluta de poder ejecutar la obligación. Esta condición no debe ser teórica, sino formal o práctica; 2) Que la imposibilidad absoluta debe ser sobrevenida. Es decir, que ella se presenta con posterioridad a haberse contraído la obligación; 3) Que la causa extraña no imputable sea imprevisible; 4) Que sea inevitable, es decir, que no pueda subsanarse; y 5) La ausencia total de culpa o dolo por parte del deudor. (Pierre Tapia, Nov. 1988: pp. 340-341).

Además, esta última sentencia citada continúa expresando que la doctrina ha distinguido entre dos categorías de efectos liberatorios de la obligación por causa extraña no imputable, cuales son: los permanentes y los temporales. Con relación a estos últimos señala expresamente lo siguiente:

> ...no se encuentran previstos por nuestra legislación; sin embargo, cuand,o se trata de obligaciones que por su naturaleza deben cumplirse en determinado tiempo y dicho período transcurre sin que hubiere cesado el obstáculo, la doctrina opina que el retardo en la ejecución debido al obstáculo sobrevenido equivale a un verdadero caso de incumplimiento permanente regido por los preceptos del artículo 1.271 del Código Civil. (*Ibídem*, p. 341).

Vista la consagración de la fuerza mayor como causa extraña no imputable en el derecho civil, a continuación analizaremos cómo tales principios se trasladan al derecho laboral:

En primer lugar, debemos destacar que de la consagración que hace el R-LOT de la fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo ajena a la voluntad de las partes, se deriva que el reglamentista laboral está de acuerdo con las reglas del derecho común sobre la materia, pues de lo contrario habría optado por dar una definición de fuerza mayor, tal y como lo ha hecho en otras materias.

En virtud de lo expuesto, la única diferencia que existiría entre lo preceptuado por el derecho civil y cómo vendría ello aplicado al derecho del trabajo, radicaría en que mientras que en el derecho civil la fuerza mayor libera al deudor del cumplimiento de la obligación y, por tanto, de su responsabilidad civil, en el derecho del trabajo será el empleador quien deberá soportar las consecuencias, pero en forma reducida en cuanto al pago de las prestaciones sociales del trabajador que procede por terminación de la relación de trabajo por fuerza mayor (lo que comúnmente denominamos el pago sencillo de las prestaciones).

En segundo lugar, en el ámbito de una empresa no es necesario que ésta cierre de manera definitiva por una causa de fuerza mayor para estar en presencia de una causa extraña no imputable, pues puede que el hecho afecte de manera permanente sólo una parte de ella donde, tal como señala Caldera y que antes citamos, "está ocupado el trabajador". Esto es que, por razones lógicas para que se configure un supuesto de fuerza mayor que determine la extinción de la relación de trabajo, no tiene que exigirse la destrucción o cierre total y definitivo de la empresa, sino que tal hecho impida la continuidad de la relación de trabajo.

Finalmente, en virtud de lo expuesto, debe determinarse si las consecuencias producidas por el hecho de fuerza mayor son temporales o definitivas, para analizar si estamos en presencia de una suspensión o de la terminación de la relación de trabajo, como analizaremos a continuación.

3. ¿CUÁNDO LA FUERZA MAYOR CONSTITUYE UNA CAUSA DE TERMINACIÓN Y NO UNA CAUSA DE SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO?

La LOT consagra en su artículo 94 las causas de suspensión de la relación de trabajo, encontrándose dentro de las mismas, específicamente en su literal h), los "casos fortuitos o de fuerza mayor que tengan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la suspensión temporal de las labores".

Por su parte, el R-LOT en desarrollo de la LOT consagró en su artículo 40 lo siguiente:

> Artículo 40: Fuerza mayor. Verificación y límites. Si la suspensión de la relación de trabajo por fuerza mayor excediere de sesenta (60) días continuos, los trabajadores afectados podrán retirarse justificadamente.

De conformidad con el artículo antes transcrito, la fuerza mayor constituye una causa de suspensión de la relación de trabajo sólo durante los primeros sesenta (60) días continuos del hecho sucedido por causa de la fuerza mayor; y luego de esos sesenta (60) días, la fuerza mayor se configura como causa de terminación de la relación de trabajo.

Sin embargo, el artículo 40 del R-LOT antes citado no atribuye la terminación de la relación de trabajo a una causa ajena a la voluntad de las partes, sino que la configura como una causa de retiro justificado.

Con tal consagración, consideramos que se generó un conflicto entre normas, esto es, entre las consagradas en los artículos 40 y 46 del R-LOT. En efecto, en el artículo 40 el reglamentista no se dedicó sólo a limitar en el tiempo la suspensión de la relación de trabajo por causa de fuerza mayor, en virtud de lo establecido en el literal h) del artículo 94 de la LOT, sino que vencido ese período le atribuyó efecto jurídico distinto al consagrado en su artículo 46, dando lugar a la terminación de la relación de trabajo cuando el trabajador decide ponerle fin, retirándose justificadamente.

Al respecto del referido conflicto entre normas, provenientes de la misma fuente y, por tanto, ostentando ambas el mismo rango jerárquico, a continuación expresamos nuestros comentarios:

1. En primer lugar, pareciera que el objetivo del artículo 40 del R-LOT no fuera señalar el límite en el tiempo para que la fuerza mayor deje de ser causa de suspensión para convertirse en causa de terminación de la relación de trabajo en virtud de lo consagrado en el artículo 94 de la LOT, en concordancia con los artículos 98 de la LOT y 46 del R-LOT; sino crear una causa de retiro justificado, generando así un conflicto entre normas contenidas en la misma fuente y, por tanto, del mismo rango, tal y como antes indicamos. De allí que pareciera que el artículo 40 del R-LOT, al hacer referencia al tiempo (los 60 días continuos), se refiere a desde cuándo el trabajador posee la potestad para retirarse justificadamente.

Sin embargo, para conciliar lo consagrado por el reglamentista en los artículos 40 y 46 respectivamente, podría argumentarse que tales artículos regulan supuestos distintos, pues el artículo 40 del R-LOT lo que regula es la fuerza mayor como causa de suspensión de la relación de trabajo en virtud de que sus consecuencias son temporales (que duren 60 días continuos), y que una vez vencida esa temporalidad, le otorga el efecto jurídico de convertirla en definitiva y, por tanto, faculta al trabajador para que se retire justificadamente. Mientras que el artículo 46 del R-LOT, regula la fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo ajena a la voluntad de las partes, cuando la fuerza mayor crea una situación definitiva desde su inicio y no temporal.

No obstante, consideramos que tal argumento resulta insostenible, por cuanto lo temporal es contrario a lo definitivo, y lo definitivo seguirá siéndolo independientemente que primero haya sido temporal, sin que se le deba atribuir consecuencias jurídicas distintas por ello.

De allí que lo trascendente sea determinar cuándo algo deja de ser temporal para convertirse en definitivo, a fin de aplicarse las consecuencias jurídicas previstas a los supuestos que generan una situación definitiva.

En otras palabras, el parámetro de regulación dado por el legislador al reglamentista, de conformidad con el literal h) del artículo 94 de la LOT, era hasta cuando las consecuencias del hecho de fuerza mayor generan la suspensión temporal de la relación de trabajo para convertirse en una causa de terminación de la relación de trabajo, pero dentro de los parámetros que la propia LOT demarca. Esto es, de conformidad con el artículo 98 también de la LOT, considerada como una causa de terminación de la relación de trabajo "por voluntad común de las partes o causa ajena a la voluntad de ambas", pues las causas de despido y retiro justificados ya están consagradas taxativamente en la propia LOT, en sus artículos 102 y 103, respectivamente, y además prevé para los casos de despido injustificado y retiro justificado el pago de determinadas indemnizaciones a favor del trabajador.

Así, el reglamentista no podía incursionar en crear nuevas causales de retiro justificado como lo hizo en el artículo 40, creando un verdadero conflicto entre normas. Por tanto, lo que debió hacer fue determinar el tiempo de suspensión –los mismos sesenta (60) días continuos, si era lo que consideraba prudente–, estableciendo desde cuándo tal suspensión se convertía en una causa de terminación de la relación de trabajo, siendo congruente con todo el dispositivo de la LOT. En efecto, con ello el reglamentista habría creado un solo efecto jurídico a partir de la configuración de la causa de terminación de la relación de trabajo, en este sentido por una causa ajena a la voluntad de las partes.

El reglamentista no pudo pretender otorgar dos efectos jurídicos distintos a un mismo supuesto de hecho; esto es, que la fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo se pueda considerar como causa de retiro justificado, y al mismo tiempo una causa ajena a la voluntad de las partes.

Para resolver este conflicto entre normas, el propio R-LOT establece en su artículo 6 cómo proceder, a saber:

> En caso de conflicto entre normas constitucionales, legales, reglamentarias y demás derivadas del Estado, regirán, junto con el principio de favor, los de jerarquía, especialidad y tem-

> poralidad. Cuando las normas en conflicto ostenten idéntica jerarquía, privará aquella que más favorezca al trabajador, salvo que alguna revista carácter de orden público estricto, caso en el cual prevalecerá ésta…

En el caso objeto de estudio, observamos que el artículo 40 del R-LOT crea una nueva causa de retiro justificado, adicional a las establecidas en el artículo 103 de la LOT. En otras palabras, el reglamentista laboral fue más allá del espíritu, propósito y razón de la LOT, regulando una materia ya regulada por la LOT y que es de eminente *orden público*, ampliando las causas de retiro justificado que son de carácter taxativo.

En efecto, las causas de retiro justificado y despido justificado son de carácter taxativo y de eminente orden público, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la LOT, por lo que ningún otro instrumento jurídico podría crear nuevas causas de despido o retiro justificados. De allí que, al crear el artículo 40 del R-LOT una nueva causa de retiro justificado, su contenido resulta ilegal.

Además de lo anterior, el artículo 40 del R-LOT también resulta inconstitucional, por violar: i) el artículo 187, ordinal 1°, de la Constitución vigente que consagra expresamente que: "Corresponde a la Asamblea Nacional (...) legislar en las materias de competencia nacional..."; y ii) el artículo 156, ordinal 32, también de la Constitución vigente que establece como materia de competencia del Poder Público Nacional legislar en materia del trabajo.

2. En segundo lugar, la consecuencia jurídica que genera la aplicación de este artículo 40 del R-LOT entra en contradicción con la que surge de la aplicación de su propio artículo 46, al crear un nuevo supuesto de retiro justificado, cuyos efectos patrimoniales se equiparan a los del despido injustificado, esto es, que procede el pago de la indemnización por despido injustificado y de la indemnización sustitutiva del preaviso contenidas en el artículo 125 de la LOT y, según el caso, del preaviso previsto en el artículo 104 de la LOT. Todo ello, si partimos, tal y como creemos, de que la terminación de la relación de trabajo por una causa ajena a la voluntad de las partes no genera pago de indemnización alguna, pues dicha terminación no es imputable a ninguna de las partes.

En este sentido, consideramos que el pago de indemnizaciones sólo procede cuando la terminación se produce por la voluntad unilateral de una de las partes, sin que la otra haya dado motivos para ello. Así, el pago de la indemnización surge con ocasión de resarcir el daño ocasionado por la terminación arbitraria de la relación de trabajo. De allí que, en nuestro criterio, tal y como lo expondremos más adelante, en los supuestos en que la relación de trabajo termina por causas ajenas a la voluntad de las partes, no sea procedente el pago de indemnización alguna.

Por lo expuesto, consideramos que el R-LOT ha producido o creado una colisión de normas, y que la contenida en su artículo 40 resulta, a nuestro parecer, a todas luces ilegal e inconstitucional según lo ya expresado; mientras que la contenida en su artículo 46 desarrolla plenamente el contenido del artículo 98 de la LOT.

Ante ello, y considerando el contenido del articulo 6 del R-LOT antes citado, podríamos resolver el conflicto de normas planteado desaplicando el artículo 40 del R-LOT, si sostenemos que: i) viola una norma de orden público estricto como lo es la contenida en el artículo 103 de la LOT; ii) ha quedado tácitamente derogado por causa de la contradicción insalvable e inconciliable, por ser excluyente con el artículo 46 del R-LOT que respeta el espíritu, propósito y razón del artículo 98 de la LOT; y iii) finalmente, por ser inconstitucional con el artículo 103 de la LOT, pues ha pretendido reformarlo mediante un acto que sólo corresponde al Poder Legislativo nacional (artículo 187, ordinal 1°, en concordancia con el artículo 156, ordinal 32°, ambos de la Constitución vigente, tal y como antes se indicó).

Partiendo de los dos primeros argumentos antes comentados para desaplicar el artículo 40 del R-LOT, el conflicto de concurrencia existente entre la norma contenida en el artículo 40 y la contenida en el artículo 46 del R-LOT, podría ser resuelto por el juez, o por el que deba aplicar la norma, a favor de la contenida en el artículo 46, en consideración a lo consagrado en el artículo 10 de la LOT, en concordancia con el artículo 6 del R-LOT, por cuanto el artículo 40 del R-LOT modifica una norma de orden público contenida en el artículo 103 de la LOT, y el artículo 46

respeta el espíritu, propósito y razón del artículo 98 de la LOT, tal y como antes se expuso.[3]

De otro lado, para el caso del último de los argumentos expuestos, el juez que conozca de la causa, quien está llamado a aplicar e interpretar las normas, bien puede desaplicar el artículo 40 del R-LOT, como juez constitucional, para aplicar con preferencia el artículo 46 también del R-LOT, con fundamento en el artículo 334 de la Constitución (control difuso de la Constitución), en concordancia con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, cada uno de estos artículos consagran expresamente lo siguiente:

> Artículo 334: Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.
>
> En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.
>
> Artículo 20: Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

Resulta así imposible aplicar al mismo tiempo al caso concreto los artículos 40 y 46 del R-LOT.

---

[3] El artículo 10 de la LOT consagra que: "**Las disposiciones de esta ley son de orden público** y de aplicación territorial; rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquellos que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo. Los convenios colectivos podrán acordar reglas más favorables al trabajador que modifiquen la norma general respetando su finalidad." (Las negrillas son nuestras).

Finalmente, una vez resuelto el conflicto de normas, resulta importante destacar que el juez podría considerar los sesenta (60) días continuos señalados por el artículo 40 del R-LOT como referencia para determinar hasta qué momento la fuerza mayor es una causa de suspensión de la relación de trabajo y se convierte en una causa de terminación de la relación de trabajo.

En efecto, en aquellos casos en que resulta sumamente dificultoso determinar si estamos en presencia de una suspensión o de la terminación de la relación de trabajo por causa de la fuerza mayor, esos sesenta (60) días señalados por el artículo 40 del R-LOT nos ayudarían a resolver tal situación. Así, se consideraría que si el obstáculo existente para la prestación del servicio no permite ver con claridad si resulta posible, y en cuánto tiempo, la reincorporación de los trabajadores a la empresa para continuar prestando sus servicios, y el mismo persiste una vez transcurridos los sesenta (60) días, la relación de trabajo se entendería terminada por una causa ajena a la voluntad de las partes.

4. CIRCUNSTANCIAS ECONÓMICAS DE LA EMPRESA QUE CONFIGURAN UN SUPUESTO DE FUERZA MAYOR

Como vimos, la LOT consagra como causa de terminación de la relación de trabajo, aquélla ajena a la voluntad de las partes. Por su parte, el R-LOT señala algunas de esas causas ajenas a la voluntad de las partes como causa de extinción del vínculo laboral, y dentro de ellas menciona a la fuerza mayor.

En el ámbito laboral, el hecho constitutivo de la fuerza mayor debe ser absolutamente ajeno al "riesgo de la explotación", y de eminente carácter extintivo de la relación de trabajo, es decir, debe impedir su continuidad para que sea considerado causa de terminación de la relación de trabajo. En otras palabras, cuando una situación sea generada por un hecho no previsto o que previsto no ha podido ser evitado, no imputable al empleador y que produce la extinción del vínculo laboral, estamos en presencia de un hecho de fuerza mayor como causa de extinción de la relación de trabajo ajena a la voluntad de las partes.

Ni nuestra legislación ni nuestra jurisprudencia han desarrollado el tema. No obstante, ha sido regulado por la legislación y la jurisprudencia extranjeras, estableciendo diversos casos en donde los hechos constituyen supuestos de fuerza mayor extintivos de la relación de trabajo. Entre algunos de esos casos pueden mencionarse "el de una invención nueva que determine la inutilidad de una industria; la retracción de la demanda; la imposibilidad de proveerse de materias primas y el fallecimiento de un profesional que actuaba en la órbita de la empresa empleadora, y cuyo trabajo era esencial para la continuidad de las operaciones de ésta". (Cabanellas, 1988: p. 53).

Asimismo, ha sostenido la doctrina extranjera que "hay hechos cuya evidencia no pueden discutirse, como por ejemplo los referidos a la situación económica general, que –por ser sobrevinientes y de carácter extraordinario– no han podido ser previstos, o ni siquiera paliados en sus efectos, utilizando la diligencia propia de 'un buen empleador'..." (Martorell, 1990: p. 182).

Como puede observarse, existen supuestos de fuerza mayor que afectan a la empresa originados por el hombre, mas no así por la naturaleza; pues, no cabe la menor duda de que un acontecimiento de la naturaleza puede afectar la fuente de empleo –la empresa–, produciendo indefectiblemente la extinción del vínculo laboral, tal como un terremoto, un huracán, inundaciones, incendios, entre otros.

En efecto, en virtud de hechos igualmente extraordinarios, no previsibles al momento de la contratación, o que previstos no pudieron evitarse, existen otros hechos que provienen de actos o voluntades del hombre, ajenos a la relación de trabajo, que igualmente pueden afectar la fuente de empleo, tales como la guerra, los tumultos, incendios provocados por terceros en condiciones de irresistibilidad, actos de terrorismo como explosiones, entre otros.

Pero, además de los hechos expuestos, existen otros que provienen también del hombre, que configuran verdaderos supuestos de fuerza mayor, que pueden afectar igualmente la existencia o estabilidad de la fuente de trabajo, que sí tienen que ver con la fuente de empleo directamente,

aun cuando no pueden imputarse al riesgo normal del negocio, y que provocan la extinción del vínculo laboral por la imposibilidad de su continuidad. Tales situaciones tienen su origen en hechos ajenos al empleador, quien ha debido actuar con toda diligencia en el manejo del negocio. Entre otros podemos señalar "el cese provocado por la retracción del mercado, motivado por una crisis general que afectaba a la rama de actividad y la empresa involucrada..." (Vázquez Vialard, 1984: p. 469).

Es precisamente a este tipo de hechos, producto de la fuerza mayor, a los que nos referiremos a continuación. Estos hechos que producen un viraje en la situación económica de la empresa, que van más allá del riesgo que asume todo empresario en el negocio, que no dependen de su voluntad, ni del manejo del mismo negocio y que, finalmente, impiden la continuidad de los vínculos laborales, constituyen una causa ajena a la voluntad de las partes que ocasiona de manera inexorable la extinción de la relación de trabajo, al impedir su continuidad.

Sin embargo, lo expuesto no es suficiente para que se configure la fuerza mayor, pues, en virtud de lo estudiado anteriormente, es necesario que en tales situaciones estén presentes los requisitos o las características que el derecho civil ha señalado para que se configure, tal y como vimos, como causa extraña no imputable.

4.1 *REQUISITOS DE LA FUERZA MAYOR EN EL ÁMBITO LABORAL*

En este sentido, para que la situación económica que impide el funcionamiento normal de la empresa configure un hecho de fuerza mayor y, por tanto, una causa extraña no imputable en el ámbito laboral, debe presentar los siguientes requisitos o características que han sido trasladados del derecho civil:

4.1.1 Que el hecho que constituya la causa extraña no imputable sea imprevisible: La fuerza mayor, si bien no es definida por el propio CCV, como ya se señaló, se le ha definido como aquel hecho o circunstancia que no ha podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse. Igualmente, se ha considerado que si el riesgo o incertidumbre empresarial

está fuera de la previsión normal, o que prevista resulta de todos modos inevitable, nos encontramos frente a un supuesto de fuerza mayor.

4.1.2 Que el hecho que constituya la causa extraña no imputable sea inevitable: Es decir, que el deudor debe ser impotente ante la ocurrencia del hecho y de sus eventuales consecuencias. Por tanto, se considera inevitable cuando el hecho acontece a pesar de toda acción contraria del deudor. En este orden de ideas, la doctrina extranjera ha señalado que la inevitabilidad podría ocurrir a consecuencia de lo que se llama el hecho del príncipe "...por ejemplo, por no concederse más permisos de cambio para el producto que elabora la empresa. O cuando el Estado, por razones de conveniencia general, procede a asumir con carácter exclusivo una actividad o privatizarla" (Martínez Vivot, 1996: p. 403).

4.1.3 Que exista ausencia total de culpa o dolo por parte del deudor: No hay fuerza mayor si el hecho que obstaculiza el cumplimiento del contrato se ha producido por culpa o negligencia del deudor. En consecuencia, cuando se alega la fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo, el hecho debe responder a causas ajenas a la conducta del empleador.

En este sentido, la jurisprudencia extranjera ha considerado "que es imputable al empleador si (...) se deriva de la situación económica provocada por un cuantioso préstamo no devuelto, ajeno al giro normal de las actividades de la empresa, o el cierre de la empresa por el incumplimiento de ordenanzas municipales, o la pérdida del mercado por la empresa, en el momento en que la actividad industrial correspondiente estaba en plena expansión, o el traslado a un local más pequeño. O el incendio producido por culpa in vigilando, o la declaración de insalubridad, o la cesación de actividades por simple conveniencia" (Vázquez Vialard, 1984: p. 469).

Asimismo, tal y como antes se indicó, se ha considerado "causa ajena al empleador, y por tanto inimputable, el cese provocado por **la retracción del mercado, motivado por una crisis general que afectaba a la rama de actividad y la empresa involucrada**, o el cierre del Mercado Común Europeo a las exportaciones argentinas, o la muerte del empleador..." (*Ídem*) (Las negrillas son nuestras).

4.1.4 Que la causa extraña no imputable produzca la imposibilidad absoluta de poder ejecutar la obligación: La fuerza mayor para ser eximente de responsabilidad, debe aparecer como un obstáculo absoluto para el cumplimiento de la obligación. En este sentido, la doctrina nacional y extranjera ha coincidido en que tanto cuando la extinción de la fuente de trabajo sea definitiva, como cuando el obstáculo que impide la continuidad del vínculo afecta sólo una parte de ella, se está en presencia de un hecho de fuerza mayor, por convertirse ese en un hecho que imposibilita la continuidad de las relaciones de trabajo con determinados trabajadores.

4.1.5 Que la imposibilidad absoluta sea sobrevenida: La fuerza mayor que se invoque como eximente del cumplimiento de la obligación, debe resultar temporalmente sobrevenida a la constitución de la obligación, es decir, posterior al momento en que nació la obligación. En virtud de ello, no podría invocarse la fuerza mayor con relación al personal contratado con posterioridad a la configuración del hecho de fuerza mayor. Al respecto, consideramos que la contratación de nuevo personal después de ocurrido el hecho eximente de responsabilidad, en otras secciones de la empresa no afectadas, no implica que no se haya configurado la fuerza mayor como causa de extinción de la relación de trabajo ajena a la voluntad de las partes.

4.2 *SUPUESTO DERIVADO DE LAS DIFICULTADES ECONÓMICAS QUE NO GENERA IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA DE CUMPLIMIENTO: "LA FALTA O DISMINUCIÓN DE TRABAJO"*

En algunas legislaciones extranjeras, y muy específicamente en la argentina, existe consagrado en la ley un supuesto enmarcado dentro de la fuerza mayor como lo es "la falta o disminución de trabajo", en virtud del cual se autoriza al empleador para que lo alegue como causa de terminación de la relación de trabajo cuando el mantenimiento de las relaciones de trabajo, en vista de esa falta o disminución de trabajo, le genere una "excesiva onerosidad". Es decir, que sin configurarse una imposibilidad absoluta de continuidad de las relaciones de trabajo, el legislador le otorgó al empleador la posibilidad de alegarla como causa de terminación de la relación de trabajo, con los mismos efectos jurídi-

cos (económicos) de la fuerza mayor, por cuanto "la prestación se vuelve económicamente inútil (onerosa) al extinguirse su objeto por falta o disminución de trabajo. Es ello aplicación concreta, en el ámbito laboral, de la teoría de la imprevisión expuesta por los civilistas (...). Esta "imposibilidad de subsistencia" se configura en ciertos casos como un verdadero hecho de fuerza mayor, que por su propia naturaleza impide la continuidad de las prestaciones laborales..." (*Ibídem*, p. 457).

La baja o disminución de trabajo se diferencia de la fuerza mayor, porque por su naturaleza no se impide de manera absoluta o definitiva el cumplimiento de la obligación, sino que dicho cumplimiento se vuelve **excesivamente oneroso por circunstancias imprevisibles**, ya que la prestación de los servicios del trabajador no es necesaria para la empresa. Por tal motivo, constituye una aplicación, en el ámbito laboral, de la "teoría de la imprevisión".

En efecto, de conformidad con la teoría de la imprevisión, desarrollada por muy pocos ordenamientos jurídicos, y cuya procedencia de aplicación ha sido dictaminada por la doctrina y la jurisprudencia en la mayoría de los países, "en los casos de excesiva onerosidad el deudor puede ser liberado del cumplimiento de su obligación, o bien reducida la extensión de su prestación o alterada la contraprestación que deba recibir de su acreedor" (Maduro, 1995: p. 200).

En virtud de lo expuesto, la legislación argentina ha extendido la noción de fuerza mayor, a fin de resolver aquellos casos en que se dificulta el cumplimiento de la obligación por la mayor onerosidad, mas no resulta imposible. Así, el legislador argentino optó por atribuirle los mismos efectos jurídicos de la fuerza mayor a los supuestos en que los contratos de trabajo se vuelven excesivamente onerosos, a causa de un hecho inimputable, ajeno al empleador: ambos supuestos son considerados como causas de extinción del vínculo laboral, por lo que "habilitan sin más al empleador a denunciar los contratos individuales de trabajo, afecten a uno o a una pluralidad de trabajadores, obligándose al pago de una indemnización reducida..." (Vázquez Vialard, 1984: pp. 464-465).

En todo caso, el hecho que determina la excesiva onerosidad debe reunir los mismos requisitos de la fuerza mayor antes expuestos, a excep-

ción, como vimos, de que el hecho deba constituir un impedimento absoluto de cumplimiento.

Por virtud de este supuesto previsto en la legislación argentina, si bien en el ámbito laboral el sujeto protegido es el trabajador, "en este caso viene a ser el empleador, a quien la ley le da un medio de liberarse de sus obligaciones contractuales, a fin de preservar, dentro de lo posible, la subsistencia de la fuente de trabajo" (*Ibídem*, p. 465).

Finalmente, la doctrina extranjera ha diferenciado la disminución o falta de trabajo producto de un hecho de fuerza mayor de aquella que es producto de cambios o modificaciones tecnológicas o de progreso, pues cada una de ellas generan consecuencias jurídicas distintas.

En efecto, en el supuesto de la disminución o falta de trabajo por razones tecnológicas o de progreso, la implementación de una distinta técnica o tecnología, la reorganización de la empresa con el fin de obtener mejor rendimiento a menor costo, y que normalmente implica obtener mayor producción con el menor número de trabajadores, constituye un hecho imputable al patrono, cuyo perjuicio por tanto no debe trasladarse al trabajador. Al respecto, la doctrina extranjera ha señalado que: "...la aparición de una nueva técnica o procedimiento que imponga, a su vez, una disminución de trabajo a cambio de éste, no debe causar un perjuicio al trabajador; **porque este cambio en la organización técnica es un acontecimiento voluntario y querido por el empresario, que repercute en su beneficio"** (Cabanellas, 1988: p. 64). (Las negrillas son nuestras).

4.3 *DIFERENCIA CON EL DESPIDO POR RAZONES ECONÓMICAS*

Todo lo expuesto es muy distinto a cuando la situación económica existente en la empresa que impide la continuidad del vínculo laboral es imputable al empleador, caso en el cual no opera la eximente del cumplimiento de la obligación, que en el ámbito laboral se refiere al no pago por parte del patrono de las indemnizaciones que corresponden en caso de despido injustificado. Es decir, en ese supuesto no se configura la

fuerza mayor como causa de terminación de la relación de trabajo ajena a la voluntad de las partes.

En efecto, en el caso en que la situación económica existente en la empresa que impide la continuidad del vínculo laboral es imputable al patrono, la causa de terminación de la relación de trabajo será el despido injustificado del trabajador, y no aquella ajena a la voluntad de las partes, con las consecuencias económicas que de ello se derivan.

Cuando se configura una situación generada por un hecho de fuerza mayor, tal situación no es imputable a las partes de la relación de trabajo, y muy específicamente no es imputable al patrono, pues tal situación es ajena a su voluntad. El supuesto en que las dificultades económicas tienen su origen en un hecho de fuerza mayor que produce la extinción del vínculo laboral, constituye una causa de terminación de la relación de trabajo ajena a la voluntad de las partes, como ya se expuso.

Sin embargo, cuando las dificultades económicas producen la extinción del vínculo laboral, pero por un hecho imputable al patrono, como por ejemplo, mal manejo del negocio, o inclusive porque los hechos que dieron origen a las dificultades económicas de la empresa forman parte del riesgo normal del negocio, generan un supuesto de despido injustificado como causa de terminación de la relación de trabajo, con las consecuencias económicas que de ello se derivan de conformidad con la LOT.

Al respecto, la doctrina extranjera ha señalado algunos ejemplos de dificultades económicas imputables a los empleadores, a saber: "aquellas sujetas a manejos financieros imprudentes, o que habían expandido su producción más allá de toda expectativa racional sobre el curso de la actividad económica, o que no habían tomado las precauciones de innovación y capitalización necesarias para evitar los efectos de las fluctuaciones económicas a que se ve sujeta toda la actividad"; señalando además que: "No hay motivos, dentro del contexto general que brinda el régimen de la disolución del contrato de trabajo, para que sea el trabajador quien cargue con la exteriorización, durante las crisis económicas, de la negligencia, imprudencia o impericia de los empleadores" (*Ibídem*, p. 61).

4.4 *LOS DESPIDOS MASIVOS Y LA REDUCCIÓN DE PERSONAL VS LA FUERZA MAYOR COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO*

El legislador laboral, a través del artículo 34 de la LOT, busca evitar la configuración de despidos masivos, señalando que podrán ser suspendidos por el Ministro del Trabajo por razones de interés social, como medida para garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores. No obstante, otorga la posibilidad de negociar tales despidos con el sindicato que actúa en el ámbito de la empresa, o con los mismos trabajadores, a través del procedimiento de reducción de personal desarrollado por los artículos 69 al 71 del R-LOT.

Sin embargo, la consagración de estas figuras no obsta para que en el ámbito de una empresa en la que existen dificultades económicas producto de la fuerza mayor (es decir, no imputables al patrono) que impidan la continuidad del vínculo laboral con un determinado número de trabajadores, tales vínculos laborales se extingan por una causa ajena a la voluntad de las partes; por tanto, en nuestro criterio, sin necesidad de agotar el procedimiento de reducción de personal antes señalado.

En efecto, el despido como tal refleja la voluntad unilateral del patrono de poner fin a la relación de trabajo, ya sea porque el trabajador incurrió en una causa que lo justifique o porque arbitrariamente será llevado a cabo por el patrono; mientras que la terminación de la relación de trabajo por una causa ajena a la voluntad de las partes, es un modo de terminación de la relación de trabajo donde no participa la voluntad ni del patrono ni del trabajador, como su misma denominación lo indica.

Por tanto, al encontrarnos frente a una norma contenida en la LOT (artículo 34) que lo que configura como masivo es “el despido” –sin entrar a estudiar si para ello deben considerarse sólo los despidos injustificados o inclusive los justificados–, debe concluirse que el procedimiento de reducción de personal sólo se llevará a cabo para evitar que ese número importante de despidos, calificado por la LOT como masivo, se configure como tal y pueda ser suspendido por el Ministro del Trabajo, con el consecuente reenganche de los trabajadores afectados.

En virtud de lo expuesto, podríamos concluir que ante la terminación de un número importante de relaciones de trabajo por una causa ajena a la voluntad de las partes, como sería aquella producto de un hecho de fuerza mayor, no se configuraría en el ámbito de la empresa un despido masivo y, por tanto, el patrono no estaría obligado a acudir al procedimiento de reducción de personal, para que terminen las relaciones de trabajo conforme a la ley.

En efecto, resulta absurdo sostener que si, por ejemplo, ya no existe la empresa a causa de un hecho de fuerza mayor, se obligue al patrono a agotar el procedimiento de reducción de personal y a negociar la forma de pago a los trabajadores por la terminación de la relación de trabajo.

5. EL PAGO QUE CORRESPONDE AL TRABAJADOR POR LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR CAUSA DE FUERZA MAYOR

Aun cuando la ley no señala qué conceptos deben pagarse al trabajador cuando la relación de trabajo termina por una causa ajena a la voluntad de las partes, en nuestro criterio no procede el pago de las indemnizaciones que se causan por un despido injustificado. En otras palabras, en esos casos no procede el pago de la indemnización por despido injustificado ni de la indemnización sustitutiva del preaviso, previstas en el artículo 125 de la LOT para el caso de aquellos trabajadores despedidos injustificadamente que gozan de estabilidad relativa, o del preaviso consagrado en el artículo 104 de la LOT, para el caso de los trabajadores despedidos injustificadamente y que habían sido contratados por tiempo indeterminado y no gozaban de estabilidad relativa, o de aquellos que fueron despedidos por razones económicas o tecnológicas (de conformidad con lo señalado en el artículo 43 del R-LOT).

En efecto, tal y como lo advertimos en el cuarto acápite del presente estudio, cuando la causa de extinción de la relación de trabajo es un hecho de fuerza mayor, tal terminación es ajena al patrono y al trabajador, por no provenir de un hecho imputable a cualquiera de ellos que justifique la terminación de la relación de trabajo, ni a la voluntad de alguno de ellos sin que el otro hubiere dado causa para la terminación; y

muy específicamente no es imputable al patrono, ni a su voluntad de poner fin de manera unilateral y arbitraria a la relación de trabajo. De allí que, en nuestro criterio, no sea procedente el pago de las indemnizaciones que corresponden al trabajador por el despido sin justa causa.

En consecuencia, consideramos que en los casos en que la relación de trabajo termina por una causa ajena a la voluntad de las partes, como aquella que es producto de la fuerza mayor, lo que procede es el pago sencillo de las prestaciones sociales, tal como se le ha llamado comúnmente; esto es, no es procedente el pago de indemnización alguna.

Al respecto, nuestra doctrina ha señalado que las indemnizaciones por despido injustificado obran "exclusivamente a modo de sanción económica especial, impuesta(s) al patrono que de modo arbitrario, sin justificación alguna, persiste en su empeño de privar al trabajador del empleo que el legislador pretendió garantizarle" (Alfonzo Guzmán, 1985: p. 711).

Y ello debe ser así, por cuanto el pago de indemnizaciones a favor de una de las partes sólo procede en los casos en que se le ocasiona un daño o perjuicio imputable a la otra, como lo sería en el ámbito laboral que el patrono pusiera fin a la relación de trabajo sin existir causa justificada para ello, ocasionándole de esta manera un perjuicio al trabajador por perder éste su trabajo.

Por tanto, cuando la relación de trabajo termina a causa de un hecho producto de la fuerza mayor, tal terminación no le es imputable al patrono, es decir, el perjuicio o daño que sufre el trabajador por la pérdida del empleo no es culpa del patrono, razón por la cual no se le puede imponer una sanción al patrono por un hecho que le es completamente ajeno. De allí que en los casos de terminación de la relación de trabajo por causa de fuerza mayor, el patrono no deba pagar al trabajador las indemnizaciones que corresponden de conformidad con la LOT en caso de despido injustificado.

En todo caso, corresponderá al legislador regular este tema, resultando una buena oportunidad la próxima reforma de la LOT que obedece a un mandato constitucional.

La Demanda y la Contestación de la Demanda en la Nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Héctor Armando JAIME MARTÍNEZ*

SUMARIO:

1. **Acción y demanda.**
2. **Importancia y efectos de la demanda.**
3. **La demanda en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: 3.1** *Forma de la Demanda.* **3.2** *Requisitos de la demanda:* **3.2.1** *Las demandas relativas a accidentes de trabajo.*
4. **La admisión de la demanda: 4.1** *Negativa de admisión de la demanda.* **4.2** *La reforma de la demanda.*
5. **La contestación de la demanda: 5.1** *Oportunidad para presentar la contestación de la demanda.* **5.2** *Excepciones y defensas*. **5.3** *La Caducidad y la Prescripción.* **5.4** *Forma y contenido de la contestación en la LOPT.* **5.5** *Oportunidad para dar contestación a la demanda.* **5.6** *Oportunidad para que tenga lugar la audiencia preliminar.* **5.7** *La Confesión ficta*

Conclusiones

---

* **Universidad Católica del Táchira**. Escuela de Derecho, Profesor de Derecho del Trabajo. Postgrado de Derecho del Trabajo, Profesor de Teoría General del Derecho del Trabajo. **Universidades de Carabobo, del Zulia, Rafael Urdaneta, Rafael Belloso Chacín** y **Fermín Toro**, Profesor Invitado.

La nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo, promulgada el 13 de agosto de 2002, ha creado muchas expectativas en cuanto a las posibilidades, que aparentemente en ella se contienen, para facilitar el acceso de los trabajadores a los órganos jurisdiccionales, para garantizar una justicia más rápida, más sencilla y, sobre todo, más cercana a la verdad en razón de los amplios poderes inquisitivos de los que ha sido dotado el Juez de Trabajo y de su presencia inmediata en todos los actos del proceso.

En el presente trabajo, nos limitaremos a analizar el tratamiento que la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo le ha dado a la demanda y la contestación de la misma. Para ello, comenzaremos por analizar algunos conceptos previos, como son los de acción, demanda y pretensión, para luego estudiar los requisitos de forma exigidos y luego se tratará lo relativo a la admisión de la demanda. De inmediato se revisará lo relativo a la contestación de la demanda, los requisitos que el escrito debe llenar, la oportunidad en que ésta debe tener lugar y por último, dada la estrecha relación que tiene con la contestación de la demanda, brevemente se harán consideraciones en torno a la audiencia preliminar.

Para facilitar el desarrollo del análisis, utilizaremos las siguientes siglas:

CPC : Código de Procedimiento Civil.

LOPT: Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

LOTPT: Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo.

LOT: Ley Orgánica del Trabajo.

1. ACCIÓN Y DEMANDA

Los titulares de derechos subjetivos pueden exigir el cumplimiento de los mismos, mediante el ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico pone a su servicio para pedirle al Estado que ponga en funcionamiento los órganos jurisdiccionales con el fin de hacer efectivos tales derechos subjetivos.

La clásica definición de acción atribuida a Celso: *nihil aliud est actio quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*, consideraba ésta como una derivación del derecho subjetivo al cual estaba destinada a proteger. Hoy en día, la moderna doctrina procesal considera la acción como un derecho autónomo distinto del derecho material, así Couture señala: "se acostumbra llamar acción al poder jurídico que tiene el individuo de dirigirse a los órganos de la jurisdicción".[1] Véscovi, por su parte, la concibe como el "poder de reclamar la tutela jurisdiccional".[2]

Humberto Cuenca destaca la dimensión social de la acción cuando la define como "poder público puesto al servicio de un interés colectivo que provoca la actividad jurisdiccional para obtener la tutela jurídica del Estado".[3]

Cabe destacar que al lado de la importancia que reviste la dimensión social de la acción, no puede olvidarse el carácter de derecho subjetivo que ésta posee y que se fundamenta en el derecho de petición consagrado en los textos constitucionales. Para no extendernos en demasía acerca de este tema, traemos a colación la definición que de ella da Hernando Devis Echandía por considerar que la misma comprende ambos aspectos: "Acción es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso".[4]

En el mismo sentido sostiene Calamandrei que en el proceso no pueden verse el interés colectivo y el interés individual como dos fuerzas opuestas sino, como dos aspiraciones aliadas y que convergen.[5]

---

[1] Eduardo Couture. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Depalma. B. Aires. 1978. Tomo I. p. 25.
[2] Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso*. Temis Bogotá. 1984. p. 73.
[3] Humberto Cuenca. *Derecho Procesal Civil*. UCV. Caracas. 1965. Tomo I. p. 135.
[4] Hernando Devis Echandía. *Compendio de Derecho Procesal Civil*. Editorial ABC. Bogotá. 1985. Tomo I. p. 192.
[5] Citado por Arístides Rengel-Romberg en *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Arte. Caracas. 1994. Tomo III. p. 25.

Ahora bien, ese derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo, atribuido a los ciudadanos para acudir ante los órganos jurisdiccionales en solicitud de que se dicte sentencia en un caso determinado, requiere de una petición que se dirija al juez la cual debe concretarse en un instrumento adecuado, que no viene a ser otra cosa que una demanda.

Rengel-Romberg define la demanda en la siguiente forma: "acto procesal de la parte actora mediante el cual ésta ejercita la acción, dirigida al juez para la tutela del interés colectivo en la composición de la *litis* y hacer valer la pretensión dirigida a la contraparte, pidiendo la satisfacción de la misma".[6]

Por su parte Escovar León la conceptúa como "acto de iniciación del proceso mediante el cual una persona que afirma la voluntad concreta de la ley a su favor, se dirige al órgano del Estado (juez), para obtener la aplicación de dicha voluntad".[7]

Cabe señalar que la demanda difiere de la acción, pues la acción se concretiza o se expresa a través de la demanda, ésta no es otra cosa que el instrumento para su ejercicio.

Las definiciones citadas destacan que en la demanda, el actor no se limita a pedir que se dicte una sentencia, sino que ella contiene su pretensión, es decir, lo que se pide, determinado interés del actor que pretende la sentencia le resuelva favorablemente.

Igualmente advierte Henríquez La Roche que no debe confundirse la pretensión con la demanda. "La pretensión es el objeto de la demanda y no la demanda misma. La pretensión es la postulación procesal del derecho subjetivo substancial invocado por el actor y que la legitima; es el propósito de someter el interés ajeno al interés propio, la autoafirmación de un derecho propio".[8]

---

[6] Arístides Rengel-Romberg en *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Arte. Caracas. 1994. Tomo III. p. 24.
[7] Ramón Escovar León. *La Demanda*. J. Alva. Caracas. 1987. p. 15.
[8] Ricardo Henríquez La Roche. *Código de Procedimiento Civil*. Centro de Estudios Jurídicos. Caracas, 1996. Tomo III. p. 14.

Véscovi advierte igualmente que la confusión entre los términos acción y pretensión se encuentra en las propias disposiciones legales, así pues, se habla de acumulación de acciones cuando lo correcto sería hablar de acumulación de pretensiones.[9]

Cuenca califica la demanda como un acto de impulso procesal constitutivo de la relación procesal.[10]

2. IMPORTANCIA Y EFECTOS DE LA DEMANDA

El principal efecto de la demanda consiste en iniciar del juicio, conforme lo dispone el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil: "El procedimiento ordinario comenzará por demanda...", con ello el legislador aclara que es la demanda la que da inicio al procedimiento aun cuando se requiera de la citación del demandado (o de la notificación como se la denomina en el nuevo procedimiento de trabajo) para que el juicio o proceso comience.

Arminio Borjas fija, además, otros efectos de la demanda como son la determinación de las partes que intervendrán en el proceso y la de la competencia de la autoridad judicial ante la cual se ventilará el proceso. En fin, Borjas resume la importancia de la demanda de la siguiente manera: "La demanda tiene una importancia capital en la *litis,* porque ella plantea, por parte del actor, las cuestiones más importantes del problema jurídico que debe ser resuelto en justicia, y de su eficacia o ineptitud depende casi siempre el éxito del pleito".[11]

En los procedimientos de estabilidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 187, la sola introducción de la demanda tiene como efecto evitar la caducidad de la acción. En cuanto a la prescripción no basta con la introducción de la demanda para que ésta se interrumpa, pues se hace necesaria o bien la notificación del demandado, o el registro de la

[9] Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso*. Temis Bogotá. 1984. p. 76.
[10] Humberto Cuenca. *Derecho Procesal Civil*. UCV. Caracas 1965. Tomo I. p. 427.
[11] Arminio Borjas. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil.* Ediciones Sales. Caracas. 1964. Tomo III. p. 20

copia certificada de la demanda y el auto que ordene la comparecencia de la parte demandada y el decreto del Juez que ordene expedir la copia solicitada por el actor, todo lo cual debe registrarse en la Oficina Subalterna de Registro correspondiente.

Otros efectos importantes son señalados por Isaías Rodríguez, como son el hecho de hacer precluir, para el actor, todos los hechos consecutivos de su pretensión, definir parte de la actividad probatoria y hace surgir la posibilidad de acordar medidas preventivas.[12]

3. LA DEMANDA EN LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

La LOPT no contiene una disposición precisa, como la del artículo 339 del CPC en el sentido de que el procedimiento se inicia con la demanda. Acá tenemos un ejemplo concreto de la necesidad de acudir al CPC como fuente supletoria, ante la laguna de la Ley Especial, pese a la timidez con la que el artículo 11 del texto legal comentado hace referencia a la posibilidad de que se apliquen analógicamente "disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico".

3.1 *FORMA DE LA DEMANDA*

El artículo 23 de la LOPT contempla dos formas de presentar la demanda: en primer término se puede hacer mediante un escrito, pero igualmente el Parágrafo Único ha previsto que se pueda presentar en forma oral ante el Juez de Trabajo a quien le impone la carga de reducirla personalmente a escrito en forma de un acta que pondrá como cabeza del proceso.

La norma in comento no difiere en mayor grado de lo que el artículo 63 de la LOTPT había previsto, sólo que esta disposición legal permitía que se propusiera la demanda en forma oral tan sólo cuando el trabajador se

[12] Isaías Rodríguez Díaz. *El Nuevo Procedimiento Laboral.* J. Alva. Caracas. 1987. pp. 72 y 73.

presentaba sin estar asistido por un abogado, en tanto que la nueva disposición no hace alusión alguna a este requisito. Además, la LOTPT tuvo la previsión de imponerle al juez la obligación de interrogar al demandante para completar la demanda cuando ésta fuere presentada por escrito pero sin asistencia de abogado.

La disposición de la LOTPT colide con lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Abogados, el cual exige que toda persona esté representada o asistida de abogado para poder actuar ante los órganos jurisdiccionales. No obstante, la doctrina había resuelto la cuestión al argumentar que como con la sola introducción de la demanda, aún no había comenzado la *litis* no se requería estar asistido o representado por abogado.

La nueva norma plantea una primera cuestión: La demanda podría, en teoría, ser presentada en forma oral, aun cuando el trabajador estuviese asistido de abogado, en cuyo caso el juez estaría obligado personalmente a redactar el acta, lo que supondría una ventaja para el actor, como veremos más adelante.

Cuando la demanda se presenta por escrito, pese a que la norma no lo aclara, podrá consignarla ante el juez o el secretario, a cualquier hora del día, entre las 6 de la mañana y las 6 de la tarde, tiempo hábil para realizar actos procesales de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 68. En tanto que cuando se presenta en forma oral, necesariamente habrá de hacerse ante el propio Juez, pues a él personalmente la ley encarga de redactar el acta en la que reducirá a escrito la petición del actor.

3.2 *REQUISITOS DE LA DEMANDA*

El artículo 123 de la LOPT establece los requisitos que debe cumplir la demanda de trabajo, salvo las diferencias de redacción, se mantienen los mismos requisitos contemplados en el artículo 57 de la LOTPT.

1. Nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado. Si el demandante fuere una organización sindical, la demanda la intentará quien ejerza la personería jurídica de esta organización sindical, conforme a la ley y a sus estatutos.

2. Si se demandara a una persona jurídica, los datos concernientes a su denominación, domicilio y los relativos al nombre y apellido de cualesquiera de los representantes legales, estatutarios o judiciales.

3. El objeto de la demanda, es decir, lo que se pide o reclama.

4. Una narrativa de los hechos en que se apoye la demanda.

5. La dirección del demandante y del demandado, para la notificación a la que se refiere el artículo 130 de esta Ley.

Los requisitos contemplados en la norma comentada, responden a los tres elementos que debe tener todo proceso: los sujetos, el objeto y la causa *petendi*.

Debe, igualmente tenerse en cuenta la posibilidad de que se demande a un grupo de empresas. Pese a que el artículo 139 del CPC plantea la capacidad procesal de las sociedades irregulares, entre las que se podría incluir los grupos de empresa, creemos que si se demanda a todas o varias de las empresas conformantes del grupo, será necesario identificarlas a cada una de ellas y a sus representantes.[13]

A diferencia de la norma que reemplaza (Art. 57 de la LOTPT), la nueva disposición no exige que el objeto de la demanda se debe determinar con la mayor precisión posible, ni tampoco que los hechos en los que se apoye la demanda, se expongan con detalle, a nuestro entender, la omisión de tales exigencias en la nueva norma, no implican que en el libelo de la demanda, el objeto pueda señalarse en forma tan amplia o escueta que enerve o dificulte el ejercicio al derecho a la defensa por parte del demandado. No hay que olvidar que tradicionalmente tanto la

[13] El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo no consagró la tesis del empleador único sino la de la responsabilidad solidaria de las empresas que conforman el grupo, de allí que si se demanda a varias empresas habrá que identificarlas a cada una de ellas. Ver, a este respecto, la monografía: *Las disposiciones fundamentales y los sujetos en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*, en *Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, Análisis por sus Proyectistas.* Instituto de Estudios jurídicos del estado Lara. Barquisimeto 1999. p. 46

doctrina como la jurisprudencia nacional, han acogido la llamada teoría de la sustanciación, conforme a la cual se requiere que en la demanda sean señalados los fundamentos de hecho y de derecho en los que se basa la pretensión del actor, puesto que se considera que ello redunda en beneficio de la lealtad procesal, del derecho a la defensa y favorece por demás el principio del contradictorio.

Tampoco se requiere que en la demanda se expongan los fundamentos de derecho de lo que se pretende, como sí lo exige el artículo 340 del CPC. Escovar León sostiene, al comentar esta disposición, que no sólo los hechos fundamentan la demanda, sino también el derecho,[14] ahora bien, dadas las amplias facultades que la ley da al juez para depurar de vicios la demanda, y los demás actos del proceso en general, creemos que corresponderá al juez hacer llenar este requisito en aras de garantizar el derecho a la defensa y así lograr la correcta calificación jurídica de las pretensiones de las partes.

La norma procesal laboral comentada no contiene una previsión similar a la del ordinal 7º del artículo 340 del CPC aplicable a aquellos caos en los que se reclame una indemnización de daños y perjuicios, la cual ordena especificar los daños y sus causas. En nuestro criterio, consideramos que la omisión de tal exigencia no implica que la intención del legislador fue la de que no era necesaria tal especificación. Ello por cuanto las reclamaciones por daño moral o material que se plantean en materia de trabajo, de no estar tarifada su indemnización (como en los casos de lesiones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, o con ocasión de un despido injustificado) se fundamentan en el hecho ilícito del patrono, situación ésta que no se encuentra reglamentada en la LOT, sino en el Código Civil (Arts. 1.185 y 1.196), razón por la cual en este caso, con el fin de garantizar el derecho a la defensa del demandado, se hace necesaria tal especificación.

Nos parece lógico que se omita la exigencia de acompañar los instrumentos en los que se fundamente la demanda, como lo requiere el ar-

[14] Ramón Escovar León. *La Demanda*. J. Alva. Caracas. 1987. p. 36.

tículo 340 del CPC, puesto que en materia de trabajo se plantean casi siempre cuestiones que no constan en documentos como tales. El contrato de trabajo es por excelencia consensual y carece de todo tipo de formalidades, generalmente se celebra en forma verbal, de allí que no sea frecuente el otorgamiento de un documento que contenga las estipulaciones convenidas.

Por lo que respecta a la Convención colectiva, cuando ésta se alega en un libelo de demanda como una fuente de ciertos derechos que se reclaman, la jurisprudencia de la Sala de Casación Social, en sentencia del 26 de junio de 2001 ha sostenido el criterio que en ningún caso puede considerarse la convención colectiva de trabajo como el documento fundamental de la demanda, pues se entiende que, en materia de trabajo, lo único fundamental es la propia legislación:

> no podría en el presente caso constituir la Convención Colectiva de la que alega ser beneficiario el trabajador el instrumento fundamental de su pretensión, entendido éste como aquél sin el cual la acción no nace o no existe, por ser del cual deriva la relación material entre las partes o el derecho que de ella se desprende, pues, en el estudio de la naturaleza jurídica del Convenio Colectivo, se entiende, que éstos tienen existencia propia en la ley, y de hecho, constituyen fuentes formales del derecho del trabajo, tal como lo señala el artículo 60, literal "a" de la Ley Orgánica del Trabajo, integrándose sus estipulaciones a los contratos de trabajo celebrados en el ámbito de su aplicación y, dado que sus consecuencias y efectos se proyectan aun a los sujetos presentes y futuros no intervinientes en la celebración del mismo, su contenido se convierte de obligatorio acatamiento, originando que la Convención Colectiva sea la única fuente normativa aplicable para regular las condiciones trabajo y, en consecuencia, mal puede entenderse que exista algún instrumento fundamental, que no sea otro que la propia legislación laboral.

Se omite de igual manera la indicación del tribunal ante el cual se presenta la demanda, lo cual parece no ser necesario, puesto que es obvio

que el escrito contentivo de la demanda debe ser dirigido a una autoridad judicial.

La norma comentada exige la dirección del demandante y del demandado, y no tan sólo su domicilio, con la finalidad de que en esa dirección se practique la notificación a que se refiere el artículo 126 de la LOPT. No se alude al requisito del artículo 174 del CPC relativo al domicilio procesal. En la práctica creemos que la dirección es un requisito indispensable para poder practicar las notificaciones de las partes y que no puede, como en el caso del artículo 174, ser reemplazado por la sede del Tribunal, en caso de que la dirección no se determine con precisión.

Llama la atención el hecho que se eliminara el requerimiento contemplado en el artículo 32 de la LOTPT, relativo al agotamiento de la reclamación por la vía administrativa para el caso de demandas contra personas morales de carácter público. Creemos que ello pudiera obedecer al hecho de considerar que la etapa conciliatoria, que se ha previsto en el nuevo procedimiento laboral, sobre todo la comparecencia de las partes a la audiencia preliminar, haría innecesaria esa reclamación por la vía administrativa. No obstante lo anterior, habrá que tener presente la disposición contenida en el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República que exige que quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República deben dirigir previamente una reclamación escrita, al órgano que corresponda, en la cual deben exponer sus pretensiones. Concluida la sustanciación del expediente (lapso de 20 días hábiles) la Procuraduría emitirá su opinión, dentro de un lapso de 30 días hábiles, la cual se notificará al interesado quien tiene 10 días para comunicar al órgano si acoge o no la decisión. Sólo después de este trámite, podrá el interesado proceder a demandar.

En relación con este punto, es bueno tener en cuenta la posición que ha dejado asentada la Sala Politicodministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 13 de noviembre de 2.001, cuando señala:

> ...no debe confundirse la existencia de una disposición expresa de la ley que impide el ejercicio de la acción, con otras disposiciones del ordenamiento jurídico que exijan el cumpli-

> miento de requisitos previos para poder admitirse las demandas. Efectivamente, en reciente decisión signada con el Nº 1.735 de fecha 27 de julio de 2000 se estableció que: "existe una serie de normas procesales que exigen al actor el cumplimiento de requisitos previos a la presentación de documentos específicos para que el juez admita la demanda. Es lo que la doctrina denomina como documentos-requisitos indispensables para la admisión de la demanda (...) el cumplimiento del antejuicio administrativo previo previsto en el artículo 30 de la LOPGR cuando la demandada es la República, funciona como un requisito de admisibilidad de la demanda. No puede enfocarse su incumplimiento como una negación del ordenamiento jurídico a la tutela jurisdiccional. Por ello resulta indispensable diferenciar las causales de inadmisibilidad de una demanda de las de una acción. En el primer caso, la demanda podrá ser intentada en cualquier momento, siempre que se cumplan los requisitos previstos por la ley, mientras que en el segundo tipo la acción jamás podrá ser intentada. De tal forma, que la omisión del requisito del antejuicio administrativo se traduce en una prohibición de la ley de admitir la demanda, mientras no se haya dado cumplimiento a tan importante requisito...

Más adelante expresa la citada jurisprudencia:

> el antejuicio administrativo se nos presenta como importante y fundamental por las razones siguientes: a) sirve para una mayor protección de los intereses colectivos que tutela la Administración; b) Procura la transigencia de las partes, con el objetivo de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar; c) es una condición de admisibilidad de la demanda; d) sirve para que la administración ejerza su potestad de auto tutela.

Y concluye la Sala citando otra sentencia anterior, la Nº 00489 del 27/03/2001, en la cual, refiriéndose a los requisitos de admisibilidad del recurso de nulidad, se expresó que

> no se debe ver el uso de la vía administrativa como una carga del administrado, sino como una necesidad que la propia dinámica administrativa impone en beneficio del administrado para ventilar la solución del conflicto antes de acudir a la vía jurisdiccional. Respecto a la figura de la conciliación, la Constitución de 1999, en su artículo 258 único aparte, reconoce los medios alternativos de resolución de conflictos como partes integrantes del Sistema Jurídico Venezolano (…) Ello obedece al interés de que se implementen mecanismos que permitan la solución no contenciosa de los conflictos que puedan surgir en un momento determinado entre los particulares y los intereses del Estado, con el fin último de garantizar de una manera efectiva la tutela de dichos intereses y la participación ciudadana en el marco de la resolución de los conflictos. (...) lo anterior tiene su fundamento en el hecho de que la propia administración tiene facultad de revisar sus actos, bien sea de oficio o a solicitud de partes, pues como quedó establecido, no es posible controlar, de una manera efectiva y rápida todos los actos administrativos por vía judicial. De allí que la solución en cuanto a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva no se encuentra en la eliminación de los recursos administrativos, sino en mantenerlos para que no cercene la posibilidad de que el administrado obtenga rápidamente una decisión respecto de su planteamiento.

En igual sentido Isaías Rodríguez afirma que "el artículo 32 LOTPT no prohíbe admitir acciones contra la República o contra personas morales de carácter público. No se habla en dicha norma de prohibir la admisión de las acciones sino de darles curso. Se entiende en todo caso, que de dársele curso a la demanda, sin el cumplimiento de estos requisitos, se somete el juicio al riesgo de reponer la causa al estado de dársele cumplimiento a la formalidad requerida".[15]

[15] Isaías Rodríguez Díaz. *El Nuevo Procedimiento Laboral*. Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1995. p. 66.

De igual manera debe tenerse presente la norma del artículo 94 *ejusdem*, la cual obliga a los funcionarios judiciales a notificar al Procurador de la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República.

3.2.1 *Las demandas relativas a accidentes de trabajo*

Cuando se trate de demandas relativas a accidentes de trabajo o a enfermedades profesionales, además de los requisitos antes señalados, éstas deben contener los siguientes datos:

1. Naturaleza del accidente o enfermedad;

2. El tratamiento médico o clínico que recibe;

3. El centro asistencial donde recibe o recibió el tratamiento médico;

4. Naturaleza y consecuencias probables de la lesión;

5. Descripción breve de las circunstancias del accidente;

La nueva norma elimina una serie de requisitos contemplados en el artículo 58 de la LOTPT.

No se exige la indicación del salario devengado por la persona para el momento del accidente; sin embargo, creemos que tal requisito debe llenarse, ya que forma parte del objeto de la demanda. En efecto algunas de las indemnizaciones que la ley contempla –para estos casos– tiene como base de cálculo el salario que el trabajador víctima del infortunio laboral devengaba para el momento del accidente.

Otros requisitos que se eliminaron, tales como: el grado de instrucción de la víctima del accidente, los nombres de los testigos presenciales del hecho y los nombres y apellidos de las personas que están bajo la guarda y protección del trabajador, no tienen tanta relevancia.

4. LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA

El artículo 124 de la LOPT regula todo lo relativo a la admisión de la demanda:

> Si el juez de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo comprueba que el escrito libelar cumple con los requisitos exigidos anteriormente, procederá a la admisión de la demanda, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al recibo del libelo. En caso contrario, ordenará al solicitante con apercibimiento de perención, que corrija el libelo de la demanda, dentro del lapso de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de la notificación, que a tal fin se le practique. En todo caso, la demanda deberá ser admitida o declarada inadmisible dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, al recibo del libelo por el tribunal que conoce de la misma. La decisión sobre la inadmisibilidad de la demanda deberá ser publicada el mismo día en que se verifique.

Como se desprende de la norma comentada, la ley ha dotado al juez de sustanciación de los más amplios poderes para corregir los defectos que pudiere presentar la demanda, ello con el fin de obviar la oposición de cuestiones previas para, de esa manera, garantizar, en parte, la celeridad del proceso. Esta potestad se ha denominado "Despacho Saneador", expresión tomada de la legislación brasilera.

Al respecto señala Henríquez La Roche que el Despacho Saneador:

> No debe incluir cuestiones de inadmisibilidad, ya que éstas no sanean sino que impiden el andamiento de proceso.
>
> La norma no determina los efectos del despacho judicial que sanee el proceso en cuanto a la jurisdicción, competencia, accesoriedad, conexión, continencia, acumulación prohibida, ilegitimidad del personero o del apoderado, etc., siendo en

> esto sucedáneas las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.[16]

Acerca de la conveniencia de que sea posible para el demandado alegar cierto tipo de defensas, contempladas en el CPC como cuestiones previas, pese a la disposición legal que no permite su oposición, nos referiremos más adelante.

Conforme a la norma señalada se pueden presentar varias situaciones:

> 1. El Juez, analizada la demanda, considera que la misma llena todos los requisitos exigidos por la ley. En ese caso debe proceder a admitir la demanda, dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha de recibo de la misma.
>
> 2. El Juez, al revisar el libelo presentado, consigue que el mismo no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 123. En este caso el juez, que ha tenido el lapso de dos días hábiles para hacer la revisión, ordenará al demandante que corrija los defectos de los que el libelo adolece y que presente la demanda corregida dentro de los dos días hábiles siguientes, advirtiéndole que si no lo hace, declarará perecida la demanda.
>
> 3. La demanda es presentada en forma oral y el juez levanta un acta y que, presumimos, llena los requisitos exigidos por el artículo 123. La ley sólo señala que el acta debe ser puesta por cabeza del proceso, pero en este caso, no creemos que sea necesario que el juez se tome dos días para analizar si admite o no la demanda, puesto que si es hecha por él, no debería presentar defecto alguno, no existiendo, por ende, razón alguna que obstaculice su admisión. De allí que una vez levantada el acta deberá proceder el juez a admitir la demanda y ordenar la notificación del demandado.

[16] Ricardo Henríquez La Roche: *Soluciones a la Conflictividad Laboral*, en libro memoria del *Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos Nº 7, Caracas, 2002, p. 197.

> 4. Que el demandado presente en el término legal la demanda corregida. En este caso el juez debe pronunciarse al día siguiente acerca de la admisibilidad o no de la demanda, puesto que la ley señala que el Tribunal de sustanciación tiene un lapso máximo de 5 días hábiles para admitir o negar la demanda.

Cabe señalar que la ley no contempla las causas de inadmisibilidad de la demanda, de allí que habría que acudir a otras normas supletorias, como es el caso ya anotado de las demandas que se intenten en contra de la República cuando no se haya agotado el proceso de reclamación previo ante el órgano.

Respecto de los efectos de la falta de subsanación de los defectos que ordena corregir al libelo de la demanda, el artículo 124 dispone que, al ordenar la corrección, lo hará con "apercibimiento de perención" lo que conlleva la extinción de la instancia. La subsanación hecha en forma diferente a como lo ordene el juez, debe, desde luego, producir el mismo efecto.

4.1 *NEGATIVA DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA*

Si bien del auto de admisión de la demanda, por ser considerado de mero trámite, no se concede apelación, en cambio, del que lo declara inadmisible, la ley expresamente le concede apelación, acogiendo, de esta manera, el criterio establecido en el artículo 341 del CPC el cual a su vez recoge el sostenido por la jurisprudencia venezolana en materia contencioso-administrativa. Así, el parágrafo único del artículo 128 de la ley dispone que:

> De la negativa de la admisión de la demanda se dará apelación, en ambos efectos, por ante el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo y para ante el Tribunal Superior del Trabajo competente, si se intenta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del lapso establecido para la publicación de la sentencia interlocutoria que decidió la inadmisibilidad de la demanda. Al día siguiente de recibida la apelación, el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecu-

> ción del Trabajo, remitirá el expediente al Tribunal Superior del Trabajo competente.

Aun cuando la ley no contempla las razones por las cuales no se debe admitir la demanda, habría que acudir a otras disposiciones legales, tales como el CPC, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para encontrar algunas de las causas de inadmisibilidad de la demanda. Analicemos algunos supuestos, teniendo en cuenta que ciertas causas no resultarían aplicables por razones obvias, como cuando la demanda atentase contra las buenas costumbres, supuesto que en materia de trabajo no tendría cabida.

> 1.- Por exigir la ley el cumplimiento de un requisito previo, como es el caso de la reclamación previa en las demandas que se intenten en contra de la República como lo exige el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. A esto nos referimos ampliamente al final del punto 3.2.
>
> 2.- Por falta de competencia del tribunal, por ejemplo, cuando se trate de una demanda intentada por un funcionario público de carrera.
>
> 3.- Cuando se acumulen pretensiones o acciones que se excluyan mutuamente, como sería el caso de acumular en una misma demanda la solicitud de calificación de despido y la indemnización por causa del despido injustificado y las prestaciones e indemnizaciones que correspondan al trabajador en caso de terminación de la relación del trabajo por causa imputable al patrono. En una sentencia del 2 de febrero del 2000, el Tribunal Superior Quinto del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas sostuvo que si bien las acciones son excluyentes, debe admitirse la acción que reclama el pago de las indemnizaciones.[17]

[17] Un extracto de esta sentencia puede verse en el Tomo CLXII de la Jurisprudencia de Ramírez & Garay. pp. 215 y 216.

El Tribunal Superior del Trabajo competente deberá, dentro de los cinco días hábiles siguientes al recibo del expediente fijar una audiencia para oír al apelante y luego decidir la apelación en forma oral. Si el apelante no comparece a la audiencia fijada por el Tribunal Superior, se deberá entender que desistió de la apelación intentada.

Contra la decisión del Tribunal Superior que confirma la inadmisibilidad de la demanda, se admitirá el recurso de casación, ya que la misma causa un gravamen irreparable y pone fin al juicio. Para que se admita el recurso de casación será necesario que se cumpla con los requisitos que se exigen para que éste se pueda proponer, es decir, que se intente en tiempo hábil y se cumpla con lo establecido en el artículo 167 de la LOPT, en cuanto al monto del interés principal.

4.2 *LA REFORMA DE LA DEMANDA*

No contempla la ley la posibilidad de que la demanda sea reformada. ¿Quiere ello decir que no sería posible la reforma de la demanda en materia de trabajo? No creemos que la negativa a admitir la reforma de la demanda laboral sea la respuesta.

El trabajador puede haber olvidado incluir la reclamación de ciertos derechos, o de datos que luego le resulten importantes para fundamentar su reclamación. De igual manera puede haberse enterado, con posterioridad a la presentación de la demanda, que podía hacer comparecer al juicio a otras empresas que podrían resultar obligadas a satisfacer los derechos que reclama. No basta la función saneadora del juez para corregir los defectos de forma de la demanda, ya que éste no puede tener conocimiento de otros hechos distintos de los que constan en el libelo que le fue presentado.

De manera que en nuestro criterio vendría a resultar aplicable la disposición contenida en el artículo 343 del CPC, evidentemente sin el lapso de 20 días allí establecido, sino uno más corto, a cuyo efecto podría aplicarse la norma del artículo 65 de la LOPT que deja al criterio del juez la fijación del lapso conforme al principio de la celeridad procesal. Al respecto creemos que la ley concede excesiva discrecionalidad a los

jueces, lo cual redunda en perjuicio de la seguridad jurídica y la garantía del derecho a la defensa. Este es otro aspecto que revela la necesidad de mantener el CPC como fuente supletoria de la ley procesal laboral

5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La contestación de la demanda corresponde al ejercicio del derecho a la defensa que tiene el demandado para de esa manera enervar las acciones que en su contra ha intentado el actor. No obstante es de advertir que el derecho a la defensa no se agota con la contestación de la demanda, como tampoco el actor se limita a presentar el libelo de la demanda para lograr que se le satisfaga su pretensión, ambos derechos, acción y defensa, se ponen en funcionamiento durante todo el juicio, de manera especial en el curso de la instrucción del mismo, con el aporte de las pruebas y su evacuación.

Rocco, citado por Isaías Rodríguez, dice que el derecho de contradicción en juicio que corresponde al demandado, no constituye un derecho distinto del derecho de acción sino una modalidad que resulta de la diferente posición que los sujetos activos asumen en el proceso.[18]

Frente a la pretensión del actor, el demandado opone cuestiones de hecho y razones de derecho destinadas a desvirtuar la existencia de un derecho alegado por el demandante (como serían aquellas con las que pretende demostrar la extinción de la obligación por haber sido ya pagada, o el transcurso del tiempo suficiente para que se dé la prescripción de la acción) o que la acción intentada carece de fundamento legal.

Podemos decir entonces que la contestación de la demanda es el acto procesal del demandado con el cual éste, ejerciendo su derecho de defenderse, responde las pretensiones que el actor ha expuesto en su libelo de demanda.

[18] Ugo Rocco, *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Temis. Bogotá 1962. Citado por Isaías Rodríguez Díaz en *El Nuevo Procedimiento Laboral*. J. Alva. Caracas. 1987. p. 166.

La respuesta no necesariamente consiste en una contradicción, puesto que el demandado puede convenir en lo que se pide, total o parcialmente.

5.1 *OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA*

El proceso laboral se aparta rotundamente del civil ordinario, en lo que se refiere a lo que se pretende con la primera comparecencia del demandado. En el proceso ordinario, el demandado es emplazado para que comparezca, por primera vez, para que dé contestación a la demanda, mientras que en el procedimiento de trabajo, se lo emplaza para que acuda a una audiencia preliminar en la que el juez, oídas las partes buscará por todos los medios lograr la autocomposición procesal.

Aparentemente, la contestación de la demanda no tiene lugar aún en la audiencia preliminar; sin embargo, el artículo 132 de la LOPT se refiere a un debate que debe darse en presencia del juez. No concebimos un debate sin que las partes aleguen sus posiciones contrarias, sin que el demandado oponga sus alegatos para desestimar la pretensión contenida en el libelo.

Dispone el artículo 135 de la LOPT que el demandado deberá consignar por escrito, la contestación de la demanda, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la conclusión de la audiencia preliminar.

Pudiéramos decir que la ley ha previsto que la contestación de la demanda tenga lugar en esta oportunidad, luego de concluida la audiencia preliminar.

5.2 *EXCEPCIONES Y DEFENSAS*

Al analizar las defensas de las que puede valerse el demandado, nos encontramos con el hecho de que el legislador, en el artículo 129, establece expresamente la inadmisibilidad de la oposición de cuestiones previas en la audiencia preliminar. Entendemos que la función saneadora del juez al revisar el libelo de la demanda, está encaminada a depurar el libelo de aquellos defectos formales que son los que, en principio, dan lugar a las cuestiones previas.

De igual manera el juez cuidará de que no se proponga una demanda en su tribunal para la cual él no resulte competente y revisará que el poder se haya otorgado en forma legal, todo ello con el fin de contribuir al logro de la celeridad característica de este tipo de proceso.

Sin embargo, el juez no está al tanto de conocer todos los detalles del caso y que, en muchas circunstancias, serán silenciados por el demandante, ora porque éste no los considere importantes ora por malicia.

Analicemos algunos casos que ameritarían de una defensa previa por parte del demandante:

> 1. Falta de Jurisdicción del Tribunal: si el demandante intenta una solicitud de calificación de despido y no advierte al Tribunal que él goza de la protección especial del Estado y que por ende, su caso debe ser planteado ante el Inspector del Trabajo (Nótese que pese a que la ley en el literal 2 del artículo 29 atribuye competencia a los Tribunales de Trabajo para conocer de las solicitudes de calificación de despido o de reenganche, y luego deroga los artículos 116 al 124 de la LOT referidos a la estabilidad relativa que ampara a los trabajadores en general, sin embargo, mantiene vigentes los artículos 453 al 457 *ejusdem* que reglamentan el fuero sindical y sus similares). El demandado podrá, en la audiencia preliminar plantear la falta de jurisdicción y el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 134, de "resolver en forma oral todos los vicios que pudiere detectar, sea de oficio o a petición de parte", evidentemente que deberá pronunciarse acerca de su falta de jurisdicción propuesta por la parte demandada, la cual, a nuestro modo de ver, está facultada para poner de manifiesto ante el Juez, la existencia de ese vicio.
>
> 2. *Litis Pendentia:* Puede darse el caso, como en efecto ha pasado, que un trabajador demande el reenganche a su trabajo, conforme al procedimiento de estabilidad, ante un tribunal con competencia territorial, por cuanto lo hace en el tribunal

del domicilio del demandado. Con posterioridad, por ante otro tribunal de otro circuito judicial, que resulta igualmente competente territorialmente, por ser el del lugar en el que se desarrolló la relación de trabajo, introduce otra demanda en la que solicita el pago de la indemnización por despido injustificado y otros derechos. El titular del tribunal en donde se introdujo la segunda demanda no puede tener conocimiento de la primera demanda que cursa ante otro tribunal de otro circuito, razón por la cual admite la segunda demanda sin objetar nada. La única manera de tener conocimiento de la existencia de las demandas es mediante la información (defensa) que le suministre el demandado en la audiencia preliminar. Al respecto, véase el punto 4.1. de este trabajo relativo a la admisión de la demanda.

3. Cosa Juzgada: Un trabajador, pese a la existencia de una sentencia definitivamente firme entre las mismas partes, por la misma causa, y sobre el mismo objeto, o de una transacción debidamente homologada, o un desistimiento, introduce una demanda ante otro tribunal. Así las cosas, puede en este caso alegarla el demandado con el fin de evitar un litigio inútil en el cual se pueda producir una sentencia contradictoria.

4. Extinción de la Instancia: Si el demandante no compareció a la audiencia preliminar, establece el Parágrafo Primero del artículo 130 que se entiende que se desiste del procedimiento y la instancia se considera extinguida, por lo que el demandante no puede proponer la demanda sino después de que transcurran 90 días continuos. Esta es otra defensa que previamente podría oponer el demandado en caso de que el demandante intentase la demanda antes de que transcurra el lapso de 90 días a que hicimos referencia.

5.3 *LA CADUCIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN*

Estos dos medios de defensas han sido frecuentemente utilizados en los procesos laborales que se rigen por la actual normativa procesal y todo hace prever que sigan siendo utilizados con el nuevo procedimiento.

La caducidad de la acción se produce cuando el trabajador no acude dentro de los cinco días hábiles siguientes al despido a solicitar se califique éste y se ordene su reenganche y el pago de los salarios caídos, cuando resulte que fue despedido sin causa justificada. Tal previsión se encuentra contemplada en el artículo 116 de la LOT, el cual, a partir de la entrada en vigencia de la LOPT, será reemplazado por el artículo 187 de esta última.

En aras de la celeridad y la economía procesal, el demandado, en un procedimiento de estabilidad, debería poder oponer en la audiencia preliminar, como defensa, la caducidad de la acción y el Juez de Sustanciación debería estar autorizado para resolver brevemente la cuestión. En contra de lo que proponemos, podría alegarse que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, no está facultado para tomar decisiones que pongan fin al proceso, sino que esto corresponde al juez de juicio, no obstante es bueno señalar que los artículos 131 y 135 de la LOPT, facultan a este juez para decidir en caso de que el demandado se tenga por confeso por no comparecer a la audiencia preliminar o no consignar la contestación de la demanda.

Lo anteriormente señalado para la caducidad, en principio, debería ser aplicable a la defensa de la prescripción.

En este tipo de situaciones es cuando se pone a prueba la eficacia de las facultades de conciliación y mediación del Juez de Sustanciación, mediación y ejecución.

5.4 *FORMA Y CONTENIDO DE LA CONTESTACIÓN EN LA LOPT*

Conforme lo requiere el artículo 135 la contestación de la demanda debe ser presentada por escrito y, como lo establecía el artículo 68 de la LOTPT, en la misma debe determinarse "con claridad cuáles de los hechos invocados en el libelo admite como ciertos y cuáles rechaza o niega, y expresar así mismo los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar. Se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en la demanda respectiva, de los cuales, al contestar la demanda no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los

motivos del rechazo, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso".

La forma que se le impone al demandado de contestar la demanda constituye, paradójicamente, una desigualdad procesal que el legislador ha establecido para, en cierta manera, garantizar la real igualdad de las partes en el proceso. No se puede negar la situación de inferioridad en la que se encuentra el trabajador durante el contrato de trabajo, puesto que el patrono tiene la potestad de organizar la producción y reglamentar la ejecución de la actividad del trabajador, quien se encuentra sometido al deber de obediencia. Esa desigualdad jurídica, de acuerdo con el criterio de Mario Pasco Cosmópolis, se pone de manifiesto en lo jurídico, "por su diversa posición funcional, fruto de una necesidad social cual es la de organizar la producción, lo que requiere una relación verticalizada".[19]

Además de la desigualdad jurídica existe una evidente desigualdad económica, que por cierto es la que más se destaca, en el sentido de que al trabajador se le dificulta más el acceso a la justicia, pues su capacidad para afrontar un juicio es menor que la del patrono y por otra parte, como asienta Helios Sarthou: "El desequilibrio o desigualdad económica se refleja en el conflicto en cuanto compromete valores de distinta jerarquía patrimonial para el trabajador y el patrono. El trabajador pone en juego la satisfacción de derechos de contenido alimentario en función de las necesidades que tiende a satisfacer. El Patrono, en cambio, no asiste en el proceso al debate de problemas esenciales de subsistencia económica, sino a una disminución de su margen de utilidad o en el peor de los casos de su capital".[20]

La nueva disposición, a diferencia de la norma anterior, exige que se determinen claramente los hechos que se niegan y, además, que se ex-

[19] Mario Pasco Cosmópolis. *La Desigualdad de las Partes en el Derecho Procesal del Trabajo*. Ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Abril de 1986. p. 8.
[20] Helios Sarthou. *Las facultades judiciales inquisitivas en el proceso laboral uruguayo*. En *Derecho Laboral*. Montevideo. Enero-marzo 1979. Nº 113. p. 102.

pongan los motivos del rechazo. Esta norma acoge criterios jurisprudenciales que sostenían que no bastaba el simple rechazo sino que había que indicar los hechos y razones en los que tal rechazo se fundamenta.

Así, por ejemplo, no basta con rechazar el salario alegado por el demandante, sino que es necesario que el demandado indique cuál es el salario que, de acuerdo con sus datos, es el que verdaderamente correspondía al trabajador, en cuyo caso corresponderá al empleador la prueba del monto del salario que alega. De igual manera no basta con negar la existencia de una relación de trabajo, sino que el supuesto empleador demandado deberá fundamentar el rechazo en circunstancias de hecho y razones de derecho, con el fin de desvirtuar las afirmaciones contenidas en el libelo.

En ciertos casos, no resultaría posible determinar las razones que llevan a negar un hecho, como sería el caso de que se negare que el trabajador prestó servicios en un día feriado, o que trabajó tales horas extraordinarias que se reclaman, pues con negar que trabajó el día feriado, o que trabajó las horas extras, es suficiente.

Todo esto se relaciona igualmente con el tema de la distribución de la carga de la prueba de la que en ciertos casos se beneficia el trabajador demandante, como, por ejemplo, conforme a la presunción establecida en el artículo 65 de la LOT, con base en la cual al trabajador le basta con demostrar la existencia de una prestación de servicio personal, para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, y, mediante un proceso de inversión de la carga de la prueba, le corresponda al demandado demostrar que esa prestación se efectuó por cuenta ajena o de manera no dependiente para de esa manera destruir la presunción.

Cuando no se niega un hecho alegado en el libelo, o no se fundamenta la negación, cuando ello corresponda, se tendrán por admitidos tales hechos.

5.5 *OPORTUNIDAD PARA DAR CONTESTACIÓN A LA DEMANDA*

El artículo 68 de la LOTPT fijaba un término para la contestación de la demanda, pues ésta debía tener lugar un día preciso, al tercer día hábil

después de la citación, en tanto que la nueva norma del artículo 135, señala un lapso, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la conclusión de la audiencia preliminar debe tener lugar la consignación por escrito de la contestación de la demanda.

La consignación puede ocurrir dentro del lapso de 5 días, fijado en el artículo 135, de manera que se puede hacer en el primero o en cualesquiera de los demás días, pero, en todo caso, habrá que dejar vencer el lapso de 5 días.

En el procedimiento laboral llama la atención el hecho de que la contestación de la demanda tiene lugar con posterioridad a la promoción de las pruebas de las partes, ya que, conforme lo señala el artículo 73, ésta debe hacerse en la audiencia preliminar. En nuestro criterio, esta situación puede perjudicar al trabajador demandante, el cual no conoce la totalidad de los hechos que el demandado va a alegar y, por ende, se encontrará en desventaja para desvirtuar hechos que él desconoce, pues han sido alegados luego de que él introdujo las pruebas, sin que exista otra oportunidad para promover nuevas pruebas. Al respecto, Marlon Meza, señala otro problema que se deriva de la promoción anticipada de las pruebas: "Ello podría estimular la promoción de pruebas inútiles o superfluas por las partes, frente a la incertidumbre de los hechos que en definitiva se expondrán en la contestación de la demanda, pues para el momento de tener que presentar sus pruebas ni el demandante ni el demandado estarían en capacidad de determinar con precisión los hechos que deberán demostrar en el juicio (*thema probandum*) y los límites del problema que deberá ser resuelto por el juez en la sentencia definitiva (*thema decidendum*)".[21]

El mismo autor alerta acerca de otro problema derivado de la oportunidad para la promoción de las pruebas, como es el de mermar las posibilidades de mediación y conciliación: "No obstante, es importante destacar

[21] Marlon Meza: *Breves notas sobre la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, en *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, N° 38, Enero-Diciembre de 2002. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p. 131.

que lamentablemente el Proyecto de la LOPT sufrió una importante modificación durante el proceso de discusión en la Asamblea Nacional, en lo referente a la oportunidad para la promoción y admisión de las pruebas, lo que podría de alguna manera desestimular la conciliación y potenciar el conflicto derivado de la controversia ya existente entre las partes. En efecto, originalmente se preveía que el demandante presentaría sus pruebas junto con su demanda, y, el demandado, al comparecer a la Audiencia Preliminar, pero –lo que es más importante– el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución incorporaría en la Audiencia Preliminar las pruebas de ambas partes al expediente, las admitiría y sustanciaría, quedando pendientes para ser evacuadas en la etapa posterior (en la Audiencia de Juicio) sólo aquellas que fueren susceptibles de ser rendidas oralmente (testigos, informes de expertos, etc). En cambio, en el texto de la LOPT que en definitiva se aprobó, al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución prácticamente se le suprimieron las facultades de sustanciación (limitándose a ejercer funciones de *Despacho Saneador*, a lo cual nos referiremos *infra*), pues las pruebas ya no serán admitidas por él sino por el Juez de Juicio y después de concluida la Audiencia Preliminar, oportunidad en la cual serán entonces incorporadas las pruebas al expediente. En otras palabras, ninguna de las partes tendrá la posibilidad de conocer en la temprana etapa de la Audiencia Preliminar las pruebas de las que dispone la parte contraria, lo que dificultará que puedan prever en cierto modo el resultado del proceso, lo que a su vez podría desestimular la conciliación entre ellas, y, de hacerlo, prácticamente se trataría de una conciliación "a ciegas"a no ser que ello sea posible gracias a una excelente y efectiva gestión de mediación ejercida por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución".[22]

Debemos no obstante señalar, que tampoco estamos de acuerdo con el hecho de que la promoción de las pruebas se hiciese las del demandante junto con la demanda y las del demandado, en la audiencia preliminar, como lo había previsto el proyecto, a no ser que las partes en forma

[22] Marlon Meza: *Breves notas sobre la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, en *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, N° 38, Enero-Diciembre de 2002. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. pp. 131-132.

privada, para facilitar, sobre todo, la labor de mediación del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, pusieran en conocimiento a éste, en forma privada, de los medios probatorios con los que cuentan para apoyar sus pretensiones.

Otro aspecto que merece especial atención, es la posibilidad de un debate que tiene lugar entre las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 132. De ello se puede inferir que el demandado tiene la oportunidad de rebatir los alegatos del actor en dos oportunidades: una primera vez, en forma oral, durante la audiencia preliminar; y la otra oportunidad, dentro de los 5 días hábiles siguientes a dicha audiencia, cuando lo debe hacer en forma escrita.

Ahora bien, en la primera oportunidad, es decir, en la audiencia preliminar, la ley no exige que el demandante exponga su alegatos con todo el detalle y fundamentación como sí se exige para la contestación escrita, por lo que el demandado, en la audiencia preliminar, sin que sea sancionado con la presunción de que ha admitido los hechos, puede estratégicamente guardar silencio acerca de todos o de algunos de los alegatos contenidos en el libelo de la demanda.

5.6 *OPORTUNIDAD PARA QUE TENGA LUGAR LA AUDIENCIA PRELIMINAR*

Hemos visto que la contestación escrita debe presentarse dentro de los 5 días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, por ello resulta importante precisar, cuándo debe celebrarse ésta. Conforme a la norma contemplada en el artículo 129 la audiencia preliminar tendrá lugar al décimo día hábil siguiente a aquel en el que conste en autos que el demandado fue notificado y cuando fueren varios los demandados, cuando conste que se notificó al último de ellos.

La audiencia preliminar, como se desprende de la norma comentada, debe celebrarse a una hora precisa de un día señalado y ello obedece a que el fin perseguido por el legislador es propiciar que las partes lleguen a un arreglo, lograr que el conflicto se solucione mediante la conciliación o la

mediación, es decir, por cualquier medio de autocomposición procesal y ello no sería posible sin la presencia de éstas o de sus apoderados.

Por cierto, la ley no contempla la posibilidad de que a ambas partes se les conceda un lapso de espera, puesto que las dos tienen que estar presentes en la audiencia preliminar, por lo que pensamos que se debe aplicar supletoriamente la norma contenida en el artículo 412 del CPC, relativo a la hora de espera para las posiciones juradas.

5.7 *LA CONFESIÓN FICTA*

El efecto de no dar oportuna contestación a la demanda es el de producirse la confesión ficta. Sin embargo, en el procesal laboral el demandado puede incurrir en confesión ficta en tres oportunidades:

a) La primera de ellas cuando no asista a la audiencia preliminar;

b) La segunda cuando no consigne la contestación de la demanda en forma escrita, o la contesta en forma tan vaga que se tienen por admitidos todos los hechos alegados en el libelo; y,

c) Por último, cuando no asiste a la audiencia de juicio.

Conforme a la previsión contenida en el artículo 131, cuando el demandado no comparece a la audiencia preliminar el tribunal, presumirá que admite los hechos y sentenciará en forma oral, conforme a la confesión, siempre que la petición del demandante no sea contraria a derecho, de todo lo cual levantará un acta. De la decisión del Tribunal de Primera Instancia podrá el demandado apelar dentro de los 5 días hábiles siguientes a la publicación del fallo.

En la audiencia que fije el Tribunal Superior, para resolver la apelación, sólo se podrán plantear alegatos destinados a justificar la inasistencia del demandado fundamentados en la existencia de una causa extraña no imputable a él que le impidieron comparecer a dicha audiencia.

Observamos que la ley sanciona con rigor la falta de comparecencia de las partes a los actos fijados por los tribunales, ya que la inasistencia del

demandante a la audiencia preliminar hace presumir el desistimiento del procedimiento y, de igual forma, la no comparecencia a la audiencia que el Tribunal Superior fije para resolver acerca de las apelaciones que se interpongan en el proceso, hace presumir que el apelante ha desistido de su recurso.

En nuestro criterio, el rigor del legislador en el caso de la incomparecencia del demandado a la audiencia de juicio, resulta excesivo y contradictorio con el fundamento de la confesión ficta. Contradictorio decimos porque la confesión ficta se fundamenta en la presunción de que, al no rechazar los alegatos del demandante, se presume que el demandado los ha admitido. Cuando se celebra la audiencia de juicio, ya el demandado ha debido haber contestado la demanda y, por ende, rechazado las pretensiones del demandante, de manera que no habría razón alguna para presumir que las ha admitido.

Por otra parte, puede tratarse de una situación en que el *thema decidendum* sea aun punto de mero derecho que no amerite de la presentación de pruebas ni de la presencia de las partes.

Por otra parte, la LOPT se aparta del criterio sostenido por el CPC y de las demás normas procesales en general, de acuerdo con el cual el demandado, sin poder alegar hechos nuevos, puede presentar pruebas con el fin de desvirtuar la confesión ficta. De acuerdo con lo establecido en los artículos 131 y 135, si el demandado no comparece a la audiencia preliminar o no consigna el escrito de contestación a la demanda, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución procederá de inmediato a sentenciar conforme a dicha confesión, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante. Si bien se concede apelación de dicha decisión, no obstante, conforme a lo previsto en el artículo 131 el demandado sólo podrá presentar alegatos, ante el Superior, destinados a demostrar la existencia de una causa extraña que le impidió acudir a la audiencia preliminar.

CONCLUSIONES

El nuevo procedimiento del Trabajo contiene novedades importantes que hacen prever, en principio, una justicia más rápida y eficiente para los trabajadores. Sin embargo, hay que tener presente que para que ello sea así será necesaria la presencia de jueces idóneos y rectos con la suficiente capacidad para interpretar correctamente la ley y aplicarla.

Así mismo, creemos que el énfasis puesto por el legislador en la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos individuales y, en especial, el papel preponderante que se le da a la función conciliadora y mediadora del juez, redundará en una mejor justicia y en una mayor facilidad para el acceso del trabajador a los órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, las lagunas evidentes que la ley presenta, ponen de manifiesto la necesidad de reafirmar la unidad del Derecho del Derecho Procesal y el papel de norma supletoria que debe tener el Código de Procedimiento Civil. Permítaseme citar a Enrique Véscovi, quien al afirmar la unidad del Derecho Procesal decía: "Tanto los agraristas como los laboralistas y los especialistas en menores y derecho de familia, reclaman un proceso especial con principios de oralidad, abreviación, simplificación de las formas, aumento de los poderes del juez, etc., invocando el carácter social y trascendente de cada uno de esos derechos, etc. Y bien, justamente esos principios son los que los procesalistas modernos piden para todo proceso, para el proceso. Y éstos consideran que aunque los referidos derechos sustanciales (como el penal, etc.) exigen ciertas especialidades dentro del procedimiento, esto no vulnera la existencia de un derecho procesal independiente (autónomo) y único (unidad).[23]

Por otra parte esperamos que la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al igual que el Código Orgánico Procesal Penal, sirvan para orientar cambios en el procedimiento civil ordinario que doten a éste de los beneficios que la celeridad, oralidad y los otros principios procesales aportan al proceso laboral. Con relación a esto y, para concluir, quiero

[23] Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso.* Temis. Bogotá. 1984. p. 12

traer a colación una frase del querido Maestro Don Américo Plá Rodríguez: "Los principios que presiden al Derecho Procesal del Trabajo podrían también aplicarse al proceso común con levísimas variantes de intensidad, y es de esperar que así suceda en el futuro. Yo veo nuestro proceso común y nuestro proceso laboral, tan dispares en el momento presente, marchando hacia un futuro común por la asimilación por aquél de las conquistas de éste".[24]

[24] Américo Plá Rodríguez. Conferencia: *Los Principios del Derecho Procesal del Trabajo*. en *La Ley procesal del Trabajo*. Editor Oswaldo Sandoval Aguirre. Lima 1996 p. 121.

El Debate Probatorio en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*

Benjamín KLAHR Z.**

SUMARIO:

1. **Reflexiones Preliminares de la Prueba en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.**
2. **El Sistema Procesal Anglosajón.**
3. **De la Fase Probatoria en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.**
4. **De las Diligencias Precautelativas.**

Conclusiones

---

* Ley Orgánica Procesal del Trabajo (en lo adelante LOPT) publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.504 extraordinaria del 13 de agosto de 2002. De acuerdo al artículo 194 de la Ley, la misma entrará en vigencia al año siguiente de su publicación, salvo lo relativo a los artículos 49, 178 y 179 LOPT.

** **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, *Facultad de Derecho*, *Escuela de Derecho*, Profesor Agregado. **Universidad Central de Venezuela**, Master en Derecho del Trabajo, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, *Centro de Estudios de Postgrado*, *Especialización en Derecho del Trabajo*, Profesor. Autor de varios trabajos. Ejerce su profesión en **Klahr, Colmenares, Trivella**.

INTRODUCCIÓN

El artículo 6 de la LOPT señala: *los Jueces tienen que intervenir en forma activa en el proceso……el Juez es el rector del proceso y debe impulsarlo personalmente.*

La LOPT recoge así el principio de impulso de oficio o dirección del proceso del Juez, sustituyendo aquel principio dispositivo contemplado en el artículo 12 del CPC según el cual el Juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos sin poder sacar elemento de convicción fuera de éstos.[1]

Según *el principio dispositivo,* las facultades de un Juez están subordinadas a las pretensiones del actor y las defensas del demandado, es decir, la actividad del Juez es una consecuencia del contrato entre las partes de un proceso, motivo por lo cual *es una atribución de las partes la conducción del juicio*.[2]

La LOPT pretende que el principio de impulso de oficio se manifieste no únicamente cuando el juicio ha entrado en fase de sentencia vía el auto para mejor proveer o en la oportunidad de dictar sentencia cuando sea el Juez quien escoja y aplique las normas de Derecho.

El presente trabajo tiene como propósito revisar la fase probatoria contemplada en la LOPT para evidenciar la ausencia de coherencia del artículo 74 LOPT en relación a la misión del juez en el proceso oral, como es la prosecución de la verdad, evitando que se puedan ocultar o escapar de su conocimiento hechos y/o pruebas necesarios para resolver las pretensiones de las partes. En tal sentido de conformidad con el artículo 74 de la LOPT en la audiencia del juicio se evacuarán todas las pruebas, de tal modo que el proceso entrará en una fase de letargo, por cuanto el Juez de Sustanciación sólo tendrá la potestad para recibir las promovidas por las partes durante la audiencia preliminar.

---

[1] Calvo Baca Emilio: *Código de Procedimiento Civil de Venezuela.* Ediciones Libra C.A., Caracas, 1991.

[2] Rodríguez Urraca José: *Autoridad del Juez y Principio Dispositivo, Derecho Venezolano y Comparado (Premio Ministerio de Justicia de la República de Venezuela),* 2ª Edición Aumentada, Caracas, enero de 1984.

1. REFLEXIONES PRELIMINARES DE LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

Aunque el propósito del presente estudio está relacionado con las fases probatorias, así como los vacíos en que incurre a este respecto la LOPT, es necesario hacer algunas precisiones en relación al nuevo proceso laboral.

Si bien el artículo 3 LOPT y otras normas (ver artículos 3, 6 y 8 *ejusdem*) enumeran aproximadamente 16 principios que serán la guía o reglas del Derecho que servirán para encontrar soluciones a las pretensiones de las partes y hasta justificarían una autorización de la Ley para la creación del Derecho por el Juez, vale destacar como principios rectores los siguientes:

1.1 *LA ORALIDAD*

Recogida principalmente en los artículos 129 y 152 cuando disponen que la audiencia preliminar y el procedimiento de juicio serán en forma oral; no obstante la fórmula escrita se exige para el libelo de la demanda, la contestación de la demanda y la sentencia que dictará el juez de juicio concluida la evacuación de pruebas (artículo 158 LOPT), así como el fallo final (artículo 159 LOPT).

1.2 *LA INMEDIATEZ.*

Este principio permite al juez formar su convicción con la observación personal y directa en relación a: I) La proposición de la demanda, artículo 123 LOPT; II) Su contestación, artículo 135 LOPT; III) La mediación en la audiencia preliminar, artículo 133 LOPT; IV) Los alegatos de las partes ante el Juez de juicio, artículo 152 LOPT; V) La evacuación de pruebas, artículos 153 a 156 LOPT.

Según se lee de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo:

> La inmediación tiene por finalidad imponerle al Juez el deber de actuar junto con las partes en contacto directo con ellos, sin

> intermediario… el otro aspecto resaltante de este principio es que el Juez debe participar personal y activamente en la evacuación de la prueba, a los fines de poderse formar personalmente, un juicio valorativo, tanto de los argumentos y alegaciones de las partes como de las pruebas evacuadas en la audiencia y así poder juzgar personalmente con base en la sana crítica, resultante del debate procesal.

1.3 *LA UNIFORMIDAD*

La LOPT aspiraba crear un único proceso para todas las causas que debían conocer los Tribunales del Trabajo (artículo 29 LOPT). Aquí vale la pena destacar que no se modificó el juicio de Estabilidad Laboral (artículos 187 a 192 LOPT) por cuanto se aplicará el procedimiento ordinario en Primera Instancia en dos fases, como es, en la Audiencia Preliminar y la de juicio (vale acotar que se eliminan las exclusiones contenidas en los artículos 112 a 115 LOT). También debe destacarse que el artículo 29 numeral 4° LOPT prevé que será competencia de los Tribunales del Trabajo lo concerniente a la Seguridad Social, lo que plantea la interrogante si el régimen de tributos conocidos como contribuciones para fiscales cuyo conocimiento actual es materia reservada a los tribunales de lo Contencioso Tributario en lo relativo a reparos fiscales será conocido por los Tribunales del Trabajo. Por último, aunque el artículo 193 LOPT contempla la materia de amparo, debe entenderse que será aplicada la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantía Constitucionales con la corrección indicada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia del año 2000 en relación al artículo 23 de la señalada Ley.

Así mismo vale señalar que el nuevo proceso laboral contiene las mismas etapas del actual, es decir: Primera Instancia (artículos 123 a 162 LOPT); Segunda Instancia (artículos 163 a 166 LOPT) y Casación (artículos 167 a 177) con la novedad de las normas relativas al Control de la Legalidad (artículos 178 y 179 LOPT).

1.4 *LA CONCENTRACIÓN*

La concentración busca aproximar los actos procesales, reuniendo en un breve espacio de tiempo la realización de los alegatos de las partes; la promoción y evacuación de las pruebas y por último la sentencia. Este propósito está explicado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal Laboral, así:

> La celeridad, por su parte, como manifestación particular del principio de economía procesal, procura la obtención de la verdad y la justicia, como fines fundamentales del proceso con el mínimo de esfuerzo y de tiempo. Por ello se consagra en la Ley un trámite breve y concentrado.

2. EL SISTEMA PROCESAL ANGLOSAJÓN[3]

Parece importante entender el proceso judicial anglosajón por su antigua tradición oral. En este proceso la parte actora presenta sus *pretensiones* las cuales deben ser consideradas como *meras declaraciones simplificadas,* es decir, sujetas a modificación o cambio durante el juicio. Las reglas del Código Procedimiento Civil Federal Americano no exigen al actor un detalle exhaustivo de los hechos en los cuales se basa la demanda y ello es así por la aplicación del *principio de descubrimiento* que se materializa en el conjunto de actos procesales destinado a que las partes de un litigio obtengan información y pruebas sobre los hechos relativos a la demanda y la contestación de la demanda.

El principio de descubrimiento caracteriza la fase preparatoria del juicio conocida pre-juicio (pre-trial) en la cual destaca el poder inquisitivo del Juez y de las partes. El señalado poder inquisitivo se manifiesta en la *total libertad de investigar los hechos afirmados por las partes* y

[3] Este estudio está basado en la obra de Spires Jeremiah J.: *Doing Busines in the United States, Chapter 3 Resolution of Disputes,* Volume 1, Mattew Bender, 1978, New York.

en tal sentido el Código de Procedimiento Civil Federal Americano en sus artículos 26 al 37 autoriza la revisión de libros y papeles; evacuación de testimoniales; inspección de lugares y cosas que se consideran que permitan el conocimiento de evidencia admisible en el juicio. Esta fase, que es de evacuación de pruebas, tiene lugar frente a las mismas partes y sus apoderados con rara participación del Juez, salvo que alguna parte se oponga a colaborar en la evacuación de una prueba o niegue su existencia. A esta fase del pre-juicio se le da mucha importancia, por cuanto le permite a las partes valorar por sí mismas la posibilidad de ganar o perder una demanda.

Las únicas prohibiciones probatorias en las fases de pre-juicio son la relativa a revelación de secretos industriales o comerciales; lo concerniente a la información privilegiada entre el cliente y su apoderado y por último aquellas experticias que haya ordenado una parte como defensa para ser utilizada en el juicio.

La segunda fase del juicio en el Derecho Anglosajón es la audiencia pública (trial) en la cual de no haberse logrado un acuerdo en la fase del pre-juicio (pre-trial), las partes presentan los hechos y las pruebas investigados y evacuados y se fija una oportunidad para que el Juez interrogue a los testigos, a los expertos y a las partes, si lo considera necesario. También, en esta fase es cuando se utiliza el interrogatorio cruzado entre las partes y el Juez para determinar la autenticidad de las pruebas, en especial las documentales. Posteriormente las partes hacen un resumen del caso y el Juez sentencia posponiendo hasta por dos semanas el pronunciamiento de su decisión.

3. DE LA FASE PROBATORIA EN LA LOPT

Como puede ser entendido, el proceso oral ha significado el abandono parcial de un proceso contencioso donde la intervención judicial está condicionada por el principio dispositivo en virtud del cual la aportación de las pruebas, así como la formulación de las pretensiones y defensas, es una carga de las partes. Según los artículos 11 y 12 del CPC los jueces deben sentenciar, según lo alegado y probado en autos, respetando los términos en que se constituyó la *litis* procesal y a lo sumo sólo

pueden aplicar las normas legales adecuadas a los hechos y/o pruebas que han sido parte del debate judicial.[4]

El abandono del principio dispositivo en la LOPT entraña para el juez laboral facultades tales como:

3.1 Ordenar el pago de prestaciones o indemnizaciones, distintos de los requeridos, cuando éstos hayan sido discutidos en el juicio o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la Ley (artículo 6 parágrafo único OPT).

3.2 El despacho saneador en virtud del cual el juez de sustanciación podrá ordenar que se corrijan la omisión de los requisitos necesarios de la demanda contemplada en el artículo 123 LOPT, de acuerdo a lo previsto en los artículos 124 y 134 LOPT.

3.3 En la audiencia preliminar el juez debe personalmente mediar y conciliar entre las partes con el propósito de poner fin a la controversia (artículo 133 LOPT).

3.4 El Juez de juicio puede ordenar de oficio la evacuación de cualquiera otra prueba que considere necesaria y a los fines de garantizar la veracidad de las pruebas podrá intervenir en su evacuación (artículos 71, 153 a 156 LOPT).

No obstante lo antes dicho, la LOPT consagra una extraña secuencia del proceso cuando dispone:

> Artículo 73.- *La oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar*, no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad posterior, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.

[4] Cappeletti Mauro: *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil,* Ediciones Jurídicas Europa-Americana, Buenos Aires, 1972.

> Artículo 74.- El juez de sustanciación, mediación y ejecución, una vez finalizada la audiencia preliminar, en ese mismo acto, incorporará al expediente *las pruebas promovidas por las partes a los fines de su admisión y evacuación ante el juez de juicio*.
>
> Artículo 135.- *Concluida la audiencia preliminar* sin que haya sido posible la conciliación ni el arbitraje, *el demandado deberá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, consignar por escrito la contestación de la demanda*, determinando con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuáles niega o rechaza, y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar. Se tendrá por admitidos aquellos hechos indicados en la demanda respectiva, de los cuales, al contestar la demanda, no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso.

Es decir, que la LOT ordena que a continuación de la presentación de la demanda y la notificación del patrono a fin de que tenga lugar la audiencia preliminar (artículos 123 y 128 LOT) obliga a las partes a promover las pruebas antes de que se materialice el acto de contestación al fondo de la demanda, lo que ocurrirá dentro de los 5 días siguientes a que el juez de sustanciación dé por concluida la fase de mediación y conciliación (artículo 135 LOPT). Como consecuencia de lo dicho, el patrono estará en una situación de ventaja frente a la parte actora (trabajador, litis consorcio activo u Organización Sindical) ya que sabrá a ciencia cierta cu´zles hechos puede probar el actor.

3.5 Una posible solución al desequilibrio procesal que se crea a favor del patrono, quien contestará la demanda dentro de los cinco días siguientes a la oportunidad en que el Juez de Sustanciación dé por terminada la fase de conciliación o mediación, cuando el patrono ya conoce el contenido del libelo de la demanda, así como las pruebas que serán promovidas por el trabajador, sería que el Juez de Sustanciación reduzca por escrito las declaraciones que han hecho ambas partes durante la

mediación o la conciliación. Con ello se evita que el patrono abuse de un posible privilegio procesal al tratar de ignorar en su contestación de la demanda hechos que ya fueron reconocidos frente al Juez de Sustanciación. Demás está decir que ese documento tendría la naturaleza de un documento público que sería apreciado por el Juez de juicio.[5]

3.6 En otro sentido yerra la LOPT en relación al anteproyecto de la LOPT, que siguiendo parcialmente el sistema anglosajón permitía que las experticias propias de un juicio laboral fueran evacuadas durante la audiencia preliminar con la intención de que fijada la oportunidad para la audiencia de juicio, las experticias ya hubieran sido practicadas. En tal sentido valga reproducir el artículo 131 del anteproyecto:

> Artículo 131.- *En la misma audiencia preliminar* el Juez de Sustanciación y Ejecución incorporará al expediente las pruebas documentales presentadas por el demandado y elaborará *la lista de testigos que las partes hubieren presentado, ordenando de oficio o a petición de parte las experticias que fueran necesarias* y admitirá las posiciones juradas solicitadas por las partes.

Entre la lista de experticias a que nos referimos podemos mencionar:

El reconocimiento médico sobre la naturaleza de las lesiones sufridas por un trabajador por causa de un accidente de trabajo.

3.6.1 El estado físico de las máquinas o instalaciones donde ocurrió un accidente de trabajo.

3.6.2 Experticias grafotécnicas derivadas de la tacha de documentos o desconocimiento de firmas.

[5] Taller de Derecho del Trabajo: *Análisis de la nueva Ley Procesal del Trabajo.* Participantes: César Bustamante Pulido; Juan García Vara; Marcos Vilera; Julio Ricardo Alfonso; León Arismendi y Benjamín Klahr, Vicerrectorado Académico de la UCV. Julio de 2002.

3.6.3 Experticia contable de los libros y papeles en poder del patrono relacionados a la causa.

3.6.4 Pruebas de Informes (artículo 433 Código de Procedimiento Civil).

Si bien en el proceso oral el juez debe participar personal y activamente en la evacuación de las pruebas, a los fines de poder formarse personalmente un juicio valorativo de los alegatos de las partes, así como de las pruebas evacuadas, también queda claro que la audiencia del juicio destinada a resolver el fondo de la controversia deberá ser pospuesta repetidas veces para el caso que haya de evacuarse experticias y prueba de informes. Lo aquí dicho es una camisa de fuerza que el propio artículo 74 LOPT confirma al disponer:

> Artículo 74.- El juez de sustanciación, mediación y ejecución, una vez finalizada la audiencia preliminar, en ese mismo acto, incorporará al expediente las pruebas promovidas por las partes a los fines de su *admisión y evacuación ante el juez de juicio.*

La lectura concordada de los artículos 73 y 74 LOPT permite afirmar que para el momento en que se inicie la audiencia del juicio ni siquiera estarían admitidas las pruebas promovidas para la Audiencia Preliminar y deberá esperarse la Audiencia de Juicio para admitir y evacuar las pruebas, cuando lo lógico es que ciertas pruebas, tales como la prueba de informes; inspecciones judiciales o experticias fueran admitidas y evacuadas por el Juez de Sustanciación, teniendo en cuenta la posibilidad de la desaparición física o complejidad de ciertas pruebas, así como la duración de hasta cuatro meses de la Audiencia Preliminar.

De haberse autorizado al Juez de Sustanciación admitir y evacuar determinados medios probatorios, en la audiencia de juicio sólo se evacuarían o completarían la evacuación de pruebas susceptibles de rendirse oralmente, tales como testigos, interrogatorio a los expertos y la declaración de alguna de las partes.

4. DE LAS DILIGENCIAS PRECAUTELATIVAS

La redacción del artículo 74 LOPT contrasta con uno de los principios medulares del proceso oral laboral como es el de la celeridad (artículo 3 LOPT) por cuanto como ha quedado explicado se pretende que sea el juez de juicio quien ordene la evacuación de las pruebas de experticias; inspecciones judiciales y de informes (artículos 153 y 156 LOPT) dándole así preferencia al principio de inmediatez en lo que concierne a la evacuación de todas las pruebas que tengan por finalidad demostrar los hechos alegados por las partes (artículo 46 LOPT); como consecuencia de lo dicho es necesario buscar un equilibrio que impida el retardo indefinido de las causas para la oportunidad en que el juez de juicio deberá fijar la fecha para la celebración de la audiencia de juicio.

En ese sentido, el artículo 11 LOPT dispone:

> Artículo 11.- El juez de 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.

4.1 En aplicación al artículo 11 LOPT recomendaría la aplicación de las llamadas *diligencias precautelativas* previstas en el artículo 813 del CPC relativa al *Retardo Perjudicial***.**

Al respecto enseña el profesor Jesús Eduardo Cabrera Romero:[6]

> Por máximas de experiencia se sabe que el estado y circunstancias de los bienes, lugares, etc., varían o pueden variar constantemente debido al transcurso del tiempo, al desgaste físico y hasta por la necesidad de reparar o mejorar ciertos bienes, tales como mercaderías, inmuebles, etc., a fin de que no avancen los daños o que se mitiguen pérdidas económicas.

[6] Cabrera Romero Jesús Eduardo: *La Prueba Anticipada o el Retardo Perjudicial,* Editores Vadell Hermanos, Valencia, 1990.

> Las diligencias precautelativas persiguen capturar algo antes que desaparezca. Mediante la prueba anticipada se pretende que un hecho, o un medio de prueba sobre el cual existe temor fundado que se pierda, se preserve.
>
> En Venezuela el proceso por excelencia destinado a anticipar pruebas, es el retardo perjudicial por temor fundado a que desaparezcan las pruebas o los hechos (artículo 813 CPC). Tales pruebas pueden ser todas las contempladas en las leyes adjetivas, con especial mención de la prueba de testigos, la experticia y la inspección judicial.

4.2 La otra diligencia precautelativa a que hace referencia el CPC, es la de los artículos 938 CPC y 1429 del Código Civil reguladores de la inspección judicial *extra-litem,* según la cual se solicita se practique una inspección judicial, ya que podría sobrevenir un perjuicio por retardo (Art. 1429 CC), o hay que poner constancia del estado de las cosas, antes que desaparezcan señales o marcas (artículo 938 CPC).

CONCLUSIONES

Como ha quedado explicado la LOPT recoge el principio de impulso de oficio o dirección del proceso del juez, sustituyendo la rigidez del principio dispositivo. La LOPT aspira resolver el dilema de conciliar el interés legítimo de las partes con el interés general de la sociedad en la solución de las controversias, permitiendo que sea el juez quien tenga la iniciativa para la instrucción de la causa.

En este trabajo se han propuesto dos soluciones que intentan rescatar el principio constitucional recogido en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, conocido como de *Igualdad Procesal,* según el cual el Juez debe considerar en un plano de igualdad al demandado y al demandante, evitando que una parte tenga una posición privilegiada en el proceso.

La primera solución sería que, ante la ventaja del patrono de contestar la demanda conociendo las pretensiones del actor y las pruebas que las res-

paldan, sería conveniente que el Juez de Sustanciación, apoyándose en el artículo 6 LOPT reduzca por escrito la fase de mediación o conciliación.

Por otra parte y en atención a la redacción tan rígida del artículo 74 LOPT, que sólo autoriza la evacuación de pruebas ante el Juez de juicio, hemos recomendado la aplicación del artículo 11 LOPT el cual pone de manifiesto el principio de impulso de oficio del Juez. El principio de impulso de oficio de Juez permitiría que determinadas pruebas, como la experticia o la inspección judicial, que por su complejidad exigen el cumplimiento de extremos legales que garanticen el debido proceso; la prueba de informes cuyo cumplimiento es siempre demorado y la prueba de testigos que dejaría de ser una prueba veraz por el transcurso del tiempo entre la audiencia preliminar y la del juicio, fueran evacuadas ante el Juez de Sustanciación como consecuencia del temor fundado de su desaparición, alteración o perjuicio por el retardo en su tramitación.

La LOPT ha privilegiado al principio de la inmediatez en desmedro del principio de la concentración. La aplicación del artículo 11 LOPT permitiría la práctica de pruebas anticipadas, según lo dispuesto en los artículos 813 y 938 del CPC, permitiendo así garantizar el logro del fin fundamental del proceso, como es la justicia. La aplicación del artículo 11 LOPT permitiría la práctica de pruebas anticipadas como un mecanismo de corrección a la obligación impuesta por el artículo 74 LOPT de evacuarse todas las pruebas ante el Juez de juicio.