

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila

Derecho y Sociedad

11

*Estudios sobre
la LOTT*

María del Rosario Bernardoni

Manuel Díaz Mujica

Juan García Vara

Luis Alfredo Hernández Merlanti

Francisco Javier Marín Boscán

Juan Carlos Pró-Rísquez

Aurora Celina Salcedo Medina

Flavia Ysabel Zarins Wilding

Kathleen Barrios

Noviembre

2012



Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila

Derecho
y Sociedad
*11 Estudios
sobre la
LOTTT*

Noviembre 2012

Derecho y Sociedad

Editorial

Carlos García Soto

Las prestaciones sociales en Venezuela, ¿fin de la historia?

María del Rosario Bernardoni

Consecuencias de la supresión legal de las categorías de obrero y empleado, respecto al ámbito de aplicación personal de las convenciones colectivas de trabajo

Manuel Díaz Mujica

La estabilidad y la inamovilidad. Su aplicación

Juan García Vara

La tercerización prohibida en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

Luis Alfredo Hernández Merlanti

La inspección del trabajo en Venezuela: Impacto de la nueva Ley del Trabajo

Francisco Javier Marín Boscán

La Tercerización y la Subcontratación en el marco de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (“LOTTT”)

Juan Carlos Pró-Rísquez

Relaciones Triangulares y Relaciones Ambiguas en la Legislación Laboral Venezolana

Aurora Celina Salcedo Medina

La suspensión de la relación de trabajo en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras

Flavia Ysabel Zarins Wilding

La huella del Derecho en la Literatura

Kathleen Barrios

Colaboran en este número

María del Rosario Bernardoni

Doctora en Derecho y Profesora Titular de la Universidad del Zulia; Profesora de Instituciones de Derecho Laboral en la Universidad Monteávila. Ex Ministra del Trabajo; Miembro del Escritorio Jurídico Govea&Bernardoni.

Manuel Díaz Mujica

Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho del Trabajo. Despacho de Abogados Miembro de la Firma Internacional Baker & McKenzie, Socio.

Juan García Vara

Abogado UCV. Magister Scientiarum UCV. Profesor de Postgrado UCV. Estudios completos de doctorado UCV. Juez Superior del Trabajo (J). Autor de publicaciones y ensayos. Expositor en congresos, jornadas y talleres en materia laboral. Miembro del Colegio de Abogados del Distrito Capital. Miembro de diversos Institutos y Asociaciones nacionales e internacionales dedicados al Derecho del Trabajo.

Luis Alfredo Hernández Merlanti

Socio fundador de Grau García Hernández & Mónaco. Socio de la Unidad de Litigios y Derecho del Trabajo. Abogado UCAB 1989. Especialista en Derecho Procesal UCAB 1995. Profesor de Teoría General de la Prueba UCAB y Técnica Probatoria Avanzada Post-Grado UCAB.

Francisco Javier Marín Boscán

Maestría y Doctorado en Derecho del Trabajo (LUZ). Diploma en Derecho Internacional y Comparado del Trabajo (UNAM). Experto Latinoamericano en Relaciones de Trabajo (OIT, Centro de Turín y Universidades de Bolonia y Castilla La Mancha). Profesor en pregrado y posgrado de LUZ. Investigador en el Centro de Investigaciones y Estudios Laborales (CIELDA-LUZ) acreditado en el PEII. Miembro de la Asociación Venezolana de Abogados Laboralistas (AVAL) y de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Autor del libro: “Curso de Procedimiento Laboral Venezolano” y de artículos en revistas y medios electrónicos. El presente trabajo ha sido concluido en febrero 8 de 2013.

Juan Carlos Pró-Rísquez

Universidad Central de Venezuela, Abogado, mención magna cum laude. Doctorado en Ciencias, Mención: Derecho, con distinción honorífica. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Jefe de la referida Cátedra. Southern Methodist University, Maestría en Derecho (LLM).

Aurora Celina Salcedo Medina

Abogado en ejercicio (UC). Magíster en Administración del Trabajo y Relaciones Laborales (UC). Formación en Derecho de Familia y del Niño (UCAB). Formación en Docencia para la Educación Superior (UC). Formación en Bioética (Redbioética – UNESCO – Argentina). Cursante del Programa Doctorado en Ciencias Sociales Mención Trabajo (UC). Docente Ordinario de Pregrado (UC). Docente de Posgrado Especialización en Derecho Procesal del Trabajo (UAM) Directora del Escritorio Jurídico MS Abogados.

Flavia Ysabel Zarins Wilding

Abogado (1998), Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Procesal Civil, Universidad Católica Andrés Bello (pendiente la presentación de trabajo de grado). Profesora de Derecho del Trabajo I en la Universidad Católica Andrés Bello desde el año 2010. Jefe de Cátedra de Derecho del Trabajo I de la Universidad Católica Andrés Bello desde el año 2012.

Kathleen Barrios

Estudiante de 3° año de Derecho de la Universidad Monteávila.

Derecho y Sociedad

**REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA**

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

derechoysociedad@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 - Fax: (+58 212) 232.5623

Web: www.uma.edu.ve

CONSEJO EDITORIAL

Carlos García Soto

Director

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA

Eugenio Hernández-Bretón

Decano

Carlos García Soto

Director

Geraldine Cardozo Ríos

Secretaria

CONSEJO ASESOR DE DERECHO Y SOCIEDAD

María Bernardoni de Govea

Marcos Carrillo

Résmil Chacón

Rafael J. Chavero G.

Faustino Flamarique

José Antonio Gámez Escalona

Ricardo Henríquez La Roche

Paul Leizaola

Enrique Pérez Olivares †

Pedro A. Rengel N.

Aristides Rengel Romberg

Daniela Urosa Maggi

Vicente Villavicencio Mendoza

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY

ISSN: 1317-2778

Diagramación: Ediciones Paredes

Departamento de Promoción y Desarrollo Institucional,

Universidad Monteávila

CONTENIDO

Editorial.....	15
----------------	----

DERECHO

Las Prestaciones Sociales en Venezuela, ¿Fin de la Historia? María del Rosario Bernardoni.....	19
---	----

I. INTRODUCCIÓN.....	19
----------------------	----

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	20
------------------------------------	----

III. LA REFORMA DE LA LOT DE 19 DE JUNIO DE 1997.....	23
---	----

IV. NATURALEZA JURÍDICA E IMPORTANCIA SOCIAL.....	25
---	----

V. EL PLURAL “PRESTACIONES SOCIALES”.....	27
---	----

VI. EL RÉGIMEN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES EN EL DLOTTT (ARTS. 122 Y 141 Y SIGS.).....	28
--	----

6.1. Recálculo al finalizar la relación laboral.....	29
--	----

6.2. ¿Pago de las prestaciones sociales en base al último salario?.....	29
---	----

6.3. Administración del capital de prestaciones sociales.....	30
---	----

6.4. La indemnización en caso de despido injustificado.....	31
---	----

6.5. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales.....	31
--	----

6.6. Utilización del capital del trabajador antes de la finalización de la relación laboral.....	32
---	----

VII. LOS PASIVOS LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO.....	32
--	----

7.1. Ámbito de los Pasivos Laborales.....	32
---	----

7.2. El Fondo de Ahorro Nacional de la Clase Obrera.....	33
--	----

VIII. CONCLUSIONES.....	35
-------------------------	----

Consecuencias de la supresión legal de las categorías de obrero y empleado, respecto al ámbito de aplicación personal de las convenciones colectivas de trabajo Manuel Díaz Mujica.....	37
--	----

I. INTRODUCCIÓN.....	37
----------------------	----

II. MARCO NORMATIVO.....	39
--------------------------	----

III. ALGUNOS COMENTARIOS.....	41
-------------------------------	----

IV. CONDICIONES DE TRABAJO DIFERENTES SEGÚN LA CATEGORÍA PROFESIONAL.....	43
--	----

ÍNDICE

V.	ALGUNAS DECISIONES JUDICIALES DE IMPORTANCIA	45
VI.	CONCLUSIONES.	51
La estabilidad y la inamovilidad. Su aplicación Juan García Vara		53
I.	INTRODUCCIÓN	53
II.	ESTABILIDAD	55
	2.1 Objeto de la institución de la estabilidad.	56
	2.2. Cumplimiento de la decisión que ordena continuar la relación de trabajo.	58
	2.3. ¿Hay cumplimiento por equivalente?	58
	2.4. Diferencias entre el procedimiento de estabilidad establecido en la LOPT y el previsto en la LOTT	60
III.	INAMOVILIDAD.	60
	3.1 Autorización para proceder al despido del trabajador.	61
	3.1.1. Diferencias entre el procedimiento de inamovilidad contemplado en la LOT y el establecido en la LOTT	62
	3.1.2. Separación temporal del cargo por razones de violencia y peligro, sin esperar la autorización del funcionario adminis- trativo del trabajo	63
	3.2 Autorización para proceder a la desmejora de las condiciones de trabajo o al traslado	64
	3.3. Reenganche	64
	3.3.1 Procedimiento para el reenganche	65
	3.3.2 Sanciones por el desacato u obstaculización	66
IV.	CONCLUSIONES.	66
La tercerización prohibida en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras Luis Alfredo Hernández Merlanti		69
I.	INTRODUCCIÓN A LA TEMÁTICA	69
II.	SUPUESTOS DE TERCERIZACIÓN PROHIBIDA.	73
	2.1. Primer supuesto. Tercerización genérica	75
	2.2. Segundo supuesto. La Intermediación	77
	2.3. Tercer supuesto. La contratación a través de entidades de trabajo	78
	2.4. Cuarto supuesto. Utilización fraudulenta de figuras contractuales del derecho común	81
	2.5. Quinto supuesto. Cualquier otra forma de simulación o fraude.	88
III.	CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA TERCERIZACIÓN PROHIBIDA	84

ÍNDICE

IV. LA TERCERIZACIÓN PROHIBIDA NO SUPONE EL FIN DE LA FIGURA DE LOS CONTRATISTAS.	87
La inspección del trabajo en Venezuela: Impacto de la nueva Ley del Trabajo Francisco Javier Marín Boscán.	89
I. INTRODUCCIÓN	89
II. PUNTO PREVIO: LA NUEVA LEY DEL TRABAJO EN VENEZUELA, LA LOTTT	92
III. LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO LABORAL EN VENEZUELA	93
IV. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO EN LA GARANTÍA DE ADECUADAS CONDICIONES DE TRABAJO PARA LA ARMONÍA Y EL TRABAJO DECENTE	95
V. REFERENTES EN LA NORMATIVA NACIONAL Y LA CONTRIBUCIÓN DE LA NUEVA LEY DEL TRABAJO (LOTTT) A LA EFICACIA DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO	98
VI. CONCLUSIONES.	102
BIBLIOGRAFÍA	103
La Tercerización y la Subcontratación en el marco de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (“LOTTT”) Juan Carlos Pró-Rísquez.	107
I. INTRODUCCIÓN	108
II. LA DESCONCENTRACIÓN PRODUCTIVA	110
III. LA TERCERIZACIÓN EN LA LOTTT.	112
IV. DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL	117
V. LA SUBCONTRATACIÓN Y EL CONTRATISTA EN LA LOTTT	119
5.1. Consecuencias derivadas de la utilización de Contratistas que ejecuten actividades inherentes o conexas a la del beneficiario	120
VI. LA DETERMINACIÓN DE TERCERIZACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS	124
6.1. Órgano Competente	124
6.2. Consecuencias de la determinación de tercerización	128
VII. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA TERCERIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.	129
VIII. CONCLUSIONES.	132

Relaciones Triangulares y Relaciones Ambiguas
en la Legislación Laboral Venezolana
Aurora Celina Salcedo Medina 135

I. INTRODUCCIÓN 135

II. RELACIONES TRIANGULARES Y RELACIONES AMBIGUAS
EN LA LEGISLACIÓN LABORAL VENEZOLANA. 136

2.1 Relaciones de Trabajo Bilaterales 136

2.2 Relaciones de Trabajo Triangulares 137

2.3 Relaciones De Trabajo Encubiertas, Disfrazadas o Ambiguas 138

2.4 Test de Laboralidad. 142

2.5 Tercerización Prohibida en la Nueva LOTTT. 144

III. REFLEXIÓN FINAL 147

La suspensión de la relación de trabajo en la Ley Orgánica
del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras
Flavia Ysabel Zarins Wilding 149

I. INTRODUCCIÓN 150

II. DEFINICIÓN Y NOTAS CARACTERÍSTICAS 150

III. SUSPENSIONES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO 152

3.1. Enunciación legal taxativa o enunciativa 152

3.2. Causas de suspensión 153

IV. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO. 167

4.1. Suspensión de las obligaciones fundamentales
del contrato de trabajo 167

4.2. Cómputo del tiempo de suspensión en la antigüedad
del trabajador. 168

4.3. Obligaciones que deben cumplirse durante la suspensión. 169

V. LA REINCORPORACIÓN AL TRABAJO 170

VI. CONCLUSIONES. 171

La Huella del Derecho en la Literatura
Kathleen Barrios 173

I. INTRODUCCIÓN 173

II. UNA RELACIÓN SINALAGMÁTICA: DERECHO Y LITERATURA. 174

III. LA REALIDAD ENTRE DERECHO Y LA SOCIEDAD 178

IV. CONCLUSIÓN 185

V. BIBLIOGRAFÍA. 186

EDITORIAL

Este número 11 de *Derecho y Sociedad* se ha dedicado monográficamente a la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.076 extraordinario del 7 de mayo de 2012. La Ley vino a derogar la Ley Orgánica del Trabajo que estaba vigente desde 1997.

Una de las Leyes más importantes para la sociedad es, a no dudarlo, la Ley del Trabajo, que viene a regular esa actividad principalísima de las personas, que tantas consecuencias tiene en el ámbito personal y familiar, como en el social, económico y político.

Por ello, el contenido de una Ley del Trabajo no es inocuo para las personas y para la sociedad en la cual se dicta. La orientación de las normas laborales pueden configurar en uno u otro sentido el bienestar de los ciudadanos. Una Ley Laboral puede ocasionar consecuencias negativas para personas específicas y para la sociedad en su conjunto, pero también puede contribuir al crecimiento de esa sociedad.

Las instituciones fundamentales del Derecho del Trabajo se han mantenido bajo el esquema de la nueva Ley, como no podía sino ser. Los cambios puntuales que contiene, sin embargo, han generado preocupación. Desde *Derecho y Sociedad* hemos querido dar un lugar para el estudio científico de tales reformas en el régimen laboral venezolano.

Carlos García Soto
Director

Derecho

Las prestaciones sociales en Venezuela, ¿fin de la historia?

María del Rosario Bernardoni¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes legislativos. III. La reforma de la LOT de 19 de Junio de 1997. IV. Naturaleza Jurídica e Importancia Social. V. El plural “Prestaciones Sociales”. VI. El Régimen de las prestaciones sociales en el DLOTTT (Arts. 122 y 141 y sigs.): 6.1. Recalculo al finalizar la relación laboral 6.2. ¿Pago de las prestaciones sociales en base al último salario? 6.3. Administración del capital de prestaciones sociales. 6.4. La indemnización en caso de despido injustificado. 6.5. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. 6.6. Utilización del capital del trabajador antes de la finalización de la relación laboral. VII. Los Pasivos Laborales en el Sector Público: 7.1. Ámbito de los Pasivos Laborales. 7.2. El Fondo de Ahorro Nacional de la Clase Obrera. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Las prestaciones sociales constituyen en Venezuela un ícono de la cultura laboral; el beneficio más apreciado por el trabajador venezolano es el que ayer se llamó “indemnización de antigüedad” luego “prestación de antigüedad” y que hoy denomina la Constitución y la Ley laboral “prestaciones sociales” recogiendo la denominación que desde tiempo atrás le fue atribuida por los sectores laborales del país.

Y no podía ser de otra manera, en un país que pareciera condenado a carecer de un sistema integral de seguridad social, por lo que el trabajador siente que su único resguardo ante las contingencias y riesgos de la vida es el capital que logra acumular a lo largo de su relación laboral; además, la precariedad de los salarios, impide un ahorro que en verdad prevenga contra los infortunios.

¹ Doctora en Derecho y Profesora Titular de la Universidad del Zulia; Profesora de Instituciones de Derecho Laboral en la Universidad Monteávila. Ex Ministra del Trabajo; Miembro del Escritorio Jurídico Govea&Bernardoni.

Para los patronos, por el contrario, constituye uno de los principales costos laborales y han planteado su inclusión dentro de la Seguridad Social.

Es por ello que desde su origen han generado grandes polémicas en los ambientes económico, políticos y académicos; en esta contribución a su estudio, nos referiremos a las más importantes, como son, el método de cálculo de este derecho y los pasivos laborales que se han originado en el sector público por el incumplimiento de las normas legales que rigen esta Institución.

Recientemente se han dictado normas que pretenden dar respuestas y solucionar de una vez por todas las polémicas en torno al Tema, como son el Decreto N° 8.938 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo (DLOTTT) (G.O. de 7-05-2012 N° 6.076 Extraordinario) y el Decreto N° 8.896 con rango, fuerza y valor de Ley Orgánica relativa al Fondo de Ahorro Nacional de la Clase Obrera y al Fondo de Ahorro Popular (G.O. N° 39.915 de 4-05-2012), por lo que nos preguntamos parafraseando a Francis Fukuyama:

¿Se culmina la historia sobre cuál de los métodos para calcular las prestaciones sociales es mejor, el retroactivo o el acumulativo?

¿Llegamos a la estabilidad sobre el régimen de prestaciones sociales?

¿Finaliza el cuento sobre el robo de las prestaciones sociales y sobre la infamia de la reforma de 1997?

¿Se pondrá al día el Ejecutivo Nacional, saldando los pasivos laborales a los trabajadores del sector público?

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El primer antecedente de las actuales prestaciones sociales lo fue la “indemnización de antigüedad” instituida por la primera Ley del Trabajo de vigencia efectiva en el país, dictada el 16 de julio de 1936 (G.O. N° Ext. del 16-07-1936) , procedente en los casos de terminación de la relación de trabajo en los contratos por tiempo indeterminado, debida al despido injustificado y otras causas ajenas a la voluntad del trabajador. Su monto fue fijado en 15 días de salario por cada año de servicios ininterrumpidos, con un máximo de 6 meses de salario.

En la reforma de la Ley de 1936 producida en 1945 (G.O. N° Ext. 132 de 10-05-1945) se agregó el retiro justificado del trabajador como supuesto de procedencia de la indemnización y se eliminó el tope de 6 meses de salario.

En 1947 se reforma nuevamente la Ley (G.O. N° Ext. 200 de 3-11-1947), instituyéndose una nueva indemnización, el auxilio de cesantía, procedente en los mismos supuestos de la indemnización de antigüedad, diferenciándose ambas, por una parte, en el momento a partir del cual se causaban, tres meses de antigüedad en el servicio el auxilio de cesantía y ocho meses la indemnización de antigüedad y, por la otra, en el monto, ya que aunque ambas consistían en 15 días de salario por cada año de servicios, el auxilio de cesantía tenía un tope de 8 meses de salario, mientras que a la indemnización de antigüedad le fue eliminado el tope que tenía originalmente, como antes se dijo.

Mediante Decreto N° 124 del 31 de mayo de 1974 (G.O. N° Ext. 1656 de 4-06-1974), fue nuevamente reformada la Ley para consagrar ambas prestaciones como un derecho del trabajador, adquirido por el solo transcurso del tiempo e independientemente de la causa de terminación de la relación de trabajo. Esta reforma produjo las siguientes consecuencias:

- a. Identificó la naturaleza jurídica de ambas prestaciones, al considerarlas un derecho adquirido por el transcurso del tiempo, procedentes cualquiera fuere la causa de terminación de la relación de trabajo
- b. Eliminó las diferencias entre los efectos económicos de los despidos justificados e injustificados, ya que procedían ambas indemnizaciones en ambos
- c. Extendió, generalizándolos, los beneficios de la contratación colectiva existente en las grandes empresas, que ya las consideraba derechos adquiridos

El 8 de Agosto de 1974 (G.O. N° Ext. 30.468) se promulga la Ley contra Despidos Injustificados que instituyó una indemnización por despido injustificado de monto igual al que correspondiera al trabajador por ambas indemnizaciones, antigüedad y auxilio de cesantía, con lo cual se consagra el llamado “pago doble” en el léxico popular, para los casos de despido injustificado, restituyéndose así las diferencias entre las rupturas arbitrarias del contrato de trabajo y las fundamentadas en causa legal, que habían sido abolidas por el Decreto N° 124. El “pago doble” montaba entonces a 60 días de salario por cada año de servicio, calculados en base al último salario devengado por el trabajador

Mediante Decreto N° 876 (G.O. N° Ex. 1.756 del 05-05-1975) se reforma nuevamente la Ley del Trabajo y se asimilan aún más ambas prestaciones al

eliminar el tope de 8 meses de salario, al auxilio de cesantía que se causare después de la entrada en vigencia de la norma.

La Ley Orgánica del Trabajo (LOT) (G.O. N° Ext. 4.240 de 20-12-1990), funde ambos derechos en uno sólo que denominó indemnización de antigüedad, equivalente a 1 mes de salario por cada año de antigüedad en el servicio o fracción de seis meses a partir del primer año de antigüedad.

Conservó la LOT el régimen de administración del capital que por este beneficio se iba causando año a año durante la vigencia de la relación de trabajo, asimismo ratificó el llamado “pago doble” en caso de despido injustificado; no obstante, para la fecha de su promulgación ya estaba presente el debate sobre la conveniencia de modificar los regímenes de terminación de la relación de trabajo y de estabilidad, por lo que la LOT previó en su Art. 128 el dictado de una Ley especial en estos temas, disposición que a la letra dispuso: “Con el objeto de facilitar que el trabajador reciba el salario que requiera para satisfacer sus necesidades fundamentales y sin menoscabo de la cuantía de los derechos que esta Ley consagra en su interés con motivo de su permanencia en el trabajo, podrá dictarse una ley en el régimen a cumplir por patronos y trabajadores acerca de sus relaciones y derechos patrimoniales a que se refieren los Capítulos VI y VII del Título II de esta Ley y la organización de un sistema a cargo de la Seguridad Social al cual contribuyan patronos y trabajadores, que ampare a éstos en caso de cesantía y los proteja en el retiro, vejez o invalidez”.

La evolución legislativa precedentemente reseñada conformó así un marco de protección contra el despido injustificado, de premio a la antigüedad del trabajador y de previsión contra el desempleo, cuyos rasgos fundamentales fueron:

- a. Pago a la finalización de la relación de trabajo después de tres (3) meses de servicio, de una indemnización equivalente a diez (10) días de salario si la antigüedad no excede de seis (6) meses, y de 1 mes de salario por cada año de servicios ininterrumpidos, o fracción de año mayor de seis meses, sin límites, calculada en base al salario devengado por el trabajador en el mes inmediatamente anterior a la terminación de la relación de trabajo e independientemente de la causa de la finalización de ésta
- b. Pago de una indemnización por despido injustificado a los trabajadores que hayan acumulado más de tres meses de antigüedad en el servicio, igual al doble de la indemnización de antigüedad antes señalada, más el doble de lo correspondiente por indemnización

- sustitutiva de preaviso, que podía ser hasta 1 mes de salarios para los trabajadores con más de 1 año de antigüedad.
- c. Generación de intereses de las cantidades que por concepto de la indemnización de antigüedad se iban causando anualmente; dichos intereses se fijaban por el Banco Central de Venezuela, tomando en cuenta los intereses pasivos del mercado de ahorro del país, las condiciones del mercado monetario y la economía en general.
 - d. Derecho del trabajador a constituir fideicomiso individual con su capital acumulado por la indemnización de antigüedad, mientras estuviere vigente la relación de trabajo, habida cuenta de que la liquidación y pago de la indemnización se hacía a la finalización de la relación de trabajo. Asimismo, derecho del trabajador a garantizar con el monto acumulado, obligaciones adquiridas con el patrono o una institución bancaria, para financiar sus necesidades fundamentales y las de su grupo familiar, de vivienda y educación.

III. LA REFORMA DE LA LOT DE 19 DE JUNIO DE 1997

Pues bien, durante el último gobierno de Rafael Caldera (1994-1999) , en conocimiento de que el tema de las *prestaciones sociales* se había convertido en un problema para el mercado laboral venezolano y, sobretudo, para acceder a la conquista del salario suficiente previsto en nuestro ordenamiento jurídico, que cada vez se hacía más difícil ante un proceso de depauperación del salario por la llamada bonificación del ingreso del trabajador, conformado por una pequeña parte de salario y una gran y mayoritaria porción de bonos que no se computaban para el cálculo de ningún beneficio derivado de la relación de trabajo, se convocó desde el primer momento a los actores sociales a concertar con el gobierno un nuevo régimen de “*prestaciones sociales*” y de seguridad social .

El 17 de Marzo de 1997 se logra la firma del *Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial* (ATSSI), suscrito por la representación ampliamente mayoritaria de empleadores (Fedecámaras, Conindustria, Fedeinindustria, Consecomerio, y Fedeaagro) y trabajadores organizados (Confederación de Trabajadores de Venezuela CTV, Confederación General de Trabajadores CGT y Confederación de Sindicatos Autónomos CODESA) y el gobierno a través de los Despachos Ministeriales de Cordiplán, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Industria y Comercio y Ministerio del Trabajo, cuyo contenido versó sobre salarios, prestación de antigüedad, indemnización por despido, seguridad social y relaciones colectivas de trabajo, “que significó en nuestro acervo cultural laboral, además de una expresión indiscutible de madurez democrática,

el inicio de un nuevo modelo de relaciones laborales caracterizado por la participación de los actores sociales en el diseño y ejecución de la política laboral y por la colaboración entre patronos y trabajadores en la búsqueda de soluciones que resolvieran las distorsiones del mercado de trabajo”. (Bernardoni de Govea María, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Temas y Tendencias en el Siglo XXI”; Caracas, Ed. La Semana Jurídica, 2004. P. 64).

Se cerró así un período de discusiones sobre esos temas que duró 12 años, desde que en 1985 el Dr. Rafael Caldera propusiera en su Anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo, una solución que no fue acogida favorablemente en el texto de esta Ley, que, sin embargo y como ya dijéramos, dejó en una disposición (Art. 128) abierta la posibilidad para dictar una Ley especial que abordara el tema.

El Acuerdo Tripartito derivó en la promulgación de la reforma de la LOT, como se dijera, el 19-06-1997 (G. O de 19 de Junio de 1997 N° 5.152) así como de un conjunto de leyes de Seguridad Social: Ley Orgánica del Sistema de Seguridad social Integral (G.O. n° 5.199 ext. de 30/12/1997); Decreto Ley n° 2.963 que regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Profesional, Decreto Ley n° 2.992 que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional y Decreto Ley que regula el subsistema de Pensiones (G.O. n° 36.575 de 5/11/1998); y Decreto Ley n° 2.994 que regula el Subsistema de Salud (G.O. n° 36.568 de 27/10/1998).

Dicha reforma de la LOT consistió, en la materia de prestaciones sociales y de indemnización por despido injustificado, en lo siguiente:

1. La “indemnización de antigüedad” pasa a denominarse “prestación de antigüedad” para resaltar que ya no constituía una indemnización al trabajador debido a su procedencia aún en caso de despidos justificados, y para destacar que su fundamento era sólo el tiempo de vigencia de la relación laboral.
2. A partir del cuarto mes de antigüedad ininterrumpida en el servicio, el trabajador causa cinco (5) días de salario cada mes, es decir, cuarenta y cinco (45) días de salario el primer año y sesenta días (60) a partir del segundo año; así, el método de cálculo comienza a denominarse “acumulativo” a diferencia del “retroactivo” que había regido hasta entonces
3. A partir del segundo año de servicios, contados a partir del 19-06-1997, fecha de entrada en vigencia de la reforma, el trabajador recibe adicionalmente dos (2) días de salario, por cada año, acumulativos hasta treinta (30) días de salario.

En consecuencia, el trabajador a partir del año 16 el alcanza el tope de treinta (30) días de salario del beneficio acordado por la ley en cuanto se refiere a los dos (2) días adicionales, lo que significó un “pago triple” por prestación de antigüedad, utilizando como referencia el esquema de 30 días de salario por cada año que preveía la Ley anterior, es decir 90 días de salario, si lo adicionamos a los 60 días a que tiene derecho anualmente, que los continuará recibiendo hasta que finalice la relación de trabajo.

4. La prestación de antigüedad a medida que se iba causando debía depositarse en un fideicomiso individual o acreditarse en la contabilidad de la empresa a nombre del trabajador y según su decisión, generando intereses a la tasa del mercado en el primer caso y a la promedio entre la activa y la pasiva fijada por el Banco Central de Venezuela en el segundo.
5. En caso de despido injustificado, el patrono debía pagar las indemnizaciones previstas por el artículo 125 de la LOT, consistente en Diez (10) días de salario si la antigüedad fuere mayor de tres (3) meses y no excediere de seis (6) meses y 30 días de salario por cada año o fracción de seis meses, calculados en base al último salario devengado por el trabajador, con un tope de 150 días de salario; además debía pagar al trabajador la indemnización sustitutiva de preaviso prevista en el artículo 104 LOT.

Esta indemnización da fin al método de cálculo de la indemnización por despido basado en el monto de la prestación de antigüedad, independizando ambos beneficios y poniendo fin al llamado “pago doble” de prestaciones por concepto de indemnización de despido.

Se destaca que esta reforma incorporó una definición amplia de salario (Art. 133 LOT) con el objeto de finalizar la política de bonificación de la remuneración del trabajador, que ha sido mantenida por el DLOTTT de 2012, pero a la cual no nos referimos por exceder la materia de este estudio; dicho objetivo se ha cumplido hasta los momentos, por lo menos en la letra de la Ley.

IV. NATURALEZA JURÍDICA E IMPORTANCIA SOCIAL

Muchas han sido las teorías que la doctrina laboral a lo largo del tiempo construyó para explicar la naturaleza jurídica de este beneficio; reseñamos las más importantes:

- a. Teoría del Crédito o Mayor Valor de la Empresa; según esta tesis, la prestación percibida por el trabajador se corresponde con la partici-

pación que le corresponde por el mayor valor obtenido por la empresa durante la vigencia de la relación de trabajo.

No obstante, se le aduce en contrario, que en los casos en que la empresa haya obtenido pérdidas y no beneficios o mayor valor no le correspondería al trabajador ninguna prestación, lo que no se corresponde con las características del beneficio en la legislación venezolana, en la cual, como ya se ha señalado, a partir de 1974 cuando se les declaró “derechos adquiridos” corresponden al trabajador independientemente del resultado empresarial

- b. Prestación integrativa del preaviso; de acuerdo con esta percepción las prestaciones sociales constituyen una prestación integrativa del preaviso confundiendo así la naturaleza jurídica de ellas con su origen, ya que evidentemente surgieron en las distintas legislaciones como un beneficio integrativo o adicional al preaviso para hacer menos onerosa al trabajador la contingencia de la pérdida del empleo, sin embargo, no pueden confundirse ambas ya que el preaviso tiene causas de procedencia diferentes a las prestaciones sociales, por lo éstas corresponden en ocasiones en que no procede el preaviso
- c. Premio de fidelidad al trabajador por el tiempo que el trabajador permanece en la empresa cumpliendo con sus obligaciones y, por tanto, colaborando con ésta; no se corresponde con el perfil de las prestaciones sociales en Venezuela, ya que nuestra legislación las reconoce al trabajador aunque haya sido despedido por causa justificada, es decir, por haber incurrido en alguna causal de despido de las prevista en la Ley
- d. Teoría del Resarcimiento de Daños; para parte de la doctrina constituyen una indemnización por el daño que causa el patrono al trabajador con el despido; en Venezuela no tiene cabida porque las prestaciones sociales corresponden aún en caso de renuncia libre del trabajador o de despido justificado por haber incurrido en alguna de las causales tipificadas por la Ley
- e. Teoría del salario diferido; Las prestaciones sociales constituyen parte del salario causado en la relación laboral por el trabajador cuyo pago se difiere por disposición de la Ley para el momento de la terminación de la relación de trabajo; consideramos que lo verdaderamente importante, como son las razones de previsión social que fundamentan la decisión del Legislador a diferir el pago para el momento del despido, no se valoran suficientemente en esta teoría; de constituir salario no podría el Legislador confiscar el derecho patrimonial para diferirlo

hasta la culminación de la relación laboral, tomando en cuenta que el salario es disponible sólo por su titular: el trabajador

- f. Teoría de la previsión social; debida a Francisco De Ferrari, es la doctrina que a nuestro parecer más se ajusta a la naturaleza de las prestaciones sociales en la legislación venezolana a partir de 1974 cuando dejaron de corresponder sólo en los casos de terminación debida a causas ajenas al trabajador, para constituir lo que se ha llamado un “derecho adquirido” que corresponde al trabajador cualquiera sea la causa de terminación de su contrato de trabajo o del tipo que este sea.

Así, en Venezuela las prestaciones sociales constituyen un ahorro obligatorio de dineros que el trabajador va causando por el transcurso del tiempo en su relación de trabajo y que le son liquidados en el momento de la terminación de la relación de trabajo, con una finalidad de previsión social, ya que el Legislador supone que es este momento cuando el trabajador y su familia requieren de mayores necesidades que satisfacer y cuando el riesgo del desempleo se hace presente.

Es así como, la Ley al establecer la obligación del patrono de reconocer al trabajador las prestaciones sociales, está poniendo a cargo del patrono la obligación de atender este deber de previsión social, es decir, de atención del trabajador cuando ha quedado sin empleo, que en puridad corresponde a la sociedad entera y al Estado, su representante.

Más adelante veremos, para remarcar su naturaleza previsional, que la Ley permite al trabajador solicitar se le adelante parte de su capital acumulado para cubrir las necesidades fundamentales de educación, salud y vivienda.

V. EL PLURAL “PRESTACIONES SOCIALES”

El término “prestaciones sociales” siempre se había utilizado en los ambientes laborales y en la contratación colectiva, aunque sin fundamento legislativo; evidentemente, como ya se señaló, en su origen se trató de dos instituciones, la indemnización y el auxilio de cesantía, de allí su denominación en plural en el lenguaje común, sin embargo, desde 1974 ambos beneficios se asimilaron en cuanto a naturaleza jurídica, causas de procedencia y montos, por lo que la LOT de 1990 las fusiona en una sola prestación que llamó “indemnización de antigüedad” y luego la reforma de 1997 ajusta a su naturaleza su denominación, llamándola “prestación de antigüedad; ya no procedía entonces mantener su denominación en plural.

La Constitución de 1999, por primera vez acoge el término “prestaciones sociales” en su texto, aunque ya no eran varias prestaciones sino una sola; asimismo el DLOTTT de 2012, al desarrollar la institución en los artículos 141 y siguientes, incorpora el término “prestaciones sociales” aunque se trata de un solo beneficio. Es por ello que consideramos que el término “prestaciones sociales” sólo puede entenderse desde una perspectiva histórica y cultural.

VI. EL RÉGIMEN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES EN EL DLOTTT (ARTS. 122 Y 141 Y SIGS.)

- a. La Garantía de Prestaciones Sociales
- ▶ Depósito al trabajador del equivalente a quince (15) días de salario integral cada trimestre, calculado en base al último salario de este período. El derecho al pago del trimestre nace desde el primer día de éste, con excepción del primer trimestre, en el cual se causan 5 días de salario por mes trabajado o fracción.
 - ▶ Adicionalmente, a partir del 2do. Año de antigüedad, depósito al trabajador de dos días de salario integral por cada año, hasta acumular treinta (30) días de salario
 - ▶ Diferencias y Semejanzas con el régimen aprobado el 19-06-1997

El primer año ya se causan 60 días de salario, mientras que en la LOT eran 45 días de salario el primer año y 60 días de salario los siguientes

Se calcula en base al último salario devengado en el trimestre mientras que antes era en base al salario mensual, aplicando un tímido componente de retroactividad

Se elimina el párrafo Primero del artículo 108 LOT que consagraba una porción de prestación complementaria en caso de liquidación del trabajador por terminación de la relación laboral; pensamos que se pretende compensar con el derecho al pago de los trimestres desde el primer día, no obstante el resultado es perjudicial al trabajador, como puede apreciarse en un trabajador con 6 meses de antigüedad, a quien según la LOT correspondían 45 días de salario, mientras que según el DLOTTT corresponden 30 días; asimismo, un trabajador con 1 año y seis meses de antigüedad, correspondían 105 días de salario según la LOT y ahora sólo 90 días de salario

Los dos días de salario que se causan anualmente a partir del 2do. año de antigüedad, se depositan o se acreditan en la cuenta del trabajador, mientras que en la LOT se pagaban al trabajador

El monto de la prestación (5 días de salario integral mensual y dos días de salario anuales a partir del 2do. año de antigüedad) y el método acumulativo, son en esencia análogos a lo establecido en la LOT.

6.1. *Recálculo al finalizar la relación laboral*

- ▶ Las prestaciones sociales **se calculan** en base al último salario devengado 30 días por cada año de servicio o fracción superior a seis (6) meses, es decir, aplicando el método retroactivo que rigió hasta el 19-06-1997.
- ▶ El resultado del calculo anterior se compara con lo acumulado por concepto de ‘garantía de prestaciones sociales’ según se indicara en el punto anterior, es decir, los 15 días de salario trimestrales y 2 días de salario a partir del 2do. año.
- ▶ Al trabajador le corresponderá la cantidad que resulte mayor en la comparación ordenada por la Ley.
- ▶ La aplicación del método de cálculo adoptado en la reforma de la LOT de 19-06-1997, demostró en la práctica ser más favorable en trabajadores con antigüedades de hasta 10 años, a partir de cuando el método retroactivo pareciera ser más favorable; de esto puede deducirse que en Venezuela, donde el promedio de antigüedad de un trabajador no excede de 5 años, al menos en el sector privado de la economía, el método acumulativo que se adoptara en 1997 resultará más favorable al trabajador en la mayoría de los casos, como pareciera estarse demostrando en la practica.

6.2 *¿Pago de las prestaciones sociales en base al último salario?*

La nueva Ley (DLOTTT) en su artículo 122 señala que el salario base para el cálculo de lo que corresponda al trabajador por concepto de prestaciones sociales será el último salario devengado y considerado integralmente.

Este cálculo en base al último salario, representa sin embargo una mera declaración de principio por cuanto:

- ▶ Si bien el cálculo se hace en base al último salario, las prestaciones se pagarán en base al acumulado de los salarios trimestrales que haya causado el trabajador durante la relación laboral, cuando este

acumulado resulta más favorable que el cálculo en base al último salario, hecho sólo como referencia; el pago en base al último salario procederá sólo en los casos que resulte más favorable al trabajador

- ▶ Al ordenar la comparación del resultado de ambos métodos, el acumulativo de 5 días de salario mensuales o 15 días de salario trimestrales más los dos días adicionales anuales, y el retroactivo consistente en 30 días de salario por cada año de servicio o fracción superior a seis (6) meses, la Ley legitima ambos métodos de cálculo, el establecido el 19-06-1997 en la reforma de la LOT de ese año y el retroactivo que rigió hasta la fecha mencionada, a nuestra manera de ver porque ambos satisfacen los requerimientos constitucionales (Art. 92) como son, recompensar la antigüedad del trabajador y amparar al trabajador cesante
- ▶ Es por ello que resulta denostable, falaz y carente de técnica la frase contenida en la Disposición Transitoria 2da. que habla de la conculcación de las prestaciones sociales que se concretara el 19-06-1997, sólo comprensible en un “corta y pega” de algún documento interesado que se coló al legislador.

6.3. *Administración del capital de prestaciones sociales*

- ▶ Las prestaciones sociales a medida que se vayan causando trimestralmente y/o anualmente, se depositarán en un fideicomiso bancario individual, en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, o se acreditan en la contabilidad de la empresa, según la opción que decida el trabajador
- ▶ Devengarán intereses a la tasa de mercado, cuando sean depositados en fideicomiso o en el fondo nacional, o a la tasa promedio establecida por el Banco Central de Venezuela, si permanecen en la contabilidad de la empresa
- ▶ En caso de incumplimiento del patrono con los depósitos se causarán intereses a tasa activa
- ▶ Los intereses generados por las prestaciones sociales se calculan mensualmente y se pagan al trabajador anualmente, a menos que éste decida capitalizarlos
- ▶ Los intereses y el capital de prestaciones sociales están exentos del impuesto sobre la renta
- ▶ Deber de información al trabajador tanto del patrono como de la Institución bancaria sobre las cantidades depositadas o acreditadas y los intereses que ellas hayan generado

► Diferencias y semejanzas con el régimen anterior de 19-06-1997

La LOT previó la creación de fondos de prestaciones sociales, mientras que el DLOTTT uno sólo centralizado a nivel nacional

La LOT establecía como sanción el pago de intereses a tasa activa cuando el patrono no cumplía la voluntad del trabajador en la selección de la modalidad de administración de sus prestaciones sociales, el DLOTTT elimina esta sanción

En términos generales el régimen es igual al de 1997

6.4. La indemnización en caso de despido injustificado

El DLOTTT restituye el método de cálculo de esta indemnización en base a lo causado por prestaciones sociales, estableciendo en sus artículos 92 y 93, que se pagará al trabajador en el caso de terminación de la relación de trabajo por el despido injustificado, así como por causas ajenas a su voluntad, un monto equivalente a lo que le corresponda por concepto de prestaciones sociales.

Es de observar que, esta indemnización procede sólo si el trabajador lo acepta, pues, estando consagrada en la nueva Ley una estabilidad absoluta (Art. 85) consistente en el “derecho del trabajador a permanecer en el puesto de trabajo” corresponde a éste su disposición, ya que de lo contrario, su indisponibilidad para el trabajador convertiría a la estabilidad en un trabajo forzoso.

Se observa además que, el DLOTTT elimina la indemnización sustitutiva del preaviso prevista por la LOT en este caso.

6.5 El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

- Creado mediante Decreto Ley N° 9053 de 15 de junio de 2012 (G.O. 394.285) bajo la figura del “Programa Fondo Nacional de Prestaciones Sociales”
- Dicho Programa se desarrollará bajo los lineamientos que dicte el Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas y se ejecutará a través de las Instituciones que conforman la banca pública
- La banca privada podrá adherirse cumpliendo con las condiciones que dicte el Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas
- Todos los patronos, tanto los del sector público como del privado, pueden utilizarlo si así lo decide el trabajador
- La banca pública o privada, adscrita al Programa, debe mantener en cuentas individuales a nombre del beneficiario trabajador en las cuales

se reflejen tanto los depósitos y retiros de capital como los intereses generados por éstos

6.6. *Utilización del capital del trabajador antes de la finalización de la relación laboral*

- ▶ Anticipos: Al igual que establecía la LOT, el trabajador podrá retirar hasta un 75% de lo acumulado por garantía de prestaciones sociales para satisfacer las obligaciones por vivienda, educación y salud, generadas por su persona o su familia
- ▶ Asimismo, igual que hacía la LOT, puede el trabajador garantizar préstamos o avales, obtenidos del patrono o de una entidad bancaria para los fines anteriormente indicados.

VII. LOS PASIVOS LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO

7.1. *Ámbito de los Pasivos Laborales*

El término pasivos laborales se ha venido acuñando en el tiempo para hacer referencia a las deudas que el patrono Estado ha acumulado con sus trabajadores en razón de las siguientes causas:

- ▶ Liquidación de prestaciones sociales y de la compensación por transferencia que ordenó la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 19-06-1997; En efecto, el artículo 666 de la reforma, ordenó pagar la indemnización de antigüedad prevista en la LOT de 27 de noviembre de 1990, causada en beneficio del trabajador, calculada en base al salario del mes anterior a la fecha de la reforma, así como también, un beneficio creado por la reforma y denominado “compensación por transferencia” consistente en 30 días de salario por cada año de servicio del trabajador y calculada en base al salario normal devengado por el trabajador para el 31 de diciembre de 1996. Ambos beneficios debían ser pagados en un plazo no mayor de cinco años, estableciendo la Ley los pagos parciales que debían irse produciendo hasta completar el pago de la totalidad de lo adeudado, tanto en el sector público como privado; también penalizó la reforma la mora en el cumplimiento de estas obligaciones, al establecer que, vencido el plazo de 5 años, el saldo pendiente devengaría intereses a la tasa activa que fijaría el Banco de Venezuela, tomando como referencia los 6 principales bancos comerciales y universales del país.
- ▶ Pues bien, el Estado venezolano, hoy día cuando han transcurrido 16 años de la reforma de la LOT de 1997, no ha culminado de cancelar la

deuda causada por este concepto, siendo una de las principales razones de la pesada carga de pasivos laborales con sus trabajadores. Es bueno recordar que, una de las bondades de la reforma de la LOT en 1997, fue justamente que se previó un plazo para que el Ejecutivo hiciera un corte en la liquidación de sus trabajadores, lo que le permitiría iniciar una nueva etapa con las cuentas saldadas y mejores perspectivas en la planificación de las relaciones laborales en el sector público, y a los trabajadores que en éste se desempeñan, comenzar a disfrutar oportunamente de sus derechos como ocurre en el sector privado. Es evidente que se perdió esa oportunidad y que los trabajadores que laboran en las instituciones del Estado continúan afectados por las moras e incumplimientos de su patrono.

- ▶ Otra de las fuentes que alimentan los pasivos laborales está constituida por los intereses sobre prestaciones sociales que tanto la LOT de 1990, como la reforma de 1997, como el DLOTTT de 2012 establecen y que son de pago anual, a menos que el trabajador decida capitalizarlos, siendo que en el sector público, el Estado no cumple oportunamente con dichas previsiones legales
- ▶ Además, se agregan las deudas producto de la mora del Estado en la liquidación a los funcionarios públicos y trabajadores del sector público en general, de las prestaciones sociales causadas una vez que finaliza la relación laboral, no obstante las disposiciones constitucionales y legales al respecto; en efecto, la Constitución de 1999 (Art. 92) señala que tanto las prestaciones sociales como el salario constituyen “créditos laborales de exigibilidad inmediata”, sin que se haga ninguna excepción dependiendo del tipo de patrono ante quien estemos, público o privado; asimismo, el DLOTTT (Art. 142. f) establece un plazo de 5 días contados a partir de la terminación de la relación laboral para el pago de las prestaciones sociales, vencido el cual sin que se haya dado cumplimiento a éste, se generan intereses de mora a la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela.

7.2. El Fondo de Ahorro Nacional de la Clase Obrera

- ▶ Se crea mediante Decreto N° 8.896 de 31 de marzo de 2012, publicado en G.O. N° 39.915 de 4 de Mayo de 2012
- ▶ Constituye este Fondo, según prevé su artículo 1°, un instrumento alternativo para el pago de la deuda derivada de las prestaciones sociales y soportar el régimen prestacional de los trabajadores de la

Administración Pública, con lo cual se aspira pagar la “deuda social” con los trabajadores del sector público venezolano, deuda que, precisamente, hemos llamado en este trabajo “pasivos laborales”.

Queda pues esperar a que se cumpla efectivamente con lo aquí previsto.

- ▶ El pago se hará mediante títulos (petro-orinoco e inmobiliarios) negociables en la Bolsa Pública de Valores Bicentenario (Arts. 11 y 16F).
- ▶ Se establece que los funcionarios y contratados de la Administración Pública “podrán” optar al pago de las prestaciones mediante estos instrumentos (Art. 19), con lo cual el Decreto les atribuye una voluntariedad que no se corresponde con la práctica, ya que las pocas experiencias ocurridas hasta ahora, como se trata del pago de las prestaciones sociales e intereses a los docentes de las Universidades Nacionales, no plantean otra alternativa a los destinatarios de la emisión de Bonos, por lo que éstos se ven compelidos a aceptar el pago mediante estos instrumentos, que como es sabido pueden conllevar alguna pérdida de su valor al ser canjeados en la Bolsa de Valores.
- ▶ Establece el Decreto una restricción a la disponibilidad por el trabajador del monto de sus prestaciones sociales, cuando señala que en la emisión de los bonos podrá señalarse que la negociación sólo podrá hacerse por el adquirente luego de transcurrido 1 año de su emisión, con lo cual se está violentando la titularidad de los derechos del trabajador sobre el capital constituido por las prestaciones sociales, además de que convierte en una declaración desprovista de efectividad, la disposición constitucional antes mencionada que los declara derechos de exigibilidad inmediata.

Consideramos entonces que, no obstante el avance que significaría saldar la abultada deuda laboral del Estado que data de 1997, se afectan con el régimen alternativo del Fondo de Ahorro Nacional, derechos del trabajador garantizados constitucional y legalmente, como son la intangibilidad de los derechos laborales, la exigibilidad inmediata de las prestaciones sociales, la libertad de elección de la forma de pago, configurándose una discriminación en perjuicio de los trabajadores del sector público, en comparación con los trabajadores del sector privado de la economía, donde rigen absolutamente los derechos laborales, y así es exigido por el Estado a los patronos de este sector y sancionado su incumplimiento según la Ley.

VIII. CONCLUSIONES

1. La fórmula conciliadora adoptada por el DLOTTT que ordena comparar en cada caso ambos métodos de cálculo, el retroactivo que rigiera hasta el 19-06-1997, fecha de la reforma de la LOT, y el acumulativo aprobado por esta reforma y mantenido por la nueva la Ley bajo la figura de la “garantía de prestaciones sociales”, para escoger y aplicar el que resulte más favorable al trabajador, pone definitivamente fin al CUENTO del robo de las prestaciones sociales, al legitimar la norma ambos métodos de cálculo, además de recordar que el Derecho del Trabajo aunque de contenido y finalidad social es tributario de lo económico y esencialmente histórico y contingente.
2. Sin embargo, viejas reflexiones ponen en duda el fin de la Historia en este tema, tales como la estrecha relación existente entre las prestaciones sociales y la Seguridad Social, dada su naturaleza fundamentalmente previsional, por lo que es de plantearse si en el futuro se orientarán a ser absorbidas dentro del ámbito de esa Disciplina.
3. Así también, nuevas reflexiones ponen en duda el fin de la Historia de las Prestaciones Sociales, refiriéndonos en este caso, concretamente a su supervivencia, así como a la supervivencia de todo el Derecho del Trabajo, en un modelo de producción socialista o comunista, como el que se diseña en varias Leyes y Decretos, orientado hacia la eliminación de la división social del trabajo propia del modelo económico capitalista, promoción del Estado comunal y las Organizaciones de Producción Social y del Trabajo Colectivo en relaciones de producción “no alienada” donde no exista la empresa y la relación obrero patronal, todo lo cual elimina la base real de sustentación del Derecho del Trabajo.

Nos referimos a las siguientes normas:

3.1 G.O. N° 6.011 Extraordinario de 21-12-2010

- ▶ Ley Orgánica del Poder Popular
- ▶ Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular
- ▶ Ley Orgánica de las Comunas
- ▶ Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal
- ▶ Ley Orgánica de Contraloría Social

3.2 G.O. N° 39.945 de 15-06-2012

- ▶ Decreto N° 9.052 que promueve y regula las nuevas formas asociativas conjuntas entre el Estado, la Iniciativa Comunitaria y Privada para el Desarrollo de la Economía Nacional.

Consecuencias de la supresión legal de las categorías de obrero y empleado, respecto al ámbito de aplicación personal de las convenciones colectivas de trabajo

*Manuel Díaz Mujica*¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco normativo. III. Algunos comentarios. IV. Condiciones de trabajo diferentes según la categoría profesional. V. Algunas decisiones judiciales de importancia. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley del Trabajo del 16 de julio de 1936 diferenciaba al obrero del empleado con base en el predominio del esfuerzo manual o físico sobre el intelectual. Esta distinción no era meramente semántica sino que tenía repercusiones legales y prácticas bien importantes.

Así por ejemplo, hasta que entró en vigencia la Ley de 1990, la jornada semanal máxima de trabajo era de cuarenta y ocho horas para los obreros y de cuarenta y cuatro horas para los empleados. La proporción de venezolanos y extranjeros permitida por la ley debía ser computada separadamente para obreros y empleados según el artículo 8 del Reglamento de la Ley del Trabajo del 30 de noviembre de 1938, y luego el artículo 24 del Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 mantuvo la norma, agregando que igual cómputo separado debía aplicarse a las remuneraciones de cada categoría para determinar si se excedía o no el porcentaje máximo permitido de remuneraciones del personal extranjero.

¹ Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho del Trabajo. Despacho de Abogados Miembro de la Firma Internacional Baker & McKenzie, Socio.

Los obreros podían celebrar válidamente contratos de trabajo por tiempo determinado hasta por un año, mientras que los empleados podían celebrar esa clase de contratos primero hasta por cinco años y luego, a partir de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, hasta por tres años. La Ley del Trabajo de 1936 permitía la constitución de sindicatos de obreros, de empleados y mixtos, y esa posibilidad de sindicatos que podían agrupar únicamente a obreros o empleados se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Ley de 1990.

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, que entró en vigencia el 7 de mayo de 2012² (la “LOTTT-2012”) mantuvo la distinción pero sólo para el sector público, cuando estableció en su artículo 6 que dicha ley aplica a los “*obreros y obreras al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales, centralizados y descentralizados*”, mientras que los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales se rigen por las normas sobre la función pública en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad, jubilaciones, pensiones, régimen jurisdiccional, y sólo se benefician de la LOTTT-2012 en forma supletoria, en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.

Al amparo de esta tradicional distinción entre obreros y empleados se hizo costumbre en Venezuela que los contratos colectivos de trabajo, ahora convenciones colectivas de trabajo, se celebrasen en muchos casos sólo para obreros, a los que comúnmente se aludía como trabajadores de nómina diaria. En esos casos era usual que los principales beneficios de la contratación colectiva, como las mejoras en utilidades y bono vacacional, fuesen extendidos voluntariamente a los empleados, mientras que otras condiciones -como las referidas a los aumentos salariales-, eran convenidas directamente por los empleados con su patrono. Esta práctica ampliamente difundida se mantiene hasta nuestros días, aun cuando la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 eliminó la norma que expresamente establecía la posibilidad de que se constituyeran sindicatos de obreros o de empleados únicamente.³

Luego de la supresión de la distinción legal entre obreros y empleados como categorías distintas del género trabajador, en 2012, surge la duda si sería válido o no negociar convenciones colectivas de trabajo en el sector pri-

² Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.076 Extraordinario, del 7 de mayo de 2012.

³ Lo que ocurría era que los sindicatos de trabajadores negociaban convenciones o contratos colectivos para los obreros o personal de nómina diaria, únicamente, y no comprendían a los empleados en su ámbito personal de validez.

vado que apliquen a una sola de estas categorías, o si aún comprendiéndolas a ambas en el ámbito de aplicación personal de una determinada convención colectiva, cada grupo podría tener condiciones o beneficios diferentes, en atención a sus funciones y responsabilidades en la entidad de trabajo.

En nuestro criterio la respuesta a ambas preguntas es afirmativa, porque a pesar que la ley no haga expresa distinción entre ambas categorías (obreros y empleados), cada grupo tiene funciones y responsabilidades diferentes. En esos casos la diferenciación no resulta de un capricho del empleador sino de una necesidad real y de una situación fáctica que no debe ser ignorada.

II. MARCO NORMATIVO

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 96 que todos *“los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley.”* La Carta Magna agrega que *“las convenciones colectivas deben amparar a todos los trabajadores y trabajadoras activos al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad.”*

Por su parte, la LOTT-2012 elimina toda distinción entre obreros y empleados relativa al sector privado de la economía, repite el postulado constitucional de que las normas de la convención colectiva benefician a todos los trabajadores y las trabajadoras de la entidad de trabajo aun cuando ingresen con posterioridad a su celebración, y agrega que sólo están exceptuados de la aplicación de la convención colectiva de trabajo *“los representantes del patrono o patrona a quienes le corresponde autorizar y participan en su discusión, salvo disposición en contrario de las partes.”*

Aunque estas normas pueden llevar a concluir que la convención colectiva de una entidad de trabajo debe aplicarse a todos sus trabajadores, con la única excepción de los representantes del patrono que la negociaron o autorizaron su celebración, existen otras normas en la misma LOTT-2012 que hacen pensar que lo anterior no es una verdad absoluta. En este sentido podemos citar los artículos 366, 371 y 463 de la LOTT-2012:

“Principio de pureza

Artículo 366. No podrá constituirse una organización sindical que pretenda representar, conjuntamente, los intereses de trabajadores y trabajadoras y de patronos y patronas, ni que tenga afiliados indistintamente a patronos y patronas y a trabajadores y trabajadoras.

Los trabajadores y trabajadoras de dirección no podrán constituir sindicatos de trabajadores y trabajadoras o afiliarse a éstos.”

“Clases de sindicatos de trabajadores y trabajadoras

Artículo 371. Los sindicatos de trabajadores y trabajadoras pueden ser de entidad de trabajo, profesionales, de industria o sectoriales:...

- b) Son sindicatos profesionales, de artes u oficios los integrados por trabajadores y trabajadoras de una misma profesión u oficio, o de profesiones u oficios similares o conexos, ya trabajen en una o en distintas entidades de trabajo. Podrán constituir sindicatos profesionales las personas que desempeñen profesiones u oficios en forma no dependiente...”

“Protección a la pequeña y mediana industria

Artículo 463. Cuando en una rama de actividad existan diferencias sustanciales entre las entidades de trabajo grandes y las pequeñas o medianas, la convención colectiva discutida en Reunión Normativa Laboral, deberá establecer condiciones diferentes para la aplicación de cláusulas a los fines de protegerlas como fuentes de trabajo y de producción de bienes o servicios.”

En el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006⁴, que no ha sido expresamente derogado y cuyas disposiciones deberían mantener vigencia a menos que contradigan aquellas de la LOTTT-2012, encontramos algunas otras normas que refuerzan nuestra conclusión, como las contenidas en los artículos 145 y 148 que regulan el ámbito personal y espacial de validez de la convención colectiva:

“Ámbito personal de validez de la convención colectiva

Artículo 145. La convención colectiva beneficiará a todos los trabajadores y trabajadoras de la empresa que pertenezcan a la categoría profesional objeto de regulación, aun cuando hubieren ingresado con posterioridad a su celebración e independientemente de su condición de miembros del sindicato que la hubiere suscrito.”

“Ámbito espacial de validez de la convención colectiva

Artículo 148. La convención colectiva que se celebre con el sindicato que represente a la mayoría absoluta de los trabajadores y trabajadoras regirá en los diversos departamentos o sucursales de la empresa, salvo que expresamente se pactare lo contrario en atención a las peculiaridades del trabajo que se ejecuta en dichas áreas.”

⁴ Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.426, del 28 de abril de 2006.

III. ALGUNOS COMENTARIOS

El nivel de la negociación colectiva deben determinarlo las partes contratantes en ejercicio de la autonomía de su voluntad, y no debería ser impuesto de manera unilateral por la legislación o las autoridades. Así lo ha entendido el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, cuando ha expresado que *“En base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa.”*⁵

Al referirse al Convenio No. 154 y a la Recomendación No. 163 sobre la negociación colectiva, la Organización Internacional del Trabajo expresa que el objetivo es permitir *“que tenga lugar la negociación colectiva a cualquier nivel, desde lugares de trabajo individuales, la organización o empresa, la ocupación, la industria, o a nivel regional o nacional”*, y agrega que *“las partes en la negociación colectiva deberían poder elegir los niveles más apropiados en los cuales tiene lugar la negociación colectiva. La negociación colectiva debería tener lugar en los niveles que las propias partes negociadoras decidan que son los más apropiados. La Recomendación núm. 163 dispone que se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, entre otros, “a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional”. No existe un nivel que sea mejor que otros para una negociación colectiva. Cada uno tiene sus propias características y las partes deberían elegir por sí mismas el nivel que desean.”*⁶

⁵ Tomado del artículo intitulado “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”, de Bernard GERNIGON, Alberto ODERO y Horacio GUIDO, publicado en la *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119 (2000), núm. 1, página 46. Consultado en: <http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/germigon.pdf>. En el mismo ensayo los autores citan que en un caso relativo a Bulgaria, *“tras examinar la queja de la organización querellante de que algunos convenios colectivos se aplicaban sólo a las partes contratantes y a sus afiliados, y no a todos los trabajadores, el Comité de Libertad Sindical declaró: «Se trata de una opción legítima – como también podría serlo la contraria – que no parece violar los principios de la libertad sindical y que, además, es seguida en muchos países»* (OIT, 1996b, caso 1765, párrafo 100).” Página 42.

⁶ Tomado de: “Promoción de la negociación colectiva Convenio núm. 154”, consultado en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_172300.pdf.

Además, la posibilidad de que existan diversas condiciones de trabajo en el marco de una misma empresa, incluso si hubieran sido pactadas colectivamente, es una realidad aceptada por nuestra legislación interna.

Cuando la LOTTT-2012 permite que existan sindicatos profesionales (artículo 371), que sólo pueden representar a trabajadores de una misma profesión u oficio, está validando que en una misma entidad de trabajo puedan coexistir varias convenciones colectivas. Así por ejemplo, en una empresa manufacturera podría existir una convención colectiva de trabajo para el personal de planta, negociada con un sindicato de empresa o de entidad de trabajo, otra convención colectiva para los vendedores de la empresa, negociada con un sindicato profesional de vendedores, y una tercera convención colectiva de trabajo para los choferes de la empresa que transportan la materia prima y los productos terminados de ésta, negociado y suscrito con un sindicato profesional del transporte. Tres convenciones colectivas de trabajo –y podrían ser más–, negociadas en condiciones diferentes con tres sindicatos distintos.

En la misma línea de pensamiento, cuando la LOTTT-2012 permite que en el marco de una convención colectiva por rama de actividad se establezcan “*condiciones diferentes para la aplicación de cláusulas*” a fin de proteger a la pequeña y mediana empresa (artículo 463), está reconociendo que existen situaciones en las cuales no sólo es posible sino necesario establecer condiciones de trabajo diferentes, dependiendo de la realidad que se debe regular.

Por otra parte, si los trabajadores de dirección tienen prohibición legal expresa de afiliarse o pertenecer a los sindicatos de trabajadores (artículo 366 de la LOTTT-2012), luce lógico que tal categoría debería poder quedar excluida de la aplicación de la convención colectiva de trabajo y tener sus propias condiciones y beneficios, aunque la legislación vigente no lo disponga así de manera categórica.

Finalmente, cuando el Reglamento de 2006 regula el efecto expansivo de la convención colectiva, lo limita a los trabajadores que pertenezcan a la categoría profesional objeto de regulación. Y cuando permite al patrono y al sindicato mayoritario acordar que la convención colectiva de trabajo no aplique a algunos departamentos o sucursales de la empresa, en atención “*a las peculiaridades del trabajo que se ejecuta en dichas áreas*”, está reconociendo que la convención colectiva no necesariamente ha de aplicarse por igual a todos los trabajadores de una misma empresa o entidad de trabajo.

IV. CONDICIONES DE TRABAJO DIFERENTES SEGÚN LA CATEGORÍA PROFESIONAL

Es evidente que con el tiempo se han ido eliminando las diferencias entre obreros y empleados, en cuanto a su regulación laboral. Ya no existe entre nosotros diferencia alguna respecto a la duración máxima de la jornada ni tampoco respecto al tiempo por el cual cada categoría puede contratar por tiempo determinado, y tampoco hay diferencias en materia sindical.

Sin embargo, lo anterior no significa que no existan diferencias entre grupos de trabajadores, y que no se puedan justificar tratamientos distintos. Evidentemente es diferente el trabajo que realiza el operario de una máquina al que lleva a cabo su supervisor, un oficinista, o un chofer de la misma entidad de trabajo.

Entonces, si la legislación laboral venezolana permite que los trabajadores se agrupen en sindicatos por su profesión, arte u oficio, y que tales sindicatos celebren convenciones colectivas para los trabajadores de esa profesión y no para el resto de los trabajadores de la empresa o entidad de trabajo, debería ser válido y permitirse que un sindicato de empresa negocie una convención colectiva para los trabajadores de la planta industrial y otra o ninguna para los trabajadores administrativos, por ejemplo. Y, en ese mismo caso, los trabajadores administrativos no podrían pretender la aplicación de la convención colectiva suscrita para los trabajadores de la planta industrial, ni siquiera invocando el efecto expansivo que nuestra legislación reconoce a sus disposiciones, precisamente por tratarse de trabajadores que pertenecen a categorías profesionales diferentes.

En otras palabras, si concluimos que hay diferencias reales y objetivas, susceptibles de justificar un tratamiento laboral distinto, en atención a las características de las labores que se realizan, o a las responsabilidades del trabajador, o al lugar en que se prestan los servicios, o a cualquier otra circunstancia objetiva que no sea fruto del capricho ni suponga una discriminación arbitraria, deberían poder existir condiciones de trabajo diferentes, incluso colectivas.

En estos casos, más que excluir de la aplicación de la convención colectiva a un grupo de trabajadores, se trata de negociarla para una categoría profesional específica, o incluso para diferentes categorías profesionales pero estableciendo razonables diferencias entre ellas. De esta manera, debería ser válida una convención colectiva de trabajo para el personal de nómina diaria o personal de nómina menor, únicamente. Esta posibilidad tendría aún menos discusión si el empleador garantiza que el personal no amparado por la convención colectiva, o excluido de la misma, disfrutará de

condiciones y beneficios que, en su conjunto, sean equivalentes o superiores a las que disfruta el personal amparado.⁷

Un ejemplo reciente que valida nuestra posición, tan importante como para calificar de precedente, se puede observar en la convención colectiva de trabajo de la industria petrolera que debe regir entre el primero de octubre de 2011 y similar fecha de 2013, la cual fue acordada después de la entrada en vigencia de la LOTTT-2012.

Esta convención colectiva utiliza los términos obrero y empleado cuando define quién es trabajador y también en su tabulador de cargos y salarios básicos, y la misma sólo aplica, regula y beneficia, al personal de la Nómina Diaria y la Nómina Mensual Menor de PDVSA Petróleo, S.A. Se excluye expresamente de su ámbito personal de aplicación, de ésta la más importante convención colectiva de trabajo del país, a los trabajadores de dirección y a los representantes del patrono, como éstos son definidos en los artículos 37 y 41, respectivamente, de la LOTTT-2012, a quienes por la parte patronal autorizan la celebración de la convención y participan en su discusión (artículo 432 de la LOTTT-2012) y a los empleados que pertenecen a la llamada “Nómina No Contractual”.⁸ De acuerdo con el texto de dicha convención, la

⁷ Ésta ha sido la condición impuesta por el legislador venezolano para permitir excluir válidamente, antes de la entrada en vigencia de la LOTTT-2012, a los empleados de dirección y a los trabajadores de confianza del ámbito de validez personal de una convención colectiva de trabajo.

⁸ La primera parte de la cláusula 2 de la citada convención colectiva de trabajo expresa textualmente lo siguiente: “CLÁUSULA 2: ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA CONVENCION. Se encuentra amparado por esta CONVENCION, el TRABAJADOR de la Nómina Contractual, comprendida por la Nómina Diaria y la Nómina Mensual Menor de la EMPRESA; no así, aquél que atendiendo al principio de la primacía de la realidad sobre las formas y apariencias, desempeñe los puestos o trabajos contemplados en los Artículos 37, 41 y 432 de la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras. La promoción de un TRABAJADOR se realizará sin perjuicio de que la vacante que resulte con ocasión de la misma, sea cubierta conforme a lo previsto en las cláusulas 35 y 56 de esta CONVENCION.

Asimismo, queda exceptuado de la aplicación de esta CONVENCION, el empleado de la EMPRESA que pertenezca a la Nómina No Contractual; la cual está conformada por un personal que disfruta de una serie de beneficios y condiciones de trabajo, regidos por la Normativa Interna de la EMPRESA, cuyas normas y procedimientos contemplan condiciones que en su conjunto no podrán ser inferiores a las existentes para el personal amparado por la presente CONVENCION. No obstante esta excepción, la EMPRESA manifiesta su respeto a la libertad que tiene todo TRABAJADOR de afiliarse o no a una organización sindical, y de ejercer todos los derechos que en este aspecto la legislación laboral le concede; en virtud de lo cual, el personal de la Nómina No Contractual no será afectado en los derechos sindicales que le consagran la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras. Y su Reglamento, y en este sentido no podrán ser impedidos de participar en actividades de mero ejercicio sindical.

Nómina No Contractual está conformada por personal “*que disfruta de una serie de beneficios y condiciones de trabajo, regidos por la Normativa Interna de la EMPRESA, cuyas normas y procedimientos contemplan condiciones que en su conjunto no podrán ser inferiores a las existentes para el personal amparado por la presente CONVENCIÓN.*”

Si esta convención colectiva fuese homologada por la Dirección de Inspectoría Nacional del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social⁹, ello sería un reconocimiento oficial, de la autoridad administrativa del trabajo, a que distintas categorías de trabajadores de una misma empresa pueden tener condiciones de trabajo diferentes, y que ciertas categorías de trabajadores, como el personal de la llamada nómina no contractual, los trabajadores de dirección y el resto del personal que califica como representante del empleador, pueden ser expresamente excluidos de la aplicación de una convención colectiva de trabajo.

V. ALGUNAS DECISIONES JUDICIALES DE IMPORTANCIA

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha opinado en varias oportunidades que es perfectamente posible limitar el ámbito de aplicación de las convenciones colectivas de trabajo a determinadas categorías profesionales de trabajadores, y ha entendido que obreros y empleados son categorías profesionales diferentes.

VI En su sentencia N° 1124 dictada el 29 de septiembre de 2004, con ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz (caso: Raúl Flores Díaz y otros vs. Snacks América Latina Venezuela, S.R.L.), el Máximo Tribunal aceptó la validez y eficacia de una norma

A los efectos de la aplicación de los mencionados Artículos de la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras, cualquier TRABAJADOR que no estuviere de acuerdo con su exclusión, podrá acogerse al Procedimiento en Caso de Diferencias estipulado en la Cláusula 75 de esta CONVENCIÓN.

Si la decisión fuere favorable al TRABAJADOR, éste comenzará a disfrutar de todos los beneficios de la presente CONVENCIÓN, a partir de la fecha de la sentencia del tribunal o del Laudo Arbitral, sin que ello implique duplicidad con los beneficios que le han venido siendo aplicados como parte del personal no amparado por esta CONVENCIÓN, ni la retroactividad de los beneficios contractuales.

En todo caso, la política laboral de la EMPRESA con relación a la implementación de beneficios sociales y en particular, los referidos a vivienda, salud, educación y alimentación, se seguirán con base a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, teniendo como propósito elevar la calidad de vida de todo su personal en consideración a su entorno familiar.”

⁹ Entendemos que para la fecha de este ensayo la citada convención aun no ha sido homologada.

de la convención colectiva de trabajo que limitaba el efecto de aquella únicamente a los obreros, a pesar que desde la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 ya se establecía que la calificación de un trabajador como obrero o empleado no podía establecer diferencias entre uno y otro, “*salvo en los casos específicos que señala la Ley.*”¹⁰ En su decisión, la Sala de Casación Social expresó lo siguiente:

“Finalmente, con relación a la aplicación de la Convención Colectiva suscrita entre la empresa y el Sindicato Unión de Trabajadores de la Galleta, Nutrimentos y Similares del Distrito Federal y Estado Miranda, a los empleados demandantes, debe la Sala declarar improcedente tal solicitud, por cuanto, la misma rige y está dirigida a amparar a los obreros, definidos en la Cláusula N° 1 como empleados de nómina diaria, siendo tal convención suscrita por un Sindicato Profesional, tal como lo señaló la representación de la parte accionada y por lo tanto, no resultan extensibles los beneficios a otros trabajadores que no sean obreros. Así se decide.”¹¹

VII. En una sentencia posterior, la N° 0527 del 22 de marzo de 2006 (caso: Alejos Antonio Guédez Yépez y otros vs. Alcaldía del Municipio Iribarren del Estado Lara), la Sala precisó que la convención colectiva puede aplicar a determinadas categorías de trabajadores en atención a su profesión, arte u oficio, y concluyó que una convención colectiva dirigida a los empleados públicos de la Municipalidad no podía extenderse a los obreros de dicho ente, en los siguientes términos:

“Conteste con el criterio citado, es necesario advertir que la convención colectiva dentro de sus cláusulas, delimita el ámbito personal y temporal de validez de la misma. En efecto, la convención colectiva tendrá por objeto regular las condiciones de trabajo en una empresa o establecimiento, o incluso, lo que respecta a determinada categorías de trabajadores en atención a su profesión, arte u oficio. Por tanto, del marco de eficacia del

¹⁰ Artículo 48 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990. La Ley de 1990 también establecía que las estipulaciones de la convención colectiva debían beneficiar a todos los trabajadores de la empresa, y sólo se permitía exceptuar de su ámbito de aplicación personal a los trabajadores de confianza y a los empleados de dirección (Artículo 509).

¹¹ Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/septiembre/1124-290904-04588.htm>;

artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo, se desprende que de las estipulaciones de una convención colectiva serán beneficiarios los trabajadores de la respectiva empresa o establecimiento, o si sólo se regulare una determinada categoría profesional, la totalidad de los trabajadores pertenecientes a ésta.

En consecuencia, conteste con lo antes esgrimido, al estar dirigido el ámbito de aplicación subjetiva de la mencionada convención colectiva a quienes prestan servicio a la Municipalidad como empleados públicos, los obreros están excluidos del mismo, por lo que mal pudiese ordenarse pagar un beneficio contemplado en una convención colectiva que no ampara a dichos trabajadores. Así se decide.”¹²

VIII. En sentencia N° 0015 del 1° de febrero de 2006 (caso: Wilfredo Alexis Noguera González vs. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela C.A.N.T.V.), la Sala de Casación Social opinó que un plan convencional de retiro que ofrecía beneficios diferentes a distintos grupos de trabajadores no era discriminatorio sino válido. La Sala acogió el criterio expresado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el sentido que no todo trato desigual es discriminatorio, y que lo que se prohíbe es dar un trato desigual a situaciones idénticas. En lo particular, esta decisión validó que alguien que no calificaba como empleado de dirección o trabajador de confianza pero cuyo cargo no figuraba tampoco en el tabulador de la convención colectiva de trabajo, pudiera tener condiciones distintas y recibir a su retiro un número menor de mensualidades que los trabajadores que sí estaban amparados por la convención colectiva. En su decisión la Sala señaló:

“Ahora bien, no todo trato desigual es discriminatorio, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas.

¹² Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/marzo/0527-220306-05382.htm>;

Como conclusión de lo antes expuesto, esta Sala considera necesario señalar, que la cláusula de igualdad ante la ley, no prohíbe que se le confiera un trato desigual a un ciudadano o grupo de ciudadanos, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: a) que los ciudadanos o colectivos se encuentren real y efectivamente en distintas situaciones de hecho; b) que el trato desigual persiga una finalidad específica; c) que la finalidad buscada sea razonable, es decir, que la misma sea admisible desde la perspectiva de los derechos y principio constitucionales; y d) que la relación sea proporcionada, es decir, que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica. Si concurren las condiciones antes señaladas, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima.

Ahora bien, de las actas que conforman el expediente, y en especial de las comunicaciones consignadas por el demandante, relacionadas con el “Plan Único Especial”, cursantes del folio 16 al 18 de la primera pieza del expediente, se observa que la empresa especificó en qué consistía dicho plan y el incentivo que recibirían los trabajadores que decidieran suscribirlo. En tal sentido se evidencia al folio 18 del expediente (primera pieza) la siguiente inscripción: “Los trabajadores amparados por la Convención Colectiva de trabajo vigente en la empresa y que desempeñen alguno de los cargos comprendidos en el Anexo “A” de dicha convención, recibirán (...) Los trabajadores de Dirección o Confianza, o que no desempeñen ninguno de los cargos comprendidos en el Anexo “A” de la Convención Colectiva de trabajo vigente en la empresa, recibirán (...)”.

De manera pues, que en el Programa Único Especial, se contemplaban dos (2) categorías de grupos para la aplicación del incentivo económico que ofreció la empresa, es decir, en la primera se reflejaban los trabajadores que se encontraban amparados por la Contratación Colectiva cuyos cargos estaban descritos en el anexo “A”, y la segunda categoría estaba dirigida a los trabajadores de Dirección o Confianza, o que no desempeñaran ninguno de los cargos comprendidos en el anexo “A” de la Convención Colectiva de Trabajo.

En tal sentido, el cargo del demandante se encuentra en la segunda categoría, en virtud de que su cargo, aun y cuando no es de Dirección o de Confianza, no se encontraba dentro de la categoría de los que aparecen en el anexo “A”.

Aunado a lo antes expuesto, cabe señalar, que cursa a los folios 136, 137 y 138 de la segunda pieza del expediente, comunicación enviada por el demandante a la empresa CANTV, notariada por ante la notaría undécima del Municipio Libertador, en la que expresa: ...”después de haber analizado conscientemente las ventajas económicas que pueden obtener los trabajadores que libremente suscriban dicho Plan ... **manifiesto mi voluntad de acogerme al referido “Programa Único Especial”**, así mismo señaló en dicha comunicación que tomaba la decisión sin ninguna presión y estando en conocimiento que como trabajador tenía la opción de continuar laborando en la empresa y las ventajas y desventajas de acogerse al Programa Único Especial, recibiendo por lo tanto “una cantidad importante de dinero” para el momento de su retiro, de lo cual se evidencia que el trabajador estaba en conocimiento del incentivo económico que recibiría en caso de acogerse al citado Programa Único Especial, en virtud del lugar en la escala que ocupaba el cargo por él desempeñado.

En consecuencia, de todo lo antes expuesto, no evidencia la Sala, que en el presente caso exista por parte de la empresa demandada un trato desigual o discriminatorio en contra del demandante, tal como lo estableció la recurrida, pues, como antes se indicó, existían varias categorías de cargos en el Plan Único Especial, y dependiendo de su ubicación se estableció proporcionalmente la bonificación a percibir por los interesados en acogerse al citado plan propuesto por la empresa y siendo que dicho trabajador manifestó expresamente su voluntad de acogerse al P.U.E., considera la Sala que incurrió la recurrida en la infracción de los artículos 21 de la Constitución Nacional de la República, 26 de la Ley Orgánica del Trabajo y 13 del Reglamento de la citada ley, al no existir en el caso bajo estudio discriminación alguna.”¹³

¹³ Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/febrero/0015-010206-04583.htm>

IX. Al conocer de la decisión de un tribunal superior que opinó que la Constitución de 1999 *“enerva esa distinción entre obreros y empleados y entre trabajadores de confianza y empleados de dirección, pasando a considerarlos a todos por igual, esto es, como prestadores de servicios personales en relación de subordinación, sin distinción de clases o categorías”*, y con base en ello concluyó que no era válido excluir de la aplicación de una convención colectiva a los trabajadores de confianza y a los empleados de dirección, la Sala Social casó la sentencia y opinó que tal exclusión era válida y no discriminatoria. En su decisión, la Sala expresó lo siguiente:

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

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

En este sentido, la exclusión a la que hace referencia la Ley Sustantiva laboral, no implica discriminación alguna a los trabajadores de dirección y de confianza, que genere violación al derecho que los trabajadores tienen de constituir sindicatos, así como de la posible aplicabilidad, a estos, de una convención colectiva cuando así lo deseen las partes contratantes, la voluntaria exclusión de dichos trabajadores, considera esta Sala es producto de las labores que los mismos desempeñan, lo cual hace que se diferencien del universo de los trabajadores, sin que ello implique desigualdad discriminatoria alguna.

Considerar, tal como lo hizo la Alzada, que la sustracción de tales trabajadores, a la que hace referencia la contratación colectiva en comento, quebranta, vulnera el texto Constitu-

cional, crearía un grave precedente al orden público laboral, ya que de esta forma se estaría privilegiando a una categoría de trabajadores que dadas sus características se encuentran en condiciones de tiempo, modo y lugar diferentes a aquellos que se encuentran bajo su subordinación, generando graves consecuencias al alto interés Público Nacional, tanto en el sector público como en el sector privado.

Así pues, existen razones suficientes para casar de oficio el fallo recurrido, quedando así nula dicha decisión...”¹⁴

VI. CONCLUSIONES

- ▶ Es factible que puedan existir condiciones de trabajo diferentes para las distintas categorías de trabajadores de un empresa o entidad de trabajo, siempre que ello se justifique en razones objetivas que no supongan discriminación arbitraria, como el tipo de actividades, la ubicación geográfica, el nivel de responsabilidad de los trabajadores y su lugar en la organización, entre otros.
- ▶ El ámbito personal de aplicación de una convención colectiva de trabajo debe ser decidido de manera autónoma por las partes que la negocian. Si las partes deciden que la convención colectiva sólo aplica a una categoría de trabajadores, ello debería ser válido.
- ▶ En ejercicio de esa misma autonomía de voluntad, las partes de una convención colectiva de trabajo pueden decidir negociarla para varias categorías distintas de trabajadores, estableciendo diferencias entre ellas en el texto de la convención, o que determinadas cláusulas sólo apliquen a una u otra de dichas categorías.

Noviembre de 2012

¹⁴ Sentencia N° 1629 del 14 de diciembre de 2004 (caso: Rafael Guillermo Cabrera Arteaga vs. Casa Propia Entidad de Ahorro y Préstamo, C.A.). Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1629-141204-041242.htm>.

La estabilidad y la inamovilidad. Su aplicación

*Juan García Vara*¹

SUMARIO: I. Introducción II. Estabilidad: 2.1 Objeto de la institución de la estabilidad. 2.2. Cumplimiento de la decisión que ordena continuar la relación de trabajo. 2.3. ¿Hay cumplimiento por equivalente? 2.4. Diferencias entre el procedimiento de estabilidad establecido en la LOPT y el previsto en la LOTT. **III. Inamovilidad:** 3.1 Autorización para proceder al despido del trabajador. 3.1.1 Diferencias entre el procedimiento de inamovilidad contemplado en la LOT y el establecido en la LOTT. 3.1.2. Separación temporal del cargo por razones de violencia y peligro, sin esperar la autorización del funcionario administrativo del trabajo. 3.2 Autorización para proceder a la desmejora de las condiciones de trabajo o al traslado. 3.3 Reenganche. 3.3.1 Procedimiento para el reenganche. 3.3.2 Sanciones por el desacato u obstaculización. **IV. Conclusiones**

I. INTRODUCCIÓN

La actual legislación del trabajo², para garantizar al trabajador la permanencia en el puesto de trabajo tiene establecidas dos instituciones o formas, las cuales ya venían aplicándose en la LOT (Ley Orgánica del Trabajo) y su reforma, y antes en la LT (Ley del Trabajo) y sus reformas; y ahora, con la LOTT, agregando en ésta ciertos cambios o matices que las particularizan. Esta afirmación “garantizar al trabajador la permanencia en el puesto de trabajo” en modo alguno se traduce en la imposibilidad para el patrono de poner fin a la relación de trabajo cuando exista causa justificada, justificadamente.

¹ Abogado UCV. Magister Scientiarum UCV. Profesor de Postgrado UCV. Estudios completos de doctorado UCV. Juez Superior del Trabajo (J). Autor de publicaciones y ensayos. Expositor en congresos, jornadas y talleres en materia laboral. Miembro del Colegio de Abogados del Distrito Capital. Miembro de diversos Institutos y Asociaciones nacionales e internacionales dedicados al Derecho del Trabajo.

² Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en adelante LOTT.

No es lo mismo estabilidad que inamovilidad, aunque ambas tienen un mismo fin o interés: mantener la fuente de trabajo, evitando los despidos sin justa causa o injustificados³.

Señalamos en una oportunidad que la estabilidad “es la institución jurídico-laboral que protege a los trabajadores contra los despidos sin justa causa, garantizando la permanencia y continuidad en las labores, siempre que no medie una causa que permita legalmente su finalización.”⁴; mientras que la inamovilidad como fuero sindical (adherentes a la constitución de un sindicato, miembros de junta directiva de sindicato, por elecciones sindicales, postulados para elección sindical, negociación de una convención colectiva, negociación de una normativa laboral y ejercicio de la huelga), la identificamos en otro momento como “una protección especial del Estado, en razón de que cumplen funciones de interés de la colectividad laboral y para la garantía del ejercicio autónomo de las funciones sindicales (*omissis*), por la representación que ostentan o la actividad en la cual se encuentran involucrados.”⁵.

La inamovilidad laboral –no como fuero sindical sino como fuero particular–, se refiere a una situación del propio trabajador (maternidad, paternidad, adopción de menor, atención de hijos con incapacidad para valerse por sí solos, suspensión de la relación de trabajo, entre otros) o debido a la circunstancia especial donde el presidente de la República, puede establecer⁶ una inamovilidad laboral en forma parcial o total, por tiempo determinado que puede ser prorrogado, agrupando al mayor número de trabajadores, asimilándola en este sentido a la estabilidad. Hoy la inamovilidad laboral decretada por el presidente de la República se extiende desde el 01 de mayo de 2002 hasta, al menos, el 31 de diciembre de 2013, cuya “temporalidad” abarca más de diez años, favoreciendo a todos los trabajadores, con excepción de los de dirección, aquellos con menos de un mes de antigüedad en un cargo, los funcionarios públicos, los temporales, los ocasionales.

Así, la primera –estabilidad– se otorga por la Ley al trabajador, por su condición de laborante, mientras que la segunda –inamovilidad– se concede por una circunstancia particular, temporal, en defensa de derechos laborales

³ La figura del despido masivo, contemplado en la LOTT, artículo 95, también es una forma de evitar los despidos, aunque no tiene por norma el examen de la causa del despido masivo, sino el número de los trabajadores despedidos y el interés social, a juicio del ministerio del ramo de trabajo.

⁴ Estabilidad Laboral en Venezuela, Editorial Pierre Tapia, Caracas 1996, 2ª edición, pp. 29 y 30.

⁵ Sustantivo Laboral en Venezuela, Ediciones Lliber, Caracas 2012, p. 540.

⁶ Artículo 420, literal 6. LOTT y 2º aparte del artículo 94 eiusdem.

de los gremios de trabajadores o por situaciones relativas al trabajador, pero distintas a la sola circunstancia de ser prestador de servicios.

Hay casos en los cuales sólo es aplicable la estabilidad; hay casos que únicamente es aceptada la inamovilidad; hay casos que se pudieran aplicar indistintamente la estabilidad y la inamovilidad, pero en estos últimos casos, por jurisprudencia y doctrina, se ha convenido que cuando un trabajador goce de estabilidad e inamovilidad y sea separado de su cargo, deberá acudir en defensa de sus derechos por la vía de la inamovilidad, en cuyo caso el patrono deberá cumplir los requisitos de procedimiento establecidos para la inamovilidad a ser verificados ante el funcionario administrativo del trabajo, y no esperar el procedimiento de estabilidad previsto para ser llevado a cabo ante los Tribunales del Trabajo.

En conclusión, los sujetos, los procedimientos y los órganos de decisión, en la estabilidad y la inamovilidad, son diferentes, aunque siempre se persiga evitar los despidos injustificados o sin causa legal, previstas éstas por el legislador⁷.

II. ESTABILIDAD

La estabilidad se encuentra contenida en la CRBV (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en el Título III, “De los derechos humanos y garantías, y de los deberes”, Capítulo V, “De los derechos sociales y de las familias” artículo 93, cuando reza:

La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos.

La LOTTT contempla en el Título II, Capítulo VI todo lo relativo a la estabilidad en el trabajo: trabajadores amparados, procedimiento, ejecución.

La estabilidad viene a ser la materialización de otro derecho contemplado en nuestra normativa constitucional, esto es, el derecho y el deber de trabajar consagrado en el artículo 87 eiusdem, que dice:

Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar (Omissis)

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia⁸, ha expuesto:

⁷ Artículo 79 de la LOTTT.

⁸ Sentencia N° 1634, de fecha 05 de diciembre de 2012, expediente 09-0892/09-1267, con ponencia de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño.

Una de las formas de asegurar la efectividad de ese derecho social, consiste en dotarlo de continuidad o permanencia en su ejercicio y, en tal sentido, se impone al legislador adoptar “*lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado*” (ex artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en la medida que se entiende que toda forma de despido no justificado perturba el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Ello permite asegurar que este mandato constituye una cobertura de protección a ese derecho o, dicho en otros términos, una garantía de su ejercicio.

La mencionada Sala, en fallo anterior al transcrito parcialmente supra⁹, señaló concretamente:

Conforme al ordenamiento constitucional vigente, la estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía reconocida por el constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del “*derecho*” que tiene el empleador de dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique. Dicho concepto se asocia a la nota de durabilidad o permanencia del trabajador en su empleo y constituye un atributo del derecho al trabajo -y del deber de trabajar- que establece el artículo 87 del Texto Constitucional.

En otras palabras, o dicho en otros términos, la estabilidad coadyuva a lograr la materialización del principio constitucional-laboral relativo al derecho al trabajo y el deber de trabajar; la estabilidad limita los despidos injustificados.

En otro orden de ideas, pero íntimamente relacionada con el tema, se hace propicia la ocasión para recordar las formas de estabilidad reconocidas en la doctrina –universal y patria–, cuando el más Alto Tribunal de la República, en muchos fallos, entre los que se destaca el mencionado en precedencia, expuso que “La estabilidad laboral puede ser relativa o absoluta, dependiendo de la intensidad de la protección dada al nexo laboral”. Pues bien, con la LOTTT estos criterios quedan apartados de la legislación venezolana, porque ahora solo se habla de estabilidad y de inamovilidad, no pudiendo sostenerse la estabilidad relativa porque ya no es posible despedir sin justa causa, no hay posibilidad de despedir injustificadamente, bajo ninguna circunstancia, sólo que el trabajador acepte finalizar la relación de trabajo, como comentaremos *infra*.

2.1 Objeto de la institución de la estabilidad

La estabilidad sólo protege contra el despido sin justa causa; ya no hay despido injustificado, si es justificado hay que calificarlo. La estabilidad

⁹ Sentencia N° 1952, de fecha 15 de diciembre de 2011, expediente 11-0236, con ponencia del magistrado Arcadio Delgado Rosales.

únicamente pretende garantizar al trabajador la permanencia en su puesto de trabajo, a menos que surjan circunstancias que permitan dar por terminada la relación de trabajo.

La estabilidad no estará presente en los casos de finalización de la prestación del servicio por renuncia del laborante, ni por vencimiento del término o de la obra determinada para la cual fue contratado el trabajador, ni en los casos en que el trabajo no sea permanente –vgr. Temporales, ocasionales– o cuando el trabajador no tenga la antigüedad en la empresa, establecida previamente por el legislador; tampoco gozan de la protección de la estabilidad los trabajadores de dirección.

En la estabilidad primero se despidió por el patrono y luego, si el laborante no está de acuerdo con la causa del despido esgrimida por el patrono, solicita se califique como injustificado el despido, pero todo ello mediante un procedimiento seguido por ante los Tribunales del Trabajo. El trabajador en estos casos no solicita la reincorporación con el pago de los salarios caídos; éste solicita que se califique el despido y, para el caso que sea declarado injustificado el despido, como consecuencia de ello, el Tribunal del Trabajo acordará la reincorporación con el pago de los salarios caídos.

Si únicamente consta la participación del patrono, no ha lugar al procedimiento de calificación de despido; éste sólo se inicia con la solicitud de calificación del despido interpuesta tempestivamente por parte del laborante. Si no hay solicitud de calificación de despido por parte del trabajador, pierde el derecho al reenganche, pero no los otros derechos laborales.

De esta manera, el empleador, cuando procede a despedir a un trabajador que está amparado por la estabilidad en el empleo, posteriormente, dentro del plazo determinado por la ley¹⁰, debe suministrar al tribunal del trabajo la información necesaria, relacionada directamente con la causa o las causas que, a juicio del patrono, justificarían el despido. Esta es una obligación de hacer que acarrea consecuencias jurídicas adversas al interés del patrono, en caso de omisión, porque la norma¹¹ establece de manera indubitable que cuando el patrono no hace la participación “se le tendrá por confeso, en el reconocimiento que el despido lo hizo sin justa causa”.

En fin, la estabilidad tiene por objeto evitar los despidos injustificados, cuya calificación corresponde a los Tribunales del Trabajo, una vez sustanciado el respectivo procedimiento para ello. Si del examen probatorio surge que

¹⁰ Encabezamiento del artículo 89 de la LOTTT.

¹¹ Art. cit.

el patrono no tenía causa justificada para despedir, fatalmente debe fallarse declarando con lugar la solicitud del laborante, y como accesorio de esto, ordenando la reincorporación al puesto habitual de trabajo, con el pago de los salarios caídos transcurridos desde el despido hasta la definitiva restitución.

2.2. Cumplimiento de la decisión que ordena continuar la relación de trabajo

La decisión definitivamente firme que ordena la continuación de la relación de trabajo entre el trabajador despedido y el patrono que termina el vínculo de trabajo es una sentencia dictada por un tribunal laboral de la República, que comporta dos obligaciones por parte del patrono: Una –obligación de dar– que corresponde al pago de los salarios caídos; Dos –obligación de hacer– representada por la reincorporación del trabajador a su puesto habitual de trabajo.

En la primera –obligación de dar– si el patrono no cumplía voluntariamente, se procedía a la ejecución forzosa, tomando bienes del patrono para el pago al trabajador. En la segunda –obligación de hacer– si el patrono no procedía a reintegrar al trabajador, no había forma posible para el cumplimiento del dispositivo del fallo que declaró con lugar la calificación del despido.

Para muchos, al no cumplirse con el reintegro del trabajador al cargo, no se había acatado el fallo, en cuyo caso continuaban causándose los salarios caídos, pero el TSJ (Tribunal Supremo de Justicia), en sala de Casación Social, sentó que al no aceptar el patrono el reingreso, equivalía a una persistencia y por tanto no se continuaba con la causación de salario caídos, en cuyo caso la obligación de hacer quedaba incumplida.

Con la LOTTT este reticencia o negativa a cumplir la obligación de hacer plasmada en la sentencia quedó resuelto, porque en las disposiciones relativas a la estabilidad¹² se establece meridianamente que tal negativa está calificada por la Ley como “delito de desacato a la autoridad judicial”, acarreando para el empleador la privación de libertad, de acuerdo con la solicitud que instaure el Ministerio Público, fundamentado en las actas procesales remitidas por el Tribunal del Trabajo a quien corresponde la ejecución del fallo definitivamente firme.

2.3. ¿Hay cumplimiento por equivalente?

En la LOT abrogada, se establecía que el procedimiento de calificación de despido podía finalizar cuando lo dispusiera el patrono, consignando el monto de lo que correspondiera al trabajador por sus derechos laborales,

¹² Artículo 91, 2º aparte, de la LOTTT.

más una indemnización adicional¹³, con lo cual cesaba el procedimiento, quedando por “sacar la cuenta” para precisar si el monto ofrecido cumplía con las exigencias legales.

Pero también podía el patrono esperar a finalizar el juicio y pagaba entonces el monto de los salarios caídos, más el monto de los derechos laborales y la indemnización adicional, con lo cual aquél “cumplía por equivalente” los términos de la sentencia que declaró con lugar la calificación de despido, quedando finalizada la relación de trabajo, sin obligación de reincorporar porque ya no existía el vínculo laboral.

Con la LOTTT esta situación cambia diametralmente, porque ahora quien puede impedir que se inicie el procedimiento de calificación de despido, o instaurado éste, ponerle fin, es el propio laborante.

La ley especial laboral contempla¹⁴ la posibilidad que el trabajador acepte ser despedido injustificadamente, recibiendo el monto de sus prestaciones sociales y un monto igual adicional por indemnización; a cambio de esto el laborante expone su voluntad de no interponer el procedimiento para solicitar el reenganche, con lo cual no hay necesidad de un pronunciamiento sobre la estabilidad. No habrá lugar al procedimiento de estabilidad; no hay despido que calificar.

Si se había iniciado el procedimiento para la calificación del despido y el trabajador, en cualquier momento o fase del juicio, acepta los pagos que le ofrezca el patrono, por los conceptos de prestaciones sociales, otra parte igual al monto de prestaciones sociales por indemnización y los salarios caídos, finaliza el procedimiento iniciado y no se requiere ningún pronunciamiento para calificar el despido; por el contrario, si el trabajador no acepta el ofrecimiento del empleador, continuará el proceso hasta la sentencia definitiva que se pronuncie sobre lo justificado o no del despido.

Como fácil resulta evidenciar, ahora es el trabajador quien, con la aceptación del ofrecimiento del patrono, pone fin al proceso de calificación del despido; no lo puede hacer el patrono, como era en la ley abrogada, ahora se requiere de la conformidad o aprobación del prestador de servicios, independientemente del monto ofrecido.

¹³ Artículo 125 de la LOT.

¹⁴ Artículo 92 de la LOTTT.

2.4. Diferencias entre el procedimiento de estabilidad establecido en la LOPT y el previsto en la LOTT

El procedimiento establecido en la LOPT¹⁵ resultó derogado por la LOTT¹⁶, en cuyo caso, sólo será aplicable el procedimiento contenido en la ley sustantiva laboral. A pesar que en la ley vigente¹⁷ se lee que el procedimiento aplicable es el previsto “en esta Ley y en la Ley orgánica Procesal del Trabajo”, sólo se aplica el establecido en esta Ley porque el contemplado en la LOPT fue derogado, como se señalara en precedencia.

Los aspectos más importantes que constituyen las deferencias, en nuestro criterio, son:

1. Se mantiene la misma obligación de participación para el patrono, dentro de los cinco días hábiles siguientes; pero para la solicitud de calificación del despido, la Ley otorga al trabajador un lapso de diez días hábiles.
2. Con la LOTT no hay posibilidad para el patrono de persistir en el despido. Con la LOPT si era posible¹⁸.
3. La negativa a cumplir la orden de reenganche hace incurrir al patrono en el delito de desacato, pudiendo ser sometido a pena de prisión; en la LOPT no se contemplaba esta sanción.
4. Con la LOTT no se excluye de la obligación de reenganchar a los patrono que ocupen menos de diez trabajadores; si el trabajador goza del amparo de la estabilidad y ocurre un despido sin justa causa, el patrono está obligado a reenganchar, si se sigue el procedimiento previsto en la ley sustantiva laboral.

III. INAMOVILIDAD

La protección especial de inamovilidad está contemplada en la LOTT en el Título VII, Capítulo I, Sección novena, artículos 419 y 420 –fuero sindical e inamovilidad laboral–, en relación con los artículos 424 –despido durante el procedimiento–, 72 y 74 del Capítulo IV del Título II –suspensión de la relación de trabajo–, y 335 y 339 del Título VI –maternidad, paternidad y adopción.

La inamovilidad protege contra el despido, el desmejoramiento de las condiciones de trabajo y los traslados.

¹⁵ Artículos 187 al 92.

¹⁶ Disposiciones Derogatorias. Primera.

¹⁷ Artículo 88 de la LOTT.

¹⁸ Artículo 190 de la LOPT.

La inamovilidad la encontramos materializada en dos formas: una, para la calificación de falta; dos, para el reenganche. Pero ambas se tramitan o sustentan frente a la autoridad administrativa del trabajo. En la primera acciona el patrono, en la segunda lo hace el trabajador, como leeremos más adelante.

Esta inamovilidad no se traduce en la prohibición concreta de despedir, trasladar o desmejorar las condiciones de trabajo; está permitido despedir, trasladar o desmejorar las condiciones de trabajo, siempre que medien una causa justa y se obtenga previamente la autorización del Inspector del Trabajo. Estos dos requisitos –causa justa y autorización previa– son elementos concurrentes, deben coexistir antes de proceder al despido, traslado o desmejora en las condiciones de trabajo.

En la llamada inamovilidad primero el patrono solicita la calificación de la falta para que luego, siguiendo el procedimiento pautado, la autoridad administrativa del trabajo pueda autorizar el despido. Autorizado el despido, este no opera automáticamente, sino que el empleador, si lo considera conveniente, procede a poner fin a la relación de trabajo, haciendo efectivo el despido. En los casos de desmejora de las condiciones de trabajo o traslado, evidentemente que no se trata de calificar la falta –no la ha habido– sino determinar la necesidad del cambio de condiciones o el traslado, pero autorizado el cambio de condiciones o el traslado, queda en la potestad del patrono, materializarlo o no.

3.1 Autorización para proceder al despido del trabajador

Los trabajadores, a la luz del decreto de inamovilidad¹⁹, no pueden ser despedidos sin la previa autorización del funcionario del trabajo, ni aun en el caso que exista causa justificada o justa causa para proceder al despido; se requiere antes solicitar por el empleador la autorización correspondiente y obtener la respectiva aprobación o permisión.

Esta condición no aplica en los casos de los trabajadores de dirección, aquellos con menos de un mes de antigüedad en un cargo, los funcionarios públicos, los temporales, los ocasionales.

La solicitud de autorización de calificación de la falta, corresponde hacerla al patrono, quien es el interesado en poner fin al vínculo de trabajo, presentando la misma –la solicitud– en forma escrita por ante la autoridad administrativa del trabajo. De no cumplirse con este requisito formal –solicitar la autorización correspondiente–, a tenor de lo establecido en el artículo 418 de la LOTT, dicho

¹⁹ Decreto N° 9322 del 27 de diciembre de 2102, publicado en la Gaceta Oficial N° 40079 de la misma fecha.

despido “se considerará nulo y no genera efecto alguno (*omissis*) independientemente de las razones esgrimidas para justificar el despido, traslado o desmejora.” Seguidamente el funcionario del trabajo procederá a notificar al trabajador de la solicitud de su patrono, para que concurra a los efectos de una reunión donde se exhortará la conciliación; si no se lograre la conciliación, se abrirá la solicitud a pruebas por ocho días y luego el Inspector del Trabajo procederá a decidir sobre la petición del empleador. De la decisión no se oye apelación, pero tiene recurso contencioso administrativo laboral ante los Tribunales del Trabajo.

Este requisito previo –calificación de la falta que justificaría el despido– opera tanto para los trabajadores que gozan de fuero sindical, como los investidos de inamovilidad laboral, como para los trabajadores que desempeñen aquellos cargos o funciones establecidos en la contratación colectiva²⁰.

3.1.1. Diferencias entre el procedimiento de inamovilidad contemplado en la LOT y el establecido en la LOTT

Comparando los procedimientos previstos en la abrogada LOT y en la vigente LOTT, nos encontramos con algunas diferencias, de las cuales puntualizamos las que a nuestro juicio representan mayor importancia:

1. Con la LOTT la solicitud de calificación de falta no se presenta ante la autoridad administrativa del domicilio del sindicato, sino en la jurisdicción donde el trabajador presta servicios.
2. No se otorga ahora la hora de espera para iniciar el acto ante la autoridad administrativa, como sí se preveía en la LOT.
3. Si el patrono solicitante de la calificación de la falta no acude al llamado de la autoridad administrativa del trabajo, se entiende que ha desistido de la misma²¹, sin posibilidad de justificar incomparecencia.
4. Con la LOT se admitían las pruebas contempladas en el CPC (Código de Procedimiento Civil); con la LOTT se admiten todas las pruebas, a excepción de las posiciones juradas –confesión– y el juramento decisorio²².
5. La LOPT se considera supletoria para los efectos de la comparecencia del trabajador para dar contestación a la solicitud de calificación de falta²³; sin embargo, de no acudir éste, se entiende rechazada la solicitud²⁴.

²⁰ Artículo 421 de la LOTT.

²¹ Artículo 422, numeral 2 de la LOTT.

²² Artículo 70 de la LOPT (Ley Orgánica Procesal del Trabajo).

²³ Parte *in fine* del artículo 422 citado.

²⁴ Artículo 422, numeral 3 *eiusdem*.

6. La decisión del funcionario del trabajo no tiene apelación, pero sí se puede interponer contra ella el Recurso Contencioso Administrativo Laboral por y para ante los Tribunales Laborales competentes²⁵.
7. Como un aspecto novedoso, es posible separar preventivamente al trabajador, en los supuestos permitidos en la LOTTT²⁶.
8. De no seguirse por el patrono el procedimiento pautado en la LOTTT para obtener la autorización correspondiente y procede con el despido, el desmejoramiento de las condiciones y el traslado, se hará acreedor a una multa; si no paga se convierte en arresto²⁷.

3.1.2. Separación temporal del cargo por razones de violencia y peligro, sin esperar la autorización del funcionario administrativo del trabajo

Como un aspecto novedoso dentro del derecho sustantivo del trabajo, específicamente sobre la continuidad o permanencia del trabajador en su puesto de trabajo, hasta tanto no se obtenga de la autoridad administrativa del trabajo la autorización correspondiente para proceder al despido justificado, se prevé la posibilidad de separar de sus funciones al trabajador, para lo cual se ha de seguir el procedimiento previsto en la LOTTT²⁸.

En estos casos –violencia y peligro– el patrono puede separar del puesto de trabajo al laborante, por un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas; y, paralelamente, dentro de estas cuarenta y ocho horas, contadas a partir de la separación, el patrono puede solicitar al funcionario del trabajo que la separación se prolongue hasta que se resuelva la calificación de la falta²⁹. Mientras el trabajador está separado de sus funciones, continuará percibiendo el salario y demás derechos laborales.

Sobre este punto hemos afirmado³⁰:

Entre tanto, si se acuerda la prolongación de la separación hasta la decisión, el trabajador no podrá continuar con sus labores habituales, queda separado, pero continua percibiendo su salario y demás beneficios laborales. Si no se acuerda la separación, deberá dejarlo laborando en su sitio habitual, en las mismas condiciones que tenía antes de la separación.

²⁵ art. Cit., último aparte.

²⁶ Artículo 423 *eiusdem*.

²⁷ Artículos 531, 538 y 546 de la LOTTT.

²⁸ Artículo 423.

²⁹ En el art. cit. se menciona calificación de despido, pero es calificación de falta.

³⁰ Sustantivo Laboral en Venezuela, *ob. cit.*, p. 554.

De esta manera se resuelve un aspecto importantísimo de seguridad en el ente de trabajo, porque el trabajador que se sirve de la violencia o en caso de peligro por la labor cumplida por éste, queda excluido de la posibilidad de causar daños a terceros, incluyendo sus compañeros de labores, así como a los productos manufacturados o elaborados y la maquinaria que se destina a la fabricación de un determinado bien. Pensemos, por ejemplo, los casos que el trabajador al cual se le ha solicitado la calificación de la falta, manipule alimentos para el consumo humano o animal, o tenga a su custodia todo un sistema de control de bienes estratégicos para el Estado.

3.2 Autorización para proceder a la desmejora de las condiciones de trabajo o al traslado

En estos casos también se requiere la autorización previa de la autoridad administrativa del trabajo, no ya para calificar una falta, sino para autorizar la desmejora en las condiciones de trabajo o el traslado.

El procedimiento se inicia por solicitud del empleador, presentada por escrito por ante la autoridad administrativa del trabajo, indicando con precisión cuáles son las desmejoras y por qué hay que hacerlas, cuál el traslado y por qué ha de hacerse.

En estos casos –desmejora y traslado– no se pretende por el patrono poner fin a la relación de trabajo, sino que dicha prestación de servicios pueda continuar con otras condiciones. Como se trata de una iniciativa del patrono para cambiar ciertas condiciones o que el trabajador preste servicios en un sitio diferente a aquél en que lo viene haciendo habitualmente –salvo pacto en contrario que establezca la posibilidad del traslado–, en nuestro criterio, no rige el lapso de los treinta días continuos sino que el patrono lo puede hacer en cualquier momento, sólo que no podrá poner en práctica las nuevas condiciones ni el traslado del laborante, hasta tanto no reciba la respectiva autorización por la autoridad administrativa del trabajo.

3.3. Reenganche

Habíamos señalado en precedencia que la calificación de la falta o la autorización para el cambio de las condiciones de trabajo o el traslado tiene que surgir de la iniciativa del patrono, que es éste quien da comienzo a este procedimiento, no lo puede hacer el laborante; pero si antes de introducir el patrono la solicitud a que hacemos alusión, o luego de efectuada ésta, pero antes de recibir la correspondiente autorización, procede con el despido, cambio en las condiciones de trabajo o traslado, el trabajador, dentro de los treinta días continuos siguientes podrá solicitar ante la Inspectoría del

Trabajo donde presta el servicio, el reenganche a su puesto habitual de trabajo, independientemente de que existan causas para poner fin a la relación de trabajo, para cambiar las condiciones de trabajo o para el traslado. Esta solicitud de reenganche está a cargo del trabajador, es él quien tiene que presentar su formal solicitud de reenganche.

3.3.1 Procedimiento para el reenganche

Esta solicitud de reenganche deberá contener el nombre del trabajador que presenta el escrito de solicitud de reenganche, su domicilio y el puesto que desempeña en la empresa, nombre del ente donde presta servicios personales, el motivo de la solicitud –por despido, cambio de condiciones o traslado– y el fuero o inamovilidad que invoca –fuero sindical, inamovilidad laboral o porque el cargo goza de inamovilidad por la convención colectiva de trabajo.

Si la solicitud llena los requisitos, el funcionario administrativo del trabajo, independientemente de las causas o motivos que haya tenido el patrono para proceder al despido, cambio de condiciones o traslado, ordenará el reenganche y pago de salario y demás beneficios, siempre que de la solicitud surja la demostración de la inamovilidad y exista presunción de la existencia de la relación de trabajo. El patrono no es requerido en esta fase del procedimiento, no tiene intervención, él se entera cuando se está ejecutando en el ente de trabajo la orden de reenganche.

En estos casos, opera el traslado inmediato del funcionario administrativo del trabajo a la empresa para notificar la orden de reenganche, pago de salarios y demás beneficios. En ese momento –cuando se está ejecutando el reenganche– el patrono podrá presentar los alegatos que considere convenientes (vgr. el solicitante del reenganche no es trabajador de la empresa, no hubo despido, cambio de condiciones de trabajo ni traslado, el trabajador renunció) y entonces el funcionario del trabajo podrá ordenar la evacuación de pruebas para que el empleador demuestre los hechos que configuran su defensa.

Si en el acto de la ejecución de la orden de reenganche no se comprueba la existencia de la relación, el funcionario informará a las partes el inicio de un lapso probatorio de ocho días hábiles, se suspende el reenganche y el funcionario administrativo del trabajo se pronunciará dentro de los ocho días hábiles siguientes. La decisión es inapelable, pero las partes tienen el derecho de acudir por ante los Tribunales del Trabajo e interponer un recurso contencioso administrativo laboral.

En estos casos de interposición del recurso contencioso administrativo laboral, los Tribunales del Trabajo no le darán curso hasta que conste el cumplimiento de reenganche y la restitución de la situación infringida³¹.

Si el despido ocurre durante el procedimiento de calificación de falta, o el cambio de las condiciones de trabajo o traslado sucede antes de obtener la correspondiente autorización del funcionario administrativo del trabajo, el trabajador podrá –potestativo–, dentro de los treinta días continuos siguientes al hecho, solicitar el reenganche por ante la Inspectoría del Trabajo de la jurisdicción donde presta el servicio y el Inspector del Trabajo ordenará el reenganche, pago de los salarios caídos y suspensión del procedimiento de calificación de falta o de autorización para el cambio de las condiciones de trabajo o traslado, hasta que se verifique el reenganche.

3.3.2 Sanciones por el desacato u obstaculización

Si el patrono o un representante no se hacen presentes en el acto de la ejecución del reenganche, se tienen como ciertos los hechos narrados por el trabajador en su escrito de solicitud de reenganche. Si el patrono o su representante impiden u obstaculizan la ejecución del reenganche, el funcionario administrativo del trabajo solicitará el apoyo de la fuerza pública; Si el patrono o su representante persiste en obstaculizar o desacatar la orden de reenganche, será puesto a la orden del Ministerio Público para el inicio del proceso penal. De todo esto se dejará constancia en acta.

IV. CONCLUSIONES

Mientras haya inamovilidad, no tendrá aplicación práctica la estabilidad. Adicionalmente, se aprecia que es más sencillo y practico acudir ante el funcionario administrativo del trabajo que ante la jurisdicción laboral. Frente a aquél el trabajador puede acudir sin requerir patrocinio de abogado. Para la estabilidad –solicitud de calificación de despido– se exige la representación o asistencia de un profesional del derecho.

La inamovilidad de los trabajadores –salvo las excepciones anotadas supra– se ha venido cumpliendo continuamente, sin interrupción, desde el 01 de mayo de 2002 y se ha decretado ahora hasta el 31 de diciembre de 2013.

Para los casos de calificación de falta y reenganche, debe actuarse dentro de los treinta días continuos siguientes al hecho, de lo contrario, surge el perdón de la falta o hecho contrario a la ley.

³¹ Artículo 425, numeral 9. de la LOTT.

La reticencia del patrono a cumplir con la orden de reenganche puede acarrearle privación de la libertad, a instancia del Ministerio Público. No es el funcionario administrativo del trabajo ni el juez del trabajo quienes pueden ordenar el arresto del patrono.

No se contempla apelación contra la decisión del funcionario administrativo del trabajo, pero la parte interesada puede acudir por ante los Tribunales del Trabajo para interponer el recurso contencioso administrativo laboral.

La tercerización prohibida en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

Luis Alfredo Hernández Merlanti¹

SUMARIO: I. Introducción a la temática. II. Supuestos de tercerización prohibida: 2.1. Primer supuesto. Tercerización genérica. 2.2. Segundo supuesto. La intermediación. 2.3. Tercer supuesto. La contratación a través de entidades de trabajo. 2.4. Cuarto supuesto. Utilización fraudulenta de figuras contractuales del derecho común. 2.5. Quinto supuesto. Cualquier otra forma de simulación o fraude. III. Consecuencias jurídicas de la tercerización prohibida. IV. La tercerización prohibida no supone el fin de la figura de los contratistas

I. INTRODUCCIÓN A LA TEMÁTICA

Durante finales de 2011 y principios del 2012, nuestro país estuvo siguiendo muy detenidamente el avance y progreso de una muy prometida reforma de la legislación laboral y más concretamente de la Ley Orgánica del Trabajo (“LOT”).²

Cabe recordar, en un primer término, que el numeral 3 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (“CRBV”) ordenaba de manera expresa a la Asamblea Nacional una reforma de la LOT, enfocada principalmente a la creación de un nuevo régimen de prestaciones sociales, el lapso de prescripción para iniciar las acciones laborales y la jornada de trabajo.³

¹ Socio fundador de Grau García Hernández & Mónaco. Socio de la Unidad de Litigios y Derecho del Trabajo. Abogado UCAB 1989. Especialista en Derecho Procesal UCAB 1995. Profesor de Teoría General de la Prueba UCAB y Técnica Probatoria Avanzada Post-Grado UCAB.

² Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997.

³ Dicha norma expresa lo siguiente: “Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará: ... (omissis) ... 3. Mediante la reforma de la Ley Orgánica

Desde el nacimiento del Texto Fundamental, muchas fueron las noticias publicadas en los distintos medios de comunicación social, impresos y audiovisuales, en lo que concernía a esta modificación prometida y que efectivamente se inició en el seno de la Asamblea Nacional. Se llegó incluso, entendemos que alrededor de 2003, a aprobarse en primera discusión una modificación de la LOT. La modificación no sólo estaba referida a los tres (3) aspectos básicos indicados en la Disposición Transitoria de la CRBV, sino que se trataba de una reforma que abarcaba a otras instituciones de la LOT.

Sin embargo, los diversos actores que pasaron por la Asamblea Nacional nunca alcanzaron el necesario acuerdo para aprobar en segunda discusión la reforma ordenada por la CRBV. La modificación estuvo en ese sentido detenida por doce (12) años.

Como consecuencia de esa parálisis del cuerpo legislativo nacional, el Presidente de la República, en alocución realizada el 11 de diciembre de 2011 en el Teatro Municipal de la ciudad de Caracas, anunció inesperadamente para nosotros la creación de una Comisión Presidencial que estaría dirigida a realizar consultas populares que contribuyeran a la redacción de la nueva LOT. El Presidente de la República prometió, además, que haciendo uso de las facultades especiales que le fueron otorgadas por la Asamblea Nacional⁴, promulgaría el día 1º de mayo de 2012 la tan esperada reforma de la LOT.

Efectivamente, mediante Decreto N° 8.661 del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial Número 39.818 del 12 de diciembre de 2012, nació la denominada “COMISIÓN PRESIDENCIAL PARA LA CREACIÓN Y REDACCIÓN DE LA NUEVA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO”.⁵ De acuerdo a dicho Decreto, la Comisión tenía, entre otras

del Trabajo, un nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales consagrado en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado, estableciendo un lapso para su prescripción de diez años. Durante este lapso, mientras entre en vigencia la reforma de la ley seguirá aplicándose de forma transitoria el régimen de la prestación de antigüedad establecido en la Ley Orgánica del Trabajo vigente. Asimismo, contemplará un conjunto de normas integrales que regulen la jornada laboral y propendan a su disminución progresiva, en los términos previstos en los acuerdos y convenios de la Organización Internacional del Trabajo suscritos por la República.”

⁴ El Presidente de la República fue autorizado por la Asamblea Nacional mediante Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se delegan, en Consejo de Ministros. Esta Ley fue publicada en la Gaceta Oficial N° 6.009 del 17 de diciembre de 2010.

⁵ Muy curiosamente este Decreto tiene fecha 6 de diciembre de 2011, es decir, que fue dictado antes del anuncio Presidencial.

atribuciones, la de revisar la situación actual de las prestaciones sociales, el régimen de descanso, jornada laboral, período de prueba, tercerización, etc.⁶

Entendemos que como consecuencia de las labores y actividades desplegadas por la Comisión, el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, en un acto especial del 30 de abril de 2012 y transmitido en cadena nacional de medios de comunicación social, firmó el Decreto N° 8.938 a través del cual se realizó la reforma integral de la LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS (“LOTTT”).

Debido al carácter orgánico de dicho cuerpo normativo, el Presidente de la República ordenó su remisión a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se pronunció favorablemente acerca de tal carácter mediante decisión número 562 del 4 de mayo de 2012.⁷

⁶ A texto expreso, el artículo 3 del Decreto estableció a favor de la Comisión las siguientes atribuciones: “1. La elaboración de las normas de organización y funcionamiento de la Comisión; 2. Formular y recomendar las políticas y lineamientos en material laboral, a ser implementado en el texto normativo de la futura Ley Orgánica del Trabajo; 3. Proponer y fomentar la participación popular en la discusión de las propuestas a ser incorporadas en el nuevo texto normativo; 4. Incorporar a los gremios, instituciones públicas y privadas, universidades y población en general en la presentación de propuestas para el nuevo texto normativo laboral; 5. Elaborar un cronograma de trabajo para la presentación de un proyecto definitivo que abarque todos los ámbitos del derecho laboral; 6. Revisar la situación actual de las prestaciones sociales, régimen de descanso, jornada laboral, estabilidad y periodo de prueba, tercerización, sindicalización y convenciones colectivas, así como cualquier otra área del régimen laboral que sea necesaria adecuar a los paradigmas de un Estado Social de Derecho y de Justicia, a la par de proponer la incorporación de nuevas instituciones sociales que dignifiquen la condición del trabajo como un hecho social; 7. Codificar toda la normativa venezolana relacionada con el derecho del trabajo, a objeto de abarcar en el nuevo instrumento normativo, a ser implementado por le Ejecutivo Nacional, todos los ámbitos del trabajo como hecho social; 8. Informan mensualmente al Presidente de la República Bolivariana de Venezuela sobre las actividades desarrolladas por la Comisión, mediante un informe de resultados; 9. Las demás que le sean asignadas por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.”

⁷ La decisión comentada estableció textualmente lo siguiente: “En ese orden de ideas, luego de analizar los fundamentos teóricos anotados, y sin que ello constituya pronunciamiento sobre la constitucionalidad del contenido de la normativa sometida a consideración de esta Sala Constitucional por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, con base en las anteriores consideraciones, este Máximo Tribunal se pronuncia, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cardinal 9 del artículo 1 de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan y en el artículo 25.14 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de declarar la constitucionalidad del carácter orgánico del “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras”, y así se declara.”

El texto definitivo del Decreto contentivo de la LOTTT fue conocido finalmente una vez publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.076 del 7 de mayo de 2012.

No queremos opinar sobre si era o no posible que el Presidente de la República se atribuyera la facultad para dictar la LOTTT, puesto que ello no es materia específica de este trabajo.

Lo cierto es que la LOTTT hizo una reforma profunda a las distintas instituciones que regulaba la LOT y que ameritarán de un severo estudio por parte de la doctrina nacional y un concienzudo análisis por parte de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, quien será –en definitivas– quien impondrá los criterios interpretativos necesarios en relación a las instituciones modificadas y creadas por la LOTTT. Lamentablemente y al menos para la fecha de elaboración de este ensayo no ha sido dictado un Reglamento de la LOTTT⁸, texto que entenderíamos permitiría aclarar las innumerables lagunas y desarrollar, como era debido, las instituciones creadas en el nuevo texto normativo.

De entre todo lo modificado e incluido en la LOTTT, nos ha llamado poderosamente la atención lo concerniente a la figura de la *tercerización* y los supuestos de prohibición de ésta. Era ya de conocimiento público que la reforma de la LOT incluiría disposiciones relativas a la tercerización y los casos en que ella quedaba prohibida, a tal punto que ya el Decreto que creó la Comisión Presidencial para la Creación y Redacción de la nueva Ley Orgánica del Trabajo le instruía a prever normas reguladoras de la tercerización.

Fue así que precisamente, en el Capítulo V del Título I de la LOTTT, se incluyeron los dispositivos técnicos de la tercerización.

La tercerización es definida, conforme al artículo 47 de la LOTTT, como “... *la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.*”

En un principio se temió que la LOTTT estuviere prohibiendo de manera expresa cualquier tipo de contratación entre particulares, dirigida a la prestación de servicios particulares, lo que entra dentro de la noción

⁸ Para la fecha de culminación de este artículo, sólo ha sido dictado el Decreto del Presidente de la República Nro. 44, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.157 del 30 de abril de 2013, que contiene el REGLAMENTO PARCIAL DEL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS, SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO. Este Reglamento no regula en modo alguno las disposiciones relativas a la tercerización prohibida y se limitó a prever disposiciones sobre la jornada y el tiempo en el trabajo.

del *contratista*. Sin embargo, la novedad de la tercerización es que ella constituye un modo de vulnerar los derechos que corresponden a los trabajadores, mediante simulación o fraude como requisitos fundamentales de ella.⁹ Por ello, no cualquier tipo de contratación de terceros encuadra dentro de la figura de la tercerización, por cuanto ella –se reitera– requiere de la simulación o fraude.

Ya la propia Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia había ratificado en múltiples decisiones el principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas, estableciendo aquellos supuestos en los que se perfilaba la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, no obstante que las partes habían elegido formas jurídicas que le permitieran evadir las responsabilidades y consecuencia que establecía para los trabajadores la legislación del trabajo.

Para ello previó la aplicación del test de laboralidad o dependencia para aquellas situaciones que judicialmente ameritaran determinar la existencia o inexistencia de relaciones de trabajo. Ello, según nuestro parecer, generó resultados específicos y positivos.

Ahora bien, quizás el punto neurálgico de la tercerización se encuentra focalizado en los supuestos prohibidos y las consecuencias jurídicas que ello genera conforme a las previsiones de la LOTTT. A ellos nos dedicaremos en las secciones siguientes.

II. SUPUESTOS DE TERCERIZACIÓN PROHIBIDA

Ya hemos apuntado que la tercerización supone, conforme al espíritu de la LOTTT, simulación o fraude. Se trata de dos conceptos o instituciones que, aunque ambivalentes en el mundo del Derecho, presentan diferencias, no obstante que en ambas la consecuencia jurídica es la nulidad del negocio o acto jurídico.

Así, cuando hablamos de simulación normalmente la entendemos como una ficción de la realidad. El negocio celebrado tiene una apariencia distinta a la realidad, bien puesto que no existe en lo absoluto o bien porque pretende

⁹ Realmente la LOTTT no es innovadora en relación a la simulación o al fraude, puesto que ambos supuestos se encontraban prohibidos como tal, al menos en lo que concierne a la legislación laboral, en el artículo 94 de la CRBV que establece lo siguiente: “*El Estado establecerá, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en general, en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.*” Por otro lado, no debe olvidarse que la República Bolivariana de Venezuela ha suscrito diversas Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre la materia, mereciendo especial atención la número 198 del 15 de junio de 2006.

ocultar otro.¹⁰ Esta definición de simulación es plenamente trasladable al contrato de trabajo por cuanto éste constituye una confluencia de voluntad entre partes y, por ello, negocio jurídico al fin de cuentas.

Además, no puede olvidarse que para cierta parte de la doctrina¹¹ la simulación requiere de tres (3) requisitos en particular; a saber: (i) una declaración deliberadamente disconforme con la intención; (ii) concertada de acuerdo entre las partes; y, (iii) para engañar a terceras personas.

El fraude –el de la ley–, por su parte, supone la existencia de un acto que se apega al contenido de la norma, pero que es usado para un fin distinto al que ella prevé y que se encuentra prohibido.¹²

En la materia de Derecho del Trabajo, el fraude se encuentra proscrito como hemos dicho desde el propio Texto Fundamental. No es posible para el Constituyente ni para el legislador especial, la utilización de formas admitidas por la legislación que estén dirigidas a eludir las responsabilidades que el patrono debe asumir como consecuencia de la prestación personal de un servicio para subordinación y dependencia. Por ello y como veremos más adelante, la LOTTT prohíbe acertadamente toda forma que pueda considerarse como un fraude a la ley.

Como hemos visto, la simulación y el fraude constituyen los requisitos de la tercerización prohibida, pero no los únicos supuestos de ella.

Así, el artículo 48 de la LOTTT prevé cinco (5) supuestos específicos y genéricos de la tercerización prohibida. Dispone dicho dispositivo técnico lo siguiente:

“**Artículo 48.** Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá:

1. La contratación de entidad de trabajo¹³ para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma.

¹⁰ Para el Diccionario de la Lengua Española, simulación es: “Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato.”

¹¹ Cfr. MUÑOZ SABATÉ (80): *La prueba de la simulación*. Editorial Temis. Bogotá, pág. 116.

¹² Para mayor profundidad sobre el tema, se recomienda revisar la decisión de la Sala Constitucional número 908 del 4 de agosto de 2000, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, en el caso de Hans Gotterried Ebert Dreger y que puede ser consultada en el enlace de la web: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/908-040800-00-1722.htm>.

¹³ Cabe recordar que el término “entidad de trabajo” sustituye al término “empresa” que previó la LOT y sus antecesoras.

2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.
3. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras.
4. Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.
5. Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral.

En los casos anteriores los patronos o patronas cumplirán con los trabajadores y trabajadoras todas las obligaciones derivadas de la relación laboral conforme a esta Ley, e incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal a los trabajadores y trabajadoras tercerizados o tercerizadas, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo.”

Como se puede observar, la prohibición de tercerización está dirigida a evitar la utilización de mecanismos que pretenden sustraer de la normativa laboral a determinados “trabajadores” o evitar la *triangulación* de relaciones de trabajo mediante la interposición de personas jurídicas que precarizan las condiciones de trabajo y la garantía de pago de los pasivos laborales de algunos trabajadores.

La enumeración anterior de la norma pareciera ser en nuestro criterio de carácter enunciativo y no taxativo.¹⁴ No en vano, el quinto supuesto es de carácter genérico, permitiendo al intérprete de la norma encajar o subsumir en la noción general de simulación o fraude laboral, alguna situación particular.

Veamos, en todo caso, los primeros cuatro supuestos de la denominada tercerización prohibida.

2.1. Primer supuesto. Tercerización genérica

Este es quizás el supuesto de tercerización prohibida que ha generado el mayor número de interpretaciones en el foro y temor en las entidades de trabajo.

Como expresamos precedentemente, está prohibida:

- “1. La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones

¹⁴ En el mismo sentido apunta GARCÍA VARA, Juan. *Sustantivo Laboral en Venezuela*. Librería Jurídica Alvaro Nora. Caracas, 2012, pág. 120: “En nuestro criterio, los supuestos mencionados en la norma, no son taxativos, sino meramente enunciativos y cualquier otra circunstancia que pueda ubicarse dentro de la simulación o el fraude, para negarles a los trabajadores sus derechos laborales, coloca el hecho en la prohibición.”

de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma.”

Conforme a nuestro criterio e interpretando la norma, este supuesto de tercerización prohibida implica la coexistencia o concomitancia de cuatro (4) requisitos indispensables; a saber: (i) que las obras, servicios o actividades sean de carácter permanente; (ii) que se realicen dentro de las instalaciones de la contratante; (iii) que estén relacionadas directamente con el proceso productivo del contratante; y, (iv) que sin la ejecución se afectaría o interrumpirían las operaciones de la misma.

Es el caso, muy típico, en el que se contrata a una entidad de trabajo para realizar actividades que constituyan el objeto básico de la entidad de trabajo contratante para realizar, dentro de las instalaciones del beneficiario, una actividad que constituya parte del proceso productivo de manera permanente y sin cuya ejecución el ente contratante no podría realizar sus propias operaciones.

Por ejemplo, y sólo a título ilustrativo, podría encuadrar dentro de este supuesto normativo, el caso en el cual se contrate a un tercero la pintura de vehículos dentro de las instalaciones de una compañía ensambladora de manera permanente. En este caso, podría presumirse la existencia de un caso de tercerización prohibida, pero si tal contratación fuera realizada de manera *temporal*, para simplemente realizar pruebas para una nueva tecnología de pinturas, pensamos que no debería considerarse como un supuesto de tercerización prohibida.

Lo mismo podría suceder en diversos casos en que la contratación, no obstante sea de carácter *permanente y dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante*, no deberían encuadrar dentro del supuesto de tercerización prohibida. Así, la contratación de una sociedad mercantil dedicada a la vigilancia para el cuidado de las instalaciones de una industria que produce artículos de limpieza para el hogar o la contratación de una sociedad mercantil dedicada a la limpieza de instalaciones empresariales o industriales, no debe constituir un supuesto de tercerización prohibida. O, quizás también, la contratación de un concesionario para el suministro de comidas durante la jornada de trabajo, para cumplir con las obligaciones establecidas en la Ley de Alimentación de los Trabajadores y Trabajadoras.

Nótese que en tales situaciones, que a título ejemplificativo hemos señalado, ninguna de las actividades contratadas pareciera forma parte del

proceso productivo del receptor de las obras, actividades o servicios y que sin su ejecución se interrumpiría la operación básica del receptor del servicio. En dichos casos, la entidad de trabajo contratante tiene un objeto social radicalmente distinto a las obras, actividades o servicios de la contratada.

Mención especial nos merece el término proceso productivo que indica el numeral 1 del artículo 48 de la LOTTT que estamos analizando, ya que la LOTTT no prevé una definición de proceso productivo como tal.

No obstante ello, debemos recurrir a la definición general de dicha expresión, conforme la cual, entendemos por proceso productivo un conjunto de fases sucesivas para la creación de un producto, bien o servicio. Siendo ello así, será tercerización prohibida de conformidad con la LOTTT la contratación de alguna de las fases de producción que sean esenciales y permanentes para la elaboración de los productos o la prestación de un determinado servicio, y que sin ellas no pudiera tener lugar el cumplimiento del objeto de la entidad contratante.

No obstante, pensamos que se trata de una apreciación que deberá evaluarse en cada caso particular, teniendo en consideración: (i) la actividad desempeñada por el receptor o beneficiario de la obra o del servicio; (ii) las características del tercero (fecha de creación, naturaleza jurídica, su exclusividad o no en la prestación de servicios a favor de la entidad de trabajo contratante); y, (iii) el contrato celebrado entre las partes.

En todo caso, sostenemos que las circunstancias que permiten afirmar la existencia de una tercerización prohibida conforme a los términos del numeral 1 del artículo 48 de la LOTTT deban ser concomitantes o concurrentes.

Sin embargo, es muy importante señalar que será en definitivas la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, la que irá determinando y definiendo aquellos casos que encuadren dentro de los supuestos del numeral 1° del artículo 48 de la LOTTT.

2.2. Segundo supuesto. La Intermediación

La segunda circunstancia de tercerización prohibida que prevé el artículo 48 de la LOTTT es la contratación a través de intermediarios, dirigida a evadir obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante o beneficiario de la obra o servicio.

No se trata en modo alguno de un supuesto novedoso de la LOTTT, puesto que ya sus antecesoras regularon la figura del intermediario.

Curiosamente la LOTTT no define entre las personas del Derecho del Trabajo lo que debe entenderse como intermediario. Sin embargo, pensamos

que queda al menos incólume o como referencia conceptual la definición que establecía el artículo 54 de la LOT, conforme a la cual: “*A los efectos de esta Ley se entiende por intermediario la persona que en nombre propio y en beneficio de otra utilice los servicios de uno o más trabajadores.*”

Como se puede observar, esta fórmula prohibida por la LOTT y su predecesora supone una especie de triangulación, conforme a la cual el intermediario o interpuesto funge como supuesto patrono del trabajador, pero es en definitiva el beneficiario de la obra o servicio quien resulta ser el verdadero patrono.

De ahí que, partiendo de la existencia de una relación de trabajo simulada bajo la figura de la intermediación, el artículo 54 de la LOT previó como consecuencia jurídica: “*El intermediario será responsable de las obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos;*” Además: “*Los trabajadores contratados por intermediarios disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario.*”

Así mismo, pero ya en materia de salud e higiene en el trabajo, la LEY ORGÁNICA DE PREVENCIÓN, CONDICIONES Y MEDIO AMBIENTE (LOPCYMAT) regula la intermediación, estableciendo que los trabajadores empleados por el intermediario gozarán de los mismos derechos de protección en la materia que los trabajadores del beneficiario de la obra.¹⁵

Como resulta obvio, la intermediación supone siempre la mencionada triangulación que está dirigida a evadir las responsabilidades que tiene el beneficiario de la obra o servicio para con el trabajador.

2.3. Tercer supuesto. La contratación a través de entidades de trabajo

El tercero de los supuestos de tercerización prohibida se verifica cuando existen entidades de trabajo creadas por el patrono para evadir las obligaciones con los trabajadores.

Realmente este supuesto de la LOTT resulta poco claro y de ahí que sobre él puedan surgir –en nuestro criterio– varias interpretaciones.

Así, en un primer término, la creación de entidades de trabajo por parte de un patrono puede consistir en la constitución de personas jurídicas relacionadas o no, que sean las que celebren contratos de trabajo con uno o varios trabajadores, para evitar –por ejemplo– la aplicación de beneficios que el beneficiario de la obra o servicio confiere a sus propios trabajadores.

¹⁵ G.O. Nro. 38.236 del 26 de julio de 2005.

Se trata, sin mayores cortapisas, de la creación de diversas personas jurídicas que orbitan en el ámbito del verdadero patrono, pero son ellas quienes en definitivas, para diluir o evadir responsabilidades laborales, celebran contratos de trabajo con uno o varios trabajadores.

En este caso y entendiendo que ello es lo tutelado por la norma jurídica, podría pensarse en la existencia de un grupo de entidades de trabajo, en cuyo caso y a tenor del artículo 46 de la LOTTT, los patronos integrantes de dicho grupo son solidariamente responsables entre sí de las obligaciones laborales que ellos hubieren contraído con sus trabajadores. Así mismo, es bueno advertir que en el caso de existencia de grupo de entidades de trabajo o empresas, la Sala de Casación Social ha venido ratificando su criterio en relación a la isonomía de beneficios para los trabajadores que conforman el grupo.¹⁶

Ahora bien, la indefinición del tercer supuesto de tercerización prohibida contenido en la norma también podría sugerir que el patrono constriña a los trabajadores para que éstos constituyan formalmente personas jurídicas para entablar, directamente con ellas, relaciones mercantiles, civiles o de cualquier índole, que eviten la aplicación del ordenamiento jurídico laboral para con el sustrato humano que conforman dichas sociedades.

Es el caso muy frecuente, ya debatido tanto en los Tribunales de Instancia como en el Máximo Tribunal de la República, de relaciones que se celebran

¹⁶ La más reciente decisión en materia de isonomía de beneficios laborales, la hemos encontrado en el caso de Gloria Esperanza Moreno y otros contra Pasquale Cifelli, sentencia N° 624 de la Sala de Casación Social de fecha 18 de junio de 2012, con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, en la que se expresó: “*Con respecto a la aplicación de la convención colectiva de la empresa Creaciones Costa Verde C.A., es necesario aclarar que, si bien la parte demandada es una persona natural –el ciudadano Pasquale Cifelli Fiorelli–, ello se debe a que las dos empresas para las cuales se prestó el servicio –Creaciones Costa Verde C.A. y Ziccardi C.A.– fueron liquidadas, cesando en su actividad. Asimismo, el juez de la causa estableció la existencia de una unidad económica entre ellas, lo cual tiene relevancia a pesar de no haber sido demandadas de forma solidaria –por la circunstancia antes señalada–, toda vez que ello determina la aplicación de la convención colectiva de la empresa Creaciones Costa Verde C.A.; en este sentido, esta Sala reitera que: (...) para el trabajador que presta servicios a una empresa que forma parte de un grupo económico, debe considerarse que existe una sola relación de trabajo; esto tiene que ver con dos problemas fundamentales: la consideración del tiempo de servicios en caso de transferencia y la situación que se puede plantear cuando el trabajador preste servicio a dos o más empresas del grupo económico al mismo tiempo. Al existir un solo patrono, se colige que los trabajadores que prestan servicios para éste deben disfrutar de las mismas condiciones de trabajo, y en caso de que uno de ellos desempeñe la misma labor que otro trabajador que presta servicios en otra de las empresas del grupo, tendrá derecho a percibir idéntico salario (Sentencia N° 217 del 27 de febrero de 2007, caso: Rafael Eduardo Moreno Pastrán contra Telecomunicaciones Movilnet, C.A. y otra).”*

entre personas jurídicas (sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, civiles, asociaciones civiles, cooperativas e incluso sociedades de hecho), que pretenden ocultar la prestación personal de un servicio.

Este tipo de situaciones ya han sido resueltas, como indicamos anteriormente, por el Poder Judicial, aplicando en dichas situaciones el test de laboralidad para la determinación del eventual carácter laboral o no de una relación personal. Sin embargo y como se ha reconocido abundantemente, el tema es casuístico, razón por la cual se hace menester el análisis estricto de cada situación particular para determinar si se está o no en un supuesto de tercerización prohibida conforme al tercer caso que prevé el artículo 48 de la LOTTT.¹⁷

¹⁷ Una reciente decisión de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia calificó la laboralidad de la relación que mantenían los actores con una sociedad mercantil a través de una Cooperativa. Se trata de la decisión N° 1013 del 26 de septiembre de 2012, en el caso de Transporte Costa Linda, C.A., con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, en la que se indicó: *“Del análisis de las pruebas quedó demostrado que los actores Johnny Rafael Salas Padrino, Eduardo José Carmona, Luis Oscar Ulloa, José Marchan, Antonio Granadillo, Simón Blanco, Néstor Jesús Pinto y Álvaro Peña comenzaron a prestar servicios desde el 27-2-2005, el primero; 29-2-2005 el segundo; 27-2-2005 el tercero, cuarto y quinto; y el 5-1-2007 los tres últimos para la empresa Transporte Costa Linda, C.A., como choferes de transporte pesado, en forma personal y directa para la demandada hasta finales de 2005 cuando constituyeron la Cooperativa New Services, 642, R.L., fecha a partir de la cual continuaron prestando servicios en las mismas condiciones para la demandada; que las instrucciones eran impartidas por la demandada; que el salario se establecía por porcentaje del valor del flete de cada viaje realizado por el conductor correspondiente; que el servicio era prestado con los vehículos de la demandada; que la Cooperativa funcionaba dentro de las instalaciones de la demandada donde se llevaba el control, gestión y administración tanto de la Cooperativa como de la empresa; que la Cooperativa ha cumplido con todas las formalidades legales para su constitución y funcionamiento; y, que fue celebrado un contrato de servicios entre la Cooperativa y la demandada.*

Ahora bien, al haber admitido la demandada la prestación personal del servicio pero calificándola de naturaleza distinta a la laboral, corresponde a la Sala con el examen de las pruebas promovidas y evacuadas por ambas partes determinar si, en el caso concreto, la demandada logró desvirtuar la presunción de laboralidad a favor de los actores aplicando, para ello, los criterios que han sido señalados por la doctrina y que fueron ampliados por vía de jurisprudencia, por esta Sala, como es el denominado “test de dependencia o examen de indicios en los términos que siguen:

- a) Forma de determinar el trabajo: el servicio era prestado en forma personal por los actores conduciendo los vehículos de la demandada, en el horario establecido por ésta, siguiendo las instrucciones y directrices de la demandada.*
- b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo: la jornada y la forma de realizar el trabajo era establecida por la demandada y el salario se calculaba por porcentaje del valor del flete de cada viaje realizado por el conductor correspondiente.*
- c) Forma de efectuarse el pago: por depósito bancario en las cuentas de cada actor.*
- d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario: el trabajo personal era prestado por cada uno de los actores y la supervisión y control disciplinario la ejercía la demandada.*

2.4. Cuarto supuesto. Utilización fraudulenta de figuras contractuales del derecho común

El artículo 48 de la LOTTT prevé un cuarto supuesto conforme al cual queda prohibida la utilización de contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil. Es lo que hemos denominado nosotros particularmente como utilización fraudulenta de figuras contractuales del derecho común.

Tampoco es un supuesto innovador puesto que se asimila a lo señalado en el tercero de los supuestos de la norma por la Sala de Casación Social a través de la aplicación del test de laboralidad o dependencia. En efecto, nuestro Máximo Tribunal de la República ha venido sistemáticamente analizando todos y cada uno de aquellos casos en los cuales, existiendo la prestación personal de un servicio, se utilizan contratos típicos del derecho común con el objeto de evadir las responsabilidades que para el patrono prevé el ordenamiento jurídico laboral.

En estas situaciones, la aplicación del mencionado test de laboralidad o dependencia y el principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas, ha sido la herramienta indispensable para considerar la existencia

e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria: los vehículos y gandalas eran propiedad de la demandada.

f) Otros: Asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo, la exclusividad o no para la usuaria: La demandada era quien asumía los costos y la responsabilidad de la mercancía transportada a los destinos establecidos. La remuneración de cada actor dependía de la cantidad y duración de los viajes realizados.

Otros criterios utilizados por la Sala:

a) Naturaleza jurídica del pretendido patrono. La demandada es una sociedad mercantil.

b) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación del servicio: Los vehículos eran propiedad de la demandada.

c) Naturaleza y cantidad de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar: la remuneración dependía de la cantidad de viajes y de la duración de los mismos.

En consecuencia, de acuerdo con los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales y conservación de la relación laboral, previstos en el ordinal 1° del artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 9° literal c) y d) del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, así como la contestación de la demanda y el análisis del material probatorio, concluye la Sala que, en el presente caso, habiendo quedado admitida la prestación del servicio personal anterior a la constitución de la Cooperativa y dado que la demandada no logró desvirtuar la presunción de la existencia de un vínculo de trabajo a partir de la constitución de la Cooperativa, se entiende que la prestación de servicios de los actores continuó siendo de naturaleza laboral al no desvirtuarse los elementos propios de la relación de trabajo, tales como subordinación, ajenidad y salario.”

o no de una relación de trabajo entre partes. Se ha verificado la aplicación de dicho test, al menos en lo que concierne a este tercer supuesto, en los contratos de servicios, de cuentas en participación, de comisión, de mandato, de agencia, entre muchos otros que prevé el derecho común.

Nos permitimos en ese sentido, citar textualmente el fragmento de una sentencia de interés en la cual la Sala de Casación Social indicó:

“Ahora bien, esta Sala de Casación Social ha sostenido reiteradamente que resulta erróneo juzgar la naturaleza de una relación de prestación de servicios con fundamento sólo en lo que las partes hubiesen pactado en el contrato, pues el contrato de trabajo ha de ser entendido como un contrato realidad, esto significa que lo realmente importante no es lo que las partes abstractamente hayan establecido en el acuerdo, sino la realidad en la que se desarrolla la prestación del servicio, en otras palabras, en las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias principio consagrado en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De no ser así, bastaría con oponer un contrato en el que se califique de mercantil, civil o de cualquier otra naturaleza la prestación de servicios para desvirtuar la presunción de laboralidad, lo cual es contrario al principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores.”¹⁸

En otra decisión estableció:

De la lectura íntegra del contrato de cuentas en participación suscrito entre las partes, observa la Sala que las partes establecieron que “*La sociedad*” aportaba el local comercial, los bienes muebles donde “*La participante*” realiza sus servicios a los clientes, el pago de los servicios públicos y el pago compartido de los impuestos municipales; mientras que “*La participante*” se obligaba a: resguardar el prestigio, nombre y reputación de la marca “*Sandro*”, prestar el oficio a plena satisfacción del cliente, cumplir el horario de atención al público, usar el uniforme asignado, no divulgar los secretos comerciales de la marca “*Sandro*”, no competir deslealmente, adquirir únicamente de “*La sociedad*” los productos requeridos para el servicio de manicurista, otorgar un depósito mensual de cien mil bolívares (Bs. 100.000,00) a efectos de garantizar el uso adecuado de los bienes muebles –mesa y silla– asignados por “*La sociedad*” para la prestación del servicio, los cuales eran reintegrados una vez finalizado el contrato –cláusula novena– asimismo, se obligaba “*La participante*” a contribuir con el pago del ocho por ciento (8%) sobre el monto mensual producido por concepto de pagos de servicios administrativos y el dos por ciento (2%) sobre la base de su producción mensual para el pago de patente de industria y comercio en virtud de la explotación del negocio.

¹⁸ Sentencia N° 134 del 6 de marzo de 2012, en el caso de Consolidada de Ferrys, C.A. con ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa.

De igual forma, se observa que respecto a la participación de los beneficios –cláusula quinta– establecieron que “*La participante*” percibirá el setenta por ciento (70%) sobre el monto producido por el servicio prestado a los clientes, y “*La sociedad*” percibirá el treinta por ciento (30%) de la producción de “*La participante*”, porcentajes de liquidación que de conformidad con el parágrafo segundo de la cláusula quinta se deben realizar mensualmente.

... (omissis) ...

Ahora bien, de manera reiterada la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sostenido que resulta erróneo juzgar la naturaleza de una relación de prestación de servicios con fundamento sólo en lo que las partes hubiesen pactado en el contrato, pues el contrato de trabajo ha de ser entendido como un contrato realidad, esto significa que lo realmente importante no es lo que las partes abstractamente hayan establecido en el acuerdo, sino la realidad en la que se desarrolla la prestación del servicio, en otras palabras, en las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias principio consagrado en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De no ser así, bastaría con oponer un contrato en el que se califique de mercantil, civil o de cualquier otra naturaleza la prestación de servicios para desvirtuar la presunción de laboralidad, lo cual es contrario al principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores.

En aplicación de la doctrina precedentemente expuesta y del cúmulo probatorio valorado *ut supra*, advierte esta Sala que la sociedad mercantil Salón de Belleza Margarita, C.A., incumplió con su carga procesal de desvirtuar la presunción de laboralidad que obra a favor de la ciudadana Belén Consuelo Rojas, toda vez que fundamentó el carácter mercantil del vínculo en el contrato de cuentas de participación, medio de prueba que a la luz de la teoría del contrato realidad resulta insuficiente para desvirtuar la presunción de laboralidad del servicio personal prestado por cuenta ajena prevista en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, por tanto, debe declarar esta Sala que el vínculo que unió a las partes es de carácter laboral, por lo que deviene la declaratoria con lugar de la acción interpuesta por la parte en lo que respecta a la sociedad mercantil Salón de Belleza Margarita, C.A.¹⁹

En todos los casos analizados por la Sala que hemos podido revisar, ésta ha sido enfática en la aplicación del ya invocado principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas que las partes hubieren podido adaptar y que no basta simple y llanamente la producción de documentales para demostrar la existencia de un vínculo jurídico determinado para destruir la presunción de laboralidad, sino que ha de descenderse a la realidad de la relación existente

¹⁹ Sentencia N° 119 del 2 de marzo de 2010, en el caso de Team Estilist, C.A. y otras, con ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa.

entre las partes. De ahí la importancia del test de laboralidad o dependencia que es la herramienta utilizada en este tipo de situaciones procesales.

2.5. Quinto supuesto. Cualquier otra forma de simulación o fraude

Finalmente la norma referente en materia de tercerización prohíbe, de manera general, cualquier otra forma de simulación o fraude.

No queremos causar tedio en el lector, pero este supuesto –genérico por demás– pensamos que fue creado por el legislador para evitar cualquier subterfugio dirigido a evitar las responsabilidades que prevé el ordenamiento jurídico laboral a favor de los trabajadores.

Sin embargo, no debemos dejar de advertir que este supuesto es en sí caprichoso, puesto que puede utilizarse indiscriminadamente, al menos según la propia redacción de la norma, para declarar la existencia de un caso de tercerización prohibida. Consideramos que efectivamente, cuando se utilice el test de laboralidad o de dependencia, pueda declararse una tercerización prohibida, puesto que en los supuestos anteriores pareciera obvio que existiría una forma de simulación o fraude con el propósito de evadir responsabilidades laborales.

Pero dejar así abierta a la interpretación del órgano judicial y, en ocasiones a la Administración del Trabajo la posibilidad de declarar la simple existencia –caprichosa– de una simulación o fraude, no encuadrable en los cuatro primeros supuestos del artículo 48 de la LOTTT, resulta indudablemente muy peligroso.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA TERCERIZACIÓN PROHIBIDA

El artículo 48 de la LOTTT no establece consecuencias jurídicas directas a la denominada tercerización prohibida, toda vez que se limita a prever simplemente sus supuestos. Por supuesto, toda prohibición conlleva por razones obvias una orden legislativa, que es precisamente una obligación de *no hacer*.

Ahora bien, las consecuencias jurídicas de la tercerización prohibida, en los términos y condiciones del artículo 48 de la LOTTT, se encuentran previstas en la Disposición Transitoria Primera de dicho texto normativo, conforme a la cual:

“En un lapso no mayor de tres años a partir de la promulgación de ésta (sic) Ley, los patronos y patronas incurso en la norma que prohíbe la tercerización, se ajustarán a ella, y se incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal los trabajadores y trabajadoras terceriza-

dos. Durante dicho lapso y hasta tanto sean incorporados efectivamente a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal, los trabajadores y trabajadoras objeto de tercerización gozarán de inamovilidad laboral, y disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores y trabajadoras contratados directamente por el patrono o patrona beneficiario de sus servicios.”²⁰

De acuerdo al texto normativo precedentemente transcrito, pueden evidenciarse tres (3) consecuencias jurídicas inmediatas en los supuestos de tercerización prohibida; a saber: (i) que dentro de un plazo de 3 años contados a partir de la vigencia de la LOTTT, los patronos beneficiarios de los servicios de los trabajadores incursos en supuestos de tercerización prohibida, tendrían la obligación de incorporarlos a sus respectivas nóminas; (ii) que a partir de la entrada en vigencia de la LOTTT, los trabajadores tercerizados deben disfrutar de los mismos derechos y beneficios que son otorgados por los patronos beneficiarios de los servicios; y, finalmente (iii) que durante dicho plazo los trabajadores tercerizados gozarán de inamovilidad especial, razón por la cual no podrían ser despedidos o desmejorados en sus condiciones de trabajo, salvo autorización previa otorgada por el Inspector del Trabajo.

La implementación de la norma en comento no dejar de causar y generar dudas.

Así, por ejemplo, en relación a la primera consecuencia jurídica que supone un caso de tercerización prohibida, esto es, la obligatoriedad de incorporar a los trabajadores tercerizados a la nómina de los patronos beneficiarios de los servicios y en el plazo en ella referido, no queda claro cómo deben éstos realizar la incorporación. Vale decir, la norma no aclara el método a utilizar para que ello suceda, si se pierde o no la antigüedad que hubieran podido tener prestando el servicio que se encontraba tercerizado, entre otras cuestiones.

Por otro lado, no entendemos el por qué se otorgó un plazo de tres (3) años para incorporar a la nómina a trabajadores tercerizados, cuando ello, conforme a la LOTTT, supone un fraude.²¹

²⁰ En realidad esta orden contenida en la Disposición Transitoria también se encuentra prevista, aunque limitada, en la parte *in fine* del artículo 48 de la LOTTT, según el cual: “En los casos anteriores los patronos o patronas cumplirán con los trabajadores y trabajadoras todas obligaciones derivadas de la relación laboral conforme a esta Ley, e incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal a los trabajadores y trabajadoras tercerizados o tercerizadas, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo.”

²¹ En idéntica línea, Cfr. MIRABAL RENDÓN, Iván (12): *Breves notas sobre la reforma laboral en Venezuela. Descripción general referida al Derecho Individual del Trabajo*. En Revista

Peor aún, ni esa norma en específico ni otra de la LOTTT aclara cuál o cuáles son los organismos encargados de velar sobre la aplicación de ese dispositivo técnico, esto es, a quién se le atribuye la competencia para determinar si un caso determinado constituye o no un supuesto de tercerización prohibida.

En ese sentido, algunas normas parecieran apuntar a que son las Inspectorías del Trabajo a quienes en principio pudiera atribuírsele la competencia para establecer si existe un caso de tercerización prohibida. Ello –en principio– pudiera encuadrarse dentro del numeral 1 del artículo 507 de la LOTTT, relativo a las funciones de las Inspectorías del Trabajo, conforme al cual: *“Las Inspectorías del Trabajo tendrán las siguientes funciones: “Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta Ley, su Reglamento, demás leyes vinculadas y las resoluciones del ministro o ministra del Poder Popular con competencia en materia de trabajo en la jurisdicción territorial que le corresponda.”*

Además de esa disposición, también encontramos que la exigencia o la petición del cese de tercerización prohibida, pudiera tramitarse, también en principio, a la luz del artículo 513 de la LOTTT, referido al “Procedimiento para atender reclamos de trabajadores y trabajadoras”.

No obstante lo anterior, pensamos que es el Poder Judicial, a través de los Juzgados con competencia del Trabajo, quienes tienen la potestad de resolver, mediante un procedimiento jurisdiccional como el previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, si se está o no en presencia de un caso de tercerización prohibida, siendo éstos los únicos realmente facultados, mediante sus sentencias, para ordenar la incorporación de los trabajadores tercerizados en las nóminas de los beneficiarios de los servicios y exigir de igual forma el reconocimiento de los derechos laborales que tienen los trabajadores de los patronos beneficiarios.

En ese sentido apunta MIRABAL RENDÓN²²:

“Esta situación genera una duda ¿Quién debe ser el órgano competente para decretar cuando hay un caso de tercerización en fraude laboral? En nuestra opinión, creemos que esta facultad sólo la tiene el Juez del Trabajo por el principio de libertad de las formas procesales, sumado a su amplia potestad para conocer un asunto contencioso del trabajo pues el debate sobre los hechos controvertidos deberá estar soportado con amplias pruebas sobre el cual deba recaer la sentencia. Respetándose con esta forma la garantía

Derecho del Trabajo N° 14. Fundación Universitas. Consejo Académico. Barquisimeto, Estado Lara. Pág. 45.

²² ID.

fundamental del debido proceso establecido en la Constitución. No creemos, que esta facultad la tenga el Inspector del Trabajo, en virtud que el Inspector siempre debe regir sus actos a través del principio de legalidad de la actividad administrativa y la ley no le otorga en forma expresa la posibilidad de decretar, cuando existe o no, un caso de tercerización en fraude laboral.”

Finalmente, lo que si queda claro de la norma es que desde su entrada en vigencia, los trabajadores tercerizados obtienen inamovilidad laboral y deben disfrutar de los mismos derechos que tienen los trabajadores del beneficiario del servicio.

IV. LA TERCERIZACIÓN PROHIBIDA NO SUPONE EL FIN DE LA FIGURA DE LOS CONTRATISTAS

La previsión de tercerización prohibida de la LOTTT no ha supuesto el fin del régimen de contratistas.

En efecto, si bien es cierto que la LOTTT identifica a ciertos supuestos como casos de tercerización que prohíbe de manera expresa, no es menos cierto que la tercerización aún es posible, vale decir, que resulta plenamente admisible la contratación de personas que con sus propios elementos, herramientas, medios y sus propios trabajadores, presten servicios a favor de un beneficiario. Ello se encuentra plenamente reconocido en el artículo 49 de la LOTTT, el cual dispone:

“Son contratistas las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargan de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recurso propios, y con trabajadores y trabajadoras bajo su dependencia.

La contratista no se considerará intermediario o tercerizadora.”

La LOTTT mantiene igualmente la noción de inherencia y conexidad, como lo hacía el artículo 55 de la LOT predecesora. Un cotejo entre ambas normas permite concluir que, salvo la agrupación de varias normas de la LOT en un solo dispositivo técnico, el legislador mantuvo sin modificación alguna la definición de inherencia y conexidad en casos de contratistas.

Sin embargo, el artículo 50 de la LOTTT indica que: “Si se determina que la contratación de obras o servicios inherentes o conexos sirve al propósito de simular la relación laboral y cometer fraude a esta Ley, se considerará tercerización.” Como se puede observar, esta norma relacionada con los contratistas ratifica el carácter enunciativo y no taxativo de los casos de tercerización prohibida que nos permitimos esbozar en la sección 2.- de este artículo, caso en el cual –reiteramos– si un órgano jurisdiccional tiene

frente así un caso de contratistas en el cual se demuestre la existencia de la simulación o fraude para evadir las responsabilidades derivadas del ordenamiento jurídico laboral, deberá entonces aplicar las consecuencias jurídicas de la tercerización prohibida; esto es, en primer término, extender a los trabajadores objeto de la tercerización prohibida los mismos beneficios que tienen los trabajadores del ejecutor o beneficiario del servicio y, adicionalmente, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados de manera definitiva en la nómina del beneficiario.

La inspección del trabajo en Venezuela: Impacto de la nueva Ley del Trabajo

*Francisco Javier Marín Boscán*¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Punto Previo: La Nueva Ley del Trabajo en Venezuela, la LOTTT. III. La Inspección del Trabajo en la Evolución del Derecho Laboral en Venezuela. IV. El Papel de la Administración del Trabajo en la Garantía de adecuadas Condiciones de Trabajo para la Armonía y el Trabajo Decente. V. Referentes en la Normativa Nacional y la Contribución de la Nueva Ley del Trabajo (LOTTT) a la Eficacia de la Inspección del Trabajo. VI. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La Inspección del Trabajo se asume como la labor que el Estado realiza, con el propósito de conocer si las condiciones bajo las cuales el servicio se presta, garantizan lo esperado, de encaminar los procesos productivos hacia buenos resultados económicos y sociales, considerando a trabajadores y empleadores como los grandes aliados para ese propósito.

Cabanellas lo refiere como “fiscalización del trabajo”, porque posee el sentido de “vigilancia, revisión, cuidado”². Al considerar los antecedentes, el nombrado autor se remonta a la Ley del 24 de julio de 1873, correspondiente a España en los tiempos de su primera República.

¹ Maestría y Doctorado en Derecho del Trabajo (LUZ). Diploma en Derecho Internacional y Comparado del Trabajo (UNAM). Experto Latinoamericano en Relaciones de Trabajo (OIT, Centro de Turín y Universidades de Bolonia y Castilla La Mancha). Profesor en pregrado y posgrado de LUZ. Investigador en el Centro de Investigaciones y Estudios Laborales (CIELDA-LUZ) acreditado en el PEII. Miembro de la Asociación Venezolana de Abogados Laboralistas (AVAL) y de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Autor del libro: “Curso de Procedimiento Laboral Venezolano” y de artículos en revistas y medios electrónicos. El presente trabajo ha sido concluido en febrero 8 de 2013.

² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario de Derecho Laboral*, Editorial Heliasta, Argentina, 1998, p. 306.

En el último Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social³, se ratificó que la inspección del trabajo es uno de los medios más importantes para asegurar la eficacia de la legislación laboral y brindar protección a los trabajadores.

En la materia ha sido trascendente la misión de la OIT, como “eco del famoso artículo 427 del Tratado de Versalles, que en su número 9º se refiere al servicio de inspección del trabajo”⁴. Así consta en el artículo 1º de la Recomendación N° 20 de 1923. Aunque la OIT también aprobó en 1947, una nueva recomendación y un convenio sobre esta materia. En este sentido, las normas internacionales son: el Convenio N° 81 y la Recomendación N° 81 sobre Inspección del Trabajo, la Recomendación N° 82 sobre la Inspección del Trabajo (Minas y Transporte, y el Convenio N° 129 y la Recomendación N° 133 sobre la Inspección del Trabajo (Agricultura).

El Derecho Laboral Venezolano en el tiempo ha tenido dos grandes juristas que han constituido su soporte, a saber: Rafael Caldera Rodríguez y Rafael Alfonso-Guzmán. El primero, con su vinculación al mundo político, a través de la actuación de un partido y gestión gubernamental, ha sido el pionero normativo⁵, tanto en cuanto a la ley como su reglamentación; el segundo, académico a carta cabal, con criterios doctrinales y judiciales⁶, que han sentado las bases de esta importante disciplina científica. En todo caso, las virtudes ó desaciertos del Derecho del Trabajo en Venezuela, las debemos a estos baluartes.

En nuestro país el órgano administrativo para asegurar el cumplimiento de la legislación laboral es el Ministerio para el Trabajo y Seguridad Social⁷. Conforme reseña Alfonso-Guzmán, inicialmente ese encargo fue atribuido a la Oficina Nacional del Trabajo (1936) y al Ministerio del Trabajo y Comunicaciones (1937), pero luego la materia del Trabajo fue separada de Comunicaciones (1945), creándose el Ministerio correspondiente. Esto último era

³ Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 2012.

⁴ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario de Derecho Laboral*, Editorial Heliasta, Argentina, 1998, p. 308.

⁵ Caldera fue Presidente de la República en dos oportunidades y redactor de los proyectos normativos correspondientes, hasta 1998.

⁶ Alfonso-Guzmán es autor de obras muy importantes en la materia y fue magistrado en la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia, donde fue ponente de la tesis sobre la indexación laboral (en vigencia desde 1993).

⁷ Omitimos la mención que es un Ministerio del “Poder Popular”, por cuanto constitucionalmente no tiene existencia tal “Poder”, solo un marco normativo fundamentado en una ley, sin correspondencia con nuestra Carta Fundamental.

razonable, ya que las atribuciones del Estado en materia del Trabajo son muy amplias y especiales, ameritando una cartera ministerial específica.

En lo que si se ha estado claro en el país, es que la Administración del Trabajo es una actividad reservada al Poder Nacional.

El Derecho del Trabajo en Venezuela se ha construido en atención al trabajador subordinado, mas se sientan bases para igualmente proteger al trabajador autónomo o independiente.

Conforme una investigación de Hernández y Richter, en Venezuela existe una “cultura de poco apego al cumplimiento de las normas legales”⁸, lo cual se manifiesta en el ámbito laboral, y “favorece que el sector empresarial suela adoptar mecanismos de evasión de la normativa laboral y acuda a prácticas desleales, cuyos usos se ven estimulados por la ineficiencia de los sistemas de sanción y control”⁹. Esto último atañe directamente a nuestro tema.

Lo anterior es ratificado en un estudio de Aranguren, quien expone que a pesar de las regulaciones “se evidencia un importante nivel de incumplimiento por parte de las empresas a la normativa laboral vigente”¹⁰.

Resulta de vital interés, analizar cómo en el tiempo el Derecho y la realidad venezolana ha concebido la Inspección en el Trabajo, para establecer si resulta un instrumento eficaz hacia el trabajo, o si requiere fortalecimiento en pro de la armonía y el trabajo decente.

Es de interés destacar, que en el país por mucho tiempo se planteó una disyuntiva en cuanto a la definición de la jurisdicción facultada para conocer sobre la nulidad de los actos administrativos laborales¹¹. Esto se ha concretado a partir de una decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹², que estableció es la jurisdicción laboral, la competente para conocer sobre la nulidad de los actos dictados por los Inspectores del Trabajo.

En definitiva luce muy interesante este tema, ya que de la Inspección del Trabajo depende la efectiva protección de los derechos de los trabajadores,

⁸ ARANGUREN ALVAREZ, Oscar y RICHTER, Jacqueline: *El Trabajo sin Tutela en Venezuela: Nuevas y Viejas Formas de Desprotección Laboral*, Caracas, 2002, p.92.

⁹ ARANGUREN ALVAREZ, Oscar y RICHTER, Jacqueline: *El Trabajo sin Tutela en Venezuela: Nuevas y Viejas Formas de Desprotección Laboral*, Caracas, 2002, p.92.

¹⁰ ARANGUREN ALVAREZ, Williams: *Violación a la Normativa Laboral en Venezuela: Un Análisis desde los Servicios de Inspección del Trabajo*, 2010, p.195.

¹¹ Esta disyuntiva guarda relación con establecer, si corresponde conocer a la jurisdicción contencioso-administrativa o a la jurisdicción laboral propiamente.

¹² TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional: Sentencia de fecha 23-09-2010.

pero antes, realizaremos algunas consideraciones sobre la Nueva Ley del Trabajo, conocida por las siglas “LOTTT”.

II. PUNTO PREVIO: LA NUEVA LEY DEL TRABAJO EN VENEZUELA, LA LOTTT

Prácticamente dando cumplimiento a una promesa electoral, el presidente de Venezuela Hugo Chávez, decretó la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT)¹³, apoyado en una Ley Habilitante para dictar medidas orientadas a solventar problemas relacionados con inundaciones por lluvias en el país. Así el Presidente de la Republica relevó de su tarea, a la Asamblea Nacional que ya se encontraba en moratoria desde el 2000, en cuanto a reformar la Ley Orgánica del Trabajo (LOT), que debía comprender aspectos sobre prestaciones sociales, prescripción y jornada laboral, conforme mandato constitucional¹⁴.

En este sentido, fue constituida una Comisión Presidencial para la “Creación y Redacción de la Nueva Ley Orgánica del Trabajo”¹⁵, conformada por personas vinculadas con el gobierno. Una vez decretada la Ley mencionada, la Asamblea Nacional dictó un Acuerdo de respaldo a la LOTTT¹⁶ y ya antes de esto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con una celeridad inusitada, se había pronunciado acerca de la constitucionalidad del carácter orgánico del instrumento referido.

Queda definido de esta manera lo siguiente: 1) la LOTTT no fue dictada por el órgano legislador, si no por el Presidente de la Republica invocando facultades previstas en una Ley que le habilitaba para efectos especiales descritos, 2) la LOTTT en su contenido comprende una reforma que va mas allá del precepto constitucional, 3) esa Ley no fue producto de una consulta nacional, con participación de todos los sectores involucrados, tampoco fue evaluado el impacto en cuando a la ampliación de los beneficios para los trabajadores y 4) la LOTTT desconoce en su titulo, que persigue regular el trabajo y los sujetos o actores sociales involucrados, por el contrario se

¹³ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA: *Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras*, 2012.

¹⁴ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE: Constitución Nacional 1999, Disposición Transitoria Cuarta, Numeral 3º.

¹⁵ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA: Decreto No. 8.661, Gaceta Oficial N° 39.818, fecha 12-12-2011.

¹⁶ ASAMBLEA NACIONAL: *Acuerdo de Respaldo a la LOTTT*, Gaceta Oficial N° 39.918, fecha 09-05-2012.

parcializa con uno de ellos, que si bien es asumido como el débil jurídico de la relación, lo importante es alcanzar el equilibrio necesario, en aras de la producción, el empleo y el progreso.

En todo caso, y como orientación de interés para este trabajo, se afirma que la LOTTT “refuerza derechos de los trabajadores y amplía la capacidad punitiva del Estado y su intervención en la relación entre trabajadores y patronos”¹⁷.

III. LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO LABORAL EN VENEZUELA

En nuestro país resulta de mucho interés destacar que el primer instrumento normativo que contenía normas relacionadas con el trabajo, fue la Ley sobre Talleres y Establecimientos Públicos (1917), aunque en la materia, la ley especial inicial fue la Ley del Trabajo de 1928. Esta Ley fue reformada en 1936 y de ahí, fue objeto de modificaciones sucesivas, hasta que en 1990 se le dio el carácter de Ley Orgánica, instrumento que fue objeto de reforma en 1997. La legislación del trabajo con la LOTTT, ha presentado algunas modificaciones en la materia objeto de consideración en este trabajo, como observaremos mas adelante.

En el año 1990, se realizó en el país una Misión de Estudio y Diagnóstico del Sistema de Relaciones Laborales por parte de la OIT, lo cual generó un Informe sobre “Relaciones de Trabajo en Venezuela”. Al efecto fueron emitidas conclusiones y recomendaciones, destacando entre los aspectos susceptibles de reforma, uno que comprende el tema en consideración, señalando en cuanto a la Administración del Trabajo la necesidad de “redefinir en términos más funcionales y modernos la misión y autoridad que le corresponde, cediendo a los tribunales de justicia aquella parte de sus poderes que son de naturaleza jurisdiccional y asumiendo un papel más ágil en el campo de la promoción y mejor encauzamiento de las relaciones colectivas del trabajo”¹⁸.

En cuanto a las atribuciones de la Inspección del Trabajo, en el nombrado Informe reza la necesidad de “fortalecer la aplicación a todo el personal del principio del mérito y procurar que una proporción mayor de sus empleados tenga la condición de funcionarios de carrera, con los beneficios y

¹⁷ PADILLA, José Ramón y otros: *El Trabajo y su Nueva Ley*, 2012, p. 31.

¹⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Relaciones de Trabajo en Venezuela, Informe de una Misión*, Ginebra, 1995, p. 155.

protecciones que ello supone. A todo ello debería agregarse la necesidad de efectuar correcciones y subsanar deficiencias en la situación presupuestaria y de recursos humano del Ministerio¹⁹.

Por otra parte, en el Informe, se asumió como recomendación más importante la creación de un Departamento de Conciliación, Mediación y Arbitraje, para procurar la solución pacífica de los conflictos de intereses.

Con relación a lo antes planteado, no se han tomado medidas adecuadas, salvo en cuanto a lo último, ya que entre las distintas Salas de la Inspectoría, figura una a la que resulta muy afín el cometido de atender la conciliación, a través de la mediación y el arbitraje.

A partir de 1994 se asumió el proceso de reestructuración del Ministerio del Trabajo²⁰, concretándose un poco más a partir de 1997, comprendiendo lo siguiente: cambio de la estructura organizativa, creación de la Unidad de Supervisión de Trabajo y de la Seguridad Social e Industrial, integración de las Unidades de Inspección por Zonas/Profesión, ingreso de nuevo personal, capacitación y adiestramiento, mejora de las instalaciones físicas de las inspectorías y mejoras en sistemas estadísticos, entre otros aspectos.

En cuanto a lo anterior, Bernardoni señala la modernización de los Ministerios del Trabajo como una meta continental, frente a un contexto socioeconómico, que hace “inaplazable la adecuación estructural y funcional de la administración del trabajo, a los fines de enfrentar los desafíos que plantean los nuevos tiempos y lograr cumplir su misión rectora en el diseño y aplicación de políticas laborales efectivas y eficientes...”²¹.

En Venezuela se está conteste que son suficientes las normas en todos los ámbitos (laboral y en general), pero falta la voluntad necesaria para su cumplimiento. Esto como consecuencia del accionar de un Estado, que frente a la ingente cantidad de recursos provenientes de la renta petrolera, no se ha preocupado por invertir adecuadamente para el futuro, y una población donde la falta de conciencia colectiva, impide que los ciudadanos en acción conjunta con el Estado definan su porvenir, porque prevalece el asistencialismo y el clientelismo político, como frecuentemente lo señala PROVEA en sus importante informes²².

¹⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Relaciones de Trabajo en Venezuela, Informe de una Misión, Ginebra, 1995*, p.155.

²⁰ Actualmente con la denominación de “Ministerio del Trabajo y Seguridad Social”.

²¹ BERNARDONI DE GOVEA, María: *Modernización de los Ministerios del Trabajo*, 1998, p. 338.

²² El último Informe de PROVEA fue presentado en 2012 y está referido a: *15 Años de DDHH en Venezuela: Inclusión en lo Social, Exclusión en lo Político*.

IV. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO EN LA GARANTÍA DE ADECUADAS CONDICIONES DE TRABAJO PARA LA ARMONÍA Y EL TRABAJO DECENTE

El Ministerio del Trabajo y Seguridad Social se caracteriza por contar dentro de la Administración Pública Centralizada, con presupuesto insuficiente, lo que le limita en su propósito fundamental de velar por el cumplimiento de la normativa laboral. Incluso la propia dependencia del Estado, en muchas ocasiones se observa no está en capacidad de garantizarle condiciones adecuadas a sus trabajadores, y por el contrario, los expone a accidentes o enfermedades ocupacionales.

Un trabajador satisfecho con el salario que recibe por el servicio que presta, dentro de óptimas condiciones, ha de ser una persona que física y mentalmente se encontrará en la mejor disposición de intervenir en los procesos productivos, en un marco de cordialidad con su empleador. Y bajo las circunstancias anteriores, los trabajadores y sus organizaciones sindicales, velarán por preservar esa fuente de trabajo e incrementar la productividad para mejores condiciones a los efectos de la competitividad de la empresa. De lo contrario el conflicto estará intermitente, máxime si el Estado a través de sus entes, no cumple su cometido, de inspección de trabajo. Esto último es lo que sucede en Venezuela, de ahí que los conflictos en el trabajo son una constante, y en consecuencia existe déficit de trabajo decente.

En el año 2001 el Grupo Bologna/ Castilla La Mancha²³ en su Encuentro X, abordó entre sus temas de estudio, el “Papel de la Justicia el Trabajo y de la Inspección del Trabajo en la Protección de los Derechos Laborales” y en cuanto a la Inspección del Trabajo en Venezuela, se estableció lo siguiente:

- a) El Ministerio del Trabajo²⁴ en general, carece de personal suficiente para el cumplimiento de las labores que la Ley le señala;
- b) En líneas generales el nivel de capacitación no es satisfactorio, y ello por la ausencia de una carrera que garantice a los funcionarios de un cierto nivel (inspectores y supervisores) una estabilidad;
- c) Las Inspectorías del Trabajo funcionan en todas las capitales del Estado, así como en otras ciudades con importante actividad industrial;

²³ GRUPO BOLOGNA/ CASTILLA LA MANCHA es un Grupo de Estudio conformado por los Exbecarios de los Cursos para Expertos Latinoamericanos de Turín, Bolonia y Castilla La Mancha, antes promovidos por la OIT, hoy día por las Universidades de Castilla La Mancha y de Bolonia.

²⁴ Actualmente con una denominación más amplia: “Ministerio para el Trabajo y Seguridad Social”.

- d) Venezuela ratificó los Convenios Nos. 81 y 150;
- e) Las Inspectorías del Trabajo están facultadas por la Ley para imponer sanciones cuyo factor de cálculo es el salario mínimo, y por lo general son muy bajas;
- f) Se considera la eficacia de la Inspección del Trabajo, para establecer:
 - ▶ No es totalmente satisfactorio la vigilancia del cumplimiento de las normas del Derecho del Trabajo;
 - ▶ Estas dependencias en general dan un adecuado cumplimiento a los mecanismos de protección de la libertad sindical;
 - ▶ El cumplimiento de las normas de prevención y seguridad en el trabajo ha sido tradicionalmente descuidado, pero con la reestructuración esto ha mejorado sustancialmente;
 - ▶ Se presentan problemas graves en cuanto al trabajo infantil;
 - ▶ La garantía de la no discriminación está reservada al Poder Judicial;
 - ▶ No se llevan controles sobre el trabajo informal, clandestino, etc.
 - ▶ La Inspección del trabajo rural es muy deficiente.
- g) En general el acceso a las Inspectorías del Trabajo es más fácil que a los Tribunales.
- h) La facultad conciliatoria es la que prevalece, salvo situaciones en que se le faculta para decidir, por lo que se generan frustraciones de parte de los trabajadores, lo que incide sobre el grado de aceptación, confiabilidad y transparencia.
- i) Principales virtudes: accesibilidad, poco formalismo y relativa celeridad para las soluciones.
- j) Principales defectos: inadecuada selección del personal, ausencia de una política de formación, inestabilidad de los Inspectores y Supervisores y bajos salarios.
- k) Dentro de las limitaciones, las Inspectorías del Trabajo han cumplido una importante función, y en el sector urbano formal los trabajadores tienen conciencia de su existencia, y de la utilidad que le pueden prestar.

Para revisar lo planteado por el referido Grupo de Estudio, considerando el tiempo transcurrido a la fecha, y de cara a la vigencia de la LOTTT y la aplicación de otros instrumentos, destacamos lo siguiente:

- a) En la LOTTT se aumentó significativamente el monto de las sanciones, y en lugar de asumir como unidad de referencia el salario míni-

- mo (LOT anterior), ahora la referencia es la unidad tributaria. Esta medida es importante, particularmente teniendo en cuenta el efecto ejemplarizante de toda sanción, pero si el ente administrativo no se fortalece estructuralmente, la situación podría ser la misma que ante las sanciones con montos bajos, y resultará, peor porque será más evidente la inoperancia del Estado en la materia;
- b) Hoy día ha mejorado el acceso a los Tribunales en detrimento de las Inspectorías. Claro está que son diferentes sus competencias, pero la administración de justicia laboral ha mejorado considerablemente, ya que con la vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo²⁵, se ha favorecido el acceso a ésta, y como el trabajador no debe agotar una vía administrativa previa para formular su reclamo judicial, no tiene por que acudir a la instancia conciliatoria opcional de las Inspectorías del Trabajo;
- c) En cuanto a problemas sobre selección inadecuada del personal persiste, y mas bien se ha agravado, ya que el propio Estado ha promovido la discriminación por razones de ideología o política, y solo garantiza empleo público a quienes son sus partidarios, lo que define que no son los más aptos los que detentan los cargos, y por el contrario se ha pretendido desmontar la “carrera administrativa” para sustituirla por la “función pública”²⁶, que no reviste signos de asegurar permanencia en el empleo, y menos la continuidad necesaria de la actividad administrativa.

Aranguren plantea sobre la acción del Estado en la restitución de la normativa laboral infringida, y al efecto identifica los entes que actúan para este fin, conjuntamente con las Inspectorías del Trabajo, a saber: las Unidades de Supervisión del Trabajo y de la Seguridad Social e Industrial, el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), Procuradurías del Trabajo, Agencias de Empleo y los Tribunales del Trabajo “para la solución judicial y extrajudicial de los conflictos, además de la función preventiva de la inspección en el trabajo”²⁷. Esto es muy positivo, y en este sentido no hay modificaciones en la LOTT.

El norte de la normativa laboral venezolana es favorecer las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales²⁸, y si bien ahora la Ley

²⁵ La Ley Orgánica Procesal del Trabajo está vigente desde 2003.

²⁶ Desde 2002 quedó derogada la Ley de Carrera Administrativa, y en su lugar rige la Ley del Estatuto de la Función Pública.

²⁷ ARANGUREN ALVAREZ, Williams: *Violación a la Normativa Laboral en Venezuela: Un Análisis desde los Servicios de Inspección del Trabajo*, 2010, p. 205.

²⁸ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE: *Constitución Nacional*, 1999, Artículo 96.

del Trabajo no hace constar que se propenderá a que tales relaciones sean armónicas, consideramos que tal orientación, es lo que en un marco de dialogo, ayudará a definir lo mas provechoso a todos los sujetos laborales, en aras de la justicia social.

En la medida que la Inspección del Trabajo no es eficiente, se expone la paz laboral y no hay espacio para el trabajo decente, porque los derechos fundamentales laborales²⁹ “quedan a merced de preservar la rentabilidad de un capital que no (siempre) reconoce la condición humana de quien trabaja”³⁰.

V. REFERENTES EN LA NORMATIVA NACIONAL Y LA CONTRIBUCIÓN DE LA NUEVA LEY DEL TRABAJO (LOTTT) A LA EFICACIA DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

En el país las fuentes y principios del Derecho del Trabajo, cuentan con una determinación clara, tanto en la Ley del Trabajo, como en su Reglamento³¹. También la Carta Fundamental, define bases generales en ese sentido, y otro instrumento, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, cumple su cometido en el área.

Por otra parte, han sido ratificados los convenios internacionales Nos. 81 y 150, sobre Inspección y Administración del Trabajo, respectivamente. Así tales preceptos se incorporan al derecho interno, y conforme lo dispuesto “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno”³².

La anterior Ley del Trabajo (LOT) comprendía en su Título IX, uno distinguido: “De la Administración y el Trabajo”, con dos (2) capítulos, a saber: de los organismos administrativos del trabajo y del servicio de empleo. La Nueva Ley (LOTTT) contiene el Título VIII “De las Instituciones para la Protección y Garantía de Derechos”, con cuatro capítulos, sobre lo siguiente: 1) los Organismos Administrativos del Trabajo, 2) las Inspectorías del Trabajo, 3) la Supervisión de las entidades de Trabajo y 4) sobre los Registros Nacionales de Organizaciones Sindicales y de Entidades de Trabajo.

²⁹ Los derechos fundamentales laborales pueden ser de la persona del trabajador y en el trabajo.

³⁰ MARIN BOSCAN, Francisco Javier: *Aspectos de la Inspección del Trabajo en Venezuela*, 2008, p. 60.

³¹ EL Reglamento de la LOT mantiene vigencia, en todo aquello no modificado por la LOTTT, hasta tanto se dicte uno nuevo.

³² ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE: *Constitución Nacional*, 1999, Artículo 23.

De la comparación general entre la regulación en la LOT y en la LOTTT, podemos hacer constar lo siguiente: 1) la Nueva Ley regula la materia de manera más amplia, 2) se deslinda normativamente la inspección y la supervisión del trabajo y 3) se crean nuevos Registros Nacionales.

En cuanto al Registro Nacional de Organizaciones Sindicales, en funcionamiento a partir del primero de enero de 2013³³, compartimos la apreciación de Villasmil B., en el sentido que constituirá “serias restricciones a la libertad y autonomía sindicales”³⁴, ya que significará el ejercicio de un control directo por parte del Estado sobre el funcionamiento de los sindicatos. En este sentido, debemos resaltar lo que constató la Confederación Sindical Internacional en su Informe de 2012, en el sentido que en Venezuela persisten las prácticas antisindicales, que comprende discriminación hacia los sindicatos, violación de la negociación colectiva e incumplimiento de los convenios colectivos, de manera “frecuente y persistente tanto en el sector público como en el privado”³⁵.

Por otra parte, en el Título IX están previstas las Sanciones, estimadas ahora en unidades tributarias (antes la unidad de referencia lo constituía el salario mínimo), y comprendiendo supuestos mas amplios, como infracción por incumplimiento por los empleadores o patronos sobre lo siguiente: a) forma de pago del salario, b) anuncios sobre horarios, c) límites de la jornada de trabajo, d) modalidades especiales en condiciones de trabajo, e) trabajadores extranjeros, f) acoso laboral y acoso sexual, g) alimentación, h) participación en los beneficios, i) inamovilidad laboral, j) desacato a orden del funcionario del trabajo, k) salario mínimo o la oportunidad de pago del salario y las vacaciones, l) protección de la maternidad, la paternidad y la familia, m) fraude o simulación en la relación de trabajo, n) garantías a la libertad sindical y o) garantías a la negociación colectiva.

También contempla la LOTTT sobre arrestos a los empleadores o patronos, en los siguientes supuestos: a) desacato de orden de reenganche de trabajador con fuero sindical o inamovilidad laboral, b) violación del derecho de huelga, c) incumplimiento u obstrucción de la ejecución de actos de las autoridades administrativas de trabajo, d) cierre ilegal e injustificado de la

³³ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE: *Constitución Nacional*, 1999, Disposición Transitoria Cuarta, Art. 558, Numeral 1º.

³⁴ VILLASMIL BRICEÑO, Fernando: *El Derecho Colectivo y el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras*, 2012, p. 151.

³⁵ CONFEDERACION SINDICAL INTERNACIONAL, *Informe Anual sobre Violaciones de los Derechos Sindicales 2012-Venezuela*.

fuerza de trabajo y e) incumplimiento del pago de la multa. En cuanto a la implementación de esta medida de arresto, se hace constar que el Inspector del Trabajo solicitara la intervención del Ministerio Público, a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente.

En la manera como se contemplan las sanciones, así como lo relacionado a supuestos para el arresto de los empleadores, se evidencia el carácter punitivo de la Nueva Ley. En cuanto a los empleadores o patronos, bien se conoce son tanto correspondientes al sector privado como al sector público, aunque el incumplimiento en relación a los patronos de este último, no siempre se constata en forma debida.

Por otra parte, se establecen sanciones para los miembros de la junta directiva de sindicatos, que infrinjan la obligación de elecciones sindicales ó el derecho de afiliación.

En lo que corresponde a la responsabilidad de los funcionarios del trabajo, se dispone: a) apertura de procedimiento administrativo: cuando no cumplan sus obligaciones dentro de los lapsos legales o cuando violen disposiciones de protección del proceso social trabajo y los derechos de los trabajadores y b) destitución cuando reciban dinero, obsequios o dádivas.

Así se evidencia que en la LOTTT se amplía la capacidad punitiva del Estado y su intervención en la relación entre trabajadores y patronos, como afirmamos con Padilla, y cabe entonces que esta se ejerza sabiamente, para el logro del mayor equilibrio en los procesos productivos.

El Reglamento de la LOT comprende cinco (5) títulos, y aborda sobre esto como la Administración del Trabajo. A esta normativa se suma el Reglamento Orgánico del Ministerio del Trabajo y de Seguridad Social, que asigna al Despacho del Viceministro del Trabajo, la Dirección General de Relaciones Laborales, con atribuciones relacionadas con velar por el cumplimiento de las tareas de las Inspectorías del Trabajo.

Para ejercer el control y seguimiento de las actividades de las dependencias de ese Ministerio, funcionan como Unidades desconcentradas las Coordinaciones de Zona, cuyos responsables asumen el rango de Directores de Línea³⁶. Con fundamento a lo anterior, las Inspectorías del Trabajo constituyen órganos de la administración pública, encargados del trámite de procedimientos laborales, en sede administrativa, y entre sus funciones destaca el conocimiento, tramitación y desarrollo de asuntos legales rela-

³⁶ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Reglamento Orgánico del Ministerio del Trabajo y de Seguridad Social: Artículos 14, 21 y 22.

cionados con: reclamos, despidos masivos, registro de organizaciones sindicales, fuero sindical, conflictos colectivos y la función de la administración del trabajo, negociación de convenciones colectivas de trabajo, referéndum sindical, reunión normativa laboral, sanciones, solvencia laboral y cálculo de prestaciones sociales.

De esto se desprende que son múltiples las funciones administrativas laborales, de manera tal que el éxito y mayor garantía de protección de los derechos de los trabajadores estará en función al número suficiente de funcionarios debidamente capacitados. Esto último no sucede, de ahí que las funciones de Inspección del Trabajo no son eficaces, e incluso el propio Ministerio del ramo no garantiza a sus mismos trabajadores condiciones de trabajo adecuadas como se especificará más adelante.

La primera medida para una eficaz inspección del trabajo, consideramos parte de proporcionar a la Administración del Trabajo los recursos económicos suficientes para cumplir su cometido. Esto ha de implicar dotar las correspondientes sedes con una infraestructura adecuada, para en principio garantizarle a sus propios trabajadores las mejores condiciones laborales, y seguido a ello, con apoyo de personal suficiente y debidamente capacitado, tanto desde el punto de vista técnico como legal, velar por el cumplimiento de la normativa laboral con miras a la protección de todos los trabajadores.

Conforme se ha considerado, en el país el marco normativo es suficiente, pero las limitaciones presupuestarias impiden que la Administración del Trabajo pueda cumplir cabalmente su cometido. En todo caso, si el propósito es preservar la salud y seguridad de los trabajadores, la acción del Estado debe dirigirse a este fin, ya que aún cuando en los procesos productivos se observa la rentabilidad por la competitividad que define, debe reconocerse que la parte humana está representada por el trabajador, debiendo garantizarse los derechos fundamentales laborales para la armonía en las relaciones de trabajo y la garantía del trabajo decente.

Por otra parte, desde 2006 en el país se implementó la solvencia laboral, que consiste en un certificado que emite el Ministerio para el Trabajo y Seguridad Social. En este sentido está establecido que los órganos, entes y empresas del Estado solo podrán celebrar contratos, convenios o acuerdos con los empleadores o patronos que cuenten con aquella, e igualmente es requisito indispensable para otros trámites, tales como: solicitar créditos públicos, renegociar deudas con el Estado, participar en procesos de limitación, tramitar y recibir divisas de la administración pública, etc.³⁷.

³⁷ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA: Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, Art. 228.

Si bien lo anterior a primera vista luce como medida adecuada para asegurar el cumplimiento de las empresas privadas con sus trabajadores, la burocracia y manipulación, han incidido sobre la efectividad de la medida, que si bien aplica desde los particulares hacia el Estado, no existe algún mecanismo similar cuando es el Estado como empleador quien no esta solvente, y para muestra los ingentes pasivos laborales, que hoy día prácticamente no pueden ser cuantificados.

VI. CONCLUSIONES

La Inspección del Trabajo debe ser uno de los medios más importantes para asegurar la eficacia de la legislación laboral y brindar protección a los trabajadores.

En Venezuela la Inspección del Trabajo cuenta con un marco normativo suficiente. La Nueva Ley del Trabajo (LOTTT) ha definido modificaciones en la Administración del Trabajo, tanto en cuanto a la creación de los Registros Nacionales de Organizaciones Sindicales y de Entidades de Trabajo, como en relación a las sanciones, que fueron ampliadas considerablemente, atendiendo a la unidad tributaria como referencia.

Por otro lado, la LOTTT amplía la capacidad punitiva del Estado y su intervención en las relaciones entre trabajadores y patronos, y cabe entonces que esta se ejerza sabiamente, para el logro del mayor equilibrio en los procesos productivos. De esta manera, la protección efectiva del trabajo como hecho social y del sujeto que labora, debe garantizarse con una Inspección del Trabajo de mayor eficacia, sin necesidad de un accionar estatal tan punitivo ni controlador, pero con el fortalecimiento de la Administración del Trabajo, a fin de que cuente con los recursos materiales y humanos necesarios para el cumplimiento de su labor.

El Registro Nacional de Organizaciones Sindicales podría constituir serias restricciones a la libertad y autonomía sindicales, ya que significará el ejercicio de un control directo por parte del Estado sobre el funcionamiento de los sindicatos.

En la medida que la Inspección del Trabajo no es eficiente, se expone la paz laboral y no hay espacio para el trabajo decente, porque los derechos fundamentales laborales quedan a merced de preservar la rentabilidad de un capital, que no siempre reconoce la condición humana de quien trabaja.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ALFONZO-GUZMÁN, Rafael J. (2000): *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*, Caracas, Editorial Melvin, Decimo Primera Edición.
- ÁLVAREZ DE ESCALONA, Sandra (1993): *Evolución del Derecho del Trabajo en Venezuela*, Caracas, Biblioteca Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 43.
- ARANGUREN ÁLVAREZ, Williams (2010): Violación a la Normativa Laboral en Venezuela: Un Análisis desde los Servicios de Inspección del Trabajo, en *Revista Gaceta Laboral*, Vol. 16, No. 2, Universidad del Zulia, Maracaibo.
- BERNARDONI DE GOVEA, Maria (1998): Modernización de los Ministerios del Trabajo, en publicación sobre *Jornadas Internacionales Diálogo Social y Desarrollo*, Caracas, Ediciones del Ministerio del Trabajo.
- BERNARDONI DE GOVEA, Maria y otros (1999): *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, Tipografía y Litografía Horizonte, Segunda Edición.
- CALDERA, Rafael (1984): *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, Segunda Edición, 8ª Reimpresión.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (1998): *Diccionario de Derecho Laboral*, Argentina, Editorial Heliasta.
- CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL (2012): *Informe Anual sobre Violaciones de los Derechos Sindicales 2012-Venezuela*, en la Web: <http://survey.ituc-csi.org/Venezuela.html>, consulta de fecha 15 de enero de 2013.
- GARAY, Juan y Miren GARAY (2012): *Ley del Trabajo (Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras): Comentada y con Casos Prácticos*, Caracas, Ediciones Juan Garay.
- GRUPO BOLOGNA/CASTILLA-LA MANCHA (2002): Trabajo Decente; Papel de la Justicia del Trabajo y de la Inspección del Trabajo en la Protección de los Derechos Laborales; Ciudadanía, Empleo y Trabajo, Montevideo, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar (2007): Setenta Años de Legislación Laboral en Venezuela, en libro *Cincuenta Años de Derecho del Trabajo en América Latina* dirigido por Arturo Bronstein, Buenos Aires, Rubizal-Culzoni Editores.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar y Richter, Jacqueline (2002): *El Trabajo sin Tutela en Venezuela: Nuevas y Viejas Formas de Desprotección Laboral*, Caracas, Universidad Central de Venezuela Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- MACIAS VÁZQUEZ, María C. (2008): La Inspección del Trabajo: Institución Garante de los Derechos Laborales en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Num. 6, enero-junio, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

- MARÍN BOSCÁN, Francisco Javier (2008): Aspectos de la Inspección del Trabajo en Venezuela, artículo publicado en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Numero 6, Enero-Junio, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF.
- MARÍN BOSCÁN, Francisco Javier (2008): Consideraciones sobre los Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Implicación en Venezuela, artículo publicado en *Revista Gaceta Laboral*, Vol. 14, N° 3, Universidad del Zulia, Maracaibo.
- MENDOZA PÉREZ, Luis E. (2006): *El Procedimiento Administrativo Sancionador derivado de las Infracciones a la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*, Caracas, Vadell Hermanos Editores.
- OBERTO, Thania y otros (2012): Cuestionario sobre el Tema 1: La Eficacia de la Legislación Laboral y el Papel de la Inspección del Trabajo, Respuesta de Venezuela a Comité Organizador Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en la Web: <http://www.congresomundialtrabajo2012.com/wp-content/uploads/2011/01/Thania-Oberto-Keyla-Oliveira-Napoleon-Goizueta.pdf>, consulta de fecha 9 de septiembre de 2012.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1985): La Inspección del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Ginebra, OIT.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1995): Relaciones de Trabajo en Venezuela, *Informe de una Misión de la Oficina Internacional del Trabajo, Serie Relaciones de Trabajo 79*, Ginebra, OIT.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1997): Administración del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Ginebra, OIT.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1999): Trabajo Decente, Memoria del Director General, Ginebra, OIT.
- PADILLA, José Ramón y otros (2012): El Trabajo y su Nueva Ley, en *Revista Debates IESA*, Volumen XVII, Número 3, julio-septiembre, Caracas.
- PROGRAMA VENEZOLANO EDUCACIÓN - Acción en Derechos Humanos (2012): Informe Especial: *15 Años de DDHH en Venezuela: Inclusión en lo Social, Exclusión en lo Político*, Caracas.
- VILLASMIL BRICEÑO, Fernando (2012): *El Derecho Colectivo y el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras*, Maracaibo, Ediciones Librería Europa.
- VILLASMIL BRICEÑO, Fernando (1993): *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, Tomos I y II, Caracas, Paredes Editores.
- VILLASMIL PRIETO, Humberto (2001): *Estudios de Derecho del Trabajo*, Caracas, Publicaciones UCAB.
- VILLASMIL PRIETO, Humberto (2007): *Relaciones Laborales en Tiempo Presente*, Caracas, Publicaciones UCAB.

Normativa

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (2000): *Constitución*, Segunda Versión, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5453 de fecha 24 de marzo.

ASAMBLEA NACIONAL (2002): *Ley del Estatuto de la Función Pública*, Gaceta Oficial N° 37.522 de fecha 06 de septiembre.

ASAMBLEA NACIONAL (2002): *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, Gaceta Oficial No. 37.504 de fecha 13 de agosto.

ASAMBLEA NACIONAL (2005): *Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo*, Gaceta Oficial N° 38.236 de fecha 26 de julio.

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA (1997): *Ley Orgánica del Trabajo*, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.152 de fecha 19 de junio.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2012): *Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras*, Decreto N° 8938 de fecha 30 de abril en Gaceta Oficial N° 60765 Extraordinario del 07 de mayo.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2006): *Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*, Gaceta Oficial N° 38.426 de fecha 28 de abril.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2006): *Reglamento Orgánico del Ministerio del Trabajo y de Seguridad Social*, Gaceta Oficial N° 38.464 de fecha 22 de junio.

La Tercerización y la Subcontratación en el marco de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (“LOTTT”)

Juan Carlos Pró-Rísquez¹

No hay nada más difícil de emprender, ni más dudoso de hacer triunfar, ni más peligroso de administrar que la elaboración de nuevas leyes

Niccolo Maquiavelo

SUMARIO: I. Introducción. II. La Desconcentración Productiva. III. La Tercerización en la LOTTT. IV. Determinación de la Relación Laboral. V. La Subcontratación y el Contratista en la LOTTT: 5.1. Consecuencias derivadas de la utilización de Contratistas que ejecuten actividades inherentes o conexas a la del beneficiario. VI. La Determinación de Tercerización y sus Consecuencias: 6.1. Órgano Competente. 6.2. Consecuencias de la determinación de tercerización. VII. Regulación Jurídica de la Tercerización y Subcontratación en el Derecho Comparado Latinoamericano. VIII. Conclusiones

¹ Universidad Central de Venezuela, Abogado, mención magna cum laude. Doctorado en Ciencias, Mención: Derecho, con distinción honorífica. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Jefe de la referida Cátedra. Southern Methodist University, Maestría en Derecho (LLM). jcpr2502@gmail.com y jc.pro@nortonrose.com

En este ensayo se utilizan las siguientes siglas: LOPA: Ley orgánica de procedimientos Administrativos; LOPT: Ley Orgánica procesal del Trabajo; LOT: Ley Orgánica del Trabajo; LOTTT: Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; SCS: Sala de Casación Social; SC: Sala Constitucional; TSJ: Tribunal Supremo de Justicia.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (“CRBV”)² –Disposición Transitoria Cuarta, Numeral Tercero– ordenó a la Asamblea Nacional la obligación de reformar, durante el primer año contado a partir de su instalación, la Ley Orgánica del Trabajo³ (“LOT”), imponiéndole la consagración de cambios sustanciales, particularmente en lo relacionado con el régimen de las prestaciones sociales, su prescripción decenal, amén de otras modificaciones vinculadas con la reglamentación de la jornada y su progresiva reducción⁴.

Transcurrido el lapso referido sin haberse materializado la Asamblea Nacional la normativa correspondiente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (“SC del TSJ”) declaró con lugar la solicitud de inconstitucionalidad por omisión sometida a su consideración. En consecuencia, le otorgó un plazo de seis meses, contado a partir de la publicación del fallo, para preparar, consultar, discutir y sancionarla, señalando expresamente en su decisión que “la Asamblea Nacional era *el único órgano competente (...)* para dictar la legislación laboral” (énfasis agregado)⁵.

No obstante lo anteriormente expuesto, se derogó completamente la LOT mediante la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (“LOTTT”) se pretendió fundamentar en la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan, de 17 de diciembre de 2010, por un lapso de dieciocho meses, artículo 1, numeral 9⁶. A partir de noviembre

² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. GORV N° 36.860, de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpressa en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (“GORBV”) N° 5.543 Extraordinaria el 24 de marzo de 2000 y publicada su Enmienda N° 1 en GORBV N° 39.124 de fecha 19 de febrero de 2009 y en GORBV N° 5.908 Extraordinaria de esa misma fecha.

³ *Ley Orgánica del Trabajo*, Gaceta Oficial de la República de Venezuela (“GORV”) Extraordinaria (“E”) N° 4.240, de fecha 20 de diciembre de 1990, reformada en GORV E N° 5.152, de fecha 19 de junio de 1997.

⁴ Disposición Transitoria Cuarta, Numeral Tercero.

⁵ N° 1168 de 15 junio de 2004. Vencido este segundo término, el 13 de diciembre de 2004, solicitud ratificada el 11 de enero de 2005, el Poder Legislativo gestionó una prórroga del mismo, con base en que la Comisión respectiva “venía trabajando en los borradores de la reforma”, “la complejidad de los cambios” y su importancia social. El pedimento fue acordado, sin tomar en consideración la perentoriedad del procedimiento, el 20 de marzo de 2006, Decisión N° 0625.

⁶ “El ámbito socioeconómico de la Nación: Dictar o reformar normas que desarrollen los derechos consagrados en el título VI de la (... CRBV), para erradicar las desigualdades

de 2011, una declaración presidencial causó revuelo e incertidumbre, al anunciarse que la tan esperada reforma de la LOT sería hecha por esta vía.

La afirmación antedicha vino acompañada de un recordatorio casi instantáneo a la Sentencia N° 1168 de 15 de junio de 2004 de la SC del TSJ, que declaró a la Asamblea Nacional *como único órgano competente* para dictar la tan esperada legislación del trabajo. La declaración de la SC del TSJ causó poca sorpresa al ser difundido: era lógico pensar que una ley de tanta importancia como la laboral sólo podía dictarla el órgano legislativo nacional. Tal asunción proviene de la concepción primigenia de la actividad parlamentaria; las leyes son el instrumento del pueblo para regularse a sí mismo, deben ser promulgadas por el órgano electo por el soberano para así asegurarse que sean la expresión de su verdadera voluntad.

Al mismo tiempo, con este origen sería posible resguardar el aspecto público del debate de la nueva preceptiva, además de la participación de la totalidad de sectores productivos interesados: trabajadores de las distintas organizaciones, empleadores reconocidos por la organización internacional del trabajo (“OIT”) y gobierno, con miras a obtener una legislación consensual apta para garantizar la estabilidad económica y social del país.

Las expectativas colectivas no se actualizaron en la realidad: aun cuando se designó una “Comisión Presidencial para la creación y redacción de una nueva LOT”⁷, su elaboración resultó de la labor unilateral del ejecutivo nacional, sin la participación de los actores claves del escenario laboral venezolano.

Sus reglas fueron concebidas como el inicio de la transformación del derecho del trabajo tal como era entendido en la antigüedad para convertirse, según su texto, “en elemento liberador para lograr fines del estado y satisfacción de las necesidades del trabajador y eliminar las formas de explotación capitalistas”⁸.

Se señalan como sus fuentes, el *ideario Bolivariano* de mayor suma de felicidad posible, Seguridad Social y estabilidad política; *Robinsoniano* del

entre los ciudadanos (...) que se derivan de la especulación, la usura, la acumulación del capital, los monopolios, oligopolios y latifundios y para crear las condiciones de igualdad en el acceso a la riqueza nacional y la construcción del buen vivir de los pueblos urbanos, rurales y de las comunidades indígenas, a través de políticas culturales, ambientales, industriales, mineras, turísticas, alimentarias, agrícolas, de salud, educativas y laborales en aras de alcanzar los ideales de justicia social e independencia económica y la mayor suma de felicidad social posible”.

⁷ Decreto N° 8.661 de 6 de diciembre de 2011, difundido en la GORBV, N° 39.918 de 12 de diciembre de 2011.

⁸ LOTT, Artículo 25.

trabajo y la educación como herramientas de liberación; y Zamorano de lucha de clases y triunfo de los explotados sobre explotadores. De acuerdo con su exposición de motivos, divulgada en la Gaceta Oficial contentivo de la LOTTT, pretende ser la verdadera transición al socialismo del Proyecto Nacional Simón Bolívar elaborado por el ejecutivo nacional para el establecimiento de la formación socialista de los trabajadores y cambiar el *hecho social* trabajo por el *proceso social* trabajo.

En su Título I caracteriza a la *tercerización* como “simulación o fraude cometido por patronos” con miras a “desvirtuar, desconocer u obstaculizar la legislación laboral” por lo cual, al calificarla como conducta atípica, la prohíbe expresamente, además de establecer “la primacía de la realidad en la relación laboral”.

Su prohibición ha dado lugar a una serie de opiniones contradictorias y a debates entre los factores involucrados sobre diferentes tópicos: el alcance exacto de su contenido, las instituciones que abarca y las consecuencias que comporta para los involucrados en dichas relaciones que la doctrina ha catalogado como *triangulares*.

Diversos sectores han elegido interpretar a la par de la prohibición de tercerización, una eliminación de la subcontratación laboral; estableciendo que cualquier situación en la cual exista una prestación de servicio por un ente contratado fuera del seno de la unidad de trabajo, bajo cualquier forma de contratación distinta del régimen del derecho del trabajo; está proscrita en el ordenamiento jurídico venezolano. Otros opinan que dicha prohibición no se extiende a la figura de la subcontratación laboral la cual se encuentra plenamente vigente y está totalmente permitida en Venezuela.

II. LA DESCONCENTRACIÓN PRODUCTIVA

Las formas de organización de la producción tradicionales permiten comprobar que, en principio, las actividades de un ente patronal, hoy llamado por la LOTTT como *Entidad de Trabajo*, son realizadas por quienes la integran, dentro de su ámbito de organización, en el marco de una relación laboral. El empresario tradicional se ha caracterizado por su estabilidad, por su organización con visión a futuro, con vocación de permanencia y por su afán de desarrollar relaciones laborales dotadas de gran fijeza y durabilidad en el tiempo.

Del modelo clásico de producción derivaba un modelo en el cual la elaboración de bienes o prestación de servicios la materializaba una organización empresarial estandarizada, uniforme y jerarquizada, con claro

poder de dirección y completo control del ciclo productivo, esto es, desde la adquisición de las materias primas de hasta su colocación final en el mercado, mediante un entramado de vínculos directos con sus trabajadores, a través de contratos de trabajo, a tiempo completo e indefinido.

Frente a esta concepción, la LOTTT ha dado paso a un ente patronal –*Entidad de Trabajo*– cuyas actividades las ejecutan quienes la integran, dentro de su organización, en el marco de un vínculo de trabajo. Se trata de una nueva realidad, de donde derivan grandes transformaciones en el modelo clásico de producción y de organización de la empresa, y por ende, en el modelo de relaciones de trabajo y en la propia rama jurídica que las regula.

En efecto, del incremento de las unidades de producción de bienes y servicios –luchando por superarse a sí mismas y a sus competidores– ha surgido la idea de la desconcentración (descentralización) productiva, la cual consiste en un modelo organizativo de la producción donde se encargan a un tercero determinadas partes u operaciones del proceso. Esto es, opera un desplazamiento de funciones o actividades, propias de un conjunto integrado, del cual resulta un mecanismo donde participan entidades, real o aparentemente independientes o autónomas: la que encarga la obra o servicio y la que asume tal encargo por contrato o subcontrato⁹.

El *modus operandi* anterior cambia sensiblemente a partir de la década de los 80 del siglo pasado, gracias a una profunda reestructuración económica y productiva que trascenderá a las estrategias de organización de las empresas, caracterizadas, entre otros rasgos, por la fragmentación del ciclo productivo y la búsqueda de una ventaja competitiva para la actividad empresarial. El fin perseguido es la creación de organizaciones más flexibles, donde destacan:

- A. La sustitución de determinadas áreas de empleo por servicios de contratación
- B. Instrumentos de producción más flexibles que permitan hacer frente a la variación de la demanda
- C. Diversificación en la producción
- D. Estrategias de descentralización salarial
- F. Nuevas formas de gestión individualizada de la fuerza de trabajo
- H. Modos de contratación temporal de empleo
- I. Utilización de diferentes formas contractuales no exclusivamente laborales para la aportación de trabajo

⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar & COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009.

J. Utilización del teletrabajo y nuevas formas de trabajo a domicilio¹⁰.

Los resultados de este nuevo enfoque varían de acuerdo al punto de vista desde donde se analicen: desde un ángulo económico y empresarial, la desconcentración permite un mejor aprovechamiento de ventajas técnicas y productivas, cuyo resultado se traduce en mayor rentabilidad; pero desde el de los trabajadores, supone la segmentación del colectivo y puede implicar la desmejora de las condiciones de trabajo si el fin perseguido es darle una aparente naturaleza distinta a la relación laboral.

Otras veces, el proceso de desconcentración referido surge como una limitación al número de trabajadores (*headcount*) que pueden tener las Entidades de Trabajo locales que forman parte de un grupo, generalmente internacional, donde éste último establece límites infranqueables a la contratación directa de personal propio en cada jurisdicción donde realiza sus actividades.

III. LA TERCERIZACIÓN EN LA LOTTT

Como señalamos, en la Exposición de Motivos de la LOTTT se destaca expresamente su prohibición y “en general, toda *simulación o fraude* cometidos por patronos” con miras a “desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”, amén de establecer “la primacía de la realidad en la relación laboral”, ideas consagradas en los artículos 47 y 48.

Siguiendo a Ermida Uriarte y a Colutuzzo, en su obra antes citada, De conformidad con la acepción generalizada, los elementos integradores del concepto de tercerización son:

A. *Elemento Objetivo*: Se refiere a las actividades susceptibles de someterse a externalización o descentralización productiva. Entendiendo el proceso productivo como la secuencia de actividades requeridas para elaborar un producto, obtenemos que las actividades cuya ejecución no necesariamente debe depender de la fuente directa de producción son las Actividades Periféricas o de Servicios entre ellas los servicios de limpieza, servicios médicos, servicios de mantenimiento, servicios de alimentación, servicios de vigilancia, actividades de transporte; además de la actividad accesoria permanente dentro de la que se contemplan la comercialización, asistencia técnica, gestión de contabilidad, servicios de marketing, publicidad, servicios legales y servicios de Proyección.

¹⁰ Ponencia de MEDINA PARRA, Rossana en el 2do Congreso Nacional de la Nueva LOTTT. Fundación Universitas. Caracas, junio de 2012.

B. *Elemento Subjetivo*: Determinación del sujeto que terceriza (dueño de la unidad de producción beneficiaria de la tercerización) y el sujeto tercerizado (trabajador objeto de la tercerización).

C. *Elemento Negocial*: ¿Cuál es el instrumento jurídico del proceso de tercerización o cuáles son las relaciones jurídicas posibles que se establecen entre los sujetos?

El artículo 47 de la LOTTT define al instituto como “la *simulación o fraude*”, actualizados por los empleadores, “con el *propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral*”.

Esta conceptualización contradice lo expuesto con anterioridad, caben varias preguntas: ¿se trata de un género (tercerización) o de una de las especies de la simulación o fraude?; ¿qué pretende el autor de la norma cuando une los vocablos “simulación” y “fraude” con la conjunción disyuntiva *o*, denotar diferencias entre dos ideas distintas, dos términos contrapuestos o, finalmente, que se trata de dos significados equivalentes? Independientemente de lo indicado, el legislador no se limita a precisar los rasgos cuya materialización permitía reconocer su existencia, por centrar su atención en *la intención de las partes* al actualizarla, con lo cual parece querer encasillar una institución destinada a cambiar y evolucionar con el tiempo, esto es, condenarla a una fotografía anacrónica que sólo sea su sombra.

Posteriormente, como comentamos más adelante, atribuye “a los órganos administrativos o judiciales” propios de lo laboral, la competencia para establecer “la responsabilidad” que corresponda al empleador que incurre en este supuesto, de conformidad con la ley.

Se trata, por tanto, de una disposición que caracteriza al instituto, no con la realización de determinados elementos, sino con base al fin perseguido por sus autores, esto es, su existencia depende de la pretensión de obtener que el prestador del servicio pierda la condición de trabajador y surja –a través de la simulación o fraude– una situación jurídica diferente, la de tercerización. Desde el punto de vista normativo, el fraude requiere, entre otros elementos, la intención del sujeto activo de defraudar al sujeto pasivo de la relación, es decir, el deseo de obtener una ventaja económica del engaño de la víctima (ánimo de lucro)¹¹.

¹¹ Se ha acudido a la interpretación literal y sistemática porque la teleológica no luce aceptable pues, en la elaboración de la LOTTT, no participó la colectividad, por una parte y por la otra, no existen documentación explicativa de sus discusiones.

Es decir, que de acuerdo con la ley, la voz *tercerización* tiene una connotación negativa: al utilizarla se debe automáticamente asociarlo con “simulación” y “fraude”, expresiones entre las cuales no puede predicarse la sinonimia. La ley sustantiva laboral pareciera asimilar la noción de tercerización al concepto de fraude, es decir, cuando quiere imprimirle a la relación laboral, en perjuicio de los trabajadores, un carácter civil o mercantil (artículo 48.4) y no cuando deriva de otras motivaciones, por ejemplo, la optimización de un proceso,

El análisis del artículo 48 de la LOTTT permite distinguir, asimismo, dos grupos de normas: la prohibición de los supuestos consagrados en sus diversos numerales y las consecuencias derivadas de su actualización.

Primero incluye cinco supuestos, a saber:

- 1) La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma;
- 2) La contratación de los trabajadores a través de intermediarios (...) para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante;
- 3) Las entidades de trabajo creadas por el patrono (...) para evadir sus obligaciones con los trabajadores (...);
- 4) Contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias de derecho civil o mercantil; y
- 5) Cualquier otra simulación o fraude laboral.

Su análisis permite, entre otras, varias conclusiones: todos son redundantes e innecesarios: si la tercerización implica simulación o fraude, ambas conductas están prohibidas por el ordenamiento jurídico nacional, por lo cual carece de sentido, en los cuatro primeros casos especificar situaciones que configuran un mero desarrollo de las mismas. El quinto, además, crea una especie de baúl comprensivo de cualesquiera otras hipótesis se limita a reconocer como tal “cualquier otra forma de simulación o fraude laboral”.

La jurisprudencia patria se ha pronunciado en relación a la simulación de la relación de trabajo en la Sentencia N° 808, del 11 de junio de 2008, SCS del TSJ, caso *Manuela Tomaselli Moccia vs. Hoet, Peláez, Castillo & Duque Abogados*, en los siguientes términos:

Ha dicho la doctrina y la jurisprudencia Patria, que la “simulación” pretende la distorsión de la realidad, impulsada por el patrono, quien busca alterar un

contrato de naturaleza laboral, ocultándolo en un negocio jurídico de distinta naturaleza, con el objeto de evadir el cumplimiento de obligaciones laborales así como engañar a los órganos jurisdiccionales del trabajo.

Para combatir la figura de la Simulación, tanto en la legislación Laboral Patria como en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, existen una serie de principios, llamados por la doctrina como mecanismos de defensas, los cuales tienen por objeto arruinar los actos simulados, a saber: (i) el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales; (ii) el principio de la primacía de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias y, (iii) la presunción de laboralidad consagrada en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Independientemente de lo dicho, en la identificada en el primer numeral del artículo, pueden distinguirse dos elementos necesarios y concurrentes: *el carácter permanente* de la actividad y su relación directa con el proceso productivo, “sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma”. De otro modo, la vinculación jurídica entre los sujetos debe ser continuada y consistente en el tiempo, de manera que no exista duda alguna sobre la participación del tercero contratado en el proceso productivo del contratante, lo que excluye cualquier tipo de actividad temporal. Además de ello la relación entre ambos sujetos debería ser exclusiva y relacionada directamente, amén de ser necesaria la participación en la actividad del patrono. Y ¿qué pasaría si se hace fuera de la sede del beneficiario del servicio? ¿para qué contratar si al no hacerlo no se interrumpirían o perjudicarían las actividades del beneficiario?.

Lo referido a la contratación de trabajadores a través de intermediarios para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante, es de defectuosa redacción: permite pensar la posibilidad de contratar trabajadores a través de este mecanismo, sin el propósito de evadir la legislación laboral, por una parte. Por la otra, debe recordarse que, al ser excluido del texto legal el concepto de *intermediario*, los así contratados son trabajadores del beneficiario.

Los señalados en los demás ordinales del artículo se refieren a otras situaciones de simulación o fraude de la relación laboral.

En resumen, la LOTTT achaca a la tercerización tanto la calificación de fraude, ya comentada, como la de pretender simular la relación de trabajo, motivo por el cual es preciso explicar la este vínculo jurídico tal como lo concibe la preceptiva nacional, por una parte y por la otra, qué debe entenderse por simulación.

Según la normativa tradicional, tal como ha sido interpretada por la doctrina y jurisprudencia nacionales, la relación de trabajo se caracteriza por los siguientes elementos: prestación personal servicios, luego sólo pueden ser trabajadores las personas naturales, salvo los supuestos allí mencionados; la remuneración; y la dependencia (artículos 53, 54 y 55).

Adicionalmente, la jurisprudencia de la SCS del TSJ sobre la LOT había agregado un cuarto elemento propio de este tipo de vínculos jurídicos, la *Ajenidad*, esto es, el trabajador cede el producto de su labor al empleador, quien dispone sobre su dirección y orientación. A cambio, el dador de trabajo asume los riesgos del proceso productivo. Este ha sido el criterio de la SCS en sentencia N° 702 de fecha 27 de abril de 2006, caso *Francisco Juvenal Quevedo Pineda, contra sociedad mercantil Cervecería Regional C.A* establecido en los siguientes términos:

La acepción clásica de la subordinación o dependencia se relaciona, con el sometimiento del trabajador a la potestad jurídica del patrono, y que comprende para éste, el poder de dirección, vigilancia y disciplina, en tanto que para el primero es la obligación de obedecer.

Por lo general todos los contratos prestacionales contienen la subordinación como elemento para la adaptación conductual de las partes a los fines de garantizar la concreción del objeto mismo del negocio jurídico, de tal manera que la dependencia no puede continuar considerándose el eje central y casi exclusivo para calificar una relación como de naturaleza laboral.

Pero entiéndase, que no por ello disipa su pertinencia, perdura como elemento indubitable en la estructura de la relación laboral pero debe complementarse con otros elementos y nuevos criterios.

De esto surge la utilidad de la ajenidad como elemento calificador de las relaciones enmarcadas en el Derecho del Trabajo, la cual viene a suplir las inconsistencias que presenta la dependencia como eje medular de la relación laboral.

Cuando quien presta el servicio se inserta dentro de un sistema de producción, añadiendo valor al producto que resulta de ese sistema, el cual pertenece a otra persona, dueña de los factores de producción, que asume los riesgos del proceso productivo y de la colocación del producto, obligándose a retribuir la prestación recibida; es lógico justificar que este 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. De modo que el trabajo dependiente deriva del hecho de prestar un servicio por cuenta de otro.

Sin embargo, la ajenidad no aparece mencionado en la LOTTT, pero no puede tampoco considerarse constitutivo de la naturaleza laboral, ya que el referido cuerpo normativo pretende, de acuerdo con su Exposición de Motivos, darle al trabajo y a la educación su verdadero valor dentro del proceso social trabajo, eliminando la ajenidad típica del modelo capitalista que se pretende suprimir.

IV. DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

La normativa patria combate la simulación mediante tres principios conocidos como los de irrenunciabilidad, presunción de relación laboral y de primacía de la realidad. De conformidad con el primero, las disposiciones del trabajo son irrenunciables (CRBV, artículo 89, y LOTTT, artículos 2 y 3). En consecuencia, si una relación reúne los elementos constitutivos del contrato de trabajo reúne los elementos típicos del contrato de trabajo¹² aunque el prestador del servicio haya convenido expresamente en darle al negocio jurídico otra calificación. De acuerdo con el siguiente, el artículo 53 de la LOTTT establece que, salvo prueba en contrario a cargo del demandado, existe una relación de carácter laboral entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe. Según el último, el de trabajo es un contrato realidad (CRBV, artículo 89).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de la LOTTT, la doctrina y la jurisprudencia venezolana para la determinación de la existencia de una relación laboral, debe tenerse en cuenta los siguientes elementos:

- A. *Prestación personal del servicio*: El servicio debe ser prestado por una persona natural.
- B. *Subordinación*: De conformidad con este principio, el trabajador debe someterse a las órdenes o instrucciones que su patrono le imparta en el seno de la empresa, enajenando temporalmente su libertad de movimiento, por el carácter personalísimo, en relación con el trabajador, típico del vínculo laboral.
- C. *Remuneración*: La contraprestación por la prestación de servicios laborales es el salario, el cual tiene entre sus principales características, ser una prestación segura y regular.

¹² CALDERA, Rafael, *Derecho del Trabajo*. Editorial El Ateneo, Buenos Aires 1971, en 268-70, señala que los elementos del contrato de trabajo son: a) la prestación de un servicio personal, b) el pago de una remuneración y c) la dependencia o subordinación del que presta el servicio. Este criterio ha sido seguido en forma uniforme por nuestros Tribunales del Trabajo.

Sobre la determinación de la relación de trabajo la misma Sala ha desarrollado e implementado un *Test de Laboralidad* en la Sentencia de fecha 13 de agosto de 2002, Caso *Mireya Beatriz Orta de Silva vs. FEDERACIÓN NACIONAL DE PROFESIONALES DE LA DOCENCIA-COLEGIO DE PROFESORES DE VENEZUELA (FENAPRODO-CPV)* (mayúsculas del texto):

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

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

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

Ahora, abundando en los arriba presentados, esta Sala incorpora los criterios que a continuación se exponen:

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

Entonces, al criterio reiterado de la SCS del TSJ si la actividad es ejecutada por diversas personas; si el contratado asume los riesgos, responsabi-

lidades, costos y frutos de su negocio; si cumple con obligaciones fiscales y laborales que corresponden a una sociedad mercantil, entre otras; quedaría desvirtuada de ese modo la prestación personal del servicio, subordinación, dependencia personal, propias de las relaciones de trabajo. Caso contrario, estaremos ante una verdadera relación de carácter laboral con independencia del trato o denominación que las partes decidan darle. Entonces, si el tema ya había sido dilucidado, ¿para qué presumir entonces la simulación o fraude en una figura cuya necesidad no era requerida?

V. LA SUBCONTRATACIÓN Y EL CONTRATISTA EN LA LOTTT

El artículo 49 de la LOTTT define contratista como las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargan de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos, y con trabajadores bajo su dependencia y además, señala expresamente que la contratista no se considerará intermediario o tercerizadora. La figura de los contratistas se mantiene en las mismas condiciones que establecía la derogada LOT, artículo 55.

Los elementos definitorios de la figura del contratista son: i) se trata de un sujeto de derecho; ii) que presta servicios al contratante; iii) en el marco de un contrato de naturaleza civil o comercial; iv) utilizando sus propios elementos, equipo, personal y demás medios necesarios; v) asumiendo los riesgos propios de su actividad; y vi) a cambio de una contraprestación económica.

En efecto, la legislación laboral permite la celebración de contratos de servicios con contratistas. Las compañías cuyo objeto es suministrar personal son legales en Venezuela pues no existe normal legal que prohíba su existencia. Caso contrario, no podrían registrarse en el registro mercantil, obtener el registro de identificación fiscal (RIF), registrarse en los entes del estado como el seguro social, obtener el número de identificación laboral (NIL) o la solvencia laboral, etc. por lo que son compañías válidamente constituidas y cuyo objeto fue legal bajo la vigencia de la LOT y lo sigue siendo bajo el amparo de la LOTTT. Es por ello que sostenemos que la subcontratación laboral, no es asimilable a la figura de tercerización prohibida por la LOTTT, ya que, si bien es cierto que la subcontratación es uno de los casos de relaciones triangulares surgidas de la evolución de los métodos de producción, la misma no es asimilable a la tercerización según la definición de la LOTTT, ya que para que fueran asimilables, debe existir a la par de un tercero realizando labores en favor a la unidad productiva, un fraude o simulación de parte del patrono, para desvirtuar, desconocer, u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

De esta manera, en la medida en que las contratistas, sean de las definidas en el artículo 49 de la LOTTT, esto es, que preste sus servicios a la Compañía con sus propios elementos consideramos que es legal la contratación de personal a través de las contratistas.

5.1. *Consecuencias derivadas de la utilización de Contratistas que ejecuten actividades inherentes o conexas a la del beneficiario*

El artículo 50 de la LOTTT, continúa la tradición de la legislación laboral derogada al hacer referencia a la responsabilidad solidaria entre quien ejecuta una obra o servicio y quien la recibe, establece una definición de actividades inherentes y conexas, en los siguientes términos:

(...) se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el o la contratante; y por conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella

Por su parte, el artículo 23 del Reglamento de la LOT¹³ complementa lo que debe entenderse por actividades inherentes y conexas, estableciendo lo siguiente:

Se entenderá que las obras o servicios ejecutado por el o la contratista son *inherentes* o gozan de la misma naturaleza de la actividad propia del contratante, cuando constituyan de manera permanente *una fase indispensable del proceso productivo desarrollado por éste, de forma que sin su cumplimiento no le sería posible satisfacer su objeto.*

Se entenderá que las obras o servicios ejecutados por el o la contratista son conexas con la actividad propia del contratante cuando:

- a) Estuvieren *íntimamente vinculado,*
- b) Su ejecución o prestación *se produzca como una consecuencia de la actividad de éste;* y
- c) Revistieren *carácter permanente.*

Parágrafo Único: cuando un contratista realice habitualmente obras o servicios para un contratante, en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirán inherentes o conexas con la actividad de éste, salvo prueba en contrario. (destacado agregados)

De esta manera, se entiende por inherente aquella obra o servicio que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contra-

¹³ Reglamento de *Ley Orgánica del Trabajo*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela ("GORV") N° 5.292 Extraordinaria (E) del 25 de enero de 1999, reformada en GORBV N° 38.426 del 28 de abril de 2006.

tante, y por conexa aquella obra o servicio que se relaciona íntimamente con la actividad del contratante y se produce con ocasión de ella.

Para descubrir el exacto sentido de las expresiones inherencia y conexas es preciso atender a la vinculación que puede existir entre el objeto jurídico de la actividad del contratante y el objeto jurídico de la actividad del contratista, además de la relación aparente entre las obras o servicios aisladamente considerados.

Conexo es lo que está unido o ligado, sin tener idéntica esencia ni ser elemento inseparable de otro dentro de la misma unidad. La conexidad tiene su sustancia en la misma explicación antes señalada, en el sentido de que no pueden ser considerados conexos objetos jurídicos que no luzcan íntimamente ligados entre sí por una duradera relación de causa-efecto, tal como lo preceptúa el artículo 50 de la LOTTT. Esta íntima relación causal exigida por la norma legal, hace lucir el objeto de la actividad del contratista como una consecuencia inmediata y directa de la necesidad e interés del contratante, para cuya satisfacción aquél debe acomodar la totalidad o la mayor parte de sus recursos técnicos y económicos.

En este sentido, se observa como la SCS del TSJ, en sentencia N° 2022 de fecha 12 de diciembre de 2006, caso *Pedro Ramón Requena y otros vs. Transporte Benito Casaña y otros*, analiza el objeto de los documentos constitutivos de las co-demandadas para señalar que sus actividades no son inherentes ni conexas, en los siguientes términos:

De conformidad con los documentos constitutivos, las facturas consignadas y las declaraciones en la audiencia de juicio, las codemandadas Sisprega y Prefabricados Marcotulli C.A. elaboran vigas y materiales para la construcción y para el transporte de sus insumos y productos contratan varias empresas de transporte, entre ellas las codemandadas Transporte Benito Casaña y Transporte Monvig 99, C.A., razón por la cual, no se evidencia inherencia, conexidad o exclusividad del servicio, por lo que de conformidad con la Ley no existe la responsabilidad solidaria alegada por los actores en el libelo.

En efecto, la actividad conexa está ligada, unida y vinculada tan estrechamente con la desarrollada por la contratante que sin su concurso no podría desarrollar la actividad. Así, la actividad conexa del contratista se presenta como necesaria e indispensable, para ejecutar las obras o servicios de que se trate, de tal manera que si no fuera realizada por la contratista tendría necesariamente que ser realizada por la contratante, pero nunca podría prescindirse de la actividad en cuestión, pues de hacerlo la ejecución de la obra o la prestación del servicio se paralizaría.

Entonces la SCS del TSJ ha dejado sentado de manera reiterada el criterio según el cual, no basta que el contratista preste un servicio para el contratante a los fines de establecer la conexidad entre las actividades de ambos. De conformidad con los artículos 50 de la LOTTT y 23 del Reglamento de la LOT, para que exista conexidad entre las actividades del contratante y del contratista deben cumplirse concurrentemente los siguientes tres requisitos:

- A) Relación íntima entre la obra ejecutada o el servicio prestado por el contratista y la actividad que constituye el objeto jurídico del beneficiario;
- B) Relación de causalidad, es decir, que la actividad del contratista se produzca como consecuencia de la actividad productiva desplegada por el beneficiario; y,
- C) Permanencia o coexistencia, esto es, que la obra ejecutada o el servicio prestado por el contratista se desarrolle conjuntamente con la actividad productiva del beneficiario.

En este sentido se ha pronunciado la SCS del TSJ en sentencia N° 879 del 25 de mayo de 2006, caso *Rafael Bracho y otros vs. Concretos Industriales, C.A y Raymond de Venezuela, C.A. (RAYVEN)* y, en sentencia N° 864 de fecha 18 de mayo de 2006 en el caso *José Antonio Villegas vs. C.A. Cervecería Nacional*; criterio reiterado en sentencia N° 1.680 del 24 de octubre de 2006 en el caso *Luis Alexander Mastrofilippo Bastardo vs. Oiltools de Venezuela, S.A.*, en la cual se expresó lo siguiente:

...se desprenden dos presunciones establecidas por el legislador para determinar la inherencia o conexidad de las actividades: a) las obras o servicios realizados mediante contratos para empresas mineras o hidrocarburos, se presumirán inherentes o conexas con la actividad del beneficiario; b) cuando el contratista realice habitualmente obras o servicios para una empresa en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la empresa que se beneficie con ella.

Es de referir, que dichas presunciones tiene carácter relativo, por tanto, admiten prueba en contrario; de allí, que el criterio de la doctrina patria para que la presunción se materialice señala que debe coexistir la permanencia o continuidad del contratista en la realización de obras para el contratante, la concurrencia de trabajadores del contratista junto con los del contratante en la ejecución del trabajo, y ser la fuente de lucro en un volumen tal que representen efectivamente el mayor monto de los ingresos globales...

De esta manera, la inherencia y conexidad se presentan como una cualidad de lo que es parte inseparable de la actividad habitual constante de la actividad del contratante, y no de lo que es extraño a ella, por estar fuera de

su proceso técnico de desarrollo. Por lo tanto, el contratante traslada en el contratista parte de la actividad a que el primero se dedica, es decir, aquella actividad que constituye el objeto permanente de su profesión, industria o comercio. De alguna manera debemos entender que actividades inherentes o conexas son aquellas que de conformidad con el numeral 1 del artículo 48 de la LOTTT, forman parte del proceso de la beneficiaria del servicio.

Por otra parte, el artículo 50 de la LOTTT establece que se presumirá que la actividad de la contratista es inherente y conexas con la actividad de la beneficiaria del servicio, siempre que:

...un contratista realice habitualmente obras o servicios para una entidad de trabajo en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro,

Para que se constituya la presunción prevista en el artículo 50 de la LOTTT, consideramos que no basta con que los únicos o mayores ingresos de la contratista provengan de la contratante, sino que igualmente deben estar presentes la inherencia o conexas de las actividades entre ellas.

La SCS del TSJ, en sentencia N° 879 del 25 de mayo de 2006, *caso Rafael Bracho y otros vs. Concretos Industriales, C.A y Raymond de Venezuela, C.A. (RAYVEN)* al aplicar los artículos 56 y 57 de LOT, señaló que:

Para que la presunción opere, debe coexistir la permanencia o continuidad del contratista en la realización de obras para el contratante, la concurrencia de trabajadores del contratista junto con los del contratante en la ejecución del trabajo y *por lo que respecta a la mayor fuente de lucro, ésta debe consistir en la percepción regular, no accidental, de ingresos en un volumen tal que represente efectivamente el mayor monto de los ingresos globales.* (destacado agregado)

Sin embargo, la SCS del TSJ sostiene también el criterio según el cual, independientemente de la existencia de inherencia y conexas entre la contratista y la beneficiaria del servicio, si los ingresos recibidos por la contratista representan su mayor fuente de lucro, se entiende la existencia de responsabilidad solidaria. En este sentido, la SCS del TSJ en sentencia N° 1.940 del 2 de octubre de 2007, en el caso *Ender Perea vs. Federal Car Service Compañía Anónima (Fedecar C.A.)* y BP Venezuela Holdings Limited, se estableció lo siguiente:

Se observa que el artículo 55 de la Ley Orgánica del Trabajo, establece que las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos, se presumirán inherentes o conexas con la actividad del patrono beneficiario, y asimismo, el artículo 57 eiusdem dispone que cuando un contratista realice habitualmente obras o servicios para una empresa en

un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la empresa que se beneficia con ella.

VI. LA DETERMINACIÓN DE TERCERIZACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

6.1. Órgano Competente

La CRBV en su artículo 94 establece que *“la ley determinará la responsabilidad que corresponda a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se presta el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de éstos. El Estado establecerá, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en general, en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer, u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”*

Por su parte, la LOTTT, estableció en el artículo 47 que *“Los órganos administrativos o judiciales con competencia en materia laboral, establecerán la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en caso de simulación o fraude laboral, conforme a esta ley”*.

De la interpretación del referido artículo de la LOTTT, entendemos que hace referencia a los órganos administrativos del trabajo, es decir, el Ministerio del Poder Popular con Competencia en Materia de Trabajo y la Seguridad Social (“MINPPTRASS”) y posiblemente a las Inspectorías del Trabajo. En este sentido, es válido preguntarse si puede realmente un órgano administrativo determinar cuando se está ante un caso de relación triangular si se encuentra ante una verdadera situación de tercerización, está realmente facultado para determinar si existe una simulación o fraude para ocultar la relación laboral?.

En este sentido, el artículo 499 de la LOTTT cuenta entre las funciones del MINPPTRASS la de 5. *Ejercer la vigilancia y aplicar los correctivos necesarios para que dentro de la relación de trabajo no se apliquen mecanismos destinados a simular la relación laboral en fraude a la Ley (...)*”. En este orden de ideas, el artículo 513.7 de la LOTTT, que establece el procedimiento a las Inspectorías para atender reclamos, señala que *“La decisión del Inspector (..) del trabajo que resuelva sobre cuestiones de hecho, dará por culminado la vía administrativa y solo será recurrible por vía judicial previa caución”* (énfasis agregado). Creemos que la determinación del fraude a la ley es una cuestión de derecho y no de hechos.

La Sala Político Administrativa, tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia como del actual TSJ, ha señalado de manera reiterada que la competencia es la medida de la potestad atribuida por la Ley a cada órgano, de modo que no hay competencia ni actuación administrativa válida, si previamente no se señala la atribución que por norma legal expresa se reconoce al órgano.

Si hay inexistencia, falseamiento o contradicción de los presupuestos fácticos de la competencia, el órgano no debe realizar actuación alguna, ya que en caso de hacerlo, la actuación generada irremediamente estará viciada de nulidad absoluta conforme a lo previsto en el ordinal 4º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁴ (“LOPA”).

La interrogante surge de esta nueva facultad que pretende la LOTTT otorgarle al referido Ministerio e Inspectoría del Trabajo la competencia para decidir cuestiones que en nuestro criterio es de derecho, ya que la decisión de la existencia de tercerización o no, es un tema puramente jurídico que pensamos que solamente un órgano jurisdiccional, luego del debate procesal y jurídico correspondiente, puede analizar a profundidad la diversidad de elementos presentes en una determinada relación laboral, i.e. la simulación o el fraude, para hacer tal determinación.

En este orden de ideas, el artículo 513 de LOTTT expresamente disponía en su numeral 6º que el Inspector o Inspectora del Trabajo “...*decidirá sobre el reclamo, cuando no se trate de cuestiones de derecho que deben resolver los órganos jurisdiccionales*”.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo¹⁵ (“LOPT”) los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir:

“1. Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje; (...)

4. Los asuntos de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social”

Por su parte, el artículo 507 de la LOTTT prevé las competencias de las Inspectorías del Trabajo al señalar:

Artículo 507. Las Inspectorías del Trabajo tendrán las siguientes funciones:

¹⁴ *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. GORV N° 2.818 Extraordinaria del 1º de julio de 1981.

¹⁵ *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. GOBRV N° 34.504 del 13 de agosto de 2002.

1. Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta Ley, su Reglamento, demás leyes vinculadas y las resoluciones del ministro o ministra del Poder Popular con competencia en materia de trabajo en la jurisdicción territorial que le corresponda.
2. Acopiar los datos necesarios para la elaboración del informe anual sobre la situación laboral que debe elaborar el ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Trabajo.
3. Mediar en la solución de los reclamos individuales de trabajadores y trabajadoras y ordenar el cumplimiento de la ley o la normativa correspondiente cuando se trate de reclamos sobre obligaciones taxativas de la ley.
4. Inspeccionar las entidades de trabajo dentro de su jurisdicción territorial para garantizar el cumplimiento de las normas de condiciones de trabajo, de salud y de seguridad laboral y las de protección de la familia, la maternidad y la paternidad.
5. Vigilar el cumplimiento de la protección del Estado de fuero o inamovilidad laboral de los trabajadores y trabajadoras que las leyes, reglamentos, decretos, resoluciones y convenciones colectivas indiquen.
6. Proteger y facilitar el ejercicio de la libertad sindical, la organización autónoma de trabajadores y trabajadoras, el derecho a la negociación colectiva, y el ejercicio, por trabajadores y trabajadoras, del derecho a huelga dentro de la jurisdicción territorial que le corresponde.
7. Imponer las sanciones por incumplimientos a la Ley y a la normativa laboral dentro de su jurisdicción territorial.
8. Las demás establecidas en las leyes laborales y sus reglamentos, así como aquellas que le designe el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de trabajo y seguridad social.

De acuerdo con lo expresado, según lo dispuesto tanto en la LOPT y en la LOTTT sólo son los Tribunales Laborales, los órganos competentes para dilucidar cualquier conflicto de intereses que se suscitan entre los particulares en lo que se refiere a la aplicación e interpretación de normas legales y convencionales.

La usurpación de funciones vicia de nulidad absoluta cualquier acto administrativo que se funde en ésta, debido a que el órgano que dicta el acto es un órgano que resulta ser manifiestamente incompetente, tal como lo establece el numeral 4 del artículo 19 de la LOPA cuando dispone:

Los actos de las Administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos:

Omissis...

4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

Sobre el vicio de usurpación de funciones Fraga Pittaluga establece:

“De acuerdo con la jurisprudencia, la incompetencia que se produce cuando el órgano de una de las ramas del poder público ejerce una función que, de acuerdo con la Constitución y las Leyes, corresponde a otro órgano del poder público, es usurpación de funciones.

Omissis...

La usurpación de funciones puede producirse básicamente en dos planos, uno horizontal y otro vertical.

a. Horizontalmente (...)

Respecto de los órganos judiciales.

Esta modalidad de incompetencia se da cuando la Administración asume el conocimiento y decisión de asuntos que sólo corresponden a los tribunales de justicia.”¹⁶

Por su parte, el artículo 138 de la CRBV es claro al sostener que “*toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos*”. De igual forma, el constituyente establece en el artículo 137 que la CRBV y la Ley son los instrumentos normativos que definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público; así mismo establece el constituyente en el artículo 136 que el Poder Público Nacional se encuentra dividido en Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Ciudadano y Poder Electoral, los cuales tienen asignadas determinadas funciones asignadas.

En el caso del Poder Judicial, el mismo tienen asignada la función jurisdiccional, que en ciertos casos ejerce de forma exclusiva y excluyente, tal como resulta ser el presente caso, cuando el legislador patrio estableció que los conflictos de intereses que nacen entre las partes de la relación laboral por aplicación de una determinada norma legal, constitucional o convencional deben ser resueltos por los mismos. Por lo tanto, en caso que la Inspectoría del Trabajo, pretenda asumir competencias que la Constitución ni la Ley, le han asignado está usurpando las funciones que son potestad exclusiva y excluyente del Poder Judicial.

¹⁶ FRAGA PITTALUGA, Luis. *La Incompetencia en el Derecho Administrativo*. Editorial Torino. Caracas 2000. pp. 59-61

En este sentido se observa, que la LOTTT pretende otorgarle a los organismos administrativos del trabajo la facultad para dilucidar una controversia de índole legal asumiendo una competencia que ya la tienen atribuida los Tribunales Laborales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la LOPT.

Para determinar la existencia o no de tercerización los referidos órganos administrativos del trabajo obligatoriamente debe realizar además de un análisis fáctico de la situación, un análisis detallado de diferentes normas jurídicas, entre ellas de la LOTTT, su Reglamento, la jurisprudencia reinante, por lo cual, legalmente no le está permitido, toda vez que ello, es una facultad que expresa y exclusivamente tiene atribuida el Poder Judicial. Estas interpretaciones constituyen puntos de derecho, cuya función la tienen atribuida por Ley, los Tribunales Laborales, por lo que consideramos que a pesar de la referencia de la LOTTT, los referidos órganos administrativos no pueden determinar asuntos de naturaleza eminentemente jurídica, como sería la determinación de una simulación o fraude.

6.2. *Consecuencias de la determinación de tercerización*

La Disposición Transitoria Primera de la LOTTT otorga un plazo de 3 años a partir de su promulgación, que vence el 7 de mayo de 2015, para que los patronos incorporen en su nómina a los trabajadores tercerizados, quienes gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo, y disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario de sus servicios. Se puede argumentar que el referido plazo trienal constituye un *vacatio legis* y que la misma entra en vigencia una vez cumplido ese plazo, o también, y quizás más acertadamente, la tercerización está prohibida desde el mismo momento de entrada en vigencia de la LOTTT, y que el plazo es otorgado a favor de los patronos que venían utilizando trabajadores tercerizados y tiene la finalidad de reducir el coste que necesariamente conllevaría absorber automáticamente esa masa de trabajadores.

Nos es evidente que si existió fraude o simulación, y a pesar que la LOTTT no lo diga expresamente, conlleva también como consecuencia inexorable el tener que asumir que los trabajadores son propios del beneficiario desde el inicio de la relación contractual, con la consiguiente asunción de los pasivos laborales causados.

Administrativamente, se establece una sanción pecuniaria administrativa, por fraude y simulación que consiste en la imposición de una multa entre 120 Unidades Tributarias (“UT”) hasta 360 UT.

VII. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA TERCERIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

Dado que la definición de tercerización contenida en el artículo 47 de la LOTTT, no es la reinante en la mayoría de los ordenamientos jurídicos hemos considerado oportuno ofrecer una enumeración de la regulación jurídica de los fenómenos en los diversos ordenamientos jurídicos.

En Argentina, la ley no aporta una definición de dichos institutos, sin perjuicio de lo cual la doctrina ha entendido que el contratista es un empresario que contrata trabajador bajo su propia dependencia y organización afectando el cumplimiento de la obra, y en esa relación el contratante deberá ejercer el control del cumplimiento de las obligaciones que tiene el subcontratista para con sus trabajadores, dicha interpretación proviene del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (N° 20.744), recientemente reformada por el artículo 17 de la Ley N° 25.013 (1998), que establece: “*Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratista el número del código único de identificación laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia del pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgo del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionados, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones, de la seguridad social*”. El Decreto N° 1694/2006 regula lo relativo a las empresas dedicadas a la prestación de servicios eventuales, específicamente en el artículo 4 que textualmente reza: “*Los trabajadores que la empresa de servicios eventuales contrate para prestar servicios en su sede, filiales, agencias u oficinas, serán considerados vinculados por un contrato de trabajo permanente continuo, pudiéndose utilizar también las modalidades previstas en el Título III de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificaciones, cuando circunstancias excepcionales así lo justifiquen. Los trabajadores que la empresa de servicios eventuales contrate para prestar servicios bajo la modalidad de*

trabajo eventual, serán considerados vinculados a la empresa de servicios eventuales por un contrato de trabajo permanente discontinuo. A todos los trabajadores dependientes de la empresa de servicios eventuales, ya sea que presten servicios continuos o discontinuos, les serán de aplicación toda disposición legal, estatutaria, convencional, laboral y de la seguridad social vigente. Los aportes y contribuciones a la seguridad social respecto de los trabajadores permanentes discontinuos se efectuarán de acuerdo a la legislación aplicable en la empresa usuaria” (destacado nuestro).

En Brasil, la Ley Número 6.019 del 3 de enero de 1974, establece que como regla general, no existe la posibilidad de contratación de trabajadores por empresas intermediarias, salvo cuando se trate de servicios temporales para atender una necesidad transitoria de sustitución del personal regular y permanente de la empresa principal o a un aumento extraordinario de sus servicios, sin importar la labor fundamental a desarrollar por el trabajador; lo determinante es la existencia de una justificación específica en la que fundar la contratación por un cierto período.

En Colombia, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, establece a solidaridad entre los contratistas independientes y el dueño del negocio. *“Contratistas Independientes: 1º) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. 2º) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas” (destacado nuestro).* El mismo código ofrece la definición de Simple Intermediario (figura eliminada por la LOTTT) y su alcance.

En Chile, el Código del Trabajo en su artículo 183-B, incorpora la solidaridad en los siguientes términos *“La empresa principal será solidariamente*

responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal”.

En Ecuador, rige el Mandato Constituyente N° 8 por el cual se prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier otra forma de precarización de las relaciones laborales en aquellas actividades que realice la empresa o empleador, haciéndolo en los siguientes términos: *“Artículo 1. Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador”.*

En México, la Ley Federal del Trabajo que databa de 1970 contemplaba la solidaridad entre la empresa contratante y el contratista cuando la labor ejecutada por la contratista no se produjese con elementos propios suficientes para asegurar el pago de las obligaciones contraídas con los trabajadores, el artículo 13 establecía: *“No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores”.* Sin embargo, la Cámara de Diputados de la nación azteca aprobó el 30 de noviembre de 2012 ciertas reformas que adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y que contienen modificaciones en el régimen de contratistas específicamente, define a la subcontratación como: *“El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas. Este tipo de trabajo, deberá cumplir con las siguientes condiciones: a) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo. b) Deberá justificarse por su carácter especializado. c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante. De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante se considerará patrón*

para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.” El referido cambio se envió a la Cámara de Senadores y en 30 días fue aprobado y enviado al Ejecutivo Federal quien lo promulgó y ordenó su publicación como Ley.

En Panamá, el Código del Trabajo artículos 94 y 95, regulan lo referente a la contratación y subcontratación al establecer “*se prohíben los arreglos, contratos y combinaciones mediante los cuales una persona o empresa proporcione a otra una parte o todos los trabajadores que necesite para su funcionamiento, manteniendo la primera su condición de empleador*”. No obstante la prohibición anterior, previa autorización del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, se permite el funcionamiento de empresas que se dediquen a proporcionar a sus propios trabajadores para que presten servicios a las empresas que tengan necesidad de utilizarlos temporalmente, por períodos que no excedan de dos meses, bajo su inmediata dirección.

Finalmente, en Perú, La Ley N° 29.245 que regula los Servicios de Terceerización, la define, mediante una técnica que no se había utilizado en el ordenamiento jurídico de dicho país, y establece: “*Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.*”

VIII. CONCLUSIONES

1. La LOTTT conceptualiza, por primera vez en el ordenamiento jurídico venezolano, la tercerización, aun cuando centra su atención, no en los elementos que la conforman, sino en la intención de los empleadores, pues la entiende como *la simulación o fraude* llevada a cabo por éstos con el propósito de *desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral*. Esto es, no puede hacerse referencia a ella sin la existencia de una simulación o fraude de un empleador con uno de tales fines.

Igualmente, luego de consagrar su prohibición, establece cinco supuestos no permitidos: los cuatro primeros, indicativos de casos particulares, son innecesarios y redundantes porque toda simulación o fraude dirigido a evadir la aplicación de la ley está prohibida. El quinto por limitarse a impedir cualquier otra especie de simulación o fraude.

2. Sólo cuando los elementos anteriormente enumerados estén presentes con la finalidad de defraudar o simular una relación de trabajo habrá tercerización. La LOTTT otorga un plazo trianual a los tercerizadores para incorporar a los trabajadores a su nómina, dándoles inamovilidad durante el referido término. Aunque la legislación no lo señala, es lógico concluir que al declararse la tercerización, la entidad de trabajo correspondiente asume todos los pasivos por el tiempo de servicios de los trabajadores tercerizados, desde su contratación primigenia, con el correspondiente pasivo de beneficios laborales dejados de pagar.
3. Los Tribunales del Trabajo deben ser los competentes para calificar cuándo existe simulación o fraude del empleador para desvirtuar, desconocer u obstaculizar la legislación laboral y, por tanto, su nulidad por materializar el supuesto de tercerización. Creemos que, a pesar de la disposición de la LOTTT, dicha actividad no podrán hacerlo los órganos administrativos del trabajo por tratarse de asuntos de Derecho para lo cual carecen de competencia, recursos e infraestructura, lo cual viciaría el acto de nulidad. No obstante lo anterior, una vez determinada judicialmente la tercerización, podrán las autoridades administrativas imponer la sanción pecuniaria prevista en la LOTTT, mediante la imposición de una multa entre 120 UT y 360 UT.
4. La tercerización difiere de la subcontratación. Esta requiere un contrato celebrado entre dos sujetos de derecho, mediante el cual uno de ellos se encarga “de ejecutar obras o servicios (para el otro) con sus propios elementos o recursos, y con trabajadores (...) bajo su dependencia” con el objeto de obtener una ventaja económica. A semejante situación se le imputa, como consecuencia de derecho, que no puede ser considerado como intermediario o tercerizador, ya que éste último requiere la intención fraudulenta o de simulación.
El contratante beneficiario de la obra o servicio será solidariamente responsable con el contratista en dos supuestos: a) si se demuestra que la actividad de éste es inherente o conexas a la de aquél y b) cuando el contratante representa la mayor o única fuente de ingresos de la contratista.
5. En el derecho comparado, la tercerización no tiene trato uniforme. Pudiera afirmarse, sin embargo: a) Generalmente no se asimila ni a la simulación ni al fraude, aun cuando el ordenamiento jurídico ecuatoriano la proscriba; b) En los regímenes argentino, colombiano, chileno, panameño y peruano, se consagra en muchos casos la solidaridad entre el beneficiario de la externalización de funciones y el contratado para su prestación, en cuanto a las obligaciones laborales

contraídas con los trabajadores; c) En Chile, Perú y Panamá se pueden subcontratar cualquier tipo de servicios, incluso los inherentes a los que presta el contratante; y d) En Ecuador, está prohibida cualquier tipo de subcontratación y también la tercerización.

6. Cabe mencionar a modo de reflexión, finalmente, que la interpretación de muchas de las disposiciones sobre tercerización, subcontratación y cualesquiera otras incluidas en la LOTTT se dificultará gracias al modo cómo fueron creadas por no existir documentación explicativa, entre otras materias, para determinar la correcta voluntad del legislador y los fines perseguidos.

Ello es de más trascendencia en el caso de las normas laborales, que afectan sensiblemente la vida de cualquier nación por regular los medios de producción y los ingresos de la mayoría de los ciudadanos, esto es, conciernen a todos los factores de producción (empleadores y trabajadores), motivo por el cual debe procurarse la mayor participación del colectivo donde regirán.

Relaciones Triangulares y Relaciones Ambiguas en la Legislación Laboral Venezolana

Aurora Celina Salcedo Medina¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Relaciones Triangulares y Relaciones Ambiguas en la Legislación Laboral Venezolana: 2.1. Relaciones de Trabajo Bilaterales. 2.2 Relaciones de Trabajo Triangulares. 2.3 Relaciones De Trabajo Encubiertas, Disfrazadas o Ambiguas. 2.4 Test de Laboralidad. 2.5 Tercerización Prohibida en la Nueva LOTTT. III. Reflexión Final

I. INTRODUCCIÓN

En Venezuela, partiendo de una revisión legal desde la reforma parcial de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) en 1997, al tratarse el asunto de las personas o sujetos en las relaciones de trabajo vemos incorporadas las figuras del contratista y del intermediario, y posteriormente, en su Reglamento (RLOT) publicado en 1999, aparece la figura de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT).

Para el año 2001, con la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas (LEAC), y ciertas políticas públicas, surge el auge de este tipo de asociaciones bajo la premisa de crear trabajo independiente, con algunas prerrogativas fiscales y laborales, incluso se observó cómo las instancias de Gobierno exigían a sus contratistas subcontratar empresas cooperativas, para brindarles apoyo y oportunidades de desarrollo.

¹ Abogado en ejercicio (UC). Magíster en Administración del Trabajo y Relaciones Laborales (UC). Formación en Derecho de Familia y del Niño (UCAB). Formación en Docencia para la Educación Superior (UC). Formación en Bioética (Redbioética –UNESCO– Argentina). Cursante del Programa Doctorado en Ciencias Sociales Mención Trabajo (UC). Docente Ordinario de Pregrado (UC). Docente de Posgrado Especialización en Derecho Procesal del Trabajo (UAM) Directora del Escritorio Jurídico MS Abogados.

Con la reforma parcial del RLOT (RPRLLOT) publicada en el año 2006, se suprime la figura de las Empresas de Trabajo Temporal, asimilándolas a la figura del intermediario.

Finalmente, con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores (LOTTT), publicado en 2012, surge la figura de la Tercerización Prohibida, que entre otras cosas prohíbe la intermediación, pero mantiene al contratista como persona en las relaciones de trabajo.

El desarrollo legal y sublegal de estas categorías de sujetos en el derecho del trabajo, específicamente la subcontratación de trabajadores, también conocidas como relaciones triangulares, constituye el objeto de estudio en este artículo, en el cual se pretende diferenciar cada una de estas figuras y criticar el tratamiento que la nueva LOTTT da a la mal llamada “Tercerización”.

II. RELACIONES TRIANGULARES Y RELACIONES AMBIGUAS EN LA LEGISLACIÓN LABORAL VENEZOLANA

2.1 Relaciones de Trabajo Bilaterales

En sentido general, puede definirse las relaciones de trabajo como el vínculo que existe entre el trabajador dependiente y su empleador, esto es, entre quien presta un servicio dependiente o subordinado y quien lo recibe.

La LOT (1997)² en su artículo 39 define como trabajador “... la persona natural que realiza una labor de cualquier clase, por cuenta y bajo la dependencia de otra”, y en el artículo 65 se refiere a la relación trabajo como aquella que existe “...entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba”. Estas definiciones permanecieron sin modificaciones en la reforma que experimentó esta Ley en el año 2011³.

La nueva LOTTT⁴ al referirse al trabajador dependiente, artículo 35, lo describe como “... toda persona natural que preste servicios personales en el proceso social de trabajo bajo dependencia de otra persona natural o

² Congreso de la República de Venezuela. Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela Número 5.152. 19 de junio de 1997.

³ Presidencia de la República. Decreto. con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 6.024. 06 de mayo de 2011.

⁴ Presidencia de la República. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Decreto N° 8.938. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela Número 6.076. 07 de mayo de 2012.

jurídica”. Especial referencia merece el hecho de haberse eliminado la expresión “por cuenta de otra”. Podría interpretarse que esto se debe al hecho que en el artículo primero de la misma Ley se establece la protección del interés supremo del trabajo como un “proceso liberador”, “mediante la justa distribución de la riqueza”.

Esto llama la atención, porque se observará más adelante que cuando se regula la “Tercerización” en este cuerpo normativo, pareciera que el interés es reforzar las relaciones de dependencia y subordinación y de tipo bilateral, sin la intermediación de un tercero, lo que es aún más contradictorio cuando se hace una lectura a la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (2009) (LOSEC)⁵, en la cual se promueve un modelo socioproductivo comunitario, a través de organizaciones socioproductivas, el cual es un modelo de producción que se basa en la propiedad social, que se entiende pertenece a todo el pueblo, y en consecuencia, los resultados del trabajo realizado dentro del proceso de producción de este tipo de propiedad son de beneficio exclusivamente social, cuyo fin es la eliminación de la división del trabajo del modelo capitalista.

La LOSEC⁶ define las organizaciones socioproductivas en su artículo 9: son unidades de producción constituidas por las instancias del Poder Popular, el Poder Público o por acuerdo entre ambos, con objetivos e intereses comunes, orientadas a la satisfacción de necesidades colectivas, mediante una economía basada en la producción, transformación, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, en las cuales el trabajo tiene significado propio, auténtico; sin ningún tipo de discriminación

De lo anterior se infiere que ese modelo socioproductivo apunta a lo que algunos autores denominan “el fin del trabajo”, pasando más bien a una especie de trabajo donde el individuo logrará una total autonomía y laborará con el único fin de satisfacer sus necesidades a través de los bienes que Él mismo produce y los que puede intercambiar u obtener sin nada a cambio con sus semejantes, y no con la finalidad de producir riqueza.

2.2 Relaciones de Trabajo Triangulares

Ahora bien, junto a las relaciones de trabajo bilaterales se encuentran las triangulares, en algunos casos amparadas por figuras legalmente estable-

⁵ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 6.011. 21 de diciembre de 2010.

⁶ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. LOSEC..., *ob. cit.*

cidas, como las ETT, los intermediarios, los contratistas y las cooperativas, donde el trabajador encuentra por una parte al sujeto que lo contrata y que se encarga de pagar sus remuneraciones laborales, y por otra al sujeto que recibe los beneficios y los frutos de las labores que Él presta.

En palabras de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2003)⁷ una relación de trabajo triangular "... surge del hecho de que los trabajadores de una empresa (la empresa «proveedora» o «suministradora») trabajan para una tercera persona (la empresa «utilizadora» o «usuaria») a la cual su empleador ha acordado realizar un trabajo o prestar un servicio", y considera que ésta puede beneficiar los trabajadores "... en términos de oportunidades de empleo y posibilidades de adquirir experiencia o demostrar competencia profesional", con lo cual, quien suscribe este artículo está en acuerdo.

Pero la OIT (2003) expone que desde el punto de vista jurídico, pueden surgir dificultades de orden técnico ya que los trabajadores podrían hallarse ante dos o más interlocutores, siendo que cada uno de ellos asumiría ciertas funciones que tradicionalmente competen a un empleador.

2.3 Relaciones De Trabajo Encubiertas, Disfrazadas o Ambiguas

Por otra parte, están las relaciones de trabajo encubiertas, disfrazadas o ambiguas, donde se acostumbra calificar al trabajador como independiente, autónomo o por cuenta propia. Este tipo de relaciones suelen manejarse como relaciones de carácter civil o mercantil, para abstraerlas de la regulación laboral. A decir de la OIT (2003)⁸ "Existen a la vez contratos civiles o comerciales en virtud de los cuales las empresas pueden procurarse los servicios de trabajadores independientes conforme a arreglos y condiciones que no son los de un contrato de trabajo", lo cual ha sido, desde hace algunos años, considerado "... parte de las «nuevas formas de empleo», aunque desde un punto de vista jurídico opera fuera del marco de la relación de trabajo". Tal es el caso de quienes prestan servicios bajo la figura de honorarios profesionales o quienes prestan sus servicios de manera individual pero a través de figuras civiles o mercantiles (sociedades civiles, compañías anónimas, firmas personales).

La LOT (1997)⁹ en su Capítulo IV trataba lo atinente a las personas en el derecho del trabajo, lo cual no fue objeto de la reforma parcial publicada en

⁷ Organización Internacional del Trabajo. 2003. El ámbito de la Relación de Trabajo. Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo.

⁸ Organización Internacional del Trabajo ..., *ob. cit.*

⁹ Congreso de la República de Venezuela. Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo ..., *ob. cit.*

2011, permaneciendo indemne tanto en su contenido como en su numeración este asunto, y contempla al intermediario y el contratista, instituciones éstas que encuadrarían dentro de las relaciones de trabajo triangulares revestidas de legalidad.

En términos de esta Ley, el intermediario es “la persona que en nombre propio y en beneficio de otra utilice los servicios de uno o más trabajadores” (artículo 54), quien a su vez es “... responsable de las obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos; y el beneficiario responderá, además, solidariamente con el intermediario, cuando le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada”, en el entendido que ambos son considerados patronos (artículo 49).

Esta misma Ley establecía que los trabajadores contratados por intermediarios debían disfrutar los mismos beneficios y condiciones de trabajo que los trabajadores contratados directamente por el beneficiario, (artículo 54). El asunto es que en la práctica esto no funciona de esa manera, encontramos trabajadores realizando las mismas labores, en el mismo lugar, en beneficio de una misma persona, pero percibiendo remuneraciones y beneficios socioeconómicos totalmente distintos, en virtud que uno es contratado directamente por el beneficiario del servicio, mientras el otro es contratado a través de un intermediario, lo que resulta un evidente fraude a la ley.

Los intermediarios también fueron reconocidos como sujetos individuales del derecho del trabajo en el artículo 21, literal d del RLOT (2006)¹⁰.

El contratista tiene un tratamiento diferente, pues no compromete la responsabilidad laboral del beneficiario de la obra, es decir, no existe solidaridad entre el contratista y el contratante frente al trabajador (artículo 55), entendiéndose por contratista “... la persona natural o jurídica que mediante contrato se encargue de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos”, siempre que la actividad desarrollada por el contratista no sea inherente o conexas a la del beneficiario de la obra o servicio y que este último no constituya su mayor fuente de lucro (artículo 57 LOT).

Artículo 56. A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del dueño de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante; y por conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

¹⁰ Presidencia de la República. Reforma Parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Decreto N° 4.447 del 25 de abril de 2006. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 38.426. 28 de abril de 2006.

La responsabilidad del dueño de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores utilizados por subcontratistas, aún en el caso de que el contratista no esté autorizado para subcontratar; y los trabajadores referidos gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados en la obra o servicio.¹¹

El RLOT (2006) amplía la definición de Inherencia y conexidad en los siguientes términos:

Se entenderá que las obras o servicios ejecutados por el o la contratista son inherentes o gozan de la misma naturaleza de la actividad propia del contratante, cuando constituyan de manera permanente una fase indispensable del proceso productivo desarrollado por éste, de tal forma que sin su cumplimiento no le sería posible satisfacer su objeto.

Se entenderá que las obras o servicios ejecutados por el o la contratista son conexos con la actividad propia del contratante, cuando:

- a) Estuvieren íntimamente vinculados,
- b) Su ejecución o prestación se produzca como una consecuencia de la actividad de éste; y
- c) Revistieren carácter permanente.

Parágrafo Único (Presunción): Cuando un contratista realice habitualmente obras o servicios para un contratante, en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá inherente o conexos con la actividad propia de éste, salvo prueba en contrario.¹²

Más adelante se verá que el contratista es un sujeto de trabajo que se mantiene en la nueva LOTTT (2012).

Al inicio de este artículo se mencionó que el RLOT (1999) contempló la figura de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), en sus artículos 23 al 28, cuyo objeto era "... poner a disposición del beneficiario, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados" (artículo 23), y para su funcionamiento debían solicitar autorizaciones ante el Ministerio del Trabajo y cumplir una serie de requisitos formales establecidos en el artículo 24.¹³

¹¹ Congreso de la República de Venezuela. Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo ..., *ob. cit.*

¹² Presidencia de la República. Reforma Parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo ..., *ob. cit.*

¹³ Presidencia de la República. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Decreto N° 3.235 del 20 de enero de 1999. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.292. 25 de enero de 1999.

Lo relevante para este estudio es que estas empresas al cumplir con las formalidades antes referidas no se consideraban intermediarios en los términos del artículo 54 de la LOT, por lo tanto, no existía responsabilidad solidaria entre la ETT y la empresa que se beneficiaba del servicio prestado por el trabajador.

La contratación con este tipo de empresas era legalmente procedente en los supuestos establecidos en el artículo 26:

- a) La realización de una obra o prestación de un servicio cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, fuese en principio de duración incierta. No será admisible dicha contratación en caso de labores que entrañen grave riesgo para la vida o salud del trabajador.
- b) Atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, por un período que no excederá de tres (3) meses. No será admisible dicha contratación en caso de labores que entrañen grave riesgo para la vida o salud del trabajador, y
- c) Sustituir a trabajadores en suspensión de su relación de trabajo. No será admisible dicha contratación cuando pretendiere sustituir a trabajadores en ejercicio del derecho de huelga, siempre que el conflicto se hubiere tramitado de conformidad con la Ley Orgánica del Trabajo y el presente Reglamento.

Esa contratación debía realizarse a través de un Contrato de Provisión de Trabajadores (artículo 27):

... celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa beneficiaria, teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en beneficio y bajo el control de esta última.

Este contrato deberá celebrarse por escrito y su duración no podrá exceder de noventa (90) días en los supuestos previstos en el literal b) del artículo que antecede. En los restantes supuestos, la duración del contrato no excederá del tiempo durante el cual subsista la causa que motivó su celebración.

Un mismo trabajador podía ser contratado por la ETT en múltiples oportunidades sin que se acumulara esos periodos como una única relación de trabajo, lo que afectaba la antigüedad del trabajador por no ser acumulativa. Esto se infiere del artículo 28, donde se establece la accesoriedad de la relación de trabajo al contrato de provisión:

Extinción de la Relación Laboral. La terminación del contrato de provisión causará la extinción de la relación de trabajo que vincula a la empresa de empleo temporal con los respectivos trabajadores, salvo que se hubieren obligado por tiempo indeterminado.

Estas disposiciones favorables a la precariedad de las relaciones de trabajo fueron expresamente derogadas en la reforma parcial del RLOT (2006), artículo 240, calificando estas empresas como intermediarias siempre que estuviesen debidamente registradas ante la autoridad competente.¹⁴

Como consecuencia de tal derogatoria, las empresas que se beneficiaban del servicio prestado por el trabajador pasaron a ser solidariamente responsables, junto a las ETT, de los pasivos laborales y sociales que correspondían al trabajador.

2.4 Test de Laboralidad

A la par de estas relaciones triangulares, están las relaciones ambiguas o fraudulentas, las cuales fueron reguladas por vía de Jurisprudencia, y los trabajadores debían acudir ante un tribunal laboral para obtener el pago de los beneficios laborales establecidos en las leyes correspondientes, teniendo la carga de demostrar primero que la naturaleza de la relación que mantenía con el demandado no es de carácter civil ni mercantil, sino laboral. Para facilitar la actividad judicial el Tribunal Supremo de Justicia estableció el conocido Test de Laboralidad, siguiendo recomendaciones emanadas de la OIT.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Ponencia del Magistrado Omar Mora (2004), citando a Arturo S. Bronstein, refiere:

... el test de dependencia es “una de las herramientas esenciales para determinar cuando una persona que ejecuta un trabajo o presta un servicio a favor de otra ha establecido o no una relación de trabajo con la misma. A través de los mismos se puede formular una sistematización, con el fin de distinguir lo fraudulento de lo que no lo es, clarificar las situaciones ambiguas, y por esta vía extender la protección de la legislación laboral a quienes prima facie estarían ejecutando trabajos o prestando servicios en virtud de una relación de naturaleza civil o comercial.” (Arturo S. Bronstein, *Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo*, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas-Venezuela 6-8 de mayo de 2002. Pág. 21)...¹⁵

Partiendo de lo anterior, la Sala construyó un inventario de indicios o criterios, con carácter enunciativo, para determinar la naturaleza laboral o no de una relación.

¹⁴ Presidencia de la República. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo..., *ob. cit.*

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Social, Magistrado Ponente: Omar Alfredo Mora Díaz (2004). Caso María Esperanza Cataño De Rodríguez Vs. Seguros La Seguridad, C.A. Expediente número AA60-S-2004-000468. Sentencia de fecha 09 de julio de 2004.

Esta sentencia, como otras, ratifica lo que ha sido criterio reiterado y constante de la Sala Social, desde que se publicó la sentencia N° 489 de fecha 13 de agosto de 2002 (caso: Mireya Beatriz Orta de Silva contra Federación Nacional de Profesionales de la Docencia, “Colegio de Profesores de Venezuela), donde se estableció el referido inventario de indicios, en los siguientes términos:

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

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

Ahora, abundando en los arriba presentados, esta Sala incorpora los criterios que a continuación se exponen:

- a) La naturaleza jurídica del pretendido patrono.
- b) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc.
- c) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio.
- d) La naturaleza y quantum de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar;
- e) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena.¹⁶

¹⁶ Tribunal Supremo de Justicia. (2002). Caso: Mireya Beatriz Orta de Silva contra Federación Nacional de Profesionales de la Docencia, Colegio de Profesores de Venezuela. Sentencia N° 489 de fecha 13 de agosto de 2002.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta el principio consagrado en el artículo 89, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que refiere a la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, con base en el cual el Juez está facultado para inquirir la realidad de las circunstancias y develar eventuales situaciones de simulación destinadas a disfrazar una relación de trabajo, y aplicar la legislación laboral, en otras palabras, aplicar la conocida Tesis del Levantamiento del Velo.¹⁷

Estas simulaciones se han hecho frecuentes en la práctica, a través de la constitución de compañías anónimas, firmas mercantiles, sociedades y asociaciones civiles, cooperativas, honorarios profesionales. Las cuales no pueden ser calificadas como triangulares por cuanto en la realidad no interviene una tercera persona, es una relación bilateral, aunque en algunos casos medien personas jurídicas, pues el representante legal de éstas suele ser la misma persona natural que presta el servicio.

2.5 *Tercerización Prohibida en la Nueva LOTTT*

Recientemente, el siete de mayo de 2012 fue publicado el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores (LOTTT), que trae consigo una reforma importante en materia de subcontratación, en su Capítulo V que trata De las Personas en el Derecho del Trabajo, con lo que se ha denominado “Tercerización Prohibida”.

La LOTTT define Tercerización en su artículo 47:

A los efectos de esta Ley se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Los órganos administrativos o judiciales con competencia en materia laboral, establecerán la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en caso de simulación o fraude laboral, conforme a esta Ley.¹⁸

Esta definición resulta inoficiosa, pues el fraude a la ley siempre está prohibido, es un principio fundamental en todas las ramas del Derecho, partiendo del mismo, el Tribunal Supremo de Justicia estableció criterios de interpretación para descubrir el fraude a la ley y reconocer el carácter laboral de relaciones ambiguas o disfrazadas. En esta nueva ley se está utilizando el término Tercerización como sinónimo de fraude, lo cual resulta en un error.

¹⁷ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 5.453 Extraordinaria. 24 de marzo de 2000.

¹⁸ Presidencia de la República. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras..., *ob. cit.*

En el ámbito internacional, y especialmente en el seno de la OIT, las relaciones triangulares son llamadas también subcontratación, externalización o *outsourcing*, lo que no necesariamente implica fraude a la ley, aunque sí comporta condiciones menos favorables para los trabajadores externalizados o subcontratados, así se precisa que en nuestro ordenamiento jurídico se han regulado relaciones triangulares que no conllevaban fraude, es el caso de las ETT en el RLOT (1999), los intermediarios en la LOT y los contratistas tanto en la LOT como en la LOTTT.

Se afirma que la “tercerización” es una palabra extraña, ajena, importada, inexistente en la legislación del trabajo tradicional. La tercerización como subcontratación propiamente, no aparece definida en la LOTTT, cuando en el artículo 47 se prohíbe la tercerización no se comprende qué se está prohibiendo. Es en el artículo 48 que se da a entender que se está refiriendo a relaciones triangulares y bilaterales fraudulentas, al establecer los supuestos de prohibición.

Prohibición de tercerización

Artículo 48. Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá:

La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma.

1. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.
2. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras.
3. Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.
4. Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral.

En los casos anteriores los patronos o patronas cumplirán con los trabajadores y trabajadoras todas las obligaciones derivadas de la relación laboral conforme a esta Ley, e incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal a los trabajadores y trabajadoras tercerizados o tercerizadas, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo.¹⁹

¹⁹ Presidencia de la República. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras..., *ob. cit.*

La anterior enumeración de supuestos en realidad no aporta mayor novedad, pues como se puede observar del estudio realizado supra, sobre la regulación de las relaciones de trabajo triangulares y las relaciones de trabajo disfrazadas, tanto la legislación como la jurisprudencia venían regulando estas situaciones fraudulentas.

La modificación importante recae en que la figura del intermediario, que hasta ahora fue legal, quedó sin efecto. Sin embargo, se mantiene la legalidad del contratista, en términos similares a la LOT, lo que se explicó con anterioridad:

Contratista

Artículo 49. Son contratistas las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargan de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos propios, y con trabajadores y trabajadoras bajo su dependencia.

La contratista no se considerará intermediario o tercerizadora.

Obra inherente o conexas

Artículo 50. A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el o la contratante; y por conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

La responsabilidad del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores contratados y trabajadoras contratadas por subcontratistas, aun en el caso de que el o la contratista no esté autorizado o autorizada para subcontratar; y los trabajadores o trabajadoras referidos o referidas gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados y trabajadoras empleadas en la obra o servicio.

Cuando un o una contratista realice habitualmente obras o servicios para una entidad de trabajo en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la entidad de trabajo que se beneficie con ella.

Si se determina que la contratación de obras o servicios inherentes o conexos sirve al propósito de simular la relación laboral y cometer fraude a esta Ley, se considerará tercerización.²⁰

Al igual que en la LOT, en la LOTT, el contratante no es solidariamente responsable con el contratista, frente al trabajador, siempre que la actividad del contratista no sea inherente o conexas a la actividad de la contratante, y siempre que esta última no constituya su mayor fuente de lucro.

²⁰ Congreso de la República de Venezuela. Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo ..., *ob. cit.*

Es importante destacar que en la LOTTT se suprimió la presunción *iuris et de iure* según la cual “las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos se presumirán inherentes o conexas con la actividad del patrono beneficiario” (artículo 55 LOT), en este sentido, la contratante y la contratista siempre eran solidariamente responsables frente al trabajador. Como corolario, tenemos que en la nueva LOTTT tal responsabilidad solidaria ya no puede exigirse, lo que favorece empresas del Estado, quienes son las principales explotadoras mineras y de hidrocarburos.

Finalmente, en las disposiciones transitorias de la LOTTT se encuentra una especie de permiso para incurrir en situaciones dolosas, pues se confiere un lapso de tres años para que los patronos incursos en la norma que prohíbe la tercerización, se ajusten a ella, e incorporaren a la nómina de la contratante principal los trabajadores tercerizados (Disposición Transitoria Primera).

Esta *vacatio legis* ha debido disponerse sólo para el caso de los intermediarios que hasta el momento de la promulgación de la LOTTT se encontraron ajustados a derecho, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la LOT, que sería el supuesto contemplado en el numeral 1 del artículo 48 de la LOTTT, pues el resto de los supuestos si constituyen situaciones verdaderamente dolosas que no eran aceptadas antes de la LOTTT.

III. REFLEXIÓN FINAL

Entonces bien, el tema de las relaciones de trabajo triangulares fraudulentas y las relaciones de trabajo bilaterales encubiertas, debe ser profundizado en Venezuela, pues en la nueva LOTTT se tuvo la oportunidad de regular el fondo del asunto, son trabajadores que prestan sus servicios en situación de desprotección, en condiciones de trabajo precarias, que ameritan mayor regulación, supervisión y fiscalización.

Finalmente, en el mundo del trabajo se está produciendo importantes cambios, por la crisis económica actual, el apresurado avance tecnológico, el crecimiento del sector terciario (servicios), dando lugar a nuevas formas de trabajo que no encuadran en la definición tradicional de relación de trabajo, pero que no necesariamente son fraudulentas, lo que dificulta tener claridad sobre la situación laboral de estos trabajadores, quedando excluidos del ámbito de protección que ofrece la legislación laboral, en consecuencia, los cuerpos normativos, más que definir los tipos de relaciones de trabajo deben encaminarse a procurar minimizar la condiciones precarias de los trabajadores y propender al reconocimiento progresivo de sus derechos laborales, atendiendo a la forma de la relación laboral.

La suspensión de la relación de trabajo en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras

Flavia Ysabel Zarins Wilding¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Definición y notas características. III. Suspensiones de la relación de trabajo: 3.1. Enunciación legal taxativa o enunciativa. 3.2. Causas de suspensión: a) incapacidad temporal; b) licencia de maternidad y de paternidad; c) servicio civil y militar; d) conflicto colectivo; e) privación de libertad; f) cuidado de pariente cercano y la licencia para estudios; g) caso fortuito y fuerza mayor; h) amarre temporal de buque; i) circunstancias económicas; j) medida disciplinaria de suspensión 3.3. Diferencias entre la suspensión de la relación del trabajo y la interrupción colectiva de labores. IV. Efectos de la suspensión de la relación de trabajo: 4.1. Suspensión de las obligaciones fundamentales del contrato de trabajo. 4.2. Cómputo del tiempo de suspensión en la antigüedad del trabajador. 4.3. Obligaciones que deben cumplirse durante la suspensión. V. La Reincorporación al trabajo. VI. Conclusiones

¹ Abogado (1998), Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Procesal Civil, Universidad Católica Andrés Bello (pendiente la presentación de trabajo de grado). Profesora de Derecho del Trabajo I en la Universidad Católica Andrés Bello desde el año 2010. Jefe de Cátedra de Derecho del Trabajo I de la Universidad Católica Andrés Bello desde el año 2012.

A los fines del presente artículo serán utilizadas las siguientes abreviaciones. LOTT: Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, LOT: Ley Orgánica del Trabajo 1990; RLOT: Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo; LAT: Ley de Alimentación para los Trabajadores; CC: Código Civil, MPPTSS: Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social; INPSASEL: Instituto Nacional de Prevención Salud y Seguridad Laborales; LOPCYMAT: Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. LOPE: Ley Orgánica de Procesos Electorales. LCAM: Ley de Conscripción y Alistamiento Militar. LPFMP: Ley para protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad.

I. INTRODUCCIÓN

La suspensión de la relación de trabajo constituye un mecanismo protector del empleo ante supuestos de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de las obligaciones fundamentales que derivan del contrato de trabajo. La figura tiene por finalidad evitar la extinción del contrato ante situaciones transitorias o temporales en las que se ve impedida la prestación efectiva de trabajo.

Esta situación atípica de cesación temporal de la relación de trabajo deviene de circunstancias extraordinarias que alteran la ejecución del contrato de trabajo y generan una dificultad extrema para cumplir las obligaciones pactadas en el marco de una relación laboral.

Con la entrada en vigencia de la LOTTT se introdujo modificaciones importantes al régimen de la suspensión de la relación de trabajo que ameritan un estudio particular. Así tenemos, nuevas causas de suspensión de la relación de trabajo tales como el cumplimiento del deber constitucional de prestar servicio civil y el permiso para el cuidado del cónyuge, ascendientes y descendientes en caso de necesidad.

Igualmente, se reconoce el tiempo de suspensión de la relación de trabajo como parte del cómputo de la antigüedad del trabajador y se exige la autorización previa del Inspector del Trabajo cuando la causa de la suspensión sea el caso fortuito o fuerza mayor. Éstas y otras modificaciones serán objeto del presente estudio, el cual tiene por intención el análisis del régimen de la suspensión de la relación de trabajo con ocasión de la entrada en vigencia de la LOTTT.

II. DEFINICIÓN Y NOTAS CARACTERÍSTICAS

La suspensión de la relación de trabajo se produce cuando se verifican determinadas circunstancias que afectan el normal desenvolvimiento de la relación contractual de trabajo y genera una cesación temporal del contrato de trabajo.

Esta figura se caracteriza por su naturaleza temporal, en ocasiones con una duración predeterminada por Ley o por las partes, como sería el caso de la licencia de maternidad o el supuesto de licencia concedida al trabajador para realizar estudios, y en otros casos con una duración indeterminada pero limitada en el tiempo, como lo sería el caso fortuito o fuerza mayor, el cual en principio no se conoce su momento de culminación pero que por la Ley no puede exceder de sesenta (60) días.

Como lo señala Alfredo Montoya, la suspensión del contrato de trabajo “supone la cesación temporal de las prestaciones básicas de ambas partes de la relación jurídica. En cuanto temporal, la suspensión se opone a la extinción del contrato, que es definitiva; en cuanto que cesan las prestaciones del trabajador y del empresario, se diferencia de la mera interrupción retribuida del trabajo.”²

La suspensión hace referencia a circunstancias específicas que determinan la imposibilidad de cumplimiento del contrato de trabajo con un carácter específicamente temporal, pues de perdurar en el tiempo dejarían de constituir causas de suspensión para generar la extinción del vínculo laboral.

De esta forma, podemos definir la suspensión de la relación de trabajo como aquella situación extraordinaria en vista de la cual se interrumpe temporalmente el contrato de trabajo y la ejecución de sus prestaciones fundamentales.

De la definición anterior se desprenden los siguientes aspectos que caracterizan la suspensión del contrato de trabajo:

1. *La temporalidad.* El tiempo que dure la suspensión constituye una nota fundamental para distinguir la suspensión de la relación de trabajo de una eventual interrupción colectiva de labores caracterizada por lapsos de paralización breves.
2. *Cesan las prestaciones básicas del contrato de trabajo:* la obligación de prestar los servicios y la obligación de pagar el salario. Sin embargo, dependiendo de la legislación vigente así como del contenido de los acuerdos o convenios individuales o colectivos podrían subsistir algunas prestaciones adicionales durante el período de suspensión.
3. *Continuidad del vínculo laboral.* Una vez cesada la causa que motivó la suspensión de la relación de trabajo, el contrato de trabajo continúa. Ello no obsta para que en determinados casos la suspensión se transforme en una extinción del vínculo laboral por imposibilidad de solventar la situación original que la produjo.

En la medida que la situación particular se caracterice por cada una de las circunstancias descritas estaremos en presencia de una suspensión del contrato de trabajo.

² MONTOKA, Alfredo. *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos, 19º Edición, 1998, p. 430.

III. SUSPENSIONES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

3.1. *Enunciación legal taxativa o enunciativa*

La LOTTT prevé en el artículo 72 de la LOTTT nueve (9) casos de suspensión de la relación de trabajo, algunas relativas a situaciones extraordinarias relacionadas con el trabajador, otras a situaciones ajenas al trabajador y al patrono, y otras generadas por acuerdo entre las partes.

La enunciación hecha por el legislador no es taxativa, pues existen otros supuestos de suspensión de la relación de trabajo no contemplados expresamente en esta disposición legal. Así tenemos, la suspensión prevista en el artículo 263 de la LOTTT por efectos del amarre temporal de un buque.

Este criterio es compartido por el reconocido autor Napoleón Goizueta, en su artículo “De la Relación de Trabajo”, cuando afirma expresamente:

“Sobre este particular, pensamos que existen razones para acoger el principio de que la enumeración tiene carácter enunciativo y que, en consecuencia, en situaciones similares a las contenidas en la Ley, estaríamos en presencia de esta figura de la suspensión.”³

Ciertamente, las causas de la suspensión de la relación de trabajo no pueden limitarse a un listado de hechos predeterminados, pues la complejidad de las relaciones contractuales conlleva necesariamente al reconocimiento de situaciones similares que en determinadas circunstancias impiden el cumplimiento de la ejecución del contrato de trabajo.

Prueba de lo anterior es que la misma LOTTT ha introducido nuevas causas de suspensión de la relación de trabajo tales como el permiso otorgado para el cuidado de un pariente cercano. Obviamente, aún bajo la vigencia de la LOT derogada si las partes acordaban la suspensión de la relación de trabajo para el cuidado de un pariente cercano, dicha suspensión operaba aún cuando no estuviera prevista en la Ley.

De otra parte tenemos, por ejemplo, que la falta de pago continuada y reiterada en el tiempo de una entidad de trabajo beneficiaria de una obra podría genera la imposibilidad absoluta para la contratista de cumplir temporalmente con las obligaciones asumidas en los contratos de trabajo celebrados con sus trabajadores. En este supuesto, el patrono se ve impedido de continuar con la obra y en consecuencia de cumplir con las obligaciones asumidas frente a sus trabajadores, salvo que la falta de pago se deba a un incumplimiento por parte de la empresa contratista o a su propia negligencia.

³ GOIZUETA, Napoleón. *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento*, Barquisimeto, Librería Rincón, 4ta Edición, 2007, p. 87.

cia, supuesto ante el cual consideramos que no es posible invocar una causa ajena a la voluntad de las partes para dar cumplimiento con sus obligaciones.

En todo caso, será preciso analizar el supuesto en concreto, para determinar si efectivamente la imposibilidad es absoluta, sobrevenida, imprevisible, no pudo ser evitada y no haya culpa de la contratista en la cadena de los acontecimientos. Sólo así consideramos que la falta reiterada en el pago puede conllevar a la suspensión de la relación de trabajo e incluso a su extinción, en caso que el patrono no pueda asumir el riesgo en el tiempo y no pueda solventarse la situación en un período prudencial.

Situaciones como las anteriores, así como otras de orden económico, tecnológico u organizativo pueden dar lugar a la suspensión de la relación de trabajo, situaciones las cuales han sido incluidas por algunos autores dentro de la clasificación del caso fortuito o fuerza mayor, y por otros asignadas a una clasificación independiente, y a las cuales haremos referencia posteriormente.

3.2. Causas de suspensión

a) Incapacidad temporal

De acuerdo con los literales a) y b) del artículo 72 de la LOTTT la incapacidad temporal generada por una enfermedad o accidente de origen ocupacional o común genera la suspensión de la relación de trabajo hasta por 12 meses. Nótese en este sentido, que el origen de la enfermedad o del accidente puede ser común u ocupacional, generando en ambos casos una cesación temporal de la relación de trabajo.

La incapacidad debe ser temporal, pues de ser permanente generaría la extinción de la relación de trabajo por causa ajena a la voluntad de las partes en conformidad con lo previsto en el artículo 76 de la LOTTT y los artículos 35 y 39 del RLOT. Ciertamente, el legislador prevé como causa de extinción de la relación de trabajo las causas ajenas a la voluntad de las partes, entre las cuales el reglamentista incluye “*La incapacidad o inhabilitación permanente del trabajador o trabajadora para la ejecución de sus funciones*” (literal b del artículo 39 RLOT).

En el caso de la incapacidad temporal derivada de una enfermedad o accidente ocupacional los 12 meses previstos de suspensión pueden prorrogarse por 12 meses adicionales conforme lo indica el artículo 79 de la LOPCYMAT, siempre y cuando exista criterio favorable de recuperación por parte del INPSASEL. En este sentido, la suspensión de la relación de trabajo por esta causa puede durar hasta 2 años.

Concluidos los 12 meses adicionales, el trabajador pasará a una de las categorías de discapacidad señaladas por la Ley: (i) discapacidad parcial permanente, (ii) discapacidad total permanente para el trabajo habitual, (iii) discapacidad absoluta permanente para cualquier tipo de actividad laboral o (iv) gran discapacidad. Sin embargo, si el trabajador se ve impedido de reintegrarse a sus labores, la relación de trabajo se extinguirá por causa ajena a la voluntad de las partes.

b) Licencia de maternidad y de paternidad

El literal c) del artículo 72 de la LOTTT establece como causa de suspensión la licencia o permiso por maternidad o paternidad, término más amplio que el descanso pre y post natal previsto en la LOT.

Anteriormente, el descanso por adopción se encontraba regulado en el artículo 387 de la LOT y la licencia de paternidad en la LPFMP que regula la materia, más no estaban incluidos de manera expresa en las causas de suspensión de la relación de trabajo. El legislador realizó un esfuerzo en recoger en una misma norma estas causas de suspensión, más omitió incluir otros como la suspensión de la relación de trabajo por el amarre temporal de un buque previsto actualmente en el artículo 263 de la LOTTT.

La suspensión por descanso pre y post natal tendrá una duración de veintiséis (26) semanas, seis (6) semanas antes del parto y veinte (20) semanas después, o por un tiempo mayor si una enfermedad certificada por un dictamen médico lo indique. Adicionalmente, si el parto sobreviniera después de la fecha prevista el descanso prenatal se extenderá, sin que pueda reducirse la duración del descanso postnatal.

La suspensión de la relación de una trabajadora por descanso por adopción de un niño o niña menor de tres (3) años tendrá una duración de veintiséis (26) semanas contadas a partir de la fecha en que le sea concedida la colocación familiar, conforme lo previsto en el artículo 340 de la LOTTT.

Por su parte, la suspensión por licencia de paternidad tendrá una duración de catorce (14) días continuos a partir del nacimiento del hijo o a partir de la fecha en que sea dado o dada en colocación familiar. El artículo 339 de la LOTTT reconoció legalmente la licencia de paternidad que anteriormente sólo se encontraba regulada en la LPFMP.

c) Servicio civil y militar

La LOT preveía como causa de suspensión de la relación de trabajo el servicio militar obligatorio. Tomando en cuenta que la LCAM aún cuando

mantiene el deber de prestar el servicio militar en la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, eliminó el reclutamiento forzoso, la LOTTT modificó la redacción de esta causa de suspensión, haciendo referencia al cumplimiento del deber de prestar servicio civil o militar (literal d del artículo 72 de la LOTTT). De esta forma se amplía la causa de suspensión para incluir aquellos casos en que el ciudadano es llamado para prestar servicio civil como en el caso de los electores seleccionados para prestar el servicio electoral obligatorio⁴.

En estos supuestos la suspensión de la relación de trabajo se mantendrá por el tiempo previsto para cumplir con el deber constitucional de prestar servicio civil o militar.

d) Conflicto colectivo

El literal e) del artículo 72 de la LOTTT prevé el conflicto colectivo declarado de conformidad con la Ley como una causa de suspensión de la relación de trabajo. De ahí la necesidad que se verifiquen los requisitos de la huelga previstos en el artículo 487 de la LOTTT para que se consideren suspendidas las relaciones de trabajo respectivas: (i) que haya sido presentado un pliego de peticiones conforme a la Ley, (ii) que hayan sido fijados los servicios mínimos indispensables y los servicios público esenciales que no serán afectados por la paralización de labores, y (iii) que hayan transcurrido al menos ciento 120 horas desde el momento de la admisión del pliego de peticiones.

e) Privación de libertad

Anteriormente, la LOT preveía como causa de suspensión de la relación de trabajo la detención preventiva a los fines de la averiguación judicial o policial. La LOTTT redefinió esta causa de suspensión a la privación de libertad en el proceso penal, siempre y cuando no resulte en sentencia condenatoria (literal f del artículo 72 de la LOTTT).

La intención del legislador es proteger al trabajador que resulte injustamente privado de su libertad y evitar que, una vez obtenida la sentencia absolutoria no disponga de su empleo.

f) Cuidado del pariente cercano y la licencia para estudios

El artículo 72 de la LOTTT, en los literales g) y h), prevé dos (2) causas de suspensión de la relación de trabajo que tienen origen en el acuerdo de las partes. La primera referida al permiso otorgado para el cuidado del cónyuge o la cónyuge, ascendientes y descendientes hasta el primer grado de consanguinidad en caso de necesidad y por el tiempo acordado entre

⁴ Artículo 98 y 113 de la LOPE.

las partes. La segunda relacionada con la licencia concedida al trabajador por el patrono para realizar estudios o para otras finalidades de su interés.

En ambos casos priva un acuerdo entre las partes para suspender la relación de trabajo. Sin embargo, consideramos que resultaba más atinado incluir una sola causa de suspensión referida al mutuo acuerdo de las partes como lo preveía el RLOT de 1999. Lo anterior, porque debería corresponder a las partes determinar libremente si suspenden una relación de trabajo sin que pueda limitarse únicamente a los dos supuestos previstos en la Ley.

Piénsese por ejemplo en el permiso otorgado por el patrono para que el trabajador cuide a un familiar no tan cercano cuando éste no tenga más familiares que puedan hacerlo. Nadie podría cuestionar una suspensión de la relación de trabajo de esta naturaleza. De allí que insistimos en que las causas de suspensión son meramente enunciativas, máxime cuando su finalidad es evitar la terminación de la relación de trabajo procurando la estabilidad en el empleo.

g) Caso fortuito y fuerza mayor

La legislación venezolana reconoce el caso fortuito y la fuerza mayor como causa eximente de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales propias del derecho común, así como causa de suspensión e incluso extinción de la relación de trabajo. No obstante, ni el derecho común, ni la LOTTT o el RLOT definen su alcance, motivo por cual debemos acudir a lo señalado por la jurisprudencia y la doctrina.

Mario De La Cueva, citando a Adrien Sachet, en su obra “El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo” distingue la fuerza mayor del caso fortuito en los términos siguientes:

“La fuerza mayor es un fenómeno físico o social –inundación o terremoto, guerra civil o bandidaje– por lo tanto, un hecho totalmente desligado de la empresa, en tanto que el caso fortuito es un acontecimiento que si bien escapa a la previsión humana, tiene su causa en el funcionamiento mismo de la explotación, es, para decirlo así, la falta objetiva de la técnica.”⁵

De acuerdo con el citado autor, el caso fortuito incluiría aquellos acontecimientos cuya causa estribe en el funcionamiento de la empresa, como podría ser, circunstancias de orden técnico, financiero o de logística, mientras que la fuerza mayor está referida a un fenómeno físico o social.

⁵ DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo II, México, Editorial Porrúa, Edición 13, 2005, p. 557.

Para otros autores, el caso fortuito guarda mayor relación con los hechos de la naturaleza, mientras que la fuerza mayor se origina de hechos lícitos o ilícitos del hombre. José Melich Orsini en su obra “Doctrina General del Contrato” señala que “*con la expresión caso fortuito se busca hacer resaltar al carácter imprevisible del acontecimiento, en tanto que la fuerza mayor subrayaría el hecho de la coacción ejercida sobre el deudor y que le ha hecho irresistible el impedimento*”.⁶

No existe un acuerdo absoluto sobre la distinción que hay entre el caso fortuito y la fuerza mayor, o si se trata de términos indistintos, al punto de encontrar criterios diferenciadores en cuanto a la causa del hecho impositivo, al resultado del evento en cuanto incide sobre la prestación o sobre el deudor, a la mayor o menor inevitabilidad del acontecimiento, según el suceso sea interno o externo al círculo de riesgo del deudor, e incluso según la gravedad del suceso.

La jurisprudencia alemana, por ejemplo, acoge mayoritariamente la teoría de distinción entre caso fortuito y fuerza mayor según el suceso sea interno externo al círculo del deudor, asumiendo que los acontecimientos que configuran un caso fortuito provienen de la actividad empresarial en tanto que la fuerza mayor deriva de un suceso extraño o ajeno al círculo de actividad.⁷

En la actualidad ambas expresiones son utilizadas en la mayor parte de los casos como sinónimas, queriendo hacer referencia a los acontecimientos que impiden el cumplimiento de la obligación y que generalmente no pueden preverse.

El CC establece la causa extraña no imputable como causa de inejecución de la obligación y eximente de responsabilidad (artículo 1.271). De hecho hace referencia indistinta al caso fortuito y a la fuerza mayor en el artículo 1.272 del CC al señalar:

“El deudor no está obligado a pagar los 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.”

Es decir, en ambos casos, ya sea caso fortuito o fuerza mayor, la consecuencia es la misma, una eximente de responsabilidad frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales.

⁶ MÉLICH, Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*, Caracas, 4ta Edición, 2006, p. 504-505.

⁷ FERNÁNDEZ, José. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1993, p. 94.

Coincidimos en este sentido con Alberto Martini Urdaneta⁸, al sostener que son cinco (5) las condiciones indispensables para que se verifique un caso fortuito o fuerza mayor y que al fallar alguna de ellas estaría en presencia de cualquier otra situación jurídica distinta a aquellas. Estos requisitos indispensables son los siguientes:

1. Imposibilidad absoluta de cumplir con la obligación (en el supuesto de la suspensión del contrato de trabajo esa imposibilidad es temporal)
2. Que la imposibilidad sea sobrevenida al contrato
3. Que el hecho acaecido y determinante de la situación sea imprevisible
4. Que el hecho imprevisible una vez ocurrido no pueda ser evitado
5. Que no haya habido culpa del deudor en toda la cadena o sucesión de hechos que determinan el incumplimiento del contrato

El artículo 72, literal i) de la LOTTT prevé el caso fortuito o fuerza mayor como causa de suspensión de la relación de trabajo cuando tenga como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la suspensión temporal de las labores. En este caso la LOTTT incluyó la necesidad de la previa autorización de Inspectoría del Trabajo dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la ocurrencia de los hechos que ameritan la suspensión.

A nuestro modo de ver, carece de sentido pretender que cuando exista una situación extraordinaria de incendio, terremoto, caso fortuito o fuerza mayor deba solicitarse la autorización del organismo administrativo para validar la causa de suspensión de la relación laboral.

Lo anterior, tomando en cuenta que siempre existiría la posibilidad de un control judicial o administrativo posterior en el supuesto que el trabajador, frente a un caso fortuito o fuerza mayor, considere que en realidad lo que existe es un fraude y no un hecho impeditivo de cumplimiento del contrato de trabajo.

La LOTTT al establecer la necesidad de la autorización previa de la Inspectoría del Trabajo quiso evitar situaciones como las producidas durante el “paro cívico” que ocasionó la paralización de un sector de empresas y establecimientos a partir del 2 de diciembre de 2002 y que originó una posición controversial del MPPTSS al exigir el trámite del procedimiento previsto para la modificación de las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de circunstancias económicas que pongan en peligro la actividad o

⁸ MARTINI, Alberto. *Suspensión del Contrato de Trabajo*, Caracas, Ediciones Garrido, 2da edición, 1995, p. 180.

la existencia misma de la empresa, a los fines de aplicar la suspensión de la relación de trabajo por caso fortuito y fuerza mayor.

En este sentido, el MPPTSS sostuvo en Dictamen N° 1 del año 2003 que “la invocación de la fuerza mayor por parte del empleador no puede dar lugar a la imposición de la suspensión de la relación de trabajo”. Así mismo señaló que “si la supuesta fuerza mayor provoca efectivamente una dificultad económica en el empleador, que pudiera dar lugar a la suspensión de la relación de trabajo, ello deberá ser obligatoriamente tramitado mediante el procedimiento previsto en el artículo 525 de la Ley Orgánica del Trabajo y 69 y siguientes de su Reglamento”.

De acuerdo con el MPPTSS la suspensión de la relación de trabajo por caso fortuito o fuerza mayor no operaría de pleno derecho, sino que sería necesaria la introducción por parte del patrono de un pliego de peticiones, y la necesaria negociación con la organización sindical respectiva de acuerdo al procedimiento previsto para los casos de pliegos patronales.

De igual forma, sostuvo el MPPTSS en Dictamen N° 72 del año 2002 que “los patronos que en razón de circunstancias económicas, de progreso o tecnológicas, que pongan en peligro la actividad o la existencia misma de la empresa, pueden plantear un conflicto colectivo de trabajo ante el Inspector del Trabajo de la jurisdicción, lo que podría conllevar a la suspensión colectiva de labores con el objeto de superar la situación de crisis económica planteada, siempre y cuando esta suspensión de labores haya sido acordada por unanimidad por la Junta de Conciliación”.

La tendencia del MPPTSS en referencia es considerar que la suspensión de la relación de trabajo debe ser acordada con la organización sindical, sin que sea posible aplicarla sin un procedimiento previo sustanciado ante la Inspectoría del Trabajo.

La LOTTT prevé la necesidad de solicitar la autorización de parte de la Inspectoría del Trabajo para darle efectividad a la suspensión de la relación de trabajo, más no establece un proceso de negociación con la organización sindical para su aplicación, ni un período de consultas previas, último supuesto que es el caso de otras legislaciones como la española.

Tal como lo señalan Manuel Palomeque y Manuel Álvarez, la fuerza mayor y causas económicas o tecnológicas “son dos causas de suspensión diferenciadas que requieren ambas no sólo la existencia del hecho obstativo (fuerza mayor; imposibilidad o excesiva onerosidad que nace de motivos económicos, técnicos, de organización o de producción), sino que también

precisan de su constatación por la autoridad laboral que habrá de instruir el correspondiente expediente administrativo prácticamente igual que para las correlativas causas de extinción por fuerza mayor o por razones económicas o tecnológicas (art. 45.1, i y j. LET y 20 RD 43/1996; el período de consulta se reduce a quince días y habrá de acreditarse necesariamente el carácter coyuntural de la situación de la empresa)”⁹

De esta forma, la legislación española prevé la necesidad de solicitar autorización de la autoridad laboral a los efectos de suspender los contratos de trabajo por caso fortuito y fuerza mayor. El procedimiento conlleva un período de consultas con los representantes legales y sindicales de los trabajadores quienes tendrán acceso a la documentación necesaria para acreditar las causas y justificar las medidas que serán adoptadas. La autoridad laboral debe verificar o constatar la existencia de la fuerza mayor para luego autorizar la suspensión de los contratos.

En relación con el tiempo que puede durar una suspensión de la relación de trabajo por caso fortuito y fuerza mayor la LOTTT prevé que no podrá exceder de sesenta (60) días. Ello constituye una limitación incorporada por esta Ley, pues anteriormente la suspensión de la relación de trabajo podía durar más de dicho lapso. Lo que ocurría es que de exceder los sesenta (60) días los trabajadores afectados o trabajadoras afectadas podrán retirarse justificadamente, con lo cual sus efectos patrimoniales se equiparaban a los del despido injustificado.

En nuestra opinión, limitar la suspensión de la relación de trabajo a sesenta (60) días propicia la extinción de la relación de trabajo, cuando lo cierto es, que la causa que origina la suspensión podría extinguirse y permitir la reanudación de las actividades y la preservación del empleo. En este sentido, parecía más ajustada la regulación anterior que permitía la suspensión de la relación de trabajo por el tiempo que dure el caso fortuito y fuerza mayor, y permitía que luego de sesenta (60) días el trabajador terminara justificadamente la relación o esperar que la causa de suspensión terminara para reanudar sus labores.

h) Amarre temporal de buque

Conforme lo prevé el artículo 263 de la LOTTT el amarre temporal de un buque constituye una causa de suspensión de la relación de trabajo que no está prevista dentro de las causas indicadas en el artículo 72 de la misma

⁹ PALOMEQUE, Manuel. *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, Decimocuarta edición, 2006, p. 696.

Ley, sino que se encuentra dentro del capítulo relativo al régimen especial del trabajo en la navegación marítima, fluvial y lacustre.

En este sentido, prevé el legislador que el amarre temporal de un buque no produce la terminación de la relación de trabajo, sino que sólo suspende sus efectos hasta que el buque vuelva al servicio, salvo por lo que respecta a su antigüedad que se mantiene inalterada.

i) Circunstancias económicas

En relación con la posibilidad de considerar circunstancias económicas, técnicas, financieras o de logística como supuestos de un caso fortuito o fuerza mayor tenemos que algunos autores admiten esta posibilidad. En este sentido, Rafael Caldera, haciendo referencia a los supuestos de suspensión de la relación de trabajo señala:

“Con frecuencia, se incluyen hechos de fuerza mayor cuya consecuencia no es la inasistencia de un trabajador a sus faenas, sino la paralización total o parcial de la empresa: tales como los de falta, no imputable al patrono, de materia prima; falta de fondos e imposibilidad de obtenerlos; exceso de producción; otros hechos de fuerza mayor o caso fortuito no imputables al patrono.”¹⁰

En algunas legislaciones como la española y la mexicana, las circunstancias económicas y tecnológicas constituyen una causa de suspensión de la relación de trabajo distinta e independiente de la fuerza mayor y del caso fortuito.

Así tenemos, que el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores español, apartados i) y j) prevé la “fuerza mayor temporal” y las “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, como causas de suspensión del contrato de trabajo¹¹.

El texto estatutario no define qué debe entenderse por causa económica, técnica, organizativa o de producción, sin embargo, María Luisa Rodríguez Copé afirma que “La causa económica existirá cuando se dé una situación de crisis, dificultad de desarrollo o de desequilibrio en la cuenta de resultados de la empresa, como consecuencia de problemas de financiación, disminución de pedidos, anulación o pérdidas de encargos y contratos con empresas clientes, etc.”¹²

¹⁰ CALDERA, Rafael. *Derecho del Trabajo*, Argentina, Tomo I, 2da Edición, Editorial El Ateneo, 1960, p. 324.

¹¹ VALVERDE, Antonio. et al. *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos, Décimo Quinta Edición, 2006, p. 691.

¹² RODRÍGUEZ, María. *La Suspensión del Contrato de Trabajo*, Madrid, Lerko Print S.A., 2004, p. 264.

Cabe citar en este sentido a Mario Ackerman, al referirse a las causas económicas como causal de suspensión de la relación de trabajo:

“En términos generales, la expresión “causas económicas” engloba un amplio espectro de circunstancias vinculadas a la actividad de la empresa, ya sea que ésta se vea obligada a adoptar medidas para paliar dificultades, ya sea que deba resolver aspectos estructurales o funcionales; los que generalmente repercuten en el área laboral.”¹³

De otra parte, haciendo referencia a la similitud entre la fuerza mayor y las causas técnicas, organizativas y de producción como supuestos tasados en el ordenamiento jurídico español de suspensión contractual laboral, la autora María Luisa Rodríguez Copé afirma que “la conexión que entre estas dos causas existe está en que, tanto el supuesto típico de imposibilidad sobrevenida (fuerza mayor) como los motivos que producen una excesiva onerosidad para el empresario en el cumplimiento de su prestación salarial (causas económicas, técnicas...), producirán efectos suspensivos si las partes interesadas se atienen a un similar procedimiento prefijado estatutariamente. Sin embargo, uno de los aspectos que mejor muestra las similitudes entre las dos causas es que ambas, a diferencia de lo que ocurre con casi la totalidad de los supuestos del artículo 45, suponen una imposibilidad de prestar trabajo, no referible a la persona del trabajador, sino al empresario, o lo que es igual al funcionamiento de la empresa”.¹⁴

Tal como lo hemos señalado, la LOTTT prevé una serie de acontecimientos que causan una suspensión de la relación de trabajo, más no tasa expresamente las causas económicas o tecnológicas como uno de ellos.

Sin embargo, consideramos que ello no es óbice para sostener que efectivamente si la empresa se encuentra en una situación económica adversa que ponga en peligro su actividad se podría verificar una suspensión de la relación de trabajo por el tiempo y la situación coyuntural en la que se encuentra la empresa. En efecto, circunstancias financieras particulares pueden dar lugar a una causa que justifique la imposibilidad temporal de dar cumplimiento a la obligación contractual.

Adicionalmente, las situaciones tecnológicas, organizativas y de producción pueden determinar la necesidad de paralizar temporalmente el volumen de empleo de una compañía. Así tenemos, por ejemplo, cuando

¹³ ACKERMAN, Mario. *Tratado de Derecho de Trabajo*, Tomo IV, Buenos Aires, Culzone Editores, p. 15.

¹⁴ RODRÍGUEZ, María. *La Suspensión del Contrato de Trabajo*, Lerko Print. S.A. Madrid, 2004, p. 255-256.

existe la necesidad de reestructurar la empresa para la continuación de su funcionamiento, reordenar los recursos materiales o humanos de una compañía para mejorar la competitividad, o frente a una disminución de la producción ya sea por falta de demanda, falta de insumos, o pérdida de contrataciones, entre otros.

Nótese que estas situaciones pueden asimilarse a un caso fortuito o fuerza mayor en la medida que se cumpla con los cinco (5) requisitos indispensables a los cuales nos referimos al analizar la causa de suspensión de caso fortuito y fuerza mayor. No obstante, no siempre se configuran los cinco (5) requisitos de existencia del caso fortuito o fuerza mayor cuando se trata de circunstancias técnicas o económicas, piénsese en la reorganización de los recursos humanos para mejorar la competitividad, situación ante la cual es difícil argumentar que la situación no podía ser prevista o evitada.

Particularmente consideramos que las circunstancias económicas, tecnológicas y organizativas son susceptibles de generar la suspensión del contrato de trabajo individual o colectivo en determinadas ocasiones e incluso conllevar a la extinción del mismo.

En todo caso, ya sea que se considere que las circunstancias técnicas y económicas forman parte de la definición de un caso fortuito o fuerza mayor a tenor de la posición de algunos autores en la materia, o que constituye un supuesto distinto, igualmente constituye una causa extraña no imputable que debe considerarse como causal de suspensión de la relación de trabajo. Lo anterior, tomando en consideración que el artículo 72 de la LOTTT no establece causales taxativas sino meramente enunciativas de los supuestos de suspensión de la relación de trabajo y que la intención fundamental de la figura es evitar la terminación de la relación de trabajo y preservar el empleo.

j) Medida disciplinaria de suspensión

El artículo 39 del RLOT del año 1999 preveía como supuestos adicionales de suspensión de la relación de trabajo el mutuo acuerdo y la medida disciplinaria adoptada por el empleador. El reglamentista establecía ciertos requisitos para que la medida disciplinaria constituyera una causa de suspensión, a saber:

- ▶ Que no excediere de 15 días continuos
- ▶ Estuviere prevista en la convención colectiva, acuerdo colectivo o reglamento interno de la empresa
- ▶ Se fundamentara en una conducta imputable al trabajador como causa justificada de despido

- ▶ Fuere debidamente notificada por escrito, antes de transcurrir 30 días continuos contados desde aquél en que el patrono haya tenido o haya debido tener conocimiento del hecho que justifique aplicar la medida
- ▶ Se garantice al trabajador el derecho a la defensa

Esta norma fue eliminada por el RLOT de 2006 motivo por el cual una corriente doctrinaria sostiene que ya no es posible suspender disciplinariamente a un trabajador.

Actualmente, la LOTTT no hace referencia a la posibilidad de aplicar una medida disciplinaria que suspenda la relación de trabajo, sin embargo, consideramos que dicha posibilidad continúa existiendo, a pesar de no encontrarse expresamente prevista en la Ley, con fundamento en lo siguiente.

A lo largo del presente estudio hemos sostenido que las causas de suspensión de la relación de trabajo previstas en el artículo 72 de la LOTTT no son taxativas sino meramente enunciativas, toda vez que responden a circunstancias temporales extraordinarias que ameritan que la relación de trabajo se interrumpa o cese temporalmente en sus efectos, pero que permiten que la misma se reanude una vez cesada la causa. Se busca con esta figura preservar el empleo.

El propio legislador reconoce que las causas no son taxativas al incorporar nuevas causas de suspensión en el artículo 72 de la LOTTT que anteriormente no se encontraban previstas y al prever otra causa de suspensión como el amarre temporal de un buque en una norma distinta a la mencionada.

De otra parte, la LOTTT me permite despedir justificadamente a un trabajador cuando incurra en alguno de los supuestos legalmente previstos. Si el patrono puede despedir a un trabajador por incurrir en una de las causas justificadas de despido, no encontramos razón alguna para sostener que no pueda suspenderlo temporalmente como una medida disciplinaria en lugar de despedirlo. Esta solución buscaría aplicar una medida disciplinaria menos perjudicial que la del despido.

Se podría sostener que en el marco de la modificación del régimen de estabilidad contenida en la LOTTT y la situación actual de inamovilidad que favorece a la gran parte de los trabajadores del país, el despido justificado en la debe ser validado mayoría de los casos por un organismo administrativo, lo que se contrapondría a la medida disciplinaria que es tomada unilateralmente por el patrono sin que exista una verificación por parte de alguna autoridad gubernamental.

Si bien lo anteriormente señalado es cierto, consideramos que el trabajador siempre tendría posibilidad de objetar la medida disciplinaria de suspensión. Adicionalmente, consideramos que la medida disciplinaria de suspensión tendría que cumplir con ciertos requisitos para considerarse válida, como por ejemplo que garantice el derecho a la defensa del trabajador, se instruya mediante un procedimiento que el trabajador conozca previamente por encontrarse debidamente documentado en el contrato de trabajo, reglamento interno de la entidad de trabajo o la convención colectiva de trabajo, y que se fundare en alguna de las causas que justifiquen legalmente su despido.

Evidentemente, con lo que no podemos estar de acuerdo es que de aplicarse la medida disciplinaria de suspensión de la relación de trabajo, el patrono luego pretenda despedir justificadamente al trabajador por los mismos hechos, pues se estaría sancionando al trabajador dos veces por el mismo hecho, lo cual contraría los principios básicos y constitucionales de las sanciones.

a. Diferencias entre la suspensión de la relación del trabajo y la interrupción colectiva de labores

El RLOT en su artículo 86 introdujo una figura particular referida a la interrupción colectiva de labores entendida como una paralización de breve plazo por causa de fuerza mayor de las actividades ejecutadas en la entidad de trabajo o de una de sus fases productivas.

Establece el artículo 86 del RLOT:

“Por interrupción colectiva del trabajo se entiende la paralización, por causa de fuerza mayor y previsiblemente de breve plazo, de las actividades ejecutadas en la empresa o, por lo menos, de una fase del proceso productivo. El patrono o patrona estará obligado a pagar el salario causado durante el período de interrupción colectiva de las labores y podrá, si lo estimare conveniente, exigir la ejecución del trabajo compensatorio a que se refiere el artículo 203 de la Ley Orgánica del Trabajo.”

El reglamento prevé en estos casos que el patrono está obligado a pagar el salario causado durante el período de interrupción colectiva de labores y podrá, si lo estimare conveniente, exigir la ejecución del trabajo compensatorio a que se refiere el derogado artículo 203 de la LOT, actualmente artículo 181 de la LOTT. De esta forma, la LOTT establece que las recuperaciones de las horas de trabajo no podrán hacerse sino durante un máximo de veinte (20) días cada año y dentro de un plazo razonable y la prolongación de jornada no podrá exceder de una (1) hora diaria para cada trabajador.

Adicionalmente, por el trabajo compensatorio de las horas perdidas, el trabajador percibirá la remuneración ordinaria correspondiente a dichas horas, con lo cual, no sólo recibe el pago del tiempo durante el cual fue interrumpida la labor como una suerte de indemnización, sino adicionalmente el pago de las horas laboradas que posteriormente son recuperadas.

Tal como se observa, la definición legal de la interrupción colectiva de trabajo se asemeja a la suspensión de la relación de trabajo por fuerza mayor en su causa, sin embargo, la interrupción se verifica por un *lapso previsiblemente breve*, mientras que la suspensión, aún cuando existe la expectativa que eventualmente cese y de lugar a la reanudación del contrato de trabajo, no es previsiblemente breve, pues puede ser de hasta sesenta (60) días, motivo por el cual se libera al patrono del cumplimiento del pago del salario.

La interrupción colectiva del trabajo alude a situaciones inmediatas de paralización de corto tiempo, tales como una tormenta cuando las labores se prestan necesariamente al aire libre y no es posible su continuación, la falla mecánica de un avión, respecto a las labores del piloto y sus tripulantes, la falla de una maquinaria específica que interrumpe alguna fase de producción e impide a sus operarios la continuación de sus labores.

Consideramos en este sentido, que el concepto de fuerza mayor como causa de la interrupción colectiva de labores en la legislación venezolana ha sido entendida como inclusive de todas aquellas situaciones que en determinado momento paralizan las actividades de la empresa o una fase operativa de la misma por un lapso previsiblemente breve y que no sean imputables a ninguna de las partes.

Como lo señala Juan José Fernández Domínguez:

“Tal duda tiene su raíz última en la defensa doctrinal de una nítida distinción entre caso fortuito y fuerza mayor que, sin embargo, se entiende superada en las modernas construcciones doctrinales que defienden la categoría de imposibilidad no imputable –y, por tanto, imprevisible– al deudor como solución última a los problemas, muchas veces de forma más que de fondo, a que dicha dualidad conduce; pudiendo entenderse, conforme a lo expuesto, que no importa tanto calificar las interrupciones como casos o como *vis maior*, sino como impedimentos temporales no debidos a culpa o dolo de ninguna de las partes contratantes que no alcanzan la dimensión suspensiva.”¹⁵

De esta forma, la interrupción colectiva de trabajo no incluye situaciones tales como incendios si el evento era previsible o podía haberse evitado si

¹⁵ FERNANDEZ, Juan. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1993, p. 241.

se hubieren adoptado las medidas de prevención exigidas, fallas de maquinarias por falta de mantenimiento patronal, ausencia de materia prima si se debe a negligencia patronal, casos en los cuales, aunque consideramos que el patrono tendría que pagar el salario durante el tiempo de paralización, no podría exigir la compensación de las horas perdidas.

En todo caso, la característica fundamental para determinar si estamos en presencia de una interrupción colectiva de trabajo o una suspensión de la relación de trabajo por caso fortuito o fuerza mayor deviene de la dimensión de la situación, que de ser previsiblemente breve implicará una interrupción, mientras que de no serlo configurará una suspensión. Nótese que el pago del equivalente al salario durante el tiempo que dure la interrupción ayudará en gran medida determinar si estamos en presencia de esta figura o de una suspensión, pues mientras en la interrupción por tratarse de períodos cortos se exige el pago del equivalente al salario, en el caso de la suspensión la situación particular amerita liberar al patrono de dicha carga.

IV. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

4.1. Suspensión de las obligaciones fundamentales del contrato de trabajo

El efecto fundamental de la suspensión de la relación de trabajo es que cesa temporalmente la obligación de cumplir con las prestaciones fundamentales de la relación de trabajo: la prestación del servicio y el pago del salario.

Sin embargo, la LOTTT incorporó una innovación importante cuando la suspensión se origina en una enfermedad o accidente común u ocupacional, en cuyo caso, el patrono pagará al trabajador la diferencia entre el salario devengado y lo que pague el ente correspondiente en materia de seguridad social. Señala igualmente el legislador, que el patrono deberá pagar la totalidad del salario cuando el trabajador no se encuentre afiliado a la seguridad social.

Sobre el particular, consideramos que el monto pagado al trabajador por el patrono en los referidos supuestos no es técnicamente el salario del trabajador sino una suerte de indemnización o prestación, pues el salario se percibe como contraprestación al servicio prestado y en estos casos no existe prestación de servicio. Como señalamos anteriormente, el efecto principal de la suspensión de la relación de trabajo es que cesa la obligación de pagar el salario y de prestar el servicio para el cual fue contratado.

De esta forma, el ente competente en materia de seguridad social paga indemnizaciones a los trabajadores durante el tiempo que dure la suspensión de la relación de trabajo por enfermedad o accidente, pero las

indemnizaciones que paga el referido ente no puede considerarse salario. Lo mismo sucede cuando es el patrono el obligado a pagar la diferencia entre el salario devengado y el monto pagado por la seguridad social, o el monto equivalente al salario íntegro cuando no haya inscrito al trabajador en la seguridad social. Se tratan de indemnizaciones o prestaciones, pero de ninguna manera de salario.

La referida distinción cobra relevancia al tomar en consideración que la LOTTT incorporó el cómputo del tiempo de suspensión de la relación de trabajo en la antigüedad del trabajador, punto que analizaremos a continuación.

4.2. Cómputo del tiempo de suspensión en la antigüedad del trabajador

Una de las innovaciones importantes de la LOTTT en materia de suspensión de la relación de trabajo fue que incorporó el cómputo de la suspensión en la antigüedad del trabajador, sin embargo, no aclara su aplicación en la práctica.

Entendemos por ejemplo que la referida consecuencia tendrá implicación sobre la antigüedad que debe considerarse para que el trabajador tenga derecho a las vacaciones. No obstante, no podría tener efecto sobre el cálculo de la participación en los beneficios de las entidades de trabajo, pues para ello debe tomarse en consideración el total de salarios devengados por el trabajador durante el respectivo ejercicio anual, siendo que, durante el lapso de suspensión de la relación de trabajo, no se devenga salario. Lo mismo sucede cuando la causa de suspensión es la enfermedad o el accidente, pues como lo explicamos en el subcapítulo anterior, lo que percibiría el trabajador sería una indemnización o prestación que no se considera salario.

En el caso de las prestaciones sociales, el cómputo del tiempo de suspensión en la antigüedad del trabajador conlleva a la interrogante respecto a su aplicación, especialmente en el caso de la garantía de prestaciones sociales. Efectivamente, el artículo 142 de la LOTTT prevé: i) la garantía de prestaciones sociales en virtud de la cual el patrono deberá depositar o acreditar en la contabilidad de la entidad de trabajo el equivalente a 15 días cada trimestre, calculado con base en el último salario devengado, ii) el cálculo del retroactivo de prestaciones sociales calculado con base en 30 días por cada año de servicio o fracción superior a los 6 meses calculada al último salario.

Tomando en cuenta que durante la suspensión de la relación de trabajo el trabajador no devenga salario, consideramos que el patrono no tiene obligación de depositar o acreditar los 15 días de garantía de prestaciones sociales durante el tiempo que dure la suspensión. Lo anterior por cuanto la garantía de prestaciones se calcula sobre el último salario devengado. Si

no existe un salario devengado, no existe el supuesto que genera el depósito o la acreditación.

Distinto es el caso del cálculo del retroactivo de prestaciones sociales que debe hacerse al final de la relación de trabajo para determinar el monto más favorable en relación con la garantía de prestaciones sociales que deberá pagarse al trabajador. En el caso del retroactivo, se calculan 30 días por año de servicio o fracción superior a 6 meses al último salario. En este supuesto, los años que se computan incluirán el tiempo de suspensión de la relación de trabajo.

En síntesis, consideramos que la inclusión del tiempo de suspensión de la relación de trabajo en la antigüedad del trabajador tendrá efecto práctico en la medida que el beneficio a considerar no dependa del salario efectivamente devengado por el trabajador.

4.3. Obligaciones que deben cumplirse durante la suspensión

El artículo 73 de la LOTTT prevé que durante la suspensión de la relación de trabajo el patrono deberá continuar cumpliendo con ciertas obligaciones:

Dotación de vivienda y alimentación en cuanto fuere procedente. Con ello se reconoce legalmente la obligación que ya se encontraba prevista en el artículo 34 del RLOT. En este sentido, si el patrono se encuentra obligado legal o convencionalmente a proveer vivienda y alimentación al trabajador, no puede suspender estas obligaciones durante el tiempo que se encuentre interrumpida la relación de trabajo.

Las cotizaciones establecidas por el Sistema de Seguridad Social. En la LOT se hacía referencia al mantenimiento de las prestaciones establecidas por la Seguridad Social. No se hacía referencia a las cotizaciones. En ese sentido, se protegía al trabajador para que continuara percibiendo sus prestaciones o indemnizaciones de parte del ente competente en seguridad social. Actualmente, desconocemos la intención del legislador, pues al hacer referencia a las cotizaciones pareciera que el patrono debe continuar cotizando a la seguridad social, lo cual carece de sentido, pues la cotización se calcula sobre el salario devengado por el trabajador y durante la suspensión no devenga salario.

Las obligaciones convenidas para estos supuestos en las convenciones colectivas. Si la convención colectiva prevé que deben mantenerse ciertas obligaciones durante el lapso de suspensión de la relación de trabajo, el patrono debe cumplir con ello. Consideramos que está demás incluir este supuesto, pues aún cuando no lo estableciera expresamente la Ley, el patrono está obligado a cumplir con lo pactado.

Los casos que por motivo de justicia social establezcan los reglamentos y resoluciones de esta Ley. Actualmente, el RLOT prevé en el artículo 34 el mantenimiento de dotación de vivienda y alimentación en cuanto fuere procedente, obligación ya prevista por la Ley. Entendemos que el legislador quiso dejar abierta la posibilidad que un futuro reglamento o resolución estableciera otras obligaciones.

Prohibición de despido, traslado o desmejora. Durante la suspensión el trabajador goza de inamovilidad por lo que no podrá ser despedido, trasladado ni desmejorado, sin causa justificada debidamente autorizada por la Inspectoría del Trabajo, mediante el procedimiento de Ley.

V. LA REINCORPORACIÓN AL TRABAJO

La suspensión del trabajo es temporal, lo que implica que una vez cesada la causa que dio origen a la suspensión el trabajador deberá reincorporarse al trabajo en las mismas condiciones que existían antes de la ocurrencia de la suspensión, es decir, con el mismo puesto de trabajo, la misma jornada, los mismos beneficios y condiciones laborales. Claro está, que pueden existir circunstancias que impidan que el trabajador se reintegre en las mismas condiciones que tenía con anterioridad.

Este no es el caso que el puesto de trabajo haya sido ocupado por otro trabajador, pues tal como lo prevé el artículo 74 de la LOTT, aún cuando el patrono haya tenido que proveer su vacante temporalmente, el trabajador afectado por la suspensión será reintegrado a su puesto de trabajo al cesar la suspensión.

Nos referimos al caso del trabajador que por accidente o enfermedad resulte discapacitado para desempeñar las funciones inherentes a su puesto de trabajo, u otras circunstancias especiales, que ameriten que el trabajador sea reubicado en un puesto de trabajo adecuado a la nueva situación (artículo 75 de la LOTT).

En relación con la oportunidad en la cual debe reintegrarse el trabajador, el artículo 34 del RLOT establece una distinción dependiendo del supuesto que dio origen a la suspensión, con fundamento en las causas previstas en la LOT. Aplicando esta norma a las causas de suspensión de la relación de trabajo previstas actualmente en la LOTT concluiríamos:

- ▶ Cuando la suspensión tenga origen en (i) enfermedad o accidente común u ocupacional, (ii) licencia de maternidad y paternidad, (iii)

conflicto colectivo, o (iv) caso fortuito o fuerza mayor, el trabajador deberá reintegrarse al día hábil siguiente.

- ▶ Cuando la suspensión tenga origen en la licencia concedida al trabajador para estudios u otras finalidades de su interés, el trabajador deberá reintegrarse el día pactado por las partes, o en su defecto, al día hábil siguiente.
- ▶ Cuando la suspensión tenga origen en (i) el cumplimiento del deber de prestar servicio civil o militar, ó (ii) la detención privativa de libertad en proceso penal siempre que no medie sentencia condenatoria, el trabajador deberá reintegrarse dentro de los 5 días hábiles siguientes.
- ▶ Cuando la suspensión tenga origen en el permiso para el cuidado del cónyuge, ascendientes y descendientes hasta el primer grado de consanguinidad en caso de necesidad, el RLOT no hace referencia a la oportunidad para reintegrarse al trabajo. Consideramos que el trabajador debería reintegrarse el día pactado por las partes, o en su defecto, al día hábil siguiente, aplicando analógicamente lo dispuesto para la licencia otorgada para estudios del trabajador.

VI. CONCLUSIONES

La suspensión de la relación de trabajo supone una situación extraordinaria en vista de la cual se interrumpe temporalmente el contrato de trabajo y la ejecución de sus prestaciones fundamentales. La referida figura se caracteriza por su temporalidad, el cese de las prestaciones básicas derivadas del contrato de trabajo y la continuidad de la relación de trabajo.

La enunciación hecha por el legislador en el artículo 72 de la LOTTT no es taxativa, pues existen otros supuestos de suspensión de la relación de trabajo no contemplados expresamente en esta disposición legal, como lo serían el amarre temporal de un buque, acuerdos entre las partes, medidas disciplinarias y circunstancias económicas, tecnológicas u organizativas que conlleven el cese temporal de las labores.

La LOTTT incorpora modificaciones importantes al régimen de suspensión de la relación de trabajo. Así tenemos, nuevas causas de suspensión y el reconocimiento legal de otras que anteriormente sólo se encontraban previstas en legislación especial. La Ley reconoce el cómputo de la suspensión como parte de la antigüedad del trabajador. De igual forma limita la suspensión por caso fortuito y fuerza mayor a un máximo de 60 días y a la

previa autorización del organismo administrativo correspondiente. Igualmente, garantiza al trabajador afectado de suspensión por enfermedad o accidente recibir de su patrono una parte o el monto total equivalente a su salario, dependiendo del caso.

La característica fundamental para determinar si estamos en presencia de una interrupción colectiva de trabajo o una suspensión de la relación de trabajo por caso fortuito o fuerza mayor deviene de la dimensión de la situación, la cual de ser previsiblemente breve implicará una interrupción, mientras que de no serlo configurará una suspensión.

La suspensión conlleva el cese de las obligaciones fundamentales de la relación de trabajo, como pagar el salario y prestar el servicio, sin embargo, el patrono debe continuar cumpliendo con determinadas obligaciones como la dotación de vivienda y de alimentación si fuere el caso, así como las obligaciones previstas en este sentido en la convención colectiva de trabajo. De otra parte el trabajador estará protegido de inamovilidad durante el tiempo que dure la suspensión.

Dependiendo del origen de la suspensión, una vez que cese la causa el trabajador estará obligado a reincorporarse al trabajo el día hábil siguiente, dentro de los 5 días hábiles siguientes o cuando las partes lo hayan acordado.

La huella del Derecho en la Literatura

Kathleen Barrios¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Una relación sinalagmática: Derecho y Literatura. III. La realidad entre Derecho y la Sociedad. IV. Conclusión. V. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La influencia que ha llegado a tener la literatura en el derecho aporta una elevación sublime en el pensamiento de los estudiantes. Hoy en día múltiples obras estudiadas a lo largo de la carrera de Derecho como: Sócrates, Platón, Aristóteles, Rousseau, Shakespeare, Antígona, Sófocles, Kafka, entre muchos otros, ilustran acerca de la Justicia, el Bien Común, la Seguridad Jurídica, indicios de culpabilidad, capacidad para contratar, las limitaciones de la autonomía de la voluntad de las partes, la necesidad de un debido proceso. Característico de todas estas es mostrar a través de distintas formas el contenido de la jurisdicción “tema decidendum,” es el conflicto con relevancia jurídica que es necesario decidir mediante resoluciones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada. No sólo encontramos estos clásicos autores, ya que en la actualidad abundan lecturas que enfocan los acontecimientos con relevancia histórica que a través de diversos sucesos trajeron como consecuencia la creación de nuevas relaciones internacionales y una modernización tecnológica a la sociedad como: El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial², La caída de las grandes potencias³ donde el autor en su introducción indica “Este libro

¹ Estudiante de tercer año de Derecho de la Universidad Monteávila.

² Escrita por Samuel P. Huntington que es profesor de Ciencias Políticas y director del John M. Olin Institute for Strategic Studies de la Universidad de Harvard. Es autor de libros como *The soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-Military Relations* (1975), *The Common Defense: Strategy Programs in National Politics* (1961), *El orden político en las sociedades en cambio* (1968) o *La tercera ola* (1991).

³ Elaborado por Paul Kennedy historiador especializado en relaciones internacionales y estrategia. Otros textos relacionados: *Hacia el siglo XXI* (1993); *Strategy and Diplomacy 1870 - 1945* (1983); *The realities behind Diplomacy* (1981); *The rise of the anglo - german antagonism* (1980).

se ocupa del poder nacional e internacional en el período “moderno”, es decir, el pos renacimiento. Procura rastrear y explicar cómo han ascendido y caído las diversas grandes potencias, interrelacionadas, durante cinco siglos que van desde la formación de las “nuevas monarquías” de Europa occidental hasta el inicio del sistema de Estados global y transoceánicos” en el mismo hilo encontramos De la Monarquía a la República de Venezuela y La Revolución de 1810⁴ que igualmente se destacan como textos claves que sirven de guía para la formación social y más para el ámbito político, social y económico; alcanzando de esta manera el estudio de las distintas doctrinas mas reconocidas del mundo, la historia, la política y permite al estudiante universitario una formación académica que trasciende la moral y la ética; es a través de esta siembra de conocimientos como la universidad hace referencia al impacto que como futuros abogados podemos llegar a tener dentro de la colectividad en nuestro servicio a la sociedad.

La Universidad Monteávila merece un mérito por su empeño para con los estudiantes de la escuela de Derecho por instruir al estudiante por medio de textos que además de su profundidad filosófica, histórica, política o teológica que alguna de ellas puedan tener, ilustran y señalizan las prioridades y el enfoque que deba seguir el estudiante. No obstante se caracteriza por su carácter humanístico. Sin embargo, no desecha lo respectivo al ámbito científico, ya que el estudiante no debe quedar en la mediocridad.

Lo que se busca con las lecturas antes mencionadas profundización de las realidades en las interacciones humanas que conllevan a la necesidad de crear normas que regulen estas relaciones sociales.

II. UNA RELACIÓN SINAGMÁTICA: DERECHO Y LITERATURA

El derecho tiene una importante presencia en muchos textos literarios, hoy en día, y esto es porque el derecho como lo define el Padre Olaso “es la recta ordenación de la razón mediante un sistema de normas de conducta declaradas obligatorias por la autoridad competente, por considerarlas

⁴ Dos textos escritos por Juan Garrido Roviera explica de forma detallada la lucha por la Independencia de Venezuela y los documentos que le dieron vida, situándonos en los acontecimientos históricos como: Independencia política; especial consagración de la libertad de pensamiento; separación de poderes; sufragio, representación y participación de los ciudadanos en el gobierno; equidad social; consagración y respeto de los derechos y deberes del hombre; limitación y control del poder; igualdad política y civil de los hombres libres; reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas; prohibición del tráfico de esclavos; gobierno popular, responsable y alternativo; autonomía del poder judicial sobre bases morales; la nación por encima de las facciones.

soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”⁵ de allí su importancia. No obstante, la literatura es considerada un arte y utiliza como instrumento la palabra. Y como se ha señalado desde el inicio del artículo puede referirse al conjunto de producciones literarias de una nación, de una época o incluso de un género: la literatura griega o la literatura del siglo XVIII y al conjunto de obras que versan sobre un arte o una ciencia como por ejemplo la literatura médica o literatura jurídica⁶.

De esta forma para demostrar las relaciones sinalagmáticas (recíprocas) será necesario hacer análisis de las diversas lecturas antes mencionadas. Así comenzamos con Critón, es un dialogo escrito en esta ocasión por Platón alrededor del año 356 A.C. Se realiza entre dos personajes; Sócrates y Critón. Conversación a través de la cual Sócrates intenta hacerle entender a Critón la forma de mantenerse ante las leyes sin importar cuán injustas sean y cómo se debe responder a las injusticias que puedan ocurrir; mostrando afecto y respeto hacia las leyes en las que se crió, por ende se rehúsa al plan maestro de fuga de su amigo Critón el cual pretendía incluso comprar la ciudad para que Sócrates se salve de la Ley. En otra época Antígona, escrita en el año 146 A.C. por Sófocles poeta trágico de la Antigua Grecia de amplia producción literaria, se conoce llegó a escribir 123 textos trágicos de los cuales sólo siete (7) son de relevante importancia para su género entre ellas: Edipo Rey, Áyax, Las Traquinas, Edipo en Colono, Filóctetes, Electra y Antígona. Éste último es un diálogo en el cual tenemos la oposición de dos (2) leyes: a) La Moral caracterizada por el debido respeto a las normas religiosas representada en el personaje de Antígona (hija de Edipo) la cual se propone ejercer aunque colide con la Ley b) La Civil se caracteriza por el cumplimiento de normas del Estado las cuales establece el Rey Creonte mediante un edicto que nace por el orgullo excesivo el cual terminará con la muerte de su hijo (Hemón) al presenciar la muerte de su prometida (Antígona) y su esposa (Eurídice) al saber el trágico final de su hijo producto del edicto excesivo de su esposo. Para Antígona la locura fue la razón de ser de su cordura debido que para ella la Ley Moral era mas justa con el pueblo por ser mas humana y no ser tan intransigente como la LEY Civil la cual fue dictada por el Rey Creonte y prohibía dar ritos fúnebres; llorar el cuerpo de su hermano (Polinices) por haber sido traidor de Tebas a diferencia del texto de Platón “Critón” en el cual para Sócrates las órdenes se siguen aún sin ser justas ya que no hay ni siquiera que discutir las.

⁵ OLASO, L. (1986). *Introducción al Derecho*. Caracas, Venezuela: UCAB.

⁶ SILVA, M. V. (1972). *Teoría de la literatura*. Madrid.: Gredos, S.A.

En el texto “Critón,” Sócrates rechaza la ayuda de su amigo, en cambio Antígona no cuenta con la ayuda de su hermana (Isme) por la cobardía de la misma, ambos personajes relatan el respeto, obediencia y derecho por el cual cada uno de ellos en su lucha se regía por un mismo fin; lograr Justicia. De mi análisis se desprenden dos (2) vías: a) la de derecho que rige a los ciudadanos cumplir las normas establecidas por aquel que tiene en sus manos el bienestar de la sociedad y que en especial siguió Sócrates por creer fielmente en las leyes y b) la vía de hecho la cual profesó Antígona hasta su muerte ya que la vía de derecho era difícil para ella por ser normas dictadas por un hombre soberbio y cegado por la traición de Polinices.

El Derecho implica en ciertos casos miedo, ambos textos fueron trágicos. Sin embargo, existe un enfrentamiento entre la Ley Natural y la Ley Humana, enfrentamiento que se estudia desde el ámbito filosófico y teológico a lo largo de estos cinco años de carrera. Fue este conflicto cultural el que le dio forma y fondo a ambos textos.

Correlacionado al tema analicemos desde otro punto de vista igual de fascinante que el anterior a Thomas Mann escritor alemán que hace un profundo y crítico análisis que desarrolló en el siglo XX. En el tomó como referencia principal “la biblia” texto titulado: Los Diez Mandamientos de Moisés conocido con el título “Las Tablas de la Ley”.

Es una novela en la que se narran los pasajes que involucran a Moisés y a sus medio hermanos Aarón y Miriam en su lucha contra la esclavitud que ejercían los egipcios al Pueblo de Dios.

Desde este punto de vista se cree que todo el poder de Dios nacía a partir de un hombre oprimido. Así el camino a la santificación para Moisés fue mediante los designios de su Dios los cuales profetizó y proclamó con su vida, elaborando Las Tablas de la Ley por la necesidad dentro de su gran milicia que concibió necesario para los pueblos y así regular los actos humanos, en especial su conducta desbordada debido a las complicaciones que se le presentaron durante su peregrinaje hacia Dios. Por ello “la Ley de Dios, en forma compacta y –comprendida por todos- que sirviera para toda la posteridad, debía ser compuesta y grabada sobre la piedra de su propia montaña para que Moisés la llevara luego al pueblo paterno, tan vacilante y asombrado, junto al recinto donde aguardaban su regreso” Es aquí donde se visualiza como se pudieron llegar a unificar la Ley Divina y la Ley Humana.

En la Academia Católica de Baviera, con sede en Munich, el Cardenal Joseph Ratzinger realizó un discurso filosófico el 19 de Enero de 2004 acerca

de lo que cohesiona al mundo. Establece la relación entre poder y derecho, a su vez, hay que analizar el fenómeno del poder en sí mismo. Durante los últimos cincuenta (50) años se han desarrollado nuevas formas de poder en el cual el hombre se vio con la capacidad no sólo de autodestruirse, sino también destruir al mundo. Por eso también a la razón, se le debe exigir que reconozca sus límites y aprenda a escuchar y respetar las grandes tradiciones religiosas de la humanidad.

Se puede entender en su ponencia la relación entre poder político y poder divino, no obstante indica que el recelo y la rebelión contra el derecho reaparecerán si se percibe con el principio de legalidad; establecido por aquel que tiene a su cargo el bienestar de la comunidad.

Expresa el Cardenal Ratzinger:

En el mundo existen muchas vías para llegar a Dios y eso no es del todo incorrecto o inobjetable pues cada uno de nosotros encontramos el camino hacia él y aunque tropecemos y caigamos encontraremos la fuerza a través de los que nos rodean para levantarnos y aquí es donde resalta un margen de respeto y tolerancia hacia las dimensiones interculturales que han surgido de una sociedad de dimensiones mundiales en la que los distintos poderes políticos, económicos y culturales son cada vez mas interdependientes”.

Justo allí plantea la discusión sobre las cuestiones fundamentales del hombre.

Por ende “es importante el intento de una autentica correlación polifónica en la que se abran a esencial relación complementaria de razón y fe, de modo que pueda crear un proceso universal de purificación en el que al final puedan resplandecer de nuevo los valores y las normas que en cierto modo todos los hombre conocen o intuyen, y así pueda adquirir nueva fuerza efectiva entre los hombre que cohesiona al mundo”⁷ Los aspectos como: respeto y tolerancia podrían considerarse mensajes directos a las naciones en conflicto, que no han cesado de pelear por diferencias religiosas o culturales que se van arraigando y se vuelven cada vez mas interdependientes de los demás. Esta interdependencia no significa algo malo siempre cuando respeten que donde terminan los derechos de un hombre comienzan los de otros. Esa correlación aplica en nuestra carrera, por ello no se puede hablar de una sola materia ya que el derecho es una concordancia, que tiene una prelación lógica para su estudio y busca engendrar la semilla de la justicia a través del estudio a destajo de la dogmática jurídica.

⁷ JOSEPH, H. J. (2008). *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. MEXICO: FCE.

Estos temas son también analizados en los textos de Paul Kennedy así como también Samuel Huntington quienes trabajan temas relacionados no solo con la economía o finanzas internacionales sino con las relaciones existentes en la comunidad internacional producto de la globalización.

III. LA REALIDAD ENTRE DERECHO Y LA SOCIEDAD

La realidad ha sido uno de los elementos característicos del Derecho y aún más cuando se trata de la elaboración de la Ley. Arturo Uslar Pietri en “Política para inocentes” nos señala que la política nos rodea como una globalización y por ello no es posible excluirse por completo de ella; aunque se adapta a todas las formas de vida y a su vez es un fenómeno en el cual existe una autoridad, quién la ejerce y los límites que tiene. Hay textos que contienen la exposición de las mismas y doctrinas en las cuales los hombres han creído o querido justificar su acción política.

No debemos olvidar otras formas mas duraderas e importantes de influir en la opinión pública, de prepararla, por ejemplo, la educación; si a una ideología política se le brinda la posibilidad de orientar y organizar la educación exclusivamente en torno a su política adaptándola a ella, se puede lograr un dominio de opinión. Tal y como ocurre en la actualidad venezolana.

No existe posibilidad alguna de escaparse de la política, por ende se busca analizar y entender el fenómeno político con ojos de espectador; como el comienzo de una serie de televisión. No obstante, realizar esta actividad no será fácil, debido que se debe entender qué es la política y su explicación no es sencilla.

La política viene de la palabra griega “polis” la cual significaba vivir en comunidad, como en toda sociedad existe la necesidad de control de poder, ambas poseen una relación sinalagmática, ya que hay hombres que deben gobernar y otros que deben ser gobernados para alcanzar el orden dentro de esta comunidad. Este hecho representa una problemática; la de encontrar formas de legitimidad inobjectables.

En palabras de Arturo Uslar Pietri “muchos de los modernos estados, con complejidad con su carácter abstracto de distribución de los poderes, hacen difícil para el común de las gentes entender el mecanismo del gobierno, personalizarlo y visualizarlo” Es por ello que cuando llegan a visualizarlo, defienden el STATUS QUO esto quiere decir que no están dispuestos a cambiar lo que hasta ahora han alcanzado.

Las estructuras políticas desarrollan instituciones en las cuales se necesita reconocer la condición humana de los gobernados cuya protección de sus go-

bernantes es la Constitución, esto se percibe desde la declaración de la Independencia la cual estableció su primera constitución tomando como ejemplo la Constitución Americana, las instituciones pueden estar centralizadas, sin embargo, para su mejor eficiencia y acercamiento a los particulares tiene permitido descentralizarse. La Constitución sirve como instrumento organizador del Estado, también como un medio de coacción de la autoridad que tiene a su cargo el bienestar de la sociedad influenciado por la división tripartita de los poderes resaltados en el texto “El Espíritu de las Leyes” de Montesquieu.

Ya hemos establecido que el Derecho es un producto humano de acuerdo a las necesidades surgidas en una realidad histórica. El derecho busca en su esencia y naturaleza producir un orden y equilibrio en la sociedad. Es humano porque es producto del hombre, de la inteligencia y de la razón, son éstas características fundamentales de la persona. El derecho son normas que regulan las conductas inadecuadas, las infracciones, crea un balance y se adapta a la época a través de sus propias reglas. Se centra en lo humano, en la relación sinalagmática entre lo natural (divino) y lo positivo; haciendo uso de conceptos intrínsecos como el Bien Común, la justicia, el Principio básico de orden moral: haz el bien y evita el mal y el Principio básico de orden jurídico: dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde en derecho (justicia) Los fines del Derecho son: La Justicia, La Seguridad Jurídica y el Bien Común que en la realidad son y deben seguir siendo fines humanos.

Otra característica del ser humano es el dinamismo, siempre estará cambiando constantemente, transformándose, evolucionando y se re-establece a la situación política por difícil que esta pueda ser. No esta demás considerar que el derecho como producto humano puede tender a errores, sin embargo se busca mejorarlo y perfeccionarlo para alcanzar los fines anteriormente mencionados y luchar contra las injusticias que puedan ocurrir en un determinado momento, sean producto de un abuso de la Libertad (infractor) o simple ignorancia de las leyes, se debe señalar el artículo 2 del Código Civil venezolano “la ignorancia de la Ley no es excusa de su incumplimiento”. El Derecho por tanto debe considerarse propio, algo que nos pertenece y convertirse en inspiración que ha de ser vista por todos para lograr un estado de paz y salvación para todos. Es decir, el Derecho ha de ser una vinculación del mundo real y el ideal razonado y dispuesto en pro de la sociedad.

El derecho a su vez puede ser considerado como un conjunto de reglas, que buscan asegurar lo que John Rawls⁸ habla en su libro “La Teoría de la

⁸ Fue un filósofo estadounidense, profesor de filosofía política en la Universidad Harvard y autor de Teoría de la Justicia, (1971), Liberalismo Político (1993), The Law of Peoples

Justicia” acerca de elementos necesarios para asegurar la libertad e igualdad dentro de la comunidad, igual modo limitar el uso de esa libertad para no abusar de ese derecho, se busca un orden de justicia conmutativa, esto se refiere a un orden general entre los habitantes; Justicia conmutativa y distributiva, la convivencia en la sociedad otorgada por el Estado. De allí deriva la importancia de aclarar que si no hay Estado no hay Derecho y que la desviación del Estado constituye un peligro para la sociedad.

En conclusión se entiende que el Derecho es un absoluto en proceso de evolución, ya que abarca todo cuanto nos rodea, se adapta a las realidades históricas de la humanidad, no es estático pues perdería su eficacia y busca siempre el Bien, no podemos excluir así una frase de Jean Jacques Rousseau “los juristas son los administradores de la justicia en la evolución histórica...”⁹ es allí cuando se dice que las personas pasan y las instituciones quedan, he allí el mejor ejemplo de proceso y evolución al cual se adapta el Derecho.

La realidad también se encuentra en otra obra literaria en esta ocasión “El mercader de Venecia” de William Shakespeare cuenta dos historias por separado con un fin particular que tendrá por objeto una repercusión legal -una boda y el pago de una deuda- debido al préstamo de un usurero judío llamado Sylock – hombre vanidoso y como se destaca al inicio rencoroso- al decir “le aborrezco por ser un cristiano y además por el necio alarde que hace de prestar dinero sin interés, con lo cual esta arruinando la usura en Venecia” evidentemente muestra un rencor hacia el hombre cristiano llamado Antonio por ser adinerado. Por hacer de su trabajo una actividad de poca monta y aborrecer su trabajo públicamente. Sylock afirma “si alguna vez cae en mis manos, yo saciaré en él todos mis odios” he aquí un claro ejemplo de la Ley de Talión (hacer justicia por sus propias manos).

Antonio queda obligado a pagar la cantidad de tres mil ducados o con una libra de su propia carne humana a voluntad propia (quedó esto estipulado en un contrato) ya que quería ayudar a su amigo Basiano quien necesitaba los tres mil ducados para poder ser digno de solicitar el noviazgo de Porcia. En el caso de Basiano el dinero no sería suficiente ya que no dependía del libre albedrío de Porcia sino de un juego que debía cumplir por una disposición testamentaria

(1999) y Justice as Fairness: A Restatement (2001). Es ampliamente considerado como uno de los filósofos políticos más importantes del siglo XX. Su teoría política propone dos principios sobre los cuales basa la noción de justicia a partir de una posición original en el espíritu contractualista de los filósofos políticos clásicos.

⁹ ROUSSEAU, J. J. (2009). *El Contrato Social prologo y cronología de Mauro Armíño*. Santiago, Chile: Edaf Chile, S.A.

de su padre, ésta consistía en acertar el secreto acerca de la elección de tres cajas: oro, plata y plomo para demostrar ser digno de merecer su mano y amor.

Basiano acierta el secreto al escoger la caja de plomo, siendo el ganador y cumpliendo con su objetivo comienza la preparación de la boda. Salariano escucha en boca de un francés que en el estrecho existente entre Francia e Inglaterra (Estrecho de Goodwins) había naufragado un barco veneciano y resulta ser el barco de Antonio aquel en el cual confiaba su riqueza para finiquitar su deuda con Sylock.

Basiano se enteró de la noticia a través de Salerio: han llegado a solicitar justicia ante el Dux, Sylock persiste en su demanda y reclama confiscación, justicia y cumplimiento del engañoso trato que hizo con Antonio al este retrasarse en el pago convenido.

Ante tan terribles noticias Porcia aceleró la boda y le pide a Basiano que regrese a Venecia con seis mil ducados para ayudar a su amigo. Basiano parte el mismo día de la boda para devolverle el favor (pagar la deuda) ya que Antonio estaba a punto de sufrir las consecuencias del incumplimiento. No es únicamente el sentimiento de amistad el que obliga a Basiano a ir en ayuda de Antonio, sino que éste se encuentra cumpliendo su deber moral (ya analizado en Antígona) y económico.

Hacer el bien no es solo un principio básico, está más bien intrínseco en los seres humanos y Porcia se destacaba por hacer el bien ya que no se arrepentía de ello, menos al conceder dinero por ende decide disfrazarse de hombre específicamente de bogado y mejor aún se presenta ante el tribunal como un jurisconsulto, quienes se les respeta por sus bastos conocimientos para dirimir el conflicto.

Porcia en su papel de jurisconsulto solicita a Sylock un mínimo de clemencia, sin embargo este rechaza y decide que Antonio pagase con la libra de carne. Esta escena es nostálgica, llena de instrucción acerca del derecho, sobre todo se percibe a través de Porcia quien con lógica resuelve el acertijo justo mientras se despedían Basiano y Antonio quien estaba a punto de pagar con una libra de carne de su corazón.

Era obvio que el contrato debía cumplirse, el contrato es ley entre las partes, si Syock no aceptaba la suma incluso triplicada de dinero que debía Antonio pagar con su carne, así Porcia alega ante el tribunal que las leyes de Venecia “no permiten que se derramara una gota de sangre” ya que era un delito sancionada con la vida o sus bienes por atentar contra la vida humana. Sylock se atemoriza y decide no exigir ninguna cláusula del contrato.

No obstante Porcia que advierte que atento directa o indirectamente contra Antonio y por tanto lo han de alcanzar las leyes venecianas.

Ante esto el Juez (Dux) lo perdona para demostrarle a Sylock la importancia de la demostración de clemencia y le da de esta forma una lección de vida, a su vez se puede visualizar el triunfo del perdón y la caridad sobre la rígida justicia de la ciudad. Sylock es un hombre rencoroso y por ende desconoce la bondad y el perdón, se le exigía clemencia como un atributo divino al cual no accede por el pecado de la soberbia y testarudez.

Este texto contiene características muy ricas de lo que se estudia a lo largo en nuestra carrera, de esta primera se destaca la definición y la amplitud del contrato, la autonomía de la voluntad por ser un convenio entre dos o mas personas para constituir, modificar, transmitir, reglar o extinguir un vinculo jurídico, siendo las obligaciones establecidas y especificadas en el contrato ley entre las partes, sin olvidar que aquellas que no se establezcan estarán enmarcadas por la ley y se registrarán por la misma. Y aquellos convenios contrarios al orden público y a las buenas costumbres no pueden surtir efecto ni tener validez.

Último ejemplo a mencionar “El Proceso” una novela escrita en alemán por Frank Kafka de origen judío, la cual se cree inconclusa. Inicia con la sorpresa de que Josef K es detenido por una razón que todos desconocen, allí el dilema. K se encuentra en el intento de resolver el rompecabezas, adentrándose en el mundo del Derecho donde “Los acusados son atractivos... Hay algo en ellos... No sólo es el sentimiento de culpabilidad no todos pueden ser culpables, unos son más atractivos que otros, pero todos lo son” En esta novela la incertidumbre te mantiene atento. K es un banquero que al igual que los abogados se las ingenia y realiza preguntas para alcanzar una entendimiento del porque su proceso, debido a que todos parecen conocerla excepto él. K sostiene que vive en un Estado de Derecho, aunque esto sea cierto para un ciudadano, incluso para los abogados es utópico conocer todo lo que contempla la ley, la cual nos indica la licitud o ilicitud de las determinadas acciones que a lo largo de la vida se llegasen a efectuar. Aquí se describe el deber que tiene todo estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de estudiar a destajo y de forma incesante las leyes.

Para realizar el análisis de esta lectura será necesario contraponer el texto de El Proceso con uno elaborado por el Profesor de nuestra propia casa de Estudio: Federico Pacannis en su libro titulado “La Mira del Abogado” nos da una guía para entender el proceso y el deber ser que tiene un abogado dentro del ejercicio de su labor “Diferenciar la verdad y la mentira en boca

ajena” Además indica el viaje tempestuoso que se debe hacer con diversos libros que para cualquiera que no tenga deseos de estudiar y ejercer la abogacía resultaría “Exageradamente profundo para su nivel. Kant, Hegel, Hans Kelsen combinado con los tratados de Calamandrei, Carnelutti y demás jurisconsultos italianos” estos últimos autores –son obligatorios en nuestras diversas áreas y que la Universidad con su impresionante elenco de Profesores nos han introducido en los temas con gran ímpetu para alcanzar su máximo entendimiento– contienen un gran contenido filosófico en lo que concierne a la materia penal y que nos ayuda a comprender un proceso judicial porque en palabras de Kant el derecho es un apéndice de la moral, de igual manera establece que el derecho es una obligación moral pero que solo es una pequeña parte de ese gran todo, de allí el impacto y la importancia del estudio de muchas de sus frases.

El Profesor con sus palabras explica “La carrera de la abogacía vive sobre una paradoja, las leyes están hechas para que todos los ciudadanos las entiendan y las cumplan, pero solo los profesionales universitarios acceden a sus secretos” Para mi, es esta paradoja la que le da sentido el estudio no interrumpido dentro de la Universidad Monteávila, algo que caracteriza a las aulas de clases es responder a la pregunta del estudiante del por qué de algo dentro de la ley, los profesores tienen la ardua labor de desarrollar los antecedentes de la misma y concluir en su eficacia en la realidad, estudiar sus posibles acciones y efectos en el ámbito judicial, sin embargo la explicación no satisface al alumno –al menos en mi caso- intriga todavía más e allí lo que para mi es la importancia de no estudiar de un solo autor, sino todos y cuantos puedas conseguir.

En este caso la interpretación de derecho en la novela de Kafka será para abogados y no podría simplemente resolverse por un banquero como el protagonista –Josef K– otra vez se revela la importancia de nuestra educación hasta alcanzar nuestra profesión.

Entre los venezolanos existe una pregunta compartida con K ¿Cuándo podemos tener acceso a la ley? La respuesta se encontraría en que vivimos en un mundo donde la ley es accesible a todos –tal y como lo establece el Profesor Federico Pacannis– en Venezuela ¿es esto verdad? Desde que nací lo que escucho es que si entregas todo cuanto puedas para facilitar un determinado proceso y que los jueces aceptan lo que sea –denominado como soborno– lo aceptan sólo para que se tenga certeza de haber intentado todo y que parezca suficiente para quien padece el proceso. La realidad es sencilla: nací en un mundo de Ley, crecí respetando y conociendo lo que

puedo o no debo hacer, vivo en una sociedad que implora tener acceso a la Ley, y me pregunto ahora, me educó ¿para ser juez o para librarme de mi proceso? Se preguntarán a cuál proceso me refiero? Mi respuesta sería: aquel que desde que nació existe, escucho y ahora con los estudios tendré la capacidad de entender para alcanzar finalmente la Ley.

Una pesadilla es lo que vive cualquiera cuando se le inicia un proceso, cuando desconocen todo y cuanto jurídicamente les rodea, en algunos casos es voluntario –como por ejemplo un ladrón que es capturado infraganti y es consciente de que sus actos ilícitos (imputabilidad) tendrán una consecuencia jurídica (pena)– pero no debe considerarse como un principio universal. Es importante reconocer que así como los psicólogos conocen como uno se siente, los abogados tienen gran capacidad para que directa o indirectamente te sientas culpable a través de sus cuestionamientos.

De igual forma nos hace saber el Profesor Federico Pacannis en su libro “La Mira del Abogado” el cual nos ayuda a través de su texto, con el análisis de una novela complicada como El Proceso que solo se alcanza a entender con los conocimientos adquiridos a lo largo de nuestra carrera de manera que es destacable la diferencia entre el interés y posibilidades que tienen los abogados y la ciudadanía para alcanzar a entender las leyes.

En el Proceso no hay una respuesta jurídica a porque se le acusa, de que es culpable, no hay derecho a una defensa pues K desconoce su acusación, y termina con K siendo asesinado por el jefe de la policía y otro custodio. No deseo que los procesos sean así en mi país aunque eso parezca inevitable, de igual manera se debe destacar e instar que gracias a la Universidad Monteávila y en conjunto con muchas otras casas de estudio, realizan una labor decorosa al formar como institución de Educación Superior a estudiantes, una comunidad de personas y saberes, que al pulir sus habilidades durante cinco (5) años alcancen cada una de sus metas y procuren cambiar este trágico e inentendible final del Proceso.

Es allí donde estudiamos a Kant. Él establece una vinculación fundamental entre la ley, la libertad, la razón y la igualdad impuesta por nosotros. Debemos discernir entre lo correcto y lo incorrecto y siempre actuar o dirigir nuestra acción hacia lo mejor. La acción debe estar al mismo tiempo orientada al Principio básico de orden moral: hacer el bien y evitar el mal. En una de sus frases señala “Obra de tal modo que uses a la humanidad tanto en tu persona de cualquier otro siempre como un fin al mismo tiempo y nunca simplemente como un medio” Usa la humanidad, es decir todo lo que no eres tú en tu persona como concepto de igualdad, otorgada por la

naturaleza como en cualquier otro (medio de los fines) lo que quiere decir que el derecho tiene mucho o poco de la moral, depende de tu posición al respecto, a mi parecer se desprende mucho por tanto nuestra capacidad ética –discernir lo bueno de lo malo– que con inteligencia genera declaraciones como los Derechos del Hombre y del Ciudadano entre otros. Es el uso de nuestra moral la que nos hace ser buenos o malos, y es obvio que es un producto de la realidad social¹⁰.

IV. CONCLUSIÓN

No es posible alejar la literatura del derecho, no es posible dejar de encontrar una huella de derecho en algún texto, incluso de autoayuda ya que estos son un principal ejemplo al establecer desde la primera pagina que debemos y que no debemos hacer, siempre habrá reglas, encontraremos contratos, iniciaremos un proceso para dictaminar si el protagonista es culpable o no hasta que se demuestre lo contrario, se discutirá de política, encontraremos efectos de la globalización, habrá infractores de leyes ya sea a través de artefactos tecnológicos o sucesos inesperados, incluso en los romances por haber recíprocas concesiones se establecerán parámetros y medidas eficaces para resolver algún conflicto, se realizarán cuestionamientos para encontrar la verdad, se iniciarán investigaciones que llevarán por objeto una sentencia sea favorable o no. Las realidades podrán ser en múltiples casos abrumadores, insisto que se me acerque alguien a darme un ejemplo en donde no encuentra nada relacionado al derecho visto también como una obligación.

El Derecho es también considerado como una forma de controlar el poder y de esta forma aseguramos que no sólo genera poder. Cicerón plantea que el derecho se aprueba con el ejercicio de la autoridad. Hay que tomar en cuenta que el Derecho sin Filosofía es un mero ejercicio del poder. Cada detalle del ordenamiento jurídico se puede discutir en cuanto si son juristas o no, debido a que no se puede gobernar un mundo con relativismo social. De manera que llegamos a la división de poderes. Maquiavelo en su discurso titulado “El Príncipe” parte de la idea de un relativismo jurídico y es que la sociedad era un caos.

El Derecho es una sanción con reconocimiento positivo, es obvio que para regular la conducta dentro de la sociedad es necesario que ante transgresiones del derecho se incurra al establecimiento de sanciones. Maritain

¹⁰ El derecho como una realidad social por ser producto de una creación humana, es una ciencia, sumamente lógica que hace una filosofía jurídica, porque lo que es racional es real y lo que es real a su vez es racional, ésta es una imagen considerada por muchos como pesimista, no obstante es aplicable-.

consideraba estas sanciones como un remedio, una forma para que la persona recapacitara y entendiera que había realizado un acto ilícito para así al ser reincorporado a la sociedad no cometiera el mismo error y mantenga un sano equilibrio. La sanción busca que se regenere la conducta. El reconocimiento positivo garantiza que la persona piense dos veces antes de obrar equivocadamente. Aquí resalta “del ciudadano y El Leviatán” de Thomas Hobbes que busca controlar esa maldad del hombre producto del pecado original y así el Estado garantizaba tu seguridad al tu entregar tu libertad. Es evidente que la teoría contractualista de Thomas Hobbes demuestra que todo Estado que pretende evolucionar debe elegir a un líder (Soberano) quien guiará y protegerá a toda costa los intereses de su pueblo luchando fielmente con él. Dicho líder debe cumplir con las exigencias de su pueblo, demostrar que tiene la templanza de llevarlo hacia el camino más apacible. “El poder de un soberano es indivisible, por tanto no está sujeto a las leyes civiles, ya que, teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede cuando guste, librarse de esa ejecución”¹¹.

En un proceso tan complejo de revolución o evolución de un Estado es menester para ese líder considerar la fe que sus ciudadanos depositan en él, pues de eso dependerá su triunfo y su permanencia en el poder.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERRIZBETIA, J. R. (2009). *El Campesino de la Garona, breve introducción al pensamiento de Jacques Maritain*. Caracas, Venezuela: Zuma 07, C.A.
- Fernando CERVIGÓN, R. M. *Una visión de la Universidad*. Caracas, Venezuela: Universidad Monteavila.
- HOBBS, Thomas. *Del ciudadano y leviatán*. Sexta edición 2005, Editorial: tecnos.
- HUNTINGTON, S. (1996). *El Choque de las civilizaciones*. New York: Simon & Schuster.
- JOSEPH, H. J. (2008). *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. MEXICO: FCE.
- KAFKA, F. (1925). *El Proceso*. Imperio Astrohúngaro: Verlag die Schmiede,.
- MANN, T. *Los Diez mandamientos de Moisés*. Colección Panorama/23.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Editorial Porrúa, México, 1977.
- OLASO, L. (1986). *Introducción al Derecho*. Caracas, Venezuela: UCAB.
- RAWLS, J. (2005). *La Teoría de la Justicia*. Estados Unidos : Simon & Schuster.
- ROCHE, R. H. (2010). *Instituciones del Derecho Procesal*. Caracas: Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela.

¹¹ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano y leviatán*. Sexta edición 2005, Editorial: tecnos.

KATHLEEN BARRIOS

- ROUSSEAU, J. J. (2009). *El Contrato Social prólogo y cronología de Mauro Armiño*. Santiago, Chile: Edaf Chile, S.A.
- SILVA, M. V. (1972). *Teoría de la literatura*. Madrid.: Gredos, S.A.
- SOFOCLES. (1969). *Ajax, Antígona Edipo Rey*. España: Salvat Editores, S.A.
- VIVES, F. (1957). *Fiosofía del Derecho*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.