





# Revista Derecho del Trabajo

Número 18 (enero/diciembre) 2015

---



Fundación «Universitas»  
Consejo Académico  
Barquisimeto - Estado Lara - Venezuela



Fundación «Universitas» de Estudios Jurídicos  
División de Investigaciones

## *Revista Derecho del Trabajo*

Revista arbitrada, indizada e internacional sobre temas laborales

*Director General:*

**Oscar Hernández Álvarez**

*Director-editor:*

**Iván Mirabal Rendón**

*Secretario:*

**Michael Helmeyer**

*Consejo Superior de Redacción:*

**Antonio Espinoza Prieto**

**Blanca Rojas**

**Hermann Vásquez Flores**

**Domingo Salgado Rodríguez**

**Emilio Urbina Mendoza**

**Alexandre Marín Fantuzi**

**Julio Alejandro Pérez Graterol**

**Mario Castillo Serrano**

*Consejo Científico Consultivo:*

**Arturo Bronstein**

Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo

**Alfredo Montoya Melgar**

Universidad Complutense de Madrid

**Manuel Carlos Palomeque**

Universidad de Salamanca

**Wilfredo Sanguinetti**

Universidad de Salamanca

**María José Nevado**

Universidad de Salamanca

**César Carballo Mena**

Universidad Católica Andrés Bello

**Nestor de Buen**

Universidad Nacional Autónoma de México

**Héctor Jaime Martínez**

Universidad Católica del Táchira

**Freddy Caridad Mosquera**

Universidad Católica Andrés Bello

**Manuel Díaz Mujica**

Universidad Católica Andrés Bello

**Rafael Alfonso Guzmán**

Universidad Central de Venezuela

**Guido Urdaneta**

Universidad Rafael Urdaneta

**Ramón Escovar León**

Universidad Central de Venezuela

**Luis Eduardo Díaz**

Universidad del Zulia

**Carlos De Buen**

Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social

**Napoleón Goizueta**

Universidad de Carabobo

## **Normas para la presentación de las contribuciones en la Revista Derecho del Trabajo**

1. La Revista *Derecho del Trabajo* sólo considerará para su publicación, estudios y trabajos originales e inéditos, en idioma castellano. Sólo podrán exceptuarse de lo anteriormente dispuesto, cuando la presentación de las contribuciones sean simultáneas con investigaciones conjuntas de otras revistas de reputada solidez científica, nacional e internacional.
2. Todas las contribuciones que el Director considere apropiada para la Revista, serán evaluadas por tres árbitros anónimos, con experiencia en el área objeto del estudio y en su metodología.
3. El autor o autores, presentarán tres ejemplares impresos del trabajo que desean publicar, así como un diskette u otro formato de soporte electrónico. Éstos no serán devueltos a los autores.
4. Todo artículo será sometido a un proceso de arbitraje. Para tal fin, el proceso de revisión arbitral es de carácter anónimo. Toda identificación personal debe aparecer en un folio separado, con indicación del título del artículo, nombre del autor o autores, datos académico-curriculares fundamentales, dirección institucional, fax, correo electrónico y teléfonos para su localización.
5. El Director de la Revista Derecho del Trabajo, comunicará al autor o autores del artículo, su decisión sobre la publicación dentro de un lapso de tres meses, contados desde la fecha de recepción del escrito en las oficinas de la Dirección de la revista.
6. Los artículos no tendrán un límite de páginas, salvo, que por criterios editoriales para algún número especial deba restringirse el texto. Los autores son libres de emplear los sistemas y técnicas de citas, sea la tradicional a pié de página, o el sistema APA, siempre, que se respeten íntegramente el sistema escogido.
7. El tipo de letra que será usada por la diagramación de los artículos, es Arial n° 11, lo cual se les pide a los autores seguir con este formato.
8. Si el trabajo lleva gráficos, cuadros, ilustraciones y figuras, éstos deben ir enumerados correlativamente e indicarse el lugar donde deben colocarse dentro del texto y ser grabados en un formato electrónico aparte. Los gráficos no serán impresos a color sino solo en degradaciones de color gris.
9. Cada artículo deberá ser precedido de un resumen (en castellano e inglés) entre 100 a 300 palabras de extensión, el cual contendrá:
  - \* Título del trabajo
  - \* Propósito del trabajo
  - \* Breve referencia metodológica empleada
  - \* Conclusiones más relevantes
  - \* Palabras claves del artículo

La Revista *Derecho del Trabajo* es editada bajo los auspicios de «Universitas» Fundación.

La Revista *Derecho del Trabajo* se encuentra indizada en el Directorio del sistema LATINDEX, bajo el folio n° 15728.

Los conceptos vertidos por la Revista *Derecho del Trabajo*, son de responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista no se hace solidaria por las opiniones de los artículos y demás escritos publicados.

Correspondencia de la redacción:

«Universitas» Fundación  
Carrera 18, esquina calle 23  
Edificio Centro Empresarial  
Piso 1, Oficinas 1-7 y 1-8  
Barquisimeto - Estado Lara  
Venezuela

Identificación técnico-legal:

Depósito legal: pp200502LA2077  
ISSN: 1856-3449  
Número 18 (enero/diciembre) 2015

Teléfonos y fax:

(0058) (251) 2320749 - 2320492

E-mail:

imirabali@gmail.com  
universitas.edu@gmail.com  
secretaria.universitas@gmail.com

Web-site:

[www.universitasfundacion.com](http://www.universitasfundacion.com)  
[www.congresolaboralmargarita.com.ve](http://www.congresolaboralmargarita.com.ve)



# **Revista Derecho del Trabajo**

**Número 18 (enero/diciembre) 2015**

## **Sumario**

*Editorial*..... 9

### **Derechos fundamentales del trabajo**

*Trabajo, derechos fundamentales y redes sociales*  
José Luis UGARTE CATALDO (Chile)..... 13

*La libertad ideológica o de pensamiento y la libertad religiosa como derechos fundamentales inespecíficos del trabajador*  
María Laura HERNÁNDEZ (Venezuela)..... 23

*Derecho fundamental de la igualdad versus la desigualdad en las relaciones laborales*  
Andrés FRANCHI MUÑOZ (Chile)..... 37

*Igualdad, igualitarismo y desigualdad: 3 conceptos que atañen a los derechos fundamentales en las relaciones laborales*  
Iván MIRABAL RENDÓN (Venezuela)..... 55

### **Teoría General del Derecho del Trabajo. La relación de Trabajo**

*La relación individual de trabajo*  
Carlos REYNOSO CASTILLO (México).....75

*La relación de Trabajo en la doctrina de la OIT*  
Rafael ALBURQUERQUE (República Dominicana) ..... 101

*Desigualdades de género en la relación de trabajo. Un ámbito histórico y comparado*  
Candy THOME (Brasil) ..... 119

*Figuras afines a la relación de trabajo*  
Adrián GOLDIN (Argentina) ..... 143

*La tercerización de funciones propias de la empresa y la solidaridad en el pago de obligaciones laborales*  
Leonardo CORREDOR AVENDAÑO (Colombia) ..... 163

*Incumplimiento del contrato de trabajo*  
Rafael ALFONZO GUZMÁN (Venezuela) ..... 189

*Extinción de la relación de trabajo: una visión comparada*  
Emilio MORGADO VALENZUELA (Chile) ..... 209

### **Derecho del Trabajo en Venezuela**

*Aspectos inconstitucionales del sistema venezolano en materia de estabilidad e inamovilidad laboral*  
Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ (Venezuela)..... 257

*Tendencias del Derecho del Trabajo venezolano*  
Enrique MARÍN QUIJADA (Venezuela)..... 269

<i>El Derecho laboral y las cooperativas</i> José Vicente SANTANA OSUNA (Venezuela).....	297
<i>Los cálculos del costo laboral en Venezuela y la imposibilidad de su determinación</i> Frederick CABRERA CONDE (Venezuela).....	335
<i>El ausentismo laboral en la legislación laboral de Venezuela</i> Napoleón GOIZUETA HERRERA (Venezuela).....	357

### **Jurisprudencia: interpretación por la doctrina**

<i>El papel de la jurisprudencia en la lucha contra la discriminación en el empleo</i> Héctor JAIME MARTÍNEZ Daniel JAIME KELLERHOFF (Venezuela).....	371
<i>Notas sobre los criterios del Tribunal Supremo de Justicia en materia de seguridad y salud laboral</i> Reinaldo GUILARTE LAMUÑO (Venezuela).....	401
<i>Cambio jurisprudencial con relación a la posibilidad de pago de salario variable sin una parte fija</i> Frederick CABRERA CONDE (Venezuela).....	435

### **Seguridad Social**

<i>El paradigma de la flexiguridad: una visión crítica</i> Biba ARCINIEGAS MATA (Venezuela).....	451
---	-----

### **Derecho Colectivo del Trabajo**

<i>Autonomía Colectiva y libertad sindical</i> Jacuelile RICHTER (Venezuela) Ana GERSON (Venezuela) León Arismendi (Venezuela).....	463
<i>Reflexiones sobre la efectividad de la libertad sindical y el derecho colectivo en Uruguay</i> Jorge ROSENBAUM (Uruguay).....	503
<i>La audiencia electoral como criterio de medición de la representatividad sindical: las experiencias española y francesa</i> Pierri-Henri CIALTI (Colombia).....	521

### **Derecho Internacional del Trabajo**

<i>La OIT en un mundo global</i> Rafael ALBURQUERQUE (República Dominicana).....	547
---	-----

### **Anexos: Historia documental**

<i>Tabla de salarios mínimos en Venezuela (1974-2015)</i> Iván MIRABAL RENDÓN (Venezuela).....	561
<i>Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948): una declaración de libertad y civilización</i> Jairo GARCÍA MÉNDEZ (Venezuela).....	575



## EDITORIAL

Cuando una persona alcanza sus 18 años se siente dichosa por haber alcanzado la mayoría de edad, por tener la cantidad de años suficientes para poder realizar actividades que antes se les dificultaba, de experimentar una nueva sensación, ahora bien, aunque UniversitasFundación y la Revista de Derecho del Trabajo no cuentan aún con dichos cómputos calendarios, sí ha llegado a sus 18; a 18 ediciones de la Revista de Derecho del Trabajo, 18 ciclos de labor de producción académica y científica. Son 18 apuestas satisfactorias que rinden un fruto y una rentabilidad que no tiene que ver con lo económico, sino con una contraprestación de amor al Derecho y la pasión por rama del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, eso brinda sin duda una profunda dicha.

Al igual que la mayoría en un individuo trae como presentes una serie de nuevas responsabilidades, la décima octava edición de la Revista de Derecho del Trabajo hace lo propio, imprimiendo novedades a las futuras presentaciones, es así que Universitas asume un compromiso consigo misma, así como también con cada profesional y estudioso del orden jurídico laboral, como lo es, el no desmayar en la ardua tarea que conlleva el buscar, desarrollar y exponer, de la mejor manera posible, diversos temas de interés (tanto tradicionales como novedosos) para obtener el máximo provecho al conocimiento de la ciencia jurídica.

Universitas Fundación no es una institución con el objetivo simplista, es la realización de diversas actividades de corte académico en torno al Derecho, como lo son los congresos, (Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que se realiza anualmente en la Isla de Margarita, Venezuela y que este año presenta una nueva edición), jornadas, seminarios y cursos; sino es mucho más, es un conjunto de hombres y mujeres que creen que Venezuela tiene el potencial necesario para desarrollar, fomentar y consolidar el continuo proceso de ilustración de las ciencias, que tiene fe absoluta en el progreso (sin pausas, pero sin prisas) de la sociedad que busca la justicia, y que necesita de las virtudes del estudio; en resumidas cuentas Universitas Fundación es una familia.

El Derecho del Trabajo como realidad social, expresada en legislación, no es perfecta, y a pesar de todos los esfuerzos realizados para ello, su cumplimiento no es íntegro, tampoco escapa de alguno que otro traspié y del asomo de un particular interés que no deja expresar su fluidez natural, a pesar de ello, o más bien es por ello que, con el mayor gusto, se asume su estudio y práctica diaria, pues el desarrollo integral de la sociedad, que requieren del orden social y económico, se encuentra influenciado por las relaciones surgidas de las instituciones creadas en el hecho social trabajo. ¿No es entonces, hermosa, inagotable y enriquecedora esta rama del Derecho?, ¿qué mejor estímulo primario para estudiarlo y hacerlo parte de la vida?

Desde la aparición del primer número de la Revista Derecho del Trabajo, han visto la luz numerosos estudios, valiosas colaboraciones y desinteresadas participaciones que cobran vida en cada lectura, en cada uso que el amante del Derecho laboral imprime en su práctica profesional y en la producción de un nuevo eslabón literario que ve la Luz, como una suerte de fuente inspiradora.

Constantemente evolucionan los temas y nuevos aportes son expresados por quienes sin cesar trabajan en la cantera del conocimiento y cuyo salario es la satisfacción de la contribución de los iguales; no en vano el texto sagrado dice "Dios ama al dador alegre" (Segunda Epístola a los Corintios 9:7).

El presente número se ofrece una temática variada, es de esta manera que la obra que reposa en sus manos ha sido trazada para que sus columnas o secciones, puedan levantar toda su estructura. Es entonces que los pilares ofrecidos son: **Derechos Fundamentales, Teoría General del Derecho del Trabajo: La relación de trabajo, Derecho del Trabajo en Venezuela, Jurisprudencia: interpretación de la doctrina, Seguridad Social, Derecho Colectivo del Trabajo, Derecho Internacional del Trabajo**, finalizando con la sección de **Historia documental**.

Incluye las ponencias del 8vo Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2015 de Universitas Fundación que exponen temas de interés y actualidad como la tercerización, la libertad sindical, derechos fundamentales, pruebas en los procedimientos laborales y jurisprudencia de carácter novedoso, entre otros, de igual modo los talleres y paneles.

El 8vo Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Fundación Universitas se ofrece como un homenaje a dos importantes personalidades en el mundo del Derecho Laboral como lo son Rolando MURGAS TORRAZZA y José Vicente SANTANA OSUNA.

En estas secciones se encontrarán trabajos de estudiosos de la materia laboral como lo son: Jose Luis UGARTE CATALDO, María Laura HERNÁNDEZ, Andrés FRANCHI, Iván MIRABAL RENDÓN, Carlos REYNOSO, Rafael ALBUQUERQUE, Candy THOME, Adrián GOLDIN, Leonardo CORREDOR, Rafael ALFONZO GUZMÁN, Emilio MORGADOS, Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Enrique MARÍN QUIJADA, José Vicente SANTANA OSUNA, Frederick CABRERA CONDE, Napoleón GOIZUETA, Héctor JAIME MARTÍNEZ, Daniel JAIME KELLERHOFF, Reinaldo GUILLARTE LAMUÑO, Biba ARCINIEGAS MATA, Jacqueline RICHTER, Ana GERSON, León ARISMENDI, Jorge ROSENBAUM y Jairo GARCÍA MÉNDEZ, a quienes, aprovechando la oportunidad, se les agradece de corazón por su desinteresada colaboración, sin la cual no podría llevarse a cabo esta obra.

De igual manera, entrando en el área de las actividades necesarias para construir esta revista, pues necesaria es saludar y agradecer a las incansables Yris CARRILLO, Yoselyn SÁNCHEZ, Dahiany CARRILLO, Zelimar CHACÓN y Josefa MOLINA, quienes, cuales pequeñas abejas, laboran todos los días de forma incansable para tener todas las producciones de Universitas Fundación al orden.

Todos los que vivimos en este maravilloso mundo del Derecho Laboral somos hermanos que compartimos en la misma mesa, pan y bebida que constituye la misma sangre que recorre cada vena. La influencia de una de las ramas más hermosas de esta ciencia jurídica nos llena de vida y constituye en un instrumento para incrementar el conocimiento de todos.

Dando cierre a esta editorial, aprovecho las finales líneas para recordar que no importan las fronteras, las ideologías ni las creencias particulares, todos somos

un colectivo de hermanos de este planeta y fundamentalmente amantes del trabajo y la ciencia jurídica que nos une como una cadena que se extiende sólidamente sobre las fronteras físicas. Esta labor es una enseñanza de la unión de los pueblos y de las personas con el deseo en común de llevar luces a la virtud del trabajo al que se rinde el apropiado respeto y justo accionar.

¡Hasta el próximo número!

Revista Derecho del Trabajo N° 18, Barquisimeto, abril 2015

Michael Gaspar HELMEYER RAMÍREZ  
Secretario Editorial  
Revista Derecho del Trabajo



# Trabajo, derechos fundamentales y redes sociales

José Luis UGARTE CATALDO

Profesor de Derecho del Trabajo en Chile. Doctor en Derecho

## Sumario

1. Las redes sociales y el Derecho del Trabajo. 2. Control empresarial de las redes y derechos fundamentales del trabajador. 2.1. Libertad de expresión y redes sociales. 3.- Colisión de derechos fundamentales y redes sociales. 3.1. Control empresarial de redes sociales y privacidad. 3.2. Control empresarial de redes y libertad de expresión.

## **Resumen**

Las redes sociales generan un significativo desafío para el Derecho del Trabajo: como evitar que el control empresarial sobre lo que en ellas sucede, afecte el contenido protegido de uno más derechos fundamentales del trabajador usuario de esas redes. En estas líneas se sostendrá que el riesgo más relevante para esos derechos dice relación con la libertad de expresión, particularmente en el denominado discurso crítico y en menor medida para el ejercicio del derecho de privacidad. En buena parte de esos casos se enfrentará una colisión de derechos fundamentales en el marco de una relación laboral, el que debe ser solucionado siguiendo la pista del principio de proporcionalidad.

**Palabras claves:** redes sociales, control empresarial, libertad de expresion, derecho de privacidad.

## **Abstract**

Social networks rise to an important challenge for Labor Law: preventing that corporate control over what happens in them, affects the protected content of fundamental rights of the employee who is the user of these networks. In these lines it will be argued that the most significant risk to those rights is related to freedom of expression, particularly in the so-called critic speech and to a lesser extent to the right of privacy. In many of these cases we will face a collision of fundamental rights in the context of an employment relationship, which must be solved following the principle of proportionality.

**Keywords:** social networks. corporate control, freedom of expresion, right to privacy.

## **1. LAS REDES SOCIALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO**

En de estilo en la literatura jurídica cuando se enfrenta un tema novedoso partiriendo diciendo que existen más dudas que certezas y que todo lo que se diga tendrá un carácter provisional dado que se trata un arquitectura que está en construcción, donde nada puede darse por definitivo y todo está sujeto a revisión.

Pues bien, eso nunca fue más cierto que el cruce entre las denominadas “redes sociales” y el Derecho del Trabajo. No solo se trata de una matemática novedosa sino casi inédita: no existen casi estudios de doctrina laboral sobre el tópico.

Ese problema –la falta de literatura sobre la materia- es al mismo tiempo una ventaja. No existen categorías ni estructuras dogmáticas previas fuertemente asentadas que deban ser respetadas en su abordaje. Quien revisa este tema goza de una libertad ciertamente sorprendente para un área del Derecho que tiene ya un estatuto científico consolidado.

En las líneas que siguen, para no caer presa de una exagerada generalización del tema –tentación propia de quien quiere arrancar de las dificultades- abordare el tema desde una perspectiva particular: el control empresarial sobre las redes sociales y la tensión con los derechos fundamentales del trabajador.

Por control empresarial entenderemos aquellas formas de vigilancia que dejan huella en materia laboral, porque se traducen en una conducta que afecta algún espacio de la vida del trabajador en relación al uso de las redes sociales, comúnmente un despido, una amonestación o una alteración de sus condiciones de trabajo. No puede, obviamente, el Derecho tratar de regular aquella vigilancia que la empresa realiza en las sombras, que no deja, por tanto, una huella para ser seguida.

Por derechos fundamentales, a su turno, entenderemos aquellos derechos constitucionales del trabajador que tiene en su calidad de ciudadano – comúnmente llamados en la doctrina laboral inespecíficos- que se ponen en juego al utilizar las redes sociales, y que podrían ser potencialmente afectados por el control empresarial de las redes sociales.

Veamos algunos casos.

En el año 2012 una ejecutiva de relaciones públicas, antes de viajar de New York a Ciudad del Cabo, colocaba en Twitter un par de comentarios de tono racista (“Rumbo a África. Espero que no pesque el Sica. Es broma. ¡Soy blanca!”), que luego generarían revuelo en esa red social, y que provocarían su despido en razón de que esas declaraciones no “coincidían con los valores y políticas” de la empresa.

En Madrid, el año 2013, una trabajadora es despedida luego que su empleador advirtiera, de la revisión de su muro de Facebook, que al día siguiente de iniciar un proceso de incapacidad temporal que exigía reposo médico, se encontraba con unas amigas en un parque de atracciones.

En Santiago de Chile, el mismo año 2013, un grupo de trabajadores es despedido por participar en un baile estilo “harlemshake” realizado al interior del recinto hotelero en el que trabajan, cuestión advertida por su empleador por acceder al canal de videos de youtube donde se encontraba el video respectivo.

En fin, en Murcia en el año 2012 un trabajador era despedido por sus agrios comentarios subidos a su muro de Facebook: “ya veo que el comepollismo es una enfermedad muy extendida entre los trabajadores de la empresa” y “seremos obreros, pero no gilipollas”, con el hecho adicional de que se trataba de un dirigente sindical.

¿Qué derechos fundamentales del trabajador, a la luz de lo expuesto, pueden entrar en juego en monitoreo empresarial de las redes sociales?

Como atestiguan los casos recién citados –un par de muchos que comienzan a suceder en las relaciones de trabajo-, las redes sociales pueden terminar con decisiones laborales que afecten algunos derechos fundamentales del trabajador. Es obvio, que el control empresarial de las redes sociales y las decisiones laborales a qué da lugar podrían suponer, por una parte, una afectación al derecho a la vida privada y, por otra, a la libertad de expresión.

Aquí sostendremos que ello ocurre, en el primer caso, excepcionalmente, y en el segundo, generalmente.

## **2. CONTROL EMPRESARIAL DE LAS REDES Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR**

La determinación del contenido de un derecho fundamental es una operación de cierta complejidad dentro del derecho: supone utilizar premisas de diverso carácter que no se agotan en el solo análisis semántico de la norma que contempla o establece el derecho fundamental de que se trata. Es necesario, además, efectuar un ejercicio de razonamiento, a veces moral –para determinar por ejemplo que discurso debe ser protegido-, y a veces cultural –para determinar por ejemplo que entendemos por expectativas de privacidad–.

Respecto de las redes sociales y los derechos fundamentales del trabajador es posible partir del modo más obvio posible: pocas dudarían que el uso de aquellas se vincula inmediatamente en nuestra cultura a la privacidad y a la libertad de expresión.

Veamos qué tan justificada es esa creencia.

De partida una pregunta crucial es ¿cuál es el sentido que expresa la práctica de participar en el espacio virtual denominado redes sociales?

La respuesta parece evidente: amplificar el discurso en interacción con otros en un mismo espacio virtual. Como explica gráficamente HAN “los habitantes del panóptico digital crean una red y se comunican intensamente entre ellos” produciéndose un fenómeno de “hipercomunicación”<sup>1</sup>.

La cuestión, ahora, es determinar en qué sentido las redes sociales se vinculan con uno o más derechos fundamentales del trabajador que participa en ellas, particularmente, como se suele sostener, con la privacidad y la libertad de expresión.

---

<sup>1</sup> HAN, Byung-Chul. En el enjambre, Herder, Barcelona, 2013, p. 100.



## **2.1. PRIVACIDAD Y REDES SOCIALES**

En el caso de la privacidad, la cuestión de saber que queda dentro del ámbito protegido por ese derecho supone necesariamente una evaluación crítica desde la perspectiva de la cultura dominante sobre lo que es privado y lo que es público.

La decisión acerca si un determinado espacio es privado o no, escapa de la norma jurídica propiamente tal y supone la utilización de parámetros, en algunos casos culturales –como para fijar la expectativa de privacidad– y en otros morales –como para fijar cuales de esas expectativas son legítimas–.

Y en el caso de las redes sociales la significación de la cultura dominante sobre las mismas nos da una interesante premisa de partida: “los habitantes del panóptico digital no son prisioneros. Ellos viven en la ilusión de libertad. Alimentan el panóptico digital con informaciones, en cuanto se exponen e iluminan voluntariamente. La propia iluminación es más eficiente que la iluminación ajena”. De ahí, que los habitantes de las redes sociales tenga “la necesidad de exhibirse sin vergüenza”<sup>2</sup>.

No hay, en ese sentido, en las redes sociales ánimo de opacidad que es lo constitutivo de la privacidad, sino todo lo contrario: el de exhibirse frente a los otros. De este modo, el espacio constituido por las redes sociales no aparece como un espacio donde pudiera, en principio, reivindicarse alguna pretensión o expectativa de privacidad, salvo que la conducta del trabajador construya esa expectativa.

Precisamente, todas las redes sociales permiten esa opción: la de convertir lo abierto en cerrado. Lo interesante que, quizás, como en ningún otro espacio vital la expectativa de privacidad dependa del propio sujeto, en nuestro caso, del trabajador. En efecto, la comprensión de las redes sociales como espacios sociales sin pretensión de privacidad puede alterarse por la propia conducta del sujeto: puede generar esa expectativa y exigir su respeto. Para ello, el trabajador debe utilizar las propias herramientas que las redes sociales contemplan y que le permiten transformarlas de canales abiertos a cerrados.

Lo relevante para nuestro tema, es que en dichos casos excepcionales, la expectativa construida por el usuario debe ser considerada por el derecho en el momento de resolver las intromisiones derivadas del control empresarial. Aquí hay una afectación de la privacidad al monitorear y utilizar la información de los trabajadores en las redes.

## **2.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y REDES SOCIALES**

La situación es diametralmente opuesta con la libertad de expresión. Las redes sociales son, por definición, espacios de socialización del discurso, y quedan de plano dentro del ámbito de lo protegido por dicho derecho fundamental.

<sup>2</sup> HAN, B. *Ibidem*, p. 101.

La libertad de expresión del trabajador no solo incluye cuestiones obvias como opiniones o declaraciones verbales, también incluye la ejecución de actos o conductas que sirvan para la expresión de ideas, tales como bailes, puestas en escena, representaciones teatrales o expresiones gestuales. Todo eso se da en la utilización de las redes.

De hecho, salvo especiales formas de discursos, toda expresión queda dentro del ámbito protegido de ese derecho fundamental, incluso, como ha declarado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aquellas que resulten “ingratas” (Caso Ríos y otros vs. Venezuela, sentencia del 28.01.2009).

La explicación de porqué la libertad de expresión tiene un registro tan amplio de discursos protegidos dice relación con la doble fundamentación de ese derecho: el respeto a la autonomía moral del sujeto hablante por una parte, y la exigencia de una pluralidad de voces para que la democracia funcione por otra.

De este modo, el control empresarial de las redes sociales y su utilización en decisiones laborales, afectan, en principio, la libertad de expresión que protege toda forma de discurso que el trabajador utilice en dichos canales.

### **3. COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y REDES SOCIALES**

Establecido que las practicas que se realizan en el espacio de las redes sociales pueden quedar protegidas, excepcionalmente por el derecho a la privacidad, y generalmente por la libertad de expresión, cabe preguntarse cómo resolver esa tensión de derechos que esos casos necesariamente presentarán.

¿A qué debe darle prioridad el derecho: a los intereses jurídicos del empleador que justifican el control empresarial de las redes o a los derechos fundamentales del trabajador que se ven comprometidos por dicho control?

De este modo, el control empresarial de las redes sociales podrá devenir en un problema de colisión de derechos fundamentales, en donde los intereses jurídicos patrimoniales del empleador que justifican y validan el citado control, entran en conflicto con los derechos fundamentales del trabajador que utiliza las redes, particularmente con los citados derecho a la privacidad y la libertad de expresión.

#### **3.1. CONTROL EMPRESARIAL DE REDES SOCIALES Y PRIVACIDAD**

En relación a la privacidad, como ya se dijo, hay que distinguir dos situaciones: primero, aquellos casos – la generalidad según apuntamos- donde el uso de las redes sociales –por su propia naturaleza- no supone una expectativa de privacidad que el derecho respalde, ya sea que se trate de facebook, twitter o youtube.

En estos casos, el control empresarial de la actividad en las redes sociales de su trabajador no afecta su derecho a la privacidad, de modo tal, que los hechos u opiniones a las que el empleador acceda por esos medios, equivalen al conocimiento que cualquier tercero tendría por haberse formulado en canales o redes de acceso públicos. Esas opiniones, hechos o conductas del trabajador no quedan amparadas por ese derecho fundamental, y por tanto, pueden ser

utilizados por el empleador para adoptar decisiones laborales respecto del trabajador, cuya licitud ya no se juega a nivel de ese derecho fundamental, sino de las normas laborales ordinarias como, por ejemplo, la evaluación de la justificación o procedencia ordinaria de una causal de despido.

Si esos hechos corresponden a una falta laboral –como por ejemplo estar activo en días de baja laboral- o a opiniones reprochables legalmente –racismo o xenofobia-, o incluso expresiones nada más controversiales –críticas sarcásticas-, no hay ahí un problema de privacidad en caso de ser utilizadas desde las redes sociales por el empleador.

En un segundo caso, se encuentran aquellos casos en que el trabajador como usuario de las redes sociales ha construido una expectativa de privacidad por el uso de restricciones de acceso de terceros. En estas situaciones existe un hecho difícil de controvertir: el trabajador entendía que lo que daba a conocer por las redes ya no era de acceso general, sino controlado a un círculo restringido o cerrado de personas.

El derecho debe reconocer esa expectativa y entender que en estos casos existe un problema de afectación de privacidad. Ello no significa que deba solucionarse necesariamente a favor del trabajador, sino que se producirá un problema de colisión en aquellos casos en que el hecho o opinión de que se trate afecta o pone en riesgo un interés jurídicamente constitucional del empleador.

De este modo, en esta segunda perspectiva –donde si está en juego la privacidad del trabajador- es posible encontrar dos situaciones distintas:

Primero, que el hecho u opinión del trabajador en las redes sociales no afecte ningún interés jurídicamente constitucional del empleador –ni su propiedad ni otro derecho-, en cuyo caso, el control empresarial de las redes sociales se torna en anti-jurídico: afecta la privacidad del trabajador y no sirve a ningún derecho fundamental que compense esa afectación.

De ahí, por ejemplo, que la utilización de opiniones políticas o de cuestiones públicas, como por ejemplo ser partidario del aborto o del matrimonio homosexual, por tratarse de cuestiones que, en principio, no afectan intereses jurídicamente constitucionales del empleador, deba considerarse una vulneración del derecho a la privacidad por parte del empleador en el control de las redes sociales, que debe ser reprimido jurídicamente según lo que cada ordenamiento establezca.

Segundo, que el hecho o opinión de que se trata, si afecte intereses con reconocimiento constitucional del empleador, de modo tal, que se presente una colisión de derechos fundamentales en toda regla. En estos casos, la solución razonable dice relación con la aplicación del principio de proporcionalidad: debe medirse el grado de afectación de la privacidad versus el grado de importancia para los intereses fundamentales de la empresa.

En concreto, la decisión de proporcionalidad tendrá como criterio ultimo para efectuar esa ponderación la gravedad de la conducta o declaración realizada por el trabajador en las redes sociales. Solo frente a conductas efectiva e incontrovertiblemente graves debería considerarse derrotada a la privacidad, ello porque su expectativa de privacidad es de intensidad: ha deliberadamente

optado por cerrar canales –como los de las denominadas redes sociales- que son habitualmente abiertos, ello con la intención expresa – que debe ser respaldada por el derecho- de proteger su privacidad.

De este modo, si por ejemplo, el trabajador utiliza las redes sociales para publicar opiniones racistas o xenófobas o incontrovertiblemente ofensivas sobre sus compañeros de trabajo o el empleador, o dar cuenta de un ilícito laboral – por ejemplo estar en actividad cuando se ha presentado una baja médica–, entonces, la privacidad debería ceder por tratarse de casos que dañan con intensidad diversos derechos fundamentales de la empresa o de terceros.

En cualquier otro caso de menor gravedad o de gravedad controversial, como serían en general los casos de opiniones amargas y críticas respecto del trabajo o de la empresa, debería protegerse la privacidad como un derecho fundamental del trabajador por lo de la intensidad ya apuntada.

### **3.2. CONTROL EMPRESARIAL DE REDES Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

En el caso de la libertad de expresión la cuestión es, en principio, más sencilla. Es una convención jurídica ampliamente compartida que, salvo casos excepcionales, todo tipo de discurso está protegido por este derecho fundamental. Por discurso, como ya dijimos, se entienden opiniones, declaraciones, gestos, representaciones simbólicas, expresiones artísticas y todo aquel acto del habla que busque expresar algo.

Así, entonces, los discursos en sentido amplio del trabajador expresados en las redes sociales se encuentran protegidos por el derecho fundamental de la libertad de expresión, de modo tal, que el control empresarial sobre el mismo constituye una afectación que debe ser analizada sobre el mismo principio ya señalado: la proporcionalidad de la intervención.

De este modo, la decisión acerca de qué derecho debe primar, corresponde a comparar la importancia de las expresiones del trabajador para su ejercicio de la libertad de expresión, en relación a la gravedad de la afectación de los intereses empresariales reconocidos constitucionalmente.

En el caso del empleador, los derechos fundamentales que pueden verse afectados por las expresiones del trabajador en las redes sociales son de diversa naturaleza: la propiedad –como el daño a la imagen de la empresa o la divulgación de secretos comerciales de la empresa-, la honra –como el daño al honor del empresario-, la no discriminación – expresiones racistas-, etc.

De partida, cabe descartar un caso donde no existe la señalada colisión de derechos. Cuando el control y utilización empresarial de las expresiones del trabajador no dice relación significativa con el resguardo de intereses jurídicos con reconocimiento constitucional del empleador: en esas hipótesis existirá una lesión de la libertad de expresión que es definitivamente –sin necesidad de ponderación alguna- contraria a derecho. En este caso debe entenderse, por ejemplo, el control de las ideas políticas, sexuales, religiosas o de cualquier índole del trabajador que se encuentre desvinculada de una afectación de derechos fundamentales del empleador.

Dicho esto, y al tenor de lo anteriormente expuesto, es posible advertir algunas situaciones paradigmáticas a la luz de una ponderación de derechos en casos donde si existe colisión de derechos fundamentales:

En primer lugar, casos donde primaría la libertad de expresión por razón de que su ejercicio se considera más relevante que los intereses empresariales en juego. Lo anterior atendido que la expresión de ese discurso es manifestación de la defensa de intereses legítimos del propio trabajador o de protección de intereses de la comunidad, como serían por ejemplo, las denuncias en las redes sociales por falta de cumplimiento de derechos laborales o las denuncias públicas por cuestiones de seguridad alimentaria o de funcionamiento de la empresa. A pesar que estas denuncias causan un daño a la imagen de la empresa – una manifestación de la propiedad-, en estos casos, para decirlo en lenguaje de ponderación de derechos, la afectación a los intereses empresariales es menor que el intereses protegido por la libertad de expresión.

En segundo lugar, aquellos casos donde primarían los intereses protegidos por los derechos fundamentales del empleador por sobre la libertad de expresión. Se trata de todos aquellos casos donde las expresiones vertidas o conductas registradas en las redes sociales suponen una intensa afectación de la imagen como manifestación de la propiedad de la empresa o la propia honra del empleador, que no se ve compensada por la importancia del discurso en cuestión.

De este modo, las expresiones injuriosas o calumniosas o las incontrovertiblemente ofensivas contra la empresa, el resto de los trabajadores o del empleador, vertidas por facebook, twitter o youtube, deben considerarse contrarias a derecho y la protección de la libertad de expresión que las ampara debe ceder por los derechos fundamentales del empleador o tercero en juego en cada caso en cuestión. Ello porque afectan gravemente el derecho a la honra y no aparecen como mayormente relevantes para la libertad de expresión del trabajador. En esta misma situación, se encontrarían aquellas conductas que quedan registradas en redes sociales que suponen un incumplimiento legal y/ o contractual grave según el ordenamiento laboral de que se trate, y que afectan intereses de reconocimiento constitucional del empleador.

En tercer lugar, se encuentran los casos difíciles. Particularmente aquellas situaciones que ya se ven en el derecho comparado que podríamos denominar el “discurso crítico” del trabajador que se expresa a través de las redes sociales.

¿Qué hacer con el discurso crítico – esto es, aquellas expresiones negativas, a veces acidas y otras hirientes- del trabajador para con su empleador?

De partida, la extendida idea en el derecho laboral de que el trabajador tiene un deber de “no criticar” en absoluto o al menos de no criticar en forma acida o agresiva a la empresa, se ve claramente confrontada por la doctrina contemporánea de la libertad de expresión, que sostiene, como ya dijimos, que en el núcleo de ese derecho se encuentra “una posición hiperprotectiva de la expresión, aún más protectora del pensamiento crítico”<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> GARGARELLA, R. Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II, AbeledoPerrot, Argentina, 2008, p. 745.

La idea de que el trabajador tiene un deber especial de cuidado con los intereses de la empresa que se traduciría en una suerte de recorte del derecho a la libertad de expresión es una cuestión especialmente cuestionable: la libertad de expresión es un derecho fundamental que extiende toda su capacidad de acción cualquiera sea la calidad del sujeto que la ejerce, y sus límites deben necesariamente venir sostenidos en otros derechos fundamentales del empleador o de terceros.

En ese sentido, no existe ningún derecho fundamental del empleador que tenga como contenido algo así como una inmunidad al discurso crítico de sus trabajadores. De hecho, los intentos doctrinarios por sostener esa inmunidad del empleador han supuesto siempre el uso de categorías infra-constitucionales, y por tanto, sin la fuerza jurídica necesaria para limitar la libertad de expresión de rango constitucional.

Dicho de otro modo, ni el deber de buena fe, ni menos deberes éticos de naturaleza puramente contractual, tienen la jerarquía jurídica suficiente para pretender erigirse como el fundamento de una restricción a la libertad de expresión del trabajador en términos de impedir el discurso crítico del trabajador contra la empresa.

Eso no quita, obviamente, que la solución de algunos de estos casos –los más difíciles, por cierto,- supondrá un delicado ejercicio de delimitación por el aplicador del derecho: aquellas hipótesis de hecho donde el discurso crítico traspasa la barrera de la ofensa de gravedad, convirtiéndose en una afectación del derecho a la honra del empleador. Aunque ahí, nuevamente, quedará planteado el escenario de una colisión de derechos fundamentales para ser resueltas igual que antes: la aplicación del principio de proporcionalidad.

En este punto, de los casos difíciles, es necesario hacer una consideración adicional sobre la libertad de expresión del trabajador involucrada en el uso de las redes sociales. Si bien el modo más razonable de resolver casos de colisión de derechos como lo ya apuntados es la aplicación del principio de proporcionalidad, es necesario considerar la denominada doctrina de los “derechos preferentes”.

Según esta doctrina la libertad de expresión goza de una suerte de plus de protección en relación al resto de los derechos fundamentales, por su íntima vinculación con la democracia. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente” (La colegiatura obligatoria de los periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85).

Aplicado a lo laboral la cuestión parece sencilla: en los casos difíciles, como el que explicamos del discurso ácidamente crítico del trabajador en redes sociales, esta idea ampliamente aceptada por la jurisprudencia de los derechos humanos del derecho internacional, fija una interesante regla de solución: debe preferirse la libertad de expresión del trabajador por sobre el daño a los intereses constitucionales de la empresa involucrados.

# La libertad ideológica o de pensamiento y la libertad religiosa como derechos fundamentales inespecíficos del trabajador

María Laura HERNÁNDEZ SIERRALTA

Profesora de Pregrado y Posgrado de la Universidad Fermín Toro  
y de la Universidad de Carabobo

“Traten a los demás como ustedes quisieran ser tratados”. (Mt 7-12)  
“Ama a tu prójimo como a ti mismo”. (Mc 12-31)  
Jesús de Nazaret

El amor al prójimo se traduce en el respeto de los derechos de los que es acreedor, en su condición de ser humano.

## Sumario

I) Introducción. II) Antecedentes. III) Ideología y Trabajo. IV) Religión y Trabajo. V) Límites a los derechos fundamentales de libertad de ideología y libertad de religión. VI) Dificultades laborales que pueden presentarse con ocasión de los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de religión. VII) Conclusiones.

## **Resumen**

En la presente ponencia se comenta el contenido de los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de religión, partiendo de la base de que los mismos forman parte de los denominados derechos fundamentales “inespecíficos” de los trabajadores, entendiéndose por éstos, derechos que posee el trabajador en su condición de ser humano y ciudadano, que adquieren una dimensión laboral en cuanto se ejercen en el seno de la empresa.

Además del contenido de los referidos derechos, en la ponencia se describe como el ejercicio de los mismos puede armónicamente llevarse a cabo en el marco de las relaciones laborales. Así mismo, se describe como pueden enfrentarse con los derechos del empleador, en los cuales encuentran límites. Para resolver el conflicto señalado se acoge la propuesta del “juicio de proporcionalidad”, ilustrado con parte de la doctrina y con algunos casos decididos por los tribunales de Canadá, Perú y el Continente Europeo.

**Palabras clave:** Libertad, derechos fundamentales, relaciones laborales.

## **Abstract**

In this paper the content of the rights to freedom of belief and freedom of religion is discussed, on the basis that they are part of so-called “nonspecific” fundamental rights of workers, defined as rights which has the worker in his capacity as a human being and citizen, who acquire a labor dimension as exercised within the company.

In addition to the content of those rights, the paper described as the exercise thereof can harmoniously take place in the context of labor relations. It also describes how they can deal with the employer’s rights in which are limits. To resolve the conflict noted the proposed “test of proportionality”, illustrated with some legal and some cases decided by courts in Canada, Peru and the European Continent is welcomed.

**Keywords:** Freedom, fundamental rights, labor relations.



## **INTRODUCCIÓN**

Hablar de derechos fundamentales supone conjugar un tema jurídico con un tema que tiene que ver con la humanidad como parte de la creación. Los derechos fundamentales –que hoy día constituyen un catálogo de normas establecidas en los ordenamientos jurídicos que conforman y sustentan las bases de una sociedad– son preexistentes a la ciencia misma del Derecho, pues éstos son inherentes al ser humano en su condición de tal y han existido y existen aún cuando no hayan sido incorporados como normas en el Derecho Positivo.

El reconocimiento de tales derechos, cuyo centro referencial integral es la persona, la incorporación de los mismos en los textos constitucionales y tratados internacionales, así como el establecimiento de los mecanismos para su ejercicio y las sanciones en caso de su inobservancia, son el fruto de arduas luchas y lamentables sufrimientos del andar de las civilizaciones, en pos de la construcción de la democracia como sistema político que permite la creación de una estructura jurídica y política que les sirve de cimiento.

En la presente ponencia haremos referencia a la libertad ideológica o de pensamiento y a la libertad religiosa como derechos fundamentales del trabajador como persona y como ciudadano, que se ejercen en la sociedad en general, pero que tienen una repercusión concreta en la relación de trabajo, razón por la que forman parte de los denominados derechos fundamentales laborales inespecíficos, los cuales son, en palabras de Manuel Carlos Palomete y Manuel Álvarez de la Rosa, *derechos del ciudadano trabajador que ejerce como trabajador-ciudadano*<sup>1</sup>.

## **ANTECEDENTES**

En la historia de la humanidad, durante siglos predominó el modelo de sociedades con un pensamiento único. El grupo hegemónico imponía su ideología y su religión y ambas eran de obligatoria aceptación. La disidencia, las más de las veces perseguida, en todo caso no era bien aceptada. Excepción notable de este modelo lo constituyeron las sociedades griegas.

La Revolución de los Estados Unidos de América y la Revolución Francesa, dieron un vuelco total al proclamar la libertad de pensamiento e ideología y la libertad de religión, éstas dejaron de ser una realidad impuesta por los detentadores del poder y pasaron a ser patrimonio sagrado e inviolable de la conciencia de cada individuo.

En la enmienda Número I de la Constitución de los Estados Unidos de América se establece:

“El Congreso no aprobará ninguna ley con respecto al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre

<sup>1</sup> Manuel Carlos Palomeque y Manuel Álvarez de La Rosa. “Derecho del Trabajo”. Ramón Areces. Madrid. 2002. p. 180.

ejercicio de la misma o que coarte la libertad de palabra o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios”.

Por otro lado, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en París en 1789 se consagró:

**Art. 11:** *“La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”.*

Hoy día la libertad de ideología, de expresión y de religión, forman parte del patrimonio jurídico común de la humanidad. Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU proclamada en 1948 se dispone:

**Art. 18:** *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: ese derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”*

Con posterioridad a la citada declaración, en el Derecho Internacional Público se han generado una diversidad de instrumentos normativos y de sistemas relativos a los derechos humanos<sup>2</sup>. El reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores y la importancia que revisten en el ámbito de la relación de trabajo y en la empresa, han determinado un cambio en el sistema de relaciones existentes en la misma. Tanto ello es así, que en el mundo contemporáneo se ha venido desarrollando una fuerte concepción de una empresa humanizada, en la cual no sólo se toman en cuenta los valores del capital y la producción, sino que adquiere importancia preponderante la esencia de la persona como integrante de la realidad empresarial.

## IDEOLOGÍA Y TRABAJO

Hemos dicho que la libertad ideológica y de pensamiento es un derecho humano fundamental. Ser libre para sostener una ideología o un pensamiento, idea u opinión sobre cualquier sujeto, sistema político o realidad, significa no estar subordinado ni a personas, ni a gobiernos ni a grupos sociales, que puedan influir en la persona imponiendo o presionando para introducir en su fuero interno contenidos ideológicos diferentes a los que ella ha desarrollado. La libertad ideológica faculta a la persona para pensar, obrar o dejar de hacerlo y asumir en

<sup>2</sup> Véase Héctor Jaime Martínez “Los derechos fundamentales del trabajador (especial referencia al Derecho Comparado”. “Derecho del Trabajo”. Fundación Universitat. Barquisimeto. 2008.

Véase Arturo Bronstein “Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos actuales”. Plaza y Valdes, Madrid y OIT. 2010.

relación al universo que lo rodea, las posturas que su conciencia le dicta, con independencia de presiones externas.

Podría pensarse que en el momento de la contratación, el trabajador en uso de su libertad contractual puede decidir unirse o no a un determinado patrono, considerando las políticas generales de la empresa, si éstas están en armonía con su forma de pensar y de concebir la vida y el trabajo, se verá animado a establecer el vínculo laboral. Si por el contrario, su ideología y forma de pensar son antagónicas a las políticas de la empresa, no se verá animado a contratar. Pero esto no es tan obvio. Por una parte, no siempre el tema de las ideologías se maneja en forma tan transparente que permita al trabajador una opción de este tipo. Por otra parte, la necesidad de conseguir un medio de subsistencia puede determinar que el elemento ideológico no sea prioritario para la toma de decisión de un trabajador de unirse laboralmente con su empleador.

El derecho a la libertad ideológica o de pensamiento, está íntimamente vinculado al derecho a la libertad de expresión, pues se trata justamente de poder expresar aquello que pensamos, sentimos y constituye toda nuestra estructura mental e interior. La libertad de pensamiento sin libertad de expresión es una libertad “muerta”. Los seres humanos por naturaleza necesitamos expresar nuestros pensamientos, ideas, conceptos, sentimientos y opiniones y el poder hacerlo dignifica al ser humano y reivindica el concepto de persona como sujeto único e irrepetible que piensa, actúa, construye y transforma un país, una sociedad, una empresa, una familia, un hogar.

El tema de la libertad de ideología es un tema muy sensible, sobre todo en determinados países y momentos históricos, pues abarca la libertad de pensamiento u opinión política. La prohibición de discriminación por razones de pensamiento político ha sido desarrollada por la comisión de expertos de la OIT.

Lamentablemente en el campo de las relaciones laborales, especialmente en el sector público, son frecuentes las prácticas que ejercen presión contra los trabajadores, violentando su libertad ideológica y de expresión, estableciendo políticas de adoctrinamiento y sumisión de los trabajadores a una “colonización ideológica y de pensamiento” que puede llegar a afectar sus condiciones laborales, pues en muchos casos, los ingresos, beneficios y ascensos, son medidos, ya no por la capacidad y rendimiento del trabajador en su puesto de trabajo, sino por su grado de sumisión a las actividades y expresiones propias del “ciudadano-trabajador-adoctrinado-colonizado-manipulado”. Esto es absolutamente contrario y violatorio a los derechos fundamentales a los que nos hemos referido y es especialmente grave cuando se establecen sanciones a trabajadores en el caso de que no asistan a manifestaciones, charlas y/o actividades propias organizadas por el gobierno y dominados por el pensamiento político que pretende robar la libertad del trabajador que no asiste porque en su fuero interno, su pensamiento e ideología, corresponde a otro criterio.

El Convenio fundamental 111 de la OIT promueve la igualdad y pretende erradicar cualquier tipo de discriminación utilizando entre los criterios de ésta el de la opinión política.

Conforme lo establece la Comisión de Expertos en su informe para la 83.a Conferencia Internacional del Trabajo de 1996:

*“los casos en los cuales se tiene en cuenta el criterio de la opinión política como condición necesaria para ejercer un empleo deben poder someterse, bajo el control de la jurisdicción, a un examen objetivo que permita establecer si dicha condición se justifica realmente o no a las exigencias inherentes del empleo”.*

Es decir, debe hacerse una evaluación objetiva del puesto de trabajo para determinar si se justifica que para otorgar el cargo se debe pertenecer a una determinada corriente política o si el hecho de pertenecer a una ideología contraria a la del empleador puede producirle un daño a éste.

## **RELIGIÓN Y TRABAJO**

La libertad de Religión es la facultad del ser humano de creer o no creer o de seguir y practicar o de no hacerlo, los preceptos y cultos de una religión. En el sentido positivo, esta libertad se expresa en la capacidad e independencia de practicar la religión que dicta la razón y el espíritu de la persona.

Según el Catecismo de la Iglesia Católica la libertad es:

*“El poder, radicado en la razón y en la voluntad, de obrar o de no obrar, de hacer esto o aquello, de ejecutar así por sí mismo acciones deliberadas. Por el libre arbitrio cada uno dispone de sí mismo. La libertad es en el hombre una fuerza de crecimiento y de maduración en la verdad y la bondad (...)”.*

Según el Diccionario de la Real Academia Española Religión es:

*“El conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, especialmente la oración y el sacrificio para darle culto”.*

Atendiendo a este concepto, si la persona se siente realmente identificada y es practicante de su religión, cualquiera que ella sea, compromete gran parte de su vida al pertenecer a ésta y lo natural es que ese compromiso se manifieste en sus obras y posturas frente a las varias circunstancias de su existencia. Lo mismo ocurre con el trabajador en la empresa. Al ingresar a ésta, no se despoja de sus creencias y convicciones religiosas, no se quita su Cruz, su Estrella de David, ni se saca de la cartera su estampita de la Virgen María en la advocación de la Divina Pastora.

Cuando una persona profesa una religión y se siente unida a su Dios con una fe ferviente, en su corazón y en su razón florece el deseo de vivir conforme a las enseñanzas de esa Divinidad. Ello supone en el creyente una permanente revisión de su conducta a fin de constatar que exista una congruencia entre lo que cree y lo que hace, entre lo que predica y lo que deja de hacer. El creyente debe

cultivar la dimensión religiosa y personalísima del trabajo. No debería haber ninguna contradicción entre religión y trabajo. Se trata de dos realidades diferentes, pero que pueden conjugarse armónicamente en el desempeño de un ejercicio laboral compatible con los dictados de la ética religiosa que profese el trabajador y respetando la diversidad de creencias de quienes conviven en el ámbito laboral.

### **LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE IDEOLOGÍA Y LIBERTAD DE RELIGIÓN**

Los derechos fundamentales que venimos comentando, al igual que el resto de los derechos que consagran la Constitución y las leyes, encuentran límite en el respeto a los otros derechos establecidos por el ordenamiento jurídico.

Al respecto, es ilustrativa la opinión de Jesús María Casal cuando señala:

*“Valores como el de la igualdad y el de la libertad, o derechos como la libertad de expresión y el derecho al honor y a la vida privada, entrarían en un conflicto insalvable si fueran concebidos aisladamente, en lugar de verlos como parte de un conjunto axiológico, como pieza de un ordenamiento constitucional que procura la realización de los distintos valores sobre los que descansa. (...) cuando se presentan conflictos se procura preservar la armonía del sistema, no mediante la sumisión total de unos valores a otros, fundamentada en la supuesta prevalencia abstracta u ontológica de los segundo, sino tratando de asegurar en la mayor medida posible, la observancia de cada valor, fijando el punto de equilibrio en atención a las circunstancias del caso y a los principios del ordenamiento”<sup>3</sup>.*

Enfocando el derecho de libertad de pensamiento y de religión como generadores de atributos que corresponden a los trabajadores en el marco de la relación laboral, es necesario concluir que el límite de tales derechos está dado, en primer lugar, por los derechos del patrono con quien mantienen esa relación y por los derechos de sus compañeros de trabajo. Por otra parte, es necesario señalar que el ejercicio de tales derechos no puede alterar el orden social, el cual también constituye un límite.

En la presente ponencia nos referiremos específicamente a los límites establecidos con ocasión de los poderes y prerrogativas patronales.

El límite principal que encuentran dentro de la relación de trabajo los derechos de los trabajadores a la libertad de pensamiento y de religión está dado por el derecho a la libertad de empresa, el cual supone el poder de dirección patronal y el poder de organización empresarial. Ambos poderes son inherentes a la persona del patrono y le dan la facultad de organizar la empresa en la forma en

<sup>3</sup> Jesús María Casal. “Constitución y Justicia Constitucional. Publicaciones UCAB. Caracas. p. 29.

que considere conveniente y en este sentido fije normas, establezca reglamentos internos y cree estatutos que rijan su funcionamiento.

El problema se presenta cuando los trabajadores en el ejercicio de sus derechos enfrentan los derechos patronales, los cuales son igualmente legítimos. Para resolver el tema de los conflictos entre los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores y los referidos poderes o prerrogativas del patrono y lograr el equilibrio, el profesor Palomeque propone lo que denomina “juicio de proporcionalidad”. Sostiene Palomeque:

*“De modo que toda medida restrictiva de un derecho fundamental deberá superar el correspondiente “juicio de proporcionalidad”, para lo que será imprescindible comprobar si cumple tres requisitos o condiciones: 1) si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto [juicio de idoneidad]; 2) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia [juicio de necesidad]; y, finalmente, 3) si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto [juicio de proporcionalidad en sentido estricto]”<sup>4</sup>.*

Wilfredo Sanguinetti Raymond desarrolla este principio de proporcionalidad y hace interesantes reflexiones sobre su aplicación a la solución de los conflictos entre derechos fundamentales y poderes empresariales. Señala Sanguinetti:

*“Aplicada al contrato de trabajo, la “ley de la ponderación” permite entender que cuanto más intensa sea la limitación del derecho fundamental que experimenta el trabajador como consecuencia de una actuación empresarial, más extraordinario deba ser el interés a satisfacer por el empleador mediante el ejercicio de la libertad de empresa, o más grave el sacrificio que se le impondría de no poder satisfacerlo, para que pueda justificarla. Del mismo modo que, en la situación inversa, cuanto más intensa sea la limitación de la libertad de empresa que es capaz de ocasionar la pretensión del trabajador de ejercer su derecho fundamental más extraordinario debe ser el interés a satisfacer por el mismo, o más grave el sacrificio que se le impondría de no poder satisfacerlo, para que se la considere válida desde la perspectiva constitucional”<sup>5</sup>.*

El juicio de proporcionalidad, tal como queda explicado por los autores citados, puede ser utilizado como una herramienta para la solución de los conflictos intersubjetivos a que nos venimos refiriendo, de manera tal que en cada caso el Juez considerando todos los derechos que asisten a las partes y verificando las tres condiciones anteriormente transcritas, dictará una sentencia que procurará establecer el equilibrio.

En cuanto a la libertad de expresión del pensamiento del trabajador, observamos que la misma está limitada por los deberes que para él supone la sujeción al

<sup>4</sup> Manuel Carlos Palomeque. op.cit. p. 22.

<sup>5</sup> Wilfredo Sanguinetti Raymond. Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales. Derecho del Trabajo, N° 11. Fundación Universitas. Barquisimeto. Mayo 2011 p. 120.

poder directivo del empleador y la obligación de proceder de buena fe en la relación de trabajo. El trabajador tiene un deber de obediencia, lealtad y de respeto al empleador. Tales deberes, que deben considerarse desde la perspectiva del sistema de deberes y derechos establecidos por el ordenamiento jurídico laboral, limitan su ejercicio a la libertad de pensamiento, la cual, como hemos dicho, se manifiesta en la libertad de expresión.

En efecto, el trabajador al ejercer la libertad de pensamiento no puede emitir opiniones agresivas o burlescas que puedan constituir una falta de respeto al patrono, que le afecten en su prestigio o que expongan públicamente informaciones de naturaleza confidencial. En el próximo capítulo expondremos algunas situaciones en las cuales se pueden presentar conflictos entre el derecho del trabajador al libre pensamiento o ideología y los poderes y prerrogativas del empleador.

Igualmente el derecho del trabajador a la libertad de religión tiene sus límites. El trabajo no debería ser un obstáculo para la vivencia religiosa. El creyente puede desempeñar su trabajo dentro la perspectiva de su propia religión siempre y cuando no perjudique el debido equilibrio con los poderes y prerrogativas del empleador y con el mantenimiento del orden social. No puede el creyente pretender que la empresa y la sociedad se estructuren y funcionen atendiendo los patrones de su religión, pero tampoco puede el trabajador renunciar a sus íntimas convicciones religiosas en función de las exigencias laborales. He allí donde pueden presentarse conflictos entre la libertad religiosa del trabajador, los poderes del empleador y el mantenimiento del orden social. Es entonces, cuando se requiere hacer un esfuerzo para lograr un equilibrio entre los valores o derechos encontrados, a cuyos efectos nos remitimos a las anteriores citas de los profesores Palomeque y Sanguinetti. En el siguiente capítulo de la presente ponencia expondremos situaciones que pueden presentar conflictos entre el derecho a la libertad religiosa y los poderes del empleador o el mantenimiento del orden social.

#### **DIFICULTADES LABORALES QUE PUEDEN PRESENTARSE CON OCASIÓN DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y A LA LIBERTAD DE RELIGIÓN**

Tal como hemos señalado en el ámbito de la relación de trabajo pueden presentarse situaciones de dificultad con ocasión del ejercicio de los derechos a la libertad ideológica y de religión del trabajador en relación al ejercicio de los poderes de dirección y organización del empleador, los derechos de los compañeros de trabajo y el mantenimiento del orden social.

#### **CASOS SOBRE LIBERTAD IDEOLÓGICA O DE PENSAMIENTO**

El trabajador tiene un derecho fundamental a tener su propio pensamiento e ideología. Este derecho se manifiesta en la libertad de expresión, ya que sin ésta la libertad de pensamiento sería una “libertad de papel”. En consecuencia, no puede el empleador con fundamento en su poder de dirección impedir que el trabajador exprese libremente su pensamiento, siempre que lo haga en dentro de los límites anteriormente referidos (obediencia, respeto y lealtad). Tampoco

puede imponerle la obligación de asistir a actividades de un determinado grupo político o ideológico, ni el uso de colores, imágenes, prendas y en general propaganda alusivas a éste.

Por su parte, en atención al deber de confidencialidad, un trabajador no puede en ejercicio de su libertad de expresión revelar secretos industriales de su empleador. Sería una falta de lealtad del trabajador el asistir a actividades en las que se apoye el producto de la competencia, ni tampoco ni puede públicamente emitir opinión ni juicios de valor susceptibles de causar daño a su empleador.

Arturo Bronstein señala que la libertad de expresión del trabajador *“ha tenido una tendencia interesante”* y que en comparación con los años 50 se la favorece por encima del deber de lealtad y el deber de no alterar la paz de la empresa. Bronstein hace referencia a un interesante caso que trata del despido de un trabajador francés de la industria química, quien en una entrevista periodística habló de las condiciones laborales y de los turnos nocturnos de la empresa para la cual prestaba servicios. Su empleador consideró que se había desacreditado a la empresa y por ello lo despidió. La Corte de Casación sostuvo que el despido era nulo y que el trabajador había sido víctima del patrono por haber ejercido su derecho constitucional a la libertad de expresión<sup>6</sup>.

En este mismo orden de ideas, Héctor Jaime Martínez comenta la sentencia 227/2006 de fecha 17 de julio de 2006 del Tribunal Constitucional Español, mediante la cual se anuló una sentencia que había declarado procedente el despido de un profesor, quien en el marco de una reunión con representantes de alumnos, hizo críticas a las autoridades de la institución para la cual prestaba servicios. Señala Jaime que la sentencia anulada justificó el despido por cuanto los hechos del profesor se apartaban del ejercicio legítimo de sus derechos a la libertad de expresión y de información en el desarrollo de la acción sindical, ya que:

*“(...) había desbordado en su ejercicio los límites derivados de los vínculos jurídico-laborales, al quebrantar los deberes objetivos que se derivan de la buena fe que preside la relación laboral, por revelar datos de los que sólo tuvo conocimiento por razón de su trabajo, con fines privados, utilizando la reunión y la información en beneficio de su intereses laborales como vía de presionar a la empresa dentro de la problemática interna entre la dirección y el profesorado (...)*

*El Tribunal Constitucional desestimó la argumentación de la recurrida sobre la siguiente base: “la ponderación realizada por la Sentencia impugnada de las circunstancias concurrentes en el caso no resulta conforme a los derechos y valores constitucionales en juego, toda vez que en el presente caso la sanción de despido impuesta no puede*

---

<sup>6</sup> Arturo Bronstein, ob. cit. en la nota 2, p. 180.



*afirmarse que fuera una medida ni estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales ni proporcional y adecuada para su consecución*<sup>7</sup>.

En cuanto a los empleados públicos, Bronstein refiere que los tribunales han aceptado limitaciones sobre la libertad de expresión y sobre su derecho a participar en actividades políticas. Cita como ejemplo el hecho de que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha defendido la constitucionalidad de una ley que establece la prohibición a *“la mayoría de los empleados federales y a muchos de los que trabajan para los Estados”*, de tener actividad política incluso fuera de su jornada laboral horas de trabajo, aún cuando *“no se hayan identificado como empleados públicos”*<sup>8</sup>.

En Venezuela, se han verificado lamentables y grotescos sucesos que han constituido severas violaciones a los derechos fundamentales de libertad ideológica y de pensamiento. Grandes víctimas de estas violaciones han sido los empleados públicos, los cuales se han visto constreñidos a participar en actividades políticas aún cuando no sean de su preferencia. Al mismo tiempo, se da el caso de discriminación con motivo de sus simpatías políticas que ha dado lugar incluso a la pérdida del puesto de trabajo. Así mismo se han dado casos en los cuales se ha restringido la libertad de expresión de trabajadores de los medios de comunicación social, cuyos patronos, bien por ideologías propias o por presiones recibidas directas o indirectamente por parte de las autoridades públicas, han puesto limitaciones en sus trabajos de opinión, cobertura e información.

#### **CASOS SOBRE LIBERTAD RELIGIOSA**

Hemos dicho que el derecho del trabajador a la libertad religiosa puede desarrollarse armónicamente con los poderes del empleador dentro de la empresa, con los derechos de los otros trabajadores y con el orden social. Pero la diversidad de religiones y el hecho de exista libertad de cultos, puede dar lugar a situaciones capaces de generar conflictos, especialmente cuando el trabajador profesa una religión y dentro de la empresa o en la sociedad, privan criterios que pueden ser contrarios con prácticas de la religión del trabajador, bien sea porque provengan de otra religión o de una concepción laicista.

Podemos ilustrar nuestra idea con algunos ejemplos tales como el caso de trabajador del sector publicidad que pertenece a una religión que va en contra del aborto y en ejecución de su contrato de trabajo se le ordene hacer un video para favorecer esta práctica o el caso de trabajador que conforme a sus preceptos religiosos, debe dedicar un tiempo a la oración a una determinada hora del día que coincide con su jornada de trabajo.

<sup>7</sup> Héctor Jaime Martínez, ob. cit. en la nota 2. p. 613.

<sup>8</sup> Arturo Bronstein, Ob. cit. p. 227.

Bronstein nos presenta en su obra “Derecho Internacional y Comparado del Trabajo” un abanico interesante de casos, los cuales utilizaremos para ilustrar la presente ponencia<sup>9</sup>. La Corte Suprema de Canadá consideró que el empleador tenía que pagar a sus profesores judíos el salario correspondiente al día en el que no habían prestado servicios, por causa de estar cumpliendo con el precepto religioso del Yom Kippur.

En Europa, por el contrario, el tribunal apoyó la negativa del patrono de rechazar la solicitud de un trabajador de cambiar su turno de trabajo para asistir a un servicio religioso. En otro caso, la Corte de Casación francesa estableció que el patrono empleador no estaba obligado a cambiar las tareas de un carnicero musulmán, el cual se negó a cortar carne de cerdo y fue despedido. La Corte sostuvo que en todo caso, el derecho del trabajador de negarse a cortar carne de cerdo debería haber sido previamente expresamente establecido, lo cual no ocurrió.

En relación a la postura de la Comisión Europea de Derechos Humanos, Bronstein señaló que ésta consideró que la negativa a un maestro de escuela de religión musulmana de acudir a la mezquita los viernes en horas de la tarde, no era contrario al artículo 9 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos: *“considerando que la autoridad educativa había alcanzado un equilibrio justo entre los deberes religiosos y la necesidad de tener un horario escolar eficiente”*<sup>10</sup>.

En sentido contrario, en Perú, la Corte Constitucional favoreció el día de adoración al Señor de un médico de un hospital público perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día:

“Durante muchos años su jornada laboral no incluía los sábados, pero en 2001 su empleador introdujo una reorganización de las horas de trabajo que establecía turnos de trabajo en distintos días, incluyendo los sábados. El demandante llevó entonces su caso ante el Tribunal Constitucional, alegando que había sido discriminado a causa de su religión.

*Dada las circunstancias del caso, el Tribunal concluyó que la objeción de conciencia del recurrente estaba bien fundada, por cuanto que el demandado no había acreditado evidencia objetiva sobre la que el Tribunal pudiera haber confirmado que el cambio de turnos laborales era debido efectivamente a los intereses superiores de la institución, lo cual –si fuere cierto– podría haber justificado que los derechos del reclamante fueran ignorados”*<sup>11</sup>.

En cuanto al uso de ciertos símbolos religiosos la citada obra refiere:

<sup>9</sup> Arturo Bronstein, ob.cit. pp. 180 al 185.

<sup>10</sup> Arturo Bronstein, ob.cit. pp. 181.

<sup>11</sup> Arturo Bronstein, ob.cit. pp. 182.

*“Más recientemente, el uso ostensible de ciertos símbolos religiosos como el pañuelo islámico (hijab) ha sido objeto de controversia que atrajo la atención de los medios y público en general. En dos casos que llegaron al Tribunal Europeo de Derechos Humano, éste mantuvo que en las circunstancias concretas que rodeaban ambos casos, la prohibición del hijab no entraba en contradicción con el artículo 9 del Convenio europeo de derechos humanos<sup>13</sup>. (...) En uno de estos casos<sup>14</sup>, el Tribunal consideró justificada la prohibición de llevar el hijab que el Departamento de Instrucción Pública de la República y Cantón de Ginebra, Suiza, impuso a una profesora musulmana con objeto de preservar la paz religiosa en la comunidad, especialmente si el colegio tiene alumnos procedentes de muy diversas tradiciones culturales. En el segundo caso, el Tribunal desestimó una solicitud de una estudiante en la Facultad de Medicina de la Universidad de Estambul que había sido excluida de la universidad porque insistió en vestir el hijab durante su asistencia a las clases, lo cual estaba prohibido por razones de laicismo”<sup>15</sup>.*

Como hemos visto, hay una interesante casuística mediante la cual los órganos competentes han venido resolviendo las complejas dificultades que se presentan en esta materia, pero en los casos particulares a los que hemos hecho referencia, podemos observar que los tribunales de Canadá y Perú, a diferencia de los Europeos, favorecieron la práctica religiosa de los trabajadores.

## **CONCLUSIONES**

- El ordenamiento jurídico contemporáneo ha venido elaborando un sistema de derechos humanos que tiene especial preponderancia en el mundo de las relaciones interpersonales, incluyendo el de las relaciones laborales.
- En el desempeño de sus labores, el trabajador goza tanto de los derechos que de manera específica le reconoce la legislación laboral, como de todos aquellos que le corresponden como ciudadano.
- En ejercicio de tales derechos, el trabajador se encuentra limitado por los derechos que a su vez el ordenamiento jurídico reconoce al empleador, concretamente, la libertad de empresa, el poder dirección y de organización, los cuales marcan fronteras que el trabajador debe respetar.
- Dentro de la empresa se pueden producir circunstancias en las cuales los derechos del trabajador entran en conflicto con los derechos del patrono. Tales conflictos deben resolverse en atención a los legítimos derechos de ambos sujetos. El establecimiento de un equilibrio pasa por estudiar, si la

<sup>15</sup> Arturo Bronstein, ob.cit. pp. 184.

medida que se pretende adoptar y que de una forma u otra afecta o limita el derecho de una de las partes, es *idónea, necesaria y proporcionada*.

- Los tribunales han acometido la solución de diversos casos en los cuales los límites en el ejercicio de los derechos del trabajador y del patrono han dado lugar a dificultades. En los casos examinados se pueden apreciar las diversas ópticas que han empleado. En todo caso, su esfuerzo se orienta hacia la búsqueda del equilibrio.

Barquisimeto, febrero de 2015.

# Derecho fundamental de la igualdad versus la desigualdad en las relaciones laborales

Andrés FRANCHI MUÑOZ

Magister Derecho de la Empresa Universidad del Desarrollo Concepción. Magister (C) en Derecho Privado Universidad Nacional de Rosario. Santa Fe. Argentina

## Sumario

1. El derecho a la igualdad como derecho fundamental.
2. El derecho a la igualdad al interior de la relación laboral.
3. Mecanismos compensatorios positivos.
  - 3.1. Las normas laborales son de orden público.
  - 3.2. La irrenunciabilidad de los derechos laborales.
  - 3.3 Los derechos fundamentales como límites.
4. Mecanismos compensatorios negativos.
5. Bibliografía.

## Resumen

El derecho de igualdad ante la ley es un derecho fundamental universalmente reconocido, no siendo el ordenamiento jurídico chileno una excepción, ya que éste recibe consagración en el artículo 19N°2 de la Constitución de 1980 con el agregado que se prohíbe además toda discriminación arbitraria.

Al interior de la relación laboral el derecho fundamental a la igualdad recibe plena aplicación y vigencia, sin embargo, dada la naturaleza asimétrica de ésta, en virtud de la cual, la persona del trabajador queda sometida a las potestades de mando, disciplinaria y direccional del empleador, la igualdad ante ley se ve mermada y descompensada, requiriendo de una protección especial por parte del legislador, de ahí que el derecho del trabajo deviene en una legislación con vocación protectora de este último.

En aras de esta finalidad protectora, el legislador crea mecanismos compensatorios de la desigualdad con que se presenta la relación laboral, tanto positivos como negativos.

Los mecanismos positivos son el carácter de orden público de las normas laborales, la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores vigente la relación laboral, y los derechos fundamentales como límites a las potestades del empleador.

Los mecanismos negativos están constituidos principalmente por la prohibición de forma de discriminación arbitraria, contemplando un procedimiento especial

para ello en la actualidad, como es el de tutela por vulneración de derechos fundamentales.

A través estos mecanismos se pretende que frente a la desigualdad económica con que se presenta la relación laboral existe una igualdad jurídica real, para que dicha forma el derecho a la igualdad tenga una aplicación real y en su verdadera dimensión en el ámbito del contrato de trabajo.

**Palabras claves:** igualdad, desigualdad, relación laboral.

### **Abstract**

The right to equality before the law is universally recognized as a fundamental right, not being the Chilean legal system an exception, since it receives consecration in Article 19N 2 of the Constitution of 1980 with the addition that arbitrary discrimination is also prohibited.

Within the employment relationship the fundamental right to equality receives full implementation and enforcement, however, given the asymmetric nature of it, under which, for the worker is subject to the powers of command, discipline and Directional employer, equality before law is crippled and unbalanced, requiring special protection by the legislature, hence labor law becomes a vocation protective legislation of the latter.

For the sake of this protective purpose, the legislature creates compensatory mechanisms of inequality that both positive and negative employment relationship is presented.

Positive mechanisms are the basis of public policy of labor standards, the indispensability of the rights of workers current employment, and fundamental rights as limits to the powers of the employer.

Negative mechanisms are mainly constituted by the prohibition of arbitrary form of discrimination, including special procedure for this at present, such as custody for violation of fundamental rights.

Through these mechanisms are intended to address the economic inequality that the employment relationship occurs there is a real legal equality, so that this way the right to equality have a real application and its true dimension the scope of the employment contract.

**Keywords:** equality, inequality , employment.

## **1. EL DERECHO A LA IGUALDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

El derecho a la igualdad es sin duda uno de los derechos fundamentales clásicos, y que viene siendo reconocido en forma universal por todas los países del orbe y por los organismos internacionales, ya a partir de las revolución francesa, cuyo emblemático lema *“libertad, igualdad, y fraternidad”*, era fiel reflejo de dicha legítima aspiración ciudadana, cuyo corolario fue su inserción dentro del catálogo de derechos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de fecha 26 de agosto de 1879, que establece en su numeral primero: *“Que los hombres nacen libres e iguales en cuanto a sus derechos. Las distinciones civiles solo podrá fundarse en la utilidad pública”*.

El ordenamiento institucional chileno en la actualidad no es ajeno a dicha consigna ya que en EL artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, garantiza a todas las personas:

“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombre y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias”.

Dicho texto recoge una tradición de larga data dentro del constitucionalismo nacional, ya que el derecho a la igualdad fue por primera vez incorporado en el Reglamento Provisorio de 1812<sup>1</sup>, manteniéndose su reconocimiento en los textos de todas las constituciones siguientes hasta llegar a la de 1980, la cual incorporó una notable innovación en relación a sus predecesoras, cual fue establecer la prohibición de establecer diferencias arbitrarias, lo que fue insertado gracias a la moción que al efecto realizase el comisionado don Alejandro Silva Bascuñán<sup>2</sup>.

Lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental se ve complementado por diversos tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile que hacen expresa referencia al derecho fundamental de igualdad ante la ley y la prohibición de establecer discriminaciones arbitrarias como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Naciones Unidas<sup>3</sup>, la Convención Interamericana de Derechos Humanos<sup>4</sup>, y la Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación

<sup>1</sup> Gómez Bernaldes, Gastón, *El principio de la igualdad constitucional*, en 20 Años de la Constitución Chilena, Editorial Conosur, pág. 165 y sgts.

<sup>2</sup> Ver Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Sesión 93.

<sup>3</sup> “Artículo 3°: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”

“Artículo 26: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

<sup>4</sup> “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexos, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>5</sup>, los cuales tiene vigencia y aplicabilidad inmediata y directa en el ordenamiento jurídico nacional, atendido lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de 1980<sup>6</sup>.

El fundamento de la igualdad ante la ley como derecho fundamental debe necesariamente encontrarse en la igual dignidad de toda persona humana, lo que también es reconocido por Carta Magna al dispone en su artículo primero que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Humberto Nogueira Alcalá nos señala que: *“una noción de la igual dignidad de los seres humanos es aquella que se predica como valor espiritual y moral inherente a toda persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, llevando consigo la pretensión del respeto por parte de los demás y la idea que las personas son siempre sujetos y nunca instrumentos o medios para el desarrollo de otros fines”*<sup>7</sup>.

En este sentido, cabe tener presente que la dignidad de la persona humana debe tenerse como criterio interpretativo de orden superior conforme al cual todo el ordenamiento jurídico debe interpretado conforme a él, no pudiendo ser afectado por ninguna garantía o derecho ni por decisión de autoridad alguna, afirmándose que: *“siempre la dignidad de la persona está sobre todo principio o valor, por tanto, ninguna norma jurídica ni un derecho de la persona puede ir en contra de la dignidad humana, ya que esta constituye su propio fundamento y el mínimo de humanidad respecto del cual no está permitida realizar diferenciaciones”*<sup>8</sup>.

Como puede apreciarse, el contenido del derecho fundamental de la igualdad ante la ley tiene dos aristas, una positiva, consistente en que desde el punto de vista sociológico se reconoce a todas las personas como iguales y como titulares de los mismos derechos cuanto se encuentran en idéntica situación, sin que en este aspecto puedan establecerse diferencias basadas en razón de sexo, clase, estirpe, o condición, y ello es independiente de la calidad de nacional o extranjero<sup>9-10</sup>; y la segunda, de orden negativo, en cuanto prohíbe establecer

<sup>5</sup> "Artículo 2°: "Los Estados Parte condenan la discriminación de la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medio apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, y, con tal objeto, se compromete a. a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquiera otra legislación apropiada el principio de igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio".

<sup>6</sup> "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacional ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

<sup>7</sup> Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo 2. Derechos del pensamiento libre, derechos de seguridad jurídica, derechos de libertad colectiva y derecho a un ambiente libre de contaminación. Editorial Librotecnia. Santiago. Segunda Edición. Año 2010. Pág. 222.

<sup>8</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. Ob. Cit. Pág. 223.

<sup>9</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, Ob. Cit. Pág. 224.

<sup>10</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yean y Bosico v/s República Dominicana, Sentencia de fecha 8de septiembre de 2005, párrafo 155 resolvió que: "La Corte considera necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa".



diferenciaciones o discriminaciones de orden arbitrario, mandato que va dirigido tanto a la autoridad como a los particulares, ello por el principio de la primacía vinculación directa contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución de 1980<sup>11</sup>.

Nótese, que lo que el constituyente sanciona son las diferenciaciones arbitrarias, de lo que se colige, que es posible realizar tanto por parte del legislador, del ejecutivo, o por un particular diferenciaciones, siempre que ellas no estén fundadas en la arbitrariedad, entiendo por tales aquellas que carecen de una justificación objetiva y razonable.

La Excelentísima Corte Suprema entiende por discriminación arbitraria: *“toda diferenciación o distinción realizada por el legisladora o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o un proceso normal de análisis intelectual ; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas e iguales circunstancias”*<sup>12</sup>.

Acerca de la posibilidad de que el legislador pueda establecer diferenciaciones el Tribunal Constitucional ha resuelto que: *“no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe un indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter arbitrario”*<sup>13</sup>.

Lo destacable de la prohibición de diferencias arbitrarias es que su establecimiento vino a dar vida a esta garantía, dando paso hacia adelante y no quedando como un mera declaración de principios, señalándose sobre este punto que: *“la prohibición de arbitrariedad queda transformada en lo que Zolo, sobre la base de Kelsen, llama un derecho justiciable, o en lo que Ferrajoli, más modernamente, llama un derecho dotado de garantía secundaria, es decir, accionable en juicio”*<sup>14</sup>.

En efecto, el constituyente para asegurar la debida protección del derecho de igualdad ante la ley lo incorporó dentro de los derechos que se encuentran tutelados a través de la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución y reglamentado en el Auto Acordado Sobre Tramitación y Fallo de la Acción de Protección, en virtud del cual, cualquiera persona que vea afectado su derecho de igualdad ante la ley, por un acto u omisión que tenga los caracteres de ilegal y arbitrario, ya emane de autoridad o de un particular, y que implique una privación, perturbación, o amenaza del mismo, puede recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva, para que dicho Tribunal de Alzada conociendo de

<sup>11</sup> Ver Nogueira Alcalá, Humberto. Ob. Cit. Pág. 227.

<sup>12</sup> Sentencia de fecha 24 de mayo del año 1991, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII, Pág. 182.

<sup>13</sup> Sentencia de fecha 30 de enero de 2008. Rol número 986-2008. Considerando trigésimo segundo.

<sup>14</sup> Rojas Sepúlveda, Mario. ¿Igualdad jurídica en Chile?, en Revista Actualidad Jurídica N° 4-julio 2001, Pág. 203.

esta acción, adopte las medidas pertinentes al restablecimiento del imperio del derecho, y al cese del acto u omisión lesivo del derecho fundamental de la igualdad ante la ley.

Por último, en materia laboral el constituyente hizo aplicación específica del derecho fundamental de la igualdad ante la ley y la prohibición de establecer diferenciaciones arbitrarias en el artículo 19 N° 16 inciso 3° del Constitución Política de 1980 en cuando prohíbe establecer discriminaciones arbitrarias que no se basen en la capacidad o idoneidad personal, sobre la cual volveremos más adelante en este trabajo.

## 2. EL DERECHO DE LA IGUALDAD AL INTERIOR DE LA RELACIÓN LABORAL

Sin duda que cuando el derecho fundamental a la igualdad ante la ley hace su ingreso al Derecho del Trabajo, y particularmente, al contrato individual de trabajo, lo hace en aguas que son sinuosas, y cuya navegación va ser siempre a viento en contra, en lo que a la tutela de dicha garantía se refiere.

Enefecto, la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, principios contractuales clásicos, se basan y tienen su fundamento último en la igualdad de los contratantes, de ahí que ninguna de las partes merezca o amerite una mayor protección por parte de la institucionalidad jurídica en post de la otra, sin embargo, esta igualdad en el Derecho del Trabajo no existe, se quiebra, pues éste nace y desarrolla porque regula una realidad contractual distinta, que es la relación laboral, la que por antonomasia es asimétrica, en el entendido de que empleador y trabajador nunca podrán ser mirados como partes iguales de la relación contractual, habida consideración de que una de ellos, el trabajador, siempre va a quedar sometido en su persona y sus derechos, al poder o potestad de mando, disciplinaria, y direccional de la otra parte, el empleador, quien en aras de dichas prerrogativas se coloca en posición jurídica evidentemente más favorable que su contraparte.

En consecuencia, y atendido la situación fáctica de desmedro en que se posiciona el trabajador frente al empleador, el Derecho del Trabajo emerge como una legislación con un carácter esencial protector de la parte débil de la relación laboral, esa es su naturaleza y finalidad, el Derecho del Trabajo nace con fin en sí mismo que es proteger a la persona del trabajador.

Sobre este punto, Oscar Hernández Álvarez acertadamente nos ilustra al afirmar que: *“el Derecho del Trabajo nace con vocación de tutela”*<sup>15</sup>, particularmente como un: *“sistema integral de tutela laboral que en lo individual vino a proteger sistemáticamente los derechos de quien trabaja y en lo colectivo privilegió la libertad sindical en sus diversas manifestaciones”*<sup>16</sup>.

Sergio Gamonal Contreras nos señala sobre este punto que: *“en el contrato de trabajo observamos un ámbito donde la personalidad del trabajador y su interés*

<sup>15</sup> La Tutela del Trabajo ¿A quién proteger y como proteger?, en Revista de Derecho del Trabajo Número 7 (extraordinaria) 2009. Homenaje a los maestros Efrén Córdova y Néstor de Buen, Fundación Universitas, Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela, Pág. 1057.

<sup>16</sup> Hernández Álvarez, Oscar, Ob. Cit. Pág. 1059.

*moral y extrapatrimoniales encuentran especialmente comprometidos y, por ello, se requiere de una intervención legislativa de protección*<sup>17</sup>.

Ahora, como no es posible restablecer la igualdad sustantiva o matemática entre empleador y trabajador como partes de la relación laboral, el Derecho del Trabajo, siendo eminente proteccionista emplea y utiliza mecanismos tendientes a menguar la desigualdad originaria, y ello con la finalidad precisa de dar debido resguardo a la persona del trabajador y a sus derechos, tanto específicos como inespecíficos, porque pretender tender a la igualdad absoluta sería una mera entelequia, ya que colisionaría necesariamente con la realidad y, particularmente, con el objeto de protección de esta particular rama del derecho.

Los mecanismos compensatorios los podemos clasificar en positivos y negativos. Positivos, denominamos aquellos instrumentos que el ordenamiento jurídico laboral se vale para tratar de compensar la desigualdad de la relación laboral, protegiendo al trabajador en su persona y sus derechos, de forma genérica y bajo la forma de mínimos regulatorios, pues se entenderá que existen además numerosas normas particulares o específicas que también y, sin duda alguna, tienen la misma finalidad protectora, ya que el Derecho del Trabajo es por esencia protector, pero ello está dado para situaciones particulares. Entre estos mecanismos se encuentran el carácter de orden público de las normas laborales, irrenunciabilidad de los derechos, y los derechos fundamentales como límites.

Negativos, está constituido principalmente por el mandato de prohibición de efectuar discriminaciones arbitrarias, y lo hemos denominado negativo, porque no está estatuido como una ventaja a priori, sino que un mandato de prohibición, que emerge precisamente cuando éste es vulnerado, ya sea por actos discriminatorios acaecidos durante todo el *iter* de la relación laboral como a su término, donde puede hablarse de despido discriminatorio o atentatorio de derechos fundamentales.

### **3. MECANISMOS COMPENSATORIOS POSITIVOS**

#### **3.1. LAS NORMAS LABORALES SON DE ORDEN PÚBLICO**

Las normas de Derecho del Trabajo son de orden público, y ello quiere significar que ellas no son disponibles por las partes del contrato dentro del mínimo regulatorio establecido por el legislador, son necesariamente imperativas, quedando fuera del marco de negociación que pudiesen tener las partes dentro del ámbito de su libertad contractual, y ello es de dicha forma, por un razón bastante sencilla, si permitiese a las partes disponer libremente de las normas laborales bajo el mínimo regulatorio, lisa y llanamente, la finalidad protectora del Derecho del Trabajo desaparecería, quedando la regulación de relación de trabajo entregado a la parte que tuviese un poder de negociación más fuerte, lo que es precisamente lo que el Derecho del Trabajo quiere evitar a toda costa, atentando contra su vocación de protección.

<sup>17</sup> El Principio de Protección del Trabajador en la Constitución Chilena, en Revista Estudios Constitucionales. Año 11. N° 1. Año 2013. Pág. 426.

En consecuencia, el carácter de orden público de las normas laborales implica la exclusión a priori de la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación de la relación laboral, en donde la voluntad de las partes carece de preponderancia, siendo suplida en muchos aspectos por las normas laborales que al respecto contengan mínimos regulatorios.

Francisco Walker Errázuriz y Pablo Arrellano Ortíz nos señalan que: *“El orden público ha sido siempre un aspecto fundamental del Derecho del Trabajo, que debe ser entendido en forma tal que los derechos por las leyes laborales no pueden ser disminuidos por la voluntad de las partes”*<sup>18</sup>.

Así, podemos entender por Orden Público Laboral - siguiendo a Rodríguez Mancini- como: *“una limitación a la autonomía individual, dispuesta por la ley, con miras al interés general”*<sup>19</sup>.

El carácter de orden público de las normas de Derecho de Trabajo trae aparejada diversas consecuencias de la naturaleza práctica, a saber:

- a). En el orden espacial, las leyes laborales rigen todas las relaciones, salvo aquellas que sea excepcionadas expresamente por el legislador;
- b). En el orden temporal, rigen siempre *in actum*, aún cuando entren a modificar o alterar contratos individuales o colectivos actualmente vigentes;
- c). En relación con el conflicto con un precepto emanado de otra fuente del derecho, la norma laboral prima, salvo que aquellas sean más favorables para el trabajador, y es por ello que se habla de del carácter unilateral del orden publico laboral<sup>20</sup>.

Ahora, el orden público laboral forma parte de orden público general, *“diferenciándose de éste por su carácter unilateral, destinado a proteger al trabajador subordinado, como parte débil de la relación laboral. Este carácter unilateral se concreta en la idea de que el orden público y las prohibiciones de derogación en el derecho laboral, tienen un sentido distinto al derecho civil, ya que solo se excluye la derogación en perjuicio del trabajador, y por el contrario, se admiten los pactos individuales o colectivos, más favorables al trabajador. Este carácter unilateral se denomina principio “de favor” o “mayor beneficio”*<sup>21</sup>.

El Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente el carácter de orden pública d las normas laborales la resolver que: *“el arresto a que den lugar las normas analizadas no apuntan al cumplimiento de una obligación civil, sino, por el contrario, a lograr el cumplimiento de una resolución judicial y de obligaciones legales de orden público, como son aquellas que se refieren al trabajo y la libertad sindical. Además la sentencia que la requirente no ha cumplido hasta ahora impone una obligación de hacer y no una de dar, al estipular el reintegro de los trabajadores despedidos”*<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Derecho de las Relaciones Laborales. Editorial Librotecnia. Primera Edición Santiago. Año 2014. Pág. 62.

<sup>19</sup> Gamonal Contreras, Sergio. Fundamentos de Derecho del Trabajo. Editorial LexisNexis. Santiago. Año 2008. Pág. 17.

<sup>20</sup> Ver Gamonal Contreras, Sergio. Ob. Cit. Pág. 18.

<sup>21</sup> Gamonal Contreras, Sergio. Ob. Cit.. Pág. 18.

<sup>22</sup> Causa rol número 1971-2011, sentencia de fecha 13 de diciembre de 2011.

### **3.2. IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES**

Del hecho de que las normas del Derecho del Trabajo sean de orden público deriva y se extrae el que los derechos de los trabajadores sean irrenunciables mientras éste vigente la relación laboral.

Alejandro Castello nos ilustra acerca del fundamento del irrenunciabilidad de los derechos laborales al expresar que ésta: *“hunde sus raíces en los fundamentos más profundos de la disciplina y constituye un elemento central de la protección que el Derecho Laboral confiere al trabajador, ya que sería un contrasentido que el ordenamiento jurídico reconociese un derecho o beneficio y simultáneamente admitiese la facultad de éste para disponer del mismo”*<sup>23</sup>.

El destacado profesor Américo Pla nos señala que: *“la noción de irrenunciabilidad puede expresarse en términos generales como la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio”*<sup>24</sup>.

La irrenunciabilidad está consagrada en el artículo 5 inciso 2 ° del Código del Trabajo, que dispone expresamente que:

“Los derechos establecidos por la leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

Del precepto legal en comento se desprenden dos aspectos que es necesario destacar.

En primer término, lo que son irrenunciables son los derechos establecidos por las leyes laborales, de lo que se desprende de los que emanan de la voluntad de las partes si son disponibles. Sobre este punto William Thayer nos precisa que: *“la irrenunciabilidad comprende a los derechos que confieren las leyes laborales, no a los que emanen de la voluntad de las partes en virtud de un acuerdo individual o colectivo”*<sup>25</sup>.

En segundo término, la irrenunciabilidad rige mientras la relación laboral se encuentre vigente, cesando una vez que ésta expira, momento a partir del cual los derechos que se hubiesen devengado durante el iter del contrato de trabajo y respecto de los cuales el trabajador tenga la calidad jurídica de acreedor son perfectamente disponibles por parte de ély, por ende, renunciables, y ello sin duda, tiene una lógica absolutamente dogmática, que es que habiendo terminado el contrato de trabajo el trabajador deja de ser tal, ya no está sometido en su persona y derechos a los potestades de mando, disciplinaria, y direccionales del empleador, por lo tanto, el Derecho del Trabajo no tiene a nadie a quien tutelar, porque el que era la parte débil de la relación contractual dejó lisa y llanamente de serlo.

<sup>23</sup> Irrenunciabilidad, en Estudios de Procedimiento Laboral en Iberoamérica. Homenaje a: don Rafael Alburquerque. Tomo II. Santo Domingo. República Dominicana. Pág. 519.

<sup>24</sup> Los Principios del Derecho del Trabajo. Tercera Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. Año 1998. Pág. 118.

<sup>25</sup> Texto, Comentario, y Jurisprudencia del Código del Trabajo. Tercera Edición Actualizada. Ediciones Universidad Católica. Año 2013. Pág. 52.

### 3.3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES

El artículo 5 inciso 1° del Código del Trabajo estatuye perentoriamente que:

*“El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar su intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.*

Este precepto legal no formaba parte del actual Código del Trabajo en versión original, sino que fue incorporado por la Ley N° 19.759, publicada en el Diario Oficial en el 3 de octubre del año 2001, y que viene a constituir el reconocimiento expreso a lo que la doctrina laboral ha denominado *“La ciudadanía en la empresa”*, y que es la culminación de un largo proceso, que buscaba el pleno reconocimiento y protección de los derechos fundamentales inespecíficos al interior de la relación laboral por parte de los operadores del mundo de trabajo.

En efecto, en los últimos años se ha producido en Chile un proceso que se ha denominado *“Constitucionalización del Derecho del Trabajo”*, que ha implicado que se ha desarrollado un proceso investigación y estudio de naturaleza interdisciplinaria entre el derechos constitucional y el derecho laboral, labor que se ha llevado adelante principalmente en los que se refiere a los derechos fundamentales denominados inespecíficos, y a la vigencia de éstos al interior de la relación de trabajo, pasando en definitiva éstos han constituirse en un límite a las potestades de mando, disciplinarias y direccionales del empleador, propias del carácter asimétrico dentro del cual se desarrolla la relación laboral y, en definitiva, el contrato de trabajo. Se ha denominado también a este fenómeno como: *“un proceso de reconstrucción teórico-jurídico del contrato de trabajo”*<sup>26</sup>.

Durante mucho tiempo el derecho laboral fue mirado, analizado y estudiado como una rama más del derecho privado. La relación laboral y el contrato de trabajo eran visualizados como un vínculo entre privados, en que se fundada la potestad de mando, disciplinaria y direccional del empleador en la autonomía de la voluntad y que, en definitiva, era el dependiente quien consentía en ello, en el marco de una concepción netamente liberal, sin embargo, con el tránsito hacia una visión del Estado más social, se empezó a comprender que siendo la relación laboral asimétrica, en que el empleador se posiciona sobre el trabajador dada las potestades que a éste le asisten sobre la persona del trabajador y sus derechos, el Estado debe necesariamente tener un intervención más intensa en la relación del trabajo, dictando en consecuencia, normas protectoras de los derechos de esta parte más débil. La Constitución Mexicana de 1917 y La Carta de Weimar de 1919 son los primeros textos que consagran garantías propiamente laborales, marcando un hito en esta materia.

Sin embargo, el paso antes mencionado resultaba aún de suyo insuficiente y limitado.

<sup>26</sup> Melis Valencia, Cristian Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Editorial Legal Publishing Abeledo Perrot. Santiago. Año 2009. Pág. 2.

En efecto, los resguardos, tutelas y normas proteccionistas adoptadas por el ordenamiento jurídico nacional amparaban derechos de naturaleza eminentemente laboral, y que eran protectoras de derechos que le asistían al trabajador en su calidad, como la justa retribución, el derecho a negociar colectivamente, etc, pero no se concebía al trabajador como titular derechos fundamentales de una naturaleza distinta a la antes mencionada, existiendo una disociación que estaba marcada por el haz derechos que a una persona le asistían en calidad de tal, como titular derechos subjetivos públicos, y los que le asistían como trabajador, no generándose una comunicabilidad entre ambas calidades, sin que existiese una razón legítima para justificar dicha disociación ni práctica ni dogmática.

En efecto, los derechos fundamentales fueron siempre concebidos como un límite al poder del Estado para el recaudo de aquellos derechos subjetivos de los ciudadanos que no podían ser avasallados por el ente estatal, sin embargo, éstos empezaron a conceptualizarse no solo como un límite al poder estatal sino que también pasaba a constituir una limitante a nivel horizontal, esto es, en relaciones privadas habidas entre particulares, entre ellas el contrato de trabajo.

Es el constitucionalismo alemán quien elaboró la doctrina *Drittwirkung der Grundrechte* (efecto frente a terceros de los derechos fundamentales) y cuyo autor es Hans Carl Nipperdey, quien dicta el 18 de enero de 1958 la sentencia conocida como *Lüth-Urteil*, reconociendo la igualdad salarial entre hombres y mujeres, y su origen obedece a “*el creciente surgimiento y desarrollo de los centros de poder privado y tránsito del Estado libera de Derecho al Estado Social de Derecho, todo ello teniendo como marco doctrinal la teoría de los valores*”<sup>27</sup>.

Resulta indudable, que una sociedad cada vez más globalizada, los centros de poder privado, como son por ejemplo las empresas multinacionales, van adquiriendo cada vez un poder mayor que sobrepasa en muchos casos las fronteras territoriales de los estados en que tienen asentada su presencia material, desplegando en definitiva su actividad en diversos países del orbe, y es tal su magnitud y el tamaño del negocios y el desarrollo de las actividades económicas que emprenden, que los derechos fundamentales de los trabajadores que prestan servicios personales remunerados bajo subordinación y dependencia, pueden ser fácilmente afectados, y en consecuencia, se concibe como límite a los centros de poder privados a los derechos fundamentales de los dependientes<sup>28</sup>, ya que en estas relaciones laborales, que son siempre asimétricas, la autonomía de la voluntad no pasa de ser en la actualidad un mero dogma, quedando el trabajador altamente expuesto a sufrir vulneraciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales al interior de la empresa.

Para hacer frente a dicha realidad nefasta, se empezó a concebir al trabajador como titular de una serie de derechos que escapaban del campo propiamente laboral, derechos que no eran propios del derecho del trabajo, porque no regulan

<sup>27</sup> Melis Valencia, Cristian, Ob. Cit., Pág. 12.

<sup>28</sup> Ver Melis Valencia, Cristián, Ob. Cit. Pág. 14 y sgts.

o garantizan derechos de esta naturaleza, sino que eran de un contenido distinto, pero que eran del tal trascendencia o preponderancia que era indudable que debían tener aplicación dentro del marco de la relación laboral, aunque no fueran derechos propiamente laborales, y que éstos debían tener una aplicación inmediata o directa al interior de la relación de trabajo, aunque ellos no estuvieren señalados de forma expresa en el contrato de trabajo o no fuesen objeto de regulación específica de la legislación laboral, y los cuales además debían ser respetados por el empleador, a pesar de lo expresado, hablándose de “*ciudadanía en la empresa*”, como habíamos anticipado al iniciar este apartado.

A estos derechos que no eran propiamente laborales se les denomina “*derechos laborales inespecíficos*” en contraposición al término obviamente de “*derechos laborales específicos*”<sup>29</sup>, que son en definitiva aquellos que tienen un contenido propiamente laboral o hacen referencia a derechos laborales puros, como son por ejemplo el derecho a una justa remuneración, el derecho a negociar colectivamente, etc., que tienen en la Constitución Política de 1980 una regulación propia y específica<sup>30</sup>. En otras palabras, derechos laborales inespecíficos “*son aquellos derechos respecto de los cuales el trabajador es titular no en cuanto trabajador—como son los típicamente laborales—sino en cuanto ciudadano: se trata pues, de derechos de consagración constitucional que no son estrictamente laborales y que pueden ser ejercidos fuera del ámbito de la empresa, pero también dentro de ésta, éste es el punto*”<sup>31</sup>.

Pues bien, los derechos laborales inespecíficos son aquellos derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República de Chile de 1980 cuyo contenido no es el derecho de naturaleza laboral, como por ejemplo el derecho al respeto y protección de la vida e integridad física psíquica, el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de los cultos y la libertad de emitir opinión e informar sin censura previa, sin embargo, por el principio de la legalidad, dado por el carácter de norma fundamental de la Carta Magna, en virtud del cual todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse conforme y según la Constitución y de aplicación obligatoria, reciben aplicación inmediata o directa dentro del ámbito de la relación laboral, debiendo ellos ser respetados imperativamente por parte del empleador, lo que se denomina “*eficacia horizontal*” de los derechos fundamentales.

Esta eficacia inmediata quiere significar que se considera a los derechos fundamentales: “*como derechos subjetivos públicos reforzados por la garantía constitucional, oponibles erga homines sin necesidad de mediación*”<sup>32</sup>, siendo en definitiva su oponibilidad al empleador su efecto primordial, quien además deberá respetarlo debidamente, siendo exigibles al empleador por parte del

<sup>29</sup> Ver en este sentido Gamonal Contreras, Sergio, Los derechos del trabajador en la Constitución Chilena, en Derechos Fundamentales Homenaje al Profesor Patricio Novoa Monreal, Anuario del Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, Santiago, pág.33 y sgts.

<sup>30</sup> Ver artículos 19 N° 16 y N°19 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980.

<sup>31</sup> Melis Valencia, Cristian, Ob. Cit. Pág. 31.

<sup>32</sup> Melis Valencia, Cristian, Ob. Cit. Pág. 24.



trabajador, dentro del marco de la relación de trabajo, aún cuando el contrato de trabajo o la legislación particular en la materia no diga nada al respecto.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral tiene en Chile consagración expresa a nivel constitucional, ya que es la Constitución Política de la República de Chile de 1980 en sus artículos 6° y 7° quien consagra lo que se ha denominado en doctrina constitucional *“el principio de la vinculación directa”* en virtud del cual las normas consagradas en la Carta Fundamental obligaban dentro del territorio patrio a toda persona, institución o grupo de personas, siendo lo particular y trascendente del precepto que consagra no solo una eficacia vertical – ciudadano versus Estado- de las normas fundamentales, sino que establece y consagra una aplicabilidad y obligatoriedad de las normas constitucionales *erga homines*repciona la eficacia horizontal e inmediata de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral.

Sergio Gamonal Contreras prefiere hablar de *“eficacia diagonal”* en vez de utilizar la denominación de eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral, fundándose para la adopción de esta terminología en la asimetría que se presenta en el contrato de trabajo dada poder de mando, disciplinario y correccional que tiene el empleador sobre el trabajador, que hace que la relación laboral no se desarrolle ni desenvuelva en un plano de igualdad, sino que se materialice en forma diagonal y, en consecuencia: *“este contenido tan intenso desequilibra la relación empleador/trabajador, sustrayéndola de una eficacia horizontal y colocándola más bien en el horizonte de una eficacia diagonal de los derechos fundamentales entre particulares”*<sup>33</sup>.

Si bien, los artículos 6° y 7° de la Carta Magna no tienen una referencia expresa a los derechos laborales inespecíficos, sin duda que los comprende, y es por ello que algunos autores hablan de una *“recepción innominada”*<sup>34</sup> de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la fábrica.

Las normas constitucionales a la cuales hemos hecho referencia precedentemente, y que hacen aplicable la eficacia horizontal de los derechos fundamentales dentro de la relación de trabajo, existen en nuestro ordenamiento patrio desde la dictación y promulgación original de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, sin embargo, hasta el inicio de la década de los años noventa esta interpretación no se había llevado adelante en la forma antes mencionada, no relacionándose las normas constitucionales con las normas del derecho del trabajo en el aspecto que hemos venido reseñando.

En consecuencia, es a raíz de una relectura de la Carta Fundamental que se realiza teniendo en cuenta que el trabajador amén de ser dependiente es además persona tanto fuera como dentro de la fábrica, y como tal es titular de un haz de derechos fundamentales que son exigibles, tanto mientras preste sus servicios personales remunerados bajo subordinación y dependencia o mientras no los esté prestando, lo que implica una visión más humanista, en que se pone de

<sup>33</sup> Trabajo y Derecho, AbeladoPerrot Legal Publishing, Santiago, año 2010, pág. 63.

<sup>34</sup> Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, “Interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena. Editorial Conosur. Santiago, 1998, Pág. 157.

relieve y como principal objeto de protección a la persona humana, y que esta concepción no está en ningún caso separada o disociada de la calidad jurídica de trabajador que una persona pueda tener en un momento determinado, y que el haz derechos fundamentales inespecíficos que le asisten y merecen la adecuada tutela del ordenamiento jurídico, sea que éstos sean ejercidos dentro o fuera de la empresa, no existiendo ninguna razón jurídica válida para negar su aplicación cuando se está inmerso dentro del marco de una relación de trabajo, siendo ésta en definitiva un exégesis errónea que no guarda la armonía con las normas contenidas en la Carta Fundamental y que permiten sobradamente sostener la plena vigencia en Chile de la teoría de eficacia horizontal e inmediata de los derechos laborales inespecíficos al interior de la relación de trabajo. Concordamos, cuando se afirma que: *"el tema de los derechos fundamentales en la relación laboral ha llegado a Chile para quedarse"*<sup>35</sup>.

La eficacia horizontal de los derechos laborales inespecíficos que, según se ha reseñado precedentemente, se obtenía por medio de la hermenéutica constitucional, vino a tener a partir del año 2001 consagración legislativa expresa, dictándose al efecto una serie de normas al efecto que le daban aplicabilidad para ciertas materias, como eran la no discriminación o los límites del poder correccional del empleador.

Podrá apreciarse, como una primera observación, que la incorporación en el Código del Trabajo de normas que reconocen y garantizan los derechos laborales inespecíficos eran innecesarias, podrían perfectamente haberse omitido y no promulgarse los referidos cuerpos legales, ya que a las soluciones y postulados que consagraban o plasmaban las referidas reformas se podía llegar mediante la simple hermenéutica constitucional y la aplicación del principio de la vinculación directa de la normas constitucionales consagrados en los artículo 6° y 7° de la Carta Fundamental, y los cuales ya nos hemos referido.

Una segunda consideración a tener presente, es que como podrá apreciarse este reconocimiento de la eficacia horizontal de los de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral ha sido realizado por la legislatura ordinaria reformando al efecto el Código del Trabajo, siendo esperable y dogmáticamente correcto que ello hubiese emanado de una decisión del Tribunal Constitucional.

Sobre el tema en cuestión José Luis Ugarte Cataldo ha expresado que: *"curioso, en todo caso, el camino emprendido por el Derecho Laboral Chileno: en vez de esperar una decisión a nivel constitucional, que al modo europeo, incorpore la idea de la horizontalidad de los derechos fundamentales en relación laboral, ha decidido ni corto ni perezoso, incorporarlo a la legislación ordinaria. Difícil de explicar teóricamente hablando, ya que el efecto horizontal deriva de las propias normas, y de su carácter supremo en el orden normativo, y no de una declaración de la ley ordinaria"*<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Ugarte Cataldo, José Luis, Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: en el mundo de las palabras. Derechos Fundamentales Homenaje al Profesor Patricio Novoa Monreal, Anuario del Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, Santiago, pág.33 y sgts.

<sup>36</sup> El Nuevo Derecho del Trabajo, LexisNexis, Santiago, Año 2007, Pág. 123.

No obstante, los alcances formulados precedentemente, el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral mediante su consagración formal en normas del Código del Trabajo busca lograr un efecto que desde nuestro punto de vista podríamos calificar de *sociológico*, cual es recalcar y poner como objeto principal de preocupación del empleador a la persona del trabajador y sus derechos fundamentales, de ahí su consagración de forma expresa en el cuerpo legal del ramo mediante las normas que hemos referido y que en definitiva no es otra cosa que el reconocimiento del respeto y protección de la persona humana como valor fundamental del ordenamiento jurídico chileno y que, en último término, tiene su fundamento en el artículo 1 de la Constitución Política de 1980, en cuanto a que el Estado debe estar al servicio de la persona humana, lo cual debe estar presente en la regulación de la relación laboral.

En consecuencia, el gran mérito de reformas legislativas en materia de reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral radica en considerar al trabajador como persona, y ello ahora, no como una mera declaración romántica, sin contenido, sino que ahora este rasgo elemental se posiciona como una limitación a los poderes del empresario y se transforma además en protección inmediata de los derechos laborales inespecíficos, los derechos fundamentales, tanto específicos como inespecíficos, se erigen como una muralla insoslayable en resguardo del trabajador tanto frente al empleador como a la autoridad, los cual en ningún caso pueden vulnerados o conculcados, o sufrir menoscabo en su contenido esencial.

#### **4. MECANISMOS NEGATIVOS**

Los mecanismos negativos están dados fundamentalmente por la prohibición de establecer diferenciaciones arbitrarias, y que en materia de Derecho del Trabajo, se consagra en el artículo 19 N° 16 inciso 3° de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 que dispone expresamente que:

*“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.*

Se apreciará que la prohibición de discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personales no es más que una aplicación específica en materia laboral de la garantía constitucional de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamenta, la que en forma más genérica mandata que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, pudiendo perfectamente no existir dicha garantía en la Constitución, e igualmente se llegaría a la conclusión de que el trabajador no puede ser objeto de discriminaciones o diferenciaciones arbitrarias por parte del empleador, y ello en base al principio del vinculación directa de los preceptos constitucionales.

En cierta forma, esta relación de género a especie entre las garantía de la igualdad genérica consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución y su manifestación específica en materia laboral en el artículo 19 N° 16, justifica, en

nuestro entender, el hecho de que dicha garantía, en lo que se refiere a la prohibición de discriminación que no se base en la capacidad idoneidad personal, haya sido excluida del catálogo de derechos fundamentales que son objeto de la acción de protección contemplada en el artículo 20 de la Carta Fundamental.

Lo dispuesto por la Constitución debe necesariamente verse complementado por lo dispuesto en el artículo 2 incisos 1° y 2° del Código del Trabajo que disponen:

“Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación

*“Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.*

A primera vista, pareciese que la enumeración de los actos que puedan calificarse discriminatorios que realiza la norma legal precedentemente citada es taxativa, sin embargo, la doctrina nacional ha estimado que ello no así.

Sobre este punto José Luis Ugarte señala que: *“parece existir acuerdo en la comunidad jurídica de que se trata de un catálogo abierto y no taxativo”*<sup>37</sup>, y ello por un razón de hermenéutica constitucional.

En efecto, el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 prohíbe toda discriminación que no se base en la idoneidad o capacidad personal, mandato que, por cierto, es más amplio que la enumeración que hace el artículo 2 del Código del Trabajo, por lo que sostiene que dicha enumeración es meramente complementaria de la norma constitucional, pero que la discriminación que se protege es precisamente aquella a que hace referencia el texto constitucional<sup>38</sup>.

Es dable destacar, que si bien al promulgarse la Constitución Política de la República de Chile de 1980 la garantía de la no discriminación en materia laboral contenida en el artículo 19 N° 16 inciso 3° no fue objeto de amparo jurisdiccional específico a través del recurso de protección, en la actualidad dicha omisión fue salvada por el legislador, con la creación del procedimiento de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales.

A partir de la promulgación de la Ley N° 20.087, el 3 de enero del año 2006, entró regir en el ordenamiento jurídico nacional “El Procedimiento de Tutela Laboral”<sup>39</sup>, el cual pasó a incorporarse al párrafo 6°, Capítulo II, Título I, Libro V, del Código del Trabajo.

<sup>37</sup> El Derecho a la no discriminación en el trabajo. Colección Ensayos Jurídicos. Editorial Legal Publishing Thomson Reuters. Santiago, Primera Edición.. Año 2013. Pág. 58.

<sup>38</sup> Ver en este sentido, Ugarte Cataldo, José Luis, Tutela de derechos fundamentales del trabajador. Editorial Legal Publishing. Segunda Edición. Santiago. Año 2009. Pág. 34 y 35.

<sup>39</sup> El cual posteriormente ha sufrido modificaciones introducidas por la Ley N° 20.052, publicada en Diario Oficial con fecha 15 de febrero del año 2008; por la Ley N°20.260, publicada en el Diario Oficial 29 de marzo del año 2008; y por la Ley N° 20.587, publicada en el Diario Oficial el 17 de septiembre del año 2008.

La finalidad de éste es dar una protección eficaz, inmediata y directa a los derechos laborales fundamentales que específicamente se comprenden en las normas que lo regulan y que puedan verse vulnerados o conculcados durante la vigencia de la relación laboral o con ocasión de su término, cuando se ésta en presencia de un despido que puede afectarlos en su contenido esencial.

En la praxis, la acción de tutela pasó a ser la herramienta jurisdiccional efectiva a través de la cual los trabajadores pueden resguardar en forma real y efectiva sus derechos fundamentales cuando éstos sean conculcados por el empleador, la cual no se encontraba presente en nuestro ordenamiento laboral con anterioridad, llegando a afirmarse que: *“este procedimiento de tutela viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia oriental de este tipo de derechos en la relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo”*<sup>40-41</sup>.

Los derechos en especial tutelados son el derecho a la vida e integridad física y psíquica; el respeto y protección al vida priva y al honra de la persona y su familia; la inviolabilidad de todo forma de comunicación privada; la libertad de culto; la libertad de emitir opinión e informar; y la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección del trabajo, todos los cuales son garantías constitucionales consagradas respectivamente en el artículo 19 N° 1 inciso 1° , N°4, N°5, N° 6 inciso 1°, 12° inciso 1° y 16° inciso 1°, 2° y 4°, de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, que hoy reciben aplicación directa en la relación laboral a través de acción de tutela, según preceptúa el artículo 485 del Código del Trabajo.

Igualmente, y en este aspecto es quizás los más destacable en lo que a la garantía constitucional de igualdad antela ley se refiere ya en su manifestación genérica ya en su manifestación específica, cobra aplicación el procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales cuando se traté de conocer actos discriminatorios ocurridos durante la vigencia de la relación laboral, o a su término, conforme dispone el artículo 485 inciso 2° del Código del Trabajo, por que el trabajador queda expresamente amparado frente a los actos discriminatorios acaecidos durante la vigencia de la relación laboral como frente al despido discriminatorio.

---

<sup>40</sup> Ugarte Cataldo, José Luis, Tutela de derechos fundamentales del trabajador. Editorial Legal Publishing. Segunda Edición. Santiago. Año 2009. Pág. 23.

<sup>41</sup> Sobre este punto también se ha señalado que: “La plena vigencia de los derechos de ciudadanía al interior de la empresa requiere como condicio sine quanon, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos. En la práctica, los derechos fundamentales no pasan de ser meras entelequias en tanto los mecanismos de tutela de los mismos sean insuficientes o no funcionen adecuadamente o en la dirección correcta”, Melis Valencia, Christian. Ob. Cit. Pág. 71.



# Igualdad, igualitarismo y desigualdad: 3 conceptos que atañen a los derechos fundamentales en las relaciones laborales

Iván MIRABAL RENDÓN

Director-editor de la Revista Derecho del Trabajo  
Director de Universitas Fundación

*“El derecho es el conjunto de condiciones que permiten a la libertad de cada uno acomodarse a la libertad de todos”.*  
Immanuel Kant

## Sumario

Nota introductoria. 1. La igualdad como derecho fundamental en las relaciones laborales. 2. Igualdad, igualitarismo y desigualdad. 3. Conclusión.

## **Resumen**

La igualdad entre los ciudadanos debe estar referida a la paridad de trato, oportunidades, amor y respeto. Entendiendo que las personas son desiguales y diversas pues, imposible es, que el fundamento de la igualdad sea el igualitarismo.

**Palabras claves:** Derechos fundamentales, igualdad, igualitarismo.

## **Abstract**

Equality among citizens should refer to equal treatment, opportunities, love and respect. Understanding that people are unequal and various therefore impossible is that the basis of equality is egalitarianism.

**Key words:** Fundamental rights, equality, egalitarianism.



## NOTA INTRODUCTORIA

Sobre los derechos fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferente. Las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación, y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social, son sólo tres ejemplos. No existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos<sup>1</sup>.

Vale recordar que en la humanidad existen fuerzas poderosas que la ciencia explica a la luz de su filosofía, entendiéndose ésta, como el «amor por la sabiduría» a través del estudio de una variedad de asuntos fundamentales, como: la existencia, el conocimiento, la verdad, la moral, la belleza, la mente, las ciencias, el honor a la virtud, la simbología y el lenguaje, entre otros. Al abordar estos contenidos, es importante destacar que, la filosofía se distingue de la coacción de dogmas por argumentos racionales proveniente de librepensadores. Siendo que el conocimiento no puede imponerse por criterios de autoridad, sino debe atender a la inteligencia de lo racional acompañado de lo vivencial en virtud que, es altamente productivo que la persona aprenda la teoría y adicionalmente lo viva en experiencia propia, por cuanto la combinación de aplicar lo aprendido en la teoría para vivenciarlo en la práctica genera un conocimiento más profundo del asunto estudiado, incluso, puede suceder que lo aprendido se compenetra tanto con el ser que a veces se vuelve indescriptible. Aprehendiendo este conocimiento para aplicarlo en el mundo exterior y en el mundo interior.

Siendo así, es importante acotar que, para el estudio y análisis de doctrinas, las parábolas a través de su contenido simbólico generan piezas de gran ayuda para la comprensión de la estructuración de ideas. Así, utilizaremos la expresión simbólica de los ejemplos para analizar como el igualitarismo es generador de desigualdades entre los seres humanos que atentan contra la añorada igualdad. En virtud que, los símbolos, al ser tan antiguos como el ser humano, han sido manejados para expresar aquello que muchas veces no se podía transmitir, porque no se conocía el lenguaje, no podía explicarse con la retórica o simplemente estaba prohibido. Por cuanto, los símbolos han cumplido y cumplen un papel mucho más importante pues, permiten disponer de una herramienta insustituible para despejar el largo y difícil camino hacia la construcción de ideas. El símbolo no define, no nos da un único e inmutable significado de una cosa, sino que nos inspira, nos permite construir nuestra propia idea de lo que se trata. He ahí su importancia para la instrucción. También su finalidad.

Es por ello que, para obtener un mayor conocimiento de las cosas debe atenderse a la interpretación a través de la simbología. Vale afirmar que los símbolos tienen dos caras, **i)** la aparente y **ii)** la no visible; para poder lograr una correcta interpretación, no debe interpretarse, únicamente el símbolo, sobre una de las

---

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España (2002). p. 27.

dos mitades pues, el símbolo a primera vista nos da la sensación de apariencia de algo físico, pero detrás de ello hay una o varias interpretaciones no visibles, por ejemplo, cuando un hombre regala una rosa a una mujer, le está entregando un objeto material (lo aparente) que simbólicamente expresa afectividad y amor (lo no visible); o como cuando le dice este hombre a la mujer “te entrego mi corazón” eso no significa literalmente que se arrancará el músculo del corazón para entregárselo a su pareja, sino que, simbólicamente está infiriendo su gran afectividad y amor que siente por ella, por eso, para interiorizar el conocimiento en un mayor grado a través de la interpretación simbólica de las cosas, debe atenderse a la comprensión del símbolo desde sus dos mitades como un todo, como una circunferencia completa, trazada por un compás, para no quedarse sólo en lo aparente, sino poder interpretar y llegar a ver lo que no se ve, la mitad de lo no visible y esto nos ayudará a obtener un mayor dominio del conocimiento sobre las cosas, a través de esta interpretación.

Es así como el nivel, siendo una herramienta de construcción nos conlleva a generar una igualdad en la superficie de los edificios, sin tener que esperar de los constructores que usan esa herramienta hagan todas las superficies idénticas unas a otras. He ahí de dónde viene la diferencia fundamental de la igualdad y el igualitarismo que estructuraremos en el presente ensayo.

## **1. LA IGUALDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LAS RELACIONES LABORALES**

Del título de este trabajo, se desprende que se ha optado por la expresión *derechos fundamentales* para aludir a los derechos garantizados constitucionalmente, con las precisiones que seguidamente se formularán. Al igual que PECES-BARBA, pensamos que al tratar el tema, no debe incurrirse en ningún sustancialismo lingüístico, es decir, en la creencia de que cada uno de los términos enunciados corresponde a una esencia de la que es inseparable<sup>2</sup>. Como sucede con todo vocablo, su significación depende de una estipulación de sentido, condicionada por el uso y el contexto cultural. A veces los textos jurídicos adoptan resueltamente un término para referirse a un determinado contenido, marcando la pauta para el análisis, pero en la materia que nos ocupa ello no siempre ocurre, por el carácter poco sistemático de algunos catálogos de derechos y por el empleo de vocablos diversos para designar a los derechos allí reconocidos<sup>3</sup>.

Sin pretender resolver esta controversia, pudiera decirse que, los derechos fundamentales son, aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a patrimonios primarios, o básicos que incluyen a toda persona, por el hecho de su condición humana en garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus social, sexo, orientación sexual, etnia o nacionalidad, vinculación a partidos políticos,

<sup>2</sup> PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid (1995). p. 37.

<sup>3</sup> CASAL, Jesús María. Los Derechos Fundamentales y sus restricciones. Editorial LEGIS. Caracas (2010). p. 11.

gobernantes o gobernados. Éstos derechos son universales y no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente<sup>4</sup>.

Así, durante los siglos XVIII y XIX, se suscitaron una serie de acontecimientos históricos en los que se hacía presente las ideas de igualdad de los seres humanos. Todos ellos contribuyeron a la conceptualización de los derechos humanos. Entre ellos, se pueden destacar las ideas de Charles MONTESQUIEU (1689-1755) y Juan Jacobo ROUSSEAU (1712-1778) en Francia, que son fundamentales.

MOTENTEQUIEU criticó severamente los abusos de la Iglesia y el Estado. Al estudiar las instituciones y costumbres francesas de la época, dio formas precisas a la teoría del gobierno democrático parlamentario, con la separación de los poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; como mecanismo de control recíproco entre los mismos, acabando teóricamente con la concentración del poder en una misma persona, con los consecuentes abusos y atropellos que históricamente había producido el irrestricto poder del monarca en contra de los seres humanos y así poder generar una mayor igualdad de oportunidades entre los seres pertenecientes a la sociedad.

Por su parte, ROUSSEAU, denunció vigorosamente las injusticias y miserias resultantes de la desigualdad social de su época, propugnó la idea de una sociedad basada en la igualdad, en la que cada miembro, a la par que se somete a las decisiones de la comunidad, es al mismo tiempo parte del pueblo soberano, cuya voluntad general constituye la Ley. Cabe señalar que estas ideas favorecieron la elaboración progresista de los derechos humanos, al plasmar la necesidad de la existencia de una igualdad entre las personas, quienes deben someter su voluntad individual a la voluntad general de la sociedad, con el objeto de alcanzar el bienestar para todos.

Es de resaltar que los derechos fundamentales coexisten con el ser humano desde su nacimiento. Perteneciendo a su propia naturaleza. Igualmente su evolución y desarrollo dependerá del progreso de las personas como ser individual, así como el deseo por la libertad al desarrollo de su propia personalidad, sin más restricciones que, las impuestas por el respeto de los derechos de los demás, el orden público y las buenas costumbres<sup>5</sup>. Así, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos identificarse consigo mismos y con los otros<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Véase el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948).

<sup>5</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (CRBV). Gaceta Oficial Extraordinaria. Caracas 24/03/2000. **Artículo 19.** El Estado garantiza a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía es obligatorio para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen. **Artículo 20.** Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social.

<sup>6</sup> Derechos humanos. [on line] [consultado en fecha 08-07-2010], tomado de la worldwide web: [http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos\\_Humanos](http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_Humanos).

El profesor Michael HELMEYER<sup>7</sup> señala que la igualdad de todos los hombres es entonces establecida desde el principio de los tiempos “porque todos ellos, dotados de alma racional y creados a imagen de Dios, tienen la misma naturaleza y el mismo origen”<sup>8</sup>, ya que la Humanidad es una unidad fraterna conformada por el hombre y la mujer, disposición que incluso la legislación venezolana ratifica en la garantía del Estado de “la igualdad y equidad de mujeres y hombres en el ejercicio del derecho al trabajo”<sup>9</sup> y la Organización Internacional del Trabajo<sup>10</sup> establece en su Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, cuando expresa que debe ser eliminada la discriminación en materia de empleo y ocupación.

RICE señala que las “exigencias básicas del ser humano, en todos los tiempos, lugares y culturas que se van concretando en el curso histórico en derechos públicos subjetivos tanto individuales como sociales, que también tienen un punto en común al que todos se refieren, que es la necesidad de respetar la dignidad de la persona y de todos los valores que fluyen de esa dignidad son básicamente: la libertad, la igualdad y la solidaridad”<sup>11</sup>.

Como señala HELMEYER<sup>12</sup> que al hablar de estos conceptos de libertad e igualdad es casi imposible no hacer referencia a la laica frase y triple grito fundamental de la Revolución Francesa: Libertad, Igualdad y Fraternidad, justamente porque en ella misma se manifiesta y se exclama de forma precisa que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”<sup>13</sup>.

Llevándonos RICE y HELMEYER a recordar el postulado de la Revolución Francesa en 1789-1799: **Libertad, Igualdad y Fraternidad** que también puede extraerse de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento declarativo, aprobado en el año 1948 que, constituye la primera declaración universal que defiende los derechos y libertades fundamentales. La Declaración se compone de un preámbulo y treinta capítulos, que recogen derechos de carácter civil, social, económico, político y cultural. El documento no tiene obligatoriedad jurídica aunque por la aceptación que ha recibido por parte de los Estados Miembros, posee gran fuerza moral<sup>14</sup>. El primer artículo de la Declaración de Derechos Humanos recoge el postulado básico en que se sustenta: la libertad, la igualdad y la fraternidad que a través de su gramática genera una bella pieza arquitectónica, señalando que:

<sup>7</sup> HELMEYER, Michael y ELCHAER, Susana. Libertad Religiosa y Derecho al Trabajo. En: Revista Derecho del Trabajo N° 14. Universitas Fundación. Barquisimeto, Venezuela. pp. 22.

<sup>8</sup> Constitución “Gaudium et spes” Pablo VI, Obispo de la Iglesia Católica. 7 de Diciembre de 1965. Documentos del Vaticano II, Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 1968.

<sup>9</sup> Artículo 20 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras. Gaceta Oficial extraordinaria N° 6.076 del 07 de mayo de 2012

<sup>10</sup> En lo adelante OIT.

<sup>11</sup> RICE. Citado a su vez por: RUIZ Joaquín, en la obra: Aproximaciones epistemológicas a los derechos humanos. Buenos Aires (1984) p.p. 7.

<sup>12</sup> HELMEYER, Michael y ELCHAER, Susana. *Ibidem*.

<sup>13</sup> Artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

<sup>14</sup> En la presente edición se incorpora los comentarios de Jairo GARCÍA, profesor de Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Fermín Toro de Barquisimeto, sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. (Subrayado agregado).

Los derechos humanos son, desde una perspectiva preponderantemente filosófica, el concepto básico desde el cual se construyen jurídicamente los derechos constitucionales o derechos fundamentales, o los derechos humanos técnicamente entendidos como derechos proclamados y protegidos internacionalmente. Diversos estudios dedicados a estos derechos procuran identificar sus fuentes o premisas éticas e histórico-políticas, para lo cual generalmente se acude a la dignidad humana que les sirve de fundamento y a la idea (o ficción) del estado de naturaleza y del contrato social, y se enfatiza su carácter de derechos que corresponden a la persona en su condición de tal y no en virtud de un título jurídico (adquisitivo), así como la pretensión racional de universalidad que le es propia<sup>15</sup>.

La iniciación de los derechos fundamentales se remonta a la histórica lucha de todos nuestros antepasados por la libertad, libertad que siempre debe ser ejercida con responsabilidad en condiciones de igualdad de las personas entre ellas y frente al Estado. Dando paso, en el tiempo, a la construcción arquitectónica de otros derechos fundamentales o constitucionales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la salud, a la dignidad, al secreto de correspondencia, al trabajo, a la intimidad, al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la huelga, a la libre expresión, a la justicia, a la solidaridad, a la democracia, a la educación, a la propiedad, entre otros, pues, estos derechos no siempre se encuentran totalmente categorizados en normas, sino que pertenecen al ser humano por su condición de tal.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en las Constituciones Políticas y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos pues, la falta de ley que reglamente estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos (Art. 22 CRBV).

Siendo así, el poder público debe ejercerse al servicio del ser humano, no puede ser empleado este poder para transgredir derechos inherentes a la persona, sino que debe ser el vehículo para que todos equilibradamente podamos convivir en sociedad, en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial pues, el respeto al derecho ajeno es la paz, haciendo valer la tan añorada igualdad.

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, tiene el deber de respetar y garantizar, estando llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a

---

<sup>15</sup> *Ibídem.*

su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos<sup>16</sup>.

En la actualidad, los derechos humanos, fundamentales o constitucionales, son valores que están altamente vinculados con la esencia de la persona. Su titularidad se inicia con el nacimiento, sin ningún tipo de excepción. Derechos que deben ser respetados y garantizados por todos los Estados del mundo a través de los sistemas de organización que componen la sociedad y el sistema de justicia con igualdad de condiciones para todos sus connacionales y bajo todas las circunstancias. El Estado es responsable de establecer mecanismos idóneos para que estos derechos realmente mantengan su eficacia en todas sus etapas que comprenden el desenvolvimiento del ser humano, sin excluir la facultad que tiene cada persona para hacer valer sus propios derechos, así como el deber de respetar los derechos de los demás (Art. 20 CRBV).

Así podemos destacar que, la igualdad es un derecho fundamental que ha representado desde tiempos inmemoriales la lucha del hombre por conseguir un trato igual para acabar con la opresión de humanos contra humanos. En los tiempos modernos, puede afirmarse que a través del trabajo se alcanza un gran nivel de igualdad, pues, trabajando, la persona obtiene una remuneración económica mediante la cual logra satisfacer sus necesidades básicas en la manera que estime más conveniente para sus propios intereses, teniendo acceso en igualdad de oportunidades a las otras personas que también trabajan para satisfacer las necesidades básicas. Recordando que la educación y el trabajo son fundamentales para la libertad, el desarrollo y el respeto a la dignidad del ser humano conforme a la igualdad (Art. 2 y 3 CRBV)<sup>17</sup>.

De los postulados constitucionales actuales, puede observarse en su mayoría que, se impone un régimen de protección de igualdad entre hombres y mujeres para el orden laboral, sin distinción específica en cuanto al sexo. Es evidente que la mujer ha tenido una gran evolución a nivel mundial, logrando más que un equilibrio de igualdad, entre hombres y mujeres, demostrado por los altos niveles de capacidad que integran a una mujer. Vale recordar que en diversos países del globo terráqueo se consagra con un día internacional en su nombre. Cada 8 de marzo con más intensidad se ovaciona de forma anual a la mujer. El día internacional de la mujer surge al final del siglo XIX, en plena revolución industrial, durante el auge del movimiento obrero. La celebración recoge una lucha ya emprendida en la antigua Grecia y reflejada por Aristófanes en su obra *Lisístrata*, que cuenta como *Lisístrata* empezó una huelga sexual contra los hombres para poner fin a la guerra.

<sup>16</sup> NIKKEN Pedro. La garantía Internacional de los Derechos Humanos. Jurídica Venezolana. Estudios Jurídicos. Caracas, 2006, Pág.7. Citado a su vez en: Conceptos y características de los derechos humanos. Serie "tener derechos no basta N° 5". Segunda Edición. PROVEA, Caracas, Venezuela (2008) p.p. 8.

<sup>17</sup> Así, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el Título I, intitulado de los Principios Fundamentales, en su artículo 3, establece que: **Artículo 3. El Estado tiene como sus fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad**, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución. **La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para garantizar dichos fines.** (Subrayado agregado).

Finalmente y de forma contundente, vale afirmar que a nivel general **la mujer ha tenido un rol fundamental de equiparación en cuanto a la igualdad de oportunidades para el trabajo en comparación con el hombre**. Pues sin lugar a duda, la mujer no representa el sexo débil, siendo que cada día se encuentra en evolución. Se puede aseverar que la mujer representa el ser más perfecto que hay sobre la faz de la tierra, dada sus habilidades inigualables de perfeccionamiento y adaptación, que poco a poco, la han llevado a un camino de alta superación. Así encontramos, en la actualidad, mujeres que han ejercido los cargos más altos en un país, como lo es la propia presidencia de la República, sin contar todas las labores a las que hoy acceden, incluso, algunas considerabas como riesgosas, aun así el mercado de trabajo está abierto para ellas. Combinando en cualquier rol, la facultad de reproducción adaptada en plena armonía natural a la conciliación de la vida laboral con la vida familiar.

Por otra parte, la negociación colectiva es una herramienta primordial de la clase trabajadora con el objetivo de obtener mejoras de las condiciones de trabajo, en algunos casos, superando el contenido de las leyes. **Un interesante tema del derecho colectivo del trabajo es la demarcación de la igualdad al resultado de la negociación colectiva**. Los puntos de partida para esta exigencia se concretan en un sentido dual, hacia un lado el principio de igualdad, por el otro la prohibición de discriminación.

La extensión en la aplicación del principio de igualdad y prohibición de discriminación, implica que, en el seno de los resultados de la negociación colectiva se incluyan acuerdos que resultan aplicables con carácter general a todos los trabajadores en el ámbito espacial de negociación, tanto desde el punto de vista físico, igualdad entre hombres y mujeres (equidad de género), así como desde el punto de vista temporal, aspectos presentes, como futuros e incluso, en algunos supuestos con vista al pasado por la aplicación normativa a quienes ingresaron con posterioridad a la vigencia del contrato colectivo. Los convenios y acuerdos colectivos vinculan jurídicamente a los trabajadores con sus empleadores, en éstos debe mantenerse un justo equilibrio entre todos los operarios sin distinción de sexo para activar la tan evocada igualdad<sup>18</sup>.

Ahora bien, el concepto de libertad sindical se nivela como un derecho fundamental conjugado con la igualdad de oportunidades que tiene la mujer. Al producirse la negociación colectiva articulada con el principio de igualdad, se facilita a todos los trabajadores y todas las trabajadoras la oportunidad de expresar sus aspiraciones, sin ningún tipo de discriminación. Además de ser un requisito básico y fundamental para la colaboración entre hombres y mujeres en condiciones de igualdad.

Se han logrado avances significativos en la incorporación a la negociación colectiva de los temas relativos a los derechos de las mujeres trabajadoras y a la igualdad de oportunidades en el trabajo desde los últimos años. Esta es una

---

<sup>18</sup> Como anteriormente se destacó, la Constitución venezolana hace mención expresa sobre la igualdad entre hombres y mujeres en el rol laboral, así el artículo 88 establece: Artículo 88. El Estado garantiza la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo. El Estado reconoce el trabajo del hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Las amas de casa tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley. (Subrayado agregado).

de las principales conclusiones de una investigación desarrollada por la OIT<sup>19</sup>. De igual forma, en la actualidad, es visible que las políticas legislativas nacionales han favorecido la vinculación del principio de igualdad aplicado a la negociación colectiva.

En concreto, desde el ámbito de las relaciones laborales, la negociación colectiva acompañada de la adopción y concreción de medidas de acción positiva que garanticen dicha igualdad de oportunidades y de forma específica, además de legitimar expresamente la adopción y aplicación de las mismas, promueve su inclusión en el contenido la negociación colectiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones, a través del establecimiento de reservas y/o preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría de que se trate<sup>20</sup>.

Por su lado, la igualdad vista **desde el punto de vista de la estructuras patronales**, conjugado al hecho que en la actualidad se han constituido nuevas estructuras empresariales complejas (descentralización productiva) que de alguna manera afectan las relaciones laborales y tienen **consecuencia directa en la uniformidad e igualdad de las condiciones laborales de los trabajadores** pertenecientes a éstas, derivado de la globalización, aspectos tecnológicos, innovación, productividad, eficiencia, reducción de costos, efectividad y competitividad, entre otros. Generando, entre otras formas de organización productiva los grupos empresariales, las fusiones y adquisiciones empresariales.

Dentro de la estructura de empresarios complejos derivados de la evolución anteriormente mencionada ha habido una tendencia a uniformar las condiciones laborales de los trabajadores en el seno de esas empresas. Dicha acción es denominada **isonomía**. La isonomía etimológicamente proviene del griego «igualdad ante la ley» con la idea de reparto del griego *ἴσος* /*isos*, “igual” y *νόμος* /*nomos*, “uso, costumbre, ley”. La isonomía es la expresión de igualdad de derechos civiles y políticos de los ciudadanos.

Nuestra legislación ha dado tratamiento a favor de los trabajadores dependientes cuando ocurren algunas formas de descentralización productiva, entre ellas a los grupos de empresas, decretando una responsabilidad solidaria para obtener una misma protección entre los miembros del grupo a favor de los trabajadores pertenecientes a éste.

De igual forma, hay responsabilidad solidaria a favor de los trabajadores que laboran para una empresa contratista que presta servicios para una empresa contratante, al ser inherente o conexas la actividad de la primera con la segunda, o se perfecciona una cesión de trabajadores. De activarse los presupuestos legales, se generaría la mencionada responsabilidad solidaria laboral para generar una igualdad de protección entre los trabajadores involucrados.

---

<sup>19</sup> Oficina Regional para América Latina y el Caribe y Oficina de Actividades para los Trabajadores - ACTRAV

<sup>20</sup> Link de la OIT: <http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama02%5Bart-3%5D.pdf>



Ahora bien, ante esta situación, cabe preguntarse, ¿implica la solidaridad del grupo empresarial o contratistas con actividades conexas o inherentes a la del contratante, igualdad en las condiciones de trabajo? La doctrina del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha decretado, en algunos casos, que si debe haber isonomía en las condiciones laborales. Destacándose:

- La sentencia N° 242, SCS/TSJ, del 10/04/03, in re Rafael Oscar Rangel contra Distribuidora Alaska, C.A. y otras<sup>21</sup>.
- La sentencia N° 561, SCS/TSJ, del 18/09/03, in re Luis Durán Gutiérrez contra Inversiones Comerciales, S.R.L., y otras<sup>22</sup>.
- La sentencia N° 390, SCS/TSJ, del 8/04/08, in re George Kastner contra Arthur D. Little de Venezuela, C.A.
- La sentencia SCS/TSJ, del 21/09/06, Koung Wong Young contra Movilnet, C.A., y CANTV (Unicidad de la Relación de Trabajo entre CANTV y MOVILNET).

Pero contrariamente, ha habido otras sentencias donde la misma Sala, ha establecido que la isonomía no aplica.

En el contrato de trabajo declaró exclusividad con Movilnet, por razones comerciales, podía prestar servicios para las sociedades mercantiles C.A.N.T.V., CANTV.net, CAVEGUÍAS; asimismo, en el referido convenio se estableció que los servicios personales por cuenta del trabajador no supondrían la existencia de relaciones de trabajo con dichas empresas y que tales servicios se entenderían remunerados con el salario que Movilnet pagaba al trabajador. (Sentencia 217, SCS/TSJ, del 27/02/07, in re Rafael Moreno contra Movilnet, C.A., y CANTV).

En otra sentencia de fecha 22 de abril de 2005 (caso: Sonia Auristela Castro Serrano contra Cuyuní Banco de Inversión, C.A., y Banco Ítalo Venezolano, C.A.), se expresó que:

La solidaridad derivada de la existencia de un grupo de empresas no implica *per se* la homogeneidad de las condiciones de trabajo pactadas entre los diferentes integrantes del grupo con sus trabajadores; a todo evento, la exigencia de homogeneidad deriva, no de la solidaridad, sino de otras razones...

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

<sup>22</sup> En este sentido, el derecho laboral venezolano partiendo de la aplicación del artículo 177 de la LOT entendida ésta bajo los criterios de uniformidad (...), para aquellas situaciones en las que se configure un grupo de empresas, (...), dicho criterio de uniformidad puede hacerse extensible a otras modalidades que devienen de la relación de trabajo...

En otra sentencia identificada bajo el N° 874 del 25/05/06, la SCS/TSJ, en el caso Rafael Bracho y otros contra Concretos Industriales, C.A. y otra, se afirmó:

Siendo esto así, se denota en el presente caso, que a pesar de existir un grupo de empresas, el objeto social de cada una de ellas es diferente y las relaciones entre los trabajadores y las demandadas se encuentran tuteladas por regulaciones contractuales colectivas claramente definidas, en virtud del objeto de explotación económica de las mismas.

(...)

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

De la misma forma en otra sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 03/11/2009. Bajo el N° 1.678. En el caso: Amarelys Rosanna Salas Mirelles Vs. Telecomunicaciones Movilnet C.A. y Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.), se estableció que:

Ante la existencia de un grupo de empresas, el alcance y los efectos de la solidaridad no trae consigo aparejada necesariamente la uniformidad de las condiciones laborales, sino que la misma se regirá por los principios generales del Derecho del Trabajo, así como las situaciones de hecho planteadas. (Subrayado agregado).

Igualmente en otra sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 01-11-2005 N° 1.459. Caso: Dirimo Romero Vs. Construcciones Industriales, C.A y Raymond de Venezuela. C.A.

Cuando se presenta objetos sociales distintos pero iguales órganos de dirección existe grupo de empresas. Una vez verificada la Unidad Económica existe Solidaridad Pasiva. En el caso de ser reconocido un Grupo de Empresas con objetos sociales distintos y convenciones colectivas diversas existe solidaridad pero el trabajador no puede pretender la aplicación de una convención colectiva distinta al ramo donde laboró. (Subrayado agregado).

Vale destacar que cada estructura empresarial tiene su propia organización productiva con ganancias claramente definidas, conforme a sus propias ventas de bienes o servicios, introducidas al mercado de acuerdo a la oferta y la demanda, en base a esto, su presupuesto económico permite ofrecer mayores o menores beneficios laborales a sus trabajadores en proporción a sus respectivas ganancias. Por lo tanto, aplicar de forma automática el otorgamiento de los mismos beneficios de la empresa que tiene una convención colectiva más generosa, fundado en criterios de solidaridad por responsabilidad laboral, podría atentar, contra, la existencia en sí misma, de la propia vida y subsistencia de la empresa menos productiva. En tal virtud, no podría aplicarse en un grupo de empresas una isonomía de condiciones laborales, bajo presunción de homogeneidad, siendo que muy posiblemente quebrantaría el equilibrio de la fuente de empleo del resto de trabajadores de esa empresa con menor producción.

Otro de los casos de estructuras empresariales complejas es la fusión por absorción y la consecuencia que desborda hacia los trabajadores que se encuentran inmersos en esa situación pues, existen casos de pequeñas o medianas empresas que son absorbidas por otra gran empresa, incluso, situaciones donde se fusionan dos grandes empresas. En estos contextos, cabe preguntarse ¿Qué pasa con la uniformidad de condiciones laborales de los trabajadores sumergidos en esa fusión?

Para responder a esta interrogante es necesario destacar que en las empresas objeto de fusión, puede haber o no, diferentes regímenes colectivos y por lo tanto, son varios los eventos que pueden presentarse:

- i) La sociedad absorbente tenía convención y la sociedad absorbida no.
- ii) La sociedad absorbente no tenía convención y sociedad absorbida sí.
- iii) Ninguna de las empresas a fusionar tiene convención colectiva.
- iv) Ambas sociedades –la absorbida y la absorbente– tenían convención colectiva vigente.

En cada caso analizaremos si es posible la homologación de regímenes laborales bajo contratación colectiva por absorción y fusión empresarial.

**i) LA EMPRESA ABSORBENTE TENÍA CONVENCIÓN COLECTIVA Y LA SOCIEDAD ABSORBIDA NO**

Convención por extensión. Se presenta la oportunidad que los beneficios de la convención de la empresa absorbente sean extendidos a los trabajadores de la empresa absorbida por la afiliación de sus trabajadores a dicho sindicato de la gran empresa y se homologue la uniformidad de las condiciones laborales.

**ii) LA SOCIEDAD ABSORBENTE NO TENÍA CONVENCIÓN COLECTIVA Y SOCIEDAD ABSORBIDA SÍ. SITUACIÓN POCO PROBABLE PERO LATENTE**

No cabe duda que la empresa absorbente debe respetar la convención colectiva

mientras esté vigente. Pero si los trabajadores de la empresa absorbente tienen condiciones laborales inferiores, el sindicato podría obtener sus afiliaciones para lograr la mayoría de la totalidad de los trabajadores de las dos empresas, la absorbida y de la absorbente. Posteriormente podría solicitar mediante pliego de peticiones ante la Inspectoría del Trabajo la extensión de beneficios de la convención colectiva a todos los trabajadores producto de la libertad sindical y el derecho constitucional a la negociación colectiva; o vencida ésta negociar una única convención colectiva que abarque a todos los trabajadores.

### III) NINGUNA DE LAS EMPRESAS A FUSIONAR TIENE CONVENCIÓN COLECTIVA

En nada se alteran los derechos y las obligaciones de las partes desde el punto de vista del Derecho Colectivo del Trabajo. Habría que negociar solo desde el punto de vista individual, salvo, surja una organización sindical que agrupe a la mayoría de trabajadores para que negocie colectivamente frente al empleador.

### IV) AMBAS SOCIEDADES -LA ABSORBIDA Y LA ABSORBENTE- TENÍAN CONVENCIÓN COLECTIVA VIGENTE

Es muy interesante el caso que se presenta cuando se fusionan dos o más sociedades con convenciones colectivas vigentes, ya que, al quedar el nuevo empresario subrogado en la relación laboral del anterior, se ve, no sólo legalmente obligado a respetar los derechos y obligaciones laborales que a su cabeza han sido traspasados, sino también a acatar los principios de igualdad salarial y de continuidad en la relación laboral, lo cual puede presentar varios aspectos prácticos. En este sentido, cabe la posibilidad de homologar ambas convenciones en un proceso de negociación colectiva para igualar las condiciones laborales de todos los trabajadores. Pudiera ser mediante una nueva convención colectiva en aras del principio de libertad sindical o a través de un acta convenio que luego se deposite en la Inspectoría del Trabajo con el fin de llegar en un futuro a pactar una única convención con ámbito de aplicación para todos los trabajadores.

Si las convenciones de las fusionadas están vigentes con términos diferentes, puede mantenerse la conservación en su integridad y se aplican los beneficios laborales a cada uno de los trabajadores que la conforman, hasta el vencimiento del respectivo plazo, para que finalmente se pueda proceder a la negociación única, se debe esperar transitoriamente que se presente el pliego de peticiones por el respectivo sindicato para negociar una sola convención colectiva que ampare los derechos de todos los trabajadores.

La doctrina española, sostiene que “los mayores problemas se pueden plantear, en algunos casos, respecto de la determinación del convenio colectivo aplicable tras la transmisión. Las situaciones pueden ser muy variadas, dependiendo de que el único Convenio a aplicar sea un convenio de sector, o de que, por el contrario, haya dos convenios a aplicar. La solución a adoptar en cada caso habrá de basarse en la consideración de los ámbitos de aplicación de los

convenios respectivos, su plazo de vigencia, las normas sobre concurrencia y el principio general que se desprende del Art. 44 de mantenimiento de las condiciones anteriormente disfrutadas”<sup>23</sup>.

Esta solución está dada por el **Derecho Comunitario Europeo** que a través de su ordenamiento jurídico en la **Directiva 2001/23/CE del 12 de marzo del 2001 sobre traspaso de empresas** donde se verifica de la concordancia de su ámbito de aplicación (Art. 1.1.a) con en el capítulo II denominado “*Mantenimiento de los derechos de los trabajadores*” (Art. 3.3)<sup>24</sup>.

En este mismo sentido, la **Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral de Colombia**. En sentencia de fecha 25/04/2006 N° 24.425: Con ponencia de la Magistrada Isaura Vargas Díaz resolvió un asunto similar al tratado, dando posibilidad de vigencia a las 2 convenciones colectivas hasta que éstas concluyan para posteriormente negociar 1 CC para todos los trabajadores.

## **2. IGUALDAD, IGUALITARISMO Y DESIGUALDAD**

La persona debe sentirse humanizada y experimentar amor a todos, y a todo, como dice el buen amigo, Coronel Nelson Salazar que la misma respuesta de amor debe darse a Dios, al prójimo y a uno mismo, porque todos somos parte de uno y uno es parte de todos, la unidad en la diversidad, donde se fundamenta la igualdad pues nadie es forastero, somos uno en la aparente multiplicidad, así que a las tres personas hay que reconocerles, amarles y respetarles.

Así encontramos en las palabras del Maestro Jesús de Nazareth, con una percepción de igualdad, al expresar “*Traten a los demás como ustedes quisieran ser tratados.*” (Mt 7-12) y “*Ama a tu prójimo como a ti mismo.*” (Mc 12-31). En la acción de otorgar amor al prójimo en igualdad de condiciones al amor que siente la persona hacia sí misma, se centra el valor fundamental al respeto en la pluralidad, porque aunque todos somos distintos, debemos respetarnos a todos por igual siendo que, representa la diversidad en la unidad.

La igualdad entre los ciudadanos debe estar referida a la paridad de trato, oportunidades, amor y respeto. Entendiendo que las personas son desiguales y diversas pues, imposible es, que el fundamento de la igualdad sea el igualitarismo.

<sup>23</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M. y otros. Curso del Derecho del Trabajo. 8ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 278. (Subrayado agregado).

<sup>24</sup> CAPÍTULO I. **Ámbito de aplicación y definiciones.** Artículo 1: a) La presente Directiva se aplicará a los trasposos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

CAPÍTULO II. **Mantenimiento de los derechos de los trabajadores.** Artículo 3. (...omissis...) 3) Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año. (...omissis...). (Subrayado agregado).

Evidentemente se propugna la igualdad, no el igualitarismo que como dice el profesor de la Universidad Central de Venezuela, Jon Aizpurua, el igualitarismo es una caricatura de la igualdad pues, todos evidentemente no somos iguales, como podría pretenderlo el igualitarismo. En cambio la igualdad en la diversidad admite a todos en un mismo plano. Por ejemplo, todos los dedos de una mano son distintos, sin embargo, son igualmente dedos, ello representa la diversidad en la unidad. Siendo así, es conveniente afirmar que todos somos distintos, no existe nadie exactamente igual al otro, sea en apariencia física, modo de pensar o actuar, en algo siempre se van a diferenciar; y así nuestra acción es ofrecer amor y respeto a todos por igual. Vale recordar las palabras de mi abuelo cuando decía: ¡hijo nadie es más que tú, pero tampoco más poquito!

Benito Juárez decía que “el respeto al derecho ajeno es la paz” pues, respetando al otro siempre estaremos en paz. Pero, hay que tener cuidado y jamás debe confundirse que la igualdad debe ofrecerse indiscriminadamente siempre por igual -NO- porque ésta debe ir aparejada a la justicia, siendo que dentro de la igualdad de amor, respeto, trato y oportunidades, pudiera existir alguna persona destacada por su mayor evolución y progreso, en esa proporción debe ser tratado para obtener mejores oportunidades; y en desigualdad de condiciones que al común denominador pues, ha sabido destacar. De la misma manera, el que comete actos injustos contra ley debe ser castigado por su acción indeseable pues, no podría ser acreedor del mismo amor, respeto, trato y oportunidades del resto de ciudadanos de la sociedad que han tenido un buen comportamiento. Generando por vía de excepción, dada la interpretación de principios en contrario a la afirmación que existe la desigualdad entre desiguales, postulado que busca optimizar dos premisas: *premiar al bueno y castigar al malvado*. Manteniendo un equilibrio en la sociedad, como ha sido desde tiempos remotos, manifestado por Ulpiano “*Suum cuique Tribuere: Dar a cada quien lo suyo*”.

Es necesario resaltar que, la igualdad no se defiende para que todos seamos iguales pues, es materialmente imposible, pero sí para que exista entre los ciudadanos una paridad de trato y oportunidades, teniendo en cuenta que la igualdad siempre debe atenderse en un mismo plano, ya que, cuando el asunto discurre sobre personas desiguales, no podría darse un tratamiento de igualdad, porque se incurriría en discriminación inversa. Siendo que debe existir un trato igual entre iguales y desigual entre desiguales, para lograr un justo equilibrio.

Según Robert ALEXY, la máxima “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” constituye una piedra de toque para esta tesis y también un instrumento para su explicación. La simetría de esta formulación sugiere interpretar el mandato de tratamiento desigual de la misma manera que el de tratamiento igual, es decir, explicitarlo con la norma de tratamiento desigual que estructuralmente coincide<sup>25</sup>.

Es oportuna destacar la exégesis que ha realizado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, quien confirmó el trato igual para iguales; y desigual para desiguales. Así en sentencia N° 536 de fecha 08-06-

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. Ob. Cit. p. 396.

2000, estableció que: “Entiende la Sala que el principio de igualdad ante la ley impone el otorgamiento de trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad, y trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad.” Así, esa misma Sala, en otra sentencia, la N° 1.197 del 17-10-2000, señaló 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”.

Los derechos fundamentales pertenecen a todos los seres humanos por igual y nadie puede quedar excluido de su ámbito de aplicación, bajo ninguna modalidad ordinaria. Así, cuando el trabajador inicia su jornada laboral no puede ser excluido de la protección de sus derechos fundamentales pues, no se trata de un abrigo que dejamos colgado fuera de la empresa para ponérselo al salir de ella, por el contrario, los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana y estarán con ella donde ésta vaya<sup>26</sup>.

Las discusiones acerca de la “igualdad de trato” exhiben discrepancias. Igualdad remite a un concepto que supone la determinación previa de lo que *debe ser* o es considerado similar. Tiene un uso valorativo, sirve para formular juicios de valor pues acepta la norma que instituye la igualdad. También, posee un uso descriptivo que igualmente provoca divergencias, pues la descripción de situaciones depende de un juicio de relevancia que condiciona las propiedades que *elegimos* (por inclusión o por exclusión) como común para establecer alguna clase de relación comparativa y decir que un sujeto es igual que otro o que cierto estado de cosas es equivalente a otro<sup>27</sup>. Pero como se mencionó, este principio de igualdad debe ofrecerse a personas que estén bajo un mismo plano. Si se trata de un caso contrario, cuando el asunto versa sobre jornaleros desiguales, no podría darse el mismo tratamiento, porque se incurriría en discriminación inversa, positiva o sobrevenida. Siendo que debe existir un trato igual entre iguales y desigual entre desiguales, he ahí, donde podemos activar la excepción al principio, como un derecho a la desigualdad.

En este sentido, podemos afirmar que, la conjunción –derecho a la desigualdad– no encuentra una regulación sistemática y específica en el ordenamiento legislativo. Sólo es posible encontrar ligeras señas jurídicas que hacen aplicar su existencia bajo ciertos casos. Más como la excepción al principio.

El profesor argentino, Gabriel TOSTO, señala que: “En lo que aquí interesa, la ley de contrato de trabajo dispone en su Art. 17 que “[...] prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.” De modo afín el Art. 81 que “El

<sup>26</sup> Es decir que, el trabajador no solo es titular de derechos en materia laboral, sino que aunque es un sujeto denominado trabajador, no pierde la característica de “humano” o “ciudadano”, esto lo hace titular de los derechos fundamentales inespecíficos. Respecto a la teoría de los derechos inespecíficos es claro que estos por ser derechos humanos son ejercidos por los trabajadores de manera universal, irrenunciable e indisponible, por ello, cualquier contrato de trabajo que los intente relajar será considerado como nulo. En este sentido el profesor Umberto ROMAGNOLI alguna expresó: “al ingresar a la fábrica, el trabajador no deja colgados en la reja junto a su gorra, los derechos humanos de que es titular, ni los guarda en el ropero del vestuario, junto a su abrigo para retomarlos al final de la jornada, por el contrario, el sigue siendo titular de los derechos esenciales a todas las personas, como el derecho a la dignidad, honor, intimidad, libertad de expresión, libre pensamiento, etc”.

<sup>27</sup> TOSTO, Gabriel. Op. Cit. p. 42.

empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razón de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como en el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”.

Para ejemplificar este asunto en el campo laboral, podemos llevarlo al plano del principio de igualdad salarial “*Se garantiza el pago de igual salario por igual trabajo*” (Art. 91 CRBV). Por lo tanto, un trabajador en <<principio>> no puede ser discriminado salarialmente cuando presta un servicio igual.

El principio de igualdad salarial por igual trabajo, está señalado como uno de los pilares fundamentales del Derecho Laboral, siendo que el Estado va a garantizar el pago de salario igual por trabajo igual, pues debe existir una justa armonía, el cual, al ser quebrantado en perjuicio del trabajador, el Poder Público a través de sus órganos de control (Ministerio del Trabajo y Tribunales competentes), deben intervenir de forma efectiva, bien a instancia de parte o aún de oficio, para lograr mantener la simbiosis salarial.

Corolario de lo anterior, es evidente que el salario recibido en contraprestación al trabajo desempeñado debe mantener la debida proporcionalidad e igualdad, cuando el mismo trabajo es efectuado por otro trabajador de idéntica o similares condiciones, en base a la piedra angular del *principio de igualdad*. Sin embargo, en Venezuela a través de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) se establece que para la igualdad salarial debe tomarse en cuenta la capacidad y calidad del trabajo desempeñado; aún, en los casos de puestos y jornadas iguales, pues pueden existir diferencias en cuanto a la capacidad y calidad del trabajo ejecutado, lo cual puede justificar una diferente remuneración. Que sin mencionarse expresamente, se precipita el derecho a la desigualdad por tratarse de personas desiguales<sup>28</sup>.

Es evidente que **no todos los hombres son iguales**<sup>29</sup> en lo que toca a la capacidad física y a las cualidades intelectuales y morales. Sin embargo, toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de sexo, raza, color, condición social, lengua o religión, debe ser vencida y eliminada por ser contraria al plan divino. En verdad es lamentable que los derechos fundamentales de la persona no estén todavía protegidos en la forma debida por todas partes<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Principio de igual salario a igual trabajo

Artículo 109. A trabajo igual, desempeñado en puesto de trabajo, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual. A estos fines se tendrá presente la capacidad del trabajador o trabajadora con relación a la clase de trabajo que ejecuta. Lo anterior no excluye la posibilidad de que se otorguen primas de carácter social por concepto de antigüedad, asiduidad, responsabilidades familiares, economía de materias primas y otras circunstancias semejantes, siempre que esas primas sean generales para todos los trabajadores o trabajadoras que se encuentren en condiciones análogas.

<sup>29</sup> Subrayado propio.

<sup>30</sup> Citado por HELMEYER, Michael y ELCHAER, Susana. Ob. Cit. pp. 23. Constitución “Gaudium et spes” Pablo VI, Obispo de la Iglesia Católica. 7 de Diciembre de 1965. Documentos del Vaticano II, Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 1968.



Es verificable que la igualdad se aplica entre iguales y la desigualdad entre desiguales, postulado que busca optimizar dos premisas, *la capacitación competitiva y la productividad general*. Debe realzarse el bien común de igualdad para no caer en discriminación, teniendo en cuenta que dentro de esa igualdad no caer en el igualitarismo pues, dentro de la igualdad existen personas desiguales que habrá que atender en forma desigual. Manteniendo un equilibrio en la sociedad a través de actos justos, como ha sido manifestado por Ulpiano “*Suum cuique Tribuere: Dar a cada quien lo suyo*”.

El mandato de optimización tiene dos facetas: una, negativa; otra, positiva. La primera afirma que se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. Aquí el mandato de optimización se muestra en su contenido negativo, ya que prohíbe las discriminaciones fundadas en un ser (sexo, raza, edad) o un pertenecer (nacionalidad, religión, política, gremio). La segunda, a la vez, declara que debe dispensarse a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Su contenido es positivo en la medida que obliga a los empleadores a considerar como iguales a todos los trabajadores, esto es, despreciar diferencias, respecto de cierto conjunto de derechos, deberes y libertades, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común (eficacia, laboriosidad o contracción). La eficacia, laboriosidad y contracción dan a entender que se encuentra justificada la desigualdad de trato basada en un hacer, en lo que el trabajador ha hecho. Ahora bien, no todo hacer, sin embargo, puede justificar un trato desigual: debe tratarse de actos dirigidos al bien común<sup>31</sup>.

Se puede afirmar que cuando se trata de trabajadores desiguales en razón de capacitación profesional, productividad, cargas familiares, calidad, antigüedad en el servicio, asiduidad, afiliación sindical y otros de naturaleza análoga, no podría pagarse el mismo salario a un trabajador que no reúna estas condiciones aun cuando ejecute la misma labor.

Por ejemplo, un trabajador está sustituyendo temporalmente, por cualquier razón (vacaciones, reposos médicos, permisos, etc.) a otro, el sustituido reúne ciertas habilidades para el trabajo que el sustituyente no tiene, al no tratarse de trabajadores con características iguales o similares para el desempeño de su trabajo, no se justifica el pago de un salario igual. Si se hiciera, se incurriría en discriminación con el trabajador que tiene destrezas diferenciadas por capacitación adquirida, producto de la elevación a su mismo nivel a otro trabajador que no las reúne, dada la aplicación errónea de un principio general que, en lugar de nivelar pudiera desnivelar. No representando, igualdad, pagar el mismo salario a un trabajador que por eventualidad cubre de forma temporal el cargo del titular, sin ser detentador de la alta capacitación que posee este último. De la misma forma, cuando haya puestos iguales dentro de la misma empresa, pero el servicio es prestado por trabajadores con características desiguales, su remuneración también puede ser desigual, conforme la idoneidad de cada uno.

<sup>31</sup> TOSTO, Gabriel. op. cit. p. 47.

En Venezuela, así como en otros países, existe, acceso a la desigualdad laboral fundado en la capacidad, características o idoneidad personal, por aplicación del bloque jurídico adminiculado armónicamente (constitución, legislación, jurisprudencia y doctrina), visto como excepción a la generalidad del principio de igualdad, éste deja un notable reconocimiento al realzar de forma equilibrada e inequívoca el disfrute de derechos de las personas a un trato igual. Pero si se trata de personas desiguales, es evidente que no puede tratarse igualmente (Ej.: el trato que se le da laboralmente a un hombre no puede ser el mismo que se le da a una mujer embarazada), hacerlo generaría un plano de discriminación positiva.

### **3. CONCLUSIÓN**

Para concluir, podemos señalar, como fue citado en este trabajo, las palabras del Gran Maestro Jesús, quien afirmó: “*Ama al Señor con todas tus fuerzas, y al prójimo como a ti mismo*”, estas palabras representan la alegoría simbólica de igualdad que reina entre nosotros. Sin llegar al extremo de buscar un igualitarismo aplicado a las personas, porque al hacerlo se produciría una discriminación inversa, siendo que, nadie es igual a otro, entonces mal podríamos crear situaciones igualitarias para todos, pues, se protege a la diversidad en la unidad con paridad de oportunidades, para poder así tratar a los demás con el debido amor y respeto atendiendo al bien común en condiciones de igualdad.

# La relación individual de trabajo

Carlos REYNOSO CASTILLO

Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Autónoma Metropolitana de México  
(UNAM)

## Sumario

I) Introducción. II) Antecedentes de la “relación de trabajo”. III) Concepto de relación de trabajo. IV) Elementos de la relación de trabajo: el tema de la voluntad de las partes. Las personas: el empleador y trabajador. La prestación del trabajo. La subordinación o ajenidad. El salario. V) Conclusiones.

## **Resumen**

El título de este capítulo es el de “relación individual de trabajo”, con lo cual, se quiere significar el conjunto de aspectos, relaciones y derechos que se plantean entre un solo trabajador individualmente considerado y el empleador para el cual presta sus servicios. Desde esta óptica la relación individual puede ser estudiada tratando de distinguir y en consecuencia analizar de manera separada los momentos en que se da dicha relación entre las partes, como son el nacimiento de la relación o contrato de trabajo, la vida de la relación laboral y finalmente la extinción de la relación o contrato de trabajo. Como puede verse, la relación individual de trabajo ofrece una riqueza y amplitud temática que será desarrollada en otros capítulos de esta obra; sin embargo en este trabajo, concentraremos nuestra atención; en el tema relativo al momento inicial y primario en que concurren ciertas circunstancias a partir de las cuales la legislación laboral ha considerado que se han presentado los elementos necesarios para concluir que existe un vínculo entre un trabajador y un empleador, y en consecuencia se produce la vigencia y aplicación del Derecho del Trabajo, este momento es, el conocido como, la relación de trabajo.

**Palabras claves:** relación de trabajo, individual, subordinación, ajenidad, salario, prestación personal de servicios.

## **Abstract**

The title of this chapter is to “individual employment relationship”, which, we mean the set of issues, relationships and rights arising from a single individual worker and the employer for which it serves. From this perspective the individual relationship can be studied trying to distinguish and therefore separately analyze the moments in which this relationship between the parties is given, such as the birth of the relationship or employment contract, the life of the employment relationship and finally the termination of the relationship or employment contract. As can be seen, individual employment relationship provides a richness and thematic breadth to be developed in other chapters of this book; however in this work, we will focus our attention; the item on the initial and primary time attend certain circumstances from which labor law has held that there have been elements necessary to conclude that there is a link between a worker and an employer, and consequently produces validity and application of labor law, this time is known as the employment relationship.

**Keywords:** working relationship, individual, subordination, alienation, salary, personal service delivery.

## **INTRODUCCIÓN**

La historia del Derecho del Trabajo bien puede ser vista como la historia de una búsqueda por darle forma jurídica a fenómenos que se vienen dando en la sociedad y en la economías de todo el mundo; en efecto, en buena medida el surgimiento de las primeras normas laborales se caracterizo por el interés, primero de las empresas y luego de los estados, por contar con un marco legal que encuadrara y encauzara las nuevas relaciones que se plantearon en las también nuevas formas de organización del trabajo en los centros urbanos. Sería así como se haría presente la necesidad por contar con un marco normativo que permitiera encuadrar las aspiraciones e intereses de las personas que participaban en los procesos productivos. Primero como legislación fabril y luego como Derecho del Trabajo, las reglas a respetar entre los factores de la producción, formarían parte inherente del desarrollo y la industrialización del mundo.

El Derecho del Trabajo regula entre otras cosas, diferentes maneras en que los trabajadores se relacionan con sus empleadores<sup>1</sup> y las empresas, pero desde siempre y sobre todo con fines pedagógicos, se ha considerado que existen dos grandes formas de este relacionamiento: una que atiende al trabajador individualmente considerado frente a su empleador, y en este caso se habla de la relación individual de trabajo; y por otro lado, otra que atiende al trabajador que en unión con otros trabajadores, y en consecuencia como grupo o gremio, se les ve frente al empleador, y en este caso se habla de relación colectiva de trabajo. Esta división entre los derechos individuales y los derechos colectivos ha sido utilizada por la mayoría de las legislaciones laborales en el mundo, no solo para la organización de sus leyes y códigos laborales, los cuales generalmente se estructuran a partir de la regulación de los derechos individuales por un lado y los derechos colectivos por el otro; sino que se trata de una división utilizada también en la doctrina y las escuelas de derecho. Se trata de una división útil y práctica en la medida que permite hacer un análisis sistemático de una buena parte de los conceptos e instituciones del Derecho del Trabajo. Sin embargo, esta división temática no debe ser tomada como absoluta, ya que existen muchos casos en los que un tema ubicado en la relación individual tiene impacto y efectos en materia colectiva o viceversa.

El título de este capítulo es el de “relación individual de trabajo”, con lo cual como ya se anotaba, se quiere significar el conjunto de aspectos, relaciones y derechos que se plantean entre un solo trabajador individualmente considerado y el empleador para el cual presta sus servicios. Desde esta óptica la relación individual puede ser estudiada tratando de distinguir y en consecuencia analizar de manera separada los momentos en que se da dicha relación entre las partes, como son el nacimiento de la relación o contrato de trabajo, la vida de la relación laboral y finalmente la extinción de la relación o contrato de trabajo. En el primer caso la legislación laboral ha regulado los diferentes aspectos que pueden presentarse al momento en que se inicia una relación laboral entre un trabajador y su empleador, ya sea persona física o moral, este primer momento presenta

<sup>1</sup> En el presente trabajo se usan de manera indistinta la palabras “patrón” y “empleador”, con la finalidad de no entrar de momento en la polémica relativa a los alcances e idoneidad de cada uno de estos términos y en atención a que en buena parte de la doctrina latinoamericana existe este uso de uno y otro término.

particularidades propias en las normas laborales, que han de determinar, primero si se dan las condiciones de aplicación del estatuto laboral y, en buena medida y mas adelante, las características de los derechos y obligaciones del trabajador; en este primer espacio de relación entre las partes, las leyes del trabajo se ocupan de temas tales como los derechos básicos, las modalidades de contratación individual, entre otras. En un segundo momento, la vida o ejecución del contrato o relación de trabajo es el tiempo durante el cual un trabajador y un empleador coexisten con motivo de la realización de un trabajo, y es durante este espacio temporal en donde el Derecho del Trabajo se manifiesta de manera amplia, al establecer un catálogo de derechos de cumplimiento cotidiano y periódico a favor de los trabajadores, entre los que están el tiempo de trabajo, los diferentes tipos de descanso, el salario, etc: Finalmente en lo que se refiere a la extinción de la relación o contrato de trabajo, el Derecho del Trabajo se ha encargado al paso de los años de regular las diferentes modalidades y requisitos para que una relación de este tipo pueda quedar interrumpida o extinguida, intentando normar y con ello proteger al trabajador de la pérdida temporal o definitiva de su empleo, buscando dejar de lado la discrecionalidad, en otra época inherente a la calidad de empleador.

Como puede verse, la relación individual de trabajo ofrece una riqueza y amplitud temática que será desarrollada en otros capítulos de esta obra; sin embargo en este capítulo, concentraremos nuestra atención; en el tema relativo al momento inicial y primario en que concurren ciertas circunstancias a partir de las cuales la legislación laboral ha considerado que se han presentado los elementos necesarios para concluir que existe un vínculo entre un trabajador y un empleador, y en consecuencia que se actualiza la vigencia y aplicación del Derecho del Trabajo, este momento es el conocido como la relación de trabajo.

En esa búsqueda histórica por contar con marcos jurídicos adecuados para las nascentes relaciones de producción basadas en la apropiación privada de los medios de producción, uno de los primeros temas abordados fue precisamente tratar de contar con una figura jurídica que diera cuenta de las relaciones entre un trabajador y un empleador, y sería precisamente esta búsqueda la que habría de marcar los antecedentes de la relación de trabajo.

Estos antecedentes que en principio podemos ubicar durante el siglo XIX y principios del XX, estuvo caracterizado por dos vertientes, por un lado el derecho civil y por otro lado el esbozo de una nascente legislación laboral que al abordar diferentes problemáticas de las nuevas relaciones de producción, se ocupaban también de la figura fundatoria de las relaciones jurídico laborales.

En el primer caso, vale la pena recordar que fue precisamente en el terreno del derecho privado en donde se intentó ubicar las relaciones laborales, y uno de los debates de los que da cuenta la doctrina, es precisamente la discusión sobre el tipo de figura jurídica contractual que se veía mas adecuada para regular las relaciones entre un trabajador y un empleador. Hay que recordar como primero Carnelutti llegó a considerar que la relación de trabajo era un contrato de compraventa, parecido al que se celebraba para el suministro de la energía eléctrica; mas adelante autores como Chatelain y Valverde hablaron del contrato de sociedad, en el cual las partes participantes en el mismo y aportaban unos

su energía de trabajo y otros el capital; así mismo algunas voces sugirieron que era el contrato de mandato el mas adecuado para normar las nuevas relaciones laborales, tal y como se sugería en el código civil mexicano de 1870<sup>2</sup>; sin embargo la ubicación en terrenos privados de las relaciones laborales habría de evolucionar en la medida que los principios y conceptos propios del derecho civil se mostraban insuficientes para abarcar y dar cuenta de las nacientes relaciones laborales<sup>3</sup>.

En el segundo caso, abundan los ejemplos de intentos de adopción de una legislación laboral adecuada para las nuevas circunstancias de trabajo; esta legislación se caracterizo, entre otras cosas, por tratar solo aspectos puntuales de las relaciones de trabajo, sin contar con una sistematicidad y estructura del Derecho del Trabajo, la cual se iría construyendo a lo largo del siglo XX. Entre los temas abordados por esa legislación primaria y pionera estaban las jornadas de trabajo, el trabajo de menores y mujeres, seguridad en los lugares de trabajo, accidentes de trabajo, etc.<sup>4</sup>. Esta tendencia hacia el crecimiento y consolidación del Derecho del Trabajo no se detendría durante el siglo XX, en donde en sus albores la Constitución mexicana de 1917 reconocería un amplio catálogo de derechos de los trabajadores, dándole de esta manera un impulso importante a la legislación laboral; así mismo, hacia fines de los años veinte países como Chile y México, adoptarían una regulación mas detallada de los principales conceptos básicos del Derecho del Trabajo, el primero de ellos adoptando un Código de Trabajo y el segundo una Ley Federal del Trabajo, documentos ambos que serviría de modelo de inspiración a varios países de la región<sup>5</sup>. En este

<sup>2</sup> De la Cueva M. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Porrúa, 6 ed. Vol. I, México 1980, p. 181.

<sup>3</sup> Aunque estas constantes pueden encontrarse mas o menos en buena parte de los países latinoamericanos, no es menos cierto que algunos autores hay identificado normas netamente laborales ya desde mediados del siglo XIX, aunque aisladas y excepcionales; en este caso están el Código de Comercio de Buenos Aires de 1859, el cual ya abordaba temas trascendentales como pagos a cargo del empleador en caso de accidentes, el preaviso para la extinción del contrato, etc. De igual manera estaba el Código de Policía del Ecuador de la misma época. Cf. Bronstein A. "Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina: Un panorama comparativo"; en: Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina, A. Bronstein (Director) Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2007, p. 37.

<sup>4</sup> El Maestro Barbagelata al referirse a este periodo señala que "En general , esta nueva legislación tendría pocas consecuencias, no solo por la falta de sentido práctico en ciertos casos (por ejemplo las leyes denominadas " de las sillas", adoptadas en Argentina, Chile, Uruguay, etc.) sino sobre todo a causa de la penuria de los medios y la ausencia de reglamentación apropiada de los servicios administrativos del trabajo".

"Por ejemplo la ley uruguaya de 1915 que instauró la jornada de trabajo de ocho horas en todas las actividades, con excepción del trabajo rural, constituía una modificación importante y pude ser considerada como el acto de nacimiento de la legislación del trabajo en América Latina". Cf. Barbagelata, Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine, Presses Universitaires de Louvain, Louvain, (Traducción libre del autor)1980, p. 51. Cf. Tissebaum M.R. "Argentina", en: El derecho latinoamericano del trabajo, vol. I, UNAM, México 1974, p. 6 y s.

<sup>5</sup> Evidentemente el proceso de construcción del derecho del trabajo en América latina no fue homogéneo y uniformemente en la región, en algunos casos los esbozos de una legislación laboral hace su aparición ya en los primeros años del siglo XX, como en el caso de Venezuela: "Nuestra moderna legislación laboral comienza propiamente el 26 de junio de 1917, con la Ley de Talleres y Establecimientos Públicos. Antes las Leyes de Minas de 1904, 1909 y 1915 contenían disposiciones muy particulares referentes al trabajo subterráneo en las minas: en especial la ley de 1915, estableció el sistema de reparación de accidentes de trabajo, base del régimen más elaborado que la Ley del trabajo de 1928 adoptó posteriormente. Pero es la mencionada Ley de Talleres y establecimientos Públicos el inicio de la actual legislación del trabajo en el país, por su propósito tuitivo del trabajo humano, el carácter orgánico de sus reglas y por su aplicación generalizada a todos los trabajadores de la nación". Cf. Guzmán R.J.A. "Venezuela", en: El derecho latinoamericano del trabajo, vol. I, UNAM, México 1974, p. 523.

proceso la regulación del contrato de trabajo empezaba a ocupar un lugar especial en las normas laborales de la región latinoamericana, por ejemplo en el caso de las leyes sobre contrato de trabajo de Guatemala de 1926 y de Ecuador y de Venezuela, ambas de 1928. Ya para los años cuarenta del siglo pasado buena parte de los países latinoamericanos contaban con una amplia legislación especializada en materia laboral, bajo la forma de leyes o códigos laborales y, en todos esos textos legales, ocupaba un lugar estelar la regulación del contrato de trabajo, confirmando de esta manera, señalan algunos autores, la tendencia hacia la autonomía y ruptura total frente al derecho común<sup>6</sup>.

## **ANTECEDENTES DE LA “RELACIÓN DE TRABAJO”**

La idea de “relación de trabajo”, forma parte de la larga historia del Derecho del Trabajo por incluir conceptos que permitan abarcar en él a un número mas amplio de personas como parte de su campo de aplicación. En efecto, si bien en sus inicios el terreno del derecho civil sería uno de los primeros espacios en donde se intentaba ubicar las relaciones laborales, pronto los conceptos y principios del derecho privado mostrarían sus limitaciones para dar cabida a la problemática derivada de las relaciones entre trabajadores y empleadores. Más tarde, la figura del contrato de trabajo, permitiría al Derecho del Trabajo, encontrar en ella un concepto básico que en buena medida serviría de fundamento a la construcción de toda una estructura de derechos y obligaciones entre las partes de dicho contrato. Sin embargo, al contrato de trabajo, de ascendencia privada no le fue fácil durante el siglo XX eliminar totalmente sus rasgos genéticos civilistas, ya que invariablemente la existencia formal y legal de un contrato de trabajo exigía, como es normal y lógico, la existencia de la libre expresión de la voluntad de los contratantes, y que dicha voluntad quedara plasmada en un documento. Esta situación se reflejaría en los tribunales laborales ya que en la tramitación de los reclamos de los trabajadores, el contrato de trabajo jugaría un papel de primer orden, y en muchos casos su existencia determinaría en buena medida el rumbo que tomaban las demandas de los trabajadores.

Y es precisamente en ese contexto que debe verse el surgimiento de la relación de trabajo como un concepto que reivindica al carácter autónomo del Derecho del Trabajo, al tratar de superar los contornos del contrato de trabajo, y no hacer depender la procedencia de los derechos laborales de la existencia de un acto formal, sino mas bien ubica en la base de los reclamos de un trabajador la existencia de una situación objetiva como lo es la prestación concreta de un trabajo para un empleador<sup>7</sup>. En ese sentido, la figura del contrato no se abandona sino mas bien se complementaría en muchas legislaciones latinoamericanas al incluir en sus leyes y códigos tanto al contrato de trabajo como a la relación de trabajo.

<sup>6</sup> Barbagelata, op.cit. p. 58.

<sup>7</sup> Cf. Rodríguez Piñeiro M. y Bravo Ferrer, “Contrato de trabajo y relación de trabajo”, Anales de la Universidad Hispalense, Vol. XXVII, Sevilla 1967.



La relación de trabajo tiene antecedentes lejanos que permiten ir viendo su evolución sobre todo durante el siglo XX. En efecto, en el caso de México Mario de la Cueva señala como las ideas del francés Georges Scelle y del alemán Erich Molitor, inspirarían en su caso la propuesta de incluir, en lo que sería posteriormente la Ley Federal del Trabajo de 1970, el concepto de relación de trabajo junto al de contrato, como premisas de desencadenarían la aplicación del Derecho del Trabajo.

En el primero caso el jurista francés apoyaba la idea de abandonar el subjetivismo manifestado en la necesidad de contar con el consentimiento de las partes en un contrato, para transitar hacia un objetivismo que se traduciría en el hecho de empezar a trabajar a una empresa. Por su parte, el jurista alemán, señalaba que no había que confundir lo que era el contrato de la relación de trabajo que aquel implicaba, ya que en el primero estamos en presencia de una manifestación de voluntades de las partes, mientras que en la segunda estamos hablando de la prestación efectiva del trabajo<sup>8</sup>. De esta manera, se decía, el Derecho del Trabajo pone en el centro de su atención al trabajo y a las personas que lo desarrollan, y no a los actos formales que se ocupan del mismo. De esta manera quedaría plasmada la idea de la relación de trabajo en la Ley Federal del Trabajo de México de 1970, la cual en su artículo 20 señala: “Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario”.

El debate en torno al “relacionismo” y con él, la inclusión de la figura relación de trabajo en las legislaciones latinoamericanas puede considerarse como una de las mas importantes etapas del Derecho del Trabajo en esta región y se puede constatar su inclusión en los códigos laborales, en los cuales a semejanza del caso mexicano, coexisten los conceptos de contrato y relación de trabajo, como en Panamá, Guatemala, entre otros. Sin embargo, la difusión de la relación de trabajo en la segunda mitad del siglo XX, no abandonó del todo la figura del contrato de trabajo, la cual en muchos países sigue considerándose de primer orden<sup>9</sup>.

Esta manera de ver la relación de trabajo, sería también incluida en otros países como Argentina en su Ley del contrato de trabajo de 1974, como resultado en buena medida, de una importante actividad jurisprudencial de los años precedentes en la cual ya se vislumbraba la idea de alejarse del contrato de trabajo como única fuente de derechos y obligaciones laborales.

## **CONCEPTO DE RELACIÓN DE TRABAJO**

Los intentos de conceptualización de la relación de trabajo estuvieron influidos por el deseo de enfatizar a la objetividad como su signo distintivo y tratar, por

<sup>8</sup> De la Cueva, op. cit. p. 183. Cf. De Haro García R. La posición jurídica del trabajador subordinado, Edit. Rialp, SA, Madrid 1963, p. 57 y s.

<sup>9</sup> Cf. Hernández Alvarez O. “Tendencias tradicionales y emergentes en el derecho laboral en América latina”, en: Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social, P. Kurczyn V. (Coord.), UNAM, México, 2006, p.287 y s.

otro lado, de establecer que tipo de relación tendría con el concepto también básico de contrato de trabajo. El trabajo doctrinal de inicio, que luego quedaría plasmado en muchas legislaciones, sería el hacer compatibles y coexistentes al contrato y a la relación de trabajo, lo cual se consiguió de varias maneras.

Mario De la Cueva, quien encabezaría un amplio sector de la doctrina “relacionista” decía que “la relación de trabajo es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la Declaración de derechos sociales, de la Ley del trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos-ley y de sus normas supletorias”<sup>10</sup>. De esta manera, ubicaría a la relación de trabajo como una “puerta de entrada” al mundo de las normas laborales. Esto permitiría ver ahora al Derecho del Trabajo desde otros ángulos; se trata entonces de un conjunto de derechos y prerrogativas cuya aplicabilidad se ve activada y desencadenada a partir de un hecho objetivo como lo es la prestación de un trabajo subordinado, con independencia de otros elementos o factores, que en otras circunstancias o ramas del derecho serían necesarias y previas, como el acuerdo de voluntades, aunque la voluntad del trabajador ha de estar presente en todo momento. En última instancia estamos ante una rama del derecho cuya aplicación está determinada por la prestación de un trabajo, y cuya aplicación no está sujeta a la voluntad de las partes a las cuales escapa la vigencia de las normas y su exigibilidad, sino que el carácter imperativo del Derecho del Trabajo forma parte de los rasgos que presenta una normatividad que el Estado considera de alto interés para la sociedad, y por tanto considerada de orden público.

Muchos autores que se han ocupado del tema señalan que cuando hablamos de la relación de trabajo, estamos en presencia de una condición que permite la aplicación de las leyes del trabajo; esto es así por que junto al contrato individual de trabajo, con la relación de trabajo se intenta abarcar aquellos casos en que una persona desarrolla una actividad para otra en condiciones de subordinación, ofreciéndole un espectro de protección que el Estado consideró como mínima y necesaria en estos casos. Sin embargo, conviene señalar que si somos estrictos, la constatación de existencia de un contrato individual de trabajo, no acarrea en automático la aplicación del Derecho del Trabajo, si no mas bien crea las condiciones que permitirían la aplicación de la normatividad laboral, en mas de un sentido estamos ante la existencia de una serie de derechos de los trabajadores predominantemente, pero al fin y al cabo derechos subjetivos laborales, los cuales son susceptibles de que se invoque su aplicación por sus destinatarios como son los trabajadores.

La relación de trabajo es un concepto que incluye varios elementos que le dan forma y permiten constatar su existencia, y es partir del entendimiento del significado de cada uno de sus elementos como puede apreciarse la importancia de este concepto, así como las dificultades que hoy plantea su aplicación.

---

<sup>10</sup> De la Cueva, op. cit. p. 187.

Los elementos de la relación de trabajo son el acuerdo de voluntad de las partes, las personas que participan en la relación, la prestación del trabajo, la subordinación o ajenidad y el salario; aspectos todos ellos que se desarrollan a continuación.

### **A) EL TEMA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES**

El tema de la existencia y constatación de la voluntad de las partes en las relaciones laborales ha sido un aspecto que ha estado presente en el debate sobre el nacimiento y vida de dichas relaciones, entre otras razones por el hecho de que viniendo de un pasado y contexto civilista en donde dichas voluntades constituyen un elemento de existencia y validez de los actos, el Derecho del Trabajo proponía una manera diferente de aceptar y presentar tales voluntades, al momento de darle validez y efectos a los actos en el mundo laboral<sup>11</sup>.

En la realización de un trabajo, en principio uno supondría, como sucede en otras áreas jurídicas, que convergen las voluntades de los involucrados, trabajadores y empleadores; sin embargo, la manera como se presenta la voluntad de cada una de estas partes en la relación de trabajo, aparece con características que ameritan verlas de manera separada.

Por lo que se refiere al trabajador, si bien es cierto en la formación de los contratos civiles un elemento imprescindible para la validez de los actos es la constatación de la existencia de la voluntad de los contratantes<sup>12</sup>; sin embargo, en sus inicios la teoría de la relación de trabajo pregonaba la innecesaria existencia de la voluntad del empleador, para que se aplicara el estatuto laboral; esta manera de ver las cosas, teniendo ese antecedente y ascendente civilista, venía a transformar la manera tradicional de ver el nacimiento y validez de los actos jurídicos al poder prescindir de la voluntad, por lo menos de una de las partes.

Pero la voluntad del trabajador en la formación de la relación de trabajo sería considerada como indispensable e imprescindible; esto es así por que desde principios del siglo XIX la mayoría de las constituciones latinoamericanas, haciendo eco de los postulados de la revolución francesa, incluirían en sus constituciones el reconocimiento del principio de la libertad de trabajo, según el cual, entre otros significados, implicaba el que no se podría obligar a ninguna persona a laborar sin su consentimiento, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en las mismas Constituciones o en la legislación

---

<sup>11</sup> Cf. De Litala L. El contrato de trabajo, 2ª ed, López y Etchegoyen, Buenos Aires 1946, p. 99

<sup>12</sup> Al referirse a los elementos de los contratos civiles, algunos autores señalan que el contrato consta de dos clases de elementos, a saber elementos de existencia, que son el consentimiento y el objeto, y elementos de validez que son la capacidad de los contratantes, la ausencia de vicios en el consentimiento, la forma en los casos que lo exija la ley y que el objeto del contrato sea lícito. En el caso concreto del consentimiento, en una de sus acepciones, tal requisito debe evidenciarse de muy diversas maneras, como que sea real, que se exteriorice, que sea claro y preciso, etc. Cf. Sánchez Medal R. De los Contratos Civiles, Porrúa, México 1978, p. 14 y s.

secundaria<sup>13</sup>. En el caso mexicano la libertad de trabajo sería consagrada en el art. 5 de la Constitución de 1857, el cual se mantendría en la Constitución de 1917. Según este artículo entre otras cosas "Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial...". Así, la manera como las constituciones se referían al tema del consentimiento del trabajador, por un lado, y los requisitos de existencia de los contratos privados, por el otro, serían una herencia que encontraría en la figura de la relación de trabajo una manera de hacerlos conciliables.

Pero en la incorporación de la idea de la relación de trabajo a los códigos laborales durante el siglo XX, no se prescindió y eliminó del todo la figura del contrato de trabajo y de su necesario acuerdo de voluntades, sino que se agregó e incorporó a lado de éste: La manera como la doctrina explicó tal situación consistió en señalar que con la relación de trabajo no se quería decir que no podía haber previamente a la realización de un trabajo, un acuerdo de voluntades, el cual podía existir sin problema, mas bien como debía entenderse ahora es que la aplicación de las normas laborales no estarían sujetas en lo sucesivo, o por lo menos no exclusivamente, a la existencia de un contrato de trabajo sino mas bien a la constatación de la existencia de un trabajo subordinado.

Vale la pena hacer una breve anotación sobre el tema del consentimiento del trabajador en el caso en que éste sea un menor de edad, ya que en ese caso adquiere características específicas, que si bien se les reconoce, a diferencia de otras ramas del derecho, plena capacidad de goce y ejercicio en materia laboral a partir de los 14 años, quedan sujetos a un régimen tutelar. Esta intervención del Estado en la formación y nacimiento de la relación de trabajo, atiende a necesidades y justificaciones superiores a la voluntad del menor trabajador, basadas en el interés de salvaguardar su desarrollo y educación, en virtud de lo cual, a pesar de que exista la voluntad expresa de un menor para trabajar, esta voluntad solo será considerada legal y correcta si se circunscribe a las limitaciones que la legislación laboral señala. En efecto, la ley mexicana establece un régimen especial para los menores trabajadores, dividiendo las reglas en tres "franjas" de edad, una que se inicia en los 14 años, asumiendo que está prohibido el trabajo de menores de esta edad; luego de los menores de entre 14 y 16 años, caso en el cual deberán obtener un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo, así como someterse a los exámenes médicos que periódicamente ordene la Inspección del Trabajo, además de estar prohibido su trabajo en ciertas actividades, tales como expendios de bebidas embriagantes, trabajos subterráneos o insalubres, entre otros.

Finalmente está el caso de los trabajadores mayores de 16 años pero menores de 18 años, a los que les está prohibido participar en trabajos nocturnos industriales. A estas consideraciones hay que agregar las disposiciones específicas que en este tema señala la legislación en aspectos concretos como

---

<sup>13</sup> En el caso mexicano entre las excepciones a la libertad de trabajo hay que señalar los caso en que se afecten derechos de terceros o de la misma sociedad, el caso de profesiones para las cuales se exija un título universitario y una cédula para el ejercicio, el caso del trabajo penitenciario que como parte de una pena que establezca un juez, el servicio de las armas, la realización de funciones censales, la participación como jurado y las funciones electorales.

la limitación de las jornadas de trabajo, la ampliación de los descansos durante la jornada de trabajo y ciertas obligaciones especiales a cargo de los empleadores.

Por otro lado, y por lo que se refiere a la voluntad del empleador, algunos autores señalan que la voluntad de éste en la mayoría de las veces es mas aparente que real, ya que incluso en algunos casos la formación de la relación laboral se da incluso en oposición a la voluntad del empleador, tal es el caso por ejemplo en la aplicación de las cláusulas de seguridad sindical<sup>14</sup>. El desarrollo de los procesos de selección y reclutamiento de personal, permiten afirmar que la voluntad del empleador no se presenta sobre todo en grandes empresas y que en todo caso esa voluntad se encuentra esparcida y difuminada en áreas y personas que cuentan, aunque no siempre, con el mandato expreso o tácito de hacer avanzar el proceso de selección y contratación de los nuevos trabajadores.; muchas veces ese mandato no es judicial sino viene dado por las facultades de las personas que intervienen en tales procesos de selección, y por la jerarquía del puesto que ocupan en la empresa. Sobre el particular la mayoría de las legislaciones laborales, a diferencia de otras ramas jurídicas, establecen existencia de responsabilidades que les vienen dadas a ciertos trabajadores por la posición y tareas que desempeñan en una empresa y que en consecuencia pueden asumir compromisos frente al resto de los trabajadores; así por ejemplo la LFT en México señala en su artículo 11 que “los directores, administradores, gerentes y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento, serán considerados representantes del patrón y en tal concepto lo obligan en sus relaciones con los trabajadores”. En una situación diferente se encuentra la voluntad de los empleadores que debe expresarse en los procesos con motivo de algún juicio radicado ante los tribunales competentes y del cual sean parte; en este caso la representación judicial esta normada y en el caso mexicano la legislación señala que las partes podrán comparecer a un juicio en forma directa o por medio de un apoderado legal autorizado al efecto; en este caso se podrá acreditar la personalidad dependiendo de las características de la persona que otorga el poder; así por ejemplo, si el apoderado actúa en nombre de una persona física, podrá hacerlo mediante poder notarial o carta; poder simple, firmada por el otorgante y ante dos testigos, sin que sea necesaria su ratificación; mientras que si el apoderado actúa como representante legal de una persona moral, deberá exhibir el testimonio notarial respectivo.

Conviene anotar de paso que existe la posibilidad de que un empleador en el

---

<sup>14</sup> Hay que recordar que por ejemplo en el caso mexicano el art. 395 de la Ley Federal del Trabajo establece que en el contrato colectivo de trabajo podrá establecerse que el patrón admitirá exclusivamente como trabajadores a quienes sean miembros del sindicato contratante, estableciendo de esta manera la obligación a cargo del patrón de contratar, aun en contra de su voluntad, a los trabajadores que ante la existencia de una vacante o puesto de nueva creación le sean propuestos por el sindicato con el cual tenga celebrado un contrato colectivo. Sin embargo, la voluntad patronal en la admisión de nuevos trabajadores en su centro de trabajo, aun en el caso de haber incluido este tipo de cláusulas en el pacto colectivo, no fue eliminada del todo, ya que en otra parte de la Ley se señala como principio general la posibilidad de que el patrón podrá rescindir el contrato de trabajo de un trabajador si encuentra que éste no reúne las capacidades y requisitos que se requieren para el puesto en el cual se desempeñará, aunque esta potestad patronal estará limitada en el tiempo y la podrá hacer valer dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se haya iniciado la relación de trabajo, caso en el cual tendrá que volver a solicitar al sindicato le haga una nueva propuesta de trabajador.

desarrollo de la relación laboral, se vea impedido de expresar libremente su voluntad, en el supuesto de que le sobrevenga una incapacidad física o mental, caso en el cual estaríamos ante una posible terminación colectiva de las relaciones de trabajo, si tal circunstancia trae como consecuencia, dice la ley mexicana, “necesaria e inmediata y directa” la terminación de los trabajos.

Así, la manera diferente como se plantea la voluntad de las partes en la relación de trabajo, trasciende al nacimiento de ésta en temas tales como la nulidad y la inexistencia, ya que mientras que en materia civil la nulidad de un acto acarrea como efecto el que se retrotraigan las cosas al momento en que sucedió el acto nulo, tal situación es de difícil realización si el trabajador ya ha aportado su esfuerzo en el trabajo y no se le podría obligar a regresar el salario que se le haya hecho con ese motivo.

Sin embargo, el Derecho del Trabajo ha incorporado la idea de vicios en el consentimiento y la voluntad inicial de la cual parte y nace la relación laboral, al señalar en varias legislaciones que si alguna de las partes ha engañado o falseado la información respecto de las características bajo las cuales habría de ejecutarse la relación de trabajo, a la parte que considere que ha sido objeto de tal engaño se le otorga la facultad de poder rescindir la relación de trabajo, aunque esta facultad tiene un tiempo para poderse ejecutar bajo riesgo de prescribir, en el caso mexicano son 30 días.

Derivado de estas consideraciones se puede concluir que la voluntad de las partes en la relación de trabajo, no se presenta como un elemento consustancial a la relación de trabajo, no así en el caso de la voluntad del trabajador la cual siempre estará presente. Sin embargo, vale la pena profundizar el análisis sobre el particular, ya que puede quedar la impresión de que bastaría con la voluntad del trabajador para que nazca una relación de trabajo y que en consecuencia se aplique el estatuto laboral, aun con prescindencia absoluta de la voluntad del empleador, lo cual no es totalmente exacto ya que de una u otra manera, la voluntad de el empleador estará presente, ya sea implícitamente, al no firmar un contrato de trabajo, pero indicando la manera en que el trabajador debe realizar sus actividades, o incluso “tolerando” y aceptando la presencia de un trabajador en su centro de trabajo y beneficiándose directa o indirectamente del trabajo de aquél. En ese sentido, lo que nos parece mas sensato afirmar es que en el nacimiento y la vida de una relación de trabajo, la voluntad del empleador aparece de muy variadas formas, en ocasiones de manera expresa y explícita, y en ocasiones de manera tácita e implícita.

En el caso de México en lo que sería la primera Ley Federal de Trabajo en el año de 1931 se dijo que todo contrato debía constar por escrito, estamos en una época en la cual la teoría relacionista no formaba parte de las reflexiones de los laboristas y la formalidad del contrato de trabajo se presentaba como un requisito constitutivo de la relación obrero patronal. Hoy las legislaciones laborales en América Latina mantienen una serie de reglas sobre las características y contenidos que debe tener dicho contrato de trabajo escrito. En México la LFT señala en su art. 25 que el escrito en que consten las condiciones de trabajo deberá contener ciertos datos como nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil y domicilio de las partes, la duración del

contrato, las tareas que el trabajador vaya a desarrollar<sup>15</sup>, el lugar o lugares de trabajo, la duración de la jornada, forma y monto de pago, días y lugar de pago, la obligación de capacitar al trabajador, otras condiciones de trabajo como días de descanso, vacaciones y demás precisiones que convengan las partes. Coherente con la teoría de la relación de trabajo y la compatibilidad de ésta con la figura del contrato de trabajo, la ley mexicana señala que la falta de escrito no priva al trabajador de los derechos que deriven de las normas del trabajo y de los servicios prestados y que, la falta de dicho escrito será imputable al empleador. Históricamente la jurisprudencia mexicana, optó por la solución de que ante la falta de escrito se debía fallar con base en lo que el trabajador hubiera dicho y el patrón no hubiera probado lo contrario, aunque años mas tarde este criterio cambiaría en el sentido de que ambas partes deben probar su dicho, y si el patrón no prueba la existencia de alguna condición de trabajo (salario por ejemplo), se podría absolverlo.

## **B) LAS PERSONAS: EMPLEADOR Y TRABAJADOR**

Decía el Maestro de la Cueva que la relación de trabajo tiene varios elementos, que se dividían en objetivos y subjetivos, y que entre estos últimos eran de gran importancia la figura del empleador y del trabajador, como figuras imprescindibles del edificio jurídico laboral. Es por ello que la legislación y doctrina laboral dedicaría amplios espacios para tratar de caracterizar, definir e identificar cada uno de estos personajes.

### **B.1 EL EMPLEADOR**

En términos generales un empleador puede ser tanto persona física como moral, siempre y cuando utilice uno o varios trabajadores, esta es la idea básica retomada por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas. Sin embargo, en algunos casos como México la Ley Federal del trabajo agrega algunas precisiones tratando de adelantarse a resolver posibles problemas ante hipótesis en las cuales hubiese dudas respecto de quien es el empleador, de esta manera se puede leer en el segundo párrafo del artículo 10 que si el trabajador conforme a lo pactado o a la costumbre, utiliza los servicios de otros trabajadores, el patrón de aquél lo será también de éstos.

Pero la presencia del empleador en la relación de trabajo puede aparecer de manera directa como indirecta, en este segundo caso nos referimos a los representantes del mismo. Como es evidente las personas morales actúan por conducto de personas físicas cuyo papel en la relación laboral es relevante,

<sup>15</sup> Sobre este aspecto la legislación indica que en caso de que el contrato no señale el servicio que deba prestar el trabajador, éste "...quedará obligado a desempeñar el trabajo que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición y que sea del mismo género de los que formen el objeto de la empresa o establecimiento". Se trata de un tema que es constantemente objeto de debate entre trabajadores y empleadores, ya que la ley mexicana al referirse a este dato que debe de señalarse en los contratos de trabajo, sugiere que los trabajos que ha de realizar el trabajador "...se determinarán con la mayor precisión posible", lo cual ha permitido que una interpretación extrema de este texto se traduzca en una redacción muy detallada y minuciosa de las tareas a realizar en los contratos de trabajo, impidiendo así que el empleador pueda siquiera insinuar o pedir al trabajador que realice alguna actividad cercana o relacionada con su actividad principal, bajo riesgo de ser demandado por haber modificado unilateralmente el contrato de trabajo.

entre otras razones, por el hecho de que el trabajador interactúa con ellas y es ahí en esa relación cotidiana en donde es necesario saber quienes pueden actuar en calidad de representantes del patrón. En el caso de México el artículo 11 de la Ley Federal del Trabajo señala que los directores, administradores, gerentes y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento, serán considerados representantes del patrón y en tal concepto lo obligan en sus relaciones con los trabajadores. Se trata de una posibilidad que busca proteger los derechos de los trabajadores en la medida que sería absurdo considerar que la voluntad y compromisos laborales del patrón solo pueden considerarse como tales cuando lo hagan de manera directa con sus respectivos trabajadores, lo cual prácticamente sería imposible en el caso de patrones personas morales.

En muchas legislaciones de la región se aborda el caso de personajes que aparecen juntos o al lado de la relación de trabajo, y cuya participación en ésta y es importante distinguir; en esta situación se encuentran los denominados intermediarios. Se trata de aquella persona, física o moral, que puede aparecer en el nacimiento de un contrato o relación de trabajo, pero solo pone en contacto a un trabajador con el empleador que pretende tener sus servicios, su intervención en la formación de la relación se limita a participar en poner en contacto a las futuras partes de la relación de trabajo o contrato; el intermediario no recibe ni se beneficia del trabajo de un trabajador, ya que si así fuera dejaría de tener la calidad de intermediario para convertirse en empleador. La ley mexicana al ocuparse del tema establece un breve marco jurídico que se caracteriza por los siguientes criterios: que no se considerará intermediario sino patrón a quien contrate trabajos para ejecutarlos con elementos propios y suficientes para cumplir de manera directa las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores, y en caso contrario serán solidariamente responsables con quienes se beneficien de manera directa de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores. Así mismo, los trabajadores que lleguen a una empresa por medio de intermediarios, deberán tener las mismas condiciones de trabajo y derechos que aquéllos trabajadores que ya estén en la empresa ejecutando trabajos similares. De igual manera, los intermediarios no podrán recibir retribución a cargo de los salarios de los trabajadores.

Pero hoy en día no podemos dejar de hablar del empleador como concepto básico en el mundo del trabajo, sin mencionar la crisis por la que está atravesando; en efecto, hace no muchos años la identificación del patrón como deudor laboral, presentaba ciertas dificultades que hoy en día parecen minúsculas; ayer muchas de las discusiones en los tribunales no eran si se identificaba o no al patrón, sino mas bien el grado de responsabilidad laboral que tenía frente a un trabajador; hoy los debates han dado un paso atrás y se centran en la existencia misma del empleador. El contexto en que viven las empresas tan cambiante en los últimos tiempos ha influido para ello, de tal manera que hoy el concepto de empleador aparece huidizo y volátil<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> "La necesidad de adaptar las estrategias de gestión empresarial a un contexto cada vez más inestable y competitivo ha conducido a la adopción de una nueva forma de organización basada en la segmentación de los procesos de producción y la colaboración entre organizaciones empresariales en principio independientes unas de otras" Cf. Sanguinetti Raymond W. "La transformación del empleador y el futuro del Derecho del trabajo", Revista Derecho Social Latinoamérica, no. 3-2007, Ed. Bomarzo, Buenos Aires 2007, p. 50.



## **B.2 EL TRABAJADOR**

Sin duda otro elemento importante en la relación de trabajo es precisamente el trabajador, para la Ley Federal del Trabajo en México, trabajador es la persona física que presta a otra física o moral un trabajo personal subordinado. En este caso los elementos a destacar son el que no puede haber un trabajador persona moral, que el trabajo tiene que ser personal y ejecutado por quien directamente es parte de una relación de trabajo, y debe ser un trabajo realizado en condiciones de subordinación, este último elemento permitirá trazar la frontera entre lo laboral y otros territorios jurídicos.

Una mención especial merece el caso de los denominados en México “trabajadores de confianza”. En efecto, la ley mexicana establece una distinción entre trabajadores tomando como base el criterio relativo a las características del trabajo a realizar; así, serán trabajadores de confianza aquellos que lleven a cabo tareas de dirección, inspección, fiscalización, vigilancia de carácter general o que se relacionen con trabajos personales del patrón en la empresa o establecimiento. Todos aquellos trabajadores que no desempeñen este tipo de tareas, serán considerados como “trabajadores de base”. El trabajador de confianza es objeto de una regulación especial al dedicarle la ley mexicana todo un capítulo dentro del apartado de trabajos especiales, y en donde se le establecen algunas normas específicas, como el no poder formar parte del sindicato del resto de los trabajadores, el poder ser despedidos cuando incurran en una causa especial de rescisión como lo es la existencia de “un motivo razonable de pérdida de la confianza”, etc. Se trata de una categoría laboral que desde siempre ha estado inmersa en la polémica, ya que muchas veces se le ve como un mecanismo formal de eludir obligaciones laborales<sup>17</sup>.

Otro caso interesante de ver cuando se habla del trabajador como parte de una relación de trabajo, es el que se refiere a los trabajadores al servicio del Estado. La situación de los trabajadores que tienen como patrón al Estado ha evolucionado de manera interesante: primero asumiendo que el vínculo jurídico que une a una persona con el Estado para quien presta sus servicios era de naturaleza administrativa, frente a lo cual al paso de los años los laboristas han tratado de muy diversas maneras de reivindicar este sector importante de personas como parte del campo de aplicación de las normas laborales. En los países latinoamericanos se asiste a este proceso de laboralización del sector público utilizando varios mecanismos y fórmulas, por ejemplo en el caso mexicano se realizó una reforma constitucional en los años sesenta del siglo pasado para dar cabida en el artículo 123 un espacio exclusivo para establecer las reglas del denominado “derecho burocrático”, aquí se creó un régimen laboral especial y paralelo al régimen general aplicable al resto de los trabajadores, de tal manera que existen sendas leyes reglamentarias de cada uno de estos apartados (La Ley Federal del Trabajo en el primer caso y la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado en el segundo); a pesar de que entre ellas existe una relación de subsidiariedad de la segunda frente a la primera. En estos casos es interesante constatar como la figura jurídica por medio de la

---

<sup>17</sup> Cf. Cavazos Flores B. Trabajadores de con...fianza, Ed. Trillas, México 1993.

cual se relaciona un trabajador con el Estado ha evolucionado de manera diferente y ha incorporado rasgos que muestran su dificultad por alejarse del pasado civilista y administrativista. Así por ejemplo en el caso mexicano la legislación correspondiente define al trabajador como "...toda persona que preste un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales"<sup>18</sup>. En este caso el "nombramiento" aparece como un resabio civilista por medio del cual se formalizaría una relación laboral con el Estado. Sin embargo, es interesante constatar como al paso de los años, si bien es cierto la legislación de los trabajadores del Estado no ha evolucionado en México como si lo ha hecho en otros países, ha sido en la jurisprudencia donde la teoría de la relación de trabajo ha ido ganando espacio, al señalar en reiteradas ocasiones que la prestación objetiva de un trabajo personal y subordinado, podrá por si mismo demostrar la existencia de una relación de trabajo con el Estado, aun sin la existencia de un nombramiento y por otro lado, que la sola exhibición de un nombramiento, no siempre demostrará la existencia de una relación laboral con el Estado<sup>19</sup>.

### C) LA PRESTACIÓN DEL TRABAJO

Si bien es cierto no existe una amplia regulación del objeto del contrato de trabajo, es importante llevar a cabo una lectura integral de los artículos que en las legislaciones laborales se refieren al tema, así por ejemplo en el caso mexicano el art.8 de la Ley Federal del Trabajo define al trabajo como "...toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio". Ya sea entonces como objeto de un acuerdo de voluntades, en el caso de un contrato, o como actividad objetivamente realizada, en el caso de la relación de trabajo, el trabajo está en el centro de toda la construcción jurídico laboral. Aunque la legislación mexicana no se refiere a la licitud necesaria que debe tener el trabajo, no es así en otras legislaciones en las cuales si hay una referencia a esta calificación como en el caso de Argentina.

La noción jurídica de trabajo puede definirse, decía el Maestro Manuel Alonso García como "...toda actividad del hombre aplicada al mundo exterior, con independencia de sus resultados, predominantemente especulativos o prácticos, en cuanto dicha actividad origina relaciones ordenadas por normas, según principios que constituyen la base de su régimen jurídico"<sup>20</sup>; es decir, se trata de una actividad inherente al hombre, pero que asume una importancia capital en la medida que aparece como la base de toda una construcción normativa encaminada a organizarla y ordenarla dando lugar a derechos y obligaciones.

<sup>18</sup> Se trata del art. 3 de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado.

<sup>19</sup> Para profundizar en este tema se sugiere ver. Pallares y Lara S. Las relaciones laborales en el sector público, Ed. Porrúa, México 2007. Ackerman M. (Coord.) Trabajadores del Estado en Iberoamérica, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1998.

<sup>20</sup> Alonso García M. Curso de Derecho del Trabajo, Ariel, Barcelona 1973, p. 50.

## **D) LA SUBORDINACIÓN O AJENIDAD**

Hacia fines del siglo XIX y principios del XX, en plena búsqueda del marco jurídico idóneo para regular las relaciones laborales, se suscitó un debate más específico y puntual que se centraba en tratar de identificar la o las características específicas que se debían presentar en aquellas relaciones en las cuales alguien realizaba alguna actividad para otra persona, la pregunta que se planteaba era ¿cuáles son los rasgos que permitirían a una relación ser ubicada en el derecho laboral o en el civil?<sup>21</sup>.

Algunos autores al ocuparse del tema señalan como la subordinación ha sido un elemento que ha acompañado el desarrollo de las civilizaciones desde hace mucho tiempo, como el caso del pater-familias en Roma, la condición de los siervos hacia los señores entre los germanos, la relación entre los individuos de la sociedad feudal, más tarde sus manifestaciones en el artesanado y las corporaciones de oficio de la Edad Media, y posteriormente ante la disyuntiva de los Estados de intervenir o no en las relaciones económicas y laborales, se optó por avanzar hacia un esquema jurídico que si bien respetara los derechos y prerrogativas de los dueños del capital, las relaciones de producción debían contar con marcos que permitieran un trato digno y humano para los trabajadores<sup>22</sup>. En ese sentido se puede decir que la subordinación como concepto jurídico inherente a las relaciones laborales, es un concepto moderno y propio de las relaciones de producción basadas en la propiedad privada capitalista y en donde la posibilidad de dirigir los procesos productivos y disponer de los resultados de los mismos, han de hacerse con apego al respeto de reglas; es decir, la subordinación es el reconocimiento jurídico de esta situación, y que permite la aplicación de un estatuto que legaliza estas facultades del empleador, pero elimina el carácter absoluto de las mismas, para darle un marco dentro del cual pueden manifestarse frente al trabajador; se trata en última instancia como dice Ferrari, de un concepto por medio del cual se contribuye al ordenamiento de la sociedad<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Se trata de un debate que se había presentado en Europa desde el siglo XIX y que de alguna manera se vio replicado en América latina, a medida que estos países avanzaban en su proceso de industrialización. Cf. Rivero J. Savatier J. *Droit du travail*, PUF, Thémis, 8a ed. Paris 1981, p. 83 y s.

<sup>22</sup> "Llega entonces el momento en que el Estado se da cuenta que no puede dejar librada esta regulación al libre juego de las partes interesadas y se encontró frente a la terrible alternativa de intervenir o desaparecer como superestructura jurídica de la forma económica que aseguraba. Al fracasar el libre juego de las voluntades, en la economía, el orden público exigía del Estado una disciplina general. En el contrato individual era donde más se realizaba el abuso de la fuerza patronal, y fue ahí por lógica consecuencia donde comenzó el Estado su intervención, fijando norma coactivas para las condiciones mínimas de trabajo que debían ser respetadas en los contratos individuales de trabajo. Estas medidas intervencionistas dieron origen a la subordinación jurídica, comenzando entonces la legislación del trabajo..." Cf. Ferrari Costa E.A. *El Concepto de subordinación*, Monografías jurídicas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1967, p. 9-19.

<sup>23</sup> Ferrari, op. cit. p. 31. Sin embargo, esta búsqueda de un marco jurídico equilibrador propia del derecho del trabajo y que es un rasgo que ha caracterizado su evolución, pareciera estarse olvidando en muchos países latinoamericanos, si nos atenemos a la mayoría de las reformas laborales que en los últimos años se han venido dado en la región. México no es la excepción, si bien es cierto desde hace más de veinte años se habla de la posibilidad de reformar el marco jurídico laboral, tanto constitucional como reglamentario, dicha reforma por múltiples razones no ha podido concretarse; pero llama la atención como buena parte de los proyectos de reforma más publicitados, olvidan y casi siempre prescinden de este elemento protector del trabajador e históricamente limitador de las facultades absolutas del empleador en las relaciones laborales.

A veces se han referido al tema diversos autores y de diferentes maneras, así por ejemplo Cabanellas citado por Ferrari, hablaba de este aspecto como dependencia, o bajo las órdenes, o bien bajo la vigilancia de otro, expresiones todas ellas referidas el mismo aspecto. El término subordinación y ajenidad no son alejados uno del otro, en más de un sentido se trata de palabras con las cuales, aunque con matices diferentes, se alude a un mismo fenómeno. Así por ejemplo algunos autores como Iván Mirabal, señalan que “La ajenidad constituye un elemento definitorio del contrato o relación de trabajo, por cuanto el trabajador siempre es ajeno a las herramientas de la producción, a la producción misma y a sus riesgos, de no serlo, se trataría de un trabajador autónomo o independiente...”<sup>24</sup>, mientras que la subordinación atiende mas a la vinculación jurídica en la cual una persona mediante un pago “subordina” su fuerza de trabajo al servicio de un empleador, acatando las directrices que se le marquen para ello.

En la mayoría de las legislaciones latinoamericanas la evolución del tema muestra como siempre estuvo presente en el legislador la idea de que uno de esos rasgos distintivos de lo laboral sería que el trabajo se realizara en condiciones tales que el trabajador no pudiera unilateralmente decidir el cómo y cuando llevarlo a cabo. Esta característica se presenta en el debate en varios espacios legales, doctrinales y jurisprudenciales, asumiendo diversas modalidades. Y en efecto, la subordinación al paso de los años ha ido conceptualizándose a partir de los elementos que los autores han considerado que la distinguen y como se manifiesta, al señalar que tiene mas bien que ver por ejemplo con la parte económica, en el sentido de que el ingreso que el trabajador recibe del empleador constituye la base de su manutención; pero también, se le ha visto a la subordinación como una expresión del papel que el empleador juega frente al trabajador en tratándose se los aspectos técnicos de los procesos productivos, y en ese sentido es la evidencia de existencia de una voluntad acotada o limitada que tendría el trabajador en el desarrollo cotidiano de su actividad, todo ello sin excluir que se enmarca en el reconocimiento jurídico de tal situación y que ese reconocimiento estará en una norma jurídica, ya sea una ley o un contrato individual<sup>25</sup>.

Así por ejemplo, en el caso mexicano la Ley Federal del Trabajo de 1931 señalaba en su artículo 17 que el contrato de trabajo era aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra, bajo su dirección y dependencia, un servicio personal mediante una retribución convenida. Como puede advertirse el legislador mexicano de principios del siglo pasado consideró que ese elemento distintivo de las relaciones laborales sería la “dirección y la dependencia”; el primero de

<sup>24</sup> Cf. Mirabal Rendón, Iván. “Zonas fronterizas del derecho del trabajo”, Revista Derecho del Trabajo, no. 1/2005 (enero-diciembre), Barquisimeto, Venezuela, Fundación Universitas, p.135-136.

<sup>25</sup> “Sidaii, en su teoría General de las Obligaciones en el derecho del Trabajo (Notas para un ensayo), afirma que la subordinación tiene `tres matices: personal, técnico y económico`. Considera que cuando el trabajador cumple con las órdenes recibidas y demás reglamentaciones sobre horario de trabajo, días de pago, limpieza, etc. Se está subordinando personalmente al patrón. Que cuando su actividad se ajusta a las reglas que el han señalado, se está subordinando técnicamente, y que cuando recibe la retribución y es fuente de sus ingresos y base de su patrimonio, se está subordinando económicamente. Afirma que si se analizan todas las relaciones de trabajo subordinado, presentan siempre estas tres clases de subordinación y que su colaboración, tanto como su grado, aumenta y disminuye según las características propias de la prestación a que se refiere.” Cf. Ferrari, op. cit. p. 64.

ellos tenía que ver con un aspecto técnico e interno a la empresa, ya que se manifestaba en las ordenes y lineamientos que el trabajador recibía de su empleador para realizar el trabajo; mientras que el segundo elemento, la dependencia, tenía que ver con un aspecto externo a la empresa y que consistía en la relación económica que se creaba entre trabajador y empleador, y que hacía que la subsistencia del primero de ellos dependiera del salario que se le pagara. Si bien estos elementos permitieron en el caso mexicano hacer un deslinde en la primera mitad del siglo XX, lo cierto es que pronto mostraron sus fragilidades como frontera entre el mundo civil y el laboral. En los siguientes años diversas interpretaciones de los tribunales, empezaron a darle un significado y sentido mas amplio a la “dependencia”, pasando de la idea patrimonialista del salario como sustento, a la idea de jerarquía y responsabilidad en la empresa, asimilándola mas bien al hecho de que el trabajador no podía decidir su actividad con independencia absoluta. Esta última concepción permitiría que incluso en algunas decisiones de los tribunales mexicanos de los años cuarenta del siglo pasado se hablara de la dependencia entendida como “subordinación”; término éste que a la postre sería incorporado en la Ley Federal del Trabajo de 1970 en cuya exposición de motivos se trató de conceptualizar diciendo que “por subordinación se entiende, de una manera general, la relación jurídica que se crea entre el trabajador y el patrono, en virtud de la cual está obligado el primero, en la prestación de sus servicios, a cumplir sus obligaciones y las instrucciones dadas por el segundo para el mejor desarrollo de las actividades de la empresa”.

Esta evolución, es mas o menos una constante en los países latinoamericanos, en donde se avanzó por un lado, hacia el a veces obsesionado deseo por alejarse del derecho civil, y por otro lado, hacia la construcción de conceptos propios al Derecho del Trabajo. Sin embargo, al ver de cerca la evolución legislativa de cada país se pueden ver matices y rasgos particulares, donde se observa como la construcción los conceptos laborales han seguido rumbos diferentes, por ejemplo en el caso de Chile el Código de Trabajo llegó a una conciliación conceptual al definir al contrato de trabajo como una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

Para Mario de la Cueva la subordinación es una relación jurídica que tiene dos elementos: “una facultad jurídica del patrono en virtud de la cual puede dictar los lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue conveniente para la obtención de los fines de la empresa; y una obligación igualmente jurídica del trabajador de cumplir esas disposiciones en la prestación de su trabajo”<sup>26</sup>. Para otros autores como Ferrari “...existe trabajo subordinado, cuando una persona (trabajador) se obliga a poner a disposición y en provecho de otra persona (empleador) su propia energía de trabajo (en sus diferentes manifestaciones) mediante una retribución y a la cual se encuentra ligado por el vínculo de la subordinación o dependencia”<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> De la Cueva, op. cit. p. 203.

<sup>27</sup> Cf. Ferrari, op.cit. p. 34.

Cabanellas, citado por Ferrari decía: “Entiéndese por subordinación el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que origina la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra persona, en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa”<sup>28</sup>.

Si bien es cierto el término “subordinación” es ampliamente incluido y reconocido como uno de los elementos y rasgos distintivos de las relaciones laborales, no en todos los casos ha sido así, por ejemplo, en el caso Argentino los artículos 21 y 22 de la Ley 20.744 sobre el Régimen de Contrato de trabajo señalan, luego de referirse a los rasgos y la definición de un contrato de trabajo, que “Habrà relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen”; es decir el elemento “dependencia” aparece como el nexo vinculatorio entre un trabajador y un empleador con motivo del trabajo; en otros países al referirse al contrato de trabajo y a esta característica fundamental, los legisladores prefirieron agregar un elemento de temporalidad, como en el caso de Colombia donde su Código Sustantivo del trabajo señala “la continuada dependencia o subordinación”; en otros casos esta temporalidad ha sido objeto de una precisión mayor, como en el caso de Honduras en donde el Código de Trabajo señala que “Se presume la existencia del contrato individual de trabajo, por el hecho de que una persona preste sus servicios a otra por más de dos días consecutivos. Probada la subordinación también se presume el contrato, aunque fueren por menor tiempo los servicios prestados”.

Llama la atención como las diferencias entre el contrato de trabajo y la relación de trabajo, en algunos casos aparecen en la legislación como conceptos claramente diferenciados, si bien complementarios y con los mismos efectos jurídicos (caso de México, entre otros), asumiendo de esta manera una propuesta teórica construida durante la segunda mitad del siglo XX, según la cual el acto formal sería el contrato de trabajo, pero que puede haber consecuencias jurídico laborales, aun en ausencia de dicho acto si se demuestra que hubo evidencias objetivas de un trabajo bajo ciertas condiciones. Es decir, si bien, el contrato de trabajo y la relación de trabajo, son conceptos muy cercanos, y definitorios de la aplicación del estatuto laboral, pueden tener una vida propia en donde es muy importante saber las implicaciones de uno frente al otro; así tenemos que, podría haber contrato de trabajo, pero nunca haberse manifestado objetivamente el mismo, es decir nunca tuvo vida dicho contrato y en consecuencia nunca se presentó en la realidad la relación de trabajo; por otro lado, puede que nunca se haya celebrado y formalizado un contrato de trabajo, pero que se presente en los hechos una relación de trabajo. Esta manera de identificar e individualizar estos conceptos habría permitido que se apliquen las normas laborales con independencia e incluso prescindiendo de la formalización de un contrato. Sin embargo, en algunas legislaciones latinoamericanas, se advierte en su evolución cierta resistencia a dotar de autonomía plena a la relación de trabajo, aunque en la práctica y en la interpretación de sus tribunales laborales, no sea así, al

---

<sup>28</sup> Cf. Ferrari, op. cit. p. 38.

señalar que una relación de trabajo estará inevitablemente ligada a la existencia de un contrato, aunque sea a nivel de presunción; se trata dirían algunos de un resabio civilista, en los terrenos laborales. En algunos casos como el de El Salvador, en donde su Código de Trabajo señala que para que el contrato individual de trabajo exista y se perfeccione, basta con que se inicie la relación de trabajo, que es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra en condiciones de dependencia y pago de un salario; es decir, la relación de trabajo será en el mejor de los casos una manifestación contractual.

Hoy en día hablar de subordinación, ajenidad o dependencia es referirse a uno de los espacios en donde se dan los más encendidos debates sobre sus alcances y significado y en donde el Derecho del Trabajo se juega buena parte de su futuro<sup>29</sup>. En efecto, el cuestionamiento de estos rasgos característicos de "lo laboral" en la vida diaria han permitido que muchas situaciones de trabajo vayan quedando al margen del campo de aplicación de la normatividad laboral al no poder con claridad y nitidez identificar estos rasgos distintivos que vincularían jurídicamente a un trabajador con un empleador, dada la diversidad como hoy se organiza la economía, la empresa y las relaciones de producción<sup>30</sup>. Durante muchos años la "subordinación" fue la línea que marcaba la frontera entre el Derecho del Trabajo y "otras" formas de prestación de servicios no incluidas en su campo de aplicación, hoy esa línea aparece desgastada, gris o simplemente borrada y frente a lo cual los laboristas no han sido capaces de idear una nueva construcción conceptual que permita actualizar y reconstruir los marcos de la protección laboral<sup>31</sup>. Uno de los rasgos distintivos del Derecho del Trabajo es su dinamismo, entre otras razones por la inestabilidad que presenta el contexto y los actores a los cuales está dirigido, el caso concreto de la subordinación no es la excepción, se trata de un concepto, como ha dicho Supiot, en constante formación<sup>32</sup>.

Por nuestra parte consideramos que la construcción de un nuevo y actual concepto de subordinación y en consecuencia una nueva normatividad sobre el mismo, pasa por dejar de ver a la subordinación como un ente compacto, uniforme e inmutable, y aceptar que este concepto si bien en su núcleo sigue teniendo como signo distintivo el dualismo consistente en el reconocimiento de que en la relación de trabajo hay quienes tienen el derecho de dirigir los procesos de trabajo, y por otro lado quienes deben de actuar en función de esas directrices, sus manifestaciones pueden ser diversas tanto en modalidades como en intensidades.

<sup>29</sup> Vale la pena de paso, anotar que si bien de inicio asumimos que la subordinación y la ajenidad son expresiones de un mismo fenómeno, lo cierto es que en la doctrina muchas veces se abordan como conceptos separados; en el caso de la ajenidad se atiende al rasgo que caracterizan las relaciones laborales según el cual el trabajador realiza una actividad por cuenta de otro que es el patrón y que incluso los riesgos que implica un proceso productivo (inversiones, productos finales, y demás) le son ajenos al trabajador; mientras que la subordinación atiende mas bien a la idea de cómo se ejecuta la relación cotidiana de trabajo en donde la subordinación se expresa por medio de la forma en que se dirige el proceso productivo.

<sup>30</sup> Cf. Kurcyn Villalobos P. "Las nuevas relaciones de trabajo", Porrúa, México, 1999, p. 190.

<sup>31</sup> El tema viene discutiéndose desde hace varios años entre los laboristas, para profundizar este análisis se sugiere ver las interesantes ponencias que sobre este tema presentaron mas de una veintena de laboristas latinoamericanos en: V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima Perú, 2001.

<sup>32</sup> Supiot *Il futuro del lavoro*, Traduzione Lorenzo Giasanti y otros, Roma: Carocci Editore, 2003, p. 25.

De tal manera que hoy en día podríamos hablar de varios tipos de subordinación, por ejemplo: de la subordinación directa e indirecta, las que se distinguen por la manera como el empleador señale en la vida cotidiana de la empresa las directrices con base en las cuales el trabajador habrá de desarrollar sus actividades; así mismo podríamos hablar de subordinación temporal o subordinación atemporal, las que se distinguen por tener un momento claro preciso y directo en que se expresan frente al trabajador las órdenes para realizar el trabajo; o bien se podría hablar de subordinación de inicio y de subordinación de control, con la finalidad de distinguir dos momentos claramente diferenciados en la ejecución de la relación de trabajo, en el primer caso se trata de la manera como al inicio de la relación el empleador señala al trabajador el como trabajar, y en el segundo caso, el empleador “controla” si el trabajo encomendado efectivamente se ha realizado conforme a sus instrucciones; de igual manera se podría hablar de subordinación directa y de subordinación indirecta, en este caso sería importante distinguir la manera como el trabajador recibe las instrucciones y de quien las recibe, de tal manera que podamos desentrañar e identificar esas nuevas maneras en que se presenta la relación laboral. Todo esto permitiría ir avanzando hacia un concepto de subordinación más amplio y rico en significados, de tal manera que incluso pudiéramos hablar de un discreto pero claro alejamiento y fortalecimiento de este concepto respecto del resto de los elementos de la relación de trabajo. Con estas reflexiones de búsqueda lo único que se estaría intentando es ahondar en el análisis sobre las diferentes formas como la subordinación vive y se manifiesta hoy en las relaciones de trabajo. Una vez realizado este ejercicio de tipología y caracterización, la tarea consistiría en atribuir consecuencias legales en cada caso. Sin duda no se trata de una tarea fácil, pero que supone de entrada un amplio esfuerzo de análisis desprejuiciado. El análisis tendrá que orientarse para hacer una disección que permita entender y ver con claridad las diferentes dimensiones en que se presenta hoy en día la subordinación: por ejemplo en el espacio físico donde se presenta el trabajo, en la manera cómo se dirige un proceso de trabajo, en la forma como se organiza el tiempo a disposición, etc. Solo de esta manera podremos desentrañar las diferentes manifestaciones actuales de la subordinación para avanzar hacia una nueva construcción no solo conceptual sino legislativa que permita reestablecer las bases de la normatividad laboral.

## **E) EL SALARIO**

Si bien es cierto el salario es importante en una relación de trabajo, entre otras razones por ser parte del interés y fin del trabajador, le permita obtener el sustento para satisfacer sus necesidades; lo cierto es que el salario se presenta en dos momentos en la ejecución de la relación de trabajo: en el primero de ellos, aparece, en el mejor de los casos, como un compromiso, formal o informalmente, asumido por su empleador en cuanto a su monto y periodicidad de pago; y en un segundo momento, se presenta la materialización o pago del mismo. De esta manera, el salario en la medida que se presenta de estas dos maneras, no necesariamente debe ser considerado como un elemento indispensable para la existencia y nacimiento de una relación de trabajo, ya que su materialización se realiza en un momento posterior al inicio de aquella.



En atención a que se trata de un elemento de gran relevancia, la legislación laboral le ha dedicado amplios espacios a su regulación, y entre los aspectos que se han normado están las formas de fijar el salario, las instancias encargadas de fijarlos, las normas protectoras del salario, etc.

La ley mexicana define al salario como la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo y puede fijarse por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión, a precio alzado o de cualquier otra manera<sup>33</sup>.

Dado que se trata de un tema toral el derecho del trabajo ha dedicado normas para proteger al salario; en el caso de México la Ley Federal del Trabajo regula por ejemplo de manera puntual los posibles descuentos al salario indicando en que casos son procedentes y los montos en que pueden hacerse.

Por otra parte en cuanto a las instancias encargadas de fijar el salario, en este como en otros temas la legislación laboral ofrece a las partes un amplio margen para que puedan negociar y pactar un monto salarial en un contrato individual o colectivo; sin embargo, coherente con la finalidad protectora que tiene el derecho del trabajo, y en tratándose de un tema clave en la relación de trabajo, como lo es el salario, la libertad de las partes para fijarlo ha venido acompañada y acotada de todo un sistema que busca eliminar la discrecionalidad y en consecuencia el abuso en la fijación de los salarios por parte del empleador; este sistema ha dado lugar a mecanismos de fijación de salarios que han asumido al paso de los años diversas modalidades en cada país. En el caso de México, vale la pena advertir la existencia por un lado, del concepto de salario mínimo, y por otra parte de la Comisión Nacional de Salarios Mínimos, instancia encargada de fijar dicho salario. El salario mínimo dice la ley, es la cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios prestados en una jornada de trabajo. Este salario, agrega, "...deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural y para proveer a la educación obligatoria de los hijos"<sup>34</sup>. La Comisión Nacional es de integración tripartita, y establece la manera como se divide el país, en áreas geográficas, con la finalidad de fijar un salario mínimo general<sup>35</sup>. Esta

---

<sup>33</sup> Como puede advertirse la ley ofrece una amplia gama de posibilidades para que las partes puedan decidir la mejor manera de fijar el salario. En el caso de la modalidad "a precio alzado" se trata del caso en que se puede pactar una cantidad total por la realización de un trabajo, y se va pagando poco a poco y periódicamente una parte del total.

<sup>34</sup> Este concepto de salario mínimo hoy en día funciona como un referente en el aquellos casos en los cuales existe duda sobre el monto salarial que percibía un trabajador; así mismo, estos montos son referentes también para el cálculo de alguna sanciones que establece la misma legislación laboral. Se trata de un concepto desde siempre inmerso en la polémica, ya que como señala la ley debe de ser suficiente para satisfacer determinadas necesidades de una familia, y hoy en día en donde los fenómenos económicos hacen cada vez mas lejano el día en que esas finalidades del concepto salarial correspondan y satisfaga las necesidades de los trabajadores. El salario mínimo promedio en México es de 4.5 dólares americanos por día (al mes de junio 2010), lo cual dificulta atender todos los conceptos a que se refiere la ley.

<sup>35</sup> Junto a esta idea de "salario mínimo general", existe la de "salario mínimo profesional", en este último caso se trata de montos salariales de la Comisión Nacional establece para ciertos grupos y categorías de trabajadores, que por diversas razones se ha considerado que tenga este referente salarial mínimo.

Comisión Nacional, luego de llevar a cabo diversos análisis fija anualmente, el inicio de cada año, los montos salariales que regirán en el país<sup>36</sup>.

Con estos mecanismos de fijación salarial el derecho del trabajo reivindica su papel histórico al tratar de aparecer como un conjunto de reglas que las partes han de respetar en el nacimiento y ejecución de la relación de trabajo, alejándose de los criterios y reglas que en el derecho privado permitirían establecer derechos y obligaciones entre las partes. Sin embargo, también hoy en día vale la pena preguntarse hasta que punto en materia de fijación de los salarios el derecho del trabajo sigue cumpliendo su finalidad, ya que se han venido diversificando las formas y conceptos como se les paga a los trabajadores, dejando en muchos casos estos esquemas protectores completamente rebasados.

## **CONCLUSIONES**

Hoy en día repasar el tema de la relación de trabajo adquiere una gran relevancia, entre otras razones, por el hecho de que los alcances de este concepto están siendo severamente cuestionados en muchos países, ya sea por que la interpretación de los tribunales competentes ha venido siendo limitativa, o bien por que en los hechos las relaciones que entablan las personas que laboran con quien les prestan sus servicios, se mueven en un amplio margen de ambigüedad que impiden que se ubique e identifique a la relación de trabajo, o bien porque los elementos de la relación son difíciles de demostrar en un juicio laboral; en todos estos casos la consecuencia ha sido el dejar fuera de la protección laboral a amplios sectores de la población.

Esta situación ha permitido que se vengán planteando una serie de cuestionamientos tales como el momento en que nace una relación de trabajo, cuales son los casos en que esa relación presenta ambigüedades, cuando se le disfrazo o encubre, que características presentan ahora los elementos subjetivos de esa relación de trabajo, como el empleador y el trabajador. Todas estas dudas que los laboristas creían superadas hoy en día cobran actualidad a la luz de la diversidad y complejidad con que aparecen las relaciones de producción.

En efecto, los debates en torno a las nuevas formas en que se presentan los elementos de la relación de trabajo forman parte de las discusiones actualmente en curso en muchos países. Así por ejemplo, el cuestionamiento a la subordinación o ajenidad como elemento determinante de la aplicación del derecho del trabajo se encuentra en la búsqueda de una nueva conceptualización que permita actualizar la idea de la relación de trabajo a los nuevos tiempos. Hoy en día fenómenos como la precariedad del empleo, la externalización, y el regreso de figuras contractuales del derecho privado, ponen a la relación de trabajo contra la pared, no solo dificultando su análisis sino dificultando su

---

<sup>36</sup> Desde hace años el tema del funcionamiento de esta Comisión Nacional es parte de un debate en curso en México: por un lado están quienes consideran que el trabajo que realiza esta instancia tripartita tiene sentido en la medida que orienta la política salarial del país, mientras que hay otro sector que considera que es una institución que debiera desaparecer, ya que su labor, que en principio debiera ser de carácter técnico hoy muestra sus limitaciones.

identificación ante los tribunales laborales. En este aspecto tal vez muchos laboristas estamos en deuda con la disciplina que decimos cultivar, ya que no hemos estado a la altura de los cambios del contexto en que viven las relaciones de producción, y en muchas veces la nostalgia que nos da el seguir viendo a los viejos conceptos ha sido mas fuerte que la necesidad de rejuvenecer nuestros moldes jurídicos, lo cual se ha traducido muchas veces en una lenta evolución del Derecho del Trabajo que permite verlo rebasado en muchos de sus apartados, aunque los esfuerzos de renovación no han faltado<sup>37</sup>.

Pero también estos debates han captado la atención de instancias como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual desde hace años ha venido tratando de entender los alcances del problema y buscar alternativas de solución, por le vía de sus propuestas de normas internacionales<sup>38</sup>. Dentro de este esfuerzo de la OIT para atender aquellos casos en donde existe la duda sobre la existencia o no de una relación de trabajo, destaca la Recomendación 198 “Sobre la Relación de Trabajo” de 2006, en esta Recomendación se señalan entre otras cosas, en el apartado sobre Política Nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, que “ La política nacional debe incluir, al menos, medidas tendientes a: a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes”. b) “luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica...”. Así mismo, esta Recomendación agrega que los países deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo, y que entre esos indicios podrían estar, por ejemplo el que el trabajo se realice bajo instrucciones de una persona, que haya una remuneración periódica, etc.

Como puede advertirse la Recomendación 198 ofrece una alternativa para que en el ámbito de cada país se pueda avanzar hacia la adopción de una política laboral y legislativa que permita eliminar zonas grises de protección social que tiene como origen dificultades de identificación de la relación de trabajo.

Buena parte de los expertos latinoamericanos señalan, de muy diversas maneras, que uno de los mas importantes retos que tienen las normas laborales en la región es lograr una tutela efectiva ante las formas irregulares de contratación individual<sup>39</sup>, y en el centro de este debate y de este desafío está precisamente la necesidad de adecuar las modalidades, reglas y conceptos por medio de

<sup>37</sup> Cf. Ermida Uriarte E. Hernández Alvarez O. “Crítica de la subordinación”, Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Néstor De Buen, (Kurczyn Villalobos P. Puig Hernández C.A. Coord.), .México, UNAM, 285.

<sup>38</sup> Cf. Conferencia Internacional del Trabajo, 91 reunión 2003, Informe V “El ámbito de la relación de trabajo” (Quinto punto del orden del día) OIT, Ginebra 2003.

<sup>39</sup> Cf. Tapia Guerrero F. “Cincuenta años de derecho del trabajo en América Latina. La experiencia chilena: derechos laborales, corrientes y contracorrientes”, Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina, op. cit. p. 257.

los cuales se relaciona un trabajador con un empleador; y es aquí en donde asume una gran relevancia el concepto de relación de trabajo como pieza clave de un esquema construido hace no muchas décadas, pero que a pesar de su relativa juventud, hoy muestra sus fragilidades<sup>40</sup>. Se trata de un espacio de disputa en el cual se discute hoy la solidez de uno de los pilares fundamentales de una sociedad como lo es el Derecho del Trabajo, del cual depende buena parte de la estabilidad de toda una nación.

México D.F.

---

<sup>40</sup> En la Conferencia Internacional del trabajo de la OIT del año 2006, en su 95 reunión se decía: “La relación de trabajo es una noción jurídica de uso universal con la que se hace referencia a la relación que existe entre una persona denominada empleado o el salariado y otra persona, denominada el empleador, a quien aquella proporciona su trabajo bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración. Es mediante la relación de trabajo, independientemente de la manera en que se le haya definido, como se crean derechos y obligaciones recíprocas entre el empleado y el empleador. La relación de trabajo fue, y continúa siendo, el principal medio de que pueden servirse los trabajadores para acceder a los derechos y prestaciones asociadas con el empleo en el ámbito del derecho del trabajo y la seguridad social. Es el punto de referencia fundamental para determinar la naturaleza y extensión de los derechos de los empleadores, como también de sus obligaciones respecto de los trabajadores”.

“Los profundos cambios que se están produciendo en el mundo del trabajo, y especialmente, en el mercado de trabajo, han dado lugar a nuevas formas de relaciones que no siempre se ajustan a los parámetros de la relación de trabajo. Si bien esas nuevas formas han aumentado la flexibilidad del mercado de trabajo, también han contribuido a que no esté clara la situación laboral de un creciente número de trabajadores y que, consecuentemente, queden excluidos del ámbito de la protección normalmente asociada con una relación de trabajo”. Internet: <http://www.ilo.org/public/spanish/Standard/Rel./ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>, visitado 15 abril 2010.

# La relación de trabajo en la doctrina de la OIT

Rafael ALBURQUERQUE

Catedrático titular de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Madre y Maestra.  
Vicepresidente de la República Dominicana (2004-2012)

## Sumario

I) Palabras iniciales. II) Primera Parte, Clarificación del ámbito de aplicación de la relación de trabajo. II.I) La ley como reguladora de la relación de trabajo. II.II) La relación de trabajo encubierta o ambigua. III) Segunda Parte. Las relaciones de trabajo triangulares. III.I) El gravísimo reto de las nuevas formas de contratación. III.II) La subcontratación tradicional. IV) Conclusiones.

## **Resumen**

El autor nos ofrece un breve recorrido de la relación del trabajo, manifestando que ésta surge dentro de un modelo económico caracterizado por el trabajo asalariado, este sistema de relaciones laborales se encuentra hoy subvertido por el torbellino de los profundos cambios tecnológicos, provocando un cambio profundo en el mercado de trabajo, lo que ha dado como resultado el nacimiento de formas ambiguas de trabajo, por lo que la OIT recomienda la adopción de una legislación nacional que se adapte a los nuevos fenómenos surgidos con la globalización y el desarrollo de las tecnologías, para que puedan introducir mecanismos precisos que determinen la existencia de la relación de trabajo dependiente. En definitiva, a la OIT le preocupa saber cuáles son los principales factores que inciden en la desprotección de trabajadores a quienes debe protegerse en el marco de una relación de trabajo y esta inquietud los ha llevado a diversas observaciones y solicitudes respecto al ámbito de aplicación de la relación de trabajo y al problema de la regulación de las relaciones de trabajo triangulares.

**Palabras claves:** relación de trabajo, OIT, asalariado, mercado de trabajo, procesos productivos.

## **Abstract**

The author gives a brief tour of the employment relationship, stating that it arises within an economic model characterized by wage labor, the labor relations system is now subverted by the whirlwind of profound technological changes, causing a profound change in the labor market, which has resulted in the birth of ambiguous forms of work, so that the ILO recommends the adoption of national legislation that suits phenomena arising from globalization and the development of technologies, so they can enter precise mechanisms that determine the existence of the relationship of dependent work. In short, the ILO is concerned to know what are the main factors that influence the vulnerability of workers to be protected under an employment relationship and this concern has led to various comments and requests regarding the scope of the employment relationship and the problem of regulating triangular employment relationships.

**Keywords:** Employment, ILO, wage, labor market, production processes.

De todas las ramas de las Ciencias Jurídicas, la más estrechamente vinculada a la realidad económica es el Derecho del trabajo. Esta circunstancia explica que las normas concernientes al trabajo sean particularmente inestables, sometidas permanentemente a los cambios y transformaciones experimentados por las condiciones de la producción<sup>1</sup>. En efecto, el contenido de nuestra disciplina responde inevitablemente a las mutaciones de la economía, las coyunturas y las necesidades de la técnica<sup>2</sup>. Se trata, pues, de una rama del Derecho esencialmente dinámica, obligada permanentemente a reexaminar sus esquemas y a ajustarse a las exigencias cambiantes de la vida económica<sup>3</sup>. Sus normas responden a un determinado contexto histórico, razón por la cual tienden a la obsolescencia en la medida en que varía la realidad circundante<sup>4</sup>. Un análisis somero de su evolución muestra claramente esta característica del Derecho del trabajo.

No obstante haber nacido la gran industria hacia finales del siglo XVI, las primeras leyes de protección a favor de los trabajadores empleados en las fábricas y manufacturas surgirán a mediados del siglo XIX<sup>5</sup>. Este nacimiento tan tardío de la legislación laboral obedece al hecho de que la gran industria fue durante varios siglos un modo de producción excepcional, ya que la concentración de la producción en los grandes establecimientos fabriles sólo se aceleró en los últimos decenios del siglo XVIII gracias al progreso de la técnica y a los descubrimientos de la ciencia. El invento del telar, el uso de la hulla y la invención de la máquina de vapor abrieron las puertas a la producción en gran escala, lo que condujo a la aparición de vastos establecimientos, movidos por el vapor y dotados de herramientas totalmente nuevas que reclamaron los servicios de miles y miles de hombres y mujeres que hasta esos momentos se dedicaban a la producción agrícola o artesanal<sup>6</sup>.

¿Cuáles fueron los resultados de esta revolución en los medios de producción? Los industriales obligados por el maquinismo y la competencia a reducir sus costos de producción y con una mano de obra abundante que procuraba empleo en los nuevos establecimientos, ofrecieron precarias condiciones de trabajo que los obreros necesitados se apresuraban a aceptar. Bajo las influencias de estas causas, la explotación del asalariado llegó a niveles extremos, con trabajadores ocupados durante largas y agobiantes jornadas, mal remunerados, privados de todo descanso y, junto a ellos, mujeres y niños sometidos a los más incalificables abusos<sup>7</sup>.

Ante este escenario de explotación y miseria la reacción natural de los obreros fue tratar de organizarse y exigir mejores condiciones de trabajo. Al mismo tiempo, diversas escuelas del pensamiento reaccionaron contra los postulados de la doctrina liberal y exigieron la intervención del Estado en busca de frenar

<sup>1</sup> RIVERO, Jean y SAVATIER, Jean, *Droit du Travail*, Presses Universitaires de France, París, 1964, p. 12.

<sup>2</sup> CAMERLYNCK, G. H. y LYON-CAEN, Gérard, *Précis de Droit du Travail*, Dalloz, París, 1965, p. 24.

<sup>3</sup> *Ibidem*, nota anterior, p. 3.

<sup>4</sup> *Ibidem*, nota anterior, p. 14.

<sup>5</sup> CAPITANT, Henri y CUCHE, Paul, *Précis de Législation Industrielle*, Dalloz, París 1927, p. 3.

<sup>6</sup> *Ibidem*, nota anterior, p. 12.

<sup>7</sup> *Ibidem*, nota anterior, pp. 12 a 14.

los abusos provocados por la libre concurrencia. “*La libertad oprime, la ley libera*”, llegó a exclamar Lacordaire. La “*cuestión social*”, como se le llamó, esto es, el problema de la clase obrera, condujo finalmente a la intervención del Estado que para mediados del siglo XIX promulgó las primeras leyes de protección social. A partir de entonces comenzaron a votarse diversas normas destinadas a regular el trabajo de los menores, limitar la jornada de trabajo, garantizar la seguridad en el trabajo, reconocer la libertad de asociación profesional y reglamentar los descansos de los trabajadores. Finalmente, en 1919, con el Tratado de Versailles, el Derecho del trabajo nace como una disciplina mayor, todo un cuerpo sistematizado de principios y normas que tiende a restablecer el equilibrio que entre empleadores y trabajadores no pudo garantizar la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, esencia del Derecho de las obligaciones en el régimen liberal. El Estado capitalista del *laissez faire, laissez passer* comenzaba a transformarse para dar paso al Estado capitalista de bienestar.

Este brevísimo resumen de la historia de nuestra disciplina muestra que el Derecho del trabajo surge dentro de un modelo económico caracterizado por el trabajo asalariado, en el cual el empresario es el dueño de los medios de producción y, por ende, del resultado final de la labor, mientras que el trabajador enajena sus energías a cambio de un determinado precio, denominado salario<sup>8</sup>. En otras palabras, el Derecho del trabajo es el derecho de la producción en fábrica, de las grandes industrias que concentran en un solo establecimiento a un número importante de trabajadores. El sistema de relaciones laborales que organiza es una respuesta a la producción en serie, “realizada en megafactorías de fuerte integración vertical”<sup>9</sup>, dominadas por la cadena de montaje que introduce Ford a partir de 1913 y la parcelación de las actividades laborales impulsada por Taylor, siempre en busca de una “mayor regularidad y rentabilidad del trabajo asalariado”<sup>10</sup>. El Derecho del trabajo que aprendimos en las universidades y que hemos conocido hasta una época reciente es un conjunto de normas de protección con fines de garantizar los derechos de un trabajador que presta sus servicios dentro del contexto de un sistema de producción caracterizado por la prestación de un trabajo subordinado que se cumple día tras día sin solución de continuidad dentro de un establecimiento propiedad del empresario.

Pues bien, este sistema de relaciones laborales se encuentra hoy subvertido por el torbellino de los profundos cambios tecnológicos que en un escenario de globalización de los mercados exige de los empresarios nuevas estrategias que conducen a transformaciones en los procesos productivos y en las estructuras de las empresas<sup>11</sup>, así como a una nueva organización del trabajo asalariado que descentraliza la actividad empresarial y fragmenta las unidades productivas<sup>12</sup>. Este nuevo panorama de la empresa, unido a los procesos de

<sup>8</sup> RASO DELGUE, Juan, La contratación atípica del trabajo, AMF, Montevideo, 2000, p. 14.

<sup>9</sup> FRASSINETI, Cesare, La globalización, vista desde los últimos, Grafo, España, 2000, p. 11.

<sup>10</sup> RASO DELGUE, Juan, ob. cit., p. 15.

<sup>11</sup> ACKERMAN, Mario E., Entre el exabrupto y la esperanza: Observaciones y reflexiones sobre el estado actual del Derecho del Trabajo, en el libro colectivo Tendencia y Perspectivas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Santiago de los Caballeros, 2000, p. 16.

<sup>12</sup> RASO DALGUE, Juan, ob. cit., p. 31.



privatización, los factores vinculados a la deuda externa, los programas de ajuste estructural, la persistencia de la desocupación y el crecimiento del sector informal han provocado un cambio profundo en el mercado de trabajo, lo que ha dado como resultado el nacimiento de formas ambiguas de trabajo dentro o fuera de la empresa tradicional<sup>13</sup>.

La relación de trabajo que “ha sido una figura jurídica de validez probada y duradera a través de la cual se han reconocido a los trabajadores sus principales derechos y protecciones”<sup>14</sup>, se encuentra hoy cuestionada por estos cambios que se registran en el mundo del trabajo. Se trata de un fenómeno cada vez más extenso que socava la protección que hasta ahora se ha otorgado al trabajador dependiente, como resultado de la acción de uno o varios de los siguientes factores: el alcance restringido o la interpretación limitada del ámbito de la aplicación de la ley; el encubrimiento de la relación de trabajo; la ambigüedad objetiva de la relación de trabajo, la existencia de relaciones de trabajo en las cuales no se sabe a ciencia cierta quién es el empleador y cuáles derechos tiene el trabajador<sup>15</sup>.

La OIT, como organismo especializado en el mundo del trabajo, estaba compelida a auscultar el impacto que este fenómeno comenzaba a tener sobre la relación de trabajo y sus perspectivas futuras y a examinar cómo el mismo afectaría la protección del trabajador. Ya en una fecha tan temprana como 1997 y 1998 la Conferencia emprendió una discusión sobre el tema de los “trabajadores en régimen de subcontratación”, pero como no se logró la adopción de un instrumento se procedió a la realización de estudios nacionales y a una reunión de expertos en el 2000 sobre trabajadores en situaciones que necesitan de protección. En la Conferencia de 2003 la Oficina dio a conocer un amplio informe sobre “El ámbito de la relación de trabajo”<sup>16</sup> y posteriormente en la Conferencia de 2006 adoptó una Resolución con el No. 198 en la cual abordó específicamente la cuestión de la determinación de la existencia de una relación de trabajo.

En definitiva, a la OIT les preocupa saber cuáles son los principales factores que inciden en la desprotección de trabajadores a quienes debe protegerse en el marco de una relación de trabajo y esta inquietud los ha llevado a diversas observaciones y solicitudes respecto al ámbito de aplicación de la relación de trabajo y al problema de la regulación de las relaciones de trabajo triangulares.

## **PRIMERA PARTE**

### **CLARIFICACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO**

El *trabajo subordinado*, considerado como el prestado por una persona bajo la dependencia y dirección de otra, es el objeto de la protección del Derecho del trabajo. El *trabajo independiente* que se ejecuta por cuenta propia es regido por

<sup>13</sup> La relación de trabajo: ámbito personal, documento de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 15-19 mayo de 2000, p. 14.

<sup>14</sup> El ámbito de la relación de trabajo, documento de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 91ª reunión 2003, p. 2.

<sup>15</sup> *Ibidem*, nota anterior.

<sup>16</sup> Ver nota No. 14.

otras ramas del Derecho, como lo son el Derecho civil o el Derecho comercial. Por tanto, sólo las relaciones de trabajo de la persona que presta sus servicios por cuenta y bajo la autoridad y remuneración de otra estarán sujetas a las normas de tutela que configuran el Derecho del trabajo. La separación de ambos tipos de relación de trabajo es categórica: el trabajo subordinado gozará de la protección laboral, lo que no acontecerá con el trabajo independiente, que incluso en algunos países ni siquiera se beneficia del régimen de la seguridad social.

Este sistema binario que separa claramente las normas que rigen al trabajo subordinado de las reservadas al trabajo independiente empieza a entrar en crisis como resultado de los nuevos modos de producción que las empresas comienzan a utilizar para adaptarse a los cambios tecnológicos. Como bien lo afirma GALIANA MORENO, asistimos a un “proceso de *disgregación* del vínculo laboral; proceso que se manifiesta tanto en el surgimiento de los que se vienen llamando trabajos *atípicos*, como en la tendencia al reforzamiento de la autonomía individual en la fijación de condiciones de trabajo”<sup>17</sup>. El vínculo del trabajo subordinado tiende a la *deslaborización*, “como expresión de una estrategia empresarial que busca abaratar costos y flexibilizar la organización del trabajo”<sup>18</sup>. El *just in time* “invita a tratar cada vez más a los asalariados clásicos «como si fueran» trabajadores autónomos... y en la cadena de la subcontratación, en las largas redes de la «*externalización*», está emergiendo la figura del microempresario semiartesanal, formalmente «independiente», pero, de hecho, reducido progresivamente a la condición de trabajador subalterno, vinculado cada vez más a las especificaciones productivas dictadas por la empresa contratante...”<sup>19</sup>.

La proliferación y gran diversidad de las situaciones que se presentan hoy en la práctica genera una falta de claridad y coherencia y hace confusa la línea de separación entre el trabajo dependiente y el independiente. Son cada día más frecuentes las controversias y la falta de seguridad respecto a la naturaleza jurídica de una relación cuyo objetivo sea objetivo la prestación de un servicio personal<sup>20</sup>, por lo que la OIT recomienda la adopción de una legislación nacional que “propenda a facilitar el reconocimiento de la existencia de una relación de trabajo y se refiera también a los mecanismos administrativos y judiciales responsables de vigilar el cumplimiento de la legislación y lograr su aplicación”<sup>21</sup>. No obstante, las complejidades del mundo de trabajo conducen muchas veces a un divorcio entre la legislación y la realidad que obligan a buscar una solución que satisfaga la protección del trabajo en aquellas relaciones disfrazadas u objetivamente ambiguas.

<sup>17</sup> GALIANA MORENO, J.M., Crisis del Contrato de Trabajo, en Revista de Derecho Social Nº2, Albacete 1998, p. 47.

<sup>18</sup> RASO DALGUE, Juan, ob. cit., p. 51.

<sup>19</sup> REVELLI, citado por FRASSINETI, Cesare, ob. cit., p. 46.

<sup>20</sup> El ámbito de la relación de trabajo, ob. cit., pp. 26 y 27.

<sup>21</sup> El ámbito de la relación de trabajo, ob. cit., p. 24.

## **I. LA LEY COMO REGULADORA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO**

En general las legislaciones de trabajo se encargan de definir a partir del concepto de la subordinación jurídica las relaciones de trabajo que se beneficiarán de la protección laboral. Pero la definición de la subordinación jurídica, calificada como la potestad que se reconoce al empleador de dictar normas, órdenes e instrucciones en todo lo concerniente al trabajo y la obligación para el asalariado de acatarlas, nunca ha sido suficiente para establecer con precisión si una persona realiza o no un trabajo dependiente. El problema es grave, pues una errónea clasificación podrá acarrear al empleador el comprometer su responsabilidad y ser pasible de una sanción; asimismo, el Estado tendrá interés en la calificación apropiada con la finalidad de evitar la evasión impositiva<sup>22</sup>. Son estas razones las que impulsan a la OIT a recomendar que en las legislaciones nacionales se adopten mecanismos que permitan facilitar a las autoridades administrativas y judiciales la determinación de la relación de trabajo subordinada.

En casi todas las legislaciones de América Latina se prefiere el método de confiar a la ley la definición del ámbito de aplicación de la relación de trabajo. Se parte de la definición del contrato de trabajo, calificado como aquel por el cual una persona se obliga, mediante una retribución a prestar un servicio personal a otra, bajo la dependencia y dirección inmediata o delegada de ésta. Trabajador será la persona física que preste el servicio personal y empleador la persona física o moral a quien se presta el servicio.

La dependencia y dirección inmediata o delegada será la nota distintiva que caracterizará al contrato de trabajo y, por ende, el vínculo jurídico que ata al trabajador con su empleador. Pero, ¿cómo determinar con precisión que en una determinada relación de trabajo está presente la nota distintiva de la dependencia y dirección? ¿Cómo saber que en una prestación de servicio existe la subordinación jurídica?

El legislador latinoamericano introduce una presunción de existencia de contrato de trabajo en toda prestación de servicio personal, e incluso, en algunas, esa presunción califica tal relación como acordada por tiempo indefinido. De este modo, tan pronto el trabajador demuestra que presta un servicio personal, se presume la existencia de una relación de trabajo de carácter indefinido que estará debidamente protegido por los beneficios de la legislación laboral. El demandante queda liberado del *onus probandi* y el demandado queda obligado a probar que la relación de trabajo obedece a un contrato distinto al de trabajo. Poco importa que esta relación haya sido establecida en un escrito o simplemente convenida oralmente. El solo inicio del trabajo, al margen de cualquier convenio<sup>23</sup>, hace nacer la presunción. Gracias a la misma corresponderá a la persona a quien se presta el servicio personal probar que se está en presencia de un trabajo independiente derivado de un contrato de obra civil, de un arrendamiento de cosas, de un mandato asalariado o de una sociedad.

<sup>22</sup> *Ibidem*, nota anterior, p. 65.

<sup>23</sup> Es la tesis de la relación de trabajo nacida en Alemania y desarrollada en América Latina por el maestro mexicano Mario de la Cueva.

Naturalmente corresponderá a la autoridad administrativa del trabajo o a la autoridad judicial tomar la decisión, lo que no siempre será fácil por la existencia de zonas grises que complican la determinación y precisión de la subordinación. En efecto, las múltiples formas de manifestar el poder de dirección dependerá de la índole de las tareas, la capacidad del trabajador, la antigüedad en los servicios, la jerarquía que se ostente. En otras palabras, la subordinación puede manifestarse con mayor o menor intensidad. En Francia, hace ya largos años un tribunal provocó la estupefacción de los juristas cuando decidió que aunque el artista es un trabajador subordinado que recibe órdenes de su director, deja de serlo cuando se trata de una *prima donna*, cuya actuación depende únicamente de su arte y dotes escénicos y creativos. Delimitar la frontera que separa el trabajo dependiente del independiente puede ser tarea complicada y delicada, que obliga muchas veces al uso de ciertos signos o criterios:

- a) *El lugar de trabajo*: generalmente el asalariado presta sus servicios en un local que pertenece en propiedad o arrendamiento al empleador; en cambio el trabajador independiente suele realizar su faena en su propio taller u oficina. Desde luego, es sólo un indicio, pues puede acontecer que un trabajo independiente, debido a la naturaleza de su actividad, cumpla su misión en el local de su cliente; de igual modo, hay trabajos dependientes que se ejecutan en un local que no es el de la empresa para la cual se trabaja.
- b) *El horario de trabajo*: cuando el trabajador está obligado a presentarse en un lugar determinado para cumplir con un horario que se le ha fijado, muy probablemente existirá la subordinación jurídica, pues este acto de sumisión permitirá el ejercicio efectivo del poder de dirección y control. Si hay independencia, casi seguro no habrá exigencia de un horario de trabajo. No obstante, la ausencia de un horario fijo no es impedimento para que pueda considerarse la existencia del trabajo dependiente.
- c) *El suministro de materias primas y de instrumentos de trabajo*: normalmente el empleador suministra al trabajador todos los elementos necesarios para la ejecución de la labor. La dependencia suele desaparecer cuando las herramientas o las materias primas que se utilizan son propiedad del trabajador, quien dispone de ellas a su antojo. Sin embargo, en ocasiones, un trabajador independiente puede recibir de otro su material de trabajo.
- d) *La exclusividad*: la persona que renuncia a la libertad de su trabajo y acepta dedicar exclusivamente su actividad a otra, demuestra normalmente su sumisión a la autoridad de un empleador. Aunque es un indicio muy fuerte, no siempre es muestra inequívoca de la existencia de la subordinación jurídica.
- e) *La ausencia de personal dependiente*: el trabajador dependiente ejecuta su labor personalmente, sin que normalmente tenga otras personas bajo su dependencia, salvo en los casos en que actúa por delegación del empleador. Por el contrario, el trabajador independiente suele contratar su personal y remunerarlo. Desde luego, en ocasiones el trabajador dependiente es jefe de un equipo de obreros, condición que no le priva de su calidad de asalariado.

- f) *El tipo de remuneración*: aunque no influye en la existencia de la dependencia jurídica, la remuneración a precio alzado es un signo que tiende a revelar la existencia de un trabajo independiente, pues el dependiente generalmente es remunerado por unidad de tiempo o por labor rendida.

Desde luego, los indicios anteriores no son los únicos; la autoridad puede también fundamentar su decisión y considerar que se está ante un trabajo independiente cuando la persona es propietaria de su propio negocio, calcula el costo del trabajo y fija el precio y dispone de sus propios contratos de seguros; está expuesta a riesgos financieros por el hecho de tener que soportar el costo de rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad realizado en virtud de un contrato; asume la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa; se beneficia pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos que se le han encomendado<sup>24</sup>.

Lo importante es que la legislación nacional, en consonancia con las normas internacionales del trabajo, admita una amplia variedad de medios para coadyuvar a determinar la existencia de una relación de trabajo, y que en su decisión, las autoridades tomen principalmente en consideración los hechos relativos a la ejecución del trabajo y a la remuneración del trabajador, independientemente de lo convenido entre las partes<sup>25</sup>. En general, en América Latina, esta recomendación de la OIT se cumple con el establecimiento legal de la presunción de existencia de un trabajo dependiente en toda prestación de servicio personal y con la consagración del principio de la primacía de la realidad, según el cual, el contrato de trabajo no es el que consta en un escrito sino el que se ejecuta en lo hechos. La labor de investigación y determinación queda así allanada, pues siempre se partirá del supuesto de la existencia de un trabajo dependiente; desde luego, en la controversia la autoridad se auxiliará de los indicios, signos y medios que se han explicado precedentemente.

Ahora bien, siempre habrá situaciones en que será bien difícil, por no decir imposible, caracterizar el estado de subordinación jurídica, como acontece con los trabajadores a domicilio. Una gran parte de la doctrina de principios del pasado siglo, negó a estos trabajadores su condición de asalariados. La protección tuvo que ser dada por el legislador que catalogó a estas personas como trabajadores dependientes, amparados por la legislación del trabajo. En este ámbito ya no habrá necesidad de establecer si existe o no la dependencia, sino de precisar si se está ante un caso de trabajo a domicilio. Una respuesta similar, o sea, conferir por ley la categoría de trabajador dependiente podría ser dada a los vendedores y viajantes de comercio<sup>26</sup>, a las cooperativas de trabajadores<sup>27</sup> y a los teletrabajadores.

<sup>24</sup> Código de Prácticas: Criterios principales para determinar la condición jurídica de empleado o de trabajador independiente en Irlanda, en la obra *El ámbito de la relación de trabajo*, ob. cit., p. 66.

<sup>25</sup> Recomendación 198 de la OIT, artículos 9 y 11.

<sup>26</sup> En la República Dominicana se califica como trabajadores a los viajantes, vendedores, propagandistas, promotores de venta y quienes realicen actividades similares, siempre que presten servicios en subordinación a un empleador (Art. 309 Código de Trabajo).

<sup>27</sup> Finlandia, Chile.

Pero, en todos estos últimos casos nos aproximamos a la frontera que separa al trabajo independiente del dependiente, lo que nos lleva al examen de la relación de trabajo encubierta o ambigua.

## II. LA RELACIÓN DE TRABAJO ENCUBIERTA O AMBIGUA

Una relación de trabajo se estima encubierta o disfrazada cuando se le da una apariencia distinta a la que le corresponde en la realidad<sup>28</sup>. Con ello se busca escapar a las obligaciones que impone la legislación protectora del trabajo o a morigerar sus cargas económicas. Para lograr este propósito se disfraza la relación de trabajo bajo la apariencia de un contrato de obra civil, de un mandato remunerado, de un alquiler de cosas o de una sociedad de hecho. En otras palabras, a la relación de trabajo se le confiere una naturaleza jurídica diferente, sea civil, comercial, cooperativa, de base familiar o cualquier otra<sup>29</sup>. En ocasiones no se va tan lejos, pero se aligeran los costos apelando a la modalidad de la relación: ésta se conviene por una duración determinada, aunque en los hechos no lo es, con la finalidad de escapar a las prestaciones laborales que impone la relación de trabajo por tiempo indefinido. Otras veces se burla la protección, sin negar la existencia de la naturaleza indefinida de la relación, con la práctica de extinguirla antes de que se cumpla el período de carencia, a partir de cuya cesación habrá que indemnizar al trabajador desahuciado o despedido injustificadamente.

Los métodos empleados para manipular el contrato y privar al trabajador de protección son múltiples y variados. Los contratos para la formación práctica de jóvenes profesionales son utilizados para contratar trabajadores a mucho menor costo que el de un contrato de trabajo; el contrato de aprendizaje, cuando en la legislación se dispone un salario inferior al mínimo de ley, es frecuentemente usado para contratar asalariados en tareas que no requieren de enseñanza alguna<sup>30</sup>; en los salones de belleza a las peluqueras se les alquila los sillones en donde prestan servicios a los clientes y supuestamente pagan una comisión por el alquiler del sillón.

En todos los casos anteriores se ha incurrido en una simulación; pero en otras eventualidades la relación de trabajo existente es de tal naturaleza que no se sabe a ciencia cierta si se ha acordado un trabajo dependiente o uno independiente. Es el fenómeno de la ambigüedad objetiva en la relación de trabajo. La OIT lo ilustra bien con el siguiente ejemplo, "una persona puede ser contratada a distancia para que realice un determinado trabajo también a distancia, sin horarios ni días de trabajo determinados, con formas especiales de remuneración y plena autonomía en cuanto a la organización del trabajo. Es posible que en tales casos los trabajadores así asignados no hayan entrado jamás en la empresa que los emplea, como puede ocurrir cuando han sido reclutados y trabajan por conducto del internet, y sean pagados a través de un

<sup>28</sup> El ámbito de la relación de trabajo, ob. cit., p. 27.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>30</sup> Para colocar etiquetas en los productos vendidos por un supermercado.

banco. Sin embargo, acaso porque utilizan materiales, equipo o herramientas proporcionados por la empresa cliente, deben cumplir instrucciones y están sujetos a un control por parte de ella que no por ser distinto de lo habitual deja de ser severo, es posible que la empresa considere que tales trabajadores son empleados suyos<sup>31</sup>.

Una situación similar se origina en la actualidad con el *teletrabajo*, pues algunos se preguntan si es posible ejercer un poder de dirección sobre un trabajo realizado a distancia. En adición, el *teletrabajo* puede expresarse en situaciones bien diferentes, ya que sus tareas pueden ejecutarse en el propio domicilio del trabajador o en una oficina de éste; en un local externo a la empresa matriz ofrecido por ésta a sus *teletrabajadores* o en un centro de recursos compartidos que es propiedad de una empresa que lo alquila con equipos a varios empresarios que necesitan de este servicio; o, finalmente, en forma móvil por la vía de un teléfono celular o una computadora portátil, como puede acontecer con agentes de venta, consultores. En estos diversos matices del *teletrabajo* la intensidad del control y supervisión de la actividad no siempre es la misma: en el *teletrabajo on line* existe una conexión permanente entre la computadora que maneja el trabajador y la empresa, razón por la cual puede considerarse que se ejerce el poder de dirección del empresario aunque sea en forma virtual; por el contrario, en el *teletrabajo off line* la intervención del jefe de la empresa se limita a controlar los resultados de las tareas, por lo que es más difícil aceptar la existencia de la subordinación jurídica.

La ambigüedad va mucho lejos cuando el trabajador es formalmente independiente, pero su ingreso depende de unos pocos clientes o de uno solo. Desde el punto de vista jurídico es imposible hablar de subordinación jurídica, pero su dependencia económica puede ser un criterio útil para determinar si esta persona es un asalariado o un trabajador por cuenta propia. Los ejemplos abundan: vendedores de billetes de lotería; vendedores ambulantes de productos para consumo directo; distribuidores de diarios y revistas; repartidores de correspondencia por carreteras y caminos rurales; propietarios de cafés o micronegocios de venta situados en instituciones educativas o en determinadas empresas; ex-empleados de una empresa que se transforman en trabajadores independientes al servicio de la misma empresa; conductores de taxímetros o de otros vehículos de transporte de pasajeros. El caso más emblemático es el de los camioneros, que en numerosos países han sido transferidos a empresas contratistas o convertidos en propietarios o arrendatarios de los camiones, pero que continúan prestando sus servicios a la empresa en la que antes eran asalariados. ¿Simulación o ambigüedad? Lo cierto es que el camionero, en lo adelante trabajador por cuenta propia y privado de protección laboral, se mantiene prestando idénticos servicios a su antiguo empleador, de quien depende económicamente.

La simulación de la relación de trabajo es relativamente fácil de combatir, pues a la autoridad le corresponderá apreciar soberanamente los hechos, destruir la apariencia creada y reestablecer la realidad. Gracias al principio de la primacía de la realidad la autoridad no se atenderá a lo expresado literalmente en el documento y en base a la modalidad de la ejecución de las tareas y el modo de

<sup>31</sup> El ámbito de la relación de trabajo, ob. cit., p. 30.

remuneración podría calificar como trabajo dependiente lo que se ha querido ocultar bajo el manto de otra figura jurídica.

Más complicado es el asunto de la ambigüedad en la relación de trabajo, pues no ha habido, en principio, intención alguna de eludir la legislación de protección; sencillamente, la necesidad de una mayor flexibilidad y dinamismo en el empleo ha generado un modo de relación que difícilmente encaja en la tradicional subordinación jurídica. A la autoridad no le queda otro camino que hacer uso de los medios que se han explicado previamente para decidir si se está o no ante un trabajo dependiente o uno independiente.

Respecto al trabajador jurídicamente independiente, pero económicamente dependiente, salvo que la autoridad lo considerara como una simulación, esto es, una relación de trabajo encubierta, no parecería que se pudiera ofrecerle protección bajo el criterio tradicional de la subordinación jurídica. Habría que trillar el camino de algunas legislaciones que han comenzado a proteger a este trabajador autónomo en situación económica de dependencia. En Italia, por ejemplo, se ha elaborado la tesis del *“trabajo continuado y coordinado”*, prevalentemente personal, aunque no necesariamente subordinado. Por *“obra continuada”* se define aquella que se refiere a relaciones que se concretan de hecho o por contrato en la ejecución de más de una obra o servicios o en el desarrollo de una actividad laboral. La idea de *“coordinación”*, revela la conexión funcional de la prestación de trabajo con la actividad realizada por el destinatario de dicha prestación. La diferencia entre actividad coordinada y trabajo subordinado radica en el hecho de que la primera, a diferencia de la subordinación, no excluye que el trabajador pueda determinar de manera autónoma o en acuerdo con el empleador no sólo las modalidades, sino también el lugar y el tiempo de cumplimiento de la prestación de trabajo. Mientras que el poder del empleador en el contrato de trabajo subordinado es un poder de dirigir el trabajo y de determinar las modalidades de su ejecución, en el trabajo coordinado el poder del que comisiona el trabajo se limita a expresar su conformidad con el mismo. Con esta elaboración doctrinaria la legislación italiana ha consentido en ampliar la protección laboral más allá de la frontera del trabajo subordinado para extenderla al trabajo que se ejecuta en forma *«parasubordinada»*. En Alemania, por su parte, se ha diseñado la noción de *«employee-like persons»*, designación con la cual se clasifican las personas que son formalmente trabajadores independientes, pero cuya situación económica los asemeja a un trabajador subordinado. A estas personas se les concede la protección laboral, a condición de que ejecuten sus tareas por sí solos, sin ayuda de empleados y la mayor parte de su labor sea realizada para una sola persona o más de la mitad de sus ingresos sea pagada por una sola persona. En España se ha aprobado un Estatuto del Trabajo Autónomo Dependiente que garantiza protección laboral a aquellas personas que realizan una actividad para un cliente, de quien perciben al menos el setenta y cinco por ciento de sus ingresos.

## **PARTE SEGUNDA**

### **LAS RELACIONES DE TRABAJO TRIANGULARES**

Usualmente la relación de trabajo corresponde a dos personas: una que presta el servicio personal y otra que paga la retribución. No obstante, en el mundo de



trabajo surgen situaciones mucho más complejas en que interviene un tercer actor, con lo cual se dificulta la determinación de cuál es el verdadero empleador. Son tantos y variados los casos que se presentan en la realidad que es tarea ímproba tratar de clasificar y organizar los mismos.

Sin embargo, es interesante señalar que la figura del tercer actor siempre acompañó a la relación de trabajo desde los orígenes de la protección laboral. En efecto, en las empresas de construcción el contratista principal de la obra tradicionalmente ha delegado partes de su responsabilidad en otras personas, a las que se conoce con el nombre de subcontratistas. Lo que sí es novedoso es la difusión que el fenómeno ha tenido en la actualidad, que desborda el campo estricto de la construcción, para extenderse por todas las ramas de la actividad industrial y comercial. Los nuevos modos de producción y organización empresariales conducen a que una parte importante de la actividad sea confiada a terceras personas, físicas o jurídicas, que se encargan de ejecutar la tarea. En principio, se trataba de actividades secundarias de la empresa matriz, como las labores de limpieza o vigilancia, pero posteriormente núcleos inherentes al giro de la empresa terminarían también desplazados hacia el exterior y ejecutados por un conjunto de pequeñas empresas, que cual satélites, giraban en torno a la empresa principal. Es el fenómeno del *outsourcing*, conocido también con el nombre de «subempresa». Pero, al mismo tiempo que la empresa expulsa de su establecimiento determinados rubros de producción o de servicio, también se generaliza el uso de empresas que recurren a un tercero para el suministro de mano de obra y confían un segmento de su actividad a trabajadores que le prestan servicios, pero que son contratados y pagados por un tercero. Por lo demás, se expande el uso de trabajadores de una empresa que prestarán sus servicios dentro del establecimiento de otra empresa, como acontece en grandes almacenes y supermercados en que encontramos personas que promocionan determinados productos, que colocan artículos en los estantes o que empaquetan los productos o los trasladan hasta el automóvil (en algunos países hasta el domicilio) de los clientes, sin que sean dependientes del establecimiento en donde prestan sus servicios.

¿Quién es el empleador de estos trabajadores? ¿Cuáles son los derechos de este trabajador? ¿Quién responde por los derechos de este trabajador?

## **I. EL GRAVÍSIMO RETO DE LAS NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN.**

Es normal que en el mundo del trabajo se constituyan empresas con el objetivo de suministrar a otros trabajadores para que le sirvan en forma temporal, sea para sustituir a un trabajador enfermo o a un trabajador en vacaciones. Agotado el objetivo, el trabajador podrá ser destinado a cumplir otra misión. En otras palabras, la empresa de trabajo temporal no se desliga del trabajador después de haber cumplido su labor en la empresa cliente, pues lo tiene en su nómina para futuras misiones. No se trata de una agencia de colocación porque ésta, una vez realizado el acercamiento entre el trabajador y la empresa, agota su intervención y quedan marginadas del vínculo laboral. En cambio, las empresas de trabajo temporal conservan el vínculo contractual con el trabajador que colocan temporalmente a los servicios de una empresa usuaria.

Mucho más preocupante en lo concerniente a la protección del trabajador es la situación de las empresas suministradoras de mano de obra permanente. El *staff leasing*, como se le conoce en los Estados Unidos, es el contrato por el cual una empresa suministradora proporciona a la empresa cliente la totalidad de su personal o de algunos sectores de su producción. A la empresa cliente le es confiada la dirección y el control sobre la prestación laboral, mientras la contratación y el poder de despido quedan en manos de la suministradora. Junto a esta modalidad, surge una nueva expresión, el *pay-rolling*, o préstamo de planilla, mecanismo por medio del cual una empresa alquila la planilla de personal de otra empresa, constituida exclusivamente para estos fines, la cual se obliga a incorporar en la misma a los trabajadores indicados por el cliente y a efectuar las liquidaciones y pago de haberes por concepto de salario y demás beneficios sociales. La peculiaridad del contrato de *pay-rolling* es que la empresa cliente elige a los trabajadores y éstos quedan registrados en la planilla de la empresa que la arrienda.

En todos estos casos de suministro de mano de obra, sea en forma temporal como definitiva, la usuaria de la mano de obra ejerce sobre ella los poderes de dirección, reglamentación y disciplina, pero la empresa suministradora del personal es quien contrata, paga el salario y despide. No se pierde la relación de trabajo, pero ésta se difumina entre dos empresarios, lo que puede traer consecuencias jurídicas que afecten al trabajador. ¿Quién es el verdadero comitente del trabajador y, por ende, responsable civil de sus hechos ilícitos? Si en el estacionamiento de un supermercado un vigilante de una empresa de guardianes mata a un tercero, ¿sólo ésta responde civilmente o puede exigirse la solidaridad? Pero en el campo estrictamente laboral, ¿quién debe velar por el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, quién es responsable en caso de enfermedad profesional o accidente de trabajo? No cabe la menor duda de que el triángulo laboral rompe con los poderes que tradicionalmente se han reconocido al empleador, pues éstos se desplazan a un sujeto distinto de quien concierne la relación laboral.

En el evento de la empresa de trabajo temporal el hecho de la transitoriedad de la misión encomendada probablemente no cause mayores inconvenientes a la persona del trabajador. Este está consciente de que se encuentra a la disposición de una empresa que lo llamará cuantas veces sea necesario para prestar servicios transitorios a un cliente. Su vinculación es permanente con la empresa de trabajo temporal, a quien muy seguramente considerará su empleador y a quien reclamará el cumplimiento de sus obligaciones laborales. La situación varía sustancialmente cuando la empresa tiene por finalidad suministrar trabajadores para que presten sus servicios de modo permanente en una empresa cliente. Entre la primera y la segunda existe un simple contrato civil de servicio; pero, ¿cuál de las dos debe calificarse como empleadora de los trabajadores? El trabajador deberá cumplir con sus tareas y obedecer instrucciones emanadas de la empresa utilizadora de sus servicios; ésta, a su vez, debe cumplir con todas aquellas obligaciones referentes a las condiciones de ejecución del trabajo: duración de la jornada, descanso semanal, vacaciones, higiene y seguridad industrial. Parecería que esta última es el empleador del asalariado, pero es la empresa suministradora de la mano de obra la que contrata

al trabajador, le paga el salario y lo despide cuando ha incurrido en una falta, a veces reportada por la empresa usuaria.

Cuando el suministro de la mano de obra es con el objetivo de realizar tareas que son accesorias al giro de la empresa, como labores de seguridad o de limpieza, podría admitirse, en principio, que la relación de trabajo ha sido establecida con la empresa que ha contratado al personal para ofrecerlo a sus clientes. Desde luego, siempre será necesario preguntarse si no se está en presencia de una simulación que persigue vulnerar la protección al trabajador y la mejor forma de indagarlo es determinar si la empresa suministradora de la mano de obra no es más que una pantalla creada por la empresa usuaria. Los indicios pueden servir a tales propósitos: trabaja para un solo cliente; carece de solvencia; etc. Pero, ¿cómo calificar la situación de una empresa que realiza varias de sus actividades que le son propias con un personal que le es confiado por un tercero? Cajeros de una entidad bancaria que no son sus empleados; químicos de una empresa del ramo que le son proporcionados por un tercero; camareros de un restaurante que han sido contratados por otra empresa. Estos trabajadores muy probablemente gozarán de condiciones de trabajo inferiores a los empleados que dependen directamente de la empresa en la cual prestan sus servicios y como no son parte de ella tampoco podrán asociarse con sus compañeros de labores en la formación de un sindicato. Sus derechos, individuales y colectivos están siendo afectados. Estamos ante una seria inobservancia de la ley en que la empresa usuaria trata de evadir disposiciones legales o contractuales incorporando trabajadores suministrados por un tercero para realizar la misma actividad que efectúa un empleado que ella ha contratado. En México, la reforma reciente a la Ley Federal del Trabajo, ha sujetado a tres requisitos el régimen del suministro de mano de obra: la contratación no puede abarcar la totalidad de las actividades, debe justificarse por su carácter especializado y no puede comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante (Art. 15). De no cumplirse con todas estas condiciones el contratante se entenderá como empleador para todos los efectos de la ley. En otros países se dispone una responsabilidad compartida entre las dos empresas<sup>32</sup>. El suministrador de la mano de obra pasa a ser considerado como un simple intermediario y se le reconocen al trabajador las mismas condiciones de trabajo de los reclutados directamente por la empresa cliente. Demás está decir que el tema del *pay-rolling* no es más que un fraude a la ley.

En un plano contrapuesto al suministro de mano de obra, surge el instrumento del *out-sourcing*, por el cual se contrata a otras empresas para efectuar operaciones específicas, a veces hasta generales, de la actividad de una empresa principal. Informes de la OIT muestran como grandes empresas de la construcción hoy en día se circunscriben a buscar clientes y comercializar productos que luego son construidos por subcontratistas, casi siempre muy pequeñas empresas<sup>33</sup>; en las empresas de zonas francas (maquiladoras) de la

<sup>32</sup> El informe de la OIT cita a Argentina, El Salvador, México, Panamá, Uruguay y Venezuela, El ámbito en la relación de trabajo, ob. Cit., p. 58, nota 40.

<sup>33</sup> El ámbito de la relación de trabajo, ob. cit., p. 46, nota 21.

rama textil se recurre en ocasiones a pequeños talleres de costura de una sola persona a quienes encargan la elaboración final de sus prendas de vestir; las grandes tiendas por departamentos se fragmentan en negocios autónomos y el personal de ventas, mayoritariamente femenino, es colocado al servicio de estos negocios<sup>34</sup>.

Gracias al *out-sourcing* la empresa expulsa de su seno un conjunto de actividades que pasarán a ser ejecutadas por pequeñas empresas, algunas de ellas, unipersonales, que se encargarán de contratar sus propios trabajadores. La empresa principal reduce su plantilla y minimiza costos pues parte de su personal irá a trabajar en pequeñas unidades que como satélites giran en torno a la empresa matriz. El empresario se beneficia, pero los trabajadores lanzados a la periferia tendrán un vínculo jurídico más precario y condiciones de trabajo menos beneficiosas. El fenómeno se extiende con fuerza a nivel mundial, por lo que un reconocido autor ha podido decir que “la figura de la gran empresa con decena de miles de trabajadores, socialmente cohesionados por el ejercicio de la acción sindical y prestos a movilizarse en defensa de unos intereses comunes, empieza a formar parte de la prehistoria de la economía globalizada”<sup>35</sup>.

Salvo que se esté ante un fraude grosero, el *out-sourcing* plantea cuestiones jurídicas difíciles de resolver. Se requieren iniciativas legislativas, convenios colectivos y otras medidas que minimicen los perjuicios que este tipo de relación triangular pueda ocasionar a los trabajadores. Así, en Venezuela, la nueve Ley Orgánica de Trabajo, vigente a partir del 7 de mayo de 2012, prohíbe la tercerización, a la cual define como simulación o fraude cometidos por el empleador con el propósito de desconocer u obstaculizar la protección laboral. La ley prohíbe expresamente la contratación de servicios por la vía de terceros para realizar labores permanentes en las instalaciones del beneficiario, siempre que estos servicios estén directamente relacionados con los procesos productivos y las operaciones del beneficiario se vean afectadas o interrumpidas sin los mismos. En México, el artículo 15D de la Ley Federal del Trabajo dispone que no se permitirá el régimen de subcontratación cuando se transfiera de manera deliberada trabajadores de la empresa principal al contratista con el fin de disminuir derechos laborales. En Francia, la Corte de Casación, en aplicación de la noción de unidad económica, ha precisado los límites que tiene una empresa para transferir parte de su actividad, junto a los trabajadores que la realizan, a otra empresa eventualmente constituida con este propósito: empresa productora de agua mineral que transfirió a un contratista la fabricación, mantenimiento y reparación de los soportes de madera utilizados en el transporte de sus productos y hospital que traspasó a un tercero los servicios de alojamiento y alimentación de los enfermos. En ambos casos, la Corte estimó que la actividad transferida no constituía una entidad económica y que, por ende, la transferencia no era procedente y se debía reintegrar a los trabajadores a la empresa principal.

<sup>34</sup> *Ibíd*em, p. 52.

<sup>35</sup> VALDES DAL-RE, Fernando, Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo, en la revista *Relacento*, N° 2, Litografía Mar y Mar Arena, S.A., San José, Costa Rica, 2002, p. 54.

## **II. LA SUBCONTRATACIÓN TRADICIONAL**

Desde siempre en la industria de la construcción se ha utilizado al subcontratista y es por esto que desde sus inicios la legislación laboral se preocupó por regular esta figura y evitar la desprotección del trabajador. En efecto, en la ejecución de una obra se produce una doble relación jurídica: por una parte, entre el beneficiario de la obra y el contratista principal se establece un contrato civil de obra o empresa, pues este último se encarga de ejecutarla por cuenta propia y sin sujeción al primero; pero, al mismo tiempo, el contratista principal utilizará trabajadores para levantar la obra, y al hacerlo se convierte en empleador de estos trabajadores.

El contratista principal también puede confiar a una o varias personas, denominadas subcontratistas, la ejecución de una o de varias partes de la obra, caso en el cual se produce un vínculo civil entre el primero y los segundos. En principio, el subcontratista actúa por su propia cuenta y sin sujeción al contratista principal, caso en el cual debe ser catalogado como empleador de los trabajadores que utiliza. Pero, a veces, la figura del subcontratista es utilizada para escapar a la protección laboral, pues se busca a una persona insolvente que asuma este papel con el único interés del contratista principal de eludir la reglamentación del trabajo asalariado. Las legislaciones han previsto la situación y en muchas de ellas se considera que el denominado subcontratista no será más que un intermediario cuando carezca de elementos o condiciones propias para cumplir las obligaciones que se derivan de las relaciones con sus trabajadores. Por consiguiente, un subcontratista real utiliza material y medios técnicos que le son propios; se trata de una empresa establecida que obtiene sus beneficios sobre el conjunto de operaciones comerciales que lleva a cabo. En cambio, el intermediario, especula exclusivamente sobre la mano de obra empleada y se lucra únicamente del trabajo de los obreros. Su ganancia proviene de la diferencia que resulta entre los salarios que paga y el precio convenido con el contratista principal para la ejecución de la obra. En conclusión, el subcontratista real y verdadero será el empleador de sus trabajadores; el ficticio, es un simple intermediario, solidariamente responsable con el empleador principal. A este último corresponderá probar la solvencia económica del subcontratista. De conformidad con esta orientación, el Comité de Libertad Sindical de la OIT se ha lamentado en 2011 de que un tribunal de Corea decidiera que el convenio colectivo de una empresa de construcción no extendiera su campo de aplicación a los trabajadores contratados por las empresas subcontratistas, en el entendido de que en el caso se trató de un negociación de una empresa dominante de la cual dependía una cascada de subcontratista.

## **CONCLUSIONES**

En consonancia con la Recomendación 198 de la OIT del año 2006, ante los cambios profundos registrados en el mundo del trabajo, la legislación nacional debe procurar adaptar el ámbito de aplicación de la protección laboral a los nuevos fenómenos surgidos con la globalización y el desarrollo de las tecnologías. En este sentido, cada legislación debe establecer los mecanismos precisos para determinar la existencia de la relación de trabajo dependiente, la

cual debería establecerse a partir de los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sustentada en el principio de la primacía de la realidad, e independiente de la denominación que los actores den a su relación y a que su acuerdo o convenio haya sido pactado oralmente o por escrito.

Se debe igualmente consagrar una presunción legal de existencia de la relación de trabajo, que en el más óptimo de los casos debería aplicarse tan pronto exista una prestación de servicio personal o, en todo caso, de no aceptarse esta sugerencia, cuando se dieran uno o varios indicios de que se está en presencia de un trabajo subordinado. Asimismo, se debería admitir una amplia variedad de signos o medios para la determinación de la relación de trabajo.

Se deberían establecer mecanismos amplios de lucha contra las relaciones de trabajo encubiertas, que deberían conducir a establecer la responsabilidad solidaria entre el empleador verdadero y el aparente. La ambigüedad sólo puede ser con criterios claros que permitan establecer si se está o no en presencia de un trabajo autónomo. Incluso éste, cuando se dé la circunstancia de ser económicamente dependiente debería ser objeto de una legislación especial.

Los nuevos medios de contratación, como la subempresa y el suministro de mano de obra, exigen una respuesta legal de regulación para evitar los abusos y el deterioro de los derechos del trabajador. No debe caber duda alguna que la expulsión de trabajadores hacia la esfera de empresas contratistas y el empleo de trabajadores proporcionados por un tercero puede constituir un mecanismo de evasión de las responsabilidades laborales. La legislación nacional debería prever estas nuevas realidades y establecer su regulación.

En resumen, la protección del trabajador dependerá de la naturaleza de su relación de trabajo. Sin embargo, en la actualidad hay una incertidumbre creciente respecto al estatuto jurídico de muchos trabajadores: ¿son dependientes o independientes? Las transformaciones producidas en el modo de producción reclaman una respuesta de la legislación nacional y soluciones innovadoras de la jurisprudencia.

# Desigualdades de género en la relación de trabajo: ámbito histórico y comparado

Candy FLORENCIO THOME

Jueza del Trabajo del Tribunal Regional del Trabajo de la 15ª Região en Brasil.  
Doctora en Derecho del Trabajo y postdoctorada en Derecho

## Sumario

I) El patriarcado y la división sexuada del trabajo. II) Trabajo productivo, reproductivo e improductivo. III) Trabajo doméstico remunerado: especial referencia a Brasil. IV) Aspectos jurídicos del empleo doméstico en Argentina. V) Aspectos jurídicos del empleo doméstico en Brasil. VI) Aspectos jurídicos del empleo doméstico en Uruguay. VII) Conclusiones. VIII) Referencias bibliográficas.

## **Resumen**

La propuesta de este trabajo es investigar, desde una relectura de las teorías marxistas, los aspectos del trabajo productivo asalariado y reproductivo familiar, así como sus impactos en la división sexuada del trabajo y las cuestiones de género y, más específicamente, en el empleo doméstico en los países del Cono Sur (Argentina, Brasil y Uruguay). Para eso, se analizan las convergencias y divergencias entre el feminismo y marxismo hechas por las teorías críticas feministas marxistas de segunda ola acerca del trabajo femenino, del trabajo productivo e improductivo en Marx, y la relación del trabajo reproductivo con el capitalismo. Se analizan, por fin, los reflejos que la división sexuada del trabajo y la división entre trabajo productivo, improductivo y reproductivo tienen en las desigualdades de hecho y de derecho mantenidas históricamente, en Argentina, Brasil, y Uruguay entre empleados y empleadas domésticas y empleados y empleadas urbanas y rurales.

**Palabras clave:** Trabajo, división sexuada, feminismo, trabajo reproductivo.

## **Abstract**

The purpose of this paper is to investigate, from a rereading of Marxist theories, aspects of employee and family productive and reproductive work and its impact on the gendered division of labor and gender and, more specifically, domestic employment in the Southern Cone countries (Argentina, Brazil and Uruguay). For that, the convergences and divergences between feminism and Marxism made by Marxist feminist critical theories about the second wave of female labor, productive and unproductive labor in Marx, and the relationship of reproductive work with capitalism are analyzed. Are analyzed, finally the reflections that the gendered division of labor and the division between productive and reproductive work unproductive inequalities have in fact and law historically held in Argentina, Brazil and Uruguay between employers and domestic workers and employees urban and rural workers.

**Keywords:** Work, gendered division, feminism, reproductive work.



## **EL PATRIARCADO Y LA DIVISIÓN SEXUADA DEL TRABAJO**

En su obra, Marx no considera la condición femenina y su asimetría en relación a la estructura patriarcal de la sociedad, ya que, para el autor, la mujer es un complemento necesario del hombre (Delich, 2012: 28) a pesar de haber tenido contacto con la obra de Flora Tristán, ya que, cuando ocurre la prematura muerte de Flora, Marx está recién llegado a París y ya había leído los escritos de la autora.

Flora Tristán, nació en París de padre peruano y madre francesa en 1803 y murió en Bordeaux en noviembre de 1844. Es recogida en la posteridad como precursora de las luchas femeninas, pero no siempre como precursora de las luchas obreras (como efectivamente ha sido) y como antecedente relevante entre los socialistas de comienzos del siglo XIX” (Delich, 2012: 28). Aunque Marx tenga leído los escritos de Flora Tristán, sobre la situación obrera y femenina<sup>1</sup>, a él no le interesa “la condición femenina en el capitalismo, pues en la revolución proletaria que él imaginaba no habría disonancias” (Delich, 2012: 28).

Para Engels y Marx (2001), en el Manifiesto del Partido Comunista, la mujer funciona como el operario de la familia y el hombre como el empleador, indicando que la sumisión de la mujer surge con la sociedad de clases y sugiere el papel que ella va a desarrollar con el trabajo reproductivo en el interior de la familia patriarcal.

Engels (2000), en el libro *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, intenta desnaturalizar la propiedad privada y la familia monogámica como únicas formas de propiedad y relaciones familiares y considera que la posibilidad de emancipación femenina sólo puede ocurrir con la entrada de la mujer en la industria social y con el desarrollo del trabajo productivo.

En *El Capital*, Marx (1982), observa las pésimas condiciones de trabajo de las mujeres, pero con solo la mirada de las consecuencias de esas condiciones de trabajo para la educación de los hijos, para la autoridad de los padres y para la moralidad de la familia. Sin embargo, ni Marx ni Engels consideraban las funciones que la mujer desarrollaba en la familia y la estructura familiar en la cual la mujer desarrolla sus funciones y de trabajadora doméstica y socializadora de los hijos.

En ese sentido, la Asociación Internacional de los Trabajadores, de la cual hacía parte Marx y Engels, condenaba el trabajo femenino para que las mujeres pudieran quedarse en el hogar. En el comienzo del siglo XX, la principal acusación que se hacía a las mujeres en los medios anarquistas, era que su entrada en el mercado de trabajo rebajaba los salarios de los hombres y provocaba el desempleo entre ellos (Secco, 2006: 131-135).

---

<sup>1</sup> Según Delich (2012: 27), “Flora Tristán había logrado dejar un testimonio existencial de la situación obrera y femenina. Y es probablemente la primera en utilizar el término proletariado para definir a los trabajadores ingleses predicando la unión obrera, sosteniendo que la emancipación de los trabajadores será obra de los propios trabajadores”.

Así, según Saffiotti (1969: 86), el cruzamiento de la estructura de clases con la diferencia de sexo perturba el sistema marxista. Las clases sociales son atravesadas por las contradicciones de género y de raza. Es cierto que entre las mujeres y hombres de la burguesía, hay una solidaridad de clase, pues aquellas se benefician de la apropiación por éstos de la plusvalía creada por los trabajadores hombres y mujeres. Sin embargo, en la clase trabajadora, la solidaridad no siempre es tan nítida. Tanto la mujer proletaria como la de los estratos medios disputan con los hombres de su misma posición social los puestos que les puedan garantizar sustento.

El sujeto histórico es definido por Marx como el responsable estratégico de la destrucción definitiva de la sociedad de clases a un proletariado universal sin fronteras, afirmando Delich (2012: 34) que no se trata de una elección ideológica o moral sino una consecuencia natural del propio sistema capitalista condenado, de la situación de clase, observando que el antiguo sujeto histórico está, hoy por hoy, en discusión.

En el inicio del siglo XX, empiezan los movimientos feministas de primera ola y, en las décadas de 60 y 70, con los movimientos feministas de segunda ola, la mujer es inserta como sujeto histórico. La relación de la explotación de las mujeres con el surgimiento de la propiedad privada ha sido uno de los puntos más importantes de la reflexión que los estudios sobre género de perspectiva marxista han desarrollado en los años 1970 y 1980. Estos estudios relacionaban el surgimiento del capitalismo con el patriarcado; y, de esta forma, la liberación de la mujer dependería de una revolución no solo económica, sino también social y cultural.

Conforme Boria (2012: 38-39), fue la teoría feminista que ha señalado el carácter cultural, construido y contingente de los roles y aptitudes femeninas, con el cuestionamiento de nociones centrales que explicaban situaciones de discriminación y desigualdad social, así como resaltaba el efecto de las normas culturales en el sujeto mujer.

Tales discusiones tenían como objetos principales las cuestiones de la desnaturalización de la división sexuada del trabajo, del trabajo reproductivo y productivo, de la subordinación de las mujeres en relación a los hombres, del llamado modo doméstico de producción, de la reivindicación de la colectivización del trabajo del hogar y del cuidado de niños y niñas, con la articulación de las relaciones dialécticas entre sexo y clase social.

De esa manera, las relaciones entre feminismo y marxismo han sido muy controvertidas, y se han repetido y se repiten aun hoy en diversas manifestaciones tanto en el feminismo teórico, como en el activismo militante. Si el feminismo de primera ola se quedó a parte de los partidos socialistas y comunistas, el feminismo de segunda ola se ha aproximado de los partidos socialistas y comunistas tradicionales, con muchas convergencias, pero divergencias también (Boria, 2012: 45).

Frente a esas convergencias y divergencias, la conclusión a que llegaron las mujeres socialistas es que, la mera socialización de los medios de producción y la garantía de derechos públicos iguales a de los hombres eran condiciones

necesarias para la emancipación de la mujer, pero insuficientes sin una revolución de la cultura. Esa revolución continúa a ser imprescindible no solo para las mujeres, sino también para el socialismo, ya que, desde Robert Owen se dice que el índice de emancipación de la humanidad se mide por la libertad de las mujeres. (Secco, 2006: 137).

La naturalización del trabajo doméstico como función femenina, se inserta en un grupo de ideas en lo que concierne a las relaciones sociales y morales que son comúnmente identificadas como conservadoras o tradicionales; y que los movimientos feministas, principalmente los llamados de segunda ola, relacionaban directamente al patriarcado. (Mello, 2010: 29). En esa acepción feminista, el patriarcado designa una formación social en que los hombres detentan el poder, siendo un término que designa el conjunto del sistema a ser combatido (Delphy, 2000).

El patriarcado es la apropiación masculina de las condiciones de trabajo, de los medios de producción y de la subsistencia del trabajador. El núcleo familiar patriarcal reproduce las relaciones internas de dominación entre hombres y mujeres. La familia patriarcal aglutina una forma de poder y de dominio, congregando características difundidas por toda la cadena social capaces de atingir varias esferas, que van desde el espacio privado al espacio público (Guterres, 2001: 36-37).

En las sociedades capitalistas, a su vez, los espacios productivos se separan, surgiendo un local de trabajo productivo y un local de trabajo reproductivo. El hombre se enfocando hacia el trabajo productivo para mantener el sustento de la familia, observándose que, en una sociedad de logro y consumo, tiene poder quien recibe remuneración por su trabajo y el trabajo doméstico no remunerado se queda invisible. Así, el tiempo de trabajo doméstico que la mujer hace es improductivo en la concepción capitalista. (Guterres, 2001: 36).

De esa forma, la sociedad industrial reafirmó las formas de dominación desde el momento en que ha instituido la división social del trabajo como condición para la producción de mercancías. Así, la división sexuada del trabajo acrecenta el fraccionamiento social del trabajo, aumentando las diferencias entre los sexos y la división entre el particular y el público. (Guterres, 2001: 37).

Las desigualdades entre hombres y mujeres son fundamentadas, básicamente, en la división sexuada del trabajo, entre trabajo productivo y trabajo reproductivo. Se entiende por trabajo productivo, todo trabajo hecho por hombre o mujer a cambio de remuneración económica, incluyéndose el trabajo en el mercado de producción o trabajo para subsistencia. Por su parte, el trabajo reproductivo se basa en todas las responsabilidades del cuidado y crianza de niños y niñas, con las tareas domésticas necesarias para la manutención y reproducción de la fuerza de trabajo, incluyéndose no solo la reproducción biológica, sino también el cuidado y manutención de la fuerza de trabajo y de la futura fuerza de trabajo (niños y niñas), en consecuencia la división sexuada del trabajo en la destinación de trabajo productivo para hombres y trabajo reproductivo para mujeres, es la causa de las desigualdades entre hombres y mujeres.

Esa división es modulada históricamente y socialmente, teniendo por

características la atribución prioritaria a los hombres en la esfera productiva y a las mujeres en la esfera reproductiva, así como la captación por los hombres de las funciones de valor social agregado como funciones políticas, religiosas, militares, etc. (Kergoat, 2000).

Esa forma de la división sexuada tiene dos principios organizadores: el principio de la separación y el principio jerárquico. El principio de la separación conduce a la existencia de trabajos considerados femeninos, en la esfera reproductiva, y trabajos considerados masculinos, en la esfera productiva. El principio jerárquico define el trabajo considerado típicamente masculino como de plusvalía. No hay una libre elección de papeles, y la determinación de las funciones de cada género es efectuada de forma antagónica, por medio de la dominación de los hombres sobre las mujeres.

Así las cosas, la división sexuada del trabajo tiene las siguientes características: la relación entre los grupos de hombres y de mujeres es antagónica, las diferencias constatadas entre las prácticas de los hombres y las prácticas de las mujeres son construcciones sociales y no tienen fundamento en causas biológicas y esa construcción social tiene una base material e ideológica. Tales relaciones se fundan, así, en relaciones de poder y dominación de un sexo sobre el otro. En otras palabras, la división sexuada del trabajo trae embutida la jerarquía social de género (Kergoat, 2000:36-37).

En suma, la división sexuada del trabajo no crea la subordinación y la desigualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, pero recrea una subordinación que existe también en las otras esferas de lo social. Conforme Souza-Lobo (2011: 61,174), esa división produce y reproduce la asimetría entre prácticas femeninas y masculinas, construye y reconstruye mecanismos de sujeción y disciplinamiento de las mujeres, produce y reproduce la subordinación y dominación de género. La autora (2011: 152) considera que la idea de que la división sexuada del trabajo no solo separa y articula producción y reproducción, sino estructura las relaciones en el trabajo reproductivo, permitiendo replantear la cuestión de la relación entre la dinámica de las relaciones capitalistas de trabajo y las relaciones sociales. Eso posibilita el análisis del trabajo industrial femenino con un cuestionamiento de las generalidades y haciendo emerger las relaciones invisibles que estructuran el trabajo doméstico o la propia división sexuada del trabajo y de las tareas en las varias relaciones sociales.

Conforme Souza-Lobo (2011: 173), las pesquisas sobre la división sexuada del trabajo demuestran que las modalidades de subordinación de las mujeres en sus experiencias de trabajo son múltiples y el punto común es justamente la persistencia de la subordinación. Las prácticas sociales, familiares, culturales y de trabajo de las mujeres son simultáneamente aprovechadas en las relaciones de trabajo propiamente capitalistas o no, formales o informales, pero, al mismo tiempo, son prácticas constantemente reformuladas como estrategias de supervivencia y estrategias de resistencia a la dominación y a la subordinación.

Así, para mantener las desigualdades de salario y un comportamiento dócil entre las operarias, es necesario utilizar formas de control y de disciplina que articulen la subordinación operaria al capital con la subordinación sexista de la mujer. Eso permite concluir que la producción se estructura sobre la base de

una división sexuada y social del trabajo que atinge a los salarios, las promociones, la cualificación, la escala de funciones y las formas de control de la mano de obra. Sin embargo, la discusión sobre los orígenes de esa discriminación debe incluir el análisis de la esfera de la reproducción (las estructuras familiares) y las formas de discriminación social (en nivel ideológico).

La división sexuada del trabajo es fruto de la dominación de las mujeres efectuada por el patriarcado por medio de construcciones históricas, sociales e ideológicas. Conforme Santos (2005: 271-272, 301), el espacio doméstico sigue siendo un espacio privilegiado de reproducción social, siendo que la forma de poder que predomina es el patriarcado. Las relaciones sociales familiares son dominadas por esa forma de poder, que está en el origen de la discriminación sexual de la cual son víctimas las mujeres, desbordando otros espacios-tiempo además del doméstico.

La división sexuada del trabajo, estructura las relaciones de género en la sociedad y establece una división naturalizada de las áreas reproductivas atribuidas a las mujeres y de las áreas productivas atribuidas a los hombres. De esa forma, además de atribuir a las mujeres la responsabilidad sobre la reproducción, estableciendo su inclusión en la producción solamente de manera secundaria, la división sexuada del trabajo rotula el trabajo reproductivo como un no trabajo, no atribuyéndole valor y marginalizándolo como objeto de estudio de la economía.

Así, la familia sigue siendo un lugar de exploración económica de las mujeres, con la apropiación material por los hombres de la fuerza de trabajo de las mujeres, no importando su estado familiar, sean esposas, sean madres, hijas o hermanas (Fougeyrollas-Schwebel, 2000: 237).

El capital no crea subordinación de las mujeres, sin embargo integra y refuerza las raíces de la división sexuada del trabajo. Según Santos (2005: 272, 301), el capitalismo no inventó el patriarcado y tiene en relación a él una trayectoria ambivalente, una vez que, si se ha aprovechado del patriarcado para apropiarse del trabajo y no pago de las mujeres, llevando éste a participar en los costos de la reproducción de la fuerza de trabajo que debían, en otras circunstancias, ser integralmente cubiertos por el salario, por otro lado, libertó parcialmente la mujer de sumisiones ancestrales, para someterla a la sumisión moderna del trabajo asalariado. Sin embargo, es altamente improbable que el máximo de consciencia posible del capitalismo pueda venir a integrar el fin de la discriminación sexual, pues la división sexuada del trabajo en el espacio-tiempo doméstico tiende a ser homogénea y relativamente estable en formaciones sociales con diferentes divisiones sexuadas del trabajo en otros espacios-tiempo.

## **TRABAJO PRODUCTIVO, REPRODUCTIVO E IMPRODUCTIVO**

Marx (1982) define trabajo como un proceso entre el hombre y la naturaleza, un proceso en que el hombre, por su propia acción, media, regla y controla su metabolismo con la naturaleza. Él mismo se enfrenta con la materia natural como una fuerza natural. Él pone en movimiento las fuerzas naturales pertenecientes a su corporalidad, brazos y piernas, cabeza y manos, a fines de se apropiar de la materia natural en una forma útil para la propia vida. Al actuar,

por medio de ese movimiento, sobre la naturaleza externa a él y al modificar la naturaleza, él cambia, al mismo tiempo, su propia naturaleza.

Marx no ha tratado el trabajo reproductivo, pero ha tratado de la contraposición entre el trabajo productivo y trabajo improductivo. Conforme Marx (1982), el trabajo productivo es aquel que tiene por determinación la producción directa de plusvalía, quiere decir, aquel trabajo consumido en el proceso de producción con el objetivo de valorización del capital. La plusvalía, a su vez, es retirada del tiempo de trabajo destinado a la producción de mercancías. Ese tiempo es el excedente del tiempo necesario para la supervivencia del trabajador<sup>2</sup>.

Así, según Marx (1982), todo trabajador productivo es un asalariado pero no todo asalariado es un trabajador productivo, porque el trabajador solo es considerado productivo cuando su fuerza de trabajo se constituye en valor de uso para el dueño de los medios de producción.

El concepto de trabajo productivo contiene, entonces, la diferencia existente entre valor de uso y valor de cambio. Conforme las palabras del autor (1982), de lo que precede resulta que el hecho de ser trabajo productivo es una determinación de aquel trabajo que, en sí, no tiene absolutamente nada que ver con el contenido determinado del trabajo, con su utilidad particular o el valor de uso peculiar en que se manifiesta y, por eso, un trabajo de idéntico contenido puede ser productivo o improductivo. De esa forma, los trabajos como escuelas, hospitales, trabajo doméstico tienen un carácter improductivo en el sentido de generación de valor de cambio, mismo cuando sean explorados y sean remunerados, ya que generan solamente valor de uso (Guterres, 2001: 42).

El sentido de improductivo, para Marx, no se asocia a concepto de trabajo reproductivo, sino está asociado a un análisis del trabajo destinado a la prestación de servicios. Así, el trabajo reproductivo puede ser considerado una prestación de servicios que habitualmente no es remunerada por ser realizada por miembro femenino de la familia y que se destina a la reproducción de la fuerza de trabajo utilizada por el capital. (Guterres, 2001: 40).

De la misma manera, se puede decir que el trabajo reproductivo opera en el sentido de prestar servicios que no generan plusvalía directamente al capitalista, aunque lo generan indirectamente. El trabajo reproductivo de la mujer en el hogar representa la reproducción de la fuerza de trabajo masculina, figurada en el cuidado con el hogar, la ropa, con los alimentos y manutención de la supervivencia humana (Guterres, 2001: 43).

Saffioti (1978) también considera que cualquier trabajo dentro del sistema capitalista puede ser caracterizado como productivo o improductivo, conforme las circunstancias. El trabajo de la empleada doméstica no puede ser considerado como productivo porque ella gana un salario, ya que no es el simple cambio de dinero por trabajo pues, no se trata de producción simple de mercancías o trabajo improductivo dentro del sistema capitalista.

---

<sup>2</sup> Marx estima que existe un plus valor del que es despojado el trabajador, y funda la estratificación social y dominación de clase (...): si la ley del valor no tiene carácter científico tampoco lo tiene la inevitabilidad de la lucha de clases". Así, sin la ley del valor, toda la teoría de las clases se derrumba (Delich, 2012: 34).

Si la mujer no ejecutara el trabajo de cuidar el hogar y de todas las necesidades de supervivencia humana, el capitalista tendría que pagar, de alguna forma, para tener una fuerza de trabajo en condiciones de realizar el trabajo productivo. De esa forma, en la mercancía fuerza de trabajo también está contenida una subjetividad: el trabajo reproductivo, con un carácter social de valor de uso, pero que posibilita la realización de la fuerza de trabajo que tiene también un valor de cambio (Guterres, 2001).

La sociedad salarial, por lo tanto, no puede ser reducible a la esfera y trabajos productivos solamente, pues, cuando la mujer efectúa el trabajo reproductivo está realizando las condiciones reproductivas para la fuerza de trabajo. Ese trabajo no representa dispendio para el capitalista, es un trabajo gratuito e invisible. El trabajo reproductivo no genera plusvalía directamente, sin embargo, cuando ese trabajo tiene la tarea de proporcionar la manutención de la fuerza de trabajo para que el capitalista lo utilice para la producción de plusvalía, se puede afirmar que el trabajo productivo es parte del proceso de producción, ya que los dueños de los medios de producción se aprovechan de ese trabajo, aunque indirectamente.

El trabajo doméstico actúa de forma no capitalista insertado en la familia, pero que es la responsable de la producción y reproducción de la fuerza de trabajo, es decir, el trabajo doméstico produce fuerza de trabajo en moldes no capitalistas, aunque profundamente vinculado a esos moldes.

El tipo de exploración ejercido sobre las empleadas domésticas se diferencia del ejercido sobre el proletariado, a la vez que, mismo que presente la exploración, ella no puede ser convertida en capital (Pedro *et alii*: 2005), alertando Santos (2005: 302) que el trabajo doméstico se trata de una forma no salarial de exploración del trabajo femenino que facilita, de forma indirecta, la exploración del trabajo masculino.

Para Saffioti (1978), el modo de producción capitalista coexistía con formas no capitalistas. La cuestión de la integración de las trabajadoras y de los trabajadores de las actividades no capitalistas en el sistema capitalista tiene limitación, en el sentido de que ese trabajo generalmente es mal remunerado. Sin embargo, como el trabajo reproductivo doméstico es indispensable a la manutención del modo de producción capitalista, él no sólo se encuentra inserido en el sistema, sino también desempeña un tipo de exploración del trabajo que se diferencia del plusvalía, pero que no deja de ser subordinado al capital (Pedro *et alii*: 2005).

Dichos trabajos suelen ser mal remunerados y el hecho de que la mayor parte de esos trabajos sean desarrollados por mujeres puede ser indicado como uno de los factores responsables por las grandes diferencias entre los salarios de hombres y salarios de mujeres que desempeñan la misma ocupación. La idea de que el salario de la mujer es complementar al del hombre y la tendencia de los sectores capitalistas contratan mucho más a los hombres que a las mujeres, así como una tendencia general de ocupación de subempleos por parte de las mujeres, pueden ser indicadas como unos de los principales factores responsables de los bajos salarios de las mujeres brasileñas. (Pedro *et alii*, 2005).

Aunque el pago por el desempeño del trabajo doméstico en los hogares, ha sido

creado por el sistema capitalista, según Saffioti (1978: 192-193), las actividades desempeñadas por las empleadas domésticas en los hogares donde trabajan no son capitalistas. El resultado del trabajo de esas empleadas queda en la familia para la cual prestan servicios, sin que haga una circulación o cambio de ese resultado con objetivo de lucro. El dinero que es movilizado con ese tipo de empleo es considerado renta personal y no capital.

Saffioti (1969, p. 35-36) afirma que el modo de producción capitalista potencia la marginalización de ciertos sectores de la población del sistema productivo y, de esa manera, la elaboración social del factor natural sexo asume, en la sociedad capitalista, una cara nueva y determinada por el sistema de producción social, con fuertes obstáculos a la emancipación femenina, ya que, aunque el capitalismo no tenga creado la dominación femenina por los hombres, se aprovecha del contingente femenino, profundizando la desigualdad entre los sexos.

Eso es más fuerte aún, en los casos de las empleadas domésticas, ya que, a pesar de que la explotación del trabajo doméstico no se funda en la producción de plusvalía, como es el caso de los trabajadores productivos del sector capitalista de la economía, el trabajo doméstico, remunerado o no, sirve al capitalismo y se integra a ese en la medida en que crea condiciones para su reproducción.

### **TRABAJO DOMÉSTICO REMUNERADO: ESPECIAL REFERENCIA A BRASIL**

El trabajo reproductivo remunerado sigue siendo realizado por un colectivo formado mayoritariamente de mujeres, resaltando la precarización del trabajo para el género femenino. Ese trabajo reproductivo solamente es pago cuando la propia familia contrata a una trabajadora para realizar la tarea. La división sexuada del trabajo y la importancia invisible del trabajo reproductivo está tan arraigada en nuestra sociedad capitalista que, aunque el trabajo reproductivo sea pagado, en él está contenido un conjunto de ideologías, donde se configuran su desvalorización social. El trabajo reproductivo es destinado a la mujer porque no es considerado un trabajo producto de valor y porque confina a la mujer en el espacio doméstico y la impide liberarse de la jerarquía masculina.

En consecuencia de la invisibilidad del trabajo reproductivo, las mujeres son la mayor parte en uno de los empleos más precarizados que existen: el empleo doméstico. En Brasil, por ejemplo, en 2009, 17% de las mujeres ocupadas se situaban en el sector de servicios domésticos y 0,9% de los hombres ocupados se situaban en el sector de servicios domésticos<sup>3</sup>. En número absolutos, de los 7.223.000 empleados domésticos en Brasil, en 2009, 6.719.000 eran mujeres y solamente 504.000 eran hombres. Además, de esos hombres, prácticamente la mitad tenían la cartera de trabajo anotada (226.000), al paso que, en el caso de las mujeres, solamente 1.769.000 tenían la cartera de trabajo anotada, o sea, además de ya ser la mayor parte en un trabajo precarizado como el trabajo doméstico, la mayor parte de las empleadas domésticas no tiene siquiera la cartera de trabajo anotada<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Fuente: IBGE (2009).

<sup>4</sup> Fuente: DIEESE (2011).



Souza-Lobo (2011: 167-168) observa que las necesidades familiares determinan las estrategias de supervivencia en que las mujeres buscan, en el mercado de trabajo, ocupaciones marcadas por las representaciones de ocupaciones femeninas que, al mismo tiempo, posibiliten integrar actividad doméstica y actividad asalariada y que la precariedad de las formas socializadas de reproducción social en el nivel de la sociedad y del Estado refuerzan el papel de las mujeres en esa esfera, ya que, para las mujeres de los sectores populares, el empleo doméstico es estrategia de supervivencia, al mismo tiempo en que se crea una demanda privada de servicios domésticos asalariados.

### **EL CONVENIO N. 189 DE LA OIT, SOBRE TRABAJO DECENTE PARA TRABAJADORAS Y TRABAJADORES DOMÉSTICOS Y LA RESOLUCIÓN N. 201 DE LA OIT**

El trabajo doméstico siempre ha sido subestimado y poco regulado, mal remunerado y con poca protección legal. Esa situación sigue siendo perpetuada, incluso por la propia legislación laboral de los países, y refleja la falta de reconocimiento del papel esencial de esa ocupación, bien como de todo trabajo reproductivo en general, en la economía. El trabajo doméstico es una importante fuente de empleo, principalmente para las mujeres, y aporta una contribución considerable para las economías locales, nacionales y mundial (OIT/IPEC: 2013, 1-3).

Las normas que reglamentan el trabajo doméstico, en la mayor parte de los países, suelen ser más restrictas que la protección dada a los demás trabajadores. Según la OIT/IPEC (2013: 44), solamente uno 10% de las legislaciones nacionales del mundo dan la misma protección a los trabajadores domésticos y a los trabajadores en los demás sectores y más de 25% de las legislaciones nacionales excluyen a los trabajadores domésticos de la legislación del trabajo, aunque esa situación está alterándose, también, en virtud de la adopción del Convenio n. 189 y de la Recomendación n. 201 de la OIT.

El Convenio n. 189 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos y la Recomendación n. 201 apuntan para el reconocimiento de trabajo decente para todos los trabajadores domésticos y la consecuente necesidad de revisión de la legislación y prácticas de los Estados miembros de la OIT, para que los trabajadores domésticos disfruten del mismo nivel de protección que los demás trabajadores (OIT/IPEC: 2013, 9-12).

La OIT/IPEC (2013: 17) considera que la ratificación del Convenio n. 189 por los Estados miembros de la OIT proporcionará una mayor protección a los trabajadores domésticos, disminuyendo el déficit de trabajo decente para ese grupo, una mayor posibilidad de alcance de la igualdad por razón de género y ayudará en el combate a la discriminación por razón de género, raza y etnia, discriminaciones comúnmente perpetuadas en ese sector. Conforme datos contenidos en el sitio de la OIT actualizados hasta 11.09.2014, han ratificado el convenio los siguientes países: Alemania, Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Filipinas, Guyana, Italia, Mauricio, Nicaragua, Paraguay, Sudáfrica y Uruguay.

El convenio n. 189 de la OIT, sobre trabajadoras y trabajadores domésticos

considera, en su preámbulo, que, a pesar del trabajo doméstico constituir una proporción importante de la fuerza de trabajo, el trabajo doméstico siempre fue y sigue siendo infra valorado e invisible y las personas que lo ejecutan que son, en su gran parte, mujeres y niñas, muchas migrantes o integrantes de comunidades desfavorecidas, son particularmente vulnerables a la discriminación en el tocante a sus condiciones de empleo y de trabajo y de abuso de sus derechos humanos.

Para los fines de ese Convenio, la expresión “trabajo doméstico” designa el trabajo realizado en el (los) hogar (es) o para los mismos y la expresión “trabajador doméstico” designa la persona, de género femenino o masculino, que realiza un trabajo doméstico dentro de una relación de empleo, exceptuándose los casos en que el trabajador realiza trabajo doméstico de forma ocasional o esporádica (art. 1º).

Los Estados ratificantes de ese Convenio deberán adoptar medidas para asegurar la promoción y protección efectiva de los derechos humanos a todos los trabajadores domésticos, con la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, o sea, la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (art. 3º). Los Estados deberán proteger el derecho de los trabajadores y empleadores domésticos a constituir organizaciones, federaciones y confederaciones que entienden convenientes su afiliación a esas organizaciones (art. 3º).

Los Estados ratificantes deberán estipular una edad mínima para los trabajadores domésticos compatibles con las determinaciones de los Convenios n. 138 y 182 de la OIT, que no podrá ser inferior a la edad mínima estipulada en la legislación nacional para los demás trabajadores y adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos menores de 18 años, pero con edad mínima para admisión al empleo, según la legislación nacional, no sean privados de la enseñanza obligatoria, ni tengan perjudicadas sus oportunidades de acceso a la educación superior o a una formación profesional (art. 4º).

Los trabajadores domésticos deberán gozar de protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso o violencia (art. 5º), sea física, moral o sexual. Deberán tener, también, condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente y, si habitaren en el mismo local de trabajo, deben tener condiciones de vida decentes que respeten su privacidad (art. 6º).

Esos trabajadores también tienen el derecho de información acerca de sus condiciones de trabajo, mediante contratos escritos en conformidad con la legislación nacional, en que quede claro el nombre, apellido y dirección del empleador y del trabajador, el inicio del contrato de trabajo o su duración, el tipo de trabajo a ser realizado, la remuneración, su forma de cálculo y periodicidad, jornada laboral, vacaciones anuales pagas y períodos de descansos diarios y semanales, el fornecimiento de alimentos y alojamientos, cuando estuviera en el contrato de empleo, el período de prueba, cuando sea previsto, condiciones de repatriación, cuando sea necesario, las condiciones relativas a la forma de término del contrato de trabajo (art. 7º).

Los Estados ratificantes deben garantizar que los derechos consagrados sean asegurados, también, a los trabajadores domésticos migrantes y que estos reciban la oferta de empleo o contrato de trabajo, por escrito (art. 8º).

Los trabajadores domésticos que residan en el local de trabajo deben tener asegurados sus períodos de descansos diarios y semanales, sin que quedaren obligados a permanecer en el local de trabajo y deben tener el derecho de mantener sus documentos personales (art. (9º)).

Los trabajadores y trabajadoras domésticas deben tener asegurados la igualdad de trato entre ellos y los trabajadores en general, en el tocante a la jornada laboral, compensación de horas extras, períodos de descanso diarios y semanales de, en el mínimo, 24 horas consecutivas, y vacaciones anuales pagas, siendo que los períodos en que los trabajadores domésticos quedaren a la disposición del empleador deberán ser computados en la jornada laboral (art. 10).

También tienen asegurados el derecho a salario mínimo y a la isonomía salarial por razón de sexo (art. 11), bien como pago de sus salarios con periodicidad mínima mensual (art. 12).

El Convenio garantiza el derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable, en su art. 13, que puede ser implementado progresivamente por las legislaciones nacionales y garantiza la misma protección social que la de los demás trabajadores, incluso en lo que concierne a la protección de la maternidad (art. 14).

Los trabajadores domésticos, principalmente los migrantes, deben ser protegidos de abusos de agencias de empleo privadas (art. 15), deben tener acceso a la justicia (art. 16) y el Estado debe establecer métodos eficaces de inspección del trabajo, incluso, con posibilidad de autorización de acceso de los auditores al domicilio de los empleadores. (Art. 17).

La Recomendación n. 201, sobre trabajadoras y trabajadores domésticos, fue adoptada en 16 de junio de 2011 y trata de varias proposiciones acerca del trabajo doméstico. De esa forma, para que los trabajadores domésticos efectivamente disfruten de la libertad sindical y de los derechos de negociación colectiva consagrados en el Convenio n. 189 de la OIT, ese documento recomienda que los Estados identifiquen y supriman las restricciones legislativas o administrativas, o cualesquier otros obstáculos que impidan el ejercicio de los derechos de organizar las asociaciones sindicales y efectuar negociación colectiva de los trabajadores domésticos, adopten medidas para eliminar la discriminación contra el trabajador doméstico en materia de empleo y ocupación, asegurando el derecho a la intimidad y protección de los datos personales de los trabajadores domésticos.

Específicamente, en el tocante al trabajo infantil doméstico, los Estados deberían identificar las modalidades de trabajo doméstico que, debido a su índole o a las circunstancias, puedan perjudicar a la salud, seguridad o moralidad de los niños y niñas, prohibiendo y erradicando esas modalidades de trabajo infantil y deberían reglamentar el trabajo doméstico de menores de 18 años y mayores que la edad mínima para admisión al empleo, de modo a proteger tales niños y

niñas, limitando su jornada laboral, para que tengan tiempo adecuado para descanso, para educación o formación profesional, actividades de ocio y contacto con sus familiares, mediante la prohibición de jornada laboral nocturna, la limitación del trabajo excesivamente exhaustivo, tanto de forma física como psíquica y el establecimiento o refuerzo de mecanismos de vigilancia de sus condiciones de trabajo y de vida.

Medidas de protección adecuadas deberían ser implementadas, tales como, auxilio-enfermedad y establecimiento de adicional por la realización de horas extras. Un modelo de contrato de trabajo doméstico debería estar disponible para los empleadores y trabajadores, conteniendo las principales condiciones de trabajo. Además, la jornada de trabajo debería ser registrada de manera exacta, incluso las horas extraordinarias realizadas. Así como los mecanismos de queja deberían ser accesibles para que los trabajadores domésticos puedan informar casos de abuso, acoso y violencia, para que esos casos sean investigados y sean objetos de acciones judiciales, con el establecimiento de programas de recolocación y readaptación de los trabajadores domésticos víctimas de abuso, acoso y violencia, incluso con alojamiento temporal y asistencia a la salud.

El período en que el trabajador doméstico permanece a la disposición para labor inmediata para el empleador debería tener una limitación máxima, sea semanal, mensual o anual, bien como la forma de remuneración de esas horas de disponibilidad laboral debería ser inmediata.

En el caso de extinción del trabajo sin justa causa, los trabajadores domésticos que residan en la casa del empleador deberían tener un plazo razonable para buscar nuevo empleo y alojamiento.

Se recomienda, también, que los Estados tomen medidas para eliminar o reducir al máximo los riesgos relacionados al trabajo, previniendo accidentes, enfermedades y muertes y promoviendo la seguridad y salud laborales en los locales de trabajo.

Los Estados deberían formular políticas y programas a fin de fomentar el desarrollo continuo de las competencias y cualificaciones de los trabajadores domésticos, incluyendo su alfabetización, atender a las necesidades de los trabajadores domésticos en el tocante al equilibrio entre la vida laboral y la vida personal y asegurar que los trabajadores domésticos sean amparados por las políticas de conciliación entre trabajo y responsabilidades familiares.

Los Estados-miembros deberían cooperar entre sí con el propósito de mejorar la protección de los trabajadores domésticos, mediante la difusión de buenas prácticas y recopilación de estadísticas relativas al trabajo doméstico. En general estos instrumentos normativos internacionales conducen a generar una igualdad entre los trabajadores domésticos con el resto de los trabajadores.

## **EL TRABAJO DOMÉSTICO EN MERCOSUR**

En lo que concierne al trabajo doméstico, una de las profesiones más feminizadas y más precarizadas encontradas, la Resolución 06/2012

(MERCOSUR/CMC/REC N° 06/12), sobre trabajo doméstico reconoce la situación de precariedad de ese trabajo y la reproducción de los estereotipos de género y la discriminación étnico-racial y migratoria, que las hace depositarias de tareas de cuidado y de trabajo doméstico y limita su condición de sujetos de derecho laboral y recomienda la ratificación de los Estados Partes, que aún no lo hayan hecho, del Convenio n. 189 “Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos” de la OIT (art. 1º), la implementación de políticas públicas tendientes a mejorar a las condiciones laborales para el sector del trabajo doméstico remunerado en consonancia con lo establecido por dicho convenio de la OIT (art. 2) y la adopción de medidas que fortalezcan las políticas públicas de los Estado Partes dirigidas al sector del trabajo doméstico remunerado, en un marco de articulación y cooperación entre los países de la región (art. 3º).

Argentina y Uruguay ya han ratificado el Convenio n. 189 de la OIT, estando pendiente de ratificación Brasil, aunque el último también ya ha implementado legislaciones con el fin de disminuir la brecha entre los derechos de los trabajadores en general y los trabajadores domésticos.

Hay una Recomendación (MERCOSUL/CMC/REC. N° 10/12), también, sobre la incorporación de la perspectiva de género en los acuerdos regionales e internacionales por el Mercosur, que considera que el avance de la igualdad de género, la eliminación de la violencia contra las mujeres, garantizar el derecho a la educación, la salud, el trabajo, así como el acceso y la garantía de sus derechos sexuales y reproductivos, son condición necesaria para lograr la autonomía de las mujeres como un factor indispensable para el desarrollo de los Estados Partes y recomienda la promoción y profundización del intercambio de experiencias, planes y programas relativos a las políticas para las mujeres, articulando la actuación común para la promoción y defensa de los derechos de las mujeres en los foros regionales e internacionales.

A pesar de la existencia de normas que reconozcan la importancia de la valorización del trabajo doméstico en la elaboración, aplicación y evaluación de las políticas públicas de los países integrantes del MERCOSUR, esas normas son meramente recomendaciones, teniendo naturaleza jurídica de *SoftLaw*, por lo tanto. Es oportuno resaltar que, además de las normas sobre trabajo doméstico, las normas laborales del MERCOSUR también tienen carácter poco coercitivo, ya que se considera que, en términos de MERCOSUR, es preferible la armonización de las normas laborales y no su uniformización.

## **LA NORMATIZACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN LA ARGENTINA**

Argentina ratificó el Convenio n. 189 de la OIT, sobre trabajadoras y trabajadores domésticos, en 24 marzo 2014, aunque no estea en vigor todavía. Sin embargo, la reciente Ley argentina 26.844/2013, sobre el régimen especial de contrato de trabajo para las personas en casas particulares (trabajo doméstico), rigela normativa que amplía los derechos de los empleados domésticos, equiparándolos a los demás empleados.

La Ley 26.844, publicada en 12 de abril de 2013, dispone sobre el régimen

Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares. Es una ley de ámbito nacional que rige las relaciones laborales que se entablen con los empleados y empleadas por el trabajo que presten en las casas particulares o en el ámbito de la vida familiar y que no importe para el empleador interés o beneficio económico directo, cualquiera fuere la cantidad de horas diarias o de jornadas semanales en que sean ocupados para tales labores.

La ley no considera como empleado de casas particulares las personas emparentadas con el dueño de casa, tales como: padres, hijos, hermanos, nietos y/o las que las leyes o usos y costumbres consideren relacionadas en algún grado de parentesco o vínculo de convivencia no laboral con el empleador (art. 3º), lo que restringe el ámbito de protección de los empleados domésticos, ya que muchos empleados domésticos tienen algún grado de parentesco con el empleador aunque más distante, siendo, con todo, empleado con todos los requisitos para su configuración.

En caso de contratarse más de una persona de la misma familia para prestar servicios a las órdenes de un mismo empleador, la retribución deberá convenirse individualmente con cada uno de ellos (art. 5º).

La norma establece la prohibición de contratación de menores de 16 años, en su art. 9º, limitó la jornada de trabajo para el caso de empleados mayores de 16 años y menores de 18 años a 6 horas diarias y 36 horas semanales de trabajo, en su art. 11, y prohibió el empleo de menores de 18 años que no tengan terminado el estudio obligatorio, a menos que el empleador se responsabilice por el término de los estudios del niño o niña trabajadora doméstica (art. 12). En ninguna hipótesis, los trabajadores menores de 18 años podrán tener contratación de trabajo en que residan en el local de trabajo (llamado *modalidad laboral sin retiro o trabajo con cama adentro*), conforme art. 13 de la referida ley.

La ley prevé los siguientes derechos a los empleados domésticos: jornada de trabajo de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales, descanso semanal de treinta y cinco (35) horas corridas a partir del sábado a las trece (13) horas, ropa y elementos de trabajo que deberán ser provistos por el empleador, alimentación sana, suficiente y que asegure la perfecta nutrición del personal, seguro por los riesgos del trabajo, pausa no inferior a doce horas entre el cese de una jornada y el comienzo de la otra (art. 14), salario mínimo (art. 18), pago de horas extras con recargo de 50% en días comunes y 100% en domingos y feriados (art. 25),

Para los trabajadores sin retiro, el empleador debe asegurar: reposo diario nocturno de nueve (9) horas consecutivas como mínimo, que sólo podrá ser interrumpido por causas graves y/o urgentes que no admitan demora para su atención, que serán remuneradas con los recargos previstos por el artículo 25, y darán derecho a la trabajadora/or a gozar del pertinente descanso compensatorio, descanso diario de tres (3) horas continuas entre las tareas matutinas y vespertinas, lapso dentro del cual quedará comprendido el tiempo necesario para el almuerzo, habitación amueblada e higiénica y con destino exclusivo para el personal (art. 15), sueldo anual complementario (art. 26), vacaciones anuales de 14 a 35 días (art. 29), licencias especiales pagas (art. 38), licencia-maternidad de 90 días (art. 39), estabilidad de la mujer embarazada

(art. 39), indemnización en caso de despido por embarazo, maternidad o matrimonio de un año de remuneración (arts. 40 y 41), preaviso de 10 a 30 días o indemnización sustitutiva (art. 42 y 43), indemnización por despido de, en el mínimo, 30 días (art. 48), duplicación de la indemnización en caso de ausencia y o deficiencia en la registración (art. 50).

## **LA NORMALIZACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN BRASIL**

En Brasil, la formación de la mano de obra doméstica tiene raíces en la esclavitud y en la división sexuada del trabajo. En la esclavitud, porque los señores esclavistas empezaron a traer para sus casas esclavas, para que ellas desarrollaran roles de amas de casa, cocineras, etc., situación que se mantiene casi intacta con la abolición formal de la esclavitud. En la división sexuada del trabajo porque las tareas domésticas son, culturalmente, atribuidas a las mujeres como parte de un trabajo reproductivo, haciendo que el colectivo de empleados domésticos sea formado, básicamente, por mujeres en situaciones precarias de trabajo.

Así, en el mercado de trabajo brasileño, las mujeres negras son la mayor parte en uno de los trabajos más precarizados que existe en Brasil, que es el servicio doméstico. En 2010, de las mujeres ocupadas en los servicios domésticos, eran negras 71% en Belo Horizonte, 79,3% en Distrito Federal, 26,5% en Porto Alegre, 76,7% en Fortaleza, 80,9% en Recife, 96,7% en Salvador, 48,9% en São Paulo<sup>5</sup>.

Como el trabajo doméstico es identificado y naturalizado como papel femenino y no como trabajo, el empleo doméstico es considerado una forma de empleo particular en que las relaciones no son reglamentadas de la misma forma que las otras relaciones de empleo, negando la propia legislación laboral brasileña varios derechos a las empleadas domésticas.

El empleo doméstico es tan precarizado y poco valorizado socialmente que, el ordenamiento jurídico brasileño, hace una diferenciación sin fundamento entre el empleo, en sentido general, y el empleo doméstico, negando varios derechos a las trabajadoras domésticas. Las mujeres tienen presencia masiva en el trabajo doméstico, hecho que hace con que las discriminaciones jurídicas existentes en Brasil entre empleo doméstico y empleo general atinjan, prácticamente, solamente a las mujeres y, principalmente, las negras, pudiendo, mismo, ser considerado como una discriminación indirecta en razón de género y de raza hecha por la propia Constitución brasileña.

El Decreto-Ley n. 3.078/1941 definía al empleado doméstico como todos aquellos que, de cualquier profesión o míster, mediante remuneración, presten servicios en hogares particulares o en beneficio de esos.

Hoy por hoy, la Ley brasileña n. 5.859/1972, art. 1º, define al empleado doméstico como todo aquello que presta servicios de naturaleza continua y de finalidad no lucrativa a la persona o a la familia en el ámbito residencial de esas, reafirmando la idea del trabajo doméstico reproductivo como sin plusvalía. Así, son

<sup>5</sup> Véase la tabla 3. Distribución de las empleadas domésticas por forma de contratación, según color/raza - Regiones metropolitanas y Distrito Federal - 2000 y 2010 (en porcentaje).

empleados domésticos, el encargado de sitio, de cuidar de casa de playa o de campo, cuando hay creación de animales o cultivo de plantas en la propiedad, desde que sea para consumo propio o simple subsistencia de la propiedad rural, sin fines lucrativos, el motorista particular y el auxiliar de enfermería que cuida de la persona enferma o vieja en el hogar. No es empleado doméstico, sin embargo, aquel que trabaja para condominio, regularizado o no, ya que no se trata de prestación de servicios para la persona o familia, sino para entidad equiparada por ley a empleador urbano (art. 2º, §1º, de la Consolidación de las Leyes de Trabajo), aunque aquí, no tenga plusvalía, tampoco.

El empleado doméstico no puede ser contratado por una persona jurídica, ya que el empleador doméstico corresponde, siempre, a la persona física o a la familia, que aquí, comprende un conjunto de individuos que viven juntos, en el mismo hogar, sin necesidad de vínculos de parentesco o de afectividad.

El art. 7º, "a", de la Consolidación de las Leyes de Trabajo dispone que los preceptos en ella contenidos no se aplican a los trabajadores domésticos, salvo cuando sea, en cada caso, expresamente determinado el contrario.

Hasta la Enmienda Constitucional 72 de 2013, el art. 7º de la Constitución Federal brasileña garantizaba, de un rol de treinta y cuatro derechos garantizados a los trabajadores urbanos y rurales, solamente nueve derechos a los empleados domésticos: salario mínimo, irreductibilidad salarial, décimo tercero salario, reposo semanal remunerado, preferentemente en los domingos, vacaciones anuales remuneradas, con, por lo menos, un tercio a más que el salario normal, permiso-maternidad, sin perjuicio del empleo y del salario, con la duración de ciento y veinte días, permiso-paternidad, aviso previo proporcional al tiempo de servicio de, en lo mínimo, treinta días, en los términos de la ley, jubilación e integración a la Seguridad Social.

Con la Enmienda Constitucional 72 de 2 de abril de 2013, los empleados domésticos pasaran a tener los siguientes derechos ya garantizados a los demás empleados desde 1988: salario mínimo, fijado en ley, irreductibilidad salarial, garantía de salario, nunca inferior al mínimo, para los que perciben remuneración variable, décimo tercero salario, con base en la remuneración integral, protección del salario en la forma de la ley, constituyendo crimen su retención dolosa, duración del trabajo normal no superior a ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales, facultada la compensación de horarios y la reducción de la jornada, mediante acuerdo o convenio colectivo de trabajo, reposo semanal remunerado, preferentemente en los domingos, remuneración del servicio extraordinario superior, en el mínimo, en cincuenta por ciento a de la normal, vacaciones anuales remuneradas con, el mínimo, de un tercio a más del salario normal, permiso-maternidad, sin perjuicio del empleo y del salario, con la duración de ciento y veinte días, permiso-paternidad, en los términos fijados en ley, aviso previo proporcional al tiempo de servicio, de, el mínimo, treinta días, reducción de los riesgos inherentes al trabajo, por medio de normas de salud, higiene y seguridad, jubilación, reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo, prohibición de diferencia de salarios, de ejercicio de funciones y de criterio de admisión en razón de sexo, edad, color o estado civil, prohibición de cualquier discriminación en lo que concierne al salario y



criterios de admisión del trabajador discapacitado, prohibición de trabajo nocturno, peligroso o insalubre a menores de dieciocho años y de cualquier trabajo a menores de dieciséis años, salvo en la condición de aprendiz, a partir de catorce años (art. 7° párrafo único de la Constitución Federal, con la redacción dada por la Enmienda 72/2013).

Los siguientes derechos fueran garantizados de manera condicionada, dependiendo de creación de ley para su implementación, lo que todavía no ocurrió, es decir, los empleados domésticos siguen sin tales derechos por el momento: relación de empleo protegida contra despido arbitrario o improcedente, en los términos de ley complementaria, que preverá indemnización compensatoria, seguro-desempleo, en caso de paro involuntario, fondo de garantía del tiempo de servicio, remuneración del trabajo nocturno superior al del diurno, salario-familia pago en razón de dependiente del trabajador de baja renta en los términos de la ley, asistencia gratuita a los hijos y dependientes desde el alumbramiento hasta cinco años de edad en guarderías y pre-escuelas, seguro contra accidente de trabajo, a cargo del empleador, sin exclusión de la indemnización a que está obligado, cuando tuviera dolo o culpa (art. 7° párrafo único de la Constitución Federal, con la redacción dada por la Enmienda 72/2013).

Los siguientes derechos, ya garantizados a los empleados urbanos y rurales siguen siendo negados a los empleados domésticos: piso salarial proporcional a la extensión y complejidad del trabajo, jornada de seis horas para el trabajo realizado en turnos ininterrumpidos de revezo, salvo negociación colectiva, protección del mercado de trabajo de la mujer, mediante incentivos específicos, en los términos de la ley, adicional de remuneración para las actividades penosas, insalubres o peligrosas, protección en virtud de la automoción, prohibición de distinción entre trabajo manual, técnico e intelectual y entre los profesionales respectivos (art. 7° párrafo único de la Constitución Federal, con la redacción dada por la Enmienda 72/2013).

Por supuesto, los empleados domésticos no tienen derecho a la participación en los intereses, ya que no hay plusvalía en ese tipo de trabajo y no tiene derecho a participación de gestión de la empresa, porque no trabaja en empresa, sino en un hogar.

De esa manera, se puede observar que, en Brasil, los derechos de los empleados y empleadas domésticas, que ya están consagrados en normativa internacional por la OIT, siguen siendo negados, actuando el ordenamiento jurídico en el sentido de conservar las necesidades del capitalismo, manteniendo el trabajo reproductivo, tanto pago como no pago, como eje oculto de la explotación de las mujeres. Aunque algunos derechos tengan sido garantizados con la Enmienda Constitucional 72/2013, muchos de estos derechos “solo están en el papel”, ya que quedaran pendientes de una reglamentación infraconstitucional que todavía no ha ocurrido, manteniendo las diferencias jurídicas y de hecho históricas entre empleados y empleadas urbanas y rurales y empleados y empleadas domésticas, y, por consecuencia, entre trabajadores y trabajadoras.

## **LA NORMATIZACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN URUGUAY**

Uruguay ratificó el Convenio n. 189 de la OIT, sobre trabajadoras y trabajadores

domésticos en 14 de junio de 2012. Así, en Uruguay, la Ley n. 18.065/2006 disciplina la labor doméstica, con el objetivo de disminuir las desigualdades entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general, siendo que esa ley y sus negociaciones entre organizaciones sindicales de trabajadores y organizaciones de empleadores fueran fuente de inspiración para el propio Convenio n. 189 de la OIT, sobre trabajadoras y trabajadores domésticos (OIT/IPEC: 2013, 60; Bahten: 2011, 199).

La Ley n. 18.065/2006 considera como trabajador doméstico aquel que presta, en una relación de dependencia, a una o más familias, con el objeto de efectuar trabajos de cuidado en el hogar, o en tareas vinculadas a ese hogar, sin que tais tareas puedan representar, para el empleador, un lucro económico directo (art. 1º).

Esa ley establece jornada diaria máxima de 8 horas y de 44 horas semanales para los trabajadores domésticos (art. 2º), intervalo intrajornada de 30 minutos remunerados para los empleados que no viven en el local de trabajo y de dos horas para los que viven en el local de trabajo (art. 3º), descanso entre las jornadas de, en el mínimo, nueve horas, con habitación higiénica y privada para los trabajadores sin retiro (art. 5º) y descanso semanal remunerado de, el mínimo 36 horas continuas (art. 4º), indemnización por despido a partir de noventa días de relación de empleo (art. 7º), subsidio por desempleo (art. 9º).

Uruguay, para la determinación de salarios mínimos, convoca los Consejos de Salarios, que son órganos de organización tripartito, creados por la Ley n. 10.449/1943. De esa forma, el art. 6º de la ley sobre trabajadores domésticos determina que el sistema de fijación de los salarios de esos trabajadores también será hecho por esos Consejos.

El art. 8º de la ley en comento prevé indenización para la trabajadora doméstica que sufra despido encontrándose en estado gestacional hasta que tenga pasado 180 días desde su reintegración del permiso-maternidad correspondiente y el art. 9º garantiza el seguro-desempleo a los trabajadores domésticos también.

La Ley n. 18.065/2006 dispone como regla la aplicabilidad de todos los preceptos del derecho del trabajo y de la previdencia social a lostrabajadores domésticos (art. 14), tales como los dispositivos de vacaciones y horas extraordinarias. El art. 13 determina como responsabilidad de la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social para fiscalizar el cumplimiento de esa ley, posibilitando que ella realice inspecciones domiciliars cuando exista presunción de incumplimiento de la ley en comento y de las demás normas laborales y de seguridad social.

En 2006, los trabajadores domésticos uruguayos y una coalición de sindicatos colaborarán para la realización de un convenio colectivo nacional que abrace a todo elsector. El convenio colectivo de 2010 prevé la formación de una comisión tripartito de salud laboral para la categoría (Bahten, 2011: 207). Ese convenio garantiza a los domésticos una compensación por el trabajo nocturno (de las veinte y dos a las seis horas) de al menos 15% sobre el salario base.

La ley establece edad mínima de 18 años para admisión en el trabajo doméstico, permitiendo que la autoridad competente autorice, en determinados casos, la admisión en el empleo con 15 años (art. 11).

La normativa uruguaya sobre trabajo doméstico está en consonancia con la mayor parte de los preceptos del Convenio n. 189 de la OIT, pero algunas normas podrían ser acrecentadas, tales como la protección específica de los trabajadores domésticos migrantes, la no exigencia de examen de HIV o embarazo, el fomento a la capacitación, la elaboración de normas que propicien una mejor conciliación entre el trabajo y responsabilidades familiares, mejores condiciones de preaviso y tiempo libre para buscar otro trabajo y acomodación y una mayor cooperación entre Estados para mejorar a la protección internacional con relación a la trata de personas, seguridad social, controle de Agencias de empleo, difusión de buenas prácticas y recopilación de estadísticas. (Bahten: 2011, 216).

## **ANÁLISIS DE LAS NORMATIVAS JURÍDICAS**

El cambio legislativo que ocurrió en los países analizados, teniendo en cuenta los diversos aspectos del trabajo doméstico, ha tenido resultados favorables para defender a los derechos de los trabajadores domésticos. Sin embargo, la reforma legislativa no debe limitarse a la modificación de las leyes, siendo necesaria, también, la difusión de esos derechos y la garantía de su exigibilidad, mediante la creación de mecanismos de vigilancia social y de formación de los operadores legales, como jueces y procuradores, con un enfoque de transversalidad (Arango: 2004, 32).

En Brasil, por ejemplo, la prohibición de los inspectores de trabajo de fiscalizar el trabajo doméstico genera un obstáculo muy grande para la fiscalización y garantía de exigibilidad de tales derechos, ya que la eficacia de esa fiscalización es primordial para la protección del trabajo doméstico, siendo necesarias medidas para que los inspectores de trabajo puedan ingresar en los hogares. Eso demanda la relativización del principio de la inviolabilidad del domicilio, que puede ser hecha mediante la expedición de mandados por los jueces.

En Argentina, a su vez, la normativa no considera como empleado de casas particulares las personas emparentadas o relacionadas con vínculo de convivencia no laboral, lo que restringe el ámbito de protección de los empleados domésticos, ya que muchos empleados domésticos tienen algún grado de parentesco con el empleador aunque más distante, siendo, con todo, empleado con todos los requisitos para su configuración. Además, la configuración de vínculo de convivencia no laboral es demasiado amplia.

Las normativas brasileñas, argentinas y uruguayas tienen varios puntos positivos en el tocante a la protección del trabajo doméstico, tales como el establecimiento objetivo de una edad mínima para admisión al trabajo doméstico, siendo que, en ese punto, la legislación brasileña es la más protectora, ya que considera el trabajo doméstico *per se* como una forma de trabajo peligroso para los niños y niñas, en los términos del Convenio n. 182 de la OIT, y lo prohíbe para cualquier niño o niña menor de 18 años. La legislación uruguaya también determina edad mínima de 18 años para admisión al trabajo doméstico, pero admite, en algunos casos, que la autoridad pública permita un niño o niña entre 15 y 18 años a trabajar en el servicio doméstico.

Es esencial que Brasil, tal como Argentina y Uruguay, ratifique el Convenio n. 189 de la OIT, para que haga la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo de los/as trabajadores/as domésticos/as, el reconocimiento del trabajo doméstico como “verdadero trabajo” y el combate a la “invisibilidad” de trabajo doméstico (OIT/IPEC: 2013, 76-77).

## **CONCLUSIONES**

En El Capital, Marx, observa las pésimas condiciones de trabajo de las mujeres, pero con solo la mirada de las consecuencias de esas condiciones de trabajo para la educación de los hijos, para la autoridad de los padres y para la moralidad de la familia, no considerando la condición femenina y su asimetría en relación a la estructura patriarcal de la sociedad, ya que, para el autor, la mujer es un complemento necesario del hombre.

Con los movimientos feministas de segunda ola, la mujer empieza a ser analizada como sujeto histórico y cuestiones como la desnaturalización de la división sexuada del trabajo, del trabajo reproductivo y productivo, de la subordinación de las mujeres en relación a los hombres, del llamado modo doméstico de producción, de la reivindicación de la colectivización del trabajo del hogar y del cuidado de niños y niñas, con la articulación de las relaciones dialécticas entre sexo y clase social pasan a ser discutidas.

Frente a esas cuestiones, las mujeres socialistas pasan a considerar que la mera socialización de los medios de producción y la garantía de derechos públicos iguales a de los hombres son condiciones necesarias para la emancipación de la mujer, pero insuficientes sin una revolución de la cultura.

La división sexuada del trabajo es fruto de la dominación de las mujeres efectuada por el patriarcado por medio de construcciones históricas, sociales e ideológicas. La división sexuada del trabajo estructura las relaciones de género en sociedad y establece una división naturalizada de las áreas reproductivas atribuidas a las mujeres y de las áreas productivas atribuidas a los hombres. De esa forma, además de atribuir a las mujeres la responsabilidad sobre la reproducción, estableciendo su inclusión en la producción solamente de forma secundaria, la división sexuada del trabajo rotula el trabajo reproductivo como un no trabajo, no atribuyéndole valor y marginando ese trabajo como objeto de estudio de la economía.

Cuando la mujer efectúa el trabajo reproductivo está realizando las condiciones reproductivas para la fuerza de trabajo. Ese trabajo no representa dispendio para el capitalista, es un trabajo gratuito e invisible. El trabajo reproductivo no genera plusvalía directamente, sin embargo, cuando ese trabajo tiene la tarea de proporcionar la manutención de la fuerza de trabajo para que el capitalista lo utilice para la producción de plusvalía, se puede afirmar que el trabajo reproductivo es parte del proceso de producción, ya que los dueños de los medios de producción se aprovechan de ese trabajo, aunque indirectamente.

Como el trabajo doméstico es identificado y naturalizado como papel femenino y no como trabajo, el empleo doméstico es considerado una forma de empleo particular en que las relaciones no son reglamentadas de la misma forma que

las otras relaciones de empleo, negando las legislaciones laborales nacionales varios derechos a las empleadas domésticas.

De esa manera, se puede observar que Argentina, Brasil y Uruguay han promulgado normativas jurídicas sobre empleados domésticos más proteccionistas. Sin embargo, algunos derechos de los empleados y empleadas domésticas siguen siendo negados, actuando el ordenamiento jurídico en el sentido de conservar las necesidades del capitalismo, manteniendo el trabajo reproductivo, tanto pago como no pago, como eje oculto de la exploración de las mujeres.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANGO, Miguel Arenas. *Buenas prácticas y aprendizajes hacia la prevención y erradicación del trabajo infantil doméstico*. Lima: OIT/ IPEC Sudamérica, 2004.

BAHTEN, Gustavo Luiz Von. A convenção n. 189 da OIT e os sistemas juslaborais brasileiro e uruguaio. Uma análise de direito comparado. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba: Unibrasil, 2011, v. 15, p. 198-219.

BORIA, Adriana, (2012), "Política/ Cultura: Marx y el feminismo teórico". in. DELICH, Francisco (coord). *Marx. Ensayos plurales*. Córdoba: Comunicarte, 37-50.

BRASIL. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa nacional por mostra de domicílios*. Disponible en: <http://www.ibge.gov.br>. Acceso en: 22.11.2011.

DELICH, Francisco, (2012), "Si Marx viviera..." in. DELICH, Francisco (coord). *Marx. Ensayos plurales*. Córdoba: Comunicarte, 13-36.

DELPHY, Christine, (2000), "Patriarcat (théories du). In: HIRATA, Helena et al. (Coord.). *Dictionnaire critique du féminisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 141-146.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Anuário das mulheres brasileiras*. São Paulo: DIEESE, 2011.

ENGELS, Friedrich, (2000), A origen de la familia, de la propiedad es privada y del Estado. Son Paulo, Companhia de las Letras.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl, (2001), *O manifesto del partido comunista*. San Paulo: Cortez.

FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique (2000), "Travail domestique". In: HIRATA, Helena et al. (Coord.). *Dictionnaire critique du féminisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 235-240.

GUTERRES, Simone Bastos, (2001), *Classe social y género: elementos para una controversia*. Campinas: Unicamp, Mestrado en Sociología. Orientador: Ricardo Antunes.

KERGOAT, Danièle, (2000), "Division sexuelle du travail et rapports sociaux de

sexe". In: HIRATA, Helena et al. (Coord.). *Dictionnaire critique du feminisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 35-44.

MARX, Karl. (1982), *O capital*. Rio de Janeiro: LTC Editora.

MELLO, Soraia Carolina de, (2010), *Feminismos de segunda onda no Cone Sul problematizando o trabalho doméstico (1970-1989)*. Florianópolis: Mestrado em Historia social. Orientadora: Dra. Cristina Scheibe Wolff, UFSC.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) / PROGRAMA INTERNACIONAL PARA A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. *Erradicar el trabajo infantil en el trabajo doméstico y proteger los jóvenes trabajadores contra las condiciones de trabajo abusivas*. Genebra: OIT, 2013.

PEDRO, Joana Maria; MELLO, Soraia Carolina de; OLIVEIRA, Veridiana Bertelli Ferreira, (2005), O feminismo marxista y o trabalho doméstico: discutindo con Heleith Saffioti y Zuleika Alambert. *HistoriaUnisinos*. Son Leopoldo: Maio/ Agosto, p. 132-138.

SAFFIOTTI, Helleieth, (1969), *A mulher en la sociedad de classes: mito y realidad*. Son Paulo: Quatro Artes.

SAFFIOTTI, Helleieth, (1978), *Empleo doméstico y capitalismo*. Son Paulo: Vozes.

SANTOS, Boaventura de Sousa, (2005), *Por lamão de Alice. O social y o político en lapós-modernidade*. 10ª ed. Son Paulo: Cortez.

SECCO, Lincoln, (2006), *Margem izquierda. Ensaio marxistas*. Boitempo Editorial, Son Palo, maio, n.7, p.131-137.

SOUZA-LOBO, Elisabeth, (2011), *A classe operária tem dois sexos. Trabajo, dominación y resistencia*. 2ª Ed. São Paulo: Brasiliense/Secretaria Municipal de Cultura.

# Figuras afines a la relación de trabajo

Adrián GOLDIN

Catedrático de la Universidad de San Andrés, Buenos Aires  
Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

## Sumario

I) La presunción de la existencia de la relación laboral o “presunción de laboralidad. I.I) El sentido de la presunción. I.II) Algunas normas latinoamericanas II) Los contratos afines al contrato de trabajo. II.I) Los sentidos de la afinidad. II.II) Algunos tipos contractuales afines. III) Fraude y simulación en la contratación laboral. III.I) Huida del Derecho del trabajo y simulación relativa. III.II) Las técnicas y los principios que sirven para la develación de la simulación.

## Resumen

El presente estudio se divide en 3 secciones y en él se analizan las figuras afines a la relación de trabajo, bien de la inexistencia del vínculo, o bien de la diversa naturaleza del que existe (se simula que no es una relación de trabajo incluido en el estatuto de protección, sino otra cosa), o bien que, el vínculo, de existir, relaciona al trabajador con un tercer sujeto (esta situación es la de los procesos de “tercerización” o “externalización”) que pudiera relacionar a las partes a través de un contrato afín, pero no laboral. Esas manifestaciones, cuando se trata de encubrimiento o simulación en la contratación laboral generan las figuras habitualmente simuladas (en lugar del contrato de trabajo) que suelen encontrarse entre los *contratos afines* que se refiere la sección 2 (expresando otros *sentidos* que allí se examinan). Finalmente en la sección 3, se analiza el fraude y la simulación en la contratación laboral que la doctrina ha calificado como de “huida del Derecho del Trabajo” que implica la creciente vocación de los empleadores y hasta de los poderes públicos, de poner ciertos vínculos al margen de la legislación laboral. Y finalmente, concluye el autor con las técnicas y principios que sirven para la develación de la simulación.

**Palabras claves:** presunción de laboralidad, fraude o simulación laboral, figuras afines, relación de trabajo.

## Abstract

This study is divided into 3 sections and figures he discusses related to the employment relationship, either the absence of the link, or the diverse nature of existing (pretend it is not a working relationship included in protection status, but something else), or that the link, if any, related to the worker with a third subject (this situation is the process of “outsourcing” or “externalization”) that could relate to the parties through a related contract but not labor. These demonstrations, when it comes to covering up or simulation in hiring generate usually simulated figures (instead of the employment contract) that are often among the related contracts Section 2 refers to (expressing other senses discussed there). Finally in section 3, fraud and simulation in hiring that the doctrine has called “flight of Labour Law” which involves growing vocation of employers and even the government, to put some links discussed outside the labor legislation. Finally, the author concludes with the techniques and principles that serve to the unveiling of the simulation.

**Keywords:** presumption of working days, fraud or work simulation, similar institutions, working relationship.



## LA PRESUNCIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL O “PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD”

### EL SENTIDO DE LA PRESUNCIÓN

Porque su centro de imputación –la singular relación que media entre un trabajador dependiente y su empleador– es un vínculo denotado por una manifiesta desigualdad en el poder de negociación de cada uno de sus sujetos, el Derecho del Trabajo es un ordenamiento particularmente preocupado por la efectiva aplicación de sus normas y prevenido contra su elusión.

Para realizar ese determinante objetivo, el Derecho del Trabajo se sirve de la técnica de limitar la autonomía de la voluntad mediante normas imperativas que, en tanto tales, son insusceptibles de desplazamiento pactado o unilateral (irrenunciables, por tanto). Expresada esa condición en la tipicidad de sus normas y en los principios y valores que la justifican –constituyentes unos y otros de la idea de orden público– debe prevenir asimismo la genérica estrategia de desaplicación de sus normas mediante el recurso –ora simulado, ora fraudulento– del encubrimiento de su presupuesto normativo que es, precisamente, la existencia del tipo protegido (el trabajo dependiente). De la presunción, por tanto, de la inexistencia del vínculo, o bien de la diversa naturaleza del que existe (se simula que no es una relación de trabajo incluido en el estatuto de protección, sino otra cosa), o bien de que el vínculo, de existir, relaciona al trabajador con un tercer sujeto (esta última situación es la de los procesos de “tercerización” o “externalización” que se estudian de modo sistemático en otra parte de esta obra y que se consideran en este capítulo sólo en tanto se encuentren alcanzados por las cuestiones que aquí se examinan). Esas manifestaciones de encubrimiento o simulación en la contratación laboral justifican la sección 3 de este capítulo; las figuras habitualmente simuladas (en lugar del contrato de trabajo) suelen encontrarse entre los *contratos afines* de los que nos ocupamos en la sección 2 (esos *contratos afines*, no obstante, juegan otros roles y expresan otros *sentidos* que examinaremos allí).

De tal modo, si el vínculo entre los sujetos constituye un contrato o bien una relación de trabajo dependiente, el ordenamiento laboral debe aplicarse, sólo porque en verdad existe ese vínculo y reúne aquella condición –allí, el presupuesto social que diera nacimiento al derecho del trabajo, allí mismo su imperativa aplicación– y no porque se le haya atribuido alguna cierta designación (algún *nomen iuris*) o satisfecho determinadas formas o ritos. Es el *principio de realidad* que así lo impone: si el vínculo es de trabajo dependiente, el ordenamiento laboral debe ser aplicado.

Claro está que ese presupuesto aplicativo requiere un esfuerzo probatorio –el de acreditar esa realidad, o que la realidad es esa y no otra– empeño que por la propia configuración del vínculo laboral no siempre es accesible para el trabajador. Por mucho que se proclame el principio de la primacía indesplazable de la realidad, la prueba de su presencia está, según los criterios generales de la distribución de las cargas probatorias, a cargo de quien la invoca y la pretende. En nuestro ordenamiento, precisamente el sujeto que por definición está menos dotado para proveerla.

Como lo recuerda Wilfredo Sanguinetti Raymond<sup>1</sup>, aquella constatación da origen desde los albores mismos del derecho del trabajo a la preocupación por invertir la carga de la prueba, de modo de atribuir al empleador la de demostrar que el vínculo no es laboral, que en el derecho español –de fuerte influencia en sus homólogos latinoamericanos<sup>2</sup>– ingresa ya a comienzos del siglo pasado en la Ley de Tribunales Industriales del 19 de mayo de 1908, cuyo artículo 5.2 dispusiera que “...el contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da el trabajo y el que lo presta” (presunción luego reproducida en el Código del Trabajo de 1926 y las leyes de contrato de trabajo de 1931 y 1944).

¿Es esta una más de las presunciones de protección frecuentes en los ordenamientos laborales que se proponen compensar la menor dotación de recursos probatorios de los trabajadores? Habrá que admitir que esta que ahora examinamos se diferencia nitidamente de aquellas: mientras que otras presunciones reconocen como insoslayable presupuesto de su aplicación la previa acreditación de la dependencia (se traslada la carga probatoria sobre el empleador precisamente porque se presupone su mejor posición probatoria<sup>3</sup> y presuponen de tal modo la condición de desigualdad en que se encuentra el trabajador), la presunción que nos ocupa en sus versiones más intensas presume la desigualdad en sí y, por tanto, la relación de dependencia. Cuando adquiere esos alcances, hay que admitirlo, pone en ejercicio una operación delicada: mientras que las otras presunciones operan “desde dentro” del derecho del trabajo (el vínculo es dependiente, por tanto debe presumirse a favor del sujeto trabajador...), la presunción de laboralidad se extiende a situaciones cuya pertenencia al ámbito del Derecho del Trabajo no ha sido aún establecida, sino que, precisamente, es este mecanismo el que la propone. En el primer caso, hay de suyo una desigualdad a la que la presunción compensa y busca equilibrar; en el último – el que ahora es objeto de estudio – su presume una situación de desigualdad (la relación de dependencia) que, si en verdad no existiera, implicaría “*opelegis*” la consagración de un desequilibrio no compensado (pues no es segura la posición dominante –o la aptitud– del sujeto al que se atribuye la carga de probar el carácter no laboral del vínculo).

Desde esa perspectiva, es muy legítima la percepción de la doctrina que no fundara la procedencia de esta presunción en la necesidad de equilibrar las desiguales aptitudes probatorias de ambos sujetos de la relación laboral, sino,

<sup>1</sup> Sanguinetti Raymond, Wilfredo, 2006, En “La decadencia de la presunción de laboralidad en España: ¿una cuestión de oportunidad o de método?” , Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, No. 12, octubre de 2006

<sup>2</sup> Ya incorporadas a las legislaciones históricas de México, Venezuela, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Colombia, Costa Rica, Paraguay y República Dominicana. De modo que pudo decirse que la evolución legislativa en torno al trabajo ha llegado a un punto en el que “basta con que se produzca el hecho de que una persona preste sus servicios personales a otra, para que el funcionamiento de la ley y su aplicación sean automáticos” (Krotoschin, Ernesto, Instituciones de Derecho del Trabajo, t.I pag. 282). Una situación de hecho, la prestación de servicios realizada por una persona en beneficio de otra, resulta suficiente para que se originen obligaciones, sin importar que esas provengan de un contrato, de actos materiales o de situaciones de hecho. A juicio de Castorena, efectuada la prestación de servicios, entra en juego la ley” (cit por Cabanellas, Guillermo, “Tratado de Derecho Laboral” Tomo II, Vol 1, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1988 , página 72).

<sup>3</sup> Tiene más poder, más recursos; tiene, en fin, el poder de documentar y debe por tanto soportar las cargas que derivan de un poder semejante.

dice Santiago González Ortega<sup>4</sup>, en “la aplicación de las máximas de experiencia comunes” o “las reglas del criterio humano” (la convicción del legislador sobre la frecuencia con la que prevalece la figura laboral), que De la Cueva<sup>5</sup> atribuyera al cambio operado en las relaciones entre el derecho privado y el derecho del trabajo, que hiciera de éste el derecho común de las prestaciones de servicios.

Desde luego, semejante intensidad probatoria ha de depender de los términos en que la presunción haya sido formulada y de la interpretación y alcances que los tribunales le asignen. Bien claro, en efecto, ha sido el artículo 8.1 del Estatuto del Trabajo del modélico régimen español (hoy vigente) que abandona la dimensión presuncional de los antecedentes evocados más arriba y establece que el contrato de trabajo “...se presumirá existente entre todo aquel *que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro* y el que lo recibe *a cambio de una retribución...*”. Según este último texto, no se trata ya sólo de acreditar a modo de indicio la prestación de un servicio, sino que se requiere la acreditación de que la misma se lleva a cabo “*por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección del otro...a cambio de una remuneración*”. Se abandona de este modo toda presunción de laboralidad, al menos en el sentido que tuviera en los textos originales, desde que para tener por existente la figura del contrato de trabajo se requiere la acreditación de todos los extremos... que configuran un contrato de trabajo. Como lo señalan Palomeque López y Alvarez de la Rosa<sup>6</sup> es escasa la fuerza probatoria que pueda extraerse de la presunción legal del art. 8.1, desde que “...probar que los servicios son por cuenta y bajo dependencia ajena es sencillamente probar la existencia misma del contrato de trabajo”.

¿Ninguna virtualidad, por tanto? No es lo que piensan Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez Sañudo Gutiérrez y Joaquín García Murcia<sup>7</sup> para quienes la presunción del artículo 8.1. del ET satisface dos funciones complementarias: en primer lugar, el reconocimiento de la prevalencia a la hora de calificar la relación, de la conducta efectivamente desarrollada por las partes por sobre sus declaraciones formales de intención (el contrato es lo que es, con prescindencia de la calificación jurídica que le den las partes); en segundo lugar, la posibilidad de que el contrato de trabajo se entienda celebrado en forma tácita y la consiguiente innecesariedad de formalización de un acuerdo de voluntades, que en todo caso se presume a partir de la realización de un comportamiento concluyente de las partes que ilustra la voluntad de prestar un servicio a cambio de una remuneración, en el ámbito de organización y dirección de quien recibe y paga aquella prestación<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> En “La presunción de existencia del contrato de trabajo” en AAVV, “Cuestiones actuales del Derecho del trabajo” Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 1990 pág. 795, cit. por Sanguinetti Raymond en op. cit. en nota 1.

<sup>5</sup> De la Cueva, Mario (1959), en “La presunción laboral” Derecho del Trabajo, Buenos Aires XIX-622

<sup>6</sup> En “Derecho del Trabajo” Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 2003 pág. 768.

<sup>7</sup> En “Derecho del Trabajo”, (19 edición) Tecnos, Madrid, 2010.

<sup>8</sup> Para José Vida Soria, José Luis Monereo Pérez y Cristóbal Molina Navarrete (“Manual de Derecho del Trabajo” Ed. Comares, Granada, 2003, la presunción sirve también para calificar como laboral una relación de intercambio entre trabajo y remuneración y atribuir esta misma naturaleza a negocios sobre los que podrían existir dudas acerca de su encuadramiento en otras figuras contractuales próximas al contrato de trabajo.

En cualquier caso, la presunción originaria del ordenamiento español –aquella del texto de 1908, reproducida luego en el Código del Trabajo de 1926 y las leyes de contrato de trabajo de 1931 y 1944– era mucho más contundente. La redacción del vigente artículo 8.1 del ET debilita aquella redacción al punto de que se la critica hoy tanto en doctrina como en jurisprudencia, llegándose incluso a negar su valor real como instrumento determinante de la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo, tendencia que tiene hoy fuertes detractores<sup>9</sup>.

Esta algo extensa reflexión sobre el ordenamiento español sirve, “en clave latinoamericana”, por dos razones: en primer lugar, pues aquel ordenamiento fue claramente inspirador de soluciones análogas contenidas en numerosas legislaciones del trabajo de nuestro subcontinente; en segundo, pues la evolución de sus normas permite valorar las propias en las dos dimensiones que la cuestión puede asumir (su aptitud para probar sustantivamente la existencia del contrato de trabajo, su mera función calificatoria).

### ALGUNAS NORMAS LATINOAMERICANAS

El examen de las normas que establecen una presunción del tipo de la que venimos de examinar permitirá advertir que sus literalidades permiten asignarles en algunos casos su máxima virtualidad probatoria –su condición de presunción *fuerte*– en tanto en otros no pueden trascender aquella dimensión calificatoria que se atribuye al ordenamiento español en el texto hoy vigente (y constituyen, por tanto, su versión *débil*).

El artículo 8 del Código del Trabajo de Chile establece que “toda prestación de servicios en *los términos señalados en el artículo anterior* hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”; hay que decir que el artículo anterior, cuyos términos habrá que acreditar, define al contrato de trabajo como “... la convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a *prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél apagar por estos servicios una remuneración determinada...*” (art. 7 Cód. del Trabajo), lo que sugiere, como presupuestos de operatividad de la presunción, la necesidad de acreditar la prestación de servicios personales *bajo dependencia y subordinación*, lo cual no parece aligerar demasiado la carga probatoria en cabeza del trabajador<sup>10</sup>.

En Perú, el artículo 4to. del texto ordenado del Decreto Legislativo no. 728 (Ley de productividad y competitividad laboral) prescribe que “... *en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados*, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado...”; se trata pues de la necesidad de acreditar el carácter personal, *remunerado y subordinado* de la prestación

<sup>9</sup> Conf. Vida Soria, Moneréo Pérez y Molina Navarrete, “Manual...” op. y loc. cit. en nota anterior.

<sup>10</sup> Ugarte Cataldo, José Luis, (“El nuevo derecho del Trabajo” Lexis-Nexis, Santiago de Chile 2007, pág. 58) sostiene que no hay en esta norma presunción alguna, “...ya que no se trata de un mecanismo de prueba para pasar de un hecho conocido (conurrencia de los elementos de personalidad, subordinación, etc.) a un hecho desconocido (la relación laboral) de modo tal que se invierta la carga de la prueba... sino que...dicha norma no hace sino reforzar la idea del artículo citado en el sentido de que, verificados los elementos de una relación laboral, debe entenderse, no presumirse, la existencia de un contrato de trabajo”.

de servicios, lo que conduce a presumir la existencia de un contrato de trabajo y, además, el carácter indeterminado de su plazo de duración. He allí, según parece, una presunción limitada a la función clasificatoria, a la que se agrega una presunción relativa a la duración (en este caso, indefinida, del contrato de trabajo).

Otros regímenes habilitan más amplios efectos – efectos probatorios *fuertes*, por tanto –para estas presunciones. Como podrá advertirse– y más allá de las lecturas más extensas o restrictivas que pueden realizar en cada caso los autores y la jurisprudencia – en todos ellos la prestación *de un servicio personal a favor de otro sujeto (no se requiere a texto expreso la acreditación de otros extremos)* puede habilitar la presunción de la existencia de un contrato de trabajo.

En el ordenamiento argentino (artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo) “...el (solo) hecho de la prestación de servicios” (prestación *para otro*, obviamente, aunque no venga dicho en el texto de modo expreso) conlleva la presunción de la existencia de un contrato de trabajo<sup>11</sup>.

En Colombia, el Código Sustantivo del Trabajo establece en su artículo 24 que “...se presume que toda *relación de trabajo personal* está regida por un contrato de trabajo”<sup>12</sup>, en tanto que el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela determina que “...se presumirá la existencia de la relación de trabajo entre quien *preste un servicio personal* y quien lo reciba”<sup>13</sup>.

Similar es la redacción del Código del Trabajo de la República Dominicana, que en su artículo 15 prescribe que “...se presume, hasta prueba en contrario, la existencia del contrato de trabajo en toda relación de trabajo personal”<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Pese a que la ley argentina posee una literalidad que sugiere el sentido “fuerte” (“...el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo...”), algunos juristas le asignaron en un primer momento una interpretación más restrictiva (“débil”, por tanto). Es el caso de Justo López, quien sostenía que “...debe entenderse que la prestación de servicios que genera la presunción es la de servicios bajo la dependencia de otro, pues sólo estos son los que se contemplan en la tipificación legal del contrato y de la relación de trabajo y que, por tanto, la carga de la prueba de la posición de dependencia o subordinación no resulta alterada por la presunción, sino, por el contrario, de esa prueba depende que aquella entre a jugar” (en Justo López, Norberto Centeno y Juan Carlos Fernández Madrid, “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1977, pág. 193).

<sup>12</sup> Ese artículo del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia tenía un segundo párrafo, declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-665-98 del 5 de noviembre de 1998, que decía que “...no obstante, quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue prevista en el literal b) del artículo 1ro. de esta Ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada”.

<sup>13</sup> Como señala Napoleón Goizueta Herrera, esta presunción contenida en la ley venezolana “...apunta a desarrollar una protección amplia al trabajadores, en el sentido de reconocer consecuencias jurídicas al solo hecho de la prestación de servicio personal, mediante la incorporación de una presunción *juris tantum* a favor del mismo” (en “De la relación de trabajo” en “Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo” Coord. Por Oscar Hernández Álvarez, Barquisimeto 1999 pág. 70).

<sup>14</sup> Corroborando el tenor “fuerte” de la presunción, señala Albuquerque que “...el demandante sólo se limita a probar un hecho: la relación de trabajo personal que lo une al demandado; establecido este hecho, se presume la existencia del contrato de trabajo, lo que abarca todos sus elementos, como son el salario y la subordinación jurídica. Por tanto – agrega – corresponderá al demandado destruir a presunción *juris tantum*, lo que podrá hacer si logra probar por cualquier medio que la relación de trabajo que lo une al demandante tiene su origen en un contrato distinto al del trabajo”. Albuquerque sostiene que la presunción consagrada por la ley se explica por el deseo del legislador de liberar al trabajador de la carga de una prueba exhaustiva que “a menudo le resulta difícil establecer porque la mayor parte de los indicios escritos relativos a los contratos de trabajo permanecen en manos de los patronos (Cas. 30 mayo 1956, B.J. 550 p. 1102) (Conf. Albuquerque, Rafael, F., Derecho del Trabajo, Tomo II, “El empleo y el trabajo”, Santo Domingo, DN. 1997 páginas 51 y 53).

Tras definir el contrato individual de trabajo como aquel en "...que una persona se obliga a prestar a otras sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración..." el artículo 18 del Código del Trabajo de Costa Rica establece que "...se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe"<sup>15</sup>. El artículo 21 del Código del Trabajo de Honduras expresa, a su vez, que "...se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

A su vez, Código del trabajo de Panamá prescribe en su artículo 66 que "...se presume la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre quien presta **personalmente** un servicio o ejecuta una obra, y la persona aquél o éstas (sic)" y el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo de México presume "...la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo **personal** y el que lo recibe".

Puede mencionarse, adicionalmente, el Código del Trabajo de Paraguay que en su artículo 19 "...presume la existencia del contrato entre aquel que da trabajo o utiliza un servicio y quien los presta..." presunción que se completa luego en el artículo 48 del mismo ordenamiento que expresa que "...faltando contrato de trabajo escrito se presumirá la existencia de la relación laboral alegada por el trabajador, salvo prueba en contrario, si existe prestación subordinada de servicios".

Un matiz de un grado (bien modesto, nos parece) de exigencia mayor se encuentra en el Código del Trabajo de El Salvador, que demanda que la prestación de servicios a favor de otra se extienda por más de dos días consecutivos. El texto del artículo 20 de ese código, en efecto, prescribe que "...se presume la existencia del contrato individual de trabajo, por el hecho de que una persona preste sus servicios a *otra por más de dos días consecutivos*. Probada la subordinación también se presume el contrato, aunque fueren por menor tiempo los servicios prestados.

## LOS CONTRATOS AFINES AL CONTRATO DE TRABAJO

### LOS SENTIDOS DE LA AFINIDAD

Tema tradicional en manuales y tratados de derecho del trabajo, a esta altura y luego de las esforzadas construcciones teóricas elaboradas en su torno, es válido hoy, como contribución a este tratado, preguntarse cuál es el interés de señalarlos y reconocerlos y, en particular, si puede entenderse único el sentido en que se formulara su identificación y señalamiento.

Es que, en efecto, los denominados "contratos afines", en tanto categoría, tienen en común su relación de vinculación – proximidad, similitud, afinidad en fin – con el contrato de trabajo. No obstante, su variedad según la fueran

<sup>15</sup> Que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia interpretara en ese sentido amplio (fuerte) : "... demostrada como lo está, la prestación personal de los servicios, se presume la existencia de la relación laboral, salvo que se descarte la presencia de la subordinación jurídica..." Ver la sentencia en <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/jurisprudencia/sentencias/Laboral/2007/07-000340.htm>

señalando los autores y, por tanto, sus similitudes y diferencias con el contrato de trabajo son tan variadas que la categoría en sí puede devenir irrelevante (por exceso) en su dimensión taxonómica, si no se identifican los diversos sentidos de su formulación, tarea a la que dedicamos las próximas líneas.

Un **primer** sentido es aquel que evoca aquellas figuras contractuales en las que se quiso, en un primer tiempo, encuadrar la prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena hasta que prevaleció el consenso en torno de la creación de una figura propia y específica – un nuevo tipo contractual – que es el contrato de trabajo en sentido propio. Las figuras afines en las que se procuró realizar ese encuadre fueron, entre algunas otras, los contratos de compraventa, sociedad, mandato y locación de servicios, cuya inadecuación o insuficiencia llevaron a aquella creación<sup>16</sup>.

Por cierto, una vez acuñada la figura del contrato de trabajo, esa relación de afinidad habría de cobrar más tarde un **segundo** sentido cuando resulta dudoso si un cierto supuesto de hecho –un cierto vínculo– constituye un contrato de trabajo u otra cosa (otra relación). ¿Es un contrato de trabajo u otra relación contractual diversa de aquél, distinta en su configuración económica y social, pero que al contener entre sus rasgos y prestaciones recíprocas *la actividad personal de uno de los sujetos* introduce interrogantes clasificatorios planteando problemas de identificación en sus zonas fronterizas<sup>17</sup>? En este sentido, la afinidad o proximidad interesa pues esas figuras afines mantienen fronteras no siempre nítidas con el contrato de trabajo, que plantean problemas de reconocimiento; son, entre otros, contratos como los de transporte, de ejecución de obra, agencia, de arrendamiento de servicios, mandato, sociedad (estos tres últimos último, también afines en el **primer** sentido) que tienen rasgos perfectamente identificables pero que en la medida en que se difuminan sus notas esenciales y la prestación de trabajo involucrada se aproxima a las que son propias del trabajo remunerado dependiente y por cuenta ajena, generan problemas clasificatorios no siempre sencillos de resolver. En este sentido, no se trata de que esas figuras funjan como explicación contractual del trabajo dependiente – que bajo el tipo del contrato de trabajo, ya ha sido concebida– sino de establecer sus recíprocas fronteras. Hablar en este sentido de figuras afines al contrato de trabajo implica establecer sus espacios linderos, reconocer sus fronteras, esclarecer sus “zonas grises”<sup>18</sup>. Esta función de deslinde cobra particular importancia en los días que corren, cuando a los tradicionales conflictos identificatorios de frontera se agregan las denominadas “relaciones ambiguas” en las que, difuminada la faceta jurídica de la dependencia en razón de los cambios que experimentan –entre otros factores– los modos de ejercicio de los poderes del empleador, se agregan a la tradicional distinción histórica excluyentemente binario (autonomía/ dependencia) vínculos que podrían

<sup>16</sup> En ese sentido, las aproximaciones civilistas, que Guillermo Cabanellas considera y critica de modo exhaustivo en su “Tratado...” cit. en nota 2, páginas 36 y siguientes.

<sup>17</sup> En Vida Soria, MonereoPerez, y Molina Navarrete, “Manual...”, cit. en nota 7.

<sup>18</sup> Martín Valverde, Rodríguez Sañudo Gutiérrez y García Murcia, cit. en nota 6.

calificarse como de “semidependencia” o “semiautonomía”<sup>19</sup>. Allí revistan – donde se les ha dado tratamiento normativo o jurisprudencial – figuras como las del “laboroparasubordinato” de la experiencia italiana, el “worker” de la británica, el TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente) español, el cuasi-empleado alemán, etc.

Un **tercer** sentido, esta vez más intencional y deliberado, lo expresan las vías alternativas al contrato de trabajo, concebidas como mecanismos de flexibilización y abaratamiento del trabajo humano, entre las que se incluyen los supuestos de deslaboralización, consistente en la utilización de contratos “afines” como modo de elusión (no necesariamente fraudulenta) del contrato de trabajo y el intercambio de derechos y obligaciones que esas figuras implican. La *deslaboralización* implica tratar un contrato de trabajo dependiente como si no lo fuera, lo que o bien conlleva adjudicar una naturaleza “no laboral” a contratos que pudieron tenerla (tal como el contrato de transporte o el de aprendizaje)<sup>20</sup> o bien sujetar unos ciertos vínculos a otros diseños cuya desvinculación con el intercambio laboral tradicional es pretendida; es el caso de contratos de pasantía o de otorgamiento de becas que, en tanto los límites entre los diversos sentidos (como ya se ha visto) no pueden ser tan nítidos, pueden ilustrar también otros sentidos.

Tales los casos de un **cuarto** sentido que, a mi modo de ver, incluye aquellos contratos que si bien tienen a la prestación de servicios personales como uno de sus términos – y más allá de la presencia de algún grado de sujeción análoga a lo que llamamos subordinación - detentan una causa jurídica distinta de la de su intercambio por una retribución económica de naturaleza alimentaria<sup>21</sup>. Entre ellos, los diversos contratos con finalidad formativa (pasantías, becas o

<sup>19</sup> El tema ha sido vastamente tratado en la literatura científica del Derecho del Trabajo, tanto en Europa y América Latina como en los países pertenecientes al área del “commonlaw”. No es esta, obviamente, la oportunidad para desplegar la riquísima bibliografía elaborada en torno de este tema; sólo para encuadrarlo, remito a mi “Las fronteras de la dependencia” publicado en la Revista Relaciones Laborales, Madrid, año XVII No. 19 pág. 13.

<sup>20</sup> En Argentina la 24653 (Ley Nacional del transporte de cargas) que en su artículo 4 inc. H define al fletero como: “el transportista que presta el servicio por cuenta de otro que actúa como principal en cuyo caso no existe relación laboral ni dependencia con el contratante”. A su vez, la ley 24465 había “deslaboralizado” el contrato de aprendizaje, cuyo carácter “laboral” (en tanto contrato de trabajo) fue restituido por la ley 25013. También en Colombia, la ley “...deslaboralizó el contrato de aprendizaje, eliminado el pago de salarios y prestaciones sociales y reemplazándolas por una cuota de sostenimiento” (Oscar Andrés Blanco Rivera, en “Evolución del Derecho del Trabajo en Colombia, 1957-2007” en la obra “Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina, en homenaje a la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con motivo de su 50vo aniversario” (Arturo Bronstein, director) Rubinzal –Culzoni Editores, Buenos Aires 2007 , pag 225). En Chile, fueron los trabajadores a domicilio los que había sido “...expulsados del Código del Trabajo por la dictadura, en 1993...por la ley 19.260 se los reintroduce, pero aplicándoseles una presunción de no laboralidad...” (Francisco J. Tapia Guerrero en “La experiencia chilena.: derechos laborales, corrientes y contracorrientes” en la obra “Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina, en homenaje a la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con motivo de su 50vo aniversario” (Arturo Bronstein, director) Rubinzal –Culzoni Editores, Buenos Aires 2007 , pag. 247.

<sup>21</sup> La causa-fin del contrato de trabajo se expresa en la voluntad de intercambio entre trabajo y salarios (el “intercambio salarial”) ordenado a la producción de bienes y servicios y a la obtención del salario como medio de vida o subsistencia (Gnecco, Lorenzo P. “Contratos de Formación y derecho del trabajo”, Ed. Astrea Buenos Aires 2002) .



similares)<sup>22</sup>, los contratos de prestación con causa altruista (benevolencias, amistad o buena vecindad), los contratos de colaboración familiar, de prestación de servicios religiosos, las prestaciones de los penados en instituciones penitenciarias distintas de aquellas en que el interno acepta prestar servicios a cambio de una retribución salarial, en cuyo caso debe gozar del amparo del sistema de protección laboral. Claro que los contratos de finalidad formativa que implican al propio tiempo una prestación útil para el empleador que es retribuida, o los contratos de servicios religiosos retribuidos, o los contratos con miembros de la familia que también se retribuyen (en general, aquellos en que sus partes no contribuyen a una “olla familiar” compartida), pueden también ser variantes de un contrato de trabajo dependiente en su vertiente tradicional, o bien constituir “relaciones laborales especiales”.

Un **quinto** sentido de la identificación de figuras afines sirve para señalar “a texto expreso” las relaciones que la legislación sustrae del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral; son, en menos palabras, las *relaciones excluidas*<sup>23</sup>. Y si se juzga necesario su explícita exclusión es, precisamente, por tratarse de figuras próximas que de otro modo podrían quedar alcanzados por los “sentidos” anteriores.

Claro está que es necesario distinguir estas relaciones excluidas (y como derivación de su exclusión, no laborales por tanto) de otras exclusiones que no les sustraen de su condición laboral sino sólo del genérico régimen laboral del trabajo dependiente, para confinarlas en regímenes especiales (pueden ser los trabajadores domésticos, los artistas y otros trabajadores de espectáculos públicos, los futbolistas y otros deportistas profesionales, los penados que aceptar libremente trabajar a cambio de un salario en instituciones penitenciarias,

<sup>22</sup> En Argentina y en Perú, entre otros casos, las modalidades formativas se encuentran al margen de la normatividad laboral vigente, salvo que se las desnaturalice (entre otras causas de desnaturalización, el desdibujamiento de su finalidad), en cuyo caso se entiende que existe una relación laboral común (ley 28518 del Perú sobre modalidades formativas laborales; ley argentina 26427 sobre pasantías, en su interpretación doctrinaria y jurisprudencial). Hay que decir, no obstante, que mientras en Argentina el contrato de aprendizaje es considerado como una modalidad de contrato de trabajo, en Perú se le considera una de esas modalidades formativas no laborales.

<sup>23</sup> En el ordenamiento español, es el caso de los transportistas que son titulares de autorizaciones administrativas), los trabajos amistosos, los trabajos familiares, las prestaciones personales obligatorias (como las que resultan de servicios militares o civiles obligatorios), los funcionarios de las administraciones públicas, etc. En Colombia, constituyen una categoría excluida los empleados públicos, que se vinculan al Estado por medio de una relación legal y reglamentaria, regulada por disposiciones especiales que conforman el denominado Derecho Administrativo Laboral; las personas, vinculadas a las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y territorial tienen, en cambio, el carácter de trabajadores oficiales y se encuentran vinculados al Estado por medio de un contrato de trabajo, cuyos orígenes, características y fundamentos se encuentran en la ley 6 de 1945 y el decreto reglamentario 2127 del mismo año (Conf., Blanco Rivera, Oscar Andrés, en “Evolución del Derecho del Trabajo en Colombia, 1957-2007” en la obra “Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina, en homenaje a la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con motivo de su 50vo aniversario” (Arturo Bronstein, director) Rubinzal –Culzoni Editores, Buenos Aires 2007 pág. 209. Para el Código del Trabajo de la República Dominicana, son vínculos excluidos – por tanto, no son contratos de trabajo – los de las profesionales liberales que ejerzan su profesión en forma independiente, los comisionistas y corredores, los agentes y representantes de comercio y los arrendatarios y los aparceros de los propietarios. En general, los trabajadores excluidos (o contratos excluidos que, por tanto, no configuran “contrato de trabajo”), son los de los empleados o funcionarios públicos, como es el caso del art. 2 de la LCT argentina (que sin embargo, en ese mismo texto “excluye” a los trabajadores del servicio doméstico y a los trabajadores del campo, cuyos vínculos constituyen, en realidad, contratos especiales de trabajo (ver próxima nota). En el código del trabajo de Nicaragua, quienes aparecen como excluidos del mismo son los miembros de las fuerzas armadas “únicamente en cuanto se refiere a sus funciones propias”.

los estibadores portuarios, los trabajadores minusválidos, etc.). En estos casos, quedan al margen del que podría denominarse “derecho común del trabajo”, pero no al margen del derecho del trabajo en tanto categoría teórica, por lo cual no les calificáramos como “figuras afines” al contrato de trabajo, sino más bien como *contratos de trabajo especiales*<sup>24</sup>.

Finalmente, un **sexto** sentido refiere el caso de aquellos vínculos o contratos que incluyen la prestación de trabajo humano como elemento accesorio de un conjunto de intercambios económicos más complejos, como es el caso de los contratos de franquicia, agencia, distribución y el de diversas figuras societarias que incluyen el aporte de trabajo, como las sociedades cooperativas, las de capital e industria, etc.

¿Qué es lo que tienen en común los contratos afines al contrato de trabajo en los diversos sentidos que he procurado distinguir? Es que todos ellos contienen

<sup>24</sup> En otros regímenes, algunos de los vínculos excluidos en otros sistemas, como los comisionistas y corredores (ver en nota anterior, el caso de la República Dominicana) en tanto concierten operaciones de compraventa de mercadería, son considerados en cambio como contratos de trabajo especiales; es el caso, por ejemplo, de Argentina, en el que los viajantes de comercio son considerados trabajadores dependientes y se les regula en una ley especial (ley 14546) y del Código del Trabajo de Panamá, según cuyo artículo 238 “...los agentes de comercio, los vendedores, viajantes, impulsores y promotores de ventas, cobradores y otros similares, son trabajadores de la empresa a la que presten sus servicios, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas”. El Decreto Legislativo 728 del Perú considera al trabajo a domicilio como una modalidad del contrato de trabajo (arts. 87 y 88), para luego excluir de esa figura a los trabajadores domésticos, al trabajo autónomo, al realizado en taller de familia o trabajo familiar. Mientras que el primero ha de constituir un contrato laboral especial, el trabajo autónomo o el trabajo familiar son, en cambio, relaciones excluidas. En la Ley Orgánica de Venezuela, son tratados como contratos de trabajo especiales, entre otros, los servidores domésticos, los trabajadores a domicilio, los deportistas profesionales, los trabajadores rurales, los transportistas, los trabajadores de la navegación marítima y los de la navegación aérea, los artistas y otros trabajadores intelectuales y culturales. En el Código del Trabajo de la República Dominicana de 1999, tienen ese tratamiento los contratos relativos al servicio doméstico, al trabajo del campo, al trabajo a domicilio, a los transportes, a los vendedores, viajantes de comercio y otros semejantes y a los minusválidos (que) están sometidos al régimen especial que para cada uno de ellos establece en este código”. La Consolidación de las leyes del Trabajo de Brasil y la LCT argentina tratan en las mismas normas algunos contratos de trabajo especiales (en ambos ordenamientos, los servidores domésticos y los trabajadores rurales), junto a otras categorías que deben considerarse, mas bien, contratos excluidos (y por lo tanto, contratos no laborales en sentido estricto), como los empleados o funcionarios públicos y, en el régimen de Brasil, los servidores de las autarquías paraestatales que se encuentren sujetos a regímenes propios de protección que les asegure una situación análoga a la de los funcionarios públicos. En Uruguay, los trabajadores rurales, los viajantes, los vendedores de plaza se encuentran tratado como contratos de trabajo especiales, sin perjuicio de la aplicación de las normas y conceptos generales en todo lo que no ha sido expresamente regulado en los regímenes especiales (Conf. Mangarelli, Cristina, en “Evolución del Derecho del Trabajo en el Uruguay” en la obra “Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina, en homenaje a la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con motivo de su 50vo aniversario” (Arturo Bronstein, director) Rubinzal –Culzoni Editores, Buenos Aires 2007 pág. 448). En Chile, mientras el artículo 87 del Código del trabajo excluye de su ámbito a los contratos de arriendo, mediería, aparecería y otros en que la persona explote por su cuenta predios agrícolas y, por otra parte, a los funcionarios de la administración del Estado (centralizada o descentralizada), a los del Poder legislativo y del Poder Judicial, , trata en cambio como contratos especiales de trabajo a los de los trabajadores agrícolas, la gente de mar, los trabajadores portuarios eventuales, los de las artes y los espectáculos, los domésticos, los deportistas profesionales y actividades conexas, los tripulantes de vuelo y de cabina de Aeronaves de Pasajeros y de carga (art. 77). En el Código del Trabajo de Costa Rica, aparecen como contratos excluidos de su ámbito los de los servidores del estado, mientras que los trabajadores del servicio doméstico, los trabajadores a domicilio, los aprendices y los trabajadores marítimos y de otras vías navegables se encuentran vinculados con sus empleadores mediante contratos especiales del trabajo. La Ley Federal del Trabajo de México trata como regímenes especiales – vinculados por tanto por contratos especiales de trabajo – a los trabajadores de confianza, a los de buques y aeronaves, a los de ferrocarriles y autotransporte, a los trabajadores rurales, a los agentes de comercio y similares, a actores y músicos, a los trabajadores a domicilio, domésticos, personal de hoteles bares y restaurantes, a los médicos residentes, a los de las universidades e instituciones de educación superior.

actividad o *prestaciones personales a favor de otro*<sup>25</sup>, aunque se distinguen en que algunos interesan por ocupar zonas grises o fronterizas (y plantean por tanto problemas de reconocimiento), o bien aparecen en oferta como espacios alternativos al contrato de trabajo “en clave de flexibilidad laboral”, o bien se integran en un intercambio que presupone una causa jurídica distinta de la que es propia del trabajo dependiente, o bien han sido deliberadamente excluidas de la aplicación del derecho común del trabajo, o bien forman parte de vínculos que incluyen el trabajo pero también otros intercambios económicos más complejos que si prevalecen por sobre su contenido laboral, quedan también en *figuras afines* y no en contratos de trabajo en sentido estricto. Como ha quedado a la vista, algunos de los supuestos incluidos en esos diversos *sentidos* admiten su inclusión en más de uno de ellos, según cuáles sean los rasgos que elijamos priorizar.

Naturalmente, *el tema de los contratos afines guarda íntima relación con el de la presunción de laboralidad* que examinamos líneas arriba (sección 1), desde que su versión *fuerte* determina la prevalencia en los hechos del contrato de trabajo (beneficiario de la presunción) sobre otros contratos afines como los de ejecución de obra, arrendamiento de servicios, transporte, etc., y contribuyó al proceso expansivo del derecho del trabajo habilitando la inclusión en su ámbito del trabajo agrícola, los servicios, las profesiones liberales, los artistas y deportistas, etc., en tanto que sus versiones *débiles* o bien sugieren la reversión de ese proceso y el reconocimiento de mayor valor a la aptitud clasificatoria de las partes<sup>26</sup> o bien nunca prestó apoyo a ese proceso expansivo que se verificó en las más diversas experiencias nacionales. *También guarda estrecha relación con el tema del fraude o la simulación en la contratación de trabajo* que abordaremos más abajo (sección 3), puesto que son algunas de esas figuras afines, en tanto “no laborales”, las que suelen simularse para eludir el encuadramiento de ciertos vínculos en el ámbito del Derecho del Trabajo.

### **ALGUNOS TIPOS CONTRACTUALES AFINES**

Examinemos brevemente acto seguido algunos de esos contratos afines, dejando al lector la tarea de establecer, en cada caso, a cuál o cuáles de los sentidos adscriben unos u otros.

*Arrendamiento de servicios.* En un primer momento, fue este el contrato que sirvió mejor para acoger a las por entonces nuevas manifestaciones contractuales que se generalizaran en las relaciones de producción. Sin embargo, este contrato

<sup>25</sup> Conf. Martín Valverde, Rodríguez Sañudo Gutiérrez, García Murcia., “Derecho del Trabajo”, cit. en nota 7, que dicen de la existencia de otros contratos en los que, al igual que en el contrato de trabajo, también se da una actividad personal de uno de los sujetos. Según Palomeque, y Alvarez de la Rosa, Manuel (“Derecho del Trabajo” cit. en nota 6 la prestación personal, gratuita o remunerada, puede encajar en otras figuras contractuales distintas a las de la relación de trabajo y aunque sean tipos de contratos afines que cumplen con su específica finalidad económico-social, no por eso dejan de parecerse y plantear problemas en sus zonas fronterizas. En cualquier caso, la afinidad del contrato de trabajo con otras figuras contractuales vendrá exclusivamente del hecho de que son o pueden ser auténticas relaciones personales de trabajo (prestación de actividad) que se encuentra encuadradas en figuras civiles o mercantiles (por ejemplo, el contrato de depósito y control de mercancías).

<sup>26</sup> Es el sentido que Sanguinetti Raymond en “Decadencia...” cit. en nota 1 atribuye al modo en que evolucionara el ordenamiento español.

no tenía respuesta adecuada para los efectos que derivan de la relación de dependencia, por lo que fue necesario su desplazamiento, Como lo expresara Montoya<sup>27</sup>, este tipo contractual, heredero de la *locatio-conductiooperarum* del derecho romano albergó la relación laboral hasta que se hiciera ostensible la notoria insuficiencia de las normas del derecho civil para atender su singular problemática. A partir de entonces, la figura del arrendamiento de servicios fue perdiendo gradualmente sus espacios y cediendo al contrato de trabajo la totalidad de las relaciones laborales. Según lo puntualizan Palomeque y Alvarez de la Rosa<sup>28</sup>, se trata del contrato en que una de las partes se obliga a prestar a la restante un servicio por un precio cierto; un contrato de duración en el que la actividad se presta sin subordinación y en el que se fija libremente el precio de los servicios. Concluye que es la propiedad inicial de los frutos (la ausencia de ajenidad), además de la libertad de actuación profesional al margen del poder directivo del empresario y hasta la posibilidad de no prestarlo personalmente, lo que mantiene el vínculo en el ámbito del arrendamiento de servicios, quedando hoy limitado a la función de encuadramiento de las relaciones de servicios prestados en régimen de autonomía.

Cierto es que las transformaciones del sistema productivo, de la estructura ocupacional y del modo en que se contrata actualmente el trabajo humano tiene a extender el ámbito de aplicación de esta forma contractual en relación con vínculos que quedarán antaño al margen de la figura. Hay que decir, en cualquier caso, que esta es la figura contractual de frontera más transitada con la del contrato de trabajo, pues es en esta que se dirime la condición de trabajo dependiente o autónomo y también la que con más frecuencia se transpone con ánimo fraudulento.

*Arrendamiento de obra.* Se caracteriza por el hecho de que no se pacta una determinada actividad (o servicio), sino un resultado o una obra que se ejecuta sin sometimiento a la dirección de quien la encarga, bien que éste último tenga y ejerza su derecho a especificar lo que pretende.

*Mandato.* La prestación del mandatario consiste esencialmente en la conclusión de actos jurídicos o la gestión de negocios jurídicos. En tanto figura hipotéticamente “fronteriza”, plantea problemas menos intensos de deslinde en virtud de su presunción de gratuidad y en la naturaleza de la indicada configuración de la actividad del mandatario –sustitución o encargo para realizar actos jurídicos o de gestión que inciden en la esfera jurídica del mandante - mientras que el contrato de trabajo, aunque no lo excluye, no supone normalmente la repercusión de los resultados de su prestación en la esfera jurídica del empleador. El trabajador no es sustituto o mandatario del empresario (aunque puede serlo) sino que realiza una actividad personal e infungible que, a diferencia del mandato, no admite el nombramiento de sustituto.

*Contrato de compraventa.* Si en algún momento pudo buscarse en este contrato el encuadramiento del vínculo que se suscita entre quien trabaja para otro a cambio de una remuneración, explicación semejante ya no es “de recibo”; no

<sup>27</sup> Conf.; Montoya Melgar, Alfredo en “Derecho del Trabajo”. Ed. Tecnos 1988 pag. 257.

<sup>28</sup> En “Derecho del Trabajo”, cit. en nota 5.

se acepta que el trabajo pueda ser sin más objeto o cosa vendida, ni aún en la versión de Carnelutti en el sentido de que el trabajo puede ser vendido en tanto energía. La radical negación del trabajo como mercancía, formalizada en la Declaración de Filadelfia de 1944 excluye que pueda volverse sobre una tal explicación.

*Sociedad.* Este contrato suscita alguna cuestión de delimitación con el contrato de trabajo, especialmente cuando el socio presta alguna actividad o algún servicio en tal calidad (es el caso de la sociedad colectiva, de los socios de industria, de los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y de los socios que aportan trabajo en cooperativas de otro tipo). En abstracto no es difícil identificar la diferencia entre uno y otro contrato, basado sobre todo en la inexistencia de la nota de ajenidad en el contrato de sociedad, puesto que el socio, a diferencia del asalariado, realiza su actividad en interés de una organización que al menos en parte le pertenece. Por otra parte, sostiene Montoya<sup>29</sup>, en el acuerdo societario se armonizan intereses coincidentes o orientados en el mismo sentido, en tanto que en el contrato de trabajo los intereses de trabajador y empleador difieren y pueden encontrarse en contradicción; los socios, por otra parte, se encuentran en un nivel compartido, en tanto trabajadores y empleadores se encuentran jerárquicamente ordenados. Desde otra perspectiva, Palomeque y Alvarez de la Rosa<sup>30</sup> señala que lo que pone a esos contratos sociales en relación fronteriza con el contrato de trabajo es, precisamente, la aportación de actividad y ha de entenderse que predomina uno u otro, según sean más relevantes las notas que expresan el común interés societario o, por el contrario, la ajenidad y la dependencia. El socio que aporta trabajo, como se expresó antes, no lo hace por cuenta ajena (sino para la sociedad que él mismo integra) y no recibe un salario sino que se le retribuye con el reparto de beneficios. Hay que admitir, no obstante que pueden convivir en la misma persona la condición de socio y la de empleado; la existencia de una relación laboral no queda desvirtuada por el hecho de que el trabajador sea además socio de la empresa<sup>31</sup>.

*Transporte.* Las zonas fronterizas entre el contrato de trabajo y el contrato de transporte no se presentan cuando una persona física ejercita la mera actividad de conducir o dirigir un medio de transporte, en cuyo caso es difícil poner en duda la presencia de un contrato de trabajo, sino en la muy frecuente situación en la que el transportista es, además de conductor, el propietario de su vehículo, pues convergen allí una prestación personal y una inversión cuya renta se persigue. Es en este contrato – cuando el transporte se realiza con un vehículo

<sup>29</sup> Conf., Montoya Melgar, en "Derecho del Trabajo" loc. cit. en nota 26.

<sup>30</sup> Conf. Palomeque y Alvarez de la Rosa, "Derecho del Trabajo" loc. cit. en nota 5.

<sup>31</sup> Así lo dice expresamente el artículo 27 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina – básicamente, un artículo dirigido a neutralizar el fraude operado a través de la utilización de formas societarias – que admite la simultánea presencia de la condición de socio y empleado ("socio-empleado") en los casos en que quien inviste la condición de socio de una cierta sociedad, presta a ésta toda su actividad o parte principal de la misma en forma personal y habitual, con sujeción a las instrucciones o directivas que se le impartan o pudieran impartírsele en cumplimiento de tal actividad. En Chile se entiende que ese doble vínculo puede suscitarse siempre que el socio que, además, presta servicios personales propios de una relación de dependencia, no sea socio o accionista mayoritario de la sociedad ni cuente con facultades de administración y representación de la misma (de múltiples dictámenes de la Dirección del Trabajo de Chile, citadas por Palavecino Cáceres, Claudio, en un apunte de estudios registrado en [https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/2/D128A0523/5/material\\_docente/](https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/2/D128A0523/5/material_docente/), en particular, Unidad 4 sobre Contrato de Trabajo).

propio –donde se han producido manifestaciones conspicuas de “deslaboralización”, como en el artículo 1.3.g del ET español, que excluye de la legislación laboral aquellos transporte que se realicen con carácter profesional (tarjeta de transporte) y con autonomía (vehículo propio), aún cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador. También la ley argentina 24653 (Ley Nacional del transporte de cargas) que en su artículo 4 inc. H define al fletero como: “el transportista que presta el servicio por cuenta de otro que actúa como *principal en cuyo caso no existe relación laboral ni dependencia con el contratante*”.

*Agencia.* Es un contrato que implica también una actividad personal, pero en este caso independiente, de un intermediario que en tal carácter promueve o concluye para otros actos u operaciones de comercio. Sus fronteras con el contrato de trabajo son de difícil definición, cuando el agente es una persona física. Lo que hace de este contrato una manifestación distinta del contrato de trabajo es la independencia del agente, que puede organizar su actividad profesional de acuerdo con sus propios criterios. Sí la diferencia reside sólo en la nota de la dependencia, la diferenciación se hace problemática; particularmente si se tiene en cuenta que la dependencia es un criterio que asume diversas intensidades.

*Trabajos de benevolencia, amistad o buena vecindad.* En ellos, el dato relevante es su causa, bien distinta de la del intercambio salarial; causa que conlleva la ausencia de contraprestación económica. Estos trabajos pueden desempeñarse en forma regular, aunque su carácter ocasional justifica de modo más directo la ausencia de remuneración. El Código del Trabajo de Paraguay, en particular, deja al margen de la legislación laboral a “...los trabajos que, sin tener carácter familiar, se ejecutan ocasionalmente mediante los llamados servicios amistosos y de buena vecindad”.

*Trabajos familiares.* En general, no implican un intercambio salarial cuando quienes ocupan las posiciones equivalentes a las del empleador y del trabajador conviven y conforman una comunidad o sociedad de facto que tiene fundamento en la idea de convivencia familiar. Desde luego, puede existir también un contrato de trabajo entre familiares próximos, que suele manifestarse cuando no se trata de sujetos convivientes. En el ordenamiento español se presume el trabajo familiar cuando sus familiares tienen convivencia con el empresario y son descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción (artículo 1.3.e ET español). En la ley argentina, el artículo 27 excluye la presunción de que se pueda tratar de un “socio-empleado” cuando se trate de sociedades entre padres e hijos y en el Código del Trabajo de Paraguay, su artículo 29 inc. a excluye de la regulación del contrato de trabajo a “...los trabajos de carácter familiar, en los que solamente estén ocupadas personas de la familia o por ella aceptadas, bajo la protección de uno de sus miembros, siempre que los que trabajan no sean asalariados”. La Ley Federal del Trabajo de México establece en su artículo 351 que “...con talleres familiares aquellos en los que exclusivamente trabajan los cónyuges, sus ascendientes, descendientes y pupilos”, para agregar en el artículo siguiente que “...no se aplican a los talleres familiares las disposiciones de esta ley, con excepción de las normas relativas a higiene y

seguridad”. Finalmente, la disposición complementaria cuarta de la ley 26413 interpreta “...por vía auténtica que *la prestación de servicios del cónyuge y de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular o propietario persona natural, o titular de una empresa individual de responsabilidad limitada, conduzcan o no el negocio personalmente, o para una persona jurídica cuyo socio mayoritario conduzca directamente el negocio, no genera relación laboral*”.

## **FRAUDE Y SIMULACIÓN EN LA CONTRATACIÓN LABORAL**

### **HUIDA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SIMULACIÓN RELATIVA**

Va de suyo que la calificación del vínculo como un contrato de trabajo lo pone en el ámbito de aplicación del derecho del trabajo, de los derechos y obligaciones que el mismo genera, naturalmente, de sus costos. De tal modo, es frecuente el intento de sustraerse a ese marco normativo, encubriendo el contrato de trabajo bajo otras figuras contractuales. Normalmente, aquellas que hemos considerado bajo el acápite de los contratos afines; es, precisamente, esa afinidad la que facilita el intento de encubrir el contrato de trabajo bajo sus ropajes, de modo de sustraerse a la aplicación de las normas laborales.

Son, por cierto, las manifestaciones fraudulentas del proceso que la doctrina ha calificado como de “huida del Derecho del Trabajo” que implica la creciente vocación de los empleadores y hasta de los poderes públicos, de poner ciertos vínculos al margen de la legislación laboral. Lo que puede hacerse de modo legítimo, mediante la contratación de (verdadero) trabajo autónomo o mediante los ya descritos ejercicios “oficiales” de “deslaborización”, o bien, con harta frecuencia, mediante la utilización simulada de los denominados “contratos afines”.

Se trata, claro está de manifestaciones de simulación relativa, entendida por tal aquellas que exhiben una forma distinta de la que en verdad el negocio tiene. No son, por cierto, simulaciones absolutas que son aquellas en que se asume la apariencia de un cierto tipo contractual respecto de un vínculo que en realidad no existe<sup>32</sup>. En el primer caso, el que ahora nos ocupa, la nulidad de la forma contractual simulada ha de dejar a la vista el contrato real —el contrato de trabajo— subyacente, y determinará la aplicación de las normas que corresponden a ésta, su verdadera naturaleza; en la simulación absoluta, en cambio, la nulidad del contrato simulado no deja subsistente manifestación contractual alguna pues, privado de causa, la consecuencia no puede ser otra que la de la nulidad radical.

Hablamos, pues, de simulación relativa cuando se ha pretendido ocultar un vínculo laboral tras las formas de otros contratos no laborales que exhiben alguna afinidad y se encuentra al margen del ordenamiento imperativo del Derecho del Trabajo. No es el caso de la simple ocultación del contrato de

<sup>32</sup> Como, por ejemplo, la creación de la imagen de una relación que en verdad no existe, para disfrutar, por ejemplo, del acceso a ciertas prestaciones sociales que derivan de la titularidad de un vínculo de trabajo dependiente (conf, Vida Soria, Monereo Pérez y Molina Navarrete Cristóbal, “Manual...” cit. en nota 8, pág. 475).

trabajo –el contrato de trabajo clandestino o “en negro”– que se pretende sustraer a la registración y al control; se trata en este caso, por cierto, de un incumplimiento –y grave– de las normas laborales insusceptible, no obstante de ser calificado como acto de simulación.

Los contratos afines al contrato de trabajo exhiben cierta aptitud para esos ejercicios de simulación. De tal modo, el contrato de agencia, denotado por el carácter independiente de la intermediación, suele encubrir vínculos de representación comercial ejercidos por trabajadores que se encuentran en realidad bajo el amparo de un contrato de trabajo. Los contratos de finalidad formativa pueden, a su vez, disimular vínculos de trabajo dependiente, generalmente de jóvenes, cuando aquella finalidad aparece en los hechos desnaturalizada, prevaleciendo en cambio el puro y simple intercambio salarial. Desde luego, las figuras societarias o el simple recurso a la simulación de una locación de servicios autónomos – o hasta de obra – sirven a la misma finalidad.

#### **LAS TÉCNICAS Y LOS PRINCIPIOS QUE SIRVEN PARA LA DEVELACIÓN DE LA SIMULACIÓN**

En primer lugar, el principio de primacía de la realidad, que impone la prevalencia de los hechos realmente sucedidos por sobre toda pretensión clasificatoria o documental que pretenda apartarse de ellos, es de muy genérico reconocimiento legal, doctrinario y jurisprudencial en los derechos del trabajo de América Latina<sup>33</sup>.

En los casos de simulación relativa, la presunción de laboralidad –particularmente en sus versiones “fuertes” como las que exhiben, entre otras, las leyes de Argentina, Colombia, República Dominicana, Costa Rica, Panamá, México, Paraguay y El Salvador, resulta un instrumento eficaz para su desarticulación, eliminándose la apariencia simulada creada por las partes y dejando a la vista la realidad subyacente.

Junto a ella, algunos ordenamientos cuentan con normas genéricas tendientes a neutralizar el fraude, como es el caso del artículo 14 de la LCT argentina, que declara nulo “... todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro modo...” para concluir que en tal caso “...la relación queda regida por esta ley”. Esta norma ha sido reproducida de modo textual en el segundo período del Principio IX del Código del Trabajo de la República Dominicana, cuyo texto reza: “El contrato de trabajo

<sup>33</sup> Principio aceptado en la mayor parte de los países de la subregión. Así, sólo a título de ejemplo en Uruguay, donde ante abusos practicados con figuras como la “empresa unipersonal” y otras modalidades para esconder una relación de trabajo dependiente (por ejemplo el contrato de arrendamiento de servicios), la jurisprudencia aplicó el principio de primacía de la realidad, analizando en los hechos la relación, sin tener en cuenta el nomen iuris del contrato. Conf. Mangarelli, Cristina, en “Evolución del Derecho del Trabajo en el Uruguay” en la obra “Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina, en homenaje a la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con motivo de su 50vo aniversario” (Arturo Bronstein, director) Rubinzal –Culzoni Editores, Buenos Aires 2007 pág. 431. En Perú, donde como ha dicho el Tribunal Constitucional, “...es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y , concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra constitución..” en cuyo mérito “...en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (Fundamento 3 dela STC No. 1944-2002-AA/TC). En Colombia es principio constitucional reconocido en el artículo 53 de la Constitución Nacional de ese país.



no es el que consta en un escrito sino el que se ejecuta en hechos. *Es nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido en simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación de trabajo quedará regida por este código*".

También la del artículo 9 de la Consolidación de las leyes del trabajo de Brasil, según el cual "...serán nulos de pleno derecho los actos practicados con el objeto de desvirtuar, impedir o sustraerse mediante fraude a la aplicación de los preceptos contenidos en la presente Consolidación". En el mismo sentido, el artículo 198 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, que habilita al Ministerio de Trabajo declarar a un vínculo como sujeto a las cargas correspondientes a su clasificación real, cuando una empresa se valga de diversos recursos para eludir las prestaciones de sus trabajadores.

Es también el alcance implícito del artículo 63 del Código del Trabajo de Panamá que establece que "...para la determinación de la relación de trabajo, o de los sujetos e la misma, se prescindirá de los actos y contratos simulados, de la participación de personas interpuestas como supuestos empleadores, y de la constitución u operación simulada de una persona jurídica en calidad de empleador y del artículo 478 del Código del Trabajo de Chile que "...sanciona la simulación cuando se trata de la contratación de trabajadores... y a quien utilice subterfugios, ocultando o alterando su individualización, que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales"<sup>34</sup>.

También en Uruguay, donde ante abusos practicados con figuras como la "empresa unipersonal" y otras modalidades para esconder una relación de trabajo dependiente (por ejemplo el contrato de arrendamiento de servicios), la jurisprudencia aplicó el principio de primacía de la realidad, analizando en los hechos la relación, sin tener en cuenta el *nomen iuris* del contrato. Algunos regímenes legales de la subregión incluyen además cláusulas particulares que procuran allanar el desmontaje de supuestos específicos de simulación relativa, normas estas que en general se sancionan cuando esas hipótesis de simulación se repiten de modo recurrente en la experiencia laboral de un país determinado, justificando que se les dispense especial atención. Es el caso, por ejemplo, del artículo 51 de la ley peruana 28518 que invalida los supuestos de desnaturalización de las modalidades formativas, determinando que debe en tales casos entenderse existente una relación laboral común. O bien el artículo 13 in fine del Código del Trabajo de Costa Rica, que sanciona de nulidad absoluta toda "simulación de sociedad u otros similar" tendiente a burlar las disposiciones de la ley. O el artículo 16 del código del Trabajo de Panamá, que consagra la responsabilidad solidaria de arrendador o arrendatario cuando "existieren contratos simulados o fraudulentos de arrendamiento de un establecimiento o negocio".

<sup>34</sup> Conf. Tapia Guerrero, Francisco J. en "La experiencia chilena: derechos laborales, corrientes y contracorrientes" en la obra "Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina, en homenaje a la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con motivo de su 50vo aniversario" (Arturo Bronstein, director) Rubinzal -Culzoni Editores, Buenos Aires 2007 pág. 258.

En el caso de la legislación argentina, además de la norma genérica transcrita líneas arriba, ha de mencionarse el artículo 102 de la LCT que establece que el contrato por el cual una sociedad, asociación, comunidad o grupo de personas, con o sin personalidad jurídica se obligue a la prestaciones de servicios, obras o actos propios de una relación de trabajo por parte de sus integrantes a favor de un tercero, en forma permanente y exclusiva, será considerado contrato de trabajo por equipoy, por tanto, *no un contrato comercial entre empresas*. Análoga función de neutralización de una simulación específica tiene el artículo 27 del mismo ordenamiento que al socio de una sociedad que presta a ésta toda su actividad o parte principal de ella en forma personal y habitual *y con sujeción a las instrucciones o directivas que se le impartan o pudieran impartírseles para el cumplimiento de su actividad*, se les ha de considerar (además de socios) trabajadores dependientes de la sociedad, previniendo de tal modo la utilización de la forma societaria para encubrir un contrato de trabajo.

En la experiencia chilena, "...un caso paradigmático de fraude a la ley laboral corresponde al empleo de la simulación relativa del contrato de trabajo, en cuyo caso, bajo la apariencia de un contrato civil o comercial amparado en una norma de cobertura de las respectivas legislaciones de fondo (Código Civil o de Comercio) se busca eludir la aplicación de la norma defraudada de naturaleza laboral..."<sup>35</sup> lo que, señala el autor, se realiza en Chile en especial a través de la cobertura del contrato de arrendamiento de servicios, mediante contratos que suelen denominarse "contratos de honorarios" que, como cualquier otro contrato civil (si de verdad lo fuera) entrega la determinación de su contenido a la autonomía de la voluntad. Según el autor, la reparación de esa estrategia de simulación relativa transita las ideas de la consensualidad del contrato de trabajo<sup>36</sup> y del denominado principio de primacía de la realidad.

---

<sup>35</sup> Conf. Ugarte Cataldo, José Luis, en op. cit. en nota 10 pág. 56

<sup>36</sup> Esto es, de la presunción (que como viéramos, no es tal) del artículo 8 del Código del Trabajo de Chile que, no obstante da cuenta del carácter consensual del contrato de trabajo

La tercerización de funciones propias de la empresa  
y la solidaridad en el pago de obligaciones laborales.  
Análisis del referente español, venezolano y ecuatoriano.  
Contexto colombiano

Leonardo CORREDOR AVENDAÑO

---

Profesor en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Nacional de Colombia  
y en posgrado en Derecho del Trabajo de la Universidad Libre de Colombia

## **Resumen**

La normatividad laboral ha quedado corta a la hora de auscultar nuevas formas de vinculación y contratación; puesto que se limitó a la verificación o filtro binario advirtiendo la existencia de la relación de trabajo. La solidaridad del beneficiario de la obra o labor se ha limitado a la subcontratación; siempre que la actividad de este sea inherente o conexas a la del contratista. Sin embargo, se evidencia un desequilibrio frente a aquellos que realizaban labores ajenas a las propias de la empresa contratante; en la medida que el tráfico comercial ha hecho que el núcleo de producción empresarial se haya descompuesto en varios procesos y subprocesos; que se diluye la responsabilidad patronal en tal grado que no permite establecer el grado de inherencia al objeto social del beneficiario. Por ende esta garantía de la solidaridad debe ser plena, y que estará a cargo del juez determinar caso por caso el grado de protección que se debe aportar a la parte débil, en función del grado de dependencia, desigualdad y escasez en la cual se encuentre, y de la manera de usar su poder la parte fuerte, quien está en mejor situación económica para exigir el cumplimiento de las obligaciones laborales para que no se traslade al extremo más débil de la relación el riesgo de insolvencia o irresponsabilidad de los contratistas independientes.

**Palabras claves:** Tercerización, solidaridad laboral, empresa.

## **Abstract**

Labour law has been short when it comes to examine new ways of bonding and recruitment; Since it is limited to verification or filter binary noting the existence of the employment relationship. The solidarity of the beneficiary of the work has been limited to subcontracting; the activity of this is inherent or related to the tradesmen. However, there is evidence of an imbalance against those who worked outside those of the contracting company; to the extent that commercial traffic has made the core of business production has broken down into several processes and threads; that weakens the employer responsibility in such a degree that does not allow to establish the degree of inherent to the social object of the beneficiary. Therefore this guarantee of solidarity must be full, and will be in charge of the judge determine case by case the degree of protection which must be provided to the weak part, depending on the degree of dependence, inequality and shortage which is, and how to use its power the strong part, who is in a better economic position to demand the fulfilment of labour obligations for not moving to end more weak the risk of insolvency or irresponsibility of independent contractors.

**Keywords:** Outsourcing, solidarity, labor, business.

## INTRODUCCIÓN

No es un secreto que el auge de transnacionalización e internacionalización de las relaciones económicas desde los años 80s ha provocado un paulatino debilitamiento de las instituciones jurídicas que caracterizan el derecho tradicional del Trabajo. El enfoque de los Códigos o Leyes del Trabajo se concentró en la figura jurídica del Contrato Laboral, donde confluyen los tres elementos distintivos, pero donde siempre la subordinación era la 'joya' a observar, dejando de lado o, más bien, dando por sentado que siempre existiría la noción de 'trabajador' asociado a la persona natural que presta su servicio sin delegación alguna; que la noción de patrono o empleador siempre estaría ligada a la persona natural (patrono) o persona jurídica (empleador), que sigue una noción de empresa asociada a: 1) Unidad(es) de explotación económica, 2) Dependencia de una misma persona, 3) Actividades similares, conexas o complementarias y 4) Tengan trabajadores a su servicio.

El Código Sustantivo del Trabajo (CST) se ha convertido en un 'filtro binario' donde la aplicación de la norma solamente se ha limitado a determinar o la existencia o no de una relación de trabajo; y discutir sobre la buena o mala fe del empleador, con el fin de obtener el pago de prestaciones, vacaciones, e indemnizaciones por falta de pago, esta última atractiva en razón de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, al tenor del artículo 65 del CST.

Entonces esta situación hace que las discusiones y puntos jurisprudenciales se limiten al alcance de las normas que están al interior del Código, y no hay una posibilidad de mirar más allá frente a normas o principios protectivos; sin perjuicio de los pronunciamientos que la Corte Constitucional ha emitido respecto a la protección de ciertos colectivos minoritarios –léase discapacitados, maternidad, sindicalistas– más no se observa un avance más allá de la normatividad en materia laboral, ni por parte del legislador ni por parte de la Corte Suprema de Justicia como órgano culmen de la Especialidad. Es prácticamente una jurisprudencia intrasistémica y que se torna aislada de los fenómenos sociales.



En la gráfica anterior podemos ver que el contrato de trabajo tiene una visión netamente fronteriza, pero su aplicación desconoce sus figuras colaterales que pueden estar en el seno de relaciones triangulares o fraudulentas de trabajo, y otros que se escapan del Derecho del Trabajo. En el primer caso encontramos figuras como el cooperativismo o la subcontratación; y dentro del segundo la función pública, la formación profesional o el trabajo gratuito.

Entonces bajo ese escenario jurídico estamos ante un proceso paulatino de desformalización del Trabajo, desde una arista externa (económica) y desde una arista interna (contrato de trabajo). Adentrándonos en esta última, estamos a la luz de un contrato de trabajo desmontado en su estructura, en una especie de zona nuclear reducida de contrato, una intermedia donde muchas actividades que no se califican como trabajo subordinado siendo trabajo personal, así como también formas jurídicas de vinculación y de flexibilización que cuestionan la forma tradicional de observar el elemento 'subordinación' obligando a relativizar el análisis de las relaciones jurídicas y las nuevas realidades –sobre todo en América Latina<sup>1</sup> –bajo la lupa de una mentalidad laboralista en cabeza del legislador, de la administración del trabajo y de la Justicia laboral como principal protagonista.

Una de esas variables dentro de la visión de esas 'nuevas realidades' se materializa en la llamada descentralización productiva como aquella atomización de las funciones misionales o del núcleo de producción de las organizaciones lucrativas; acudiendo a prácticas para-laborales, tales como la subcontratación, servicios eventuales y otras formas de intermediación que dan lugar a la segmentación de responsabilidades propios de la condición de empleador, donde se fragmenta y se reparte el poder de mando o dirección, la determinación del lugar y la organización del trabajo, la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación en uno o varios eslabones, que en últimas conllevan a la desprotección paulatina del trabajador y el desmedro del trabajo subordinado al no saber en últimas quien es el responsable de los riesgos y/o del favorecimiento por los servicios prestados.

## **LA DISCUSIÓN DE FONDO – LA TERCERIZACIÓN POR SUBCONTRATACIÓN Y EFECTOS JURÍDICOS**

Pues bien, teniendo en cuenta que una de las estrategias empresariales que se han implementado para encarar ese proceso de flexibilidad y competencia económica transnacional es, sin lugar a dudas la descentralización productiva mediante la subcontratación. Esta es, sin lugar a dudas una de las formas que ha mutado en la dinámica jurídica, puesto que dejó de ser un modo poco frecuente en los procesos de producción para la superación de necesidades coyunturales de labores específicas, detalladas o cubrir actividades por cúmulo o celdas de producción de poca incidencia dentro del quehacer de la empresa.

---

<sup>1</sup> MORALES RAMIREZ, Ma Ascensión. La desformalización interna del contrato de Trabajo en México. En: ¿Hacia un nuevo derecho del trabajo? Coord. Patricia KURCZYN VILLALOBOS. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 2003. pp. 50.

Conceptualmente el término ‘Subcontratación’ proviene de una figura comercial, que se incluye en el derecho empresarial en cuanto se considera que existe relación entre sociedades de tal naturaleza y/o entre un particular y una sociedad mercantil. Por ello, se identifica la vital importancia que adquiere el papel de la empresa en la vida del hombre, pues en gran medida hace parte de las relaciones diarias pues, en el ámbito laboral, o se es empresario o se es trabajador.

Hacia finales de los años ochenta, las normas protectoras en el fenómeno de la subcontratación comprendía la responsabilidad por el incumplimiento del subcontratista – que es precisamente la solidaridad – siguiendo la influencia francesa, ubicándola en el dueño de la obra por deudas salariales del contratista, y la prohibición del préstamo de mano de obra “*marchandage*”, figuras que de manera posterior se ven permiten y tan solo se limitan al tráfico abusivo por tener finalidad lucrativa y perjudicar al trabajador. Estas actividades más tarde fueron prohibidas a través de convenios de la OIT, como lo son el C34 de 1934, C49 de 1949 y finalmente el C155 de 1981<sup>2</sup>.

Ahora la subcontratación se constituye en una herramienta útil para afrontar un escenario de mercado más inestable y competitivo que ha llevado a la reorganización empresarial. Se rige sobre la base de la segmentación de los procesos de producción y la colaboración entre diferentes organizaciones ‘en principio’ independientes unas de las otras. Entra en desuso el control directo del ciclo completo de producción, en la medida que disminuye su rentabilidad; y cobra relevancia el vínculo de cooperación tendiente a la ‘concentración’ de la empresa de su actividad central y la transferencia de todas las demás actividades<sup>3</sup>, desarrollando un proyecto empresarial propio, articulado, que integra las empresas a una producción común con una colaboración contractual estable.

Al ser entonces una técnica de gestión de procesos productivos, se lleva a una dimensión netamente mercantil, en la medida que la colaboración empresarial es la que propugnará la estabilidad del contrato mercantil; más no así con la estabilidad o protección los trabajadores al servicios de la empresa nuclear por vínculo directo, y mucho menos frente a los trabajadores de las empresas ‘colaboradoras’. La transformación de estos vínculos se presentaría en dos aspectos 1) Contratación externa, donde la actividad desplegada se ejecuta directamente por el contratista por cuenta propia y asumiendo los riesgos de la misma, y 2) Colaboración con empresas auxiliares y su personal, que ejecutan el proceso segmentado que ciñe su vínculo con la empresa nuclear, bien sea de forma vertical (subcontratación/Empresas de Servicio Temporal) u horizontal (Red o Grupo Empresarial).

Sin dejar de lado ese primer aspecto, el cual tiene como punto importante para los asuntos laborales que se desplaza el trabajo dependiente de la empresa nuclear por trabajo autónomo coordinado de acuerdo a la necesidad; el segundo aspecto establece una división macro del trabajo y hace la abstracción de que su fragmentación es netamente mercantil entre empresas ‘formalmente

<sup>2</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio. La Deconstrucción del Derecho del Trabajo. Wolters Kluwer España – La Ley. Madrid. 2010. pp 153

<sup>3</sup> SANGUINETTI Raymond, Wilfredo. Derecho del Trabajo – Tendencias Contemporáneas. Grijley. Lima. pp 179.

distintas'; pero que en realidad la empresa principal conserva la titularidad del proceso global de producción, asumiendo de hecho una posición dominante sobre los trabajadores de las empresas auxiliares a fin de obtener los objetivos de la organización global, es decir, quiere diluir el vínculo laboral sin perder el control productivo.

Lógicamente esto implica la reducción progresiva y cada vez más acentuada de la estabilidad, la seguridad y las garantías que las normas laborales habían venido cubriendo a los trabajadores sujetos a una relación de dependencia<sup>4</sup>, el trabajador pierde el otrora 'sentido de pertenencia' frente a su empresa y transforma su calidad jurídica, a ser un prestador de servicio a un empleador atípico, –subordinado o difuso– y el trabajo se torna precario e inseguro<sup>5</sup> porque los costos fijos de la empresa principal ya serían convertidos en contingencias o costos variables que se asumirían en la base del recurso destinado a la subcontratación; a más que la estabilidad en el empleo ya no depende de la continuidad de la actividad productiva, sino del vencimiento del plazo establecido en la contrata principal.

Una de las consecuencias nocivas también estribaría en la reducción de condiciones de trabajo y el trato inequitativo de trabajadores directos frente a los de la contrata, situación que se materializa en que a estos últimos no se pueden extender los efectos de las convenciones (convenios) colectivas de la empresa principal; o bien fuera del ámbito de aplicación de un convenio sectorial (no aplicable en Colombia) en razón de que la contrata no tiene como objeto social el propio de la actividad económica agrupada a efectos de determinar el sector productivo, e incluso a la absoluta precarización cuando se acude a la subcontratación con empresas fuera del territorio nacional, donde se aplica la *lex loci* por encima de la ley laboral donde se recogen los resultados de la producción.

### **LA SOLIDARIDAD LABORAL EN LA TERCERIZACIÓN POR SUBCONTRATACIÓN— ECUADOR, VENEZUELA Y ESPAÑA**

Frente a esta situación el Derecho del Trabajo ha tenido una respuesta, que es la solidaridad; pero cada vez es más tenue frente a las 'nuevas realidades' detectadas, sobre todo en América Latina. Este es un mecanismo de control de una actividad que se considera lícita en principio, pero a *posteriori* puede ser nociva laboralmente hablando.

Entendiendo a la subcontratación como un fenómeno comercial del que puede predicarse la solidaridad; la teoría laboralista de esta dio sus primeros pasos en el sector de la construcción y obedece a la relación jurídica existente entre quien encarga la ejecución de una obra o servicio y el empresario que se compromete –contratista– en materia de información y prevención de riesgo

<sup>4</sup> RIVERO Lamas. Juan. La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del Trabajo. En AEDTSS Descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del Trabajo. Madrid. MTAS. 2000 pp. 33.

<sup>5</sup> RASO Delgue. Outsourcing. En AAVV Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y Derecho del Trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2000. pp. 43.



podrá predicarse la solidaria en cuanto la empresa contrata la propia actividad aún más cuando se desarrolla en el propio centro de trabajo.

En muchas legislaciones se ha acudido a la prohibición de las prácticas de subcontratación, como los casos de Ecuador y Venezuela. En el primero, el Mandato Constituyente No 8<sup>o</sup> aclara que la prohibición no es absoluta, pues solo incluye a las actividades propias y habituales de la empresa, y por ende excluye 1) actividades complementarias, de “...*vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria*”, 2) a los trabajadores de las empresas de servicios técnicos especializados que requieran las empresas del sector estratégico público, que podrán ser contratados civilmente, tendrán relación directa y bilateral con aquellas; y 3) a los trabajadores de las empresas de servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales del usuario (contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros) que estarían relacionados con el ejercicio de profesiones liberales. Sin embargo, en Ecuador esta prohibición se diluye sobre todo en el sector de hidrocarburos

No obstante, estas excepciones no exoneran al beneficiario de la responsabilidad solidaria, cuando menciona “...*la relación laboral operará entre los prestadores de actividades complementarias y el personal por ésta contratado en los términos de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio*”.

En Venezuela la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) también establece una prohibición, que es más radical que la ecuatoriana en cuanto restringe la subcontratación de actividades permanente dentro de las instalaciones del contratante, que se relacionen directamente con su proceso

<sup>6</sup> REPÚBLICA DEL ECUADOR. Mandato Constituyente No 1. 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.  
(...)

Artículo 3.- Se podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: *vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria*. Artículo 4.- En los contratos a que se refiere el artículo anterior, la relación laboral operará entre los prestadores de actividades complementarias y el personal por ésta contratado en los términos de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio (...).

Artículo 5.- En el contrato de trabajo que se suscriba entre la empresa que se dedica a actividades complementarias y cada uno de sus trabajadores, en ningún caso se pactará una remuneración inferior a la básica mínima unificada o a los mínimos sectoriales, según la actividad o categoría ocupacional.

#### DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA: Para el caso de las empresas del sector estratégico público, los servicios técnicos especializados que requieran dichas empresas, podrán ser contratados civilmente. Los trabajadores de las empresas de servicios técnicos especializados, tendrán relación directa y bilateral con éstas y se sujetarán a las disposiciones del Código de Trabajo.

SEGUNDA: Se podrá contratar civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales, o jurídicas con su propio personal y que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera. La relación laboral será directa y bilateral entre los prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores.

productivo de la contratante, aquellas sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma; para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante de manera directa o por entidades de trabajo creadas por el empleador; así como los contratos o convenios fraudulentos o simulados destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil<sup>7</sup>.

Es absolutamente claro entonces que hay unas prohibiciones que se justifican en lo señalado en el artículo 94 Constitucional, pero también existe un régimen de solidaridad en la subcontratación, y en los casos concretos se deben analizar dos elementos cualitativos para que proceda el reconocimiento de acreencias laborales a cargo del contratante, y son las de inherencia y conexidad las cuales pueden entenderse de acuerdo así, según el Artículo 48 de la LOTT y su Reglamento.

---

<sup>7</sup> LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS. Artículo 48. Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá:

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 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.

**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 beneficia 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.

	LOTTT	Reglamento/Jurisprudencia <sup>8</sup>
Inherencia	La obra que <u>participa de la misma naturaleza</u> de la actividad a que se dedica el contratante.	Cuando constituye de manera permanente una fase indispensable del proceso productivo desarrollado por el contratante, de tal forma que sin su cumplimiento no le sería posible satisfacer su objeto.
Conexidad	La obra que <u>está en relación íntima y se produce con ocasión</u> de la actividad a que se dedica el contratante.	Cuando 1. Las actividades estuvieren íntimamente vinculadas, 2. Su ejecución o prestación se produzca como una consecuencia de la actividad de éste, y Revistieren carácter permanente.

Así las cosas podemos extraer que el elemento más importante a analizar para la procedencia de la solidaridad es la permanencia de la actividad del contratista, a la par que sobre el particular está inserta la presunción de habitualidad, según la cual 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 conexos con la actividad propia de éste, salvo prueba en contrario.

En resumidas cuentas puede verse que los regímenes de que habla SANGUINETI<sup>9</sup> hay unos prohibitivos, cuya consecuencia ilícita serán las sanciones; pero sin dejar de lado los esquemas de solidaridad en la contratación.

Sobre este oleaje de desformalización interna del contrato de trabajo es pertinente detenernos en las connotaciones jurídicas laborales de la solidaridad en medio del auge de la tercerización y su ventaja económica para las empresas, que va en proporción inversa a la protección de los derechos del trabajador.

La cesión de la ejecución de una obra en parte o la totalidad de las actividades ocasiona una **pérdida de identidad del empleador**, y podría generar futuros fraudes dadas las variadas cadenas de subcontratación que puedan generarse con la consecuente dilución de la subordinación del trabajador al no saber si quien lo vincula es quien ejerce el ius variandi, o por el contrario es el contratante quien en verdad la ejerce.

Claro está que al existir vacíos legales y disposiciones ambiguas que regulan el enfoque de la subcontratación existen tantas percepciones como partes en cada relación; sin embargo, sea cual fuere el enfoque, siempre será el contratista principal el eje central en cuanto organiza con auxiliares de empresas la realización de una obra. Y en cuanto más se produzca subcontratación en cascada más se producen fraudes, por ello el contratista y el subcontratista **se**

<sup>8</sup> REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia de 24 de abril de 2008. Causa de JOEL ÁNGEL BERMÚDEZ contra SIDME, C.A., y C.V.G. BAUXILUM, C.A.

<sup>9</sup> SANGUINETTI Raymond, op. Cit pp 204-206.

**están unificando bajo la concepción de empresas** a efectos de prevenir riesgos laborales.

Hoy también vemos que la subcontratación estriba en el sector privado y también en el público. Este último fue enmarcado en un primer momento en la subvención pública pues no se creía que sólo podía tratarse de subcontratación en empresas del sector privado. Fue de manera posterior, como se evidencio con la democratización de la economía distribuyendo mejor los recursos a través de la desconcentración del poder económico. Por ende se han emitido tantas políticas que incentivan la subcontratación obrando de buena fe al cumplir un plan de subcontratación frente a colectivos preferentes como minusválidos, empresas pequeñas, mujeres, con el ánimo de incentivar ciertos sectores de la economía.

### **DISTORSIÓN DE LA ESTRUCTURA TRADICIONAL DEL CONTRATO DE TRABAJO – CRÍTICA JURÍDICA**

El impulso de la economía a través de la activación de empresas, mediante flexibilización y tercerización por *outsourcing* para reducir algunos servicios, ha sido una política constante que actualmente se maneja con mucha normalidad. Son muy frecuentes estas contrataciones en materia de Atención al Cliente, Distribución de procesos terminados, e incluso las famosas actividades desagregadas de ‘producción y operación’<sup>10</sup>; formas de vinculación estas que han hecho palpable la reducción del tamaño de la empresa de producción principal; a la vez creando una relación jerarquizada de las empresas dependientes de una principal, perdiendo entre otras cosas la nitidez del empresario, la estabilidad en el empleo y el derecho de asociación como consecuencia del desmoronamiento de la figura laboral.

En casos como el español, por el auge de la subcontratación se inició un proceso legislativo tendiente a fracturar la organización vertical que se le ha dado a la industria, la fragmentación vertical implica una cadena piramidal de empresas la cual transfiere fluidamente de unas a otras una cantidad imprecisa de secciones de actividad, delegando responsabilidades, hasta llegar en cadena al propio subsuelo del trabajo negro y/o clandestino. Este proceso contempla desviaciones del modelo clásico, algunas precisadas por OJEDA AVILÉS<sup>11</sup> y otras que se derivan de la práctica:

<sup>10</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de Misión de Evaluación de las plantas embotelladoras de Coca-Cola en Colombia. Ginebra. 2008. pp 46-48.

<sup>11</sup> OJEDA AVILÉS, Op. Cit. pp 139-142.

	<b>Aspecto empresarial</b>	<b>Aspectos jurídicos</b>	<b>Incidencias laborales</b>
Características	La ya mencionada <b>pérdida de la identidad empresarial</b> por el hecho de delegar en otras empresas la realización de algunas secciones del producto o servicio.	<b>Control de subcontratación</b> por medio de pliegos de condiciones exhaustivos y controles de ejecución a fin de evitar incumplimientos en los requisitos legales en materia laboral y de seguridad social.	<b>La reducción de condiciones de trabajo</b> para obtener mayores utilidades.
	<b>La disminución estratégica de los beneficios</b> incorporados en la empresa o sector en los convenios/conveniones colectivas.	<b>La seguridad y la salud son minimizadas</b> en las cadenas de subcontratación a fin de obtener mayores beneficios económicos.	<b>La Precariedad y la desigualdad manifiesta en el empleo</b> de las empresas auxiliares frente a la empresa principal y la estrategia de vinculación temporal o por obra.
	<b>La disminución técnica de las cualidades</b> de los productos terminados o los segmentos, y la aparición de empresas de poca garantía; fruto de la prolongación y multiplicación de la cadena de subcontratación.	Reducción a esquemas sencillos de <b>seudocontratación o cesión de trabajadores</b> a través de modelos como las cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales, con mayor influencia actualmente en el sector público.	<b>Debilitamiento de lo colectivo</b> , debido a que los pocos números de trabajadores en las empresas impiden la formación de comités empresariales.

Las anteriores condiciones constituyen en sí mismas características de la subcontratación y eliminación del contrato directo de trabajo a término indefinido al interior de las empresas. La reducción de la aplicación de las normas del derecho laboral encarnado en el Código Sustantivo del Trabajo, ha hecho que la regulación mercantil se preocupe por nivelar la desigualdad contractual entre el empresario principal y el subcontratista.

### **ASPECTOS PUNTUALES DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA – CONCEPTUALIZACIÓN PARA EL CASO ESPAÑOL**

En un interesante análisis, OJEDA AVILÉS nos ha discriminado los alcances de la responsabilidad en materia de subcontratación, los cuales abordaremos a partir del contenido del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, que señala y resaltamos como elementos distintivos<sup>12</sup>:

<sup>12</sup> Artículo 42. Subcontratación de obras y servicios.

1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables

<p>1.El deber de control de los contratantes en las cuotas a la Seguridad Social, frente a la contrata o subcontrata de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos; y la exoneración de dicha responsabilidad en el recabo frente a la Tesorería General de la Seguridad Social en el plazo de 30 días.</p>	<p>2. Responsabilidad solidaria del empresario principal, de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata y durante el año siguiente a la terminación de su encargo.</p>
<p>3. Exclusión de responsabilidad laboral cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación de la vivienda familiar o cuando el propietario no contrate la realización de la obra o servicio por razón de una actividad empresarial.</p>	<p>4. Deber de informar sobre la contrata y subcontrata y el empresario principal por escrito tanto a sus trabajadores como a la Tesorería General de la Seguridad Social.</p>

En el caso de España tendríamos entonces un parámetro objetivo de verificación de solidaridad y es que el objeto de la subcontratación sea la ejecución de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal; es decir que el criterio es netamente concerniente al objeto social de este, sin que – como es el caso venezolano – la permanencia sea su denominador común.

La jurisprudencia descubrió que no existe una clara determinación por el empresario principal en conocer el último eslabón de su cadena de contratación, excepto en tres casos:

y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

**2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.**

**No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.**

3. Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la *Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen*.

4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64.1.1 de esta Ley, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

- a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
- b) Objeto y duración de la contrata.
- c) Lugar de ejecución de la contrata.
- d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

5. La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 anterior y las letras b) a e) del apartado 4. (Redactado según el Ley 12/2001)

1. En los casos de concurrencia continuada de las empresas (subcontratistas) en un mismo centro de trabajo.
2. Por disposición legal existe un libro denominado Libro de Subcontratación donde constan una amplia variedad de datos sobre de cada una de las subcontratación y trabajadores autónomos que han operado en ella desde el principio.
3. En el caso de los contratos de obras y servicios públicos, se exige información de contratistas al comitente público sobre la subcontratación a realizar las indicaciones de las partes de la obra cedidas a terceros.

¿Cómo se enmarca la responsabilidad derivada de esta solidaridad? El artículo 42 del ET indica que los empresarios que contraten o subcontraten con los otros la realización de obras o servicios a la 'propia actividad'<sup>13</sup> responderán solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por estos con sus trabajadores y de las referidas a la seguridad social durante el periodo de vigencia de la contrata.

Entendida la 'propia actividad' como la actividad inherente, estrictamente necesaria o absolutamente indispensable para la actividad de la empresa principal, la empresa auxiliar se subordina a otra, obedece instrucciones de esta, de la misma manera seguirá condiciones en materia de trabajo de su propio personal. Por ello el citado artículo 42 responsabiliza a la empresa principal de las decisiones laborales vinculadas; en cuatro elementos definitorios, así:

<sup>13</sup> Las sentencias del Tribunal Supremo – Sala de lo Social STS 1813/2008 SSTS 18-1-1995 (rec.- 150/94), 29 -10-1998 ( rec.- 1213/98), 24-11-1998 (rec.- 517/98), 22-11-2002 (Rec.- 3904/01), y 20-7-2005 (Rec.- 2160/04); han considerado que por "propia actividad", se considera la "actividad inherente" "estrictamente necesario" o "absolutamente indispensable" para la actividad de la empresa principal, que traducido a la empresa privada se concreta en las operaciones o labores que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, en concreto las que son inherentes a la producción de bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado excluyendo las tareas "complementarias o no nucleares" y que referido a una actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función (tesis del ciclo productivo o de las actividades inherentes aplicada al sector público). Se aprecia claramente cómo por una parte no constituye obstáculo alguno para aplicar el art. 42 ET a cualquier contratación efectuada por empresas públicas y cómo la aplicación de la doctrina depende de si se considera o no la actividad contratada o externalizada como parte esencial o no de la actividad de la empresa principal o comitente.

<p><b>Subjetivo: Empresarios de la cadena involucrados</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Pirámides – donde el contratista es gestor o intermediario entre el comitente y uno o varios subcontratistas, y aun estos no ceder todo o parte de su pedido a un cuarto escalón a cambio de un beneficio principal.</li> <li>• Relación de dirección e intervención en las condiciones de trabajo y en la ejecución de la actividad del trabajador.</li> <li>• El promotor es solidariamente responsable cuando uno de los eslabones empresariales incumplía sus obligaciones dado el fraude oculto tras las cadenas de subcontratación. Teoría de la culpa in vigilando, por la falta de supervisión empresarial sobre el trabajador accidentado como actitud negligente. Desconocimiento por parte del beneficiario de la obra el que el contratista subcontratara a otra firma y esta a su vez un tercer nivel empresarial que contrato el trabajador para aquella tarea.</li> </ul>	<p><b>Funcional: Actividades de la contrata donde opera la responsabilidad del principal</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Determinada por el tipo de actividades de las empresas contratante y contratistas para determinar la existencia de una responsabilidad solidaria, sean aquellas internas o externas, fundamentadas en el ciclo productivo de la empresa.</li> <li>• Es la teoría funcional la que vincula la interioridad empresarial con el ciclo productivo o normal actividad de la empresa contratante.</li> <li>• Las tareas a ejecutar en el interior de la empresa son coligadas a la organización técnica de la empresa e inherentes en modo principal (estrictamente referidas) o accesorio y auxiliar al ciclo productivo. • Quedan excluidas las actividades indispensables – complementarias inespecíficas o de apoyo para que la empresa funcione, como la limpieza, la vigilancia o la restauración.</li> <li>• El criterio locativo no resulta ser suficiente a la hora de determinar responsabilidad solidaria, hay empresas externas que practican partes inherentes o esenciales del producto.</li> </ul>
<p><b>Material: Conjunto de derechos laborales garantizados con la corresponsabilidad</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El concepto de obligaciones de naturaleza salarial incluye 1) Remuneración que percibe por cualquier concepto, del empleador, 2) conceptos con vertiente salarial (plus de transporte), 3) Tenuemente los salarios de tramitación, 4) recargo de prestaciones (siempre por declaración de solidaridad).</li> <li>• En el artículo 42 del ET, se limita la responsabilidad a los derechos retributivos y no como antes en cuanto amparaba a todas las condiciones de trabajo durante el periodo de contratación.</li> <li>• Fue por ello que se generaron bastantes litigios en aras de determinar las obligaciones de naturaleza salarial.</li> </ul>	<p><b>Temporal: Duración de la corresponsabilidad</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Deudas atrasadas del contratista y/o las del periodo de ejecución de la contrata en el establecimiento del principal para aportar su esfuerzo en la obra o servicio del mismo.</li> <li>• Puede haber responsabilidad subsidiaria en incumplimiento de contrata no pertenecientes a la propia actividad del principal.</li> <li>• Al limitar la responsabilidad al periodo de vigencia del contrato, retrocediendo el nivel de protección otorgado por las leyes o por la interpretación de las mismas.</li> <li>• Dado que al limitar la responsabilidad a la vigencia del contrato atenta contra la prescripción que en materia de derechos laborales puede practicarse de forma posterior.</li> </ul>

Los elementos que se establecieron en las anteriores líneas nos permite determinar jurídica y probatoriamente las situaciones por las cuales procede declarar la solidaridad

- Por regla general, la solidaridad se predica en cuanto la empresa contrate la propia actividad de su objeto social – misionalidad, entendida también como aquella inherente, estrictamente necesaria o absolutamente indispensable para la actividad de la empresa principal
- En otro sentido también puede considerarse propia actividad las operaciones o labores que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, a la producción de bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado
- Tenemos también que el contratante o beneficiario continua ostentando una relación directa de dirección e intervención en las condiciones de trabajo y en la ejecución de la actividad del trabajador.



- Uno de los postulados esenciales para la solidaridad en la actividad necesariamente estriba en la permanencia de la actividad desplegada y su duración concomitante con el ciclo productivo del contratante, es decir, una fase indispensable del proceso productivo desarrollado por el contratante, de tal forma que sin su cumplimiento no le sería posible satisfacer su objeto.
- El criterio locativo es suficiente a la hora de determinar responsabilidad solidaria, hay empresas externas que practican partes inherentes o esenciales del producto.
- Encontramos en Venezuela un criterio de actividad inherente que se relaciona estrechamente con la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante.
- También del ordenamiento venezolano encontramos el presupuesto de Conexidad, entendida como aquella obra que está íntimamente vinculada con la del contratante, su ejecución se produce como consecuencia de la actividad a que se dedica el contratante y también revistiere carácter permanente.
- Finalmente, habría solidaridad cuando las tareas a ejecutar en el interior de la empresa son coligadas a la organización técnica de la empresa y estrictamente referidas al ciclo productivo.
- Contrario sensu, se excluyen tareas complementarias o no nucleares, que se entienden alejadas de la noción 'propia actividad' como las actividades vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, limpieza; a los trabajadores de las empresas de servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales del usuario como la contabilidad, propaganda, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, y otros que estarían relacionados con el ejercicio de profesiones liberales.

En este contexto iniciaremos el análisis de nuestra normatividad relacionada con la solidaridad en la tercerización

## **EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y SU TRATAMIENTO EN LA SOLIDARIDAD LABORAL DE LA CONTRATACIÓN TERCERIZADA**

La noción colombiana sobre el tema que estamos discutiendo, ha visto su regulación inicial en el Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, donde ha consagrado sus principales presupuestos, los cuales han sido objeto de desarrollo jurisprudencial, así:

**ARTICULO 34. 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.*

La mirada jurisprudencial está en manos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha establecido parámetros de observancia de la norma arriba citada; de la siguiente forma:

1. El artículo 34 presupone la existencia de dos relaciones jurídicas (contrato de obra y contrato de trabajo). Si la obra o labor es extraña a las actividades normales de quien encargó su ejecución el contrato de obra sólo produce efectos entre los contratantes; Si por el contrario ella pertenece al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo, los efectos jurídicos surgen entre los contratantes y los trabajadores del contratista independiente.
2. Entonces no es suficiente si se estructura un relación de contratista independiente para la ejecución de la obra, sino que entre el contrato de obra y el laboral **medie un nexo de causalidad**, es decir, si la obra o labor pertenezca a las actividades normales de quien encargó su ejecución. Si es ajena a ellas, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo la acción solidaria del Art. 34 CST. **Solo su ejecución puede permitir al intérprete descubrir el verdadero animus de los contratantes**, de forma sistemática como lo enseña el Art. 1622 del Código Civil<sup>14</sup>.
3. La solidaridad laboral difiere de la convencional del Derecho Privado, puesto que en esta, el acreedor puede demandar a un solo deudor y exigir de éste la totalidad de la obligación, sin necesidad de ejercerla contra los demás; mientras que la primera es una acción legal en garantía de los derechos del trabajador, y exige la comparecencia en juicio del principal obligado – empleador– y de la persona o entidad beneficiaria de la obra.
4. Dentro del contenido de las obligaciones solidarias establecido por el Código Civil, éstas son conocidas por los obligados *ab initio*, en tanto que en la especial solidaridad legal estatuida por el art. 34 comentado, se parte de la

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia del 11 de agosto de 1964 MP José Joaquín Rodríguez.

declaración de la existencia de las obligaciones laborales, para deducir de tal existencia de aquella solidaridad legal donde se analiza **si las labores ejecutadas por el trabajador a órdenes del contratista, resultan extrañas o no a las actividades normales del beneficiario**<sup>15</sup>.

5. Uno de los vocablos más trascendentes para el estudio de la solidaridad es el de 'labores no extrañas' que se viene consolidando a partir de 1968, sosteniendo que el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, pues este resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales<sup>16</sup>.
6. Si la actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores<sup>17</sup>.
7. Se tiene por sentado por parte de la Sala de Casación Laboral que el contratista independiente ejecuta directamente la obra o el servicio, lo hace con sus trabajadores, con sus propios medios y obra con plena autonomía patronal, y es claro que el **contratista independiente es el verdadero empleador**.
8. La solidaridad es la garantía propia del carácter tuitivo del derecho del trabajo, en caso de incumplimiento de las obligaciones salariales, prestacionales e indemnizatorias a cargo del empleador, en el sentido de hacer responsable por los mismos créditos al usuario de los servicios o dueño de la obra, cuando se trata de **labores propias o inherentes al giro normal de sus actividades**<sup>18</sup>. Lo que se busca con la solidaridad laboral del Artículo 34 del CST es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales del contratista o se camufle la responsabilidad laboral del contratante pues este es en últimas quien directamente se beneficia del servicio prestado<sup>19</sup>.
9. El Código Sustantivo del Trabajo en Colombia, al referirse a "labores extrañas a las actividades normales, de la empresa o negocio", para configurar la excepción al principio legal de la responsabilidad solidaria, obviamente

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sección Segunda Sentencia del 27 de noviembre de 1970. MP Miguel Ángel García B.

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia del 25 de mayo de 1968, citada entre otras en la del 26 de septiembre de 2000, Rad. 14038.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. sentencia del 24 de agosto de 2011, Rad No 40.135 MP Francisco Javier Ricaurte Gómez

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Sentencia 9191 del 13 de diciembre de 1996.MP Francisco Escobar Henríquez.

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Sentencia del 2 de junio de 2009. Rad. No 33082 MP Gustavo José Gnecco Mendoza.

incluyó dentro del ámbito de la regla general todas aquellas obras inherentes o conexas con las actividades ordinarias del beneficiario”<sup>20</sup>.

10. La jurisprudencia decantó en 2013 la posición cualitativa sobre la solidaridad, manifestando que esta procede, se requiere que 1) la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra **una necesidad propia del beneficiario**, 2) que ella constituya **una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico**.
11. Por ello se debe valorar probatoriamente **la actividad específica desarrollada por el trabajador**, así como también el objeto social del contratista y el del beneficiario de la obra<sup>21</sup>; siendo este último elemento el más importante a la hora de establecer al marco de solidaridad del Art. 34 CST<sup>22</sup>.
12. También se ha señalado que la responsabilidad solidaria comprende el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, agotando los supuestos del artículo 34 CST, es decir, 1) existencia de un contratista independiente, de un contratante o beneficiario de la obra, 2) existencia de trabajadores del contratista en la prestación del servicio y 3) que las labores no eran extrañas a las ordinarias de la empresa, lo que no se presentó en los autos<sup>23</sup>.
13. El ámbito material involucra entonces el pago de los salarios y prestaciones luego de producirse el fenecimiento del contrato de trabajo, así como también respecto de las eventuales indemnizaciones a cargo del empleador, con independencia de su causa originaria, y aun cuando surjan como consecuencia de una conducta atribuible al contratante; **la solidaridad emana de la ley, y viene a ser parte del efecto de la responsabilidad, trayendo al responsable solidario como un garante de las obligaciones que emanan originalmente del empleador**<sup>24</sup>.
14. Incluso esta solidaridad ha considerado el reconocimiento de la Indemnización por falta de pago consagrada en el Art. 65 CST, la cual, a pesar que analiza única y exclusivamente la conducta y obrar del empleador,

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 13 de noviembre de 1968 MP Edmundo Harker Puyana.

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Sentencia de 6 de marzo de 2013 Radicación N° 39050 MP Carlos Ernesto Molina Monsalve.

<sup>22</sup> La Corte precisó en la sentencia atrás citada que *“Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado”* (Negrilla fuera de texto).

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Sentencia de 23 de septiembre de 2008 Rad No. 34004 MP Eduardo López Villegas.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Sentencia de 2 de mayo de 2012, Rad No 39714 MP Carlos Ernesto Molina Monsalve.

si procede su pago, la mala fe de este no conlleva la exoneración de la condena al beneficiario o dueño de la obra; lógicamente demostrando los elementos que exige la ley para que proceda la solidaridad respecto de este, como ya se ha venido anotando<sup>25</sup>.

Sin embargo, recientemente en sede de constitucionalidad, la Corte Constitucional revisó el contenido y alcance del aparte del artículo 34 del que hemos hecho alusión en la Sentencia C-593 de 2014<sup>26</sup>, pero petrificó esta interpretación jurídica sin tener en cuenta los avances económicos y extrajurídicos de las relaciones laborales que implican el avance y la expansión tuitiva frente a las nuevas realidades.

### **POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA SOLIDARIDAD LABORAL DEL ARTÍCULO 34 CST**

Demandan la inconstitucionalidad del citado artículo 34 CST, considerando que la disposición acusada infringe el derecho a la igualdad y el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. El cargo principal se enfoca a señalar que la norma crea una distinción inconstitucional entre los trabajadores que laboran en actividades extrañas a las labores normales de la empresa contratante y los demás trabajadores, que implica una desprotección a los primeros al no tener una acción de responsabilidad solidaria del dueño de la obra; lo que exige otorgar el mismo trato en cuanto a garantías de protección por parte del legislador. Aúna que la disposición vulnera el principio de la primacía de la realidad sobre las formas por cuanto el mercado laboral está marcado por la tercerización y en ese orden de ideas, un grupo significativo de empleados estaría desprotegido con la norma demandada.

### **ANÁLISIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Luego de establecer el marco de protección constitucional al trabajo, la Corte Constitucional acentúa su precedente jurisprudencial en el sentido que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión; como valor fundante del Estado Social de Derecho, directriz orientadora de políticas públicas de pleno empleo y de medidas legislativas; como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales; y como derecho y deber social que goza de un núcleo de protección subjetiva inmediata y con carácter de fundamental; así como de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social<sup>27</sup>. Protección relativa tanto en el empleo dependiente como en el ejercicio independiente<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Sentencia SL720-2013 de 2 de octubre de 2013 Rad No. 41848. MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

<sup>26</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-593 de 2014 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>27</sup> Corte Constitucional. C-107 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>28</sup> Corte Constitucional. C-614 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

De lo dicho por la Corte Constitucional, si bien el legislador ha creado figuras que flexibilizan el clásico contrato laboral y crea nuevas modalidades de contratación y de asociación para fines productivos, en el ámbito del artículo 34 CST, la Corte Suprema de Justicia ha impuesto límites encaminados a evitar los abusos de poder, evitar la suplantación de un verdadero contrato laboral y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el desarrollo del mismo, como en los casos de las Cooperativas de Trabajo Asociado<sup>29</sup>, en las empresas de servicios temporales y en aquellos contratos de prestación de servicios que, en realidad esconden un verdadero contrato laboral o la responsabilidad<sup>30</sup>. De esta manera, se facilita a los trabajadores el cobro de los salarios y prestaciones sociales y se hace frente a posibles incumplimientos, dificultades económicas o simulaciones del contratista independiente, cuando se les utiliza para desarrollar funciones propias de la empresa, directamente vinculada con su objeto económico o que no es ajeno a su actividad económica principal<sup>31</sup>. Por su parte, la Corte Constitucional, por su parte, ha concedido acciones de tutela, previa verificación de cumplimiento del requisito de la subsidiariedad, dando aplicación al principio de solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo, reiterando los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en lo relacionado con la necesidad de establecer si efectivamente se estaba en presencia de actividades propias de la empresa contratante, en sentencias T-476 de 1996<sup>32</sup>, T-167 de 2005<sup>33</sup>, T-471 de 2008<sup>34</sup>, T-303 de 2011<sup>35</sup> y C-614 de 2009<sup>36</sup>.

La Corte Constitucional ha impuesto límites al uso irregular de la contratación independiente, imponiendo el pago solidario tanto del contratista independiente como de la empresa que se beneficia de la labor. Elaborando el test de proporcionalidad adopta el criterio de distinción entre el uso legítimo y constitucionalmente válido de la tercerización y aquél uso irregular y vulneratorio de los derechos de los trabajadores. Este es **la determinación si el empleado realiza funciones propias del giro ordinario de la empresa o entidad, o que no son labores extrañas al desarrollo de la empresa**. La distinción se justifica en el evitar que la referida empresa utilice la llamada tercerización para evadir las obligaciones laborales y esconda verdaderos contratos realidad para desarrollar las funciones o labores que le son propias para cumplir su objeto social.

<sup>29</sup> Corte Constitucional. C-211 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz

<sup>30</sup> Corte Constitucional. C-090 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo donde se analizó la expresión "laborales", del artículo 1 de la Ley 1258 de 2008, que limitaba la responsabilidad de los accionistas de una SAS al monto de sus aportes, incluso frente a obligaciones laborales de la sociedad -y tributarias o cualquiera otra naturaleza-, con excepción de las referidas en el artículo 42 de la misma ley respecto de aquellas contraídas por la sociedad en fraude a la ley o perjuicio de terceros, respecto de las cuales opera la responsabilidad de accionistas y administradores

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Sentencia del 1 de marzo de 2011 Rad. 35864 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Sentencia Rad. 14038 del 26 de septiembre de 2010

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-476 de 1996.M.P. Fabio Morón Díaz

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-167 de 2005 Alfredo Beltrán Sierra

<sup>34</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-471 de 2008 , M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-303 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Pero ¿qué sucede con los trabajadores del contratista independiente que pertenece a labores ajenas o extrañas de dicho giro ordinario? No estarían protegidos por la solidaridad laboral. Para la Corte Constitucional ellos, al desarrollar labores disímiles son contratados para ejecutar labores que no son propias de la compañía y se reputan ajenos a su negocio; mientras que aquellos que desarrollan funciones propias del giro ordinario de la empresa, pueden asimilarse a los trabajadores de la empresa misma.

Bajo ese entendido la medida es conducente para promover estos objetivos –proteger la actividad del trabajador y los excesos empresariales al eludir ciertos derechos– y es idónea para alcanzar el fin propuesto por la norma con un importante grado de probabilidad. Así, una vez la empresa decida contratar a través de un tercero la ejecución de actividades directamente vinculadas con su objeto, se verá sujeto a la responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales de los trabajadores del tercer contratista. De igual manera, los referidos trabajadores cuentan con una garantía que sus derechos serán reconocidos ya no sólo por aquél que lo ha contratado directamente sino, en forma solidaria, por quien se beneficia de sus servicios.

El decir de la Corte es que el trato es proporcionado, y permite proteger y garantizar los derechos de los trabajadores sin imponer cargas excesivas a ninguno de los extremos de la relación laboral. Sobre este particular es razonable que el legislador infiera que el empleador que contrata con un tercero la prestación de un servicio propio de su giro ordinario, pueda estar encubriendo verdaderos contratos laborales, y en virtud de ello la ley lo hace responsable de forma solidaria con los pagos de los salarios y de las prestaciones sociales.

## **CONSIDERACIONES PERSONALES**

A nuestro modo de ver, la Corte Constitucional colombiana protege a estos trabajadores, y al mismo tiempo marginó a los trabajadores que no desarrollan labores propias, inherentes, o aquellas que son ajenas al giro ordinario de los negocios de la empresa contratante. Sostiene que imponer al empresario principal el pago solidario de cargas laborales de cualquier tipo de contratación que realice, dificultaría el tráfico jurídico y la efectiva contratación de personal para los efectos para los que fue creado.

Manifiesta la sentencia – de forma infortunada – que en el test de proporcionalidad se torna excesivo que – por ejemplo – una compañía de zapatos que contratara el arreglo de sus computadores o de su fachada, se hiciese responsable de los salarios y demás cargas laborales de los trabajadores de la empresa contratista.

En últimas lo que hace es llevar el argumento *ab absurdum* para desacreditar el sentido de protección de este trabajador, puesto que desconoce que hay actividades que inicialmente se externalizan pero que paulatinamente se van convirtiendo en objetos adheridos. Observando la parte inicial de estas líneas podemos inclusive ver que lo que *prima facie* es una actividad externa o extraña, posteriormente se convierte en una labor conexas, inherente o propia de la actividad de la empresa – como el caso del outsourcing estratégico, de los ensamblajes de circuitos como servicios especializados en la fabricación de teléfonos móviles,

los call centers en la atención al cliente de empresas de servicios públicos – donde el usuario es la fuente del ingreso por la prestación del servicio – entre otros que se verían desprotegidos con la exclusión de esta solidaridad por “exceso”; o las profesiones liberales que se insertan en el núcleo de explotación económica y se impone la subordinación por control periférico.

Precisamente el salvamento de voto, cuyo planteamiento está resumido en el comunicado de agosto de 2014 emitido por la presidencia de la Corte Constitucional, partiendo de la base que el artículo 34 CST excluye del beneficio de responsabilidad solidaria a los trabajadores al servicio de un contratista independiente y que desarrollan labores ajenas o extrañas a las actividades normales de la empresa contratante los cuales, en condiciones de igualdad e intermediados – en su vinculación jurídica – frente a los que realizan labores propias de la empresa contratante. Este trato diferenciado es contrario al principio de igualdad; lo que omitió la sentencia mayoritaria fue examinar en debida forma los requisitos que establece el test de razonabilidad para considerar que este tratamiento diferenciado se ajustaba a la Constitución, por cuanto no se verificó su idoneidad para alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima.

Y hallamos razón de la manifestación del comunicado respecto a la oposición frente a la sentencia de la mayoría; puesto que el test de razonabilidad en sus tres componentes, tomaron tensiones entre principios que no corresponden al alcance y sentido de la norma constitucional que se alineación respecto de la disposición demandada.

Así podemos extraer los principales elementos para hacer el test, y se realiza de acuerdo con los postulados que expone el profesor Robert ALEXY en su obra “Teoría de los Derechos Fundamentales” sobre los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad/razonabilidad en estricto sentido<sup>37</sup>.

La medida consiste en que la solidaridad no está prevista para los trabajadores al servicio de un contratista independiente que realizaban labores ajenas a las propias de la empresa contratante; circunstancia esta que genera un desequilibrio frente a aquellos que, también siendo trabajadores al servicio de un contratista independiente, realizan **funciones propias del giro ordinario de la empresa o entidad, o que no son labores extrañas al desarrollo de la empresa.**

El juicio de finalidad/idoneidad se dirigió a señalar que la solidaridad era una figura completamente válida para proteger trabajadores contra la llamada tercerización para evadir las obligaciones laborales y esconda verdaderos contratos realidad para desarrollar las funciones o labores que le son propias para cumplir su objeto social. Sin embargo, esta protección es la que la misma norma legal contempla pero no la extiende a los trabajadores que precisamente no la tienen y que se ven en condiciones de desequilibrio constitucional.

Quiere decir que no se hizo juicio de idoneidad puesto que no se contempla la posibilidad de poner a prueba los principios constitucionales en tensión, sino que hace una comparación únicamente a nivel legal y tautológica, al nivel de la

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2008. pp 524-530.



misma norma, sin hacer un juicio de constitucionalidad entre la igualdad de trato y la actividad empresarial.

En vez de procurar las prerrogativas sociales de la actividad desprotegida, que es el cargo de inconstitucionalidad como juicio de finalidad del trato diferenciado, lo que hizo fue defender la constitucionalidad de la garantía de solidaridad que ya existe; más no de la constitucionalidad de la discriminación.

En la sentencia se afirmó la solidaridad es idónea para garantizar los derechos de los trabajadores que realizan labores propias de la empresa contratante, pero – en el decir del salvamento – se omite decir el por qué la exclusión de los trabajadores que realizan otro tipo de labores constituye un mecanismo adecuado para garantizar los derechos de los primeros. Así, la medida no tiene tan siquiera la evaluación de idoneidad, y si se quiere esta se torna inidónea, pues nada aporta para la protección de los trabajadores que prestan sus servicios de quienes realizan otro tipo de actividades sean excluidos del beneficio de la solidaridad; el hecho de justificar la discriminación de la norma.

El juicio de finalidad tampoco supera su ámbito de legitimidad constitucional puesto que no tiene en cuenta las realidades laborales, en especial por la ausencia de norma superior que vea justificada la diferencia de trato que establece la expresión acusada; más si se ve la discriminación que contradice la especial protección al trabajo en todas sus forma, en el sentido que las dos categorías de trabajadores tengan distintas garantías para reclamar el pago de sus acreencias laborales en función de que la obra realizada guarde relación con el objeto social de la empresa para la cual prestaron sus servicios; pero que en su vinculación son igualmente enganchados por un contratista independiente para prestar sus servicios para un tercero.

Por último, en cuanto a la razonabilidad/proporcionalidad en estricto sentido, jamás la sentencia (posición mayoritaria) se tomó la tarea de analizar la premisa propia de la ley de ponderación, donde se observa que *“...cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*. Este juicio eludió examinar algún tipo de alternativa que permitiría garantizar de mejor manera los derechos de los trabajadores, sin imponer cargas excesivas a ninguno de los extremos de la relación laboral, en este caso frente a un empresario no empleador que se beneficia del servicio; como por ejemplo la convención entre empresa contratante y contratista independiente de las garantías para repetir en contra de éste último allí donde el primero deba responder solidariamente por las acreencias laborales.

También el juicio de proporcionalidad yerra en el análisis de la corte, evidentemente con esa despectiva apreciación de protección “excesiva”. En efecto, la Corte sostuvo que imponer al patrono el pago solidario de cargas laborales de cualquier tipo de contratación que realice, **dificultaría el tráfico jurídico y la efectiva contratación de personal para los efectos para los que fue creado; colocando como conclusión** que sería excesivo que una compañía de zapatos que contratara el arreglo de sus computadores o de su fachada, se hiciese responsable de los salarios y demás cargas laborales de los trabajadores de la empresa contratista.

Pues bien, en nuestro concepto, lo que hace es privilegiar el derecho de la empresa a lucrarse bajo la libertad de configurar cualquier modalidad de organización corporativa sin importar que se vituperen los derechos de los trabajadores; sobre todo porque las nuevas realidades indican que las empresas acuden a diversas modalidades de tercerización para la prestación de servicios que de manera directa no guardan relación con el objeto social de aquellas, pero que resultan imprescindibles para su adecuado funcionamiento.

Se olvida que la organización empresarial tiene transformaciones atípicas que involucra la fragmentación y externalización de actividades que en principio forman parte de un único ciclo de producción, así como el empleo de empresas especializadas, y la coordinación entera del ciclo productivo por parte de un solo empresario pese a su disgregación, mediante normas comerciales (política de precios, publicidad, servicios al cliente etc.) técnicas (normas de calidad, métodos de fabricación, equipamiento de los locales etc.), y, tendencia relacionada con la organización de las redes de empresas, contratos de concesión, franquicia, factoring, merchandising, mangement, logística, subfornitura, servicios informáticos, aun cuando sigan siendo jurídicamente trabajadores independientes; o todavía el de los subcontratistas, que fueron sometidos en ciertos sectores (construcción, transportes por carretera) a unas reglas especiales con el motivo principal de evitar el derretimiento de las responsabilidades en materia de sanidad y de seguridad; cuyo objeto social no apareja esa inherencia, conexidad, o reputación como propia actividad de la empresa contratante.

## **CONCLUSIONES**

Es claro que la garantía de la solidaridad debe ser plena, y estará a cargo del juez estructurar el desarrollo de una casuística y así pueda determinar caso por caso el grado de protección que se debe aportar a la parte débil, en función del grado de dependencia en la cual se encuentra y de la manera de usar su poder la parte fuerte, quien está en mejor situación económica para exigir el cumplimiento de las obligaciones laborales<sup>38</sup>, por que no se traslade al extremo más débil de la relación el riesgo de insolvencia o irresponsabilidad de los contratistas independientes.

Y – a diferencia de la normatividad venezolana – actividades como de vigilancia, limpieza, servicios generales, se configuran como trabajos que no se protegen con la solidaridad, pero al ser prestados por gente más humilde y en condiciones laborales precarias, se torna aún más precario en virtud de tratamientos discriminatorios como el que establece la expresión demandada.

En últimas lo que esta situación provoca –infotunadamente– es que como la noción de empresa se diluye, no puede haber un compromiso institucional o empresarial; no hay responsabilidad directiva, ni obrera. Efectivamente no hay sindicatos a su interior, el ejercicio de la Libertad Sindical es tenue o nulo, la producción estaría libre de asociación obrera, pero así mismo deja de existir la

<sup>38</sup> SUPLOT, Alain. Trabajo asalariado y trabajo independiente. Ponencias de VI Congreso Europeo de derecho del trabajo y la seguridad social. Varsovia. 2000.

*La tercerización de funciones propias de la empresa y la solidaridad en el pago de obligaciones laborales. Análisis del referente español, venezolano y ecuatoriano.*

identidad o pertenencia de los trabajadores frente a su empresa o su ciclo productivo; es decir, la explotación económica motivada está llamada a extinguirse porque al no saber dónde está el núcleo de la empresa, a nadie le duele.



# El incumplimiento del contrato laboral

Rafael J. ALFONZO GUZMÁN

---

Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Central de Venezuela

## Sumario

Cita normativa. I) El incumplimiento del contrato de trabajo. Las faltas graves según los artículos 82 y 80 LOTT. Los diferentes efectos del perdón. II) La caducidad: su objeto. III) El distinto ámbito de aplicación de los artículos 82 y 80 LOTT. El efecto de la caducidad y del perdón en ambas disposiciones. IV) Análisis de sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia V) Los ilegales efectos de esa jurisprudencia. VI) Conclusión.

## Resumen

En el presente trabajo, el autor analiza las causas de terminación justificadas del contrato de trabajo establecidas en los artículos 79 y 80 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores (LOTTT), el despido y la modificación de los contratos por razones técnicas o económicas de la empresa, las analogías y diferencias de los artículos 82 y 80 de la LOTTT. Así como el lapso de caducidad del derecho de patronos y trabajadores para invocarlas, realiza una distinción entre los grupos de faltas graves a las obligaciones sin contenido directo patrimonial y los grupos de faltas graves a obligaciones económicas y carácter salarial, lo cual conlleva a la modificación en incumplimiento de los contratos de trabajo. El presente estudio contiene un análisis jurisprudencial de dos sentencias emanadas del Tribunal Supremo de Justicia fundamentadas en la irrenunciabilidad del salario y de los derechos laborales centrando la desemejanza que existe entre los supuestos de aplicación de los artículos 101 y 103 de la derogada ley orgánica del trabajo (1997), por sus equivalentes 82 y 80 de la vigente LOTTT, resaltando el alcance veraz de la consabida irrenunciabilidad del salario y demás derechos laborales, advirtiendo el peligroso desvío de una sentencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia. Para finalmente concluir que el propósito de estas líneas es procurar el cambio de una jurisprudencia venezolana digna de más profundos exámenes doctrinarios así como vivificar, el Derecho del Trabajo de vieja data.

**Palabras claves:** faltas graves, causas justificadas, retiro, contrato de trabajo.

## Abstract

In this paper, the author analyzes the causes of termination of the employment contract justified under Articles 79 and 80 of the Labour Law the Female Workers and Male Workers (LOTTT), termination and amendment of contracts for reasons technical or economic enterprise, analogies and differences of Articles 82 and 80 of the LOTTT. As the limitation period of the right of employers and workers to invoke, makes a distinction between groups of serious obligations without direct content assets and groups of serious breaches of financial obligations and wage character faults, which leads to the modification in breach of employment contracts. This study contains a jurisprudential analysis of two issued rulings of the Supreme Court grounded in the indispensability of wages and labor rights focusing dissimilarity between cases pursuant to Articles 101 and 103 of the Labour Law repealed (1997), for their equivalents 82 and 80 of the current LOTTT, highlighting the true scope of the indispensability of wages and other labor rights proverbial, noting the dangerous diversion from a judgment of our Supreme Court. To finally conclude that the purpose of these lines is to try changing decent Venezuelan jurisprudence deeper doctrinal tests and revive the Labour Law longstanding.

**Keywords:** serious misconduct, good cause, retirement, employment contract.

## **CITA NORMATIVA**

**ARTÍCULO 82.** LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES (LOTTT): “IMPROCEDENCIA DEL PREAVISO. CUALQUIERA DE LAS PARTES PODRÁ DAR POR TERMINADA LA RELACIÓN DE TRABAJO, SIN PREVIO AVISO, CUANDO EXISTA CAUSA JUSTIFICADA PARA ELLO. ÉSTA CAUSA NO PODRÁ INVOCARSE SI HUBIEREN TRANSCURRIDO TREINTA (30) DÍAS CONTINUOS DESDE AQUÉL EN QUE EL PATRONO, LA PATRONA O EL TRABAJADOR O LA TRABAJADORA HAYA TENIDO O DEBIDO TENER CONOCIMIENTO DEL HECHO QUE CONSTITUYA CAUSA JUSTIFICADA, PARA TERMINAR LA RELACIÓN POR VOLUNTAD UNILATERAL”.

**ARTÍCULO 80,** IBÍDEM: “CAUSAS JUSTIFICADAS DE RETIRO” (TRANSCRIPCIÓN PARCIAL, CURSIVAS NUESTRAS).

“Se considerará *despido indirecto*:

- a) La exigencia que haga el patrono al trabajador de que realice un trabajo manifiestamente distinta de la de aquél a que está obligado por el contrato o por la ley, o que sea incompatible con la dignidad y capacidad profesional del trabajador o trabajadora, o de que preste sus servicios en condiciones que acarreen un cambio de su residencia, salvo que en el contrato se haya convenido lo contrario o la naturaleza del trabajo, implique cambios sucesivos de residencia para el trabajador o trabajadora, o que el cambio sea justificado y no acarree perjuicios a éste o ésta.
- b) La reducción del salario:
- c) El traslado del trabajador o trabajadora a un puesto inferior.
- d) El cambio arbitrario del horario de trabajo.
- e) Otros hechos semejantes que alteren las condiciones existentes de trabajo”.

“No se considerará *despido indirecto*:

- a) La reposición del trabajador o trabajadora a su puesto original, cuando sometido a un período de prueba en un puesto de categoría superior se le restituye a aquél. El período de prueba no podrá exceder de noventa días.
- b) la reposición de un trabajador o trabajadora a su puesto original después de haber desempeñado temporalmente, por tiempo que no exceda de ciento ochenta días, un puesto superior por falta del titular o de la titular de dicho puesto.
- c) el traslado temporal de un trabajador o trabajadora, en caso de emergencia, a un puesto inferior, dentro de su propia ocupación y con su sueldo anterior, por un lapso que no exceda de noventa días.

En todos los casos donde se justifique el retiro, el trabajador o la trabajadora tendrá derecho a recibir, además de sus prestaciones sociales, un monto equivalente estas por concepto de indemnización.”

## I. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO. LAS FALTAS GRAVES SEGÚN LOS ARTÍCULOS 82 Y 80 LOTTT. LOS DIFERENTES EFECTOS DEL PERDÓN

Con la locución *faltas graves* se conoce el grupo de acciones u omisiones que la ley laboral conceptúa causas de terminación justificada del contrato o relación de trabajo sin preaviso, por ser contrarias a lo expresamente pactado, y a las consecuencias que de él se deriven según la equidad, el uso, las convenciones colectivas y la ley. Los artículos 79 y 80 del Decreto Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores (en adelante: LOTTT) determinan el tipo o clase de hechos que, por la gravedad de sus efectos, justifican la voluntaria extinción del contrato por despido o retiro del trabajador.

Corresponde al Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución, competente en el área laboral, apreciar en definitiva la gravedad de la falta.

La falta grave del empleador tiene una composición bicéfala o dual característica. Por una parte, entraña un incumplimiento, expreso o implícito, de sus obligaciones patrimoniales y éticas, convencionales y legales; y por la otra, una propuesta de modificación del contrato de trabajo, *formulada tácitamente a su trabajador*. Si dicha propuesta es aceptada, el contrato, objetivamente novado, proseguirá su prevista ejecución, y, de ser, por el contrario, rechazada, configurará una causa legal de retiro sin preaviso del trabajador.

La falta grave del trabajador no tiene idéntica composición elemental, pues el despido justificado del infractor es evidencia del interés del patrono en que se cumpla, exacta y puntualmente, el contrato celebrado. Tanto el despido como el retiro son actos equivalentes en lo laboral a la excepción civil de incumplimiento (*non adimpletcontractus*), que permite a cualquiera de las partes en un contrato sinalagmático perfecto, como el de trabajo, abstenerse de cumplir su obligación, si la otra no cumple la suya. En otra forma dicho, ambos actos extintivos son aplicación práctica del principio de interdependencia y recíproca causalidad de las prestaciones de cada parte en un contrato bilateral.

## II. LA CADUCIDAD: SU OBJETO

2. La *caducidad*-afirmaba nuestra extinta Corte Suprema de Justicia- es una sanción jurídica procesal en virtud de la cual el transcurso del tiempo fijado en la ley para el valimiento de un derecho, acarreará la inexistencia del derecho mismo que se pretenda hacer con posterioridad<sup>1</sup>. Y en otro fallo ligeramente anterior, el Alto Tribunal sostuvo: “ la caducidad es una razón de derecho y de orden público. Las actuaciones posteriores a un derecho caducado que lo dieran por válido, son radicalmente nulas, carentes en absoluto de todo valor jurídico, por lo cual la Casación bien puede hacer pronunciamientos sobre ellas<sup>2</sup>. En cortas palabras del maestro Messineo, el referido instituto legal torna jurídicamente ineficaz la cláusula válida en derecho<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sentencia n° 83, de 10 octubre 1973 (15 años de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, 1959 - 1973, Maruja Bustamante Miranda, Caracas, 1973).

<sup>2</sup> Sentencia de 25 octubre 1972 (Maruja Bustamante, ob. Cit., Página 168).

<sup>3</sup> Messineo, Derecho civil y comercial, vol. II, pág. 489, Buenos Aires, 1979.



Con su texto actual, la norma fue incorporada a la legislación venezolana en la reforma del 27 de noviembre de 1990, pues el encabezamiento existía ya, casi con la misma redacción, marcado con el número 38 de la ley de 12 de julio de 1983. Radica su novedad en la duración del lapso de caducidad del derecho de patronos y trabajadores a invocar la falta grave del otro contratante<sup>4</sup>, para terminar justificadamente la relación de trabajo sin preaviso. Dicho término de *treinta días continuos*, contado en la forma prevista en dicho artículo e improrrogable por voluntad de las partes, obra a modo de período de evaluación del hecho injurioso y de sus efectos inmediatos sobre la vida del contrato.

El artículo 89 establece un más corto lapso de caducidad (diez días hábiles del competente Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución) de la acción del trabajador para solicitar la calificación de su despido y el reenganche con pago de los salarios caídos. Por expresa disposición de esa norma, esta caducidad no extingue el derecho a las prestaciones sociales de quien solicita oportunamente la calificación de su retiro, sino el derecho de reengancharse en el cargo que ocupaba.

La doctrina y la jurisprudencia laboral venezolanas sobre la caducidad están sustentadas en la idea de que si el ofendido con derecho a impugnar el despido, o el retiro, no lo ejerce dentro del tiempo máximo fijado por el legislador, *perdonó el hecho injurioso, o, al menos, consideró de más provecho continuar la relación laboral, a pesar del posible distanciamiento psicofísico con su ofensor. Desde este punto de vista, el tiempo de caducidad no actúa como medio socrático de lograr, mediante la reflexión, el sosiego del alma del ofendido (el filosófico **sophrosyne**), sino de lograr que éste evalúe la falta y se sitúe en capacidad de poder optar, con sentido práctico y económico, entre perdonar la injuria y continuar la ejecución del contrato de trabajo, o terminarlo abruptamente para satisfacer su momentáneo resentimiento.*

Examinado a la luz del derecho menoscabado por la falta, el perdón no es un hecho de únicos efectos procedimentales sin relevancia sustantiva, ya que la indiferencia del ofendido ante la gravedad del incumplimiento contractual, revela su aquiescencia con las razones del transgresor para incumplir, modificar o extinguir, el derecho previamente convenido.

Puede entonces comprenderse que la prosecución normal del trabajo después de la falta grave del empleador contra las estipulaciones económicas del contrato, envuelva jurídicamente una novación objetiva de las mismas por efecto del mutuo acuerdo de las partes. Y puede también comprenderse que el perdón de la falta no sea una mera incidencia procedimental, sin relevancia sustantiva en la relación de trabajo.

El parecer que hemos expuesto se aparta de la opinión generalizada, que nuestro Tribunal Supremo (SCS) respalda, acerca de que la caducidad prevista en el artículo 82 de la ley extingue únicamente la acción para impugnarla falta, pero

<sup>4</sup> El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ, en Sala de Casación Social) ha reiterado el parecer de que "el artículo 101 de la Ley Orgánica del Trabajo (82 LOTT) en ningún caso debe considerarse como de caducidad de la acción laboral, sino de caducidad del derecho para invocar una de las causas justificadas de terminación de la relación laboral sin obligación de preaviso". (sents. 671, de 16-10-2003, y 1372, de 14-10-2005).

no el derecho legal o convencional que ésta pudiera haber agredido. El propio legislador parece darnos la razón cuando fija un lapso de caducidad a la acción del trabajador para calificar la causa de su retiro (art. 89), pero se ve en el caso de tener que exceptuar expresamente del efecto fatal de ese instituto, al derecho del trabajador a sus prestaciones sociales. A falta de dicha salvedad, éstas, igual que el derecho a ser reintegrado al cargo que desempeñaba, hubieran caducado.

3. Apoya también nuestra discrepancia el consagrado criterio de la doctrina procesal acerca de la inexistencia de derechos subjetivos, públicos o privados, sin la correspondiente acción procesal para lograr su efectivo cumplimiento por el deudor, incluso de modo coercitivo, mediante la actuación del órgano jurisdiccional competente. Se exceptúan de esta regla los derechos provenientes de juegos de suerte, envite o azar, mencionados en el artículo 1801 del Código Civil.

### III. EL DISTINTO ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 82 Y 80 LOTT. EL EFECTO DE LA CADUCIDAD Y EL PERDÓN EN AMBAS DISPOSICIONES

Todas las causales de despido y de retiro justificados del trabajador contenidas en los artículos 79 y 80 LOTT, están jurídicamente fundamentadas en la noción de la culpa del deudor, o sea, en el hecho de no ejecutar voluntariamente y a sabiendas la prestación a que está obligado por el contrato; de ejecutarla parcial y defectuosamente, o fuera del tiempo convenido. La gravedad del hecho culposo del trabajador presupone conocimiento cabal de las obligaciones que el contrato le impone; del implícito deber de prudencia y diligencia en el desempeño de su oficio, y de la responsabilidad legal que conlleva la inobservancia de esa carga obligatoria.

Hay, sin embargo, derechos nacidos del contrato de trabajo *que no prescriben ni caducan, ni se extinguen tampoco con el perdón de la falta* cometida contra ellos. Son los que conforman el entorno ético del contrato, pertenecientes a la categoría de derechos *humanos*, universalmente reconocidos por la Constitución, los Tratados internacionales y nuestra Ley, en garantía del derecho de toda persona a condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo que le proporcione una existencia digna y decorosa. No porque el trabajador exponga una vez su salud o su vida en un trabajo peligroso, pierde el derecho de ejecutarlo en cualquiera otra ocasión, sin que su negativa se considere legalmente abandono del trabajo (art. 79, b). A esta categoría de derechos subjetivos de índole contractual y legal, de eminente orden público y no susceptibles de remisión, renuncia, prescripción ni de caducidad, nos referiremos seguidamente al tratar del tipo de faltas o incumplimientos que se contrae el artículo 80 de la LOTT.

***A nuestro entender, las faltas graves a que alude el artículo 82 LOTT, son hechos ocasionales y extraordinarios en relación con el comportamiento profesional de su autor, además de carentes de efectos económicos o, al menos, causados sin intención deliberada de producir daños de esa especie.***

Ocurren entre patrono y trabajador, o entre uno de éstos y el representante o familiar de la otra, como son, verbigracia: las *vías de hecho* (altercados, disputas, agresiones físicas o gestuales); grafitos sarcásticos; *faltas de respeto* y

*consideración; propaganda política eventual y acciones u omisiones de parecida naturaleza y significación, que no guardan relación directa con el trabajo convenido ni con su modo de ejecución habitual, pero enconan y exasperan la relación personal de los contratantes.*

Las faltas de esta naturaleza con frecuencia encierran humoradas maliciosas y atrevidas, que no revelan en quien ocasionalmente las realiza incapacidad para la convivencia armoniosa que la relación laboral exige, ni impiden que una vez aplicada una menor pena, más proporcionada a la gravedad de la infracción, o perdonada por su carencia de efectos prácticos sobre dicha relación, ésta pueda proseguir con entera eficacia y normalidad. De esta índole podrían ser conceptuadas: la violación esporádica de la prohibición de fumar, reñir, ingerir bebidas alcohólicas o hacer propaganda política en el ambiente de trabajo, que no descalifican al infractor para la realización de sus labores habituales de conductor de vehículos pesados, mecánico de enseres industriales, electricista, etc.

En la legislación suramericana no es raro que este tipo de incumplimientos sea sancionado con penas distintas del despido, previamente estatuidas en los Reglamentos internos de la empresa o en las convenciones colectivas. Paradigma de normas de esta índole son: el demérito temporal para posibles ascensos en el oficio y la suspensión del bono adicional en dinero con que la empresa premia periódicamente la disciplina y la colaboración de sus empleados. Es de observarse, empero, que en el decurso de la vida ordinaria de la entidad productiva, los hechos injuriosos de esta índole terminan siendo menospreciados, olvidados o perdonados por su reducida gravedad, de no existir precedentes de mala conducta del incumplido dentro ni fuera del lugar de trabajo.

**4. No sucede lo mismo con las faltas características del despido indirecto (art. 80 eiusdem, segundo grupo de literales)**, pues todas ellas constituyen agresiones del empleador de gravedad progresiva, a la regla de intangibilidad del contrato por voluntad unilateral (art. 1159 Cód. Civil), hasta el extremo de hacerlo económica, moral y materialmente de inaceptable continuación por el trabajador.

Si las faltas graves culposas del empleador comprendidas en el campo de aplicación del artículo 82 no alteran el contenido original del contrato, ni obstan a su normal continuación, las faltas comprendidas en el artículo 80 inficionan el contrato respectivo de ineficacia, total o parcial, desde la fecha en que en que el afectado la conoce, o la debe conocer<sup>5</sup>. Suponen la inmediata interrupción del trabajo pactado, por el efecto modificatorio e inaceptable de la falta grave sobre las estipulaciones originales del contrato.

<sup>5</sup> La pertinencia de la acción del trabajador que solicita la calificación de la falta, implica la nulidad del despido injustificado, el reenganche en el cargo con pago de los salarios caídos y la restitución de la situación jurídica que las partes tenían antes del despido. La decisión de reenganche es de forzosa ejecución para el patrono, mas no para el trabajador, que puede optar por no reincorporarse (art. 80, i), sin que el retiro pierda su original justificación. Este derecho del trabajador se explica únicamente si se supone que el cargo que desempeñaba y que el patrono está obligado a reservarle, tiene asignado el salario que antes rechazó y justificadamente motivó su retiro. La cuestión es controvertible, por las inusitadas consecuencias de una conclusión diferente (cargos iguales con salarios distintos en la empresa; uniformación salarial al nivel del que motivó el retiro, con desajuste del sistema interno de remuneraciones y escalas de personal en la empresa, etc.). El delito de desacato a la orden judicial de reenganche es sancionable con pena de prisión de seis a quince meses (art. 91 LOTTT).

La necesidad política y económica de preservar las fuentes de empleo que contribuyen al pacífico progreso social, explica el matiz jurídico diferente del artículo 80 en el marco del derecho laboral, pues el objeto de su parte relativa a los hechos no considerados despido indirecto se dirige a la conservación de la empresa, en su condición de venero de trabajo y de unidad de intereses múltiples, jurídicos, político-sociales y económicos, igualmente necesitados de amparo legal.

Más de cerca examinada, la parte dedicada al despido indirecto en la señalada disposición legal, se reduce a enunciar, como *causa* de esa clase de despidos, *la unilateral alteración de las condiciones existentes de trabajo*, falta de polivalente significado, pues alude a tres subgrupos nominados de incumplimientos contractuales del patrono:

- a), la exigencia al trabajador de que realice labores distintas a la convenida;
- b), la injuria<sup>6</sup> a su dignidad y capacidad profesional, y
- c), la reducción del salario.

De modo entrelineado, pero sujetos a la condición impropia de ser *arbitrarios*<sup>7</sup>, constituyen también supuestos de despido indirecto según el artículo 80:

- d), el cambio de horario;
- e), el cambio de residencia; y
- f), el traslado del trabajador a un puesto inferior.

5. La señalada distinción nos permitiría inferir lógicamente que si el patrono obra facultado por el artículo que comentamos (art. 80), para despedir y modificar *sin arbitrariedad* el contrato, debería entenderse igualmente facultado para proceder en los casos de necesidad de la empresa por emergencias económicas o sociales, que dificulten temporalmente su desarrollo, tal como lo previenen otros países suramericanos de avanzada legislación (**infra, 8**).

No existen argumentos lógicos para descargar sobre el trabajador las vicisitudes económicas de la empresa en cuya administración no ha participado, ni tampoco sobre el patrono que sufre la vicisitud económica de la empresa por causas ajenas a su voluntad. Pero entonces, *el retiro del trabajador por el cambio no arbitrario de condiciones, se torna en un problema jurídico inextricable*, pues debería ser calificado de *injustificado, so pena de hacer de la causa justificada de despido una causa justificada de retiro; y en calidad de corolario lógico, el riesgo de empresa no recaería sobre su dueño y administrador, el patrono, sino, inadmisiblemente, sobre el trabajador*.

Esta absurda conclusión, que bastaría para resaltar la falta que hacen en la LOTTT disposiciones semejantes a las de Chile, El Salvador y Panamá (**infra, 8**), relleva adicionalmente un singular interés procesal, dado que los hechos alegados como causas del estado de necesidad de la empresa deben ser

<sup>6</sup> **Injuria:** Agravio, ultraje. Hecho o dicho contra razón o justicia (DRAE).

<sup>7</sup> Arbitrario: "Contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho"(DRAE).

judicialmente probados, como cualquier otra exigente de responsabilidad. Mas, como puede advertirse, el objeto de la justificación ante el Juez de Sustanciación competente ha de ser el estado de dificultad económica de la empresa, y la razonable imposibilidad de obviarla de un modo distinto del despido de trabajadores.

7. En rigor, la desigualdad entre patronos y trabajadores no se nota en el momento genético de celebración del contrato y nacimiento de su contenido obligatorio, sino en los posteriores de su efectivo cumplimiento y en el de su terminación. Es entonces cuando cobra relieve la disparidad económico-social entre patrono y trabajador, que el Derecho del Trabajo mitiga mediante reglas legales que obstaculizan, disciplinan o anulan la extralimitación del poder del propietario de la empresa y dueño del dinero<sup>8</sup>.

Al margen del mandato moral de fraterna colaboración entre patronos y obreros en la "gran familia" de las modernas entidades productivas –*para Erich Fromm, el amor comienza a desarrollarse cuando amamos a quienes no necesitamos para nuestros fines personales* ("El arte de amar", pág. 54, ed. 1982, España)–, existe una inocultable distinción psicológica y ética entre el *acto de retiro justificado* y el *de despido justificado del trabajador, incluso en los casos de faltas graves de simétrica índole*.

El despido es, de ordinario, un acto disciplinario del empleador, derivado de su poder directivo y administrativo, con el fin de imponer y preservar los métodos de producción de los bienes o servicios, las metas económicas y el orden interno de la empresa bajo su responsabilidad. Rara vez, el acto extintivo de un contrato individual por voluntad del patrono, justificado o no, entraña un interés personal y emotivo de su parte, pues la decisión de despedir se explica habitualmente por el propósito, económico e insensible, de las relaciones de personal de la empresa.

Es imposible decir lo mismo del retiro justificado del trabajador, en que la opción de resolver el nexo del que depende el sustento personal y familiar, no representa realmente *un acto positivo de libertad, sino otro, muy distinto, de penosa renuncia a ella, por la perspectiva de privaciones a que lo encadena el inmediato desempleo*. En ese momento preciso del retiro, la empresa lucrativa de patronos y obreros "*integrados en libertad por el amor fraterno y la igualdad cristiana*", descubre el descarnado poder del "**zorro libre en el gallinero libre**", que enardecía al sacerdote y filósofo francés De Lammenais.

8. Dado que la empresa es una unidad económica en movimiento, requerida de constante adaptación al cambio provocado por la aparición de nuevas técnicas, por la globalización de los mercados y por su inflexible destino de competir

<sup>8</sup> La República de Utopía prohibió el dinero con el fin de arrancar de raíz las oportunidades de maldad y engaño, "pues ¿quién no sabe que el fraude, el robo, la rapiña, las disputas, como las riñas, los conflictos, las censuras las contiendas, el asesinato, la traición, los envenenamientos, que con castigos diarios son más vengados que evitados, mueren cuando muere el dinero?". (Tomás Moro, La Utopía, 1984, pág. 197, Printer, España). Como puede inferirse, la función práctica del Derecho del Trabajo no se dirige a la meta irreal de distribuir la riqueza, sino a moderar y equilibrar su poder social y político, en beneficio del bienestar colectivo. Su genuina función revolucionaria es lograr que, en el escenario de la empresa, el trabajo humano sea actor principal del reparto, y no comparsa en la obra de producción y distribución de la riqueza.

para sobrevivir, las modernas codificaciones laborales se empeñan en una solución atendida al latino principio *in medio stat virtus*. Esto es: como una facultad del empleador, no exenta de responsabilidad ante el trabajador despedido sin culpa de su parte, y como excepcional fisura de la estabilidad.

El vigente Código del Trabajo de la República de Chile explícitamente erigela causal de terminación del contrato por *necesidades de la empresa*, en una disposición independiente y de efectos distintos a los del grupo de faltas graves parecido a nuestro artículo 80:

**Artículo 161, Chile, Código del Trabajo 2001.** “Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambio en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. La eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168.

“Para el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración, y en el caso de los trabajadores de casa particular, el contrato de trabajo podrá, además, terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con 30 días de anticipación, al menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. Regirá también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.

“Las causales señaladas en los incisos anteriores no podrán ser invocadas con respecto a trabajadores que gocen de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, otorgada en conformidad a las normas legales que regulen la materia”.

Ejemplos adicionales de similar especie los encontramos en los Códigos de la República de El Salvador, de 1995, y de Panamá, de 1976<sup>9</sup>.

Las necesidades de la empresa previstas en la citada legislación americana no implican una imposibilidad absoluta de cumplimiento de la relación de trabajo

---

<sup>9</sup> El Código salvadoreño, de 1995, considera casos de suspensión del contrato, por algún tiempo, la imposibilidad del explotar la empresa como mínimo razonable de utilidad, y la necesidad de reducir su actividad según sus posibilidades económicas, y las circunstancias del mercado (arts. 37.3; y 4<sup>o</sup>). En esos casos, el trabajador tendrá derecho a la prestación legalmente establecida, “aunque en la sentencia del juicio respectivo la suspensión del contrato se declare procedente”. Panamá (art. 416, Código 1976), faculta a todo patrono para solicitar del Ministerio del trabajo y Bienestar social, la revisión de la convención colectiva en la cual sea parte, cuando graves perturbaciones regionales o Nacionales afecten la rentabilidad de la empresa. Costa Rica (art. 85), considera la fuerza mayor y el caso fortuito causas de terminación del contrato sin responsabilidad del trabajador ni pérdida de sus prestaciones, pero añade que la regla sólo aplica cuando los hechos a que ella se refiere produzcan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, el cierre del negocio o la cesación definitiva de los trabajos.

con cierre definitivo de la empresa, asimilable a la fuerza mayor o al caso fortuito en su concepción doctrinaria tradicional, (tal como son vistas en el art. 71,i LOTTT), sino a imposibilidades de carácter *temporal y ocasional* que no implican cierre de la empresa.

9. Aherrojada por el principio constitucional de la estabilidad del trabajador (art. 93 CRBV), nuestra ley<sup>10</sup> mira el estado temporal de emergencia por razones técnicas o económicas como un presupuesto de *ocupación de la empresa*. El artículo 148 LOTTT no contempla la reducción de personal, o de modificación necesaria de los contratos, sino como un peligro de extinción de la fuente de trabajo, en cuyo caso el Ministro del Poder Popular en materia del Trabajo y la Seguridad Social queda facultado para autorizar de oficio, o a petición de parte, la ocupación temporal de la empresa por los trabajadores, constituidos en Junta Administradora designada mediante Resolución especial (art. 500,2). En palabras acaso más gráficas, la ley venezolana remedia las penurias de la nave en el más tormentoso momento de su recorrido, sustituyendo *sine die* a su capitán, por una inexperta grumetería de funcionarios públicos y trabajadores<sup>11</sup>.

“Por cuanto corresponde al Ministerio del P.P. de Industrias la promoción de modelos de gestión que apoyen una nueva relación capital-trabajo, centrados en el reconocimiento del valor social de la producción, la higiene y la seguridad industrial y el pago de salarios y beneficios sociales. Hemos de admitir, sin embargo, que la ocupación de la empresa por razones de peligro evade el problema sustantivo y procesal de la justificación de los despidos por causas técnicas y económicas, asomado en el artículo 80: dado que esta disposición no considera despido indirecto el cambio justificado (*no arbitrario*) de horarios, de residencia y de condiciones de trabajo, el acto del despido en tales ocasiones no tiene su causa en la conducta anticontractual del trabajador, sino en hechos

<sup>10</sup> **Artículo 57b), LOTTT:** “El patrono o la patrona no puede modificar las condiciones de trabajo si implican desmejora para el trabajador o la trabajadora; si ponen en peligro su integridad, o si van contra la normativa prevista en esta ley, su reglamento y demás leyes que rigen la materia”.

**Artículo 77, in fine, LOTTT:** “Esta ley establece la garantía de estabilidad en el trabajo y la limitación de toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta ley son nulos”.

**Artículo 86, LOTTT:** “Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a la garantía de permanencia en su trabajo, si no hay causas que justifiquen la terminación de la relación laboral. Cuando un trabajador o trabajadora haya sido despedido sin que haya incurrido en causas que lo justifiquen, podrá solicitar la reincorporación a su puesto de trabajo de conformidad a lo previsto en esta ley”.

Al clasificar los tipos de trabajadores que por la índole del empleo que desempeñan gozan de estabilidad, el artículo 88 eiusdem concluye: “Los trabajadores y las trabajadoras de dirección, no estarán amparadas por la estabilidad prevista en esta ley”.

<sup>11</sup> Ningún ejemplo más expresivo de esta verdad que los considerandos de la Resolución conjunta de los Ministerios del Proceso Social de Trabajo y de Industrias, publicada para designar los miembros de la Junta Administradora Especial de la empresa Clorox de Venezuela C.A. (G.O. N° 40.532, de 3-11-2014):

“...Por cuanto en el proceso de verificación de la situación laboral de los trabajadores y trabajadoras de la empresa Clorox de Venezuela C.A. se determinaron aspectos de índole técnico (sic), cuya resolución debe ser implementada por los trabajadores de la empresa con el acompañamiento del Ministerio del P.P. para Industrias, competente en la materia...” La Junta Administradora, facultada durante un año (contado desde su designación) para “negociar y suscribir todo tipo de contratos de prestación de servicios de mantenimiento, arrendamiento, comodato, relacionados con el negocio diario de la compañía, que no impliquen enajenación o gravamen de los activos fijos de la empresa”, quedó integrada por representantes de los trabajadores de las plantas de Santa Lucía y Guacara, y por representantes de los nombrados Ministerios y de la Superintendencia de Precios Justos (SUNDAE). La representante de la empresa no compareció al acto y en su lugar fue designado otro representante de los trabajadores (**Resoluciones DM/N° 8936 del M.P.P.TST, y DM/N° 074 del MI, de 29-10-14**).

de índole económica o técnica ajenos a su voluntad, que correspondería al patrono probar oportunamente en el procedimiento de estabilidad (**supra, 5**).

Es patente que el margen de libertad del patrono, deducible del comentado artículo 80, es sólo un espejismo de la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria para la producción y distribución de la riqueza, que la Constitución garantiza con el derecho de propiedad de su dueño y conductor.

**10.** Animados por una pedagógica ambición de claridad, resumiremos de la manera siguiente nuestras ideas sobre la naturaleza y clases de las obligaciones laborales, así como de los particulares efectos de su incumplimiento según los artículos 82 y 80 LOTT, a fin de aquilatar su veracidad jurídica mediante el cotejo con otros autorizados criterios, entre ellos el de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sus decisiones de 14 octubre 2005 y de 5 de agosto de 2011 (**infra, Cap, IV**):

Distingamos primeramente la naturaleza de las obligaciones infringidas por las faltas:

**A: Grupo de faltas graves a las obligaciones sin contenido directo patrimonial: constitucionales intangibles; probidad, conducta moral, respeto.**

**B: Grupo de faltas graves a obligaciones económicas y carácter salarial.**

Detallemos ahora el efecto jurídico de esos dos grupos de faltas, de conformidad con los artículos 82 y 80 ya mencionados.

### **APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 80 A LOS GRUPOS A Y B**

- 1) La gravedad de la falta a obligaciones de los grupos A y B es causa justificada de terminación del contrato sin preaviso por el trabajador, que goza de diez días hábiles (días de despacho del Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución competente), para solicitar la calificación del despido y su reenganche en el cargo con pago de salarios caídos (art. 89). La pérdida del derecho al reenganche por efecto de no impugnar oportunamente el despido, deja presumir que el trabajador interrumpió las labores de su cargo desde que tuvo conocimiento de la falta grave de su empleador (o sea, no hay motivo alguno para inducir el perdón del incumplimiento).
- 2) De no ser impugnada la falta del **grupo B**, queda objetivamente novada la relación de trabajo en el ámbito de la falta.

### **APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 82 A LOS GRUPOS DE FALTAS A Y B**

- 1) Si la falta grave **A** o **B** es impugnada oportunamente, procede la aplicación del artículo 89. La fecha de terminación del contrato es la de la falta declarada con lugar, y no la de la impugnación por el patrono o el trabajador. El reenganche con pago de salarios caídos presupone que la relación de trabajo no ha terminado y debe proseguir conforme al *dictum* de la estabilidad legal,



en razón de que la falta que el patrono impugna a su trabajador no justifica judicialmente el despido.

- 2) De no ser impugnada la falta del **grupo A**, caduca la acción para impugnar *la misma falta* en otra oportunidad. En ese caso, el perdón "*mata la falta*", pero no el derecho, exigible en todo momento de la relación laboral, por su calidad de derecho humano inextinguible.
- 3) De no ser impugnada la falta del **grupo B**, caduca el derecho incumplido por voluntad de su titular, aquiescente a los cambios contractuales. La inacción del trabajador en defensa de derechos laborales calificados de irrenunciables es, precisamente, el objeto del estudio que a continuación exponemos.

#### **IV. ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE LA SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

**11. La sentencia del 14 de octubre de 2005 de la Sala Social del TSJ.** En sentencia n° 1372, de 14 octubre 2005 (R. A. P. vs. Distribuidora R., C.A.), la Sala de Casación Social declaró con lugar la pretensión del trabajador demandante, que había dejado de exigir a su patrono, dentro de los correspondientes plazos de caducidad, los sucesivos aumentos periódicos de salario contractualmente acordados, para exigirlos acumuladamente a la posterior terminación de su contrato. El pronunciamiento judicial se fundamentó en la irrenunciabilidad del salario y de los derechos laborales:

*"...debe la Sala destacar las posibles situaciones que pueden producirse con relación a las modificaciones en las condiciones de trabajo generadas en desmedro a los derechos de los trabajadores, pues, como se desprende del criterio señalado ut supra, se admiten o son permitidas por la legislación tales modificaciones, siempre y cuando las mismas emanen de situaciones no previsibles, tales como el hecho fortuito, la fuerza mayor o hecho del príncipe, mas no así, como enseña la doctrina patria, cuando se trata de alteraciones arbitrarias del contenido obligatorio del contrato de trabajo, específicamente, al constituirse en modificaciones *in peius* de las condiciones de trabajo, bajo las cuales se presta el servicio, que inclusive, pudieran derivar en la restricción o vulneración de derechos indisponibles" (...). Ahora, terminada la relación laboral, seapor retiro justificado o no, atendiendo a la previsión normativa in comento (sic) *es posible para el trabajador efectuar el reclamo de todos aquellos conceptos que pudieron verse afectados por la adulteración in peius de las condiciones de trabajo bajo las cuales se prestó servicio, por cuanto no es posible que se produzca la convalidación de unas modificaciones arbitrarias que podría afectar derechos irrenunciables del accionante" (cursivas nuestras).**

Esa opinión del Alto Tribunal se encuentra ratificada en las sentencias de 16 de

octubre de 2003 (**Jesús Enrique L.M. vs. KelloggPanamerican C.A.**), y n° 971, del 5 de agosto del año 2011 (**Expediente AA60-S-2010-1200**), pero difiere de la que había sostenido en sentencia anterior (n° 72, Exp. N° 00-509, de 3-5-2001):

“(....) la posibilidad de introducir cambios, convenidos o impuestos por el patrono en las condiciones de trabajo, que generalmente se dan mediante el mejoramiento de algunas en desmedro de otras, pudiendo darse el caso de que el conjunto resulte definitivamente desfavorable al trabajador, es una hipótesis prevista y regulada por el ordenamiento laboral, sin que pueda entenderse que la aceptación de los mismos contribuya en sí una violación al principio de la irrenunciabilidad de las disposiciones y normas que favorecen a los trabajadores, desarrollado en los artículos 3 y 10 de la Ley Orgánica del Trabajo (**19 y 57 LOTT**), salvo por supuesto, cuando las nuevas condiciones contraríen disposiciones legales de orden público. En cuanto a esa regulación, el artículo 103 (**80**) de dicha ley califica como despido indirecto y como tal, causa justificada de retiro del trabajador, la alteración de las condiciones de trabajo, y en el 101 (**82**) *ejusdemotorga* al trabajador (*y al patrono en su caso*) el derecho a dar por terminada la relación laboral, invocando dentro de los 30 días continuos siguientes esa causa del retiro, con los efectos patrimoniales de un despido injustificado. *Conforme a ello, pues, el trabajador tiene la opción, bien de poner fin a la relación, en cuyo caso esos efectos patrimoniales se calcularán con base al régimen anterior a los cambios no aceptados, o bien de continuar prestando servicios bajo las nuevas condiciones, las que en consecuencia determinarán los cálculos respectivos en la oportunidad en que se produzca la finalización de las labores*”. (**Cursivas y negritas agregadas**).

12. La cuestión controvertible en los indicados fallos de 2003 y 2005, se centra en la anotada semejanza que existe entre los supuestos de aplicación de los artículos 101 y 103 de la Ley Orgánica derogada (1997), en adelante mencionados por sus equivalentes 82 y 80 de la vigente LOTT, y en el alcance veraz de la consabida irrenunciabilidad del salario y demás derechos laborales.

Como lo hemos explicado con anterioridad, el actual artículo 82 alude a hechos u omisiones de carácter ocasional, *capaces de perturbar la relación personal, emotiva, de las partes en el contrato de trabajo, pero que no modifican su contenido económico obligatorio, ni obstan a su cumplimiento normal* durante y después de vencido el lapso legal de caducidad, lo cual sirve de concluyente evidencia de que la injuria al derecho del ofendido no fue estimada por él como una justa causa para interrumpir *de inmediato* sus labores y terminar su contrato sin preaviso. El artículo 80, por el contrario, contempla el conjunto de faltas graves del patrono (Grupos A y B del esquema precedente) como causas de inmediata separación del trabajador de su cargo sin preaviso (**supra, 10**).

Al desestimar la reiterada indiferencia del trabajador ante el incumplimiento de los aumentos periódicamente convenidos, y la sistemática falta de impugnación de esos hechos, la Sala de Casación Social dejó sin aplicar el artículo 82 en que dijo fundamentarse, sobre la caducidad, disposición de eminente orden público nacida de la necesidad de librar de incertidumbre los derechos que las leyes garantizan, para la conservación de la paz social. Consolidada la caducidad, definitivamente mueren el derecho y la correspondiente acción procesal para hacerlo valer de su deudor. La inaplicación de esta regla fundamental, unida a lo que juzgamos una errónea concepción de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, es la contaminada fuente de la jurisprudencia nacional sobre el tema que nos ocupa.

Quizás nuestro Supremo Tribunal tenga hoy mejores respuestas que nosotros a los delicados problemas que suscitan sus pasados fallos, ya que si todos los derechos laborales son constitucional y legalmente irrenunciables, ¿en qué casos resulta pertinente la aplicación del artículo 82 de la ley? ¿Qué fin útil tiene el lapso de caducidad en esa norma previsto, si el trabajador puede seguir prestando sus servicios después de la falta sin impugnarla? ¿Qué mérito jurídico puede atribuirse a la jurisprudencia sobre la presunción del perdón?

En respeto al orden lógico del presente estudio, expondremos nuestro concepto de la irrenunciabilidad del salario y demás derechos de orden laboral, antes de enunciar las consecuencias jurídicas y prácticas, de estirpe penal inclusive, que sin ahondar mucho se advierten en el señalado criterio jurisprudencial.

**13. La irrenunciabilidad.** Nos alejamos con desconfianza y casi por instinto, de las concepciones absolutas sobre la naturaleza de instituciones jurídicas con valor de dogmas religiosos, que ni el Derecho en general, ni la propia Ley Orgánica del Trabajo, predicán ni comparten. El salario es irrenunciable en calidad de contraprestación obligatoria imprescindible en un contrato bilateral. El trabajo obligatorio sin proporcionada retribución, es esclavitud, o, acaso, acción propedéutica en beneficio del reo de delito, pero nunca es convención voluntaria jurídicamente eficaz. Es irrenunciable como principio teórico esencial para la formación del vínculo jurídico, pero una vez consolidado el derecho a la prestación es íntegramente disponible a voluntad del trabajador, como parte integrante de su patrimonio personal y garantía del derecho de sus acreedores. El artículo 101 de la LOTTT es terminante al respecto:

**Artículo 101 LOTTT.** “Los trabajadores y trabajadoras dispondrán libremente de su salario. Es nula cualquier limitación a este derecho no prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o la ley”.

Todavía más amplio que el único aparte del artículo 103 de la vigente LOTTT, era el artículo 132 de la derogada ley de 1997 (en vigor en época de las sentencias de 2003, 2005 y 2011, arriba indicadas), que extendía la facultad del asalariado de autorizar el descuento de cuotas únicas o periódicas de su prestación, *en beneficio de asociaciones benéficas, sociedades civiles sin fines de lucro, cooperativas, entidades culturales y deportivas y otras de interés social*. En el plano institucional, sirven igualmente de ejemplos de abandono o desinterés en el uso y disposición ocasional del derecho, la prescripción y la misma

caducidad. ¿Cómo se oculta que la transacción implica una renuncia parcial de derechos laborales? ¿No hay, acaso, renuncia de derechos en la conducta del empleado que acepta las condiciones desmejoradas de trabajo, constitutivas de un despido indirecto? ¿Qué nombre ha de recibir el cambio de naturaleza del derecho real del trabajador sobre sus prestaciones sociales, en un derecho de crédito, por efecto del préstamo de las mismas a su patrono, o de la cesión de ellas en fideicomiso? ¿cómo calificar de injustificada la conducta del empleado que prefiere no aceptar un cargo de superior categoría, para no perder la comodidad de trabajar en un lugar cercano a su vivienda familiar y al colegio de sus hijos? Y, en fin, para no extender los ejemplos ¿cómo pueden explicarse las novaciones subjetivas y objetivas del contrato de trabajo previstas en el artículo 9°iii del Reglamento en vigor, si los originarios derechos y obligaciones no pueden ser modificados y sustituidos por otros, en virtud de su carácter intangible e irrenunciable?<sup>12</sup>

No hay, pues, renuncia al salario cuando el trabajador dispone voluntariamente de cuotas de su retribución, una vez que ha sido devengada, en beneficio de sus hijos, esposa o concubina; cuando garantiza con ella los préstamos recibidos de conformidad con la ley, ni cuando cumple sus obligaciones familiares de manutención (art. 153). Y menos cuando, como en el caso de R.A.P. vs. Distribuidora Reantoni, es manifiesto el interés del titular del derecho a los aumentos salariales, de recuperarlos con ganancia al término de su relación de trabajo.

La irrenunciabilidad ha de entenderse como un principio de singular mérito político en la infancia y adolescencia del Derecho del Trabajo de comienzos del siglo XX, en que era presentado por sus interesados voceros como el derecho casi religioso de la revolución socialista, informal y sin relación con el derecho civil<sup>13</sup>. Todavía se repite en las leyes del trabajo de la economía capitalista e, inclusive, en las de embozo comunista (Cuba) y en la venezolana de corte “*democrático y participativo*”, que omite al Derecho Civil de las fuentes subsidiarias del Derecho laboral.

El afamado principio representa, en primer término, una garantía que al trabajador brindan la Constitución y las leyes laborales contra la acción u omisión de quien puede enervar la eficacia de sus derechos, por el dominio que el contrato de trabajo le confiere sobre las personas de sus subalternos. Extensivamente concebida, esa palabra significa también un sistema jurídico protector del trabajador contra la acción de los acreedores del patrono y de sus propios acreedores, aunque este tipo de protección guarda más bien relación con otro género complementario de garantías legales<sup>14</sup>. La anulabilidad de los actos que la contravienen, garantiza la eficacia legal de la irrenunciabilidad.

<sup>12</sup> Teóricamente, la desmejora de una prestación salarial, podría ser compensada por otros beneficios de la contratación colectiva, apreciados en su conjunto (art. 434 LOTT).

<sup>13</sup> El Nuevo Derecho, Alfredo Palacios, primera ed. 1920, Buenos Aires.

<sup>14</sup> El privilegio de los créditos laborales se fundamenta en las mismas razones humanitarias y de equidad propias del privilegio de los créditos clasificados en los ordinales 1°, 2° y 3° del artículo 1870 del Código Civil (gastos conservatorios o ejecutivos sobre muebles hechos en interés de todos los acreedores; gastos funerales del deudor, su consorte e hijos sometidos a patria potestad, si no tuvieran bienes propios; y gastos de la última enfermedad de esas mismas personas), citados todos en calidad de ejemplos.

Sin embargo, la institución muestra hoy notorios signos de envejecimiento e inoperancia, por consecuencia práctica del desarrollo cultural de los pueblos y la tecnificación de los oficios. La virtual disminución del obrerismo, la masiva incorporación de la mujer al trabajo en plan de igualdad científica y profesional, así como la constante aparición de nuevas técnicas para viejos y hodiernos oficios, avientan cada día más lejos la necesidad social de reglas protectoras del trabajador, semejantes a las civiles dictadas en amparo de los débiles de entendimiento, sordomudos, ciegos de nacimiento o cegados durante la infancia (arts. 409-412 Cód. Civil).

Resulta absurdo que la transacción de un empleado de alta dirección de una empresa industrial de la robótica o la computarización, sea anulable por falta de la homologación del juez competente para autorizar tales actos en amparo de sus derechos.

**14.** En puridad de conceptos, los únicos derechos *irrenunciables* en el orden jurídico laboral y, por tanto, *no susceptibles de abandono, renuncia, remisión, prescripción ni caducidad*, son los derechos *intangibles* que la Constitución, los Tratados, Convenios y Recomendaciones Internacionales, así como la propia legislación del trabajo, reconocen a los trabajadores como miembros de la familia humana, en condiciones de plena igualdad (**salud, vida, educación, no discriminación, honor, etc., comprendidos en el grupo A, supra**). No son esos derechos de fuente contractual, ni materia de evaluación patrimonial y se les considera de orden público y parte esencial del contrato de trabajo, por ser ése el espacio jurídico en cuya ejecución el trabajador expone su persona a los riesgos del oficio o profesión, y se priva de tiempo y libertad para atender las exigencias de su desarrollo físico-síquico y cultural (**art. 156 LOTTT**)<sup>15</sup>.

Igualmente se asimilan a este grupo de derechos laborales intangibles, o fuera del alcance de las convenciones privadas, algunos que la sociedad venezolana estima indispensables para su crecimiento político, económico y social, como son los concernientes al uso obligatorio del idioma castellano, a la nacionalidad venezolana de los jefes de relaciones industriales, al porcentaje de trabajadores

<sup>15</sup> La irrenunciabilidad, objeto del presente estudio, suele ser confundida con el postulado, también de innegable importancia jurídica en el campo del derecho común, relativo a la intangibilidad de los contratos bilaterales por voluntad de una sola de las partes (art. 1159 Código Civil). Una vez concertado válidamente el contrato de trabajo, sus estipulaciones tienen fuerza de ley entre las partes, y no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley. Igual que todos los contratos sinalagmáticos perfectos, el de trabajo obliga no solamente a cumplir de modo exacto lo expresado en él (art. 1264 Código Civil), sino a todas las consecuencias que derivan de la equidad, el uso o la ley (art. 1160 eiusdem; art. 56 LOTTT). Es entonces jurídicamente patente que todas las ventajas o provechos correspondientes al trabajador según el respectivo contrato (es decir, todos los elementos integrantes de su salario, en el amplio sentido que atribuimos a la expresión), deben ser cabalmente satisfechos sin posibilidad de que su empleador los revoque o modifique unilateralmente (art. 1159, citado, C. Civil). Puede así entenderse que el salario sea intangible para el patrono y disponible libremente por el trabajador, salvo en beneficio gratuito de dicho empleador.

En el artículo 141, la LOTTT establece el derecho de todo trabajador a sus prestaciones sociales "garantizando la intangibilidad y progresividad de los derechos laborales".

La cesión del salario a título oneroso, prohibida por el artículo 103 LOTTT, no es fácil de entender, pues supone actos onerosos, negociales, de disposición salarial; actos de esa naturaleza son los contratos de mutuo y fideicomiso expresamente regulados en calidad de garantías de las prestaciones sociales del trabajador.

venezolanos, y a la preferencia en el empleo de extranjeros con hijos venezolanos, etc.

**15.** No columbramos prestación económica alguna, objeto legítimo de la retribución expresa o tácitamente acordada, que no pueda ser materia de abandono, total o parcial, *siempre que la dejación no implique un acto gracioso de disposición del derecho en favor de su empleador, realizado antes, durante o después de la terminación del respectivo contrato de trabajo. La cesión voluntaria de la contraprestación de esfuerzo que el patrono aprovecha, obra como elemento caracterizador de la renuncia laboral prohibida.* Esta condición no ha sido nunca expresa en nuestras leyes, pero se ha inducido nítidamente de sus tuitivos principios fundamentales, ya que todo abandono de derechos del trabajador en provecho de quien lo emplea y debe pagar sus servicios, esconde el odioso predominio del más fuerte sobre el ser humano que se le subordina para poder vivir.

Nos inclinamos a creer que por aplicación del expuesto principio de intangibilidad de los contratos, y no de la supuesta irrenunciabilidad de los aumentos caducados, el derecho de **Jesús López Marín y R. A. Peralta** a sus correspondientes prestaciones sociales, debió *ser calculado con base en el salario que efectivamente devengaban esos empleados en el momento de terminar sus respectivos contratos de trabajo, pues si los propios afectados conceptuaron que el incumplimiento de su patrono carecía de gravedad como para justificar la terminación de sus servicios sin preaviso, la base legal del cálculo pertinente ha debido ser la retribución que* recibían según los libros obligatorios laborales, mercantiles y fiscales de la empresa. Así lo había declarado esa misma Sala de Casación Social en la sentencia de fecha 3 mayo del año 2001, parcialmente transcrita anteriormente (**supra, 11**).

## **V. LOS ILEGALES EFECTOS DE ESA JURISPRUDENCIA**

El cabal conocimiento de la cualidad de *irrenunciable* atribuido a los derechos laborales por las dos partes contratantes, así como del efecto legal y económico de la nivelación salarial para la economía de la empresa, nos parecen elementos de juicio suficientes para inferir en ambos litigantes la conciencia del perjuicio a los trabajadores de la entidad, afectados tanto por la denegación de los periódicos aumentos, como bajo por los efectos legales de éstos sobre las prestaciones sociales y los respectivos derechos a solicitar del patrono anticipos a cuenta de ellas (art. 144 *ejusdem*).

Es legalmente obvio que mediante el artificio (ingenio, habilidad, DRAE) de no impugnar el repetido incumplimiento de su patrono, con el propósito de hacer efectivos los aumentos “irrenunciables” al terminar su contrato, R.A. Peralta dejó de pagar las contribuciones que, en proporción al sueldo periódicamente por él devengado, le imponían la **Ley del Seguro Social** y el **Decreto con fuerza de ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat**. Tal conducta parece configurar el delito de procurar para sí un provecho injusto en detrimento de entidades autónomas en que tiene interés el Estado, previsto en el Código Penal. En sentencia de 28 de noviembre de 2011 (Exp. N° 11-1279), la Sala

Constitucional del TSJ declaró delito de apropiación indebida calificada, la falta del patrono que incumple la obligación de aportar y retener el aporte de los trabajadores al Fondo Obligatorio para la Vivienda (FAOV), tal como lo previene el Decreto con fuerza de Ley creador de ese Instituto.

El Código del Trabajo chileno, ya citado, es intransigente al respecto:

Artículo 162: (.....) "Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los artículos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo".

El mismo hecho de la falta de impugnación del incumplimiento sirve de verosímil indicio del *concilium fraudis* del demandante R. con su patrono, cómplice del presunto delito de obtener un provecho injusto en detrimento del Estado, al no pagarle las más altas contribuciones que le correspondían, y evitarse extender a los demás trabajadores de igual oficio que el actor, el incremento salarial que efectiva y periódicamente éste recibía de la empresa.

Un examen pericial complementario de los libros de contabilidad de entidad productiva, acerca de los asientos trimestrales de las prestaciones sociales en la cuenta abierta en nombre del señor R. A. P.; y/o de los aportes periódicos realizados por ella a las nombradas instituciones públicas, o la prueba de informes sobre el punto rendidos a solicitud del Alto Tribunal, quizás hubiesen bastado para confirmar, o desvanecer, las dudas sobre el supuesto concilio fraudulento de las leyes del que dejamos mención.

## **VI. CONCLUSIÓN**

Nos sólo radica el propósito de estas líneas en procurar el cambio de una jurisprudencia venezolana digna de más profundos exámenes doctrinarios. También me ha animado el propósito de remozar, con colores distintos, las ya viejas paredes del Derecho del Trabajo.

Caracas, noviembre-diciembre de 2014.





# Extinción de la relación de trabajo: una visión comparada

Emilio MORGADO VALENZUELA

Profesor de Derecho del Trabajo. Ex Director Regional Adjunto de la OIT para América Latina y el Caribe. Doctor Honoris Causa (Université de Bordeaux)

## Sumario

I) Primera parte. II) Segunda Parte. III) Tercera Parte. IV)  
Fuentes bibliográficas.

## **Resumen**

El estudio de la extinción de la relación de trabajo se diseña doctrinal y legalmente a nivel comparado y se divide en tres partes. La **primera parte** es la concerniente a la seguridad en el empleo y a las vicisitudes de la relación de trabajo, con especial mención a la determinación de la existencia de una relación de trabajo, el desplazamiento del contrato de duración indefinida y la externalización de las relaciones de trabajo. En la **segunda parte** se examinan las causas de extinción de la relación de trabajo, presentando separadamente las originadas por iniciativa del empleador (despido), las que, atendiendo a la naturaleza de las causas que las justifican, se agrupa en tres categorías: (i) las referidas a la capacidad del trabajador; (ii) las atinentes a su conducta y, (iii) las concernientes a las necesidades de funcionamiento de las empresas, establecimientos o servicios. Luego se examina lo concerniente al preaviso, a los procedimientos previos o con ocasión de la terminación, a los recursos contra ella y a la indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos. Finalmente, en la **tercera parte** se hace referencia a los correspondientes ámbitos normativos constitucionales y al estado actual de las ratificaciones del Convenio núm. 158 de la OIT. La voz extinción es definida como la acción y efecto de extinguir o extinguirse, de poner término a algo. Equivale al final o conclusión, a la desaparición o cese permanente. Se agregan anexos normativos de algunos países que versan sobre el tema.

**Palabras claves:** extinción, relación de trabajo, preaviso, indemnización.

## **Abstract**

The study of the termination of the employment relationship is designed and legally doctrinal level compared and is divided into three parts. The first part is concerning the job security and the vicissitudes of the employment relationship, with special reference to the determination of the existence of an employment relationship, the displacement of the contract of indefinite duration and outsourcing relationships i work. In the second part the causes of extinction of the employment relationship are examined, showing separately those caused by the employer (dismissal), which, given the nature of the causes that justify, is grouped into three categories: (i) those related to the ability of the worker; (ii) those relating to his conduct and, (iii) the requirements concerning the operation of enterprises, facilities or services. Concerning the notice, the previous procedures or upon termination appeals against it and severance services and other measures of income protection is examined. Finally, in the third reference to the relevant constitutional policy areas and the current status of ratifications of Convention No. 158 of the ILO. The extinction voice is defined as the action and effect of extinguishing or terminated, to terminate something. Corresponds to the end or conclusion, the disappearance or permanent cessation. Normative annexes of some countries that deal with the subject are added.

**Keywords:** extinction, working relationship, notice, compensation.

## PRIMERA PARTE

### SEGURIDAD EN EL EMPLEO Y VICISITUDES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

#### I. SEGURIDAD EN EL EMPLEO

La seguridad en el empleo puede entenderse como la certeza, claridad y previsibilidad acerca del contenido, interpretación y aplicación de la normatividad sobre la extinción de la relación de trabajo. En tal sentido, la seguridad en el empleo es una salvaguarda protectora que preserva la firmeza y constancia de la relación de trabajo. Por ello, un apropiado nivel de seguridad dignifica la relación de trabajo y aleja el temor de que ella se extinga injustificadamente.

Entre las consideraciones tenidas en cuenta para promover un mejor nivel de seguridad en el empleo destacan: (i) mientras para algunos el trabajo es un insumo reemplazable en el proceso productivo, para otros el trabajo tiene un carácter *alimentario* por cuanto su efecto remuneratorio constituye el único o principal ingreso del trabajador, por lo que la extinción de la relación de trabajo lesiona seriamente la capacidad del trabajador para atender sus necesidades y las de su grupo familiar dependiente. Adicionalmente, la pérdida injustificada del trabajo afecta su autoestima y limita su desarrollo personal; (ii) la extinción de la relación de trabajo condiciona, limita o torna inane el acceso pleno al ejercicio de los derechos laborales, afecta la naturaleza y calidad de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, excluye o limita el acceso a las prestaciones de seguridad social y afecta el financiamiento de ellas; (iii) la extinción de la relación de trabajo tiene efectos económicos directos e indirectos, tales como el pago de indemnizaciones, pérdida de inversiones en formación profesional y capacitación de trabajadores, efectos recesivos por disminución de consumos, pérdida de imagen corporativa; (iv) desde el punto de vista social dicha extinción es una fuente alimentadora de la pobreza y la consiguiente elevación de los niveles de marginación y exclusión. Ello plantea nuevas exigencias a las políticas públicas de promoción del empleo, y (v) desde el punto de vista político la extinción de la relación de trabajo afecta negativamente en el grado de cohesión social necesario para alcanzar o mantener niveles apropiados de gobernabilidad democrática inclusiva.

La seguridad del empleo tiende a ser favorecida con la existencia de normas declarativas y garantizadoras de la estabilidad en el mismo. La definición, alcances y modalidades de esa estabilidad son objeto de fuertes debates doctrinales en torno a cómo, mediante ella, se incorporan -o retienen, en su caso- limitaciones efectivas a la extinción injustificada de la relación de trabajo, particularmente eliminando el despido *ad nutum*, en cualquiera de sus manifestaciones directas e indirectas<sup>1</sup>.

El concepto de estabilidad no es unívoco. La doctrina suele distinguir entre la estabilidad absoluta y relativa propia o impropia. La estabilidad absoluta es entendida como la prohibición del despido que no se fundamente en una causa

<sup>1</sup> Sobre el particular, por ejemplo Mario Pasco Cosmópolis afirma que la extinción de la relación laboral en el Perú sólo puede ser estudiada y entendida en función y a partir de la estabilidad laboral. (Ver: La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana, p. 240).

legalmente establecida, por lo que si se produce el despido éste es nulo y el trabajador puede exigir ser reincorporado en su puesto de trabajo. Tratándose de la estabilidad relativa propia el despido declarado nulo no conlleva la reincorporación real del despedido sino que genera la reincorporación ficta, esto es, la continuidad del derecho a recibir el pago de las correspondientes remuneraciones directas e indirectas. A su vez, existe estabilidad relativa impropia cuando el despido no se considera nulo y mantiene su validez y eficacia pero, no obstante, es sancionado con el pago de las indemnizaciones que establece la ley.

Tanto en la legislación como en la práctica iberoamericana están presentes una o más de estas modalidades de estabilidad. No obstante es fuerte la crítica respecto de la aceptación de formas de estabilidad distintas a la absoluta. Por ejemplo, Helios Sarthou sostiene que: (i) los institutos de la estabilidad están conformados en nuestro derecho positivo bajo una óptima unilateral funcional a la parte más fuerte de la relación de trabajo, de filiación sancionatoria y reparatoria, que omite el real enfoque tuitivo y humanista; (ii) la estructura jurídica de la supuesta estabilidad de los trabajadores en general están conformadas sobre la base del instituto del despido indemnizado; (iii) la doctrina y la jurisprudencia más recibidas, sin quererlo o queriéndolo, en ciertos casos, han homologado esta anómala reglamentación legal de la estabilidad, cuando la clasifica en absoluta y relativa, propia e impropia. De este modo incluye el régimen indemnizatorio del despido como “estabilidad impropia”, cuando en realidad nada tiene que ver con la estabilidad, siendo un sistema de reparación de los efectos dañosos, precisamente de la violación de la estabilidad. No existe más que una estabilidad: el mantenimiento o reintegro de la relación de trabajo en los mismos términos en que se encontraba al tiempo del despido. Tampoco la llamada “estabilidad propia relativa” es estabilidad, pues el restablecimiento de los efectos del contrato y la puesta de energía a la orden, no constituye la reinstalación efectiva y material en la empresa, impidiendo la plenitud de derechos materiales y morales que implica el contrato de trabajo. Esa reinstalación ficta puede afectar el plano moral del trabajador al percibir el salario sin realizar las tareas, comprometiendo su posición en el medio laboral, y (iv) la estabilidad impropia es una coartada semántica, y la propia relativa corrige la privación del salario pero no es verdadera estabilidad<sup>2</sup>.

En general, en los países iberoamericanos ha disminuido el nivel de seguridad del empleo por efecto de variados factores. Éstos alcanzan dimensiones y expresiones estrechamente ligadas a los variantes entornos políticos y económicos existentes en los ámbitos nacionales e internacionales, a menudo acelerados o distorsionados por procesos de globalización en los que suelen estar ausentes valores éticos que sirven de fundamento a los principios del Derecho del Trabajo: el protectorio, el de continuidad, el de irrenunciabilidad, el de la primacía de la realidad, el de no discriminación, unidos a los principios del Derecho Procesal del Trabajo.

<sup>2</sup> Helios Sarthou: Trabajo, Derecho y Sociedad. Tomo II. Estudios de Derecho Individual del Trabajo. Fundación Cultura Universitaria, FCU. Montevideo 2002, especialmente pp. 57 y 669.

A lo anterior cabe agregar los múltiples efectos, directos e indirectos, derivados de la persistencia de altos niveles de desempleo y subempleo, cuyo abatimiento, según algunos, obliga a la desregulación de las normas laborales, en particular de las que regulan la contratación y la terminación de la relación de trabajo, mediante fórmulas de flexibilización de ingreso y egreso. De esta forma al clásico enunciado del “empleo como bien escaso”, formulado por el siempre recordado y apreciado Profesor *Manuel Alonso Olea*, ahora hay que agregar las palabras “y precario”.

Como consecuencia de lo expresado han surgido variadas vicisitudes referidas a la relación de trabajo.

## **II. VICISITUDES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO**

Entre las vicisitudes que actualmente experimenta la relación de trabajo cabe evocar las referidas a la determinación de su existencia, el desplazamiento del contrato de duración indefinida, y la externalización de las relaciones de trabajo.

### **1. LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO.**

En la actualidad no siempre es fácil determinar la existencia de una relación de trabajo. En parte esas dificultades derivan de la implantación de relaciones distintas de las laborales, mediante las cuales se pretende disfrazar y encubrir verdaderas relaciones de trabajo y así evitar la plena vigencia de la legislación que las rige. También en parte dichas dificultades se generan por “la presencia de insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación”, particularmente en los casos en que hay relaciones “objetivamente ambiguas”<sup>3</sup>.

Estos factores adquieren dimensiones y matices relevantes por efecto directo o indirecto de las transformaciones que experimentan la organización y naturaleza del sistema productivo y del trabajo, especialmente si se tiene presente los cambios tecnológicos y económicos y las periódicas las crisis financieras y recesiones económicas internacionales.

Mediante reformas legislativas –y también fácticamente– se han instalado variadas formas de contratación laboral “deslaborizadas”, esto es, reguladas por ordenamientos jurídicos distintos al laboral no obstante tratarse de reales y efectivas relaciones de trabajo. Ese deslizamiento hacia lo no laboral produce efectos aún más perniciosos cuando conduce a la existencia de relaciones totalmente desreguladas.

Como se expresa en el Informe de 1995 de la OIT sobre la relación de trabajo “disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley o evadir impuestos o las obligaciones de la seguridad social (... y además) sirve para ocultar la identidad del empleador”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Ver: Oficina Internacional del Trabajo: Informe V(1) La relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, 2006. OIT, Ginebra, 2005.

<sup>4</sup> Id. ant. p. 14.

Tal encubrimiento también puede consistir en atribuir a una relación de trabajo características y modalidades diferentes a las reales, por ejemplo en lo atinente al plazo de vigencia de la relación de trabajo<sup>5</sup>.

De otra parte, tratándose de las llamadas relaciones “objetivamente ambiguas”, en el Informe se evocan repercusiones resultantes de la pérdida de protagonismo de la relación de trabajo típica por el surgimiento y ampliación creciente de las relaciones atípicas<sup>6</sup>. A la vez se da particular importancia a lo concerniente a las relaciones triangulares de trabajo y las consiguientes incertezas respecto de materias tales como la identidad del empleador, la radicación y nivel de responsabilidad –solidaria o subsidiaria– de los correspondiente proveedores y usuarios, y de los posibles intermediarios, situaciones que se tornan más complejas tratándose de triangulaciones en cadena o red. Asimismo en el Informe se evoca lo atinente a las modalidades comerciales que asume el sistema de franquicias. Adicionalmente se menciona la situación del “trabajo económicamente dependientes”, en el que un trabajador formalmente independiente depende de los ingresos que obtiene “de unos pocos clientes o de uno solo”<sup>7</sup>.

Con distintos enfoques y matices las legislaciones de los países iberoamericanos abordan estas materias, particularmente lo referido al concepto de relación de trabajo y sus sujetos, la aproximación al principio de “primacía de la realidad” y la prueba, las fronteras entre lo dependiente e independiente, la externalización y triangulación, y las funciones de fiscalización y control del cumplimiento de la legislación<sup>8</sup>.

En *Chile* los factores dependencia y subordinación poseen diferentes calificaciones como elementos caracterizadores de la relación de trabajo. Mientras en la definición de contrato de trabajo esos factores constituyen requisitos copulativos para la existencia de ese contrato, y de la correspondiente relación de trabajo (“subordinación y dependencia), no tienen tal carácter en las definiciones legales de trabajador y de empleador (“subordinación o dependencia). La eliminación del carácter copulativo de ambos términos permitiría ampliar considerablemente el ámbito de aplicación de la relación de trabajo y de su amplia gama de efectos jurídico-laborales y de seguridad social<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Tal fenómeno fue magistralmente expuesto por el Profesor Efrén Córdova, Relator del Tema en el Décimo Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (Caracas, 1985).

<sup>7</sup> Ver: Oficina Internacional del Trabajo: Informe V(1) La relación de trabajo. Ob.cit. p. 13.

<sup>8</sup> Id.ant. , pp. 19 a la 54.

<sup>9</sup> Al igual que en otros países, las complejidades que enfrenta a determinación de la existencia de una relación de trabajo pone de relieve la apropiada selección y utilización de elementos indiciarios. Aunque no se ha legislado acerca de ellos cabe recordar que los más corrientemente aludidos en la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo principalmente son: la continuidad o periodicidad de la prestación de servicios; el cumplimiento de horarios de trabajo y descanso; la entrega de materiales y equipo para realizar el trabajo; la supervigilancia directa o indirecta; las órdenes o instrucciones acerca de cómo y cuando realizar el trabajo; el sometimiento a procesos de selección o evaluación; la naturaleza coincidente de las labores encomendadas coincidentes la naturaleza de las actividades de la empresa; el uso obligatorio de uniformes o sellos, logos o emblemas distintivos de la empresa y, muy especialmente, la determinación de quien utiliza el trabajo realizado o se beneficia con él. A su vez en la jurisprudencia judicial destacan las sentencias en que se ha establecido que hay relación de trabajo -aunque no haya contrato de trabajo o, eventualmente se hayan extendido boletas por servicios independientes o celebrado

## **2. EL DESPLAZAMIENTO DEL CONTRATO DE DURACIÓN INDEFINIDA**

En cuanto a la duración del contrato de trabajo, en Latinoamérica se ha transitado desde la preferencia por el contrato de duración indefinida a la creciente tendencia que favorece al contrato por tiempo determinado. Así han quedado atrás dos características clásicas del contrato de trabajo: (i) mientras no se pruebe lo contrario, el contrato es por tiempo indefinido, y (ii) el contrato por tiempo definido es de carácter excepcional y, por lo tanto, tiene cabida si se cumplen las condiciones exigidas para celebrarlo, entre otras, la temporalidad intrínseca del trabajo o servicio que se contrata, fundamentada en la existencia de causas objetivas que la acrediten. Ahora la temporalidad del contrato no obedece a la temporalidad de la prestación laboral objeto del contrato.

Como tal, la temporalidad se manifiesta en múltiples y crecientes formas contractuales. Todas se inscriben en el objetivo de fortalecer la flexibilidad de ingreso como un medio para favorecer variados objetivos, incluidos los de acrecentar las facultades de organización y administración del trabajo radicadas en el empleador, y los de fomentar el empleo, particularmente a través de la primera contratación y la formación para aumentar la empleabilidad. En ciertos casos dicha temporalidad ha sido acompañada por exenciones en materias tributarias y de previsión y seguridad social, lo que le agrega contenidos de suma precariedad.

Especial relevancia tienen las reformas que restan protagonismo a los contratos de duración indefinida modificando peyorativamente la clásica presunción del carácter de indefinido del plazo de vigencia del contrato de trabajo (**Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela**) y favoreciendo, promoviendo y multiplicando modalidades de contratos por tiempo determinado (**Argentina, Brasil, Ecuador, Nicaragua Perú, República Dominicana, Venezuela**), a la vez que aumentando sus plazos de vigencia (**Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela**).

Cabe también señalar que en **Brasil** -mediante la negociación colectiva- la empresa puede ser autorizada para celebrar contratos de trabajo de duración determinada; en **Ecuador** la legislación reformada regula los contratos eventuales, ocasionales, de temporada, de obra cierta y por tarea, y en cuanto a su duración se establece que los contratos de duración determinada tendrán una duración no menor a un año ni superior a dos años (no renovable), excepto si se trata de contratos: (i) temporales (que en total no excedan de 30 días en un año), (ii) por obra cierta que no sean habituales, (iii) contratos de temporada,

---

contrato "a honorarios"- si se demuestra la existencia de alguno de los siguientes factores indiciarios: desempeño real como dependiente durante un tiempo determinado, con horario y remuneración; informes de rendiciones de cuentas presentadas al empleador y "signadas" por éste; trabajo realizado en dependencias de la empresa o utilizando la infraestructura de ella; uso de un vehículo de la empresa; pago de los gastos realizados "en terreno", previa rendición de gastos y aprobación por parte de la empresa; compromiso de exclusividad en la prestación de servicios; obligación de asistencia diaria; obligación de rendir cuenta de las actividades realizadas; recepción y obligación de cumplimiento de instrucciones; pago de de colación (alimentación), gratificación o estímulos anuales; emisión de boletas de honorarios correlativas; cúmulo de obligaciones establecidas en el contrato de un profesional liberal, que exceden a las propias de un profesional que presta servicios en determinados actos relacionados con su especialidad.

(iv) contratos de servicio doméstico, (v) contratos de aprendizaje; (vi) contratos a prueba; (vii) contratos entre artesanos y sus operarios, y (viii) los demás contratos que determine la ley; que tendrán un año de duración como mínimo; en **Nicaragua** se modificó la regulación sobre contratos de tiempo determinado y se estableció como plazo de duración de los contratos el que convengan las partes, o el tiempo de duración de la obra o servicio, o de trabajos cíclicos o estacionales, salvo lo que se disponga en convenios o acuerdos colectivos; en **Perú** se establecieron los siguientes contratos temporales: (i) por inicio o lanzamiento de una nueva actividad (con un plazo máximo de dos años), (ii) por necesidades del mercado (con un plazo máximo de cinco años), y (iii) por reconversión empresarial (con un plazo máximo de dos años). A la vez se establecieron los siguientes contratos de naturaleza accidental: (i) ocasionales (con un plazo máximo de seis meses), (ii) de suplencia, y (iii) de emergencia (ambos con la duración que sea necesaria). A ellos se sumaron tres modalidades de contrato de obra o servicio: (i) de obra determinada o servicio específico, (ii) intermitente, y (iii) de temporada. A estas formas contractuales se agregaron los contratos: (i) del régimen de exportación de productos no tradicionales; (ii) de zonas francas, y (iii) “cualquier otro contrato cuya causa de contratación sea temporal” (en esas tres modalidades la duración del contrato “será la que resulte necesaria”), en **República Dominicana** se mantuvo la regulación de los contratos por cierto tiempo y para una obra o servicios determinados si en tal contratación concurre alguno de los siguientes tres requisitos: (i) que sea conforme a la naturaleza del servicio que se va a prestar, (ii) que consista en la sustitución temporal de un trabajador, o (iii) que convenga a los intereses del trabajador. La duración de los contratos es determinada por la naturaleza de la labor convenida.

La tendencia es inversa en **Argentina** país en que se reemplazó la legislación sobre “las modalidades promovidas recontrato de trabajo” y reguló lo concerniente al contrato de trabajo de aprendizaje y al régimen de pasantías, y en **Venezuela**, en donde el contrato por tiempo determinado sólo puede celebrarse si así lo exige la naturaleza del servicio, o cuando tenga por objeto substituir lícita y provisionalmente a un trabajador, o cuando se trate de trabajadores venezolanos que prestarán servicios en el extranjero. Los contratos por obra determinada terminan con la conclusión del trabajo y los de duración determinada no pueden exceder de un año (obreros) o tres años (empleados).

De otra parte se ha recurrido a la creación de nuevas modalidades de contratación, como las de formación y aprendizaje (**Argentina, El Salvador, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela**), y se ha ampliado el plazo de duración de los períodos de prueba (**Argentina, Colombia, Panamá, Perú, Venezuela**)

En ciertos casos se ha establecido una duración máxima del contrato de plazo definido, por ejemplo, dos años en **Brasil** y en **Panamá** (tratándose de nuevas actividades o de empresas con hasta un año de antigüedad), y de hasta cinco años en **Perú** (en presencia de necesidades coyunturales del mercado). En cuanto a su duración mínima, las regulaciones nacionales no son uniformes. Por ejemplo, en **Colombia** se fija un año, renovable indefinidamente, y en **Ecuador** se establece la duración inferior a un año tratándose de contratos eventuales, ocasionales o de temporada.



A la figura jurídica del contrato por tiempo definido se suma la del contrato a tiempo parcial, también llamado contrato por horas, que puede ser de duración indefinida aunque en la práctica se manifiesta, principalmente, en contrataciones temporales, por que esos contratos tienden a ser modalidades del contrato de duración determinada. Igual naturaleza puede atribuirse a ciertas manifestaciones del período de prueba que suele incorporarse en el contrato de trabajo.

De otra parte, en la práctica ha crecido el uso de contratos por obra, faena o servicio, en los que se da una interpretación extensiva a esos vocablos, los que tienden a ser considerados como sinónimos de tarea o parte de una tarea, con lo que en definitiva disminuye el tiempo de duración del contrato de trabajo.

### **3. LA EXTERNALIZACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO**

Las modalidades de externalización (outsourcing) varían según los países y las ramas de actividad económica. A la vez, presentan matices concretos que van desde ciertas formas de intermediación hasta modalidades de externalización máxima, incluso de carácter internacional. Esas modalidades reflejan la existencia de tendencias descentralizadoras en la organización de la producción y del trabajo a la vez que una acentuación de la disminución de las plantillas fijas de personal, el crecimiento de la intervención de terceros en las relaciones tanto laborales como no laborales existentes en la externalización productiva y, en general, la ampliación de modalidades de deslizamientos deslaborizadores de lo laboral.

En este marco conceptual la contratación laboral deja de ser directa entre el que recibe el trabajo y el que lo realiza. En consecuencia migra desde el ámbito de las vinculaciones directamente establecidas entre el empleador y el trabajador -base de la relación laboral y del contrato de trabajo clásicos- y se domicilia en un ámbito externo, se externaliza. En tal marco coexisten relaciones laborales y relaciones contractuales no laborales. En las primeras el empleador real (clásico) no es quien directamente contrata el trabajo ni quien directamente lo remunera, funciones que radican en el contratista o subcontratista o en la empresa de servicios transitorios. Surgen entonces triangulaciones en las que existen relaciones entre el trabajador, su empleador formal y el que recibe y se benefician con el trabajo realizado.

Por ejemplo, en **Chile** la legislación regula dos formas de externalización de la prestación de trabajo: la subcontratación y el trabajo a cargo de empresas de servicios transitorios.

El trabajo en régimen de subcontratación es definido como el realizado por un trabajador para un empleador denominado contratista o subcontratista el que, mediante una relación contractual (no laboral) con una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena (denominada empresa principal), se encarga de ejecutar, por su cuenta y riesgo, obras o servicios con trabajadores bajo su dependencia. Los servicios u obras contratadas se desarrollan o ejecutan en la empresa principal.

En lo concerniente al trabajo a cargo de empresas de servicios transitorios, la

legislación regula los siguientes cinco componentes: las empresas de servicios transitorios, la empresa usuaria o usuaria, el contrato de puesta a disposición, el trabajador de servicios transitorios, y el contrato de trabajo de servicios transitorios, formulando las siguientes definiciones: (i) empresa de servicios transitorios es la persona jurídica inscrita en el registro respectivo, que tiene por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros - denominados para estos efectos empresas usuarias- trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como “otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos”; (ii) es usuaria toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: (a) suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados; (b) eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza; (c) proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados; (d) período de inicio de actividades en empresas nuevas; (e) aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria; o (f) trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria. No se puede contratar la puesta disposición de trabajadores de servicios transitorios: (a) para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como los gerentes, subgerentes, agentes o apoderados; (b) para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva, o (c) para ceder trabajadores a otras empresas de servicios transitorios; (iii) es contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios aquél de naturaleza no laboral en el que la empresa de servicios transitorios y la usuaria dejan constancia de: (a) la causal invocada para la contratación de servicios transitorios; (b) los puestos de trabajo para los cuales se realiza; (c) la duración de la puesta a disposición; (d) “el precio convenido”; (e) la indicación de los trabajadores puestos a disposición que durante la vigencia de dicho contrato, tendrán o no derecho a la utilizar transporte e instalaciones colectivas que existan en la usuaria, y (f) la individualización de las partes, con indicación del nombre, domicilio y número de cédula de identidad o rol único tributario de los contratantes. En el caso de personas jurídicas, se debe, además, individualizar a el o los representantes legales; (iv) es trabajador de servicios transitorios aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones del Código del Trabajo, y (v) es contrato de trabajo de servicios transitorios la convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido.

En la reciente Ley N° 1429, de **Colombia**, sobre formalización y creación de

empleo, se dispone que en toda institución o empresa pública o privada, el personal requerido para el desarrollo de actividades “misionales permanentes” no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales o prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes<sup>10</sup>. En **Perú**, en la externalización mediante el suministro de trabajadores a cargo de una cooperativa de servicios, los socios de éstas aportados a la empresa contratante no son trabajadores dependientes de la cooperativa de la que son miembros, ni de la empresa contratante que se beneficia con su trabajo. Sin embargo se les considera habilitados para pertenecer, como trabajadores dependientes, a tres instituciones de protección social: el Régimen de Prestaciones de Salud, el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones.

## **SEGUNDA PARTE**

### **MODALIDADES DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO**

#### **I. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO**

En la legislación de los países latinoamericanos existen numerosas y disímiles clasificaciones de las causas de extinción de la relación de trabajo, a lo que se agrega el uso de vocablos cuyo significado no siempre es coincidente. En algunos casos la clasificación en sí es también compleja y en otros sólo se trata de enumeraciones de causales, aun cuando en ellas suele advertirse la existencia de agrupaciones con una cierta identidad común o coherente. En resumen, no hay una terminología común y generalmente aceptada.

Por ejemplo, *Wagner D. Giglio* expresa que en **Brasil**, la relación de trabajo puede concluir por causas ajenas a la voluntad de las partes o por acuerdo de ellas. Entre las primeras destaca: (i) la fuerza mayor, que incluye al acto de autoridad que prohíbe o imposibilita la actividad empresarial, y (ii) las relativas al trabajador (muerte del trabajador o su encarcelamiento por más de treinta días, la decisión del padre o tutor del menor de edad, la incapacidad mental o física bajo ciertas circunstancias). *Giglio* también sostiene que el mayor interés reside en la extinción del vínculo por acto de voluntad, que puede ser bilateral (contrato a plazo determinado o por actividad u obra determinada), el disenso (o rescisión por acuerdo de las partes) y la culpa recíproca), o ser unilateral del empleador o del trabajador. Sobre el particular *Giglio* expresa que la “rescisión del vínculo por acto de voluntad del empleador puede derivar del cierre voluntario de la empresa, por la jubilación (obligatoria) del trabajador a requerimiento del empleador, del despido del trabajador con o sin causa justificada y, finalmente, por la decisión judicial dictada en una acción destinada a obtener la autorización de separación del trabajador con derecho a la estabilidad (con o sin falta grave).

---

<sup>10</sup> En dicha ley también dispone que, sin perjuicio de los derechos irrenunciables, las pre-cooperativas y cooperativas de trabajo asociados, cuando en casos excepcionales previstos en la Ley tengan trabajadores, retribuirán a éstos y a los trabajadores asociados, por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo. El incumplimiento de esta legislación, unto con la aplicación de elevadas multas, causará la disolución y liquidación de esas pre-cooperativas y cooperativas.

La rescisión del trabajador puede manifestarse a través de su solicitud de jubilación o de renuncia, de su ruptura directa de la relación de trabajo sin comunicación previa al empleador o inclusive mediante una acción rescisoria que pretenda la confirmación judicial. En las dos últimas hipótesis, la rescisión puede producirse con o sin causa justificada...<sup>11</sup>.

En el Código del Trabajo de **Chile** se establecen las siguientes causas generales de terminación del contrato de trabajo: (i) mutuo acuerdo de las partes; (ii) renuncia del trabajador, dando aviso a su empleador con treinta días de anticipación, a lo menos; (iii) muerte del trabajador; (iv) vencimiento del plazo convenido en el contrato. La duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año, plazo que se eleva a dos años tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste<sup>12</sup>; (v) conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, y (v) caso fortuito o fuerza mayor. En normas separadas el Código regula lo concerniente al despido por causa de la conducta del trabajador y lo referido a la terminación por necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, materias que son presentadas más adelante.

En **Colombia** el contrato de trabajo termina: (i) por muerte del trabajador; (ii) por mutuo consentimiento; (iii) por expiración del plazo fijo pactado; (iv) por terminación de la obra o labor contratada; (v) por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento; (vi) por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días; (vii) por sentencia ejecutoriada; (viii) por decisión unilateral en los casos previstos en la legislación, y (viii) por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato<sup>13</sup>.

La terminación unilateral del contrato puede tener lugar por justa causa o sin justa causa. El enunciado de las justas causas que permiten al empleador dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo sin presentadas separadamente. Por parte del trabajador son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo las expresadas en el Código Substantivo de Trabajo<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Wagner D. Giglio: La extinción de la relación de trabajo en el Brasil. En: La extinción de la relación laboral. Perspectiva latinoamericana, ps. 10 y 11.

<sup>12</sup> El trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un período de quince meses, contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida. La duración del contrato no podrá exceder de dos años. El hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, lo transforma en contrato de duración indefinida. Igual efecto producirá la segunda renovación de un contrato de plazo fijo.

<sup>13</sup> En los casos contemplados en (los numerales v) y (vi), el empleador debe solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores.

<sup>14</sup> Son justas causas: (i) haber sufrido engaño por parte del empleado, respecto de las condiciones de trabajo; (ii) todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el empleador contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del empleador con el consentimiento o la tolerancia de éste; (iii) cualquier acto del empleador o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas; (iv) todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato, y que pongan en peligro su seguridad o su salud, y que el empleador no se allane a modificar; (v) todo perjuicio causado maliciosamente por el {empleador}

Respecto de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, en el Código se expresa que en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. Tratándose de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador -o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley- el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que se señalan en el Código del Trabajo.

En **Costa Rica** el contrato de trabajo termina sin responsabilidad para ninguna de las partes por las siguientes causas: (a) por el advenimiento del plazo en los contratos a plazo fijo, salvo el caso de prórroga, y por la conclusión de la obra en los contratos para obra determinada; (b) por las causas expresamente estipuladas en él; y (c) por mutuo consentimiento.

El trabajador puede dar por terminado su contrato de trabajo, conservando su derecho a las indemnizaciones y prestaciones legales, en presencia de alguna de las justas causas determinadas en el Código del Trabajo<sup>15</sup>. También termina sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieran corresponderles, en presencia de: (i) la muerte del trabajador; (ii) la necesidad que tuviere éste de satisfacer obligaciones legales, como la del servicio militar u otras semejantes que conforme al derecho común equivalen a imposibilidad absoluta de cumplimiento; (iii) la fuerza mayor o el caso fortuito; (iv) la insolvencia, concurso, quiebra o liquidación judicial o extrajudicial, la incapacidad o la muerte del patrono. Esta regla sólo rige cuando los hechos a que ella se refiere produzcan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, el cierre del negocio o la cesación definitiva de los trabajos, y cuando se

---

al trabajador en la prestación del servicio; (vi) el incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales; (vii) la exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató, y (viii) cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

<sup>15</sup> En el Código del Trabajo se establecen las siguientes justas causas: (i) cuando el patrono no le pague el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados. Quedan a salvo las deducciones autorizadas por la ley; (ii) cuando el patrono incurra durante el trabajo en falta de probidad u honradez, o se conduzca en forma reñida con la moral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador; (iii) cuando un dependiente del patrono o una de las personas que viven en casa de éste, cometa, con su autorización expresa o tácita, alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra el trabajador; (iv) cuando el patrono directamente o por medio de sus familiares o dependientes cause maliciosamente un perjuicio material en las herramientas o útiles de trabajo del trabajador; (v) cuando el patrono o su representante en la dirección de las labores acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para el cumplimiento del contrato; (vi) cuando el patrono, un miembro de su familia, o su representante en la dirección de las labores u otro trabajador esté atacado por alguna enfermedad contagiosa, siempre que el trabajador deba permanecer en contacto con la persona de que se trate; (vii) cuando exista peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas el lugar de trabajo, por excesiva insalubridad de la región o porque el patrono no cumpla las medidas de prevención y seguridad que las disposiciones legales establezcan; (viii) cuando el patrono comprometa con su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o de las personas que allí se encuentren; (ix) cuando el patrono viole alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 70; y (x) cuando el patrono incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

haya satisfecho la preferencia legal que tienen los acreedores alimentarios del occiso, insolvente o fallido; (v) cuando el trabajador se acoja a los beneficios de jubilación, pensión de vejez, muerte o retiro, (vi) la propia voluntad del patrono.

También el contrato termina por decisión del empleador, con o sin responsabilidad.

En **Cuba** el contrato de trabajo termina por: (i) acuerdo de las partes; (ii) iniciativa de alguna de las partes; (iii) llamado del trabajador para el cumplimiento del servicio militar activo; (iv) vencimiento del término fijado, en el caso de los contratos por tiempo determinado; (v) ejecución del trabajo objeto del contrato, cuando se ha concertado a ese fin; (vi) jubilación del trabajador; (vii) fallecimiento del trabajador, y (viii) extinción de la entidad laboral, cuando no exista la subrogación por cualquier otra.

El trabajador, por su voluntad, puede decidir dar por terminado el contrato, caso en el cual está en la obligación de comunicarlo por escrito a la administración de la entidad laboral en los términos de aviso previo establecidos para cada tipo de contrato. Una vez recibido el aviso previo, la entidad laboral puede acceder a la solicitud del trabajador antes del vencimiento de los términos señalados. El abandono por el trabajador del centro de trabajo sin cumplir el término de preaviso se considera una violación de la disciplina laboral.

La terminación del contrato de trabajo por tiempo indeterminado por las causales de ineptitud, falta de idoneidad, invalidez parcial o declaración de disponibilidad debe ser comunicado al trabajador por escrito, con treinta días de antelación a la ejecución de la baja, por la entidad laboral. Durante el plazo antes referido, la administración de la entidad laboral, dentro de las posibilidades que brinden la producción o los servicios, debe conceder facilidades al trabajador para que gestione un nuevo empleo.

En **Ecuador** las causales de terminación se agrupan en las siguientes cinco categorías:

1<sup>a</sup> Causales de terminación sin responsabilidad para ninguna de las partes y sin intervención judicial: (i) cumplimiento del plazo; (ii) muerte del trabajador; (iii) terminación del negocio como consecuencia directa y necesaria de la muerte del patrono; (iv) incapacidad legal, física o mental de cualquiera de las partes que haga imposible el cumplimiento del contrato, o la continuación de la empresa o establecimiento en su caso; (v) disolución o liquidación de la sociedad, asociación o institución titular de la empresa o establecimiento, cuando se hubiere producido por la finalización del negocio o del objeto para que fueron creadas, o por ser ambos de imposible realización; (vi) fuerza mayor o caso fortuito, cuando sus consecuencias no sean imputables al patrono y siempre que produzcan necesariamente la terminación de todo o parte del negocio; (vii) terminación total o parcial de las actividades de la empresa, decidida por el Síndico o acordada por la Junta de Acreedores en los casos de quiebra o concurso fortuitos; y (viii) sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador la pena de prisión; o por sentencia ejecutoriada que imponga al patrono la misma pena, cuando su ausencia produzca necesaria e inevitablemente la terminación del negocio.

2ª Causales de terminación sin responsabilidad para ninguna de las partes que requieren intervención judicial: (i) cierre definitivo, total o parcial, de la empresa o establecimiento, o la reducción definitiva de las labores, motivados por incosteabilidad de los negocios y autorizados por sentencia del Juez de Trabajo competente. La incosteabilidad deberá haber durado tres meses por lo menos, o un período mayor que el juez estime razonable, atendiendo a la naturaleza e importancia del negocio. Además, tratándose del cierre parcial o de la reducción definitiva expresados, la situación económica dicha ha de ser de tal gravedad que pueda conducir a la total incosteabilidad del negocio, y (ii) clausura del negocio, motivada por agotamiento de la materia que se explota en las industrias extractivas, y autorizada aquélla por sentencia del Juez de Trabajo competente.

3ª Causales de terminación sin responsabilidad para el patrono.

4ª Causales de terminación con responsabilidad para el patrono: el trabajador tendrá derecho a dar por terminado el contrato de trabajo con responsabilidad para el patrono, por las causas determinadas en el Código del Trabajo<sup>16</sup>.

disposición de la ley, en cuyas circunstancias se extinguen los derechos y obligaciones que emanan de dichos contratos. Sobre el particular en el Código se establecen las causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte, materia que ya hemos examinado.

Asimismo el Código regula las causas justas que facultan al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte<sup>17</sup>:

<sup>16</sup> Tales causas son: (i) cuando sin mediar justa causa, el patrono reduzca el salario al trabajador, o realice cualquier acto que produzca ese mismo efecto, o lo traslade a un puesto de menor categoría, o lo destine al desempeño de un trabajo de naturaleza distinta a la del convenido en el contrato. Estas causas dejarán de tener efecto después de treinta días de ocurrida la reducción, el traslado o destinación dichos; (ii) por engañar el patrono al trabajador, al tiempo de celebrarse el contrato, acerca de las condiciones en que deberían realizarse las labores. Esta causa también dejará de tener efecto después de treinta días laborados por el trabajador en la empresa o establecimiento, contados a partir de aquél en que se inició la prestación de servicios; (iii) por cometer el patrono, en el lugar de trabajo, en contra del trabajador o del grupo de trabajadores en que éste labore y del cual forme parte, o en contra de todo el personal de la empresa, actos que lesionen gravemente su dignidad, sentimientos o principios morales; (iv) por malos tratamientos de obra o de palabra, por parte del patrono o jefe de la empresa o establecimiento, en contra del trabajador o en contra de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, siempre que el patrono o jefes conocieren el vínculo familiar; (v) perjuicios que el patrono cause por malicia, directamente o por medio de otra persona, o por negligencia grave de su parte, en las herramientas, implementos de trabajo, o cualquier otra cosa, con tal que sean de propiedad del trabajador, o que, siendo de tercera persona, estén bajo su responsabilidad. Si los perjuicios fueren causados por negligencia leve o levisísima, no podrá el trabajador demandar la terminación cuando el patrono se avenga a resarcirlos; (vi) actos del patrono o de sus representantes que pongan en peligro la vida o la salud del trabajador; (vii) por grave peligro para la vida o la salud del trabajador, debido a falta de condiciones higiénicas en el lugar de trabajo, o en la vivienda proporcionada por el patrono conforme al contrato de trabajo; y, en general, por incumplimiento del patrono, de las medidas preventivas o profilácticas prescritas por la ley o por disposición administrativa de autoridad competente; (viii) en los casos de los ordinales 2º, 3º y 4º del Art. 37, si no reanudare el patrono el cumplimiento del contrato dentro del término que el Juez de Trabajo la señale al declarar improcedente la suspensión, y (ix) por incumplir o violar el patrono, gravemente, cualquiera de las obligaciones o prohibiciones emanadas de alguna de las fuentes a que se refiere el Art. 24 del Código del Trabajo. En todos los casos de este artículo el trabajador tendrá derecho a que se le indemnice como si hubiera sido despedido, en la cuantía y forma que establecen los artículos 58 y 59 del Código, según el caso.

<sup>17</sup> Son causas justas: (i) cuando el patrono no le pague el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados: quedan a salvo las deducciones autorizadas por la ley; (ii) cuando el patrono incurra durante el trabajo en falta de probidad u honradez, o se conduzca en forma abiertamente inmoral o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador; (iii) cuando el patrono

De otra parte en el Código del Trabajo se dispone que son causas que terminan con los contratos de trabajo de cualquier clase que sean, sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus herederos o concubina para reclamar y obtener el pago de las prestaciones o indemnizaciones que puedan corresponderles en virtud de lo ordenado por el presente Código o por disposiciones especiales como las que contengan los reglamentos emitidos por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, en uso de sus atribuciones: (i) la muerte del trabajador; y (ii) la fuerza mayor o el caso fortuito; la insolvencia, quiebra o liquidación judicial o extrajudicial de la empresa; o la incapacidad o la muerte del patrono. Esta regla rige cuando los hechos a que ella se refiere produzcan como consecuencia necesaria la imposibilidad absoluta de cumplir el Contrato. En estos casos, la Inspección General de Trabajo, o los Tribunales de Trabajo y Previsión Social si ya ha surgido litigio, deben graduar discrecionalmente el monto de las obligaciones de la empresa en concepto de despido, sin que en ningún caso éstas puedan ser menores del importe de dos días de salario, ni mayores de cuatro meses de salario, por cada trabajador, para este efecto debe tomarse en cuenta, fundamentalmente, la capacidad económica de la respectiva empresa, en armonía con el tiempo que tenga de estar en vigor cada contrato. No obstante el límite máximo recién evocado, si la insolvencia o quiebra se declara culpable o fraudulenta, se deben aplicar las reglas de los artículos 82 y 84 del Código del Trabajo en el caso de que éstos den lugar a prestaciones o indemnizaciones mayores a favor de los trabajadores.

---

directamente, uno de sus parientes, un dependiente suyo o una de las personas que viven en casa del primero, cometa con su autorización o tolerancia, alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra el trabajador; (iv) cuando el patrono directamente o por medio de familiares o dependientes, cause maliciosamente un perjuicio material en las herramientas o útiles del trabajador; (v) cuando el patrono o su representante en la dirección de las labores acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador fuera del lugar donde se ejecutan las labores y en horas que no sean de trabajo, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se hagan imposibles la convivencia y armonía para el cumplimiento del contrato; (vi) cuando el patrono, un miembro de su familia o su representante en la dirección de las labores u otro trabajador esté atacado por alguna enfermedad contagiosa, siempre que el trabajador deba permanecer en contacto inmediato con la persona de que se trate; (vii) cuando exista peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas al lugar de trabajo, por excesiva insalubridad de la región o porque el patrono no cumpla con las medidas de prevención y seguridad que las disposiciones legales establezcan; (viii) cuando el patrono comprometa con su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de la persona que allí se encuentre; (ix) cuando el patrono viole alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 66; (x) cuando el patrono o su representante en la dirección de las labores traslade al trabajador a un puesto de menor categoría o con menos sueldo o le altere fundamental o permanentemente cualquiera otra de sus condiciones de trabajo. Si embargo, en el caso de que el trabajador hubiere ascendido a un cargo que comprenda funciones diferentes a las desempeñadas por el interés en el cargo anterior, el patrono dentro del período de prueba puede volverlo a su cargo original, si establece la manifiesta incompetencia de éste en el desempeño del puesto al que fue promovido. Cuando el ascenso o aumento de salario lo hiciera en forma temporal, en virtud de circunstancias calificadas, el patrono tampoco incurre en responsabilidades al volver al trabajador a sus condiciones originales; y (xi) cuando el patrono incurra en cualquiera otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato. La terminación del contrato conforme a una o varias de las causas recién enumeradas constitutivas de despido indirecto, surte efecto desde que el trabajador la comunique al patrono debiendo aquel en este caso cesar inmediatamente y efectivamente en el desempeño de su cargo. El tiempo que se utilice en la entrega no se considera comprendido dentro de la relación laboral, pero el patrono debe remunerarlo al trabajador de acuerdo con el salario que a éste le corresponda. En el supuesto anterior, el patrono goza del derecho a emplazar al trabajador ante los Tribunales de Trabajo y Previsión Social y antes de que transcurra el término de prescripción, con el objeto de probarle que abandonó sus labores sin justa causa. El trabajador que se dé por despedido en forma indirecta, goza asimismo del derecho de demandar a su patrono, antes de que transcurra el término de prescripción, el pago de las indemnizaciones y demás prestaciones legales que procedan.



En **Honduras** son causas de terminación de los contratos de trabajo: (i) cualquiera de las estipuladas en ellos si no fueren contrarias a la ley; (ii) el mutuo consentimiento de las partes; (iii) muerte del trabajador o incapacidad física o mental del mismo que haga imposible el cumplimiento del contrato; (iv) enfermedad del trabajador en el caso previsto por el artículo 104; (v) pérdida de la libertad del trabajador en el caso previsto en el artículo 106; (vi) caso fortuito o fuerza mayor; (vii) perder la confianza del patrono el trabajador que desempeñe un cargo de dirección, fiscalización o vigilancia; tales como mayordomos, capataces, debiendo justificarse a juicio de la Dirección General de Trabajo, o sus representantes, los motivos de tal desconfianza; más si había sido promovido de un puesto de escalafón en las empresas en que éste existe, volverá a él, salvo que haya motivo justificado para su despido, lo mismo se observara cuando el trabajador que desempeñe un puesto de confianza solicite volver a su antiguo empleo; (viii) suspensión de actividades por más de ciento veinte días en los casos 1° y 3° al 6° del artículo 100; (ix) liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento; (x) ejercicio de las facultades que conceden a las partes los artículos 112 y 114; (xi) insolvencia o quiebra; (xii) preaviso de las partes; y, (xiii) resolución del contrato decretada por autoridad competente.

Producida la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador, sin responsabilidad de su parte, el trabajador tiene derecho de emplazar al empleador ante los Tribunales del Trabajo, antes de que transcurra el término de prescripción, con el objeto de que le pruebe la justa causa en que se fundó el despido. Si el empleador no prueba dicha causa debe pagar al trabajador las indemnizaciones que según este Código le puedan corresponder y, a título de daños y perjuicios, los salarios que éste habría percibido desde la terminación del contrato hasta la fecha en que con sujeción a las normas procesales del presente Código debe quedar firme la sentencia condenatoria respectiva.

El trabajador puede demandar a su patrono el cumplimiento del contrato para que se le reponga en su trabajo o para recibir las indemnizaciones correspondientes al despido injustificado.

De otra parte en el Código del Trabajo se regulan las causas justas que facultan al trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, sin preaviso y sin responsabilidad de su parte, conservando el derecho a las prestaciones e indemnizaciones legales, como en el caso de despido injusto<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Son justas causas: (i) el engaño de patrono al celebrar el contrato, respecto a las condiciones en que deba realizar sus labores el trabajador. Esta causa no podrá alegarse contra el patrono, después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador; (ii) todo acto de violencia, malos tratamientos, o amenazas graves inferidas por el patrono contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del patrono, con el consentimiento o la tolerancia de éste; (iii) cualquier acto del patrono o de su representante que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus condiciones políticas o religiosas; (iv) los actos graves del patrono o de su representante que pongan en peligro la vida o salud del trabajador o de sus familiares; (v) el perjuicio que el patrono, sus familiares o representantes, causen por dolo o negligencia inexcusable en las herramientas o útiles del trabajador, o que siendo de tercera persona estén bajo su responsabilidad; (vi) no pagarle el patrono el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados, salvo las deducciones autorizadas por la ley; (vii) trasladarle a un puesto de menor categoría o con menos sueldo cuando hubiere ocupado el que desempeña por ascenso, sea por competencia o por antigüedad. Se exceptúa el caso de que el puesto a que hubiere ascendido comprenda funciones diferentes a las desempeñadas por el interesado en el anterior cargo, y que en el nuevo se compruebe su manifiesta incompetencia, en cuyo caso puede ser regresado al puesto anterior sin que

En la Ley Federal del Trabajo de **México**, se distingue entre: (i) la rescisión de la relación de trabajo por iniciativa del trabajador o del patrono, por causa justificada y sin incurrir en responsabilidad, y (ii) la terminación de la relación de trabajo.

Producida la rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para el patrón, el trabajador puede solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, a su elección, que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba, o que se le indemnice con el importe de tres meses de salario. Si en el juicio correspondiente “no comprueba el patrón la causa de la rescisión, el trabajador tendrá derecho, además, cualquiera que hubiese sido la acción intentada, a que se le paguen los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se cumplimente el laudo”<sup>19</sup>.

En cuanto a las causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el trabajador, en la LFT se establecen las siguientes justas causas: (i) engañarlo el patrón, o en su caso, la agrupación patronal al proponerle el trabajo, respecto de las condiciones del mismo. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador; (ii) incurrir el patrón, sus familiares o su personal directivo o administrativo, dentro del servicio, en faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, malos tratamientos u otros análogos, en contra del trabajador, cónyuge, padres, hijos o hermanos; (iii) incurrir el patrón, sus familiares o trabajadores, fuera del servicio, en los actos a que se refiere la fracción anterior, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo; (iv) reducir el patrón el salario del trabajador; (v) no recibir el salario correspondiente en la fecha o lugar convenidos o acostumbrados; (vi) sufrir perjuicios causados maliciosamente por el patrón, en sus herramientas o útiles de trabajo; (vii) la existencia de un peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas el establecimiento o porque no se cumplan las medidas preventivas y de seguridad que las leyes establezcan; (viii) comprometer el patrón, con su imprudencia o descuido inexcusables, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentren en él, y (ix) las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes, en lo que al trabajo se refiere.

---

esto sea motivo de indemnización. El trabajador no podrá alegar esta causa después de transcurridos treinta días de haberse realizado el traslado o reducción del salario; (viii) adolecer el patrono, un miembro de su familia, su representante u otro trabajador de una enfermedad contagiosa, siempre que el trabajador deba permanecer en contacto inmediato con la persona de que se trate; (ix) el incumplimiento, de parte del patrono, de las obligaciones convencionales o legales; (x) cualquiera violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumbe al patrono, de acuerdo con los artículos 95 y 96, siempre que el hecho este debidamente comprobado, y, (xi) el incumplimiento del patrono, de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, prescritas en la leyes y reglamentos respectivos.

<sup>19</sup> En el artículo 49 de la Ley Federal de Trabajo se establece que “el patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones que se determinan en el artículo 50 en los casos siguientes: I. Cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año; II. Si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que el trabajador, por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo; III. En los casos de trabajadores de confianza; IV. En el servicio doméstico; y V. Cuando se trate de trabajadores eventuales”.

En cuanto a la terminación de las relaciones de trabajo, en la LFT se dispone que son causas de terminación: (i) el mutuo consentimiento de las partes; (ii) la muerte del trabajador; (iii) la terminación de la obra o vencimiento del término o inversión del capital; (iv) la incapacidad física o mental o inhabilidad manifiesta del trabajador, que haga imposible la prestación del trabajo; y (v) los casos a que se refiere el artículo 434.

En **Panamá** el Código del Trabajo establece las siguientes causas de terminación de las relaciones de trabajo: (i) por mutuo consentimiento, siempre que conste por escrito y no implique renuncia de derechos; (ii) por la expiración del término pactado; (iii) por la conclusión de la obra objeto del contrato; (iv) por la muerte del trabajador; (v) por la muerte del empleador, cuando conlleve como consecuencia ineludible la terminación de contrato, (vi) por la prolongación de cualquiera de las causas de suspensión de los contratos por un término que exceda del máximo autorizado en este Código para la causa respectiva, a petición del trabajador; (vii) por el despido fundado en causa justificada, o la renuncia del trabajador; (viii) por decisión unilateral del empleador, con las formalidades y limitaciones establecidas en el Código<sup>20</sup>.

Producida la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador por concurrir una causa justificada para ello, y ordenado el reintegro del trabajador despedido, el empleador podrá dar por terminada la relación laboral, pagando la indemnización correspondiente más el recargo establecido en el Código. Además, debe pagar los salarios caídos en la forma que señale la sentencia respectiva, de conformidad con el artículo 218.

El derecho del trabajador de reclamar por razón de despido injustificado prescribe en el término de sesenta días hábiles contados a partir de la separación. Este plazo rige para reclamar el reintegro o la indemnización por despido injustificado, con pago en ambos casos de salarios caídos. El reclamo por la sola indemnización por despido injustificado y demás prestaciones derivadas de la terminación de la relación de trabajo prescribe al año, contado a partir de la fecha de separación. Ordenado el reintegro, el trabajador despedido injustificadamente debe ser reincorporado a su trabajo inmediatamente, o dentro del segundo día hábil siguiente a la ejecutoria de la resolución respectiva, en las mismas condiciones existentes antes del despido.

El trabajador podrá dar por terminada la relación de trabajo, sin causa justificada, mediante notificación escrita al empleador con quince días de anticipación, salvo que se trate de trabajador técnico, caso en el cual la notificación debe darse con dos meses de anticipación. La notificación que no fuere firmada con la intervención de una autoridad administrativa de trabajo o delegado, o rectificadas

<sup>20</sup> El empleador no podrá poner término a la relación de trabajo por tiempo indefinido, sin que medie alguna causa justificada prevista por la ley y según las formalidades de ésta. Se exceptúan los siguientes casos: (i) trabajadores que tengan menos de dos años de servicios continuos; (ii) trabajadores domésticos; (iii) trabajadores permanentes o de planta, de pequeñas empresas, agrícolas, pecuarias, agroindustriales o manufactureras. Se consideran tales, las siguientes: agrícolas o pecuarias con diez o menos trabajadores; agroindustriales con veinte o menos trabajadores y manufactureras con quince o menos trabajadores; (iv) trabajadores en naves dedicadas al servicio internacional; (v) aprendices, y (vi) trabajadores de establecimiento en ventas de mercancía al por menor y empresa con cinco o menos trabajadores, salvo el caso de los establecimientos financieros de seguros y bienes raíces.

ante ella, no podrá ser invocada posteriormente por el empleador. El trabajador responsable de no realizar la notificación previa de que trata el párrafo anterior, quedará obligado a pagarle al empleador una cantidad equivalente a una semana de salarios, suma que podrá ser deducida del importe de la prima de antigüedad de servicios, cuando tuviere derecho a ella.

Asimismo el trabajador podrá poner término a la relación de trabajo basado en la existencia de una justa causa para ello<sup>21</sup>.

En **Paraguay** son causas de terminación de los contratos de trabajo: (i) las estipuladas expresamente en ellos, si no fuesen contrarias a la ley; (ii) el mutuo consentimiento, formalizado en presencia de un escribano público o de un representante de la autoridad administrativa del trabajo, o del Secretario del Tribunal del Trabajo del Juzgado en lo Laboral de turno o de dos testigos del acto; (iii) la muerte del trabajador o la incapacidad física o mental del mismo que haga imposible el cumplimiento del contrato; (iv) el caso fortuito o la fuerza mayor que imposibilite permanentemente la continuación del contrato; (v) el vencimiento del plazo o la terminación de la obra, en los contratos celebrados por plazo determinado o por obra; (vi) la muerte o incapacidad del empleador, siempre que tenga como consecuencia ineludible o forzosa la terminación de los trabajos; (vii) la quiebra del empleador o la liquidación judicial de la empresa, salvo el caso de que el síndico, de acuerdo con los procedimientos legales pertinentes, resuelva que deba continuar el negocio o explotación. Si continuase, el síndico puede, si las circunstancias lo requieren, solicitar la modificación del contrato. El rehabilitado deberá contratar con los mismos trabajadores o sindicato; (viii) el cierre total de la empresa, o la reducción definitiva de las faenas, previa comunicación por escrito a la autoridad administrativa del trabajo, la que dará participación sumaria a los trabajadores antes de dictar la resolución respectiva; (ix) el agotamiento de la materia objeto de una industria extractiva; (x) el despido del trabajador por el empleador con causa justificada conforme a lo dispuesto en este Código; (xi) el retiro del trabajador por causas justificadas con arreglo a la ley; (xii) la resolución del contrato decretada por autoridad

<sup>21</sup> Son justas causas que facultan al trabajador para dar por terminada la relación de trabajo, con derecho a percibir el importe de la indemnización por despido injustificado, las siguientes: (i) el haber sufrido engaño por parte del empleador, respecto de las condiciones de trabajo; (ii) la falta de pago por parte del empleador del salario completo que legalmente le corresponde, en las condiciones convenidas o acostumbradas; (iii) la alteración unilateral por parte del empleador de las condiciones de trabajo; (iv) la conducta inhumana del empleador durante el trabajo; (v) la injuria, calumnia, vías de hecho o mal tratamiento del empleador contra el trabajador o sus familiares; (vi) la ejecución por parte de un dependiente del empleador o de una de las personas que convivan con él, con su autorización expresa o tácita, de alguno de los actos enumerados en el numeral anterior, contra el trabajador o sus familiares; (vii) el haber causado el empleador directamente o por medio de sus familiares o dependientes, y con malicia, un perjuicio material en las herramientas o útiles de trabajo del trabajador; (viii) estar el empleador, un miembro de su familia, su representante en la dirección de las labores, u otro empleado padeciendo de una enfermedad contagiosa, siempre que el trabajador deba permanecer en contacto inmediato con el enfermo; (ix) el incumplimiento por parte del empleador, de las medidas de seguridad, salud e higiene prescritas en este Código, sus respectivos reglamentos y en las demás disposiciones legales; (x) la imprudencia o descuido inexcusables del empleador que comprometan la seguridad del lugar donde se realicen las labores o de las personas que allí se encuentren; (xi) la violación por parte del empleador de alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 138; (xii) la falta grave del empleador al cumplimiento de las obligaciones que le impongan la ley o el contrato; (xiii) todo acto del empleador, o de sus representantes, que tenga por objeto inducir al trabajador o cometer un acto ilícito, inhumano o contrario a sus convicciones políticas o religiosas; (xiv) la aparición en el proceso de trabajo de causas imprevistas perjudiciales a la salud o a la vida del trabajador y que no fueren corregidas en el plazo que fijen las autoridades competentes después de acoger la respectiva denuncia.

competente, y (xiii) por las demás causas de extinción de los contratos, conforme a las disposiciones del derecho común, que sean aplicable al contrato de trabajo.

También se regulan las causas justificadas de terminación del contrato por voluntad unilateral del trabajador<sup>22</sup>.

De otra parte, en el artículo 94 del Código del Trabajo se establece que “el trabajador que cumple diez años ininterrumpidos de servicios con el mismo empleador, adquiere estabilidad en el empleo”, y sólo podrá terminar su contrato si concurren los requisitos que al efecto establece el Código<sup>23</sup>.

En **República Dominicana** el contrato de trabajo puede terminar sin o con responsabilidad para las partes. No hay responsabilidad para las partes si el contrato termina: (i) por mutuo consentimiento<sup>25</sup>; (ii) por la ejecución del contrato; (iii) por la imposibilidad de ejecución, (iv) si se produce un caso fortuito o de fuerza mayor. El contrato de trabajo termina con responsabilidad para alguna de las partes: (i) por el desahucio; (ii) por el despido del trabajador, y (iii) por la dimisión del trabajador.

<sup>22</sup> Son justas causas: (i) falta de pago del salario correspondiente en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados; (ii) negativa del empleador para pagar el salario o reanudar el trabajo, en caso de suspensión ilegal del contrato de trabajo; (iii) exigencia por el empleador de tareas superiores a las fuerzas o capacidad profesional del trabajador contrarias a la ley o buenas costumbres o ajenas a lo estipulado; (iv) actos de violencia, amenazas, injurias o malos tratos del empleador o sus representantes, familiares y dependientes, obrando éstos con el consentimiento o tolerancia de aquel dentro del servicio y cometidos contra el trabajador, su cónyuge, padres, hijos o hermanos; (v) los mismos actos cometidos fuera del servicio por las personas citadas contra el trabajador o sus familiares, si fuesen de tal gravedad que hagan imposible el cumplimiento del contrato; (vi) el perjuicio causado intencionalmente por el empleador, sus representantes o dependientes, en las herramientas o útiles de trabajo pertenecientes al trabajador; (vii) la reducción ilegal del salario por el empleador. Equivale a ella, la reducción injustificada de la jornada legal o de los días de trabajo sin consentimiento del trabajador, si no se abonase la remuneración íntegra correspondiente a la jornada completa o a los días hábiles en que se dejó de trabajar; (viii) la imprudencia o descuido inexcusable del empleador que comprometa la seguridad de la fábrica, oficina o lugar de trabajo o de las personas que allí se encuentran; (ix) el peligro grave para la seguridad, la integridad orgánica o la salud del trabajador o su familia, resultante del incumplimiento por el empleador de las medidas higiénicas y de seguridad que las leyes, los reglamentos o la autoridad competente establecen; (x) la enfermedad contagiosa del empleador, de algún miembro de su familia o de su representante en la dirección de los trabajos, así como la de otro trabajador, siempre que el saliente deba permanecer en contacto inmediato con el enfermo; (xi) la conducta inmoral del empleador durante el trabajo; (xii) la embriaguez del empleador en las horas de trabajo que ponga en peligro la seguridad u ocasione molestias intolerables al trabajador; (xiii) el paro patronal del trabajo, declarado ilegal por la autoridad competente, y (xiv) toda alteración unilateral del contrato de trabajo de parte del empleador no aceptada por el trabajador así como las violaciones graves del reglamento interno de trabajo cometidas por aquel.

<sup>23</sup> Los requisitos exigidos son: (i) que el empleador compruebe previamente, en forma fehaciente, la existencia de alguna justa causa legal de despido imputada al trabajador; (ii) que el trabajador cuya reposición fue ordenada decida sustituir la misma por la doble indemnización a que se refiere el Código, y (iii) que el trabajador se haya acogido a la jubilación, de conformidad con la ley. El trabajador que hubiese adquirido estabilidad y a quien se imputasen los hechos previstos en la ley, como causales de despido, quedará suspendido en el empleo durante la sustanciación del juicio, y sólo podrá ser despedido después de comprobarse la imputación ante el Juez del Trabajo. Si no se probase la causal alegada en el caso del artículo anterior, el empleador quedará obligado a reintegrar al trabajador en su empleo y a pagarle el salario y las demás remuneraciones correspondientes al período de suspensión en el trabajo. Queda a opción del trabajador aceptar la reintegración al empleo o percibir el importe de indemnización prevista en el artículo 97, del Código y la que corresponda por preaviso omitido. Cuando la reintegración del trabajador dispuesta por el artículo anterior no fuera factible por haber sobrevenido alguna incompatibilidad entre el trabajador y el empleador, o representante principal de la persona jurídica contratante, probada en juicio, el empleador pagará una indemnización equivalente al doble de lo que le correspondería al trabajador en caso de despido injustificado, conforme a su antigüedad.

Desahucio es el acto por el cual una de las partes, mediante aviso previo a la otra y sin alegar causa, ejerce el derecho de poner término a un contrato por tiempo indefinido. El desahucio no surte efecto y el contrato por tiempo indefinido se mantiene vigente, si el empleador ejerce su derecho: (i) durante el tiempo en que ha garantizado al trabajador que utilizará sus servicios; (ii) mientras estén suspendidos los efectos del contrato de trabajo, si la suspensión tiene su causa en un hecho inherente a la persona del trabajador; (iii) durante el período de las vacaciones del trabajador, (iv) en los otros casos previstos en el Código del Trabajo. A su vez, si el trabajador ejerce el desahucio contra un empleador que ha erogado fondos a fin de que aquél adquiriera adiestramiento técnico o realice estudios que lo capaciten para su labor, dentro de un período igual al doble del utilizado en el adiestramiento o los estudios, contado a partir del final de los mismos, pero que en ningún caso excederá de dos años, su contratación por otro empleador, en ese período, compromete frente al primer empleador la responsabilidad civil del trabajador y además, solidariamente, la del nuevo empleador.

El empleador que ejerza el desahucio debe pagar al trabajador un auxilio de cesantía, cuyo importe se fijará de acuerdo con las normas que establece el Código. El auxilio de cesantía debe pagarse aunque el trabajador pase inmediatamente a servir a las órdenes de otro empleador. Adicionalmente se establece “una asistencia económica” de monto variable según la antigüedad del trabajador, si el contrato termina: (i) por la muerte del empleador o su incapacidad física o mental, siempre que estos hechos produzcan como consecuencia la terminación del negocio; (ii) por la muerte del trabajador o su incapacidad física o mental o inhabilidad para el desempeño de los servicios que se obligó a prestar; (iii) por enfermedad del trabajador o ausencia u otra causa legalmente justificada, que le haya impedido concurrir a sus labores por un período total de un año, desde el día de su primera inasistencia; (iv) por agotamiento de la materia prima objeto de una industria extractiva; (v) por quiebra de la empresa, siempre que cese totalmente la explotación del negocio o por su cierre o reducción definitiva de su personal, resultantes de falta de elementos para continuar la explotación, incosteabilidad de la misma u otra causa análoga, con la aprobación del Departamento de Trabajo.

El despido es definido en el Código como la resolución del contrato de trabajo por la voluntad unilateral del empleador. Es justificado cuando el empleador prueba la existencia de una justa causa prevista al respecto en este Código. Es injustificado en el caso contrario. Las causas que justifican el despido sin responsabilidad para el empleador son analizadas más adelante. No obstante cabe señalar que en el Código se dispone que: (i) el despido que no haya sido comunicado a la autoridad del trabajo correspondiente en la forma y en el término indicado en el artículo 91, se reputa que carece de justa causa. La querrela del trabajador, en ningún caso suple la obligación del empleador, (ii) si el empleador no prueba la justa causa invocada como fundamento del despido, el tribunal declarará el despido injustificado y resuelto el contrato por causa del empleador y, en consecuencia, condenará a este último a pagar al trabajador los valores que fija el Código del Trabajo.

A su vez, en el Código del Trabajo la dimisión es definida como la resolución del

contrato de trabajo por voluntad unilateral del trabajador. Es justificada cuando el trabajador prueba la existencia de una justa causa prevista al respecto en el Código<sup>25</sup>.

## **II. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR**

### **1. CAUSAS JUSTIFICADAS**

Entre las normas de aplicación general contenidas en el Convenio núm. 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (1982), se dispone que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio<sup>26</sup>.

Teniendo presente tal tipología analizaremos la legislación latinoamericana distinguiendo tres situaciones: (i) extinción por iniciativa del empleador por causa de la capacidad del trabajador; (ii) extinción por iniciativa del empleador por causa de la conducta del trabajador, y (iii) extinción por iniciativa del empleador por causa de necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio

<sup>24</sup> Para que tenga validez, debe hacerse ante el Departamento de Trabajo o la autoridad local que ejerza sus funciones, o ante Notario.

<sup>25</sup> El trabajador puede dar por terminado el contrato de trabajo, presentando su dimisión, por cualquiera de las causas siguientes: (i) por haberlo inducido a error el empleador, al celebrarse el contrato, respecto a las condiciones de éste; (ii) por no pagarle el empleador el salario completo que le corresponde, en la forma y lugar convenidos o determinados por la ley, salvo las reducciones autorizadas por ésta; (iii) por negarse el empleador a pagar el salario o reanudar el trabajo en caso de suspensión ilegal de los efectos del contrato de trabajo; (iv) por incurrir el empleador, sus parientes o dependientes que obren con el consentimiento expreso o tácito de él dentro del servicio, en faltas de probidad, honradez, en actos o intentos de violencia, injurias o malos tratamientos contra el trabajador o contra su cónyuge, padres, hijos o hermanos; (v) por incurrir las mismas personas en los actos a que se refiere el apartado anterior, fuera del servicio, si son de tal gravedad que hagan imposible el cumplimiento del contrato; (vi) por haber el empleador, por sí mismo o por medio de otra persona, ocultado, inutilizado o deteriorado intencionalmente las herramientas o útiles de trabajo del trabajador; (vii) por reducir ilegalmente el empleador el salario del trabajador; (viii) por exigir el empleador al trabajador que realice un trabajo distinto de aquél a que está obligado por el contrato, salvo que se trate de un cambio temporal a un puesto inferior en caso de emergencia con disfrute del mismo salario correspondiente a su trabajo ordinario; (ix) por requerir el empleador al trabajador que preste sus servicios en condiciones que lo obliguen a cambiar de residencia, a menos que el cambio haya sido previsto en el contrato, o resulte de la naturaleza del trabajo o del uso, o sea justificado y no cause perjuicio al trabajador; (x) por estar el empleador, un miembro de su familia o su representante en la dirección de las labores, atacado de alguna enfermedad contagiosa siempre que el trabajador deba permanecer en contacto inmediato con las personas de que se trata, o por consentir el empleador o su representante que un trabajador atacado de enfermedad contagiosa permanezca en el trabajo con perjuicio para el trabajador dimisionario; (xi) por existir peligro grave para la seguridad o salud del trabajador, porque no se cumplan las medidas preventivas y de seguridad que las leyes establecen; (xii) por comprometer el empleador, con su imprudencia o descuido inexcusables, la seguridad del taller, oficina o centro de trabajo o de las personas que allí se encuentren; (xiii) por violar el empleador cualquiera de las disposiciones contenidas en el artículo 47, (xiv) incumplimiento de una obligación sustancial a cargo del empleador.

<sup>26</sup> En el Convenio núm. 158 de dispone que entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: (a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; (b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; (d) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; (e) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; (f) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad. Al enunciado de estas causales agrega la advertencia de que la ausencia temporal

**A. EXTINCIÓN POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR POR CAUSA DE LA CAPACIDAD DEL TRABAJADOR**

En **Chile** la legislación de 1991, que acotó la amplia norma de la legislación precedente acerca de las causales determinadas por las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, señaló que el empleador podía poner término al contrato de trabajo invocando como causal “la falta de adecuación técnica del trabajador”. Tal causal fue derogada mediante la ley 19.759, de 2001. En **Panamá** se atribuye la condición de causa disciplinaria a la falta notoria del rendimiento, calificada de acuerdo con sistemas y reglamentos concretos de evaluación técnica y profesional, previamente aprobados por el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social o acordados en una convención colectiva. Además, como causas no imputables se incluyen la inhabilidad originaria o la ineficiencia manifiesta del trabajador que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato; la incapacidad mental o física del trabajador que haga imposible la prestación del servicio, debidamente comprobada, y pérdida de la idoneidad exigida por la ley para el ejercicio de la profesión que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato. En **Paraguay** se autoriza la terminación en caso de inhabilidad o incompetencia manifiesta, así como en presencia del engaño por parte del trabajador sobre su capacidad o aptitudes profesionales. En **Perú**: la terminación de la relación de trabajo se puede fundamentar en: (i) la disminución deliberada y reiterada de rendimiento, o de la calidad o cantidad de la producción; (ii) el detrimento de la facultad física o mental o ineptitud sobrevenida; (iii) el rendimiento deficiente, y (iii) la inhabilitación del trabajador. En **República Dominicana** la terminación de la relación de trabajo puede basarse en: (i) haber inducido al empleador en error, pretendiendo tener condiciones o conocimientos indispensables que no posee o prestándole referencias o certificados cuya falsedad se compruebe luego, o (ii) la incapacidad, ineficacia o falta de dedicación en las labores.

**B. EXTINCIÓN POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR POR CAUSA DE LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR (CAUSAS DISCIPLINARIAS)**

Tal decisión del empleador por poner término al contrato de trabajo fundamentada en la existencia de una causal disciplinaria, como señala *Américo Plá*, debe ser “seria, inequívoca y precisa, apreciadas todas estas condiciones con un criterio de razonabilidad”<sup>27</sup>. En similar sentido *Rafael Alburquerque* sostiene que la falta invocada debe efectivamente existir, encontrarse incorporada en el Código del Trabajo, ser grave e inexcusable<sup>28</sup>. En las legislaciones se establecen las siguientes causales disciplinarias:

---

del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo., aclarando que la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación de lo advertido precedentemente, serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio.

<sup>27</sup> La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana, p. 347).

<sup>28</sup> Id.ant., ps. 306 y 307.



**Argentina:** el contrato termina en caso de inobservancia por parte del trabajador de las obligaciones resultantes del contrato que configuren injuria y que por su gravedad no consienta la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces.

**Bolivia:** (i) perjuicio material causado con intención en las máquinas, productos o mercancías; (ii) revelación de secretos industriales; (iii) omisiones o imprudencias que afecten a la higiene y seguridad industriales; (iv) inasistencia injustificada de más de tres días consecutivos o de más de seis en el curso de un mes; (v) incumplimiento total o parcial del contrato de trabajo o del reglamento interno de la empresa; (vi) retiro voluntario del trabajador antes de cumplirse los términos señalados en la ley o en el contrato; (vii) abuso de confianza, robo o hurto por el trabajador; (viii) vías de hecho, injurias o conducta inmoral en el trabajo, y (ix) abandono en masa del trabajo, siempre que los trabajadores no obedecieran a la intimidación de la autoridad competente.

**Brasil:** (i) actos de improbidad; (ii) mala conducta o comportamiento; (iii) ejecución habitual por cuenta propia o de tercero, sin autorización del empleador, de transacciones comerciales que constituyan actos de concurrencia con la empresa o que perjudiquen su servicio; (iv) condena penal a o ser que haya sido suspendida; (v) desidia en el desempeño de sus funciones; (vi) embriaguez habitual o durante el servicio; (vii) violación de los secretos de empresa; (viii) indisciplina o insubordinación; (ix) abandono del empleo; (x) actos o vías de hecho que atenten contra el honor o la reputación de una persona cometidos durante el trabajo, o incluso fuera de él, contra el empleador o un superior jerárquico, salvo en caso de legítima defensa propia o de tercero; (xi) práctica constante de juegos de azar, u (xii) actos que atenten contra la seguridad social.

**Colombia:** (i) engaño por parte del trabajador; para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido; (ii) todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo; (iii) todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del empleador, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores; (iv) todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas; (v) todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores; (vi) cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos; (vii) la detención preventiva del trabajador por más de treinta días, a menos que posteriormente sea absuelto, o el arresto correccional que exceda de ocho días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato; (viii) el que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa; (ix) el

deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador; (x) la sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales; (xi) todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento; (xii) la renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del {empleador} o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes; (xiii) la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada; (xiv) el reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa; (xv) la enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad<sup>29</sup>.

**Costa Rica:** (i) cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o las vías de hecho contra su patrono; (ii) cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecutan los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores; (iii) cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo; (iv) cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo; (v) cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso *g*) del artículo 71 del Código del Trabajo; (vi) cuando el trabajador comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren; (vii) cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes calendario; (viii) cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar en perjuicio del patrono las normas que éste o su representante en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando; (ix) cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por los incisos *a*), *b*), *c*), *d*) y *e*), del artículo 72 del Código

<sup>29</sup> En los casos mencionados en los numerales ix al xv, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince días.

del Trabajo; (x) cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado; (xi) cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoria; y (xii) cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

**Cuba:** (i) ineptitud del trabajador para realizar un trabajo, debidamente demostrada; (ii) falta de idoneidad del trabajador para el desempeño de la ocupación o cargo asignado, cuando se trata del incumplimiento de condiciones específicamente establecidas en el contrato; (iii) declaración de disponibilidad del trabajador, siempre que no exista otro trabajo que pueda realizar o que, existiendo, no sea aceptado por él; (iv) invalidez parcial del trabajador, cuando se hayan agotado las posibilidades para su ubicación en la entidad laboral; (v) separación definitiva del trabajador por violar la disciplina laboral; (vi) sanción de privación de libertad por sentencia firme o medida de seguridad, en ambos casos cuando exceda de seis meses; (vii) cumplimiento del plazo de la licencia no retribuida para el cuidado de los hijos sin que la trabajadora se haya reintegrado al trabajo; (viii) sanción de privación de libertad por sentencia firme, en los casos de los contratos por tiempo determinado o para la ejecución de un trabajo u obra.

**Ecuador.** (i) faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o asistencias, o abandono del trabajo durante más de tres días consecutivos sin justa causa; (ii) indisciplina o desobediencia grave al reglamento interno; (iii) falta de probidad o conducta inmoral; (iv) injurias graves al empleador, su cónyuge, ascendientes o descendientes o a su representante; (v) ineptitud manifiesta del trabajador; (vi) denuncia injustificada contra el empleador respecto a sus obligaciones en el Seguro Social, y (vii) no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, los reglamentos o la autoridad competente o, por contrariar sin debida justificación las prescripciones y dictámenes médicos.

**El Salvador:** (i) haber engañado al trabajador al patrono al celebrar el contrato, presentándole recomendaciones o certificados falsos sobre su aptitud. Esta causa dejará de tener efectos después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador; (ii) negligencia reiterada del trabajador; (iii) pérdida de la confianza del patrono en el trabajador, cuando éste desempeña un cargo de dirección, vigilancia, fiscalización u otro de igual importancia y responsabilidad. El Juez respectivo apreciará prudencialmente los hechos que el patrono estableciere para justificar la pérdida de la confianza; (iv) revelar al trabajador secretos de la empresa o aprovecharse de ellos; o por divulgar asuntos administrativos de la misma que puedan causar perjuicios al patrono; (v) actos graves de inmoralidad cometidos por el trabajador dentro de la empresa o establecimiento o fuera de éstos, cuando se encontrare en el desempeño de sus labores; (vi) cometer el trabajador, en cualquier circunstancia, actos de irrespeto en contra del patrono o de algún jefe de la empresa o establecimiento, especialmente en el lugar de trabajo o fuera de él, durante el desempeño de las labores. Todo sin que hubiere precedido provocación inmediata de parte del jefe o patrono; (vii) cometer el

trabajador actos graves de irrespeto en contra del cónyuge, ascendiente, descendiente o hermanos del patrono, cuando el trabajador conociere el vínculo familiar y siempre que no haya precedido provocación inmediata de parte de dichas personas; (viii) cometer el trabajador actos que perturben gravemente el orden en la empresa o establecimiento, alterando el normal desarrollo de las labores; (ix) ocasionar el trabajador, maliciosamente o por negligencia grave, perjuicios materiales en los edificios, maquinarias, materias primas, obras, instalaciones o demás objetos relacionados con el trabajo; o por lesionar con dolo o negligencia grave, cualquier otra propiedad o los intereses económicos del patrono; (x) poner el trabajador en grave peligro, por malicia o negligencia grave, la seguridad de las personas mencionadas en las causales 6ª y 7ª de este artículo, o la de sus compañeros de trabajo; (xi) poner el trabajador en grave peligro, por malicia o negligencia grave, la seguridad de los edificios, maquinarias, materias primas, obras, instalaciones y demás objetos relacionados con el trabajo; (xii) faltar el trabajador a sus labores sin el permiso del patrono o sin causa justificada, durante dos días laborales completos y consecutivos; o durante tres días laborales no consecutivos en un mismo mes calendario entendiéndose por tales, en este último caso, no sólo los días completos sino aún los medios días; (xiii) no presentarse el trabajador, sin causa justa, a desempeñar sus labores en la fecha convenida para iniciarlas, o por no presentarse a reanudarlas, sin justa causa dentro de los tres días a que se refiere el Art. 45; (xiv) cuando no obstante presentarse el trabajador a reanudar sus labores dentro de los tres días siguientes a aquél en que fue puesto en libertad, después de haber cumplido pena de arresto, la falta cometida hubiere sido contra la persona o bienes del patrono o de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, o contra la persona o propiedad de algún jefe de la empresa o establecimiento o de algún compañero de trabajo; (xv) cuando no obstante presentarse el trabajador a reanudar sus labores dentro de los tres días siguientes a aquél en que fue puesto en libertad, después de haber estado en detención provisional, el delito por el que se le procesa hubiere sido contra la persona del patrono, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, o en la persona de algún jefe de la empresa o establecimiento o compañero de trabajo; y en todo caso, cuando se trate de delitos contra la propiedad, contra la Hacienda Pública o de falsedad; (xvi) desobedecer el trabajador al patrono o a sus representantes en forma manifiesta, sin motivo justo y siempre que se trate de asuntos relacionados con el desempeño de sus labores; (xvii) contravenir el trabajador en forma manifiesta y reiterada las medidas preventivas o los procedimientos para evitar riesgos profesionales; (xviii) ingerir el trabajador bebidas embriagantes o hacer uso de narcóticos o drogas enervantes en el lugar del trabajo, o por presentarse a sus labores o desempeñar las mismas en estado de ebriedad o bajo la influencia de un narcótico o droga enervante; (xix) infringir el trabajador algunas de las prohibiciones contenidas en el Art. 32, siempre que por igual motivo se le haya amonestado, dentro de los seis meses anteriores, por medio de la Inspección General de Trabajo, y (xx) incumplir o violar el trabajador, gravemente, cualquiera de las obligaciones o prohibiciones emanadas de alguna de las fuentes a que se refiere el Art. 24 del Código del Trabajo.

**Guatemala:** (i) cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma

abiertamente inmoral o acuda a la injuria, la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o los representantes de éste en la dirección de las labores; (ii) cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero de trabajo, durante el tiempo que se ejecuten las labores, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina o se interrumpan las labores; (iii) cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las labores y en horas que sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que, como consecuencia de ellos, se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo; (iv) cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio del patrono, de alguno de sus compañeros de trabajo o en perjuicio de un tercero en el interior del establecimiento; asimismo cuando cause intencionalmente por descuido o negligencia, daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados, en forma inmediata o indudable con el trabajo; (v) cuando el trabajador revele los secretos aludidos en el Código del Trabajo; (vi) cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono o sin causa justificada, durante dos días laborales completos y consecutivos o durante seis medios días laborables en un mismo mes calendario. La justificación de la inasistencia se debe hacer al momento de reanudarse las labores, si no se hubiere hecho antes; (vii) cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos, indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar las normas o instrucciones que el patrono o sus representantes en la dirección de los trabajadores le indiquen con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores; (viii) cuando infrinja cualquiera de las prohibiciones del artículo 64, o del reglamento interior de trabajo debidamente aprobado, después de que el patrono lo aperciba una vez por escrito. No será necesario el apercibimiento en el caso de embriaguez cuando, como consecuencia de ella, se ponga en peligro la vida y la seguridad de las personas o de los bienes del patrono; (ix) cuando el trabajador, al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para la cuales haya sido contratado; (x) cuando el trabajador sufra pena de arresto mayor o se le imponga prisión correccional, por sentencia ejecutoriada; y (xi) cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

**Honduras:** (i) el engaño del trabajador o del sindicato que lo hubiere propuesto mediante la presentación de recomendaciones o certificados falsos sobre su aptitud. Esta causa dejará de tener efecto después de treinta (30) días de prestar sus servicios el trabajador; (ii) todo acto de violencia, injurias, malos tratamientos o grave indisciplina, en que incurra el trabajador durante sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo; (iii) todo acto grave de violencia, injurias o malos tratamientos, fuera del servicio, en contra del patrono, de los miembros de su

familia o de sus representantes y socios, o personal directivo, cuando los cometiere sin que hubiere precedido provocación inmediata y suficiente de la otra parte o que como consecuencia de ellos se hiciera imposible la convivencia o armonía para la realización del trabajo; (iv) todo daño material causado dolosamente a los edificios, obras, maquinaria o materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas; (v) todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo, cuando sea debidamente comprobado ante autoridad competente; (vi) revelar los secretos técnicos o comerciales o dar a conocer asuntos de carácter reservado en perjuicio de la empresa; (vii) haber sido condenado el trabajador a sufrir pena por crimen o simple delito, en sentencia ejecutoriada; (viii) cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono o sin causa justificada durante dos (2) días completos y consecutivos o durante tres (3) días hábiles en el termino de un (1) mes; (ix) la negativa manifiesta y reiterada del trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o el no acatar el trabajador, en igual forma y en perjuicio del patrono, las normas que este o su representante en la dirección de los trabajos le indiquen con claridad, para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando; (x) la inhabilidad o la ineficiencia manifiesta del trabajador que haga imposible el cumplimiento del contrato; (xi) el descubrimiento de que el trabajador padece enfermedad infecciosa o mental incurable o la adquisición de enfermedad transmisible, de denuncia o aislamiento no obligatorio cuando el trabajador se niegue al tratamiento y constituya peligro para terceros; y, (xii) cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 97 y 98 del Código del Trabajo o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, siempre que el hecho este debidamente comprobado y que en la aplicación de la sanción se observe el respectivo procedimiento reglamentario o convencional.

**México:** (i) engañarlo el trabajador o en su caso, el sindicato que lo hubiese propuesto o recomendado con certificados falsos o referencias en los que se atribuyan al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador; (ii) incurrir el trabajador, durante sus labores, en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos en contra del patrón, sus familiares o del personal directivo o administrativo de la empresa o establecimiento, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia; (iii) cometer el trabajador contra alguno de sus compañeros, cualquiera de los actos enumerados en la fracción anterior, si como consecuencia de ellos se altera la disciplina del lugar en que se desempeña el trabajo; (iv) cometer el trabajador, fuera del servicio, contra el patrón, sus familiares o personal directivo administrativo, alguno de los actos a que se refiere la fracción II, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo; (v) ocasionar el trabajador, intencionalmente, perjuicios materiales durante el desempeño de las labores o con motivo de ellas, en los edificios, obras, maquinaria, instrumentos, materias

primas y demás objetos relacionados con el trabajo; (vi) ocasionar el trabajador los perjuicios de que habla la fracción anterior siempre que sean graves, sin dolo, pero con negligencia tal, que ella sea la causa única del perjuicio; (vii) comprometer el trabajador, por su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentren en él; (viii) cometer el trabajador actos inmorales en el establecimiento o lugar de trabajo; (ix) revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa; (x) tener el trabajador más de tres faltas de asistencia en un período de treinta días, sin permiso del patrón o sin causa justificada; (xi) desobedecer el trabajador al patrón o a sus representantes, sin causa justificada, siempre que se trate del trabajo contratado; (xii) negarse el trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; (xiii) concurrir el trabajador a sus labores en estado de embriaguez o bajo la influencia de algún narcótico o droga enervante, salvo que, en este último caso, exista prescripción médica. Antes de iniciar su servicio, el trabajador deberá poner el hecho en conocimiento del patrón y presentar la prescripción suscrita por el médico; (xiv) la sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador una pena de prisión, que le impida el cumplimiento de la relación de trabajo; y (xv) las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes en lo que al trabajo se refiere.

**Nicaragua:** (i) la falta grave de probidad o contra la vida e integridad física del empleador o de los compañeros de trabajo; (ii) la expresión injuriosa o calumniosa contra el empleador que produzca desprestigio o daños económicos a la empresa, y (iii) cualquier violación de las obligaciones que le imponga el contrato individual o reglamento interno, que hayan causado graves daños a la empresa.

**Panamá:** (i) el haber sufrido engaño de parte del trabajador, mediante la presentación de documentos o certificados falsos, que le atribuyan cualidades, aptitudes o facultades de que carezca, cuando el contrato o su modificación se celebre en atención a dichas condiciones especiales. El derecho del empleador de terminar el contrato por esta causa, caducará al mes, a partir de la fecha en que se compruebe la falsedad. Cuando no se trate de certificación de idoneidad para el ejercicio de una profesión, este plazo no excederá de un año, contados desde la fecha del inicio de la relación de trabajo; (ii) incurrir el trabajador, durante sus labores, en actos de violencia, amenazas o injurias en contra del empleador, sus familiares o de miembros del personal directivo de la empresa o negocio, o de los compañeros de trabajo, excepto que hubiere mediado provocación; (iii) cometer el trabajador, fuera del centro de trabajo, en contra del trabajador, o de miembros del personal directivo de la empresa o negocio, o de sus compañeros de trabajo, uno de los actos descrito en el numeral anterior, si por razón de la gravedad de los mismos fuese imposible la continuación del contrato; (iv) la revelación, por parte del trabajador, sin la autorización de su empleador, de secretos técnicos, comerciales o de fabricación o la divulgación de asuntos de carácter administrativo, reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios al empleador; (v) incurrir el trabajador, durante la ejecución del contrato, en faltas graves de probidad u honradez, o la comisión de delitos contra la propiedad, en perjuicio directo del empleador; (vi) cometer el trabajador, de

modo intencional, durante el desempeño de sus labores o con motivo de ellas, un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos, edificios y demás objetos relacionados de modo inmediato con el trabajo; (vii) causar el trabajador, con culpa de su parte, los daños materiales contemplados en el numeral anterior con la condición de que fuesen graves y que la culpa del trabajador sea la única causa del perjuicio; (viii) comprometer el trabajador con su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del lugar donde se realicen las labores o de las personas que allí se encuentren; (ix) negarse el trabajador manifiesta o reiteradamente a adoptar las medidas preventivas y los procedimientos indicados para evitar los riesgos profesionales; (x) desobedecer el trabajador, sin causa justificada, y perjuicio del empleador, las órdenes impartidas por éste o sus representantes en la dirección de los trabajos, siempre que fuesen indicadas con claridad, y se refieran de modo indirecto a la ejecución del trabajo contratado; (xi) la inasistencia del trabajador a sus labores, sin permiso del empleador o sin causa justificada, durante dos lunes en el curso de un mes, seis en el curso de un año, o tres días consecutivos o alternos en el período de un mes. Para los efectos de este numeral se tendrá como lunes el día que siga a uno de fiesta o duelo nacional; (xii) la reincidencia en el abandono del trabajo por parte del trabajador que comprende la salida intempestiva e injustificada del centro de trabajo durante las horas de labores, sin permiso del empleador o de quien lo represente, o la negativa reiterada a trabajar sin causa justificada en la prestación convenida; (xiii) la reincidencia del trabajador, en el término de un año, en infringir las prohibiciones previstas en los numerales 3, 4, y 5. del artículo 127 del Código del Trabajo; (xiv) la comisión por parte del trabajador de confianza de actos u omisiones, dentro o fuera del servicio que conlleven la pérdida de la confianza del empleador; (xv) el acoso sexual, la conducta inmoral o delictiva del trabajador durante la prestación del servicio, y (xvi) la falta notoria del rendimiento, calificada de acuerdo con sistemas y reglamentos concretos de evaluación técnica y profesional, previamente aprobados por el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social o acordados en una convención colectiva<sup>30</sup>.

**Paraguay:** (i) el engaño por parte del trabajador acerca de su capacidad, conducta moral o aptitudes profesionales; (ii) condena a una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo; (iii) actos de acoso sexual consistentes en amenaza, presión, hostigamiento, chantaje, manoseo con propósitos sexuales hacia un

<sup>30</sup> En el Código del Trabajo de Panamá también se autoriza la terminación de la relación de trabajo sin responsabilidad para el empleador si concurre alguna de las siguientes causales "no imputables": (i) la inhabilidad originaria o la ineficiencia manifiesta del trabajador que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato. Esta causa sólo podrá ser invocada por el empleador dentro del término de seis meses, a partir de la fecha de inicio de la prestación de servicio; (ii) la sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador una pena de prisión o reclusión, o el hecho de que el trabajador que sufra pena de arresto o prisión preventiva no realice oportunamente la notificación prevista en el ordinal 2 del artículo 199, o el transcurso del término de un año a partir de la fecha de detención; (iii) el reconocimiento al trabajador por el sistema de previsión de la pensión de jubilación, o invalidez permanente y definitiva, previa comprobación de que percibirá la pensión respectiva durante el mes siguiente; (iv) la incapacidad mental o física del trabajador, debidamente comprobada, o la pérdida de la idoneidad exigida por la ley para el ejercicio de la profesión, que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato; (v) la expiración del plazo de un año, a partir de la fecha de suspensión del contrato, motivada por enfermedad o accidente no profesional del trabajador; (vi) la incapacidad del empleador cuando conlleve como consecuencia ineludible la terminación del contrato, y (vii) la fuerza mayor o caso fortuito, que conlleve como consecuencia necesaria, inmediata o indirecta la paralización de las actividades del empleador.



trabajador de uno u otro sexo por parte de los representantes del empleador, jefes de la empresa, oficina o taller o cualquier otro superior jerárquico; (iv) los actos de violencia, amenazas, injurias o malos tratamientos del trabajador contra los compañeros de labor, si con ellos se alterase el orden en el lugar del trabajo; (v) la perpetración fuera del servicio, contra el empleador, sus representantes, o familiares, de algunos de los actos recién mencionados, si fuesen de tal gravedad que hicieran imposible el cumplimiento del contrato; (vi) los perjuicios materiales que ocasione el trabajador intencionalmente, por negligencia; (vii) la imprudencia o falta grave, en los edificios, obras, maquinarias, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados con el trabajo; (viii) la comisión por el trabajador de actos inmorales en el lugar de trabajo; (ix) la revelación por el trabajador de secretos industriales o de fábrica o asuntos de carácter reservado que conociese en razón de sus funciones en perjuicio de la empresa; (x) el hecho de comprometer el trabajador con su imprudencia o descuido inexcusables la seguridad de la empresa, fábrica, taller u oficina, así como la de las personas que allí se encontrasen; (xi) la concurrencia del trabajador a sus tareas en estado de embriaguez, o bajo influencia de alguna droga o narcótico, o portando armas peligrosas, salvo aquellas que, por la naturaleza de su trabajo, le estuviesen permitidas; (xii) la condena del trabajador a una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo; (xiii) la negativa manifiesta del trabajador para adoptar las medidas preventivas o someterse a los procedimientos indicados por las leyes, los reglamentos, las autoridades competentes o el empleador, que tiendan a evitar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; (xiv) la falta de acatamiento del trabajador, en forma manifiesta y reiterada y con perjuicio del empleador, de las normas que éste o sus delegados le indiquen claramente para la mayor eficacia y rendimiento en las labores; (xv) el trabajo a desgano o disminución intencional en el rendimiento del trabajo y la incitación a otros trabajadores para el mismo fin; (xvi) la pérdida de la confianza del empleador en el trabajador que ejerza un puesto de dirección, fiscalización o vigilancia. Si dicho trabajador hubiese sido promovido de un empleo de escalafón, podrá volver a éste, salvo que medie otra causa justificada de despido; (xvii) la negociación del trabajador por cuenta propia o ajena, sin permiso expreso del empleador, cuando constituya un acto de competencia a la empresa donde trabaja; (xviii) participar en una huelga declarada ilegal por autoridad competente; (xix) la inasistencia del trabajador a las tareas contratadas durante tres días consecutivos o cuatro veces en el mes, siempre que se produjera sin permiso o sin causa justificada; (xx) el abandono del trabajo de parte del trabajador. Se entiende por abandono del trabajo: la dejación o interrupción intempestiva e injustificada de las tareas; la negativa de trabajar en las labores a que ha sido destinado; y la falta injustificada o sin aviso previo, de asistencia del trabajador que tenga a su cargo una faena o máquina, cuya paralización implique perturbación en el resto de la obra o industria. El abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo quedará configurado, con la falta de justificación o silencio del trabajador, ante intimación hecha en forma fehaciente para que se reintegre al trabajo, en un plazo no menor de tres días; (xxi) la falta reiterada de puntualidad del trabajador en el cumplimiento del horario de trabajo, después de haber sido apercibido por el empleador o sus delegados; (xxii) la interrupción de las tareas por el trabajador, sin causa justificada aunque

permanezca en su puesto. En caso de huelga, deberá abandonar el lugar de trabajo; (xxiii) la desobediencia del trabajador al empleador o sus representantes, siempre que se trate del servicio contratado. Habrá desobediencia justificada, cuando la orden del empleador o sus representantes ponga en peligro la vida, integridad orgánica o la salud del trabajador o vaya en desmedro de su decoro o personalidad; (xiv) la comprobación en el trabajador de enfermedad infectocontagiosa o mental o de otras dolencias o perturbación orgánicas, siempre que le incapaciten permanentemente para el cumplimiento de las tareas contratadas o constituyan un peligro para terceros; y (xxv) las violaciones graves por el trabajador de las cláusulas del contrato de trabajo o disposiciones del reglamento interno de taller, aprobado por la autoridad competente.

**Perú:** (i) el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, reiterada paralización intempestiva de labores e inobservancia del reglamento interno o del reglamento de seguridad e higiene industrial; (ii) la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento en las labores o del volumen o de la calidad de producción; (iii) la apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador, o que se encuentren bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos en beneficio propio o de terceros; (iv) el uso o entrega a terceros de información reservada, la sustracción o utilización de documentos y la competencia desleal; (v) la concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando revista excepcional gravedad; (vi) los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores; (vii) el daño intencional en los bienes de propiedad de la empresa o en posesión de ésta; (viii) el abandono de trabajo por más de tres días consecutivos o ausencias injustificadas por más de cinco en un período de treinta días calendario, o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, y (ix) la impuntualidad reiterada si ha sido acusada por el empleador.

**República Dominicana:** (i) por haber el trabajador inducido a error al empleador pretendiendo tener condiciones o conocimientos indispensables que no posee, o presentándole referencias o certificados personales cuya falsedad se comprueba luego; (ii) por ejecutar el trabajo en forma que demuestre su incapacidad e ineficiencia. Esta causa deja de tener efecto a partir de los tres meses de prestar servicios el trabajador; (iii) por incurrir el trabajador durante sus labores en faltas de probidad o de honradez, en actos o intentos de violencias, injurias o malos tratamientos contra el empleador o los parientes de éste bajo su dependencia; (iv) por cometer el trabajador, contra algunos de sus compañeros, cualesquiera de los actos enumerados en el apartado anterior, si ello altera el orden del lugar en que trabaja; (v) por cometer el trabajador, fuera de servicio, contra el empleador o los parientes que dependen de él, o contra los jefes de la empresa, algunos de los actos señalados en el numeral iii; (vi) por ocasionar el trabajador, intencionalmente, perjuicios materiales, durante el desempeño de las labores o con motivo de éstas, en los edificios, obras, maquinarias, herramientas, materias primas, productos y demás objetos

relacionados con el trabajo; (vii) por ocasionar el trabajador los perjuicios graves, mencionados en el ordinal anterior, sin intención, pero con negligencia o imprudencia de tal naturaleza que sean la causa del perjuicio; (viii) por cometer el trabajador actos deshonestos en el taller, establecimiento o lugar de trabajo; (ix) por revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado en perjuicio de la empresa; (x) por comprometer el trabajador, por imprudencia o descuido inexcusables, la seguridad del taller, oficina u otro centro de la empresa o de personas que allí se encuentren; (xi) por inasistencia del trabajador a sus labores durante dos días consecutivos o dos días en un mismo mes sin permiso del empleador o de quien lo represente, o sin notificar la causa justa que tuvo para ello en el plazo prescrito por el artículo 58 del Código del Trabajo; (xii) por ausencia, sin notificación de la causa justificada, del trabajador que tenga a su cargo alguna faena o máquina cuya inactividad o paralización implique necesariamente una perturbación para la empresa; (xiii) por salir el trabajador durante las horas de trabajo sin permiso del empleador o de quien lo represente y sin haberse manifestado a dicho empleador o a su representante, con anterioridad, la causa justificada que tuviere para abandonar el trabajo; (xiv) por desobedecer el trabajador al empleador o a sus representantes, siempre que se trate del servicio contratado; (xv) por negarse el trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados por la ley, las autoridades competentes o los empleadores, para evitar accidentes o enfermedades; (xvi) por violar el trabajador cualesquiera de las prohibiciones previstas en los ordinales 1, 2, 5 y 6 del artículo 45 del Código; (xvii) por violar el trabajador cualesquiera de las prohibiciones previstas en los ordinales 3. y 4. , del artículo 45 del Código después que el Departamento de Trabajo o la autoridad local que ejerza sus funciones lo haya amonestado por la misma falta a requerimiento del empleador; (xviii) por haber sido condenado el trabajador a una pena privativa de libertad por sentencia irrevocable, y (xix) por falta de dedicación a las labores para las cuales ha sido contratado o por cualquier otra falta grave a las obligaciones que el contrato imponga al trabajador.

**Uruguay:** Se prevé el despido por notoria mala conducta. Acotando este concepto, *Américo Plá Rodríguez* sostiene que los hechos constitutivos de la notoria mala conducta del trabajador deben reunir las siguientes seis condiciones: (i) deben ser hechos voluntarios de los cuales pueda responsabilizarse al trabajador; (ii) deben ser hechos relacionados con la actividad laboral ya sea porque se han cumplido en el desempeño de las tareas, en el lugar de trabajo o con ocasión del trabajo, ya sea porque ajenos al trabajo repercuten en él, afectando su consideración o su prestigio en forma que redunde desfavorablemente para la empresa en la que actúa; (iii) los hechos deben ser de tal gravedad que hagan imposible la continuación del contrato en condiciones normales (“que ponga en crisis del contrato de trabajo”); (iv) la conducta que merezca este calificativo puede resultar de un solo hecho suficientemente grave (por ejemplo un desfalco, una agresión al superior, la revelación de un secreto) como la reiteración de varios hechos, cuya repetición revela que el trabajador no se ha enmendado ni demuestra la voluntad de cumplir sus obligaciones (impuntualidad reiteradas, inasistencias repetidas, desobediencias, indisciplinas, actos de desatención o de desprolijidad, descuido en el manejo de los materiales que le han sido confiados, etc.); (v) la apreciación la debe

hacer el Juez, en caso de que las partes no coincidan en su apreciación. Pero cuando no hay acuerdo, el Juez debe decidir apreciando el conjunto de circunstancias y antecedentes, lo que le da cierta relatividad a esta calificación y dificulta la determinación en abstracto de si tal hecho o tal serie de hechos, constituye notoria mala conducta, y (vi) debe tenerse presente que la notoria mala conducta es una excepción, por lo que no solo debe ser probada por quien la invoca, sino que en todo caso de duda debe optarse por pagar indemnización. Lo normal es pagarla, lo anormal es no pagarla<sup>31</sup>.

**Venezuela:** (i) falta de probidad o conducta inmoral en el trabajo; (ii) vías de hecho, salvo en legítima defensa; (iii) injuria o falta grave al respeto y consideración debidos al patrono, a sus representantes o a los miembros de su familia que vivan con él; (iv) hecho intencional o negligencia grave que afecte a la seguridad o higiene del trabajo; (v) omisiones o imprudencias que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo; (vi) inasistencia injustificada al trabajo durante tres días hábiles en el período de un mes; (vii) perjuicio material causado intencionalmente o con negligencia grave en las pertenencias de la empresa; (viii) revelación de secretos de manufactura, fabricación o procedimiento; (ix) falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo, y (x) abandono del trabajo.

En **Chile** la legislación de 1924 estableció la libre terminación del contrato de trabajo. En el Código del Trabajo de mayo de 1931 se incluyó a la voluntad de cualquiera de las partes como una de las causales de terminación del contrato de trabajo. Ese libre despido fue derogado por la ley 16.455, al establecer que el empleador no podrá poner término al contrato de trabajo sino por la concurrencia de alguna de las causas justificadas señaladas en la ley, entre ellas las referidas a la conducta del trabajador<sup>32</sup>. Producido el Golpe del Estado del 11 de septiembre de 1973, se dictó el Decreto Ley 32 (4 de octubre de 1973), que introdujo las siguientes nuevas causas disciplinarias adicionales: (i) “comisión de actos ilícitos que hayan impedido o impidan al trabajador concurrir a su trabajo o cumplir con sus obligaciones laborales”; (ii) “atentados contra los bienes situados en las empresas”; (iii) “todo acto que haya destruido o destruya materiales, instrumentos de trabajo o mercaderías, o disminuido o disminuya su valor o causen su deterioro”; (iv) “haber dirigido o dirigir la interrupción o paralización ilegales de actividades, totales o parciales, en las empresas o en los lugares de trabajo, o en la retención indebida de personas o bienes”; (v) “haber incitado a destruir, inutilizar, interrumpir, o haber participado en hechos que hayan dañado o dañen instalaciones públicas o privadas”, y (vi) “haber participado o participar en la introducción al país, fabricación, almacenamiento, transporte o entrega, al título que sea, de cualquier tipo de armas, sin la autorización correspondiente”. Con algunas modificaciones de redacción esas causales fueron incorporadas al Decreto Ley 2.200, de 1978, que reemplazó las normas existentes del Código del Trabajo en lo concerniente al contrato de trabajo y la protección de los obreros y empleados en el trabajo, normas que

<sup>31</sup> Américo Plá Rodríguez: ob. cit. ps. 364 y 365.

<sup>32</sup> Se mantuvo el libre despido en el caso de los gerentes, agentes, apoderados o empleados de exclusiva confianza; los empleados del hogar y los trabajadores con menos de seis meses de antigüedad.

fueron incorporadas con algunas modificaciones solamente formales en el Código del Trabajo de 1987. Estas regulaciones normativas del despido disciplinario fueron derogadas por la ley 19.010, de 1991.

En la actualidad el artículo 160 del Código del Trabajo dispone que el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: (i) alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan: (a) falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones; (b) Conductas de acoso sexual; (c) vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa; (d) injurias proferidas por el trabajador al empleador, y (e) conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña; (ii) negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador; (iii) no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra; (iv) abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal: (a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y (b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato; (v) actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos; (vi) perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías, y (vii) incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

### **C. EXTINCIÓN POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR POR CAUSA DE NECESIDADES DE FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA, ESTABLECIMIENTO O SERVICIO**

El Convenio núm. 158 contiene disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, referidas a la consulta de los representantes de los trabajadores<sup>33</sup> y la notificación a la autoridad competente<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos: (i) proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones; (ii) de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos. La aplicación de estas normas se podrá limitar, mediante los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio, a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a una cifra o a un porcentaje determinados del personal.

<sup>34</sup> De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente, comunicándole la información pertinente, incluida una constancia por escrito de los motivos

En **Argentina** se prevé un procedimiento preventivo de crisis con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, crisis económicas o tecnológicas que afecten a más del 15% en empresas de menos de 400 trabajadores; a más del 10% en empresas de entre 400 y 1.000 trabajadores, y a más de 5% en empresas de más de 1.000 trabajadores.

En **Chile** la legislación de los años 70 y 80 estableció como causales adicionales de terminación “las que sean determinadas por las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Mediante la ley 19.010, de 1991, se acotó el contenido de esa causal señalando que el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación técnica del trabajador.

En **Nicaragua** el contrato individual o relación de trabajo termina, entre otras causas: (i) por cesación definitiva de la industria comercio o servicio basada en motivos económicos legalmente fundamentados y debidamente comprobados por el Ministerio del Trabajo; (ii) por resolución judicial firme cuya consecuencia sea la desaparición definitiva de la empresa, y (iii) por fuerza mayor o caso fortuito cuando traigan como consecuencia precisa el cierre de la empresa (Art. 41 del CT).

En **Panamá** son causas justificadas de naturaleza económica: (i) el concurso o la quiebra del empleador; (ii) la clausura de la empresa o la reducción definitiva de los trabajos, debido a la incosteabilidad notoria y manifiesta de la explotación o agotamiento de la materia objeto de la actividad extractiva, y (iii) la suspensión definitiva de las labores inherentes al contrato o la disminución comprobada de las actividades del empleador, debidas a crisis económicas graves incosteabilidad parcial de las operaciones por razón de disminución de la producción, o por innovaciones en los procedimientos y equipos de fabricación, o revocación o caducidad de una concesión administrativa, cancelación de pedidos u órdenes de compra o las ventas, u otra causa análoga debidamente comprobada por la autoridad competente<sup>35</sup>.

---

de las terminaciones previstas, el número y las categorías de los trabajadores que puedan verse afectados y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones. La legislación nacional podrá limitar la aplicabilidad de esta norma a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a un número o a un porcentaje determinados del personal. El empleador notificará a las autoridades competentes con un plazo mínimo de antelación a la fecha en que se procederá a las terminaciones, plazo que será especificado por la legislación nacional.

<sup>35</sup> En los despidos se debe respetar las siguientes reglas: (i) se empezará por los trabajadores de menor antigüedad dentro de las categorías respectivas; (ii) una vez aplicada la regla anterior, se preferirá, para determinar la permanencia en el empleo, a los trabajadores panameños respecto de quienes no lo son; a los sindicalizados respecto a quienes no lo estén, y los más eficientes, respecto a los menos eficientes; (iii) las mujeres en estado de gravidez, aun si no estuvieren amparadas preferentemente por las reglas anteriores se despedirán en el último lugar, si fuere absolutamente necesario y previo cumplimiento de las formalidades legales, y (iv) en igualdad de circunstancias, luego de aplicadas las reglas anteriores, los trabajadores amparados por el fuero sindical tendrán preferencia sobre los demás para su permanencia en el empleo.

En **Perú** son causas objetivas de extinción, entre otras, las derivadas de motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, si afectan, cuando menos, al 10% del personal.

En **República Dominicana** la relación de trabajo, entre otras causas, termina (i) por agotamiento de la materia prima objeto de una industria extractiva, y (ii) por quiebra de la empresa, siempre que cese totalmente la explotación del negocio o por su cierre o reducción definitiva de su personal, resultantes de falta de elementos para continuar la explotación, incosteabilidad de la misma u otra causa análoga.

En lo atinente a notificación a la autoridad competente en el caso de despidos colectivos, en **Argentina, Colombia, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela**, se establecen procedimientos especiales en el Ministerio de Trabajo, con participación de las correspondientes organizaciones sindicales y la promoción de negociaciones entre las partes involucradas. En **Argentina** el acuerdo logrado debe ser homologado por el Ministerio de Trabajo, y si no existe acuerdo, se da por concluido “el procedimiento de crisis”. En **Perú** la conciliación tiene lugar ante el Ministerio de Trabajo, si ella no se produce corresponde al Ministerio emitir la resolución que estime conveniente. Si no hay resolución en el término de cinco días se entiende aprobado el cese. En Venezuela el empleador debe contar con la aprobación de los trabajadores; si ello no ocurre, el asunto es sometido a un arbitraje. El Ministerio de Trabajo podrá suspender el procedimiento si objeta la causal de cese.

## **2. PREAVISO**

En el Convenio núm. 158 se establece que el trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso.

La legislación latinoamericana recoge ampliamente la institución del preaviso, también denominado desahucio. Al respecto se establecen algunas diferenciaciones atendiendo a la calidad de obreros o empleados, la duración definida o indefinida de la relación laboral, el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación<sup>36</sup>, el período fijado para el pago de las remuneraciones del contrato según

## **3. PROCEDIMIENTO PREVIOS O CON OCASIÓN DE LA TERMINACIÓN**

En el Convenio núm. 158 se dispone que no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

<sup>36</sup> Por ejemplo, en Honduras el preaviso es de 24 horas si el trabajador ha servido menos de tres meses a un mismo empleador y en forma continua.

Esta materia es abundante y detalladamente regulada en la casi totalidad de los países latinoamericanos, exigiendo que la o las causas invocadas sean expresadas en forma escrita. En algunos casos se establecen formas de intervención de la autoridad pública de trabajo (por ejemplo en **Brasil, Chile, Ecuador, México, Paraguay, y República Dominicana**).

#### 4. RECURSO CONTRA LA TERMINACIÓN

En el Convenio núm. 158 se dispone que el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro<sup>37</sup>. Al mismo tiempo se establece que podrá considerarse que el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra la terminación de su relación de trabajo si no hubiere ejercido tal derecho dentro de un plazo razonable después de la terminación.

Asimismo en el Convenio se determinan las siguientes normas de procedimiento: (i) los organismos ya mencionados estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada; (ii) a fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, se deberán prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas: a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del Convenio, y/o b) los citados organismos estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales. En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio.

De otra parte en el Convenio se dispone que si los organismos mencionados llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada. Sobre el particular cabe señalar que las reformas habidas en **Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y**

<sup>37</sup> Si una autoridad competente ha autorizado la terminación, la aplicación del párrafo 1 del presente artículo podrá variar de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.



**Venezuela**—con distintos matices, valores referenciales, condicionamientos y procedimientos—ponen de manifiesto una creciente preferencia por substituir la reincorporación al empleo por el pago de indemnizaciones, algunas de ellas pagables “a todo evento”, esto es, cualquiera sea la causa de terminación del contrato.

Si bien en las legislaciones existe plena coincidencia respecto del derecho del trabajador a recurrir contra la decisión unilateral del empleador de extinguir la relación de trabajo, son heterogéneos los sistemas procesales para ejercer tal derecho, así como los objetivos del mismo, principalmente en lo que concierne a las reclamaciones encaminadas a obtener la declaración de nulidad del despido por estimar que la causa invocada es ilegal, injustificada, indebida o improcedente, por lo que correspondería la reposición en el empleo y el pago adicional o alternativo de indemnizaciones.

La presentación de un análisis comparativo de los diferentes sistemas procesales nacionales escapa de los límites de esta monografía.

## **5. INDEMNIZACIÓN POR FIN DE SERVICIOS Y OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS INGRESOS**

En el Convenio núm. 158 se dispone: (i) que de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: (a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o (b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones; (ii) cuando el trabajador no reúna las condiciones de calificación para tener derecho a las prestaciones de un seguro de desempleo o de asistencia a los desempleados en virtud de un sistema de alcance general, no será exigible el pago de las indemnizaciones o prestaciones ya mencionadas; (iii) en caso de terminación por falta grave podrá preverse la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas.

Respecto de las indemnizaciones, en lo substantivo y en lo procesal las legislaciones regulan estas materias en forma muy variada y muy detallada. Sin pretender cubrir el amplio y disímil espectro normativo latinoamericano, sólo como simple información presento la situación existente en algunos de ellos.

En **Argentina**: en los despidos sin justa causa la indemnización es de un mes de sueldo por año de servicio o fracción de tres meses, calculada sobre la base de la mejor remuneración mensual normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si fuere menor. En forma especial se regula la situación de los trabajadores excluidos del convenio colectivo, los trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones

variables. En caso alguno la indemnización puede ser menor de un mes de sueldo (Ley 25.877).

En **Colombia:** (i) en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente; (ii) en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan: En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días. En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará de acuerdo a normas diferenciadoras basadas en la cuantía de la remuneración y el tiempo de servicio. A las indemnizaciones ya señaladas se agregan las derivadas de la falta de pago de salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato, incluyendo en su monto el pago de un día de salario por cada día de retardo, más los intereses que corresponda, según lo dispuesto en el artículo 65 del Código Substantivo del Trabajo. En dicha norma además se dispone que para proceder a la terminación del contrato de trabajo el empleador deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

En **México:** el patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones: (i) cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año; ((ii) si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que el trabajador, por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo; (iii) en los casos de trabajadores de confianza; (iv) en el servicio doméstico; y (v) cuando se trate de trabajadores eventuales. Las indemnizaciones consistirán: (i) si la relación de trabajo fuere por tiempo determinado menor de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de la mitad del tiempo de servicios prestados; si excediera de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de seis meses por el primer año y de veinte días por cada uno de los años siguientes en que hubiese prestado sus servicios, y (ii) si la relación de trabajo fuere por tiempo indeterminado, la indemnización consistirá en veinte días de salario por cada uno de los años de servicios prestados. Además de estas indemnizaciones se pagará el importe de tres meses de salario u también los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se paguen las indemnizaciones.

En **Panamá**, si el contrato de duración indeterminada termina por despido injustificado o sin la autorización previa exigida por la legislación, y el trabajador opte por la indemnización, ésta se sujeta a una gradualidad diferente según se trate de servicios anteriores al 2 de abril de 1972 o posteriores a esa fecha<sup>38</sup>. Respecto de las relaciones de trabajo iniciadas con posterioridad a la reforma del Código de Trabajo, la indemnización es equivalente a 3.4 semanas de salario por cada año laborado en los diez primeros años. Por cada año posterior a ese plazo la indemnización equivaldrá a una semana de salario por cada año.

En **Perú**: en los contratos de duración indefinida la indemnización es de una y media remuneración mensual por año completo de servicio, con un máximo de 12 remuneraciones; las fracciones de año se abonan por dozavos o treintavos. En los contratos de plazo definido la indemnización es de una y media remuneración mensual por cada mes que resta para el término del contrato, con un máximo de 12 meses.

En **Uruguay** la indemnización es de un mes de salario por cada año o fracción de actividad.

En **Venezuela**: en los contratos de duración indefinida los despidos sin justa causa se indemnizan con el pago de 10 días de salario (trabajadores con tres a seis meses de antigüedad, o 30 días de salarios por cada año de antigüedad, hasta un máximo de 150 días de salario. En los contratos de duración definida la indemnización equivale al salario que se devengaría hasta la conclusión de la obra o el vencimiento del plazo del contrato. En el **Anexo 1** presento una visión del sistema indemnizatorio vigente en **Chile**.

### **III. ÁMBITOS NORMATIVOS CONSTITUCIONALES Y LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO N° 158 DE LA OIT**

La seguridad del empleo, mediante la regulación de la terminación de la relación de trabajo, constituye un derecho constitucional en la mayoría de los países iberoamericanos. La constitucionalización de este derecho se inició en México (1917), al incorporarse en el artículo 123 la norma que dispuso que “el patrono que despidió a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte de una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario”.

<sup>38</sup> Para servicios iniciados antes del 2 de abril de 1972 la escala es la siguiente: si el tiempo de servicios fuere menor de un año, el monto de la indemnización corresponde al salario de una semana por cada tres meses de trabajo y, en ningún caso, la indemnización será inferior a una semana de salario. Si esos servicios comprenden uno a dos años de trabajo, la indemnización equivale a una semana de salario por cada dos meses de trabajo. Si comprenden de dos a cinco años de trabajo, la indemnización es de tres meses de salario. Si comprende de cinco a diez años de trabajo, la indemnización es de cuatro meses de salario. Si comprende de diez a quince años de trabajo, la indemnización es de cinco meses de salario. Si comprende de quince a veinte años de trabajo, la indemnización es de seis meses de salario. Y si comprende más de veinte años de trabajo, la indemnización es de siete meses de salario. A su vez, tratándose de servicios posteriores al 2 de abril de 1972 la tabla de indemnizaciones es: (i) menos de un año, una semana de salario por cada tres meses de trabajo, en todo caso la indemnización no será inferior a una semana de salario, (ii) de uno a dos años de trabajo, una semana de salarios por cada dos meses de trabajo; (iii) de dos a diez años de trabajo, el salario de tres semanas adicionales por cada año.

En las Constituciones se recurre a modalidades de reconocimiento y protección de la seguridad del empleo. Ente ellas evocamos la protección contra el despido arbitrario (**Argentina, Brasil, Venezuela**), la estabilidad en el trabajo (**Bolivia, Colombia, Honduras, Nicaragua, Paraguay**), la necesidad de desahucio (**Bolivia, Brasil**), la necesidad de justa causa (**Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela**), la indemnización compensatoria u otras prestaciones (**Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela**), el pago de daños y perjuicios (**Guatemala, Honduras**), la readmisión (**Perú**), el seguro de desempleo (**Costa Rica**), el despido indirecto (**Guatemala, México**), la prohibición de la discriminación antisindical (**México**), y la nulidad del despido (**Venezuela**).

Al concluir, también es conveniente recordar que el Convenio núm. 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, entró en vigor el 23 de Noviembre de 1985, y que al 31 de Diciembre de 2010, ha sido ratificado por 36 Estados Miembros de la OIT, entre ellos la **República Bolivariana de Venezuela**, país que lo ratificó el 6 de Mayo de 1985.

En el **Anexo 2** acompaño el texto del Convenio y en el **Anexo 3** incluyo una visión resumida de la Recomendación núm. 166, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982).

## FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Alburquerque, Rafael: *La terminación de la relación de trabajo en la República Dominicana*. En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). AELE-Editorial. Lima, 1985.

De Buen Lozano, Néstor: *La terminación de la relación de trabajo en México*. En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). AELE-Editorial. Lima, 1985.

De Buen Unna, Carlos: *La extinción de la relación de trabajo*. En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad Nacional Autónoma de México: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. (Coordinadores Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela). México, 1997.

Blancas Bustamante, Carlos: *El despido en el derecho laboral peruano*. 2da. edición. ARA. Editores Lima, 2006.

Giglio D., Wagner: *La terminación de la relación de trabajo en el Brasil*. En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). AELE-Editorial. Lima, 1985.

González Hunt, César: *Estabilidad laboral. El estado de la cuestión en Perú*. En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *Actualidad del Derecho del Trabajo*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). Lima. Noviembre de 2009.

Hernández Álvarez, Óscar: *La terminación de la relación de trabajo. Clasificación*

y efectos. En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad Nacional Autónoma de México: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. (Coordinadores Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela). México, 1997.

Hernández Álvarez, Óscar: *La protección del empleo en situaciones de crisis. Características generales propias de un sistema de protección al empleo*. En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *Actualidad del Derecho del Trabajo*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). Lima. Noviembre de 2009.

Morgado Valenzuela, Emilio: *El despido disciplinario*. En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad Nacional Autónoma de México: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. (Coordinadores Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela). México, 1997.

Morgado Valenzuela, Emilio: *Seguridad del empleo. Visión actual de la terminación de la relación de trabajo en Iberoamérica*. En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *Actualidad del Derecho del Trabajo*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). Lima. Noviembre de 2009.

Murgas Torrazza, Rolando: *Los despidos colectivos por fuerza mayor o por dificultades económicas o tecnológicas*. En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad Nacional Autónoma de México: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. (Coordinadores Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela). México, 1997.

Murgas Torrazza, Rolando: *La terminación de la relación de trabajo en el Derecho Panameño*. En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). AELE-Editorial. Lima, 1985.

O.I.T.: *Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)*.

O.I.T.: *Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 198)*.

O.I.T.: *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado* (María Luz Vega, Coordinadora). Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Lima, 2001 15 años después

O.I.T.: *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado: 15 años después*. (María Luz Vega, Coordinadora). Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Lima, 2005.

O.I.T.: *La relación de trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, 2006. Informe V(1). Ginebra.

O.I.T.: *Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2011. Documento informativo sobre ratificaciones y actividades normativas hasta el 31 de diciembre de 2010*. Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011.

Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de los convenios y recomendaciones. Informe II (Parte 2). Ginebra.

Pasco Cosmópolis, Mario: *La terminación de la relación de trabajo en el Perú*. En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). AELE-Editorial. Lima, 1985.

Plá Rodríguez, Américo: *La terminación de la relación de trabajo en Uruguay*. En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). AELE-Editorial. Lima, 1985.

Rocha, Armando; Ackerman, Mario E.; Tosca, Diego M., y Rodríguez Fernández, Liliana: *Terminación de la relación de trabajo*. En: Mario E. Ackerman (Director) y Diego M. Tosca (Coordinador): *Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo IV: La relación individual de trabajo, III*. Rubinzal-Culzoni, Editores. Buenos Aires, 2005.

Rodríguez Mancini, Jorge: *Estabilidad laboral. El estado de la cuestión en la República Argentina*. En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *Actualidad del Derecho del Trabajo*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). Lima. Noviembre de 2009.

Sarthou, Helios: *Trabajo, Derecho y Sociedad Estudios de Derecho individual del trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2002.

Sims, E.: *Seguridad en el empleo (terminación de la relación de trabajo)*. En O.I.T.: *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global. 75º aniversario de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. (J. Claude Javillier, Director de publicación y A. Odero, Coordinador). Versión preliminar. Ginebra, 2001.

Textos normativos nacionales.

## ANEXO

### VISIÓN RESUMIDA DE LA RECOMENDACIÓN 166 DE LA OIT, SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO (1982)

En atinente a la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo se propone que ella debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a: (i) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes; (ii) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho; (iii) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos

contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho; asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén; (iv) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo; (v) los Miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades. En especial los Miembros deberían por que en la política nacional se aborde la cuestión de la dimensión de género; (vi) todo Miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo, y (viii) la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho.

En cuanto a la determinación de la existencia de una relación de trabajo, en la Recomendación se establece que la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.

Para posibilitar esa determinación los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.

A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar la posibilidad de: (i) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; (ii) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y (iii) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector

determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes. De otra parte, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia. También los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: (i) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (ii) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

A las disposiciones recién mencionadas se suman las siguientes: (i) la solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales, y (ii) la autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales;

En lo referente a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.

En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas. Asimismo deberían promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.



# Aspectos inconstitucionales del sistema venezolano en materia de estabilidad e inamovilidad laboral

Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

---

Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Lisandro Alvarado. Barquisimeto, Venezuela. Profesor Invitado en los Post grados de varias universidades. Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

## Sumario

1. La estabilidad laboral en el Derecho del Trabajo del Siglo XXI. 2. La estabilidad laboral en la legislación venezolana. 3. Protección a la permanencia en el empleo en el Decreto Ley que promulga la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las trabajadoras: a) el sistema general de estabilidad y b) los casos de inamovilidad. 3. Los Decretos de Inamovilidad Laboral. 4. Aspectos inconstitucionales del sistema venezolano en materia de estabilidad e inamovilidad laboral.

## Resumen

En las últimas décadas las legislaciones de los países han venido flexibilizando sus sistemas de protección al empleo. La estabilidad absoluta parece más un lejano recuerdo que un sistema con presencia real en las legislaciones laborales de los países. Sin embargo en la legislación venezolana ha venido pasando todo lo contrario. De un sistema de estabilidad relativa establecido en la Ley de 1990 se ha pasado a un sistema de estabilidad absoluta en la Ley de 2012. Pero más allá de los textos legales, ha venido imperando un régimen aún más rígido de inamovilidad generalizado a la casi totalidad de los trabajadores y que fu establecido por un Decreto “provisional” del año 2002 y que ha venido siendo prorrogado, año a año, pero siempre con el mismo carácter “provisional”. En el presente trabajo se hace una crítica al carácter inconstitucional de varias de sus normas.

**Palabras Clave:** Estabilidad, inamovilidad, reincorporación.

## Abstract

It is presented a study about the importance of the Laws to determine to what extent the Labour Law, the female Workers and male Workers can be modified by Decree-Law governing cooperative system of the country. We consider the LOTT. In the study of the legal nature of cooperatives allowed us to search for marking commercial character that can be the object that was assigned to the cooperative. In this sense, a legal person, meet tax burdens, performs legal holds and carries ledgers. A comparative study of the roles of partners was conducted to conclude that line all the characteristics of a subordinate employee and therefore should be subject to the benefits and protection provided by labor laws, which have constitutional status and are indispensable.

Also an analysis of the situation of those who serve the cooperative was held to highlight as in similar situations (providing a personal service, compliance with a schedule, subordination and perception of an amount due to the activity) a have the protection that provides employment law, while others are not entitled to any of these benefits and what is even worse, not even guaranteed a salary that can allow a dignified existence for the associated and family as necessary for survival will depend on advances that can receive, to realize the potential gains that can throw the cooperative exploitation.

**Keywords:** Cooperative employment relationship, subordination salary.

## **1. LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO DEL SIGLO XXI**

La concepción del denominado Estado de Bienestar Social, ha sido, especialmente a partir de finales del siglo pasado, objeto de fuertes críticas de las tendencias neoliberales que acusan al sobredimensionamiento del Estado de constituir un obstáculo al crecimiento de la economía y postulan el retorno a la leyes naturales del mercado, para promover un desarrollo económico libre y acelerado, que, según afirman, es la única forma de fomentar riqueza para poder lograr su adecuada distribución.

Esta controversia ha presidido el debate que, primeramente en Europa y posteriormente en América Latina, se ha planteado en torno al Derecho del Trabajo, el cual ha sido considerado por algunos como fuente de rigideces que estorban el crecimiento de la economía, mientras que otros lo defienden como ordenamiento especializado que tiene su justificación en la necesidad de otorgar tutela a los trabajadores por ser la parte económicamente débil en la relación de trabajo, que no están, por sí solos, en condiciones de ejercer autónomamente su voluntad en términos de igualdad frente a los empleadores.

Uno de los campos en que se ha desenvuelto con mayor vehemencia la polémica entre “flexibilizadores” y “garantistas” ha sido el relativo al fomento y a la preservación del empleo. Frente al crecimiento de los índices de desocupación, producto en ocasiones de las recurrentes situaciones de recesión económica y en otros de la innovación tecnológica, se ha sostenido que el Derecho del Trabajo debe cambiar su centro de atención tradicional (proteger al trabajador), por otro que es más acorde con las actuales exigencias (proteger, es decir, fomentar al empleo). De esa forma, aún cuando se desmejoren algunas de las condiciones otorgadas a quienes trabajan, se obtendría, en contrapartida, una mayor posibilidad de acceso al empleo para quienes no lo tienen. En otras palabras, no importaría precarizar el empleo, creando formas de contratación cuyas condiciones son evidentemente inferiores a las tradicionales, si mediante estas formas de contratación precaria se logra aumentar el número de los empleados,

En ese contexto muchos países han abandonado, o al menos relajado, sus tradicionales sistemas de protección a la estabilidad en el trabajo, favoreciendo formas precarias de contratación laboral, supuestamente destinadas a fomentar el empleo. Venezuela, aparece como un caso raro, en el cual la legislación laboral no sólo mantuvo sino que rigidizó la estabilidad laboral<sup>2</sup>. Aspectos inconstitucionales del sistema venezolano en materia de estabilidad e inamovilidad laboral.

## **2. ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DEL SISTEMA VENEZOLANO EN MATERIA DE ESTABILIDAD E INAMOVILIDAD LABORAL**

La normativa contenida en el Decreto Ejecutivo que promulga la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras en materia de estabilidad e inamovilidad laboral tiene aspectos que son contrarios a la Constitución venezolana. Hagamos una revisión de los mismos.

A) Los artículos 91, último párrafo, el artículo 425, I numeral 6 y los artículos 538 y 539 de dicho Decreto Ley, establecen:

**“Artículo 91.**

**Ejecución forzosa de la decisión**

(...) “Si el demandado o demandada se negare a cumplir con la orden judicial de reenganche, incurrirá en el delito de desacato a la autoridad judicial con pena de prisión de seis a quince meses. A los fines de establecer las responsabilidades penales a que haya lugar, el Juez o Jueza del Trabajo oficiará al Ministerio Público”.

**Artículo 425.**

Procedimiento para el reenganche y restitución de derechos

(...) “6.- Si persiste el desacato u obstaculización a la ejecución del reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, será considerada flagrancia y el patrono, patrona, su representante o personal a su servicio responsable del desacato u obstaculización, serán puestos a la orden del Ministerio Público para su presentación ante la autoridad judicial correspondiente”.

**Artículo 538**

**Causas de arresto**

“El patrono o patrona que desacate la orden de reenganche de un trabajador amparado o trabajadora amparada por fuero sindical o inamovilidad laboral; el que incurra en violación del derecho a huelga, y el que incumpla u obstruya la ejecución de los actos emanados de las autoridades administrativas del trabajo, será penado con arresto policial de seis a quince meses. Esta pena, tratándose de patronos o patronas asociados o asociadas, la sufrirán los instigadores o instigadoras a la infracción, y de no identificarse a éstos o estas, se aplicará a los miembros de la respectiva junta directiva. El inspector o inspectora del trabajo solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente.”

**Artículo 539.**

**Arresto por cierre ilegal e injustificado de la fuente de trabajo**

“El patrono o patrona que de manera ilegal e injustificada cierre la fuente de trabajo, será sancionado o sancionada con la pena de arresto de seis a quince meses por los órganos jurisdiccionales competentes a solicitud del Ministerio Público”.

Estos artículos son violatorios de la Constitución Nacional. No sólo crean tipos penales sino que establecen una regulación procesal en torno a los mismos, lo cual, es contrario a los artículo 156, ordinal 32, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en conjunción con el numeral 1 del artículo 187 constitucional. Estos artículos dicen: “**Artículo 156.** Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 32. La legislación en materia penal, penitenciaria, de procedimientos (...)”. “**Artículo 187.** Corresponde a la Asamblea Nacional: 1) Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional (...)”.

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras no fue aprobada por el Poder Legislativo, sino por el Presidente de la República, quien actuó en ejercicio de la potestad legislativa que le fue conferida por la Asamblea Nacional por medio de una Ley Habilitante con carácter temporal, que le facultó para legislar mediante Decretos con rango, valor y fuerza de ley. En nuestro criterio, existen limitaciones constitucionales que impiden otorgar la habilitación para legislar en torno a determinadas materias que, dada su trascendencia política y social, importancia nacional y naturaleza, corresponden, de manera exclusiva y excluyente, a la reserva legal formal, y, por ende, le corresponden monopólicamente a la Asamblea Nacional. Tales limitaciones son de dos clases: la primera viene dada por la naturaleza de la materia que se pretende regular; y la segunda tiene que ver con la participación política de los ciudadanos y la sociedad organizada en el proceso de formación de las leyes.

Con respecto a la primera limitación, el citado artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela enumera las diversas materias de competencia nacional, de las cuales algunas pueden ser objeto de delegación y otras no, figurando entre estas últimas, en el numeral 32 de dicho artículo, las referidas a la “*legislación en materia penal, penitenciaria, de procedimientos (...)*”.

Por lo que respecta a la segunda limitación, el artículo 211 constitucional dispone:

“La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral Republicano; los y las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los y las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el Reglamento de la Asamblea Nacional”.

Ahora bien, es un principio constitucional fundamental que las regulaciones de los derechos y garantías constitucionales sólo pueden ser establecidas por ley “formal”, entendida ésta como el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, de acuerdo a lo previsto el artículo 202 de nuestra Carta Magna, lo que implica que, de acuerdo al principio de la reserva legal,

solo la representación popular del pueblo ejercida a través de los diputados electos a la Asamblea Nacional puede regular, restringir o limitar los derechos y garantías constitucionales y legislar en materia de procedimientos. Por tanto, la habilitación legislativa al Presidente de la República para dictar decretos leyes no puede abarcar materias referidas al régimen de los derechos y garantías constitucionales ni al procedimiento para desarrollarlas o hacerlas efectivas dentro del proceso penal.

B) El artículo 425 numerales 2, 3, 4, 6 y 7 del Decreto Ley dice:

#### Artículo 425

##### Procedimiento para el reenganche y restitución de derechos

“2. El Inspector o Inspectora del Trabajo examinará la denuncia dentro de los dos días hábiles siguientes a su presentación, y la declarará admisible si cumple con los requisitos establecidos en el numeral anterior. Si queda demostrada la procedencia del fuero o inamovilidad laboral, y existe la presunción de la relación de trabajo alegada, el Inspector o la Inspectora del Trabajo ordenará el reenganche y la restitución a la situación anterior, con el pago de los salarios caídos y demás beneficios dejados de percibir. Si hubiese alguna deficiencia en la solicitud o documentación que la acompaña, convocará al trabajador o a la trabajadora para que subsane la deficiencia.

3. Un funcionario o funcionaria del trabajo se trasladará inmediatamente, acompañado del trabajador o la trabajadora afectado o afectada por el despido, traslado o desmejora, hasta el lugar de trabajo de éste o ésta, y procederá a notificar al patrono, patrona o sus representantes, de la denuncia presentada y de la orden del Inspector o Inspectora del Trabajo para que se proceda al reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, así como al pago de los salarios caídos y demás beneficios dejados de percibir.

4. El patrono, patrona o su representante podrá, en su defensa, presentar los alegatos y documentos pertinentes. En la búsqueda de la verdad, el funcionario o la funcionaria del trabajo deberá ordenar en el sitio y en el mismo acto cualquier prueba, investigación o examen que considere procedente, así como interrogar a cualquier trabajador o trabajadora y exigir la presentación de libros, registros u otros documentos. La ausencia o negativa del patrono, patrona o sus representantes a comparecer en el acto dará como válidas las declaraciones del trabajador o trabajadora afectado o afectada. El funcionario o funcionaria del trabajo dejará constancia en acta de todo lo actuado (...)

6. Si persiste el desacato u obstaculización a la ejecución del reenganche y restitución de la situación jurídica infringida,

será considerada flagrancia y el patrono, patrona, su representante o personal a su servicio responsable del desacato u obstaculización, serán puestos a la orden del Ministerio Público para su presentación ante la autoridad judicial correspondiente.

7. Cuando durante el acto, no fuese posible comprobar la existencia de la relación de trabajo alegada por el o la solicitante, el funcionario o funcionaria del trabajo informará a ambas partes el inicio de una articulación probatoria sobre la condición de trabajador o trabajadora del solicitante, suspendiendo el procedimiento de reenganche o de restitución de la situación jurídica infringida. La articulación probatoria será de ocho días, los tres primeros para la promoción de pruebas y los cinco siguientes para su evacuación. Terminado este lapso el Inspector o Inspectora del Trabajo decidirá sobre el reenganche y restitución de la situación jurídica infringida en los ocho días siguientes.”

El articulado transcrito regula el procedimiento que, para lograr la restitución su derecho al empleo, debe seguir ante la Inspectoría del Trabajo, un trabajador amparado por fuero sindical o inamovilidad laboral que haya sido despedido, trasladado o desmejorado. El problema constitucional se encuentra en algunas contradicciones de este artículo con el derecho a la defensa, consagrado por la Constitución en su artículo 49 que dice:

**Artículo 49.** El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley.

Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Este artículo es desconocido por el mencionado artículo 425, ya que hasta el momento en que se produce el reenganche automático, el patrono no ha sido notificado del procedimiento, no ha accedido a prueba alguna, ni ha podido controlar las presentadas por el trabajador, ni presentar sus propias pruebas. Se le obliga, so pena de incurrir en una sanción pecuniaria o en una causal para la aplicación de una pena privativa de libertad, a dar cumplimiento a una orden la cual se ha gestado sin su más mínima participación procedimental, es decir a sus espaldas. Se presume la culpabilidad del patrono en el despido por cuanto se le da curso al reenganche sin haberle escuchado, impidiéndole la posibilidad de negar pura y simplemente la inexistencia de una relación laboral, la existencia de un contrato a tiempo determinado ya vencido o para una obra determinada ya ejecutada o de demostrar algún otro elemento que haga decaer el procedimiento como lo sería la caducidad de la solicitud, o lo haga inadmisibles como lo sería la renuncia del que fuera trabajador, el abandono del trabajo por parte de éste o que hubiese recibido la indemnización de despido prevista en el artículo 92 de la Ley, la cual impide el procedimiento.

El muy limitado derecho de defensa que pudiera tener el patrono ante la solicitud e reenganche que le fue presentada depende de una apreciación unilateral que toma el Inspector del Trabajo. En efecto, corresponde al Inspector el determinar si queda o no demostrada la procedencia del fuero o inamovilidad laboral, y si existe la presunción de la relación de trabajo alegada. En caso afirmativo el Inspector ordenará el reenganche y pago de salarios caídos, sin haber oído al



patrono ni permitir que ejerza adecuadamente su derecho a la defensa. El funcionario puede proceder a ordenar de manera automática, el reenganche, restitución y sus efectos consecuenciales. Sólo, cuando durante el acto de ejecución de la orden de reenganche, *“no le fuese posible comprobar la existencia de la relación de trabajo alegada por el o los solicitantes”*, lo cual, como hemos dicho, constituye una apreciación discrecional del funcionario, abrirá una articulación probatoria sobre la condición de trabajador del solicitante. Es decir el patrono sólo podrá defenderse cuando el funcionario del trabajo lo estime procedente. Pero por otra parte, se trata de un derecho a la defensa limitado a probar que el solicitante no es trabajador suyo, ya que de acuerdo al texto legal que comentamos no puede discutirse un hecho diferente a la inexistencia de la relación de trabajo que pudiera determinar la improcedencia del reenganche. Ese menguado derecho ese limitado derecho sólo podrá ejercerlo el patrono cuando el funcionario del trabajo lo estime procedente. El derecho a la defensa del patrono es menguado, no sólo por lo limitado de los alegatos que se le permiten - inexistencia de la relación de trabajo- sino por las circunstancias en que se produce. Se trata de una defensa sumarial, vertiginosa, que debe ejercerse *in situ*, debiendo el patrono ofertar, promover o producir alguna prueba que en segundos pueda considerar pertinente, lo cual puede resultar materialmente imposible, ya que es probable que el patrono o su representante que esté atendiendo al funcionario no tenga, en ese preciso instante, acceso a la información requerida. Además, y sobre la marcha de la estructuración de una defensa, el patrono deberá atender la orden de evacuación de cualquier prueba que el funcionario administrativo considere, la cual deberá evacuarse inmediatamente. Resulta obvia la inconstitucionalidad del referido artículo 425, ya que el patrono no tiene el tiempo adecuado para estructurar su defensa razonable como lo ordena el artículo constitucional.

C) Los artículos 425, numeral 9, 363, 513 ordinal 7 y 550 establecen:

**“Artículo 425.**

Procedimiento para el reenganche y restitución de derechos.

(...) 9.- En caso de reenganche, los tribunales del trabajo competentes no le darán curso alguno a los recursos contenciosos administrativos de nulidad, hasta tanto la autoridad administrativa del trabajo no certifique el cumplimiento efectivo de la orden de reenganche y la restitución de la situación jurídica infringida.

**Artículo 363.**

Procedimiento ante prácticas antisindicales.

El Inspector o Inspectora del Trabajo, al tener conocimiento de la existencia de prácticas antisindicales verificará la existencia de las mismas dentro de las setenta y dos horas siguientes de conocidos los hechos. De comprobarse la existencia de prácticas antisindicales, se ordenará inmediatamente el cese de las mismas y el Inspector o

Inspectora del Trabajo tendrá cinco días para emitir la Providencia Administrativa correspondiente. El incumplimiento de la orden será sancionado conforme a las previsiones establecidas en esta Ley y no tendrá apelación ante la instancia judicial hasta luego de su cumplimiento.

**Artículo 513.**

Procedimiento para atender reclamos de trabajadores y trabajadoras.

(...) **7.-** La decisión del inspector o inspectora del trabajo que resuelva sobre cuestiones de hecho, dará por culminada la vía administrativa y **solo será recurrible por vía judicial previa certificación del inspector o inspectora del trabajo del cumplimiento de la decisión.**

**Artículo 550.**

Consignación o afianzamiento de la multa para recurrir.

No se oirá el recurso mientras no conste haberse consignado o afianzado satisfactoriamente el valor de la multa”.

Estos artículos entran en franca contradicción con el espíritu, propósito y razón del artículo 26 constitucional, que dice:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

En efecto, en relación con el numeral 9 del artículo 425, se debe señalar que para poder acceder a controlar la decisión del inspector del trabajo que decida acerca de un reenganche o de una restitución de derechos, se exige en el referido numeral que se dé cumplimiento a lo decidido y que luego de eso sea certificado por la autoridad administrativa del trabajo, los tribunales del trabajo competentes le podrán dar curso a la demanda de nulidad contenciosa administrativa que sea introducida por el patrono condenado al reenganche o la restitución de derechos, o, por el trabajador que no viera satisfecha en su totalidad los términos en que fue pretendido el reenganche o la restitución de derechos.

Es igualmente inconstitucional el numeral 9 del artículo 425 artículo del DLOTTT por cuanto el mismo atenta contra lo dispuesto en el artículo 26 del texto constitucional dado que se colocan impedimentos, cortapisas, alcabalas para

poder acceder a los órganos de administración de justicia -representados tal y como lo reseña el propio numeral, por los tribunales del trabajo que conocen de la materia contenciosa administrativa- para hacer valer sus derechos e intereses, a la tutela judicial de los mismos y a obtener con prontitud la decisión judicial correspondiente.

En el mismo vicio incurren tanto el artículo 363 y la parte final del numeral 7 del artículo 513 del DLOTTT, por cuanto ambos dispositivos exigen el cumplimiento o agotamiento previo de un requisito para poder acceder a la jurisdicción. En el caso del artículo 363 del DLOTTT, el cumplimiento de una orden, con la cual el empleador puede ser que no esté de acuerdo en entender como práctica antisindical la acción desplegada por él pero igual deberá cumplir la orden, para luego poder recurrirla; o, en el caso del numeral 7 del artículo 513 del DLOTTT, el cumplimiento previo de la orden emanada dentro del procedimiento de reclamo, la cual pudiera ser entendida por el empleador como ilegal o injusta. En ambos casos se exige su cumplimiento y en el último caso exige hasta una certificación de tal, para poder acceder a la jurisdicción.

Es de señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al revisar normas similares a las que acabamos de referir, dejó establecido que era vinculantemente innecesario consignar o afianzar el valor de la multa, para que la misma pudiese ser recurrida ante la Justicia. En efecto en sentencia de esta Sala Constitucional, numero 379 de fecha 07-03-07 expediente 06-1488 se señaló lo siguiente:

“Así pues, se advierte del artículo 650 eiusdem, establece como requisito de admisibilidad de los recursos administrativos un solve et repete, es decir, que en primer lugar el afectado por la imposición de la multa, previa interposición del recurso jerárquico, deberá afianzar o consignar el pago para proceder a la impugnabilidad de la misma, requisito el cual por demás demuestra, la falta de conocimiento del órgano jurisdiccional del mérito y trámite procedimental de la sanción interpuesta y su legitimidad y, en segundo lugar, deja patente la evidente inconstitucionalidad que acarrea el establecimiento de tal requisito, el cual impide el acceso de los ciudadanos a los órganos de administración de justicia (...)”

“(...)De conformidad con lo expuesto, esta Sala advierte que el artículo 650 de la Ley Orgánica del Trabajo debe ser interpretado en el sentido de que se admita el acceso a la vía administrativa previa, sin la necesidad de constitución o afianzamiento del valor de la multa, y que el pago o afianzamiento de la misma debe ser entendido en el sentido de la exigencia establecida en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para suspender la multa” (...)

(...)”Sin embargo, debe esta Sala advertir que la expresa consagración en el presente fallo, de la existencia de la modalidad de suspensión de los efectos

del acto por la vía de la caución o afianzamiento, no excluye la posibilidad de que dicha suspensión pueda ser obtenida por el recurrente a través de otros mecanismos legales existentes en el ordenamiento jurídico, razón por la cual, esta Sala en aras de la celeridad consustancial a la tutela judicial cautelar efectiva, establece con carácter vinculante: i) el acceso a la vía administrativa previa, sin la necesidad de constitución o afianzamiento del valor de la multa, y ii) que el pago o afianzamiento de la misma debe ser entendido como requisito suficiente para proceder a la suspensión de los efectos de la multa interpuesta, mientras se decide el recurso jerárquico.”

Es lógico pensar que aplicando los mismos criterios empleados en esta sentencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia podría declarar la inconstitucionalidad de los artículos analizados en este literal.

**Conclusión:** El examen realizado a las normas vigentes en materia de estabilidad e inamovilidad laboral en Venezuela, nos permite concluir que las mismas no sólo son extremadamente rígidas sino que presentan una situación de anomalía, pues las normas legislativas que regulan el sistema de estabilidad laboral han sido sustituidas por Decretos Ejecutivos de duración “temporal” pero que vienen rigiendo ininterrumpidamente desde hace 13 años y que determinan que se aplique a la casi totalidad de la población laboral dependiente - sólo se excluye a los trabajadores a tiempo indeterminado que tengan menos de un mes prestando servicios y a los empleados de dirección- un regime de inamovilidad que está concebido, no para todo tipo de trabajadores, sino para casos específicos que suponen una protección particular para trabajadores que se encuentra en ejercicio de una función sindical o en situaciones individuales de especial vulnerabilidad .

Pero el sistema analizado no solo es anómalo, sino que, como se ha visto con detalle, es en muchos aspectos contrario a los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y al acceso a la justicia.

Porlamar. Mayo de 2015.

# Tendencias del Derecho del Trabajo venezolano

Enrique MARÍN QUIJADA

Funcionario jubilado de la OIT. Profesor del Curso de Posgrado de Derecho del Trabajo de la Universidad Central de Venezuela

## Sumario

I) Introducción. 1. La construcción del derecho del trabajo venezolano. 2. Las tendencias del derecho venezolano del trabajo. II) Tendencias generales. 1. Doctrina y derecho positivo. 2. Derecho individual y derecho colectivo. III) Tendencias puntuales: 1. Forma de la regulación del trabajo: *de la norma legislativa a la norma presidencial*. 2. Normas fundamentales del derecho venezolano en declive: a) territorialidad y orden público; b) empleo de trabajadores migrantes al margen de la legislación. 3. Derechos fundamentales en el trabajo: distorsión de la libertad sindical. 4. Relación de trabajo: a) Las relaciones triangulares. b) La distorsión del salario mínimo.

## **Resumen**

Venezuela fue un país de avanzada en la introducción de las normas de protección del trabajo, las cuales enmarcan efectivamente desde 1936 la prestación subordinada de servicios y las situaciones e instituciones relacionadas con el trabajo, y han tenido un enorme impacto. No obstante, algunas tendencias regresivas, inveteradas o recientes, constituyen contrapesos importantes en la orientación del derecho del trabajo en Venezuela. Esas tendencias se refieren a la ineficacia e inobservancia de las normas, al debilitamiento de la protección del derecho individual, al menos en cuanto al salario se refiere, y una mayor injerencia del Estado en el derecho colectivo; a la regulación del trabajo por vía gubernamental, a través de un autoritario decreto ley y normas reglamentarias abusivas, en desmedro de la ley; a la erosión del carácter territorial y de orden público de las normas laborales, significada por el empleo de contingentes de trabajadores extranjeros, especialmente cubanos y chinos, al margen de esas normas; al retroceso considerable de la libertad sindical por la acción concertada de diversos órganos del Estado; a una defectuosa e incompleta regulación de las relaciones triangulares, que deja sin protección a los trabajadores, y una significativa distorsión del salario mínimo, fijado de modo pretoriano y en niveles que no guardan relación con el costo de la vida.

**Palabras claves:** tendencias, derecho del trabajo, ineficiencia, inobservancia, presidencialismo, territorialidad, orden público, trabajadores migrantes, libertad sindical, relaciones triangulares, salario mínimo.

## **Abstract**

Labour legislation was early introduced in Venezuela and since 1936 it has effectively ruled the dependent work and labour situations and labour institutions. It has had an enormous impact in society. Some important regressive tendencies, chronic or recent, have nevertheless influenced the direction of labour law in Venezuela. These tendencies concern the lack of efficacy and the lack of observance of standards; the weakening of individual protection of workers, regarding at least their income, and the growth of the interference of the State in the collective labour law; the regulation of labour by a legislative decree and abusive decrees instead of formal legislation; the illegal employment of numerous foreign workers, mainly Cubans and Chinese's, however the mandatory character of labour standards which has to be applied to all employment relationships in the Country; the considerable setback of freedom of association through the combined action of several state authorities; the defective regulation of triangular employment relationship and the lack of protection of workers; and the significant distortion of minimum wages, which is fixed in a Pretorian way and has no connexion anymore with actual living expenses.

**Keywords:** Trends, labor law, inefficiency, failure, presidentialism, territoriality, public order, Migrant workers, Freedom of Association, triangular relations, Minimum Wage.

## **I) INTRODUCCIÓN**

### **1. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO VENEZOLANO**

Una cierta lectura de lo que ha sido el derecho del trabajo en Venezuela puede llevar al convencimiento optimista de que fuimos un país de avanzada en la introducción de las normas de protección del trabajo y de que esas normas enmarcan efectivamente desde 1936 la prestación subordinada de servicios y en general las situaciones e instituciones relacionadas con el trabajo.

Es cierto, por otra parte, que cualquier trabajador puede saber hoy en día cuáles son sus derechos básicos frente al empleador: la jornada, el salario, el descanso semanal, las vacaciones, las utilidades, las prestaciones sociales, el buen trato.

Además, hace muchos años ya que fueron creadas las instituciones estatales para dar efectividad a las normas del trabajo y hoy su existencia nos parece de lo más natural, y las generaciones jóvenes y no tan jóvenes podrán pensar que siempre existieron. Resulta casi banal comprobar que el país cuenta desde hace décadas con una administración del trabajo y su punta visible que son las inspectorías; con jueces del trabajo y un procedimiento judicial añejo en su origen, pero que fue transformado y hoy ya no es ni la sombra del procedimiento escrito y remolón que lo precedió.

Hasta las normas y las instituciones modernas de seguridad social y de formación profesional, para completar la protección de los trabajadores, fueron instauradas en el país en tiempos ya relativamente remotos y son contemporáneas de las de países europeos.

Asimismo, la historia sindical registra que las organizaciones de trabajadores alcanzaron un desarrollo notable, con impulso de partidos y del Estado. La CTV fue una gran armazón de sindicatos y federaciones implantada en todo el país y capaz de hacer sentir con fuerza su voz en la opinión pública y su presión ante empleadores y autoridades. Los trabajadores organizados tuvieron un patrimonio considerable y hasta un banco y numerosas otras empresas.

El país es miembro fundador de la OIT, aunque con un breve paréntesis de ausencia de la Organización por la irritación del gobierno autoritario de los años cincuenta, que no soportó críticas y prefirió salirse de la misma. Nos hemos jactado a justo título de haber ratificado más de cuarenta convenios internacionales del trabajo, de haber estado activos en los órganos de la OIT, en posiciones directivas, y de haber conservado allí por años una imagen relativamente positiva por la promoción de las normas laborales y un cierto respeto de la libertad sindical.

El impacto del derecho del trabajo en Venezuela ha sido enorme y forma parte indisoluble de lo que comenzó a gestarse como un Estado moderno.

El desarrollo del derecho del trabajo en Venezuela ha sido considerado siempre en términos elogiosos. La idea de crear instituciones jurídicas novedosas para la protección del trabajador partía de una concepción inédita de la justicia, la cual debía ser también social, para corregir las desigualdades en la población y

en particular la desigualdad radical entre empleadores y trabajadores. A partir de esta premisa fueron naciendo los derechos individuales del trabajador, que hoy nos parecen elementales, pero que justificaron consideraciones tan importantes como la de hacer respetar la dignidad de la persona, limitar el esfuerzo físico del trabajador, procurarle un sustento suficiente como para mantener también a su familia y recompensar financieramente sus años de servicio.

La inflamación espiritual que llegó a producir el discurso social en torno a la justificación del derecho del trabajo con frecuencia ha opacado otras motivaciones que, sin embargo, también facilitaron su desarrollo. No se trataba solamente de proteger al trabajador. Como en un juego de billar, este propósito, el más aparente y publicitado, serviría asimismo para regular la competencia empresarial y preservar la fuerza de trabajo y para mantener los conflictos dentro de límites razonables, en búsqueda de la llamada paz social, tan importante para las autoridades y para la sociedad.

Si algo resultaba asombroso en el desarrollo del derecho del trabajo era el surgimiento del derecho colectivo. La consagración de este derecho significaba admitir que las personas podían unirse para defender sus derechos mediante acciones grupales, las cuales incluían, jurídica y prácticamente, el uso de la fuerza dentro de los límites que le establecía la ley. Así nacieron los sindicatos y las asociaciones de empleadores, y se llegó a crear todo un derecho convencional mediante negociaciones colectivas y el derecho a plantear conflictos laborales suficientemente importantes como para hacer saber a los empleadores, incluido el Estado empleador, que con los trabajadores no se juega.

Esta idea enaltecedora del derecho del trabajo en buena medida es el resultado de la construcción teórica y jurídica de lo que en sus tiempos fue llamada una nueva rama del derecho, alimentada a su vez por el nuevo derecho positivo y jurisprudencial que iba naciendo. El derecho del trabajo parecía un derecho en expansión y al mismo tiempo consolidado. La tesis de los derechos adquiridos nos ganó para siempre. El trabajador conquistaba beneficios y esos beneficios llegaban para quedarse, inalterables, o más bien para fundamentar indefinidamente nuevas conquistas. Cuidado con querer tocarlos. La gran promoción y garantía de esos derechos, desde los años cuarenta, signo de orgullo nacional, fue su incorporación al texto constitucional, donde hoy conservan un amplio desarrollo.

En las circunstancias presentes parece oportuno tratar de desentrañar con ánimo crítico otros aspectos del derecho del trabajo venezolano y en particular identificar algunas tendencias que nos permitan tener quizás una consideración más equilibrada de lo que se ha logrado y lo que no se ha logrado con el desarrollo de esta disciplina, de las normas y de las instituciones laborales, como para ir dando forma a una presentación en claroscuro.

## **2. LAS TENDENCIAS DEL DERECHO VENEZOLANO DEL TRABAJO**

Para llevar a cabo esta tarea de identificar algunas tendencias del derecho del trabajo venezolano, conviene situarse primero en un plano muy general y luego en otro más puntual, con ejemplos concretos.



## **II) TENDENCIAS GENERALES**

Paseémonos entonces, primero por dos distinciones jurídicas básicas, que nos encaminan hacia dos tendencias de carácter general: la del derecho académico, doctrinario y el derecho positivo, por una parte; y la del derecho individual y el colectivo, por la otra.

### **1. DOCTRINA Y DERECHO POSITIVO**

La construcción teórica y académica constituye un elemento fundamental, básico, para el abordaje de la especialidad, con sus abundantes postulados y enseñanzas jurídicas de marcado carácter social y un discurso decidido a favor de la protección de los trabajadores. Pero no es suficiente. Es preciso ir también hacia la realidad del derecho positivo, y examinarlo en sus normas y en su aplicación práctica.

En este sentido, al contacto con el derecho positivo, aparece una primera tendencia, la llamada "*ineficiencia* del derecho del trabajo", crónica y compartida por muchos países. Siempre hemos sabido y tolerado, y hasta aceptado de alguna manera, que un porcentaje importante de las normas de la legislación del trabajo están allí como de adorno, como para reforzar nuestro ego social, pero no tienen mayor aplicación práctica.

Hay una tendencia parecida a la ineficiencia pero que pasa como por debajo de la mesa, como si fuera invisible, quizás porque nos resulta más incómodo reconocerla, y es la tendencia a la *inobservancia* de las normas laborales, de muchas de ellas. La ineficiencia está referida a un defecto de la norma o a una debilidad del Estado para imponer su aplicación. Para la ineficiencia tenemos un culpable ajeno, que es el Estado. Es culpa suya. La inobservancia, en cambio, tiene que ver con el comportamiento de los ciudadanos para actuar como lo prescribe la norma jurídica. Nos hacemos la vista gorda para cumplir una norma laboral. Es el caso, por ejemplo, del empleador que puede contentarse con pagar salarios calculados de manera estrecha, o hacer un reparto caprichoso, en su favor, de las utilidades que entrega a los trabajadores, o tratar de rebajar el monto de las prestaciones sociales aplicando criterios alejados de la norma, sin que la conciencia lo perturbe demasiado.

### **2. DERECHO INDIVIDUAL Y DERECHO COLECTIVO**

Otra distinción importante es la del derecho individual y el derecho colectivo.

Cuando se dice que esta rama del derecho protege al trabajador en realidad estamos hablando sobre todo del derecho individual, el cual consagra los derechos que conforman su estatuto protector y rige las instituciones encargadas de hacerlo aplicar. Y aún así, podemos dudar un poco de sus efectivos alcances, al menos en cuanto al salario se refiere, cuando vemos la precaria condición actual de los trabajadores y asistimos al nacimiento de una hasta ahora desconocida vocación migratoria internacional, también en búsqueda de un mejor nivel de vida. Cuando hemos llegado a ser un país de permanentes colas,

el país de las bolsas de comida, de los juguetes navideños que da el patrono, de los mercales y pedevales, de los vales que le sirven al trabajador para comprar ahora muy diversos artículos incluidos los alcohólicos, y que sobre todo hacen la fortuna de grupos transnacionales, mientras los salarios reales se estancan o se desmoronan. En el terreno del empleo propiamente dicho, el carácter tuitivo del derecho individual ha quedado desvirtuado en cierta manera con la facultad monárquica que los gobiernos se han atribuido, y que este régimen ha exacerbado, de “regalar” a los trabajadores una situación de indefinida, arbitraria y supuesta inamovilidad en el empleo, que desde luego complica la facultad del empleador para despedir pero finalmente no la elimina. Decretar inamovilidad cuando se acercaban los primeros de mayo, o como regalo de año nuevo, era más barato y rentable políticamente, y más fácil, que crear fuentes de trabajo y formular y aplicar políticas de empleo.

El derecho colectivo, por su parte, nació con una justificada aureola social, porque sus novedosas instituciones estaban destinadas a hacer posible que el trabajador compensara en parte su inferioridad frente al empleador al unirse a otros trabajadores. De esta manera podría llegar a consolidar posiciones de fuerza que le permitieran negociar sus condiciones de trabajo y defenderse de los atropellos patronales. Pero en Venezuela, como en muchos otros países, este derecho nació torcido, con contrapesos que permitían al gobierno interferir en su aplicación y atenuar el alcance de sus normas, por desconfianza del Estado hacia los sindicatos; y en los tiempos que corren ha habido un freno a la negociación colectiva, especialmente en el sector público, donde además son frecuentes las denuncias de violaciones a las convenciones colectivas existentes, y un freno también a la existencia y funcionamiento de las organizaciones sindicales, hacia las cuales se ha hecho mayor esa desconfianza.

### **III) TENDENCIAS PUNTUALES**

Algunas de las tendencias específicas del derecho laboral se dejan ver a través de ciertos signos reveladores, sobre la forma de la regulación del trabajo, sobre el resquebrajamiento de unas normas fundamentales de la legislación, sobre la orientación que se ha dado a algunos derechos humanos en el trabajo y en particular la libertad sindical, y sobre la relación de trabajo.

#### **1. FORMA DE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO: DE LA NORMA LEGISLATIVA A LA NORMA PRESIDENCIAL**

En cuanto a la forma de regulación del trabajo, el primer instrumento legal con ese objeto en Venezuela, y también su antecedente, de 1928, fue dictado por un presidente militar; y, curiosidades de nuestro derecho, el por ahora último de la serie también emanó de un presidente militar. Pero al menos la ley de 1936 fue concebida como una ley formal. Se dice que fue un elemento de la modernización y democratización del Estado que entonces se iniciaba, y para su elaboración se contó con la asesoría de un funcionario de la OIT, la primera asesoría legislativa prestada por esa Oficina.

El instrumento vigente, en cambio, fue dictado por un capricho presidencial, bajo la modalidad de un decreto ley, de constitucionalidad dudosa; es decir, con absoluto desprecio de la forma jurídica, tan importante en derecho aun cuando la gente común pueda no saberlo; de una manera absolutamente inconsulta y sin que hasta hoy sepamos siquiera quienes escribieron ese texto. Ya no tenemos, pues, una ley del trabajo, sino un decreto, un decreto ley del trabajo, con el cual se lleva al extremo la tendencia al abuso del gobierno en la regulación de esta materia. Tal vez lo más significativo de este ejemplo, que muestra el curso del derecho del trabajo en Venezuela, es que el capricho presidencial pudo ser ejecutado sin la menor resistencia, y ni siquiera el mínimo riesgo de una declaratoria de inconstitucionalidad. Además, ese instrumento autoritario y castrense ha quedado mimetizado bajo la denominación impropia de ley, como todo el mundo lo llama, como mimetizamos en civiles a los militares que nos gobiernan al llamarlos usualmente por sus nombres de pila o su apellido, sin antecederlo del título militar que ostentan para siempre.

El solo examen de las particularidades del decreto ley requeriría de un extenso análisis. En la consideración, por ejemplo, del lenguaje de dicho instrumento, de su redacción, *única en el mundo legislativo de España y de la América que se expresa en español*, ha sido observada con propiedad y autoridad el empleo de "... ideas y reglas sin precedentes en la legislación laboral venezolana, o de escasa tradición en ella, como las de 'procesos de educación y trabajo', 'entidades de trabajo' y 'organizaciones socioproductivas', de incierto significado y dudosa utilidad práctica..."; la comunicación de sus ideas en una forma que el pueblo no conoce ni practica en ninguna región de Venezuela; "... el sistemático empleo de las palabras 'trabajadores y trabajadoras ...' y en general "... la molesta y contumaz distinción sexual..." acuñada desde el título hasta el final del instrumento<sup>1</sup>, en lo cual se alinea con la Constitución pero contraría frontalmente las enseñanzas de la gramática. Y de nuevo, una aparente señal de indiferencia, advertida en este caso por el citado autor:

"No obstante la gravedad del agravio al patrimonio cultural de la Nación y de América, el visible maltrato del idioma castellano que dicho ordenamiento infiere, parece pasar inadvertido por nuestros estudiosos y sociedades académicas..."<sup>2</sup>.

Sin embargo, tal vez el ejemplo más emblemático de la prepotencia normativa del gobierno ha sido desde siempre el reglamento de la ley del trabajo. Nos hemos comido el cuento, argumentado desde la propia cátedra universitaria, de que el reglamento en materia de trabajo podía exceder el espíritu, propósito y

<sup>1</sup> Rafael J. ALFONZO GUZMÁN, *El idioma de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. En Derecho del Trabajo*, Universitas Fundación, No. 17 (enero/diciembre) 2014, p. 90-115: 92, 93 y 113. Acerca de la sistemática distinción sexual que el decreto contiene, transcribe Alfonso Guzmán la siguiente enseñanza de Bello: "Cuando hay dos formas para los dos sexos, nos valemos de la masculina para designar la especie, prescindiendo del sexo...". Op. cit., p. 93. Por el contrario, sobre el uso del masculino y el femenino en esos casos, dice la Academia de la Lengua: "Este tipo de desdoblamientos son artificiosos e innecesarios desde el punto de vista lingüístico". V. <http://www.rae.es/consultas/los-ciudadanos-y-las-ciudadanas-los-ninos-y-las-ninas#sthash.kdB9JaAZ.dpuf>, y el Diccionario panhispánico de dudas, s/v género, en <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?id=Tr5x8MF0u6D6VTIDBg>

<sup>2</sup> Op. Cit., p. 93.

razón de la ley, porque era un caso aparte, distinto, y porque podía convenir a los trabajadores, sin que el fundamento de este aserto apareciera por ninguna parte. Empezamos así con normas reglamentarias resbaladizas, a las cuales se fueron agregando después decretos de aumentos salariales y de declaratorias de inamovilidad.

## **2. NORMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO VENEZOLANO EN DECLIVE**

### **A) TERRITORIALIDAD Y ORDEN PÚBLICO**

En cuanto a las normas fundamentales, la legislación venezolana del trabajo se caracteriza por dos disposiciones complementarias, de trascendental importancia, según las cuales esa legislación es de carácter territorial y es de orden público<sup>3</sup>. Es decir, esa legislación debe ser aplicada a todas las relaciones de trabajo y situaciones laborales que ocurran en el país y su aplicación no puede ser puesta de lado por voluntad de las partes, ni tampoco del gobierno.

Estas dos características habían acompañado pacíficamente a la legislación del trabajo desde sus orígenes y por lo mismo parecían inviolables. Sin embargo, en la era que vivimos parecen haber sido objeto de violaciones masivas, a la vista de todo el mundo. Contingentes de ciudadanos cubanos y chinos, entre otros, han sido traídos para trabajar en Venezuela absolutamente al margen de nuestra legislación del trabajo, como si estuvieran en otro país y como si el principio de la territorialidad de la legislación del trabajo no existiera.

### **B) EMPLEO DE TRABAJADORES MIGRANTES AL MARGEN DE LA LEGISLACIÓN**

Mediante convenios con el gobierno de Cuba han venido al país miles de trabajadores para realizar las más diversas tareas, desde el cuidado de la seguridad del Presidente y labores de inteligencia hasta la instalación domiciliaria de bombillos ahorradores. Entre esos trabajadores destacan, por supuesto, los médicos y demás profesionales de la salud de la Misión Barrio Adentro<sup>4</sup>.

Además de su elevado número y diversidad y el hecho de que viven como apartados, impresiona que a esos trabajadores no se les aplica en la práctica

<sup>3</sup> Ámbito de aplicación

Artículo 3º DLOTTT. Esta Ley regirá las situaciones y relaciones laborales desarrolladas dentro del territorio nacional, de los trabajadores y trabajadoras con los patronos y patronas, derivadas del trabajo como hecho social. Las disposiciones contenidas en esta Ley y las que deriven de ella rigen a venezolanos, venezolanas, extranjeros y extranjeras con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y, en ningún caso, serán renunciables ni relajables por convenios particulares. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador y trabajadora que superen la norma general respetando el objeto de la presente Ley.

Igualmente se aplicaran las disposiciones de esta Ley a los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas en Venezuela para prestar servicios en el exterior del país.

<sup>4</sup> Según datos atribuidos a las autoridades de Cuba, para 2010 habría habido 65.000 trabajadores cubanos en Venezuela, con una presencia más notoria desde la firma del Convenio de Cooperación entre ambos países en octubre de 2000: en abril de 2001 habrían llegado 6.000 médicos cubanos a la misión Barrio Adentro y para 2003 la cifra sería de 30.000; el número de especialistas se habría duplicado en 2006: 6.525 técnicos en diversas áreas, 5.544 preparadores deportivos y cerca de 8.000 profesores. (V. *El Espectador*, 11-2-10, en <http://www.elespectador.com/impreso/internacional/articuloimpreso187243-colonia-cubana-venezuela>).

la legislación laboral venezolana sino un reglamento disciplinario cubano<sup>5</sup>; que obedecen a autoridades cubanas y tienen las condiciones de trabajo y de vida que esas autoridades les imponen, y las nuestras aceptan; y reciben un salario modesto, que no es sino una parte de la suma que por sus servicios le paga Venezuela a su gobierno, en dólares, y que a éste le reporta, por tanto, un significativo beneficio.

El reglamento antes mencionado establece una serie de deberes<sup>6</sup>, "infracciones a la disciplina"<sup>7</sup> y sanciones<sup>8</sup>, que son inusuales en Venezuela y ajenos, por no decir contrarios, a nuestro sistema jurídico.

El caso venezolano no es una excepción. Cuba se ha convertido, en palabras oficiales, en un país "exportador de servicios profesionales", entre los cuales estaría incluido el suministro de trabajadores, o de "fuerza de trabajo" a otros países, mediante el pago de una remuneración, o de un "precio"<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Reglamento disciplinario para los trabajadores civiles cubanos que prestan servicios en el exterior, adoptado por Resolución No. 168 del 2010, curiosamente, del Ministerio *del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera*. V. <http://runrun.es/runrun-es-de-bocaranda/runrun-es/5737/cuba-con-control-y-amenazas-a-barrio-adentro-y-a-otros-misioneros-para-que-no-se-escapen.html>. El Reglamento anterior, dictado por RESOLUCION No.38/2005, publicado el 9-12-2005, puede ser consultado en <http://www.cepec.cu/cepec/sites/default/files/Resolucion43delMINVEC.pdf>.

<sup>6</sup> Los trabajadores cubanos deben, entre otras cosas: informar a sus superiores de las violaciones de las normas disciplinarias de que tengan conocimiento, así como de aquellas otras conductas inapropiadas que perjudiquen el prestigio de la misión o del colaborador o que pongan en peligro su integridad física o salud, así como las de sus compañeros; regresar a Cuba al concluir su misión, en la fecha y a través de los medios de transportación señalados por la entidad que los envió; informar al jefe inmediato superior de sus relaciones amorosas con nacionales o extranjeros, residentes o no en el país donde presta colaboración, y en su caso, con antelación suficiente a su concertación, sobre la intención de contraer matrimonio en el país donde prestan los servicios. Reglamento, op. cit., art.2,i),j),n).

<sup>7</sup> El reglamento califica como infracciones disciplinarias: sostener relaciones con nacionales o extranjeros, residentes en el país donde se encuentran cuya conducta no esté acorde con los principios y valores de la sociedad cubana; sostener relaciones de amistad o vínculos de otro tipo, con ciudadanos cubanos residentes o no en el país donde se presta la colaboración, o nacionales del país donde se presta la colaboración, o extranjeros, que asuman posiciones hostiles o contrarias a la Revolución cubana, o con ciudadanos cubanos, residentes o no en el país donde se presta la colaboración, que hayan abandonado el cumplimiento de la misión o se aprovechen de la misma para abandonar el territorio cubano de manera definitiva, o que se constituyan en promotores de un modo de vida contrario a los principios que deben caracterizar a un colaborador cubano en el exterior; no informar a la jefatura de la misión, con antelación suficiente, sobre la intención de contraer matrimonio en el país donde presta servicios; gestionar con nacionales o extranjeros invitaciones a familiares o a terceras personas para visitar el país donde se encuentre. Reglamento disciplinario, op. Cit., art.8,g)aj),q)yt).

<sup>8</sup> Amonestación pública al trabajador, ante su colectivo de colaboradores o ante los funcionarios de la misión estatal, según la gravedad del hecho; multa de entre un cinco por ciento (5%) y un veinte por ciento (20%) del salario en moneda nacional hasta por un (1) año; pérdida temporal (hasta por seis meses) del estímulo en pesos convertibles a que tiene derecho el colaborador una vez cumplida la misión (que no es realmente un "incentivo", sino parte del salario que se le ha descontado mensualmente y depositado en cuenta en Cuba, para serle pagado al final de la "misión"); traslado de puesto de trabajo dentro del propio distrito o ciudad, o a otro distrito o zona dentro del país receptor de la misión, con condiciones laborales diferentes ("inferiores") a las que tenía; democión (bajar de categoría o grado) del cargo; y revocación o expulsión de la misión (las cuales implican el regreso a Cuba y la pérdida de "estímulos materiales y morales" y del derecho a cumplir una nueva misión en un plazo no menor a cinco, o diez años). Reglamento, op. cit. Arts.10 y 14-20.

<sup>9</sup> "La exportación de servicios profesionales, como una tendencia creciente a nivel mundial, ha tomado fuerza a partir de los años 90, como nueva estrategia de los países y organizaciones ante la fuerza creciente de los bienes intangibles en el mundo empresarial. Se presenta también, de forma particular el lugar que ocupan en Cuba las exportaciones de servicios que, durante los últimos años han tenido un aumento considerable. Para enfrentar el reto que representan las nuevas tendencias del comercio a escala mundial, Cuba busca nuevas alternativas dirigidas a potenciar su gestión exportadora y a mantener su espacio en el mercado externo." CEPEC, Centro para la Promoción del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera de Cuba, V.en <http://www.cepec.cu/es/cubaexportoservicios>. Los médicos suministrados a otros países son contratados en Cuba por la firma mercantil Comercializadora de Servicios Médicos Cubanos S.A. (CSMCS.A.). Las expresiones "fuerza de trabajo" y "precio", referidas a los trabajadores

En Brasil, por ejemplo, también han sido contratados médicos de nacionalidad cubana, esta vez con la mediación de la Organización Panamericana de la Salud (OPS)<sup>10</sup> y con la oposición del Consejo Federal de Medicina (CFM)<sup>11</sup>. El Consejo solicitó la nulidad del Convenio suscrito por el gobierno brasileño con la OPS, alegando entre otras cosas que viola derechos individuales y sociales previstos en la Constitución; normas internacionales de derechos humanos según las cuales se debería dar un tratamiento igualitario a los médicos cubanos; y viola asimismo la legislación laboral brasileña al permitir el pago a los médicos cubanos de remuneraciones diferentes de las que se pagan a otros médicos que realizan las mismas actividades, con beneficios para el gobierno cubano<sup>12</sup>.

En el marco de esa acción de nulidad, el Ministerio Público sostuvo que la traída de los médicos al Brasil en los términos convenidos con la OPS es francamente ilegal y causa perjuicios al erario<sup>13</sup>. Brasil paga semestralmente a la OPS una suma global por la contratación de los médicos, a razón de 10.000

---

suministrados a empresas mixtas o de capital totalmente extranjero y a los contratos de asociación económica internacional, y aplicables a los suministrados a otros países, figuran en el Reglamento sobre régimen laboral en la inversión extranjera, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 14-4-14, art. 10b). V. <http://www.granma.cu/cuba/2014-04-16/asamblea-nacional-del-poder-popular>

<sup>9</sup> "La exportación de servicios profesionales, como una tendencia creciente a nivel mundial, ha tomado fuerza a partir de los años 90, como nueva estrategia de los países y organizaciones ante la fuerza creciente de los bienes intangibles en el mundo empresarial. Se presenta también, de forma particular el lugar que ocupan en Cuba las exportaciones de servicios que, durante los últimos años han tenido un aumento considerable. Para enfrentar el reto que representan las nuevas tendencias del comercio a escala mundial, Cuba busca nuevas alternativas dirigidas a potenciar su gestión exportadora y a mantener su espacio en el mercado externo." CEPEC, Centro para la Promoción del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera de Cuba, V. en <http://www.cepec.cu/es/cubaexportservicios>. Los médicos suministrados a otros países son contratados en Cuba por la firma mercantil Comercializadora de Servicios Médicos Cubanos S.A. (CSMCS.A.). Las expresiones "fuerza de trabajo" y "precio", referidas a los trabajadores suministrados a empresas mixtas o de capital totalmente extranjero y a los contratos de asociación económica internacional, y aplicables a los suministrados a otros países, figuran en el Reglamento sobre régimen laboral en la inversión extranjera, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 14-4-14, art. 10b). V. <http://www.granma.cu/cuba/2014-04-16/asamblea-nacional-del-poder-popular>

<sup>10</sup> Existe un Convenio de cooperación entre la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y el Gobierno Federal ("Uniao"), para permitir la venida de los médicos, y otro entre la OPS y el Gobierno de Cuba, o eventualmente la Comercializadora de Servicios Médicos Cubanos S.A., en el contexto del Programa "Más médicos para Brasil".

<sup>11</sup> V. MPF reconhece denúncia CFM e aponta ilegalidades no acordo entre Brasil e Opas, en CRM-PR del 6-11-14, en <http://www.crmpr.org.br/> Sobre el Consejo Federal de Medicina, v. [http://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho\\_Federal\\_de\\_Medicina](http://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Federal_de_Medicina). También se ha opuesto a esta contratación la Federación Federal de Médicos (FENAM). V. Sindicato brasileño cree que médicos cubanos harán "trabajo esclavo" en Brasil, en El Nacional del 22-10-13, en [http://www.el-nacional.com/mundo/Sindicato-brasileno-trabajo-esclavo-Brasil\\_0\\_250175052.html](http://www.el-nacional.com/mundo/Sindicato-brasileno-trabajo-esclavo-Brasil_0_250175052.html).

<sup>12</sup> Acción Civil Pública nº 75040-51.2013.4.01.3400, intentada por ante el Juiz Federal da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária Do Distrito Federal. V. también *Tras polémica, aumenta salario a médicos cubanos en Brasil*, Últimas Noticias, 28/02/2014, en <http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/actualidad/mundo/tras-polemica-aumenta-salario-a-medicos-cubanos-en.aspx#ixzz3KpkWgTgG>. En Portugal, país que ha contratado igualmente médicos cubanos, desde junio de 2009, ha habido reacciones semejantes en la prensa. Según un periódico dirigido al gremio médico, las reglas aplicadas a los médicos cubanos violan reglas fundamentales. V. *Jornal Médico del 4-9-14*, en <http://www.jornalmedico.pt/2014/09/04/acordo-de-cooperacao-entre-portugal-e-cuba-regras-aplicadas-a-medicos-violam-direitos-fundamentais/> Sobre la condición de trabajadores cubanos en el extranjero, V. *Cuba's Slave Trade in Doctors*, Mary Anastasia O'Grady, Posted By Ruth King on November 10th, 2014, en [http://online.wsj.com/articles/mary-ogrady-cubas-slave-trade-in-doctors-](http://online.wsj.com/articles/mary-ogrady-cubas-slave-trade-in-doctors-1415573715?mod=hp_opinion;_videodelWallStreetJournal)

1415573715?mod=hp\_opinion;\_videodelWallStreetJournal, en <http://www.wsj.com/video/opinion-the-cuban-doctor-slave-trade/E2294A77-6D49-457B-967A-2E0EB103812E.html>; y WorldUScase highlights Cuban'slaves'in Curaçao, TheChristianScienceMonitor, 18-11-2008, en <http://www.csmonitor.com/World/2008/1118/p07s01-wogn.html>

<sup>13</sup> Parecer del Ministerio Público Federal del Distrito Federal de Brasil (procuradora Luciana Loureiro), del 15-10-2014 V. [http://www.pdf.mpf.mp.br/imprensa/arquivos\\_noticias/parecer-acp-mais-medicos.pdf](http://www.pdf.mpf.mp.br/imprensa/arquivos_noticias/parecer-acp-mais-medicos.pdf)

reales (R\$) por médico, y ésta la transfiere al Gobierno de Cuba, que es quien hace el pago de su salario a cada médico, a través de la Comercializadora de Servicios Médicos Cubanos S.A. (CSMCS.A.). Encambio, según contrato que consta en autos, un médico cubano recibía sólo \$1.000, y no los R\$10.000 que prevé el Convenio<sup>14</sup>. El Ministerio Público critica y considera ilegal la intermediación salarial pactada entre Brasil y la OPS, pues los médicos sólo reciben una pequeña parte del monto que paga Brasil, sin que se sepa exactamente cuánto se le paga al médico ni el destino que se da al resto del dinero. Según el Ministerio Público, habría un pago indirecto al trabajador, pero además habría una lesión al patrimonio delestadobrasileño, porque no se sabe cuánto de lo pagado por Brasil es recibido efectivamente por el médico por su trabajo, y por tanto el Gobierno no sabe en qué están siendo gastados recursos públicos brasileños. El Ministerio Público solicitó al Tribunal que ordene el pago directo de R\$ 10.000 a cada médico cubano, sin la intermediación de la OPS<sup>15</sup>.

Por otra parte, el estado venezolano ha contratado con empresas estatales chinas la realización de inmensas obras públicas, mediante contratos que parecieran ser de llave en mano, de términos no conocidos, entregados sin licitación y sin consulta, y sin rendir cuenta. Da la impresión de que todo lo pone el contratista para llevar a cabo las obras, incluyendo un fuerte contingente de trabajadores chinos<sup>16</sup>. Como si estuviéramos en otro país, en China por ejemplo. El trabajo chino que se hace para el gobierno venezolano, es todo un misterio. Apenas ha sido reseñado en algunas noticias fragmentarias y aisladas, y sin eco. Nadie informa, nadie pregunta, nadie se inmuta.

El ejemplo más insólito, pero que, paradójicamente, pasa absolutamente desapercibido, es el de la construcción de edificios para la Misión Vivienda en Caracas, en el corazón del Fuerte Tiuna, en plenas instalaciones militares, al lado de una autopista<sup>17</sup>. Las personas ajenas al Fuerte habrán visto surgir de la tierra, como champiñones, una serie interminable de edificios, que ya parecieran

<sup>14</sup> En internet figura un supuesto contrato entre una médico cubana y la CSMCS.A. antes mencionada, en <http://cafeuerte.com/wp-content/uploads/2014/06/ContratoMedico-BRASIL.pdf>.

<sup>15</sup> V. Parecer antes citado.

<sup>16</sup> Se ha hablado de la presencia de más de 20.000 trabajadores chinos en las obras, laborando al margen de la legislación venezolana, en condiciones de aislamiento, sin libertad para salir del área. No existen datos oficiales al respecto, pero ha sido notoria la presencia numerosa de pasajeros de origen chino en aviones que han aterrizado en el Aeropuerto de Maiquetía, así como en las instalaciones del Aeropuerto. V. El Nacional del 9-1-13, op. cit. En todo caso llama la atención que haya podido ser importado un contingente tan numeroso de trabajadores chinos, sin tener en cuenta los problemas de empleo que existen en el país y la vigencia de la vieja norma, tan defendida en el pasado por gobierno y sindicatos, según la cual el noventa por ciento o más de los trabajadores y de las trabajadoras al servicio de un patrono o una patrona, que ocupen un mínimo diez, deben ser venezolanos o venezolanas y las remuneraciones del personal extranjero, no excederán del veinte por ciento del total de las remuneraciones pagadas al resto de los trabajadores y de las trabajadoras (DLTTT, Art.27).

<sup>17</sup> La contratista de la obra es la CITIC Construction, empresa pública, la mayor constructora de China y una de las 100 más grandes del mundo. V. [http://en.wikipedia.org/wiki/CITIC\\_Construction](http://en.wikipedia.org/wiki/CITIC_Construction)

estar casi terminados<sup>18</sup>. Mucha gente no sabrá que los han hecho trabajadores chinos, ni en qué condiciones, porque la ejecución de esas obras ha estado rodeada de un halo de reserva. Algunos han denunciado, sin embargo, que esos trabajadores se pegan de sol asol y más todavía. Los han visto salir de las obras en camiones a altas horas de la noche y regresar a las mismas al amanecer. Dicen que comen y viven en el sitio. La prensa ha reportado algunos accidentes mortales en las obras, pero no se sabe cuántos siniestros habrá habido en total, ni las consecuencias de los mismos<sup>19</sup>.

Lo más lamentable de la situación de estos trabajadores cubanos y chinos es la desprotección en la cual quedan colocados, no sólo en cuanto a sus condiciones de trabajo, poco conocidas, sino también para el ejercicio de libertades públicas, como la libertad sindical, o simplemente la libertad de retirarse del empleo, o la libertad de movimientos, y para el acceso a la protección de las autoridades administrativas y judiciales. Peor aún, no podemos saber si todos esos trabajadores han sido contratados y han llegado al país libremente, o si algunos han podido ser víctimas de un reclutamiento forzoso, o han estado obligados a permanecer en el país más de lo que hubieran deseado. Sería interesante saber con certeza cuáles son las condiciones reales bajo las cuales son contratados y rinden sus labores los trabajadores cubanos y chinos que operan en Venezuela al servicio del Gobierno.

### **3. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO: LA DISTORSIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL**

La libertad sindical es otro ámbito en el cual se manifiestan tendencias regresivas, en medio, por cierto, de un doble discurso: por un lado se la proclama en normas, sentencias y declaraciones oficiales, antiguas y recientes, y por el otro, en los hechos, se la reprime severamente. De esta manera, una tradición

<sup>18</sup> La obra comprende unos 116 edificios de 12 pisos cada uno, para un total de unas 13.000 viviendas, y servicios complementarios, en el "sector chino" del Fuerte Tiuna, a un costo que fue estimado en unos 2.000 millones de dólares, según el Presidente de la República de entonces, o en 4 millardos de dólares, según otra información. Vecinas están las viviendas que construyen en el "sector ruso" y el "bieloruso", a cargo de empresas de esos países. Esta obra del Fuerte Tiuna, convenida con gobiernos extranjeros, cuyas respectivas banderas marcan su presencia en el área, no deja de tener ribetes neocoloniales y de empañar la imagen de la ingeniería venezolana, dejada de lado. V. Fundación Habita, e [http://www.mvh.gob.ve/fmh/index.php?option=com\\_content&view=article&id=678:venezuela--y--china--firmaron--acuerdos--para--impulsar--construccion--de-viviendas&catid=91:sala--de--prensa&Itemid=792](http://www.mvh.gob.ve/fmh/index.php?option=com_content&view=article&id=678:venezuela--y--china--firmaron--acuerdos--para--impulsar--construccion--de-viviendas&catid=91:sala--de--prensa&Itemid=792), El Nacional del 9-- 1-- 13, en [http://www.el-nacional.com/economia/Trabajadores--laboran--diarias--MisionVivienda\\_0\\_114589737.html](http://www.el-nacional.com/economia/Trabajadores--laboran--diarias--MisionVivienda_0_114589737.html), Noticiero Digital, en <http://www.noticierodigital.com/forum/viewtopic.php?p=14070108&sid=0ef843aae0e2530e678d2b80cccd2c11>.

<sup>19</sup> Un reportaje describe las penurias de trabajadores norcoreanos sometidos a trabajo forzoso en el exterior, con las características hasta contradictorias que esa clase de situación suele tener. El Korea Policy Research Center estima que 60.000 a 650.000 norcoreanos trabajan en más de 40 países, y el reportaje se refiere a los casos de China, Rusia, Kuwait, Myanmar, donde hay decenas de miles de esos norcoreanos, sometidos a duras condiciones, en jornadas que pueden ser de doce o más horas, durante todos los días de la semana, y a la vigilancia severa de supervisores gubernamentales norcoreanos, a cambio de una paga modesta, o sin remuneración, mientras el Estado recibe los frutos de su esfuerzo, estimados en unos 150 a 230 millones de dólares anuales. Se dice en el reportaje que a pesar de todo los trabajadores puján para ser enviados a trabajar al extranjero, aunque comienza refiriéndose a un trabajador que se ofreció para trabajar en Kuwait como carpintero, por \$120 mensuales, pero que junto con otros fue llevado a un campamento desértico cercado por alambres de púa. Choe Sang-Hung, The New York Times, 20-2-15, p. A9.



de décadas de cierta vida sindical en el país se ha ido erosionando progresivamente.

La libertad sindical está consagrada en términos muy amplios en la Constitución de 1999, como lo estuvo en la de 1961. Más aún, la Constitución reprodujo parcialmente el contenido del Convenio Internacional del Trabajo sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), al establecer:

Artículo 95. Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como a afiliarse o no a ellas, de conformidad con la Ley. Estas organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa. Los trabajadores y trabajadoras están protegidos y protegidas contra todo acto de discriminación o de injerencia contrario al ejercicio de este derecho. Los promotores o promotoras y los o las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones(...).

Sin embargo, en esa Constitución curiosamente se omitió el artículo del Convenio relativo a las elecciones sindicales y, por el contrario, se encomendó al Consejo Nacional Electoral (CNE) la tarea de organizar las elecciones sindicales, facultad que corresponde exclusivamente a las organizaciones sindicales, como lo establece en estos términos el Convenio 87<sup>20</sup>:

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.
2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Supuestamente con el propósito de acabar con las rémoras del pasado, de ausencia, retardo o vicios en elecciones sindicales, en la Constitución se arrebató a los trabajadores el derecho de elegir libremente a sus representantes sindicales, al darle plenos poderes al Consejo Nacional Electoral para normar las elecciones sindicales, monopolizar su organización y controlarlas,

---

<sup>20</sup> Artículo 3.

competencias que se han convertido en una verdadera bomba mata sindicatos, con lo cual el remedio ha sido peor que la enfermedad<sup>21</sup>.

La legislación, a su vez, siempre tuvo una orientación intervencionista, pero durante los gobiernos anteriores a 1999 hubo una especie de entendimiento tácito para no aplicar a rajatablas las normas intervencionistas; en ese tiempo el movimiento sindical pudo desarrollarse y fueron creados numerosos sindicatos y federaciones sindicales, agrupadas en confederaciones representativas, salvo, por supuesto, durante la dictadura.

La situación ha cambiado radicalmente desde entonces. Una serie de medidas han sido adoptadas y puestas en práctica para violentar la libertad sindical, en ejecución de una política antisindical. Se ha seguido una estrategia artera, sistemática y constante de acoso a las organizaciones sindicales, llevada adelante por la acción combinada del gobierno, la Asamblea Nacional, el CNE, el Ministerio Público, el Tribunal Supremo de justicia y los tribunales penales, y autoridades estatales. Esta tarea ha sido cumplida a través de figuras y mecanismos tales como la burocratización y demora de las elecciones, la "mora electoral", el registro sindical de nuevo cuño, el paralelismo sindical apuntalado por la creación de centrales sindicales oficialistas, y la represión violenta de la acción sindical, acompañada de procesos penales. Estas restricciones han ido moldeando la orientación del derecho colectivo del trabajo, inclusive con el recurso a normas y procedimientos extraños, del derecho penal y hasta del derecho penal militar. En la época que vivimos se ha recurrido, además, al sicariato sindical, con numerosas muertes de sindicalistas y directivos sindicales que han quedado sin explicación, como en penumbra, y el amparo de sus autores por la impunidad generalizada de la cual gozan las acciones delictivas.

---

<sup>21</sup> Artículo 293 de la Constitución. El Poder Electoral tienen por funciones: (...) 6. Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Asimismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos eleccionarios.

En ejercicio de estas atribuciones constitucionales, el CNE comenzó por suspender durante un largo período toda elección. Después reglamentó su competencia y reservó el poder absoluto para autorizar la convocatoria a elecciones, mediante un complicado procedimiento que era un verdadero obstáculo para llevarlas a cabo; se reservó también el control de cada elección, la proclamación de los resultados electorales y la facultad para anular elecciones. Así se generó, de paso, un injustificado y costoso contencioso electoral que dirime el Tribunal Supremo de Justicia y que más bien ha servido para dar alguna justificación a la Sala Electoral. Cualquier sindicato, por pequeño que sea, aun de veinte o treinta miembros y debían contar con el visto bueno del CNE para elegir su junta directiva, trámite que implicaba realizar numerosas y costosas diligencias. Más tarde el CNE dio carácter opcional a su participación en las elecciones sindicales, para complacer a la Comisión de Expertos de la OIT, antes mencionada, pero en la práctica las directivas sindicales elegidas sin intervención del CNE pueden tropezar con serios inconvenientes prácticos para su registro o para negociar colectivamente. Dijo al respecto la Comisión de Expertos de la OIT: "...las normas de 2009 del Consejo Nacional Electoral aunque expresan que la intervención del CNE en los procesos sindicales en términos de asistencia técnica es voluntaria, siguen otorgando a este órgano -que no es un órgano judicial- competencia para el examen de quejas y recursos por "miembros del sindicato" en relación con las elecciones sindicales, facilitando así injerencias de todo tipo para impedir la validez de las elecciones sindicales...". Según la Comisión, son los jueces quienes deben decidir los recursos relativos a elecciones sindicales y las normas no deben requerir la publicación en la Gaceta Electoral de los resultados de las elecciones sindicales como condición para ser reconocidas, ni obligar a comunicar al CNE el cronograma electoral. V. Observación (CEACR) al gobierno de Venezuela, de 2010, publicada en la 100ª reunión de la CIT (2011), en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0:NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID:2337433](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0:NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2337433)

El resultado de la injerencia del CNE en las elecciones de todos los sindicatos, aún los más pequeños y remotos, ha sido la parálisis. Los procesos electorales son retardados o no llegan a realizarse, por numerosas trabas normativas o burocráticas, o por extraños recursos ante el TSJ<sup>22</sup> y en ese momento opera la segunda figura: la “mora electoral”. El CNE y el gobierno inventaron, con el respaldo del TSJ, que las directivas sindicales que tuviesen vencido su período quedaban “en mora” y por tanto no podían actuar, idea que fue recogida en el decreto<sup>23</sup>. Ésta era una nueva injerencia que castigaba no tanto a esos directivos sino a los propios sindicatos, los cuales pasaban a ser como los zombies, esos muertos en vida, que supuestamente están vivos pero no pueden actuar. Esta argucia tendría una consecuencia inmediata, con la cual el gobierno se pagaba y se daba el vuelto: la mora electoral sería la excusa perfecta de los entes públicos para negarse a discutir convenciones colectivas con los directivos con mandato vencido. Este razonamiento malévolo, que penalizaba en último término a todos los trabajadores, fue llevando progresivamente al estancamiento de la negociación colectiva en el sector público que hemos conocido durante estos años. A la injerencia electoral del CNE, la mora electoral y el estancamiento de la negociación colectiva, se fue agregando el desarrollo de un movimiento sindical paralelo, impulsado y financiado por el gobierno, al que no se le exige que realice elecciones.

La injerencia del Estado en la libertad sindical alcanzará su punto máximo, sin embargo, con la nueva regulación del registro sindical. El registro será la clave para someter y humillar a todo el movimiento sindical. Los sindicatos quedaron obligados a inscribirse o renovar su inscripción en el registro sindical antes del 1º de enero de 2014, so pena de quedarse en el limbo. Pero para poder inscribirse en el registro, el sindicato tiene que modificar sus estatutos y adaptarlos a la nueva concepción oficial del sindicato, la cual nada tiene que ver ni con el Convenio, ni con la propia Constitución, ni con la tradición venezolana.

El decreto de reforma de la ley orgánica del trabajo deformó la esencia misma del sindicato, al agregarle una serie de funciones extrañas, impropiedades llamadas “atribuciones”, que los sindicatos están obligados a asumir y que los convierten en apéndices amorfos del Estado, como si estuviéramos en un sistema jurídico distinto al que está establecido en la Constitución<sup>24</sup>. Otro requisito

<sup>22</sup> Así por ejemplo, nada menos que las elecciones del Sindicato Único de Trabajadores Siderúrgicos y Similares, de Sidor, SUTISS, previstas para el 19, 20 y 21-1-15, fueron suspendidas, atendiendo a un recurso intentado por tres trabajadores miembros de ese Sindicato. V. decisión del TSJ-SE, del 13-1-2015.

<sup>23</sup> Artículos 387, numerales 7 y 8; 401, 402, 416 del DLOTTT.

<sup>24</sup> Artículo 367 del DLOTTT. Las organizaciones sindicales de trabajadores y trabajadoras tendrán las siguientes atribuciones y finalidades:

1. Garantizar la formación colectiva, integral, continua y permanente de sus afiliados y afiliadas para su desarrollo integral y el logro de una sociedad justa y amante de la paz basada en la valoración ética del trabajo.
2. Contribuir en la producción y distribución de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades del pueblo.
3. Ejercer control y vigilancia sobre los costos y las ganancias, para que los precios de los bienes y servicios producidos sean justos para el pueblo.
4. Promover entre sus afiliados la responsabilidad con las comunidades y el medio ambiente.
5. Proteger y defender los intereses de sus afiliados y afiliadas en el proceso social de trabajo.
6. Representar a sus afiliados y afiliadas en las negociaciones y conflictos colectivos de trabajo y, especialmente, en los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.

ineludible para la inscripción actualizada en el registro sindical es suministrar la lista de los miembros del sindicato, que luego deberá ser actualizada cada año<sup>25</sup>. Esta exigencia es inaceptable, sobre todo en el país de la Lista Tascón<sup>26</sup>. Poner en manos de la administración los nombres de los trabajadores miembros de un sindicato es exponerlos a serias posibilidades de represalias del empleador, y especialmente de los empleadores del sector público.

La injerencia del gobierno en la libertad sindical se observa también en la norma presidencial que permite negar la inscripción en el registro sindical de organizaciones que no hayan aceptado las modificaciones estatutarias exigidas por el decreto o que tengan directivos inhabilitados por falta de rendición de cuentas, o afectados por “mora sindical”<sup>27</sup>.

A la injerencia en la existencia y el funcionamiento mismo del sindicato se agrega la represión de la acción sindical. No sólo se impide la negociación colectiva, hasta con el invento de la figura de la *homologación*<sup>28</sup>, con la cual se condiciona su entrada en vigencia. Se trata también de impedir la protesta, la acción colectiva para exigir una reivindicación o el cumplimiento de una obligación por parte del empleador.

La represión de la acción sindical ha adquirido unos contornos inéditos en el país, bajo el signo de la penalización. La acción sindical de protesta ha sido

---

7. Promover, negociar, celebrar, revisar y modificar convenciones colectivas de trabajo y exigir su cumplimiento.

8. Proteger y defender los derechos individuales y colectivos de sus afiliados y afiliadas, mejorando las condiciones materiales, morales e intelectuales y el interés supremo del trabajo como hecho social y proceso generador de riqueza para su justa distribución.

9. Representar y defender a los trabajadores y trabajadoras que lo soliciten, aunque no sean miembros de la organización sindical, en el ejercicio de sus derechos y la protección de sus intereses individuales o colectivos, en sus relaciones con el patrono o patrona y en los procedimientos administrativos. En el caso de los procedimientos judiciales podrán ejercer la representación de los trabajadores y trabajadoras, con la debida asistencia jurídica.

10. Supervisar y defender el cumplimiento de todas las normas destinadas a garantizar la seguridad social y el proceso social de trabajo, a los trabajadores y las trabajadoras, especialmente las de prevención, condiciones y medio ambiente de trabajo, las de construcción de viviendas para los trabajadores, las de creación y mantenimiento de servicios sociales y actividades sanas y de mejoramiento durante el tiempo libre.

11. Ejercer especial vigilancia para el fiel cumplimiento de las normas dirigidas a garantizar la igualdad de oportunidades, así como de las normas protectoras de la maternidad y la familia, menores y aprendices.

12. Crear fondos de socorro y de ahorro y cooperativas, escuelas industriales o profesionales, bibliotecas populares y clubes destinados al deporte y a la recreación o al turismo.

13. Realizar estudios sobre las características de la respectiva rama profesional, industrial o comercial o de servicios, costos y niveles de vida, educación, aprendizaje y cultura y, en general, sobre todas aquellas que les permita promover el progreso social, económico y cultural de sus asociados; y presentar proposiciones a los Poderes Públicos para la realización de dichos fines.

14. Colaborar con las autoridades, organismos e institutos públicos en la preparación y ejecución de programas de mejoramiento social y cultural y en la capacitación técnica y colocación de los trabajadores.

15. Realizar campañas permanentes en los centros de trabajo para concientizar a los trabajadores en la lucha activa contra la corrupción, consumo y distribución de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y hábitos dañinos para su salud física y mental, y para la sociedad.

16. Las que señalen sus estatutos o resuelvan sus afiliados y afiliadas, para el mejor logro de sus finalidades, en el marco de la Constitución y las leyes.

<sup>25</sup> Artículo 388,3, del DLOTTT.

<sup>26</sup> V.[http://es.wikipedia.org/wiki/Lista\\_Tasc%C3%B3n](http://es.wikipedia.org/wiki/Lista_Tasc%C3%B3n)

<sup>27</sup> Artículo 387 del DLOTTT.

<sup>28</sup> Arts.450 y 451 del DLOTTT.

considerada como un delito. Los trabajadores corren el riesgo de ser detenidos y procesados penalmente, por la comisión de supuestos delitos que nada tienen que ver con su reclamo laboral, como el de agavillamiento o la asociación para delinquir, o inclusive la conspiración, o la violación de zonas de seguridad o cosas por el estilo; delitos nuevos, inventados a la medida de las circunstancias para ampliar en forma desmedida las zonas donde no se puede protestar. Tras la detención del trabajador sigue con frecuencia el cumplimiento de un ritual: un fiscal del Ministerio Público le formula cargos alegremente; y un juez llamado eufemísticamente "de control", que en realidad es un juez penal, casi automáticamente encuentra procedente la imputación, le abre un juicio penal al detenido y lo priva de libertad<sup>29</sup>. En esa condición están muchos trabajadores en el país, como también estudiantes, políticos y otros ciudadanos aunque luego puedan salir en libertad por una medida cautelar distorsionada. Esas medidas fueron inventadas para juzgar en libertad a procesados, pero han sido convertidas en un mecanismo de sometimiento de la gente que protesta. En esos casos el juez les prohíbe a los trabajadores protestar de nuevo, los somete a un régimen de presentación periódica y mientras tanto corren el riesgo de que al final se les condene a una pena de prisión, como la que le fue impuesta en 2011 a Rubén González, Secretario del Sindicato de Ferrominera, en Puerto Ordaz. En su caso la sentencia afortunadamente fue anulada, aunque atropelladamente, por el TSJ, y fue luego seguida de una sorpresiva sentencia absolutoria, sin que nadie haya indemnizado a Rubén González por los años de persecución y de cárcel que debió sufrir.

Sobre estas cuestiones se han pronunciado en términos detallados y muy críticos la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones<sup>30</sup> y el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

En lo que concierne específicamente al Estado Táchira, en junio de 2013 el Comité ya había destacado "la gravedad de los alegatos relativos a la penalización de la actividad sindical a cargo de tribunales militares y más concretamente la detención y sometimiento a la justicia militar y luego el sometimiento al régimen de presentación periódica cada ocho días ante la autoridad judicial militar de cinco sindicalistas del sector de la construcción (...) que se suma, según los alegatos, al centenar de trabajadores procesados penalmente por ejercer sus derechos sindicales (...) La organización querellante había indicado que los (...) sindicalistas en cuestión eran los Sres. Hictler Torres, Luis Arturo González, José Martín Mora, Wilander Operaza y Ramiro Parada. Según los alegatos, fueron detenidos por protestar para exigir el pago de sus prestaciones sociales a la empresa privada Xocobeo C.A., contratada por el Ministerio de Vivienda y Hábitat para la construcción de unidades habitacionales en una zona militar, el Fuerte Murachí (... y) los delitos que se les imputaron fueron: ultraje al centinela

<sup>29</sup> "Nunca pensé como profesor de derecho penal y abogado en ejercicio que podría asistir al trágico espectáculo de una justicia penal convertida en paredón de linchamiento para disidentes considerados peligrosos para el sistema, bajo el esquema peligrosista de la Ley sobre Vagos y Maleantes disfrazada con máscaras de órdenes de aprehensión, sorpresa infraganti y burla macabra al debido proceso..." A. Arteaga Sánchez, ¡Déjalo pegao! El Nacional, 9-3-15.

<sup>30</sup> V. Por ejemplo la Observación de la Comisión de Expertos, sobre la aplicación por Venezuela del Convenio 87, de 2010, en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID:2337433](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2337433);

y ultraje a las Fuerzas Armadas, artículos 502 y 505 del Código Orgánico de Justicia Militar y, violación de la zona de seguridad establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación...”<sup>31</sup>. El Comité volvió a pronunciarse sobre este punto en octubre de 2014, recordando la gravedad de los alegatos sobre esos sindicalistas procesados y destacando también que las medidas cautelares de presentación periódica cada ocho días ante la autoridad judicial no pueden sino tener un efecto intimidatorio para el ejercicio de los derechos sindicales y que en función de la localización del tribunal pueden resultar extremadamente gravosas<sup>32</sup>.

#### 4. RELACIÓN DE TRABAJO

Finalmente, se han ido dibujando algunas tendencias en dos aspectos fundamentales de la relación de trabajo, como son la regulación de las relaciones triangulares y el salario mínimo.

##### A) LAS RELACIONES TRIANGULARES

La legislación venezolana reguló desde sus comienzos las llamadas relaciones triangulares. Es decir, aquellos supuestos en los cuales una persona trabaja para otra, pero en realidad es empleada por una tercera persona. Sucede, por ejemplo, cuando una persona cuida un banco, pero lo hace como empleada de una empresa de vigilancia. O cuando un albañil trabaja en la construcción de la casa de un particular, pero no empleado por éste sino por un contratista del ramo. O cuando un trabajador de la industria petrolera resulta no ser empleado de PDVSA, sino de alguna de sus empresas contratistas. El “triángulo” lo forman en esos casos el trabajador, el empleador y el usuario de los servicios del trabajador.

La legislación venezolana definió en su momento las figuras del contratista y el intermediario, personaje problemático del cual trata de distinguirlo; les atribuyó obligaciones y responsabilidades frente al trabajador y se interesó por las condiciones de trabajo de personas que estén al servicio de contratistas, o que hayan sido empleadas a través de intermediarios. Asimismo, ha habido una amplia y antigua jurisprudencia en la materia, continuada en nuestros días principalmente por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin embargo, el esquema legal si bien fue precoz ha tenido una aplicación deficiente y no ha bastado para dar a los trabajadores de contratistas y personas o empresas análogas la protección que merecen. La utilización de contratistas es legal y normal, y puede justificarse por razones puramente gerenciales. No obstante la relación triangular tiene también, con frecuencia, la finalidad de

<sup>31</sup> V. 368.º informe del Comité de Libertad Sindical, de junio de 2013, caso núm. 2968 (Venezuela, República Bolivariana de), presentado el 16-11-2012, párrafo 1.000.

<sup>32</sup> V. 373.º informe del Comité de Libertad Sindical, de octubre 2014, mismo caso 2968, párrafos 534-546. V. también información de PROVEA en <http://www.derechos.org/ve/2012/08/23/trabajadores-bajo-justicia-militar/>

reducir costos laborales y de trasladar a terceros los riesgos del empleador por enfermedades y accidentes profesionales, cuando no de diluir las responsabilidades del empleador hacia el trabajador. Además, el trabajador suele quedar en una situación de indefensión ante su empleador y el usuario de sus servicios cuando pretende reclamarles sus derechos judicialmente; y ni hablar de los casos en que la triangularidad de la relación no es más que un fraude, una apariencia engañosa.

Puede decirse entonces que con los años se ha consolidado una tendencia a la regulación deficiente de las relaciones triangulares y a una desprotección de los trabajadores colocados en tales situaciones. Esta desprotección es todavía más grave en el caso del *suministro de trabajadores* por empresas de trabajo temporal, o por empresas pertenecientes a un mismo grupo económico, pues ante la falta de una regulación clara y apropiada de su situación el trabajador puede encontrarse en el limbo.

A medida que el tiempo transcurre esa legislación deficiente se ha ido haciendo, además, como en muchos otros países, anacrónica, incapaz de dar cabida a novedosos supuestos de hecho generados por las transformaciones de la empresa y nuevas formas de establecer relaciones de trabajo mediante modalidades que no siempre se acomodan a los cánones legales. La proliferación de problemas de la relación de trabajo bilateral y triangular en el mundo condujo a un gran debate en la OIT, el cual culminó en 2006 con la adopción de la Recomendación 198, sobre la relación de trabajo<sup>33</sup>.

En Venezuela la situación se ha hecho cada vez más compleja y difícil, y más conflictiva también, especialmente entre los trabajadores del sector público. Las relaciones triangulares se han ido multiplicando y diversificando, sobre todo por la tendencia del gobierno a recurrir a formas heterodoxas y precarias de empleo, como las del trabajo “voluntario” en determinadas “misiones”, o en falsas cooperativas de trabajo promocionadas por el gobierno, o en empresas de toda índole, sin contar con el empleo de los trabajadores cubanos y chinos, antes mencionado, en las cuales aparece de una u otra manera la nota de la triangularidad. Baste imaginar la enorme, aunque indeterminada, cantidad de trabajadores que han pasado a ser pagados con fondos de PDVSA, pero que prestan servicios en otros entes públicos. Desde luego, en muchos de esos casos la relación triangular no ha sido sino una apariencia impuesta en la práctica.

Ante esta situación difícil, compleja y conflictiva, el gobierno se vio obligado a abordar en repetidas ocasiones, aunque sin éxito, el problema político que le creaban las frecuentes reclamaciones y agudos conflictos de los trabajadores que se llamaban a sí mismos “tercerizados”. El gobierno no procedió con la voluntad necesaria para resolver, al menos en su condición de empleador, la situación de sus trabajadores contratados a través de modalidades triangulares; para lo cual no precisaba de ninguna nueva disposición, sino tan sólo haber adoptado medidas como las que luego propondría para todos los empleadores en el decreto. Lo que tenía que hacer, era suprimir las relaciones triangulares

<sup>33</sup> V. [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R198](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R198)

no debidamente protegidas, e incorporar a los trabajadores a las empresas o dependencias donde prestan sus servicios. En cambio, como resultado de sus errores, el gobierno sigue teniendo numerosos trabajadores “tercerizados” en las empresas públicas y en la propia administración pública nacional, y ni siquiera sabe realmente cuántos son.

En Venezuela se viene hablando de “tercerización” en los últimos años, sin que la palabra tuviera una base legal ni significación precisa. Lo que parece más claro es que con esa palabra se hace referencia a una relación triangular, esto es, a la situación de personas que trabajan en una empresa determinada, o en empresas o entes públicos, pero que formalmente aparecen como empleadas de una tercera persona, privada o pública.

En Perú y Ecuador fue regulada la “tercerización”, antes que en Venezuela, como una relación triangular. Pero lo que así se llamó en esos países, y que en Chile pasó a llamarse *trabajo en régimen de subcontratación*, no es otra cosa que lo que siempre se ha denominado en Venezuela *trabajo para contratistas*.

En Perú la *tercerización* es “...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...”<sup>34</sup>.

En Ecuador la *tercerización de servicios complementarios* es “... aquella que realiza una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operará exclusivamente entre la empresa *tercerizadora* de servicios complementarios y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución Política de la República y la ley<sup>35</sup>.

En Chile es, “...trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica...”<sup>36</sup>.

Fracasado el abordaje político porque la “tercerización” siguió rampante, el gobierno decidió liquidar el problema con normas, como si eso fuera tan sencillo y por eso terminó regulándola en el mencionado decreto, el cual fue dictado

<sup>34</sup> Ley de Tercerización, No. 29.245, de 23-6-8, artículo 2. V. El Peruano, No, 374613, del 24-6-8.

<sup>35</sup> Ley reformativa al Código del trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de *tercerización* de servicios complementarios, de 2006.

<sup>36</sup> Art.183-Adela Ley No 20.123, del 16.10.06, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, régimen que pasó a integrar el Título VII del LIBRO I del Código del Trabajo.



pensando más bien en el provecho que podría sacarle en las elecciones presidenciales del 7 de octubre de 2012. Sin embargo, la reforma no mejoró en nada el derecho existente. Al contrario, lo deformó al introducir en el derecho positivo el término **tercerización**, que está de moda, pero con un régimen erróneo<sup>37</sup>.

Lejos de dar un tratamiento adecuado al problema, el decreto contiene errores fundamentales que dejan intacta la cuestión y es un verdadero galimatías.

Por una parte, el decreto no define la tercerización como la relación triangular que se supone que es, sino como una relación bilateral fraudulenta. La tercerización, dice su artículo 47, es “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”. Para reafirmar esta sorprendente declaración, el instrumento enumera tres supuestos específicos de fraude en simples relaciones de trabajo *bilaterales*, no triangulares, y un supuesto residual: la contratación de trabajadores a través de intermediarios para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante, la creación de “entidades de trabajo” por el empleador para evadir las obligaciones con los trabajadores, los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas civiles o mercantiles, y cualquier otra forma de simulación o fraude laboral<sup>38</sup>.

Fue un error craso de la reforma castrense confundir tercerización con fraude o simulación, porque de esa manera ha quedado fuera del alcance de la norma el universo de las relaciones triangulares propiamente dichas, que desde sus comienzos el derecho venía regulando de manera deficiente. De paso, en la reforma se desconoce el sentido útil que la palabra tercerización venía teniendo en el lenguaje corriente y en el derecho positivo de otros países latinoamericanos, como referida a una relación triangular, al trabajo para contratistas.

Además, la norma carece de sentido, pues ya el artículo 22 del propio decreto trata el punto del fraude inclusive en términos más amplios. Dice este artículo: “En las relaciones de trabajo prevalece la realidad sobre las formas o apariencias, así como en la interpretación y aplicación de la materia del trabajo y la seguridad social. **Son nulas de pleno derecho todas las medidas, actos, actuaciones, fórmulas y convenios adoptados por el patrono o la patrona en fraude a esta Ley, así como las destinadas a simular las relaciones de trabajo y precarizar sus condiciones...**”. La repetición del tema del fraude en la definición de tercerización del artículo 47, antes mencionado, era inútil. Distinto hubiera sido apuntalar el artículo 22, sobre el fraude, con disposiciones como las del artículo 48, también referido anteriormente, en el cual se contemplan supuestos determinados, que permiten entender mejor en qué puede consistir el fraude en esta materia. Además,

<sup>37</sup> Sobre la regulación errónea de la tercerización v. Claudio Sandoval, *La Tercerización no está prohibida en la nueva Ley del Trabajo*, 4 junio, 2012, en <http://www.jurisprudencialaboral.com/blog/la-tercerizacion-no-esta-prohibida-en-la-nueva-ley-del-trabajo/> y María Gabriela Mujica Zapata, *Tercerización laboral: Práctica prohibida en la Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras*, Observatorio Laboral, Revista Venezolana Vol. 7, N° 13, enero-junio, 2014: 73-93, Universidad de Carabobo; y Revista sobre relaciones industriales y laborales No. 48 / 2012, pp. 57-74.

<sup>38</sup> Artículo48delDLOTTT.

sorprende que después de calificar de fraudulenta la tercerización, el decreto haya dado un plazo de tres años a quienes la llevan a cabo para poner fin a la situación fraudulenta<sup>39</sup>. ¿Dar un lapso para corregir un fraude?

El decreto regula un solo supuesto de “tercerización” que sí da lugar a verdaderas relaciones triangulares. Se trata de la contratación de terceros “...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 su proceso productivo y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la contratante”<sup>40</sup>. La melodía de esta disposición recuerda un poco la norma sobre la responsabilidad solidaria del contratista y quien lo contrata, en caso de inherencia o conexidad en las actividades de ambos, que la ley establecía, y que el decreto mantiene<sup>41</sup>. Entonces, en un supuesto, prohibido, se habla de *actividades directamente relacionadas con el proceso productivo del beneficiario, y necesarias para dicho proceso* (artículo 48, 1 del decreto) y en el otro, permitido, se habla de *inherencia o conexidad entre las actividades del contratista y las de quien lo contrata*. El mismo mono con diferente cachimbo, diría un lego, perplejo ante las consecuencias jurídicas diferentes de los dos supuestos análogos, por no decir idénticos. Y es que esa norma prohibitiva no parece referirse a una actividad fraudulenta o de simulación, como la califica el decreto, sino más bien a una actividad comercial normal. Otra cosa es que el gobierno la haya considerado inconveniente y por eso la haya prohibido.

Por cierto, esa norma prohibitiva tampoco parece fácil de aplicar en muchos casos, si nos fijamos en los términos de la disposición: ejecución de obras,

<sup>39</sup> “Disposición transitoria primera del DLOTT. En un lapso no mayor de tres años a partir de la promulgación de esta Ley, los patronos y patronas incursos 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 tercerizados. 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.”

Aparte del lapso concedido para cesar el “fraude”, de por sí curioso, la disposición tiene otros bemoles. Pareciera dar hasta tres años para que el trabajador sea declarado empleado directo del “empleador principal”, el único en realidad. Pero a fin de cuentas la norma tiene un efecto inmediato, no diferido, para el trabajador empleado bajo fraude por un supuesto tercero, puesto que de una vez goza de inamovilidad y debe disfrutar de los mismos beneficios y condiciones de trabajo de los trabajadores directos, aunque seguramente este último aspecto no ha sido muy tenido en cuenta en la práctica. Por otra parte, la “incorporación en nómina” es una expresión impropia, que más bien corresponde al ambiente de la administración pública. Lo que interesa en este caso es declarar o reconocer quien es el verdadero empleador.

<sup>40</sup> 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 queparticipadela mismaturaleza 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. (Artículo 50 del DLOTTT).

La comprensión de esta norma se dificulta aún más que en la ley reemplazada, porque el decreto omitió la norma precedente, que originaba esa solidaridad entre contratista y *beneficiario* de la obra o servicio, solidaridad que ahora ha quedado como sobreentendida. Según la ley anterior, el beneficiario de la labor del contratista respondía solidariamente ante los trabajadores de éste, cuando la actividad del contratista era “inherente o conexas” con la del beneficiario de la obra o servicio: “No se considerará intermediario, y en consecuencia no comprometerá la responsabilidad laboral del beneficiario de la obra, el contratista, es decir, la persona natural o jurídica que mediante contrato se encargue de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos. **No será aplicable esta disposición al contratista cuya actividad sea inherente o conexas con la del beneficiario de la obra o servicio....**” (Artículo 55 de la LOT).

<sup>41</sup> Artículo 48, 1 del DLOTTT.

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*. Ya la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que la controversia sobre una supuesta tercerización no es competencia del inspector del trabajo sino del juez<sup>42</sup>.

El derecho ecuatoriano había adoptado una orientación similar, al eliminar y prohibir la tercerización “en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador”<sup>43</sup>, supuesto en el cual considera que la relación de trabajo será directa y bilateral entre trabajador y empleador. Pero en este caso la norma es coherente porque cuando refiere a tercerización se refiere en realidad a trabajo para contratista, igual que en la legislación peruana.

En cambio el decreto venezolano mantiene sin más la figura del contratista y dice que éste no se considerará intermediario ni tercerizador. Esto resulta sorprendente, puesto que la figura específica descrita en el artículo 48, 1, que el decreto llama tercerización y declara fraudulenta, no es más que un supuesto idéntico al que se crea con la existencia del contratista. Pareciera que, en una suerte de malabarismo, el decreto distinguiera entre dos tipos de “tercerización”: una mala, fraudulenta, de relaciones triangulares que lo son sólo en apariencia; y una buena que es la que se crearía cuando existe un contratista, la cual, sin embargo, según el instrumento, no es tercerización.

El decreto no actualiza ni mejora en nada el régimen del trabajo para contratistas. Al contrario, le pone ahora al lado una sombra llamada tercerización, y mantiene el vocablo “intermediario”<sup>44</sup>, pero suprimiendo la norma que definía la situación del intermediario y el beneficiario<sup>45</sup>.

En un tema tan delicado como las relaciones triangulares, quienes redactaron el decreto no se pasaron por los problemas que suele confrontar el trabajador de contratistas, o de suministradores de trabajadores, como las empresas de trabajo temporal. Nada contiene el instrumento que facilite la prueba de esa particular relación de trabajo y las obligaciones y responsabilidades del contratista o similar y del usuario o beneficiario; tampoco contiene disposiciones sobre las particularidades del contrato de trabajo en este caso, el principio de igualdad en el empleo y la ocupación, el tratamiento que debe darse a los casos de enfermedades o accidentes profesionales o no, el derecho a la negociación colectiva o a la cobertura de la convención colectiva del usuario o del contratista, la libertad sindical y el derecho a sindicarse con los trabajadores

<sup>42</sup> V. Luis Enrique Dávila Vs. INDUSERVI, C.A., y Procter & Gamble Industrial, S.A. TSJ-SPA, de 3-10-14.

<sup>43</sup> *Mandato constitucional* No.8, de 30-4-8.

<sup>44</sup> Artículo 49, aparte, del DLOTTT.

<sup>45</sup> Artículo 54 de la LOT. 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. El intermediario será 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. 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.

directos del contratista o con los del usuario, el derecho de huelga, el derecho a los beneficios del seguro social, entre otros aspectos. El discurso y el palabrerío socialista del decreto, parecen más bien enraizados en la más rancia tradición liberal venezolana, civilista, por el ancho campo que deja al empleador para actuar a su antojo. Laissez faire...

Así pues, en éste como en otros puntos, nuestro derecho es ineficiente, anacrónico y ahora, además, confuso. Con el grave inconveniente de que el referido decreto pervierte los conceptos, deja en el aire la figura del intermediario y, sobre todo, mantiene sobre los hombros del trabajador la pesada carga de defenderse solo, porque el Estado de eso no se ocupa. Al regular la tercerización y considerarla un fraude, el gobierno trató de quitarse de encima el problema de la relación de trabajo.

La Recomendación 198 de la OIT propone que el Estado formule y ponga en práctica una política sobre la relación de trabajo, buscando de manera activa que se garantice una protección al trabajador, en este caso al trabajador vinculado por una relación de trabajo triangular. Al hacer una simple manipulación normativa, el Estado venezolano ha mantenido el problema del trabajador del contratista como un problema individual. Allá el trabajador, que se defienda como pueda. Que vayan a juicio los que cuenten con medios para ello, que no serán muchos.

Los resultados del decreto ya se están viendo en la jurisprudencia. El contencioso de la tercerización consistirá ahora en pedir al juez que decida si en el caso concreto una persona está vinculada por una relación fraudulenta, de "tercerización", o si es empleada de un contratista. En el primer supuesto el juez deberá decir que el verdadero empleador es el usuario de los servicios del trabajador, ése que parecía ser un tercero; en el segundo deberá decir que el empleador es el contratista, no el usuario, y, a falta de una regulación apropiada, no tendrá mucho más sobre lo cual pronunciarse<sup>46</sup>. Mientras regía la disposición

<sup>46</sup> En realidad una primera decisión de la Sala de Casación Social, que declara la procedencia de la aplicación del contrato colectivo de la empresa recurrente a los trabajadores de las empresas "contratistas intermediarias", como las denomina, pareciera amalgamar ambas perspectivas, al declarar que la contratante es responsable solidaria de sus contratistas frente a los trabajadores de éstas, las referidas cuales contratistas son en verdad intermediarias; y pareciera dar a entender también que la relación de trabajo de las contratistas con sus trabajadores configura una tercerización, que el DLOTTT prohíbe, al considerar que hay una unidad económica entre esas empresas y que por tanto la relación de trabajo con una de las contratistas es una relación simulada y que la contratante es la verdadera empleadora. Del texto de la sentencia pareciera inferirse que las supuestas contratistas son en realidad unas suministradoras de personal, aunque la sentencia no analiza la cuestión, pues una de ellas se identifica como empresa de trabajo temporal y los trabajadores de ambas al parecer realizaban en la contratante iguales funciones que las de sus trabajadores directos. La sentencia hace referencia a las disposiciones de la ley anterior, sobre contratistas e intermediarios, vigente para el momento de introducción de la demanda, y con las normas sobre la prohibición de tercerización del DLOTTT, vigente para la fecha de la sentencia ecurrida. Freddy Castillo y otros vs. Procter & Gamble Industrial S.C.A.; tercero interesado: Inversiones Sharon Empresa de Trabajo Temporal, C.A. y otra, TSJ-SCS, 25-4-14.V. en <http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=.../decisiones/scs/abril/163251-0494-25414-2014-12-1078.html&palabras=tercerizaci%F3nV>, en el mismo sentido Nohelys Yulimar Urdaneta y otros vs. Procter & Gamble Industrial, S.A., y terceros intervinientes: INDUSERVI, C.A., e Inversiones Sharon Empresa de Trabajo Temporal, C.A., TSC-SCS, 3-10-14. Pero en esta sentencia las normas sobre tercerización son citadas sólo con fines "ilustrativos" al parecer por considerar que aún no están vigentes en razón de la disposición transitoria antes citad. V. también Rivas Avachevs. Consorcio COINSA La Quinta, Juzgado Sup. 1º. Del Tr. De Miranda, Los Teques, de 13-6-11, en <http://miranda.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/JUNIO/100-13-1710-11-.HTML>. El Tribunal consideró que había una relación de trabajo "a través de una tercerización", entre el demandante y la contratante de la contratista para la cual trabajaba.

transitoria que postergaba la vigencia de las obligaciones creadas para los “tercerizadores”, el TSF resolvía los casos como siempre lo había hecho, refiriéndose al contratista y a la existencia o no de inherencia o conexidad entre sus actividades y la de la persona que lo ha contratado<sup>47</sup>.

## **B) LA DISTORSIÓN DEL SALARIO MÍNIMO**

El salario debe ser fijado libremente por las partes de la relación de trabajo. Pero este principio fundamental ha quedado universalmente limitado por la institución del salario mínimo, una suma de dinero preestablecida por el Estado, suficiente para la satisfacción de las necesidades básicas del trabajador y su familia, por debajo de la cual no puedan las partes pactar el salario. Además de significar una garantía importante para cada trabajador, el salario mínimo puede actuar también como base para una política salarial.

De acuerdo con el viejo Convenio 26 de la OIT, sobre el salario mínimo, de 1928, ratificado por Venezuela, los gobiernos deben establecer o mantener métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de salarios, consultar a los representantes de empleadores y trabajadores antes de aplicar esos métodos y darles participación, en pie de igualdad, en la aplicación de los mismos.

La legislación venezolana reguló esta materia desde 1936, y según las normas vigentes el salario mínimo debe ser ajustado cada año, previa amplia consulta<sup>48</sup>. Pero en la práctica no hay consulta.

El Presidente fija de modo pretoriano y populista el salario mínimo, sin consultar con nadie y cuando le parece, especialmente en vísperas del primero de mayo, para contentar a los trabajadores y dejarles claro que ese ajuste es un regalo suyo, como si de verdad lo fuera, o como regalo de año nuevo.

A pesar de la propaganda que lo antecede en Venezuela, el salario mínimo es insuficiente para cumplir su objetivo y no obstante se ha convertido prácticamente en el salario normal para muchos trabajadores. La expectativa incierta de un aumento general de salarios, sirve como pretexto a muchos empleadores para tender a esperar que se produzca la decisión gubernamental y a pagar mientras tanto salarios a nivel del mínimo legal.

El “regalo presidencial” quedó, además, como un sarcasmo cuando fue anunciado en 2013 que nuestro salario mínimo era uno de los más altos en América Latina<sup>49</sup> y en el mundo, mensaje de propaganda que se sigue difundiendo en momentos en que el empobrecimiento del salario mínimo llega a unos niveles

---

<sup>47</sup> V. en Reinaldo Guilarte, *¿Ya pueden aplicarse las normas de tercerización? ¿Cuáles son los requisitos para declarar la intermediación?*, <http://www.jurisprudencialaboral.com/blog/ya-pueden-aplicarse-las-normas-de-tercerizacion-cuales-son-los-requisitos-para-declarar-la-intermediacion/>, 10-10-2014.

<sup>48</sup> Artículo 129DLOTTT.

<sup>49</sup> *Correo del Orinoco*, 12-1-2014, <http://www.correodelorinoco.gob.ve/nacionales/venezuela-despidio-2013-salario-minimo-mas-alto-america-latina/>

increíblemente bajos, de unos \$22,48 mensuales al cambio a la tasa del mercado paralelo!<sup>50</sup>.

\*\* \*

**En conclusión**, en el derecho del trabajo venezolano se observa, entre otras tendencias, más bien regresivas: una marcada ineficiencia en la aplicación de muchas de sus normas, frente a las cuales hay igualmente un fenómeno de marcada inobservancia; una erosión de su carácter territorial y de orden público, al producirse la violación del mismo con la incorporación por el gobierno de contingentes de trabajadores extranjeros ajenos a la aplicación de la legislación del trabajo venezolana; una limitación sustancial de la libertad sindical, castrada por la injerencia del Estado en el funcionamiento de las organizaciones sindicales y afectada por otras severas limitaciones; y, en cuanto a la relación de trabajo, por el anacronismo, incoherencia e ineficacia de la regulación de las relaciones triangulares, y por una desviación del salario mínimo, fijado autocráticamente, hasta convertirlo en una especie de caricatura.

Algunas de estas tendencias no son nuevas, sino que arrancan desde el comienzo de la legislación del trabajo, la cual va a tener un carácter tutelar, en cierto modo asistencialista, en el plano individual, pero tenderá un manto velado de control gubernamental sobre el derecho colectivo. No obstante, bajo el régimen actual se ha producido un agravamiento de varias de esas tendencias inveteradas y la erosión del principio de la territorialidad y orden público de la legislación del trabajo. La situación a la cual hemos llegado no es en absoluto ajena al creciente autoritarismo del régimen, con un férreo control gubernamental de los demás poderes públicos nacionales y un acentuado componente castrense; una visión ideológica de las relaciones de trabajo ajena a la tradición contemporánea nacional, en la cual paradójicamente se combinan una omnipresencia gubernamental con una desprotección de los trabajadores frente al empleador; y un manifiesto deterioro de la noción misma del estado de derecho, la cual se refleja en los aspectos más elementales de la vida diaria y en la significativa declinación de las libertades públicas.

Las tendencias señaladas no son, sin embargo, sino una muestra que valdría la pena ampliar. El profesor Jaime ha señalado, por ejemplo, la rigidez que se observa en la reglamentación del tiempo de trabajo, sobre el cual también ha habido una reforma caprichosa y disfuncional en el mencionado decreto. Mucho podría decirse, igualmente, del reducido acceso a la justicia del trabajo, ahora a cargo de tantos jueces provisorios, sometidos a instrucciones. Parece importante y oportuno, en estos momentos de crisis nacional, continuar la tarea de identificar tendencias del derecho del trabajo y ver, eventualmente,

<sup>50</sup> El monto del salario mínimo, fijado en Bs. 4.889,11 para el 1º. de diciembre de 2014 (G.O. 40.542, de 17-11-2014), ha sido aumentado a Bs. 5.622,48 a partir del 1-2-2015, según anuncio presidencial del 21-1-2015. Calculado en dólares de los Estados Unidos, el salario mínimo de Bs. 5.622,48 equivale a: \$895,63, a la inexistente tasa oficial de Bs. 6,30; a \$511,13 a la tasa de Sicad 1 (Bs. 12), también inexistente en la práctica; a U\$112,44 a la tasa de Sicad 2, de aproximadamente Bs. 50, o a la tasa SIMADI cuyo nuevo monto conlleva al salario mínimo a U\$ 31,23 aproximadamente; o a apenas U\$ 22,48, si se calcula a la tasa del mercado paralelo, de unos Bs. 250 por dólar.

cómo podrían ser descritas en términos más precisos y específicos, con colores propios, más o menos intensos y variados, desde la perspectiva de las distintas regiones del país.

Valdría la pena igualmente dar una mirada hacia el derecho comparado y comprobar cómo se ha ido rezagando nuestro derecho del trabajo, al seguir regulando con normas viejas e incompletas fenómenos de hoy, algunos de ellos provocados por la llamada globalización y otros propios de este país. O peor todavía, al dar cabida a términos, conceptos y orientaciones regresivos y ajenos a nuestro régimen jurídico.

Finalmente, conviene reflexionar sobre el jalón tan importante, de retroceso del derecho del trabajo, que ha marcado la adopción de un autoritario decreto que rige hoy las relaciones de trabajo.

El reconocimiento de tendencias críticas de biera conducir a una visión más completa y equilibrada del derecho del trabajo, para emprender una acción académica y práctica que contribuya a renovar normas e instituciones, a desenmascarar desviaciones y a lograr una mayor eficacia en la aplicación del derecho. Es una senda que merece ser transitada con el mismo entusiasmo y la misma dedicación que esta disciplina ha inspirado desde sus orígenes.

Marzo de 2015





# El Derecho Laboral y las cooperativas

José Vicente SANTANA OSUNA

Profesor de postgrado de la UCV

## Sumario

Capítulo I La importancia de las leyes orgánicas. Capítulo II Los principios generados por la consideración. Del trabajo como un hecho social. Capítulo III Los principios del decreto con fuerza de Ley especial de asociaciones cooperativas III.1. la naturaleza jurídica de la cooperativa. Capítulo IV La derogatoria de normas de la LOTTT y de nuestra carta magna Capítulo V Inaplicabilidad de “el decreto” Dada la normativa de la LOTTT. Capítulo VI La colisión de leyes generada por la aplicación de “el decreto”. Capítulo VII La derogatoria de la LOTTT por la aplicación de “el decreto” Capítulo VIII Los asociados y la prueba de la existencia de la relación laboral. VIII.a.- la prestación de un servicio personal. VIII.b.- La excepción al principio de presunción de laboralidad y el trabajo en la cooperativa. VIII.c.- la existencia de patronos y trabajadores. VIII.d.- la subordinación y el trabajo en la cooperativa. VIII.d.1. Su concepto. VIII.d.2. La dependencia del asociado VIII.e. El salario y el trabajo en la cooperativa. VIII.f. Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación del servicio. VIII.g. La exclusividad de prestación del servicio para la cooperativa. VIII.h. Como persona jurídica es funcionalmente operativa; cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc. VIII.i. La ajenidad y los asociados de la cooperativa. Capítulo IX El subcontrato con no asociados. Capítulo X Sanciones pecuniarias a la cooperativa. Capítulo XI. Conclusión.

## **Resumen**

Se realizó un estudio sobre la importancia de las Leyes Orgánicas para determinar hasta qué punto la Ley Orgánica del Trabajo, de las Trabajadoras y los Trabajadores puede ser modificada por el Decreto Ley que rige el sistema cooperativo del país. Consideramos que la LOTT. En el estudio de la naturaleza jurídica de las cooperativas nos permitió escudriñar sobre el marcado carácter mercantil que puede tener el objeto que se le asignó a la cooperativa. En este sentido, como persona jurídica, cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales y lleva libros de contabilidad. Se realizó un estudio comparativo de las funciones de los asociados para concluir en que revisten todas las características de un trabajador subordinado y por ende debe quedar sometido a los beneficios y a la protección que le brinda la legislación laboral, que tienen rango constitucional y que son irrenunciables. Igualmente se realizó un análisis de la situación de aquellas personas que prestan servicios a la cooperativa, para destacar como en situaciones similares (prestación de un servicio personal, cumplimiento de un horario, subordinación y percepción de un monto como consecuencia de la actividad desarrollada) unos tienen la protección que la brinda la legislación laboral, mientras que otros no tienen derecho a ninguna de estas prestaciones sociales y lo que es más grave aún, ni siquiera a la garantía de un salario que le pueda permitir una existencia digna para el asociado y su familia, ya que lo necesario para su subsistencia va a depender de adelantos que pueda recibir, a cuenta de las posibles ganancias que pueda arrojar la explotación cooperativa.

**Palabras Claves:** Cooperativa, relación laboral, subordinación, salario.

## **Abstract**

It is presented a study about the importance of the Laws to determine to what extent the Labour Law, the female Workers and male Workers can be modified by Decree-Law governing cooperative system of the country. We consider the LOTT. In the study of the legal nature of cooperatives allowed us to search for marking commercial character that can be the object that was assigned to the cooperative. In this sense, a legal person, meet tax burdens, performs legal holds and carries ledgers. A comparative study of the roles of partners was conducted to conclude that line all the characteristics of a subordinate employee and therefore should be subject to the benefits and protection provided by labor laws, which have constitutional status and are indispensable. Also an analysis of the situation of those who serve the cooperative was held to highlight as in similar situations (providing a personal service, compliance with a schedule, subordination and perception of an amount due to the activity) a have the protection that provides employment law, while others are not entitled to any of these benefits and what is even worse, not even guaranteed a salary that can allow a dignified existence for the associated and family as necessary for survival will depend on advances that can receive, to realize the potential gains that can throw the cooperative exploitation.

**Keywords:** Cooperative employment relationship, subordination salary.

## **CAPÍTULO I**

### **LA IMPORTANCIA DE LAS LEYES ORGÁNICAS**

La calificación de una Ley como Orgánica (la LOTT, lo es), tiene en nuestro ordenamiento jurídico una significación importante, a tal punto que ha sido considerada como una figura intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias, de tal manera que dentro del sistema de fuentes, ostenta un nivel jerárquico superior, lo que implica que una ley ordinaria no podría derogar aquella cuando regulen la misma materia.

Sin embargo, en opinión de Eloy Lares Martínez:

“no puede afirmarse que las leyes orgánicas tengan un rango superior a todas las leyes no investidas de ese carácter, la supremacía de la ley orgánica sólo existe respecto a las leyes dictadas en materias reguladas por ella, no obstante que esas estén destinadas a regir supuestos de hecho de mayor singularidad y aunque entre en vigor después de aquella”<sup>1</sup>.

El art. 163 de la Constitución de 1961 disponía que “Las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas”, expresión que, si bien fue suprimida en el nuevo texto fundamental, contiene un principio de jerarquía de relevancia y arraigo en nuestro medio forense que gobierna el sistema de fuentes, por lo que no podrían derogarse, si el instrumento normativo con el que se pretendiera su abrogación no poseyera igual naturaleza orgánica, de acuerdo con los principios anotados y a tenor de las causales taxativas contenidas en el artículo 203 de la Constitución vigente.

De allí que el carácter orgánico de la Ley es una cuestión que importa al momento de su aplicación preferente con respecto a otras leyes.

De acuerdo con Kelsen, el sistema no es otra cosa que la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas y la principal forma de relacionarse éstas, dentro de un sistema, es sobre la base del principio de jerarquía. O sea, las normas que componen un sistema jurídico se relacionan unas con otras de acuerdo con el principio de jerarquía.

Toda norma jurídica se considera que se encuentra apoyada en otra superior y así sucesivamente, hasta llegar a la norma suprema: la Constitución.

Por otra parte, las Leyes Orgánicas, desde el punto de vista de la organización jerárquica de las fuentes del Derecho, se encuentran en el escaño superior siguiente al de las leyes ordinarias dictadas en las materias reguladas por Leyes Orgánicas, o dicho de otra manera:

“Las leyes ordinarias que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán siempre a las normas de éstas, pues ha querido el constituyente impedir que por leyes especiales se deroguen disposiciones que se refieren

---

<sup>1</sup> LARES Martínez, Eloy MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO., p. 55).

a la organización de ciertos poderes o a las formalidades que deben reunir determinadas leyes”<sup>2</sup>.

Las leyes, bien que emanadas del mismo poder, no tienen el mismo carácter, y consiguientemente no pueden tener tampoco la misma extensión en su aplicación. Sin embargo, su observancia es imprescindible, y sólo puede nacer la duda racional cuando se ofrezcan dos disposiciones contradictorias entre sí.

En todo ordenamiento jurídico hay leyes o normas que prevalecen sobre otras, lo cual va a depender de quien es el sujeto de quien emana la norma. Por ello la Constitución está en la cúspide de la pirámide ya que ella es producto del poder constituyente.

Luego viene la Ley como expresión de la voluntad popular a través del órgano legislativo, y por último, el reglamento que emana del Poder Ejecutivo.

## **CAPÍTULO II**

### **LOS PRINCIPIOS GENERADOS POR LA CONSIDERACIÓN DEL TRABAJO COMO UN HECHO SOCIAL**

Al considerarse al trabajo como un hecho social, goza de la protección del Estado. Para brindar esta protección se han consagrado tanto en nuestra legislación una serie de principios, que han permitido que a lo largo de los años se hayan aplicado normas del derecho del Trabajo a aquellos casos en que existiendo una prestación de servicios, se trata de disimular la existencia de una relación laboral.

Es de tal importancia la protección que otorga el art. 89 constitucional que se ha dicho que dicha norma “...restringe la esfera volitiva del trabajador en aras de la protección de sus intereses...”<sup>3</sup>, lo cual demuestra que por encima del querer del trabajador está la protección que le brindan las normas laborales, sustantivas o de procedimiento, las cuales prevalecerán en caso de conflicto de leyes.

La institución de la irrenunciabilidad, persigue garantizar con la prohibición de renuncia, que el trabajador en una negociación contractual disfrute durante su desarrollo de un mínimo inexpugnable sobre el cual no puede haber acuerdo alguno en su perjuicio, pero sí en su mejora. La previsión del legislador tiene como fin garantizar el que el interés particular del sujeto débil o menos fuerte de la relación laboral, quede incólume antes y durante la relación, y que no se vea compelido a dejar de percibir los beneficios que le correspondan y en caso de **no** recibirlos pueda exigirlos ante los órganos competentes.

Por lo demás en este punto es importante tener presente que se presume la relación laboral entre quien presta un servicio y quien lo recibe y que toda trabajo debe ser remunerado.

Así mismo es necesario no dejar de lado que todos los trabajadores tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el

<sup>2</sup> *Lares Martínez, Eloy* “Manual de Derecho Administrativo” Caracas, 1996, p. 53).

<sup>3</sup> SALA CONSTITUCIONAL Sent. 1.511 del 06-12-00, Exp. 1766.

servicio y los amparen en caso de cesantía y que el Estado establecerá la responsabilidad que corresponda a los patronos en caso de simulación o fraude con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral, por lo todo acto del patrono o patrona contrario a la Constitución es nulo y no genera efecto alguno.

En razón de lo hasta ahora señalado, cualquier ley, o norma que se encuentre en una ley general, especial u orgánica, en un DECRETO CON FUERZA DE LEY, o en un Reglamento, que después de reconocer la prestación de un servicio personal, le imponga al trabajador, la renuncia al salario y a sus prestaciones sociales, es contraria a los principios legales y constitucionales antes destacados.

### **CAPÍTULO III**

#### **LOS PRINCIPIOS DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY ESPECIAL DE ASOCIACIONES COOPERATIVAS**

El estudio coordinado de los artículos que luego se mencionan sirve de marco referencial a la duda que surge en relación con algunos artículos del DECRETO CON FUERZA DE LEY ESPECIAL DE ASOCIACIONES COOPERATIVAS, dictado por el Presidente de la República el 18/09/2001 (G.O. Nro. 37.285), en lo adelante “EL DECRETO”, que parecen violentar los principios laborales referidos en el capítulo anterior.

El estudio coordinado de los artículos 43, 2, 13, 14, 18, 31, 34, 35, 36, 37, 44, 45 y 46 de “EL DECRETO”, nos permite precisar el objetivo primario de la ley, el cual queda demarcado así:

- a. Las asociaciones cooperativas son empresas de propiedad colectiva, cuyos recursos financieros deberán provenir, principalmente, de los propios asociados, mediante procesos de aportes en dinero o trabajo de ellos mismos;
- b. Las cooperativas son asociaciones conformadas por personas naturales, que sean trabajadores, productores primarios de bienes o servicios, o consumidores o usuarios primarios, que se unen mediante un proceso y acuerdo voluntario, para hacer frente, principalmente, a sus necesidades;
- c. El trabajo en las cooperativas es responsabilidad y deber de todos los asociados y deberá desarrollarse en forma de colaboración sin compensación económica, por lo que los anticipos societarios no tienen condición de salario y los asociados no estarán sujetos a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes;
- d. que el trabajo, es el aporte del laborante a la cooperativa. EL aporte es individual y él debe “ser reconocido y valorado en cada una de sus modalidades”, lo que permite que cada aporte tenga una valoración diferente, pudiendo tenerse como parámetros a tomar en cuenta “a la naturaleza y magnitud de los servicios”, así como la “cantidad y calidad del mismo” (arts. 91 y 92 C.R.B.V. y arts. 57.b y 100 de la LOTT.).

- e. que los asociados que aportan su trabajo en las cooperativas no tienen vínculo de dependencia con la cooperativa;
- g. que solo tienen derecho, como asociados que son a percibir, periódicamente anticipos societarios a cuenta de los excedentes que se produzcan por todos en la cooperativa;
- h. las aportaciones son Individuales, y podrán hacerse en dinero, especie o trabajo, convencionalmente valuados, en la forma y plazo que establezca el estatuto. De cualquier tipo de aportaciones se emitirán certificados u otro documento nominativo, representativo de una o más de ellas;
- i. el estatuto establecerá las normas para cada tipo de aportación, cuáles podrán recibir interés y cuál será el límite del mismo;
- j. que esa cantidad va a depender de lo que prevean los estatutos o reglamentos internos;
- k. que la legislación aplicable para los trabajadores asociados no es la laboral, sino las referidas al sistema cooperativo;
- l. que las cooperativas tienen trabajadores no asociados cuya relación se regirá por las disposiciones de la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y terminará cuando estos trabajadores se asocien a la cooperativa;
- m. que el régimen disciplinario a que se someten los asociados será determinado en los Estatutos de la cooperativa.

Teniendo presentes tales postulados procederemos a hacer diversos comentarios sobre la relación laboral y/o el contrato de trabajo para determinar si los artículos mencionados de la Ley de Cooperativas son violatorios de principios constitucionales y legales relacionados con la protección de los derechos de los trabajadores.

### **III.1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA COOPERATIVA**

Si bien “EL DECRETO” en uno de sus artículos dice que “son empresas” de propiedad colectiva, en otro la considera “asociaciones” conformadas por personas naturales.

Por ello se ha discutido sobre su naturaleza jurídica, preguntándose si son sociedades civiles o mercantiles.

Si bien es cierto que las sociedades cooperativas se regirán por leyes especiales y sus reglamentos (art. 353 del Co.Co.), no es menos cierto de que mucho se ha escrito sobre la naturaleza de las cooperativas. Para Leopoldo Borjas es claro que hay cooperativas que tienen ánimo de lucro económico, por lo que las asimila a un ente de carácter mercantil. Para Goldschmidt, tales entes no son ni sociedades mercantiles, ni sociedades civiles, sino sociedades sui generis.

Para quienes participan de la idea de que la naturaleza jurídica de las cooperativas se asimila a la de una sociedad civil, lo hacen bajo la idea de que

la cooperativa si persigue un fin económico común. Para ello basta con observar que según nuestro Código Civil, las sociedades son el producto de un acuerdo de dos o más personas a consecuencia de lo cual cada una conviene en contribuir con la propiedad o el uso de las cosas o con su propia industria, a la realización de un fin económico común (art. 1.649 Co.Ci.). Adquieren personalidad jurídica desde que se protocoliza el acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro Público de la Circunscripción Judicial del domicilio de la sociedad (art. 1.651 Co.Ci.) y sus integrantes son denominados asociados (art. 1.652 Co.Ci.).

Por otra parte, según la normativa de “EL DECRETO”, la cooperativa tiene como su objetivo principal la unión de personas para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, por medio de procesos y empresas de propiedad colectiva, gestionadas y controladas democráticamente (art. 2), pero, además, el Estado le garantiza el desarrollo de cualquier tipo de actividad económica y social de carácter lícito, en condiciones de igualdad con las demás empresas, sean públicas o privadas (art. 5). Se constituyen por contrato privado, pero para que tenga personalidad jurídica propia y surta efectos frente a terceros, el acta constitutiva se deberá inscribir en la Oficina Subalterna de Registro Público de la Circunscripción Judicial del domicilio de la cooperativa (art. 10).

Aún cuando “EL DECRETO” no reconoce expresamente que la cooperativa tiene un fin económico común, del estudio de los dos artículos citados se demuestra que dicho ente no persigue un fin artístico, literario o benéfico. Al contrario menciona el manejo de procesos y empresas, aparte de que el estado les garantiza que pueden intervenir activamente en la implementación de cualquier actividad económica.

Por lo demás, en el artículo 43 se hace mención a que será la cooperativa la que diseñará y establecerá las formas de llevar adelante su actividad económica, debiendo participar activamente los asociados en los procesos de generación de recursos patrimoniales y en el art. 44 se hace mención de que tales entes ofrecerán al mercado sus bienes y servicios.

Lo cierto es que se trata de una persona jurídica para quien trabaja un grupo de personas naturales que solo tienen derecho, como asociados que son, a percibir, periódicamente a cambio de su aporte (trabajo), anticipos societarios cargados a los excedentes que se produzcan por la actividad de la cooperativa y que esa cantidad va a depender de lo que prevean los estatutos o reglamentos internos.

En lo personal me inclino por la idea de que la naturaleza jurídica de la cooperativa se asimila más a la sociedad mercantil que a la sociedad civil, con fundamento en lo que de segundas paso a exponer. La duda surge por cuanto es muy difícil diferenciar los actos civiles de los mercantiles. Dado que una sociedad mercantil se identifica con la realización de uno o más actos de comercio (art. 200 Co.Co.), el Código de Comercio contiene una amplia enumeración de lo que son actos de comercio (art. 2). Ahora bien, por cuanto las cooperativas, como lo he señalado con anterioridad, no sólo se les permite el desarrollo de actividades económicas, a tal punto que el estatuto debe contener todo lo relacionado con el régimen económico que incluye organización de la actividad económica, mecanismos de capitalización, normas para la formación

de reservas, ejercicio económico, etc., sino que es causal de disolución la no realización de actividades económicas por más de dos años (arts. 13.10 y 71.6), y por cuanto la actividad económica conlleva la compra de cosas muebles hecha con el ánimo de revenderlas, ello pudiera llevar a considerar que efectivamente si realizan actos de comercio, según lo estatuido en el literal 1 del artículo 2 del Código de Comercio. Por lo demás si ello no fuere así, como se explica que el estatuto establezca como una atribución de la reunión general de asociados el fijar las políticas generales y aprobar los planes y presupuestos, al igual que decidir sobre los excedentes, entendiendo por tales el sobrante del producto de las operaciones totales de la cooperativa, hechas unas deducciones establecidas en la ley (arts. 26, literales 2 y 5 y art. 54)

Tanto la sociedad mercantil, como la cooperativa adquieren personalidad jurídica con la inscripción de su acto constitutivo en un organismo público. Las cooperativas en la Oficina Subalterna de Registro (art. 10) y las sociedades mercantiles en el Registro Mercantil (arts. 19 y 215 Co.Co.).

En las sociedades mercantiles el documento constitutivo debe contener lo referente a la junta administradora, expresando cual de ellos podrá firmar por la sociedad (art. 213.8), mientras que en las cooperativas el estatuto debe contener, entre otros requisitos, las normas PATRA establecer la representación legal, judicial y extrajudicial (art. 13.6). Las sociedades mercantiles están sometidas a la obligación de llevar libros y existe para ellas un régimen especial de publicidad que incluye la obligación de preparar anualmente un Balance al término del ejercicio económico, que demuestre la situación económica de la sociedad, teniendo, además, la posibilidad de ir a la suspensión de pagos o a la quiebra; en cambio la cooperativa cuando no puede satisfacer sus deudas es aplicable lo concierne al concurso de acreedores. La cooperativa tiene la obligación de llevar su contabilidad, fijando los estatutos lo relativo al ejercicio económico (arts. 13.10 y 53)

Tanto las cooperativas (art. 47) como las sociedades mercantiles (art. 213.3) requieren para su constitución, de la existencia de un capital social, por lo que canalizan sus esfuerzos a la realización de una finalidad lucrativa que es común.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA DEROGATORIA DE NORMAS DE LA LOTTT Y DE NUESTRA CARTA MAGNA**

Señalan los artículos 31, 34, 35 y 46 de “EL DECRETO”, lo siguiente:

“Artículo 31: El trabajo en las cooperativas es responsabilidad y deber de todos los asociados y deberá desarrollarse en forma de colaboración sin compensación económica, inmediata o a tiempo parcial o completo, con derecho a participar en los excedentes que se produzcan por todos en la cooperativa. El trabajo de los asociados debe ser reconocido y valorado en cada una de sus modalidades...”.

Artículo 34:”...” Los asociados que aportan su trabajo en las cooperativas no tienen vínculo de dependencia con la



cooperativa y los anticipos societarios no tienen condición de salario. En consecuencia no estarán sujetos a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán a los procedimientos previstos en esta Ley y en otras leyes que consideren la relación de trabajo asociado.

Artículo 35: Los asociados que aportan su trabajo tienen derecho a percibir, periódicamente, según su participación en la cooperativa, según lo que prevean los estatutos o reglamentos internos, anticipos societarios a cuenta de los excedentes de la cooperativa.

Artículo 46. Las aportaciones son Individuales, y podrán hacerse en dinero, especie o trabajo, convencionalmente valuados, en la forma y plazo que establezca el estatuto...”

Buscando en la Exposición de Motivos de “EL DECRETO” las razones por las cuales el Presidente de la República tomó tan inconstitucional decisión, sólo conseguimos que la misma se pretende justificar así:

“Igualmente, la visión minimizadora del hecho cooperativo, limitado a pequeñas y débiles empresas orientadas a servicios marginales, no le dio importancia al Trabajo Asociado. Las cooperativas son empresas gestionadas con participación democrática por los que asocian su trabajo para lograr bienestar personal y colectivo. El Trabajo Asociado voluntariamente es algo fundamental en ellas. En consecuencia no hay relación de trabajo dependiente en las cooperativas, salvo situaciones derivadas por la temporalidad de algunas tareas. La posibilidad de un gran desarrollo cooperado está en la integración de la energía de todos los que aportan su trabajo en esta modalidad. El tema no es tratado en la Ley del Trabajo. En la Ley de Cooperativas de 1975 tampoco se trata el tema”.

En la mencionada Exposición de Motivos se hace referencia al artículo 118 constitucional. Dicha norma dice así:

Artículo 118.— Se reconoce el derecho de los trabajadores y trabajadoras, así como de la comunidad para desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas. Estas asociaciones podrán desarrollar cualquier tipo de actividad económica, de conformidad con la ley. La ley reconocerá las especificidades de estas organizaciones, en especial, las relativas al acto cooperativo, al trabajo asociado y su carácter generador de beneficios colectivos..”.

Los referidos artículos, son muy precisos cuando expresan que el trabajo en las cooperativas deberá desarrollarse en forma de colaboración, sin compensación económica; que los anticipos no tiene carácter salarial y que

las relaciones de dicha institución con sus asociados no revisten carácter laboral y por ello cualquier diferencia entre ellos y el organismo ante el cual presta sus servicios se debe decidir en base a la Ley de cooperativas y legislación civil, pero nunca laboral.

No queda la menor duda de que tales artículos violentan normas de orden público al considerar que los asociados a una cooperativa, a pesar de que prestan un servicio personal no son trabajadores de la misma y que la contraprestación que reciben a cambio de su trabajo no es salario.

Como bien se observa las normas hacen referencia a los trabajadores y no a simple personas naturales, por lo que es lícito pensar que si quienes van a fundar una cooperativa son trabajadores, tales cooperativistas disfrutarán de los beneficios que otorga la legislación laboral.

Por otra parte en el artículo 184.5 constitucional, igualmente mencionado en la Exposición de Motivos, se habla de que las cooperativas son generadoras de empleo y es sabido que la ocupación genera salario y prestaciones sociales, por lo que mal puede pensarse en un empleo gratuito, como lo impone "EL DECRETO".

Cuando existe una Ley Orgánica en la materia laboral que regula la prestación de servicios personales y que es expresa cuando establece que sus normas son de orden público y que se presume la relación laboral entre quien presta un servicio y quien lo recibe, surgen importantes dudas en cuanto a la constitucionalidad de una ley que considera que los asociados de una cooperativa que prestan un servicio personal a la misma y que reciben un pago por el mismo, no son trabajadores.

En ese sentido pienso que la normativa que rige el funcionamiento de las Cooperativas no puede imponerse por encima de los postulados de la legislación laboral que son claros y precisos en cuanto a la protección de una persona que presta sus servicios personales a otra.

A pesar de que en diversas oportunidades he sostenido el criterio de que la LOTT es inconstitucional dada la forma como fue publicada ya que el Presidente de la República no estaba autorizado para ello en la Ley Habilitante en la cual basó la publicación de la misma, dicha Ley no ha sido derogada y por lo tanto debemos tomar en cuenta su vigencia a los fines de la contraposición que existe en su normativa y lo contenido en "EL DECRETO".

Hecha la anterior salvedad procedemos a analizar lo conducente.

En la LOTT se define el contrato de trabajo, así:

Artículo 55. El contrato de trabajo, es aquel mediante el cual se establecen las condiciones en las que una persona presta sus servicios en el proceso social de trabajo bajo dependencia, a cambio de un salario justo, equitativo y conforme a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y esta Ley.

Es clara la ley cuando señala en el artículo 53 que se presume una relación laboral entre quien presta un servicio y quien lo recibe.

Artículo 54, La prestación de servicio en la relación de trabajo será remunerada. Toda violación a esta norma por parte del patrono o de la patrona, acarreará las sanciones previstas en esta Ley.

Por lo tanto tal presunción tiene como consecuencia el pago de un salario y de prestaciones sociales (art. 54 de la LOTT. y arts. 91 y 92 de nuestra Carta Magna).

Lo antes expuesto nos demuestra, una vez más, que el contenido de “EL DECRETO” en cuanto al hecho de no haber dado protección a quienes prestan un servicio para un determinado ente, violenta el contenido de los arts. 91 y 92 de nuestra Carta Magna.

## **CAPÍTULO V**

### **INAPLICABILIDAD DE “EL DECRETO” DADA LA NORMATIVA DE LA LOTT**

Considero oportuno pasar a precisar si la aplicación de “EL DECRETO” deroga a la LOTT o si por el contrario es la LOTT. quien deroga a “EL DECRETO” y por lo tanto debe tener aplicación preferente en relación con la posibilidad de considerar trabajadores a los asociados a una cooperativa, para lo cual resulta necesario analizar si regulan situaciones similares o si algunas disposiciones de “EL DECRETO” chocan con la “LOTT”, tomando en cuenta para ello el contenido de “EL DECRETO”, así como lo que al respecto establece la “LOTT”.

No hay la menor duda de que “EL DECRETO” se opone en forma irreconciliable a la LOTT., al desconocer a la prestación de un servicio personal como generador de una protección laboral, de un salario y de prestaciones sociales.

En efecto, “EL DECRETO” que no tiene carácter orgánico disciplina la misma materia en relación con la determinación de quienes son trabajadores, que es materia reservada a la LOTT.

Dada la preeminencia de una Ley Orgánica sobre una ley ordinaria y por ende sobre un Decreto Ley, resulta inaceptable que “EL DECRETO” pueda aplicarse por encima de leyes orgánicas.

Resulta importante traer a colación una decisión de la Sala Constitucional, según la cual<sup>4</sup>:

“... la derogación de una norma legal, sólo puede verificarse por una norma jurídica de categoría igual o superior y ha de efectuarse mediante los trámites formales que corresponden a la norma derogatoria en cuestión (Cfr: SÁNCHEZ COVISA, Joaquín. “La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano” en la Obra Jurídica de Joaquín Sánchez Covisa. Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1976 Págs. 79 y ss.), es decir, la ley ordinaria no

<sup>4</sup> Sent. del 22-10-2002.

podría derogar a la orgánica, cuando regulen la misma materia...”.

Cuando existe una Ley Orgánica que establece los derechos de todo aquel que presta un servicio personal (normativa de rango legal) y se dicta un Decreto que la contradice es indudable que éste último no puede derogar a aquella que regula la misma materia.

Es necesario señalar que las competencias deben ser establecidas por Ley. Al haber dictado el Presidente de la República un Decreto para regular materias que lo están por una Ley Orgánica cuyas normas son de orden público, como lo veremos seguidamente, violentó las normas consagradas en los artículos 89, 91 y 92 de la República Bolivariana de Venezuela, así como los artículos 2, 3 y 4 de la LOTTT dicen lo siguiente:

Artículo 2º. Las normas contenidas en esta ley y las que deriven de ella, son de orden público y de aplicación imperativa, obligatoria e inmediata, priorizando la aplicación de los principios de justicia social, solidaridad, equidad y el respeto a los derechos humanos.

O dicho de otra forma: no se pueden soslayar o dejar de cumplir, por lo que son de aplicación obligatoria sin posibilidad de convenir su no aplicación o su renuncia. (art. 89.2 CRBV).

Según César González:

“Desde el punto de vista clásico se entiende que las leyes de orden público son aquellas en las que están interesadas de una manera muy inmediata y directa, la paz y la seguridad sociales, las buenas costumbres, un sentido primario de la justicia y la moral. Dicho en otras palabras, las leyes fundamentales y básicas que forman el núcleo sobre el que está estructurada la organización social... Esta postura entiende, entre otras cosas, que: a) estas leyes no pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de las partes en sus contratos; b) en el caso que los jueces deben aplicar una ley extranjera, estas leyes no deberán aplicarse si esa aplicación importa desplazar una ley nacional de orden público; c) nadie puede invocar un error de derecho para eludir la aplicación de una ley de orden público, dado que el error de derecho no puede jamás ser invocado para eludir la aplicación de ninguna ley...”<sup>5</sup>.

Por otra parte, los artículos 3 y 4 de la LOTTT. dicen así:

Artículo 3º. Esta Ley regirá las situaciones y relaciones laborales desarrolladas dentro del territorio nacional, de los trabajadores y trabajadoras con los patronos y patrona, derivadas del trabajo como hecho social. Las disposiciones

<sup>5</sup> CÉSAR GONZÁLEZ Condiciones generales de aplicabilidad de la LOTTT.

contenidas en esta Ley y las que deriven de ella rigen a venezolanos, venezolanas, extranjeros y extranjeras con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y, en ningún caso, serán renunciables ni relajables por convenios particulares. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador y trabajadora que superen la norma general respetando el objeto de la presente Ley.

Igualmente se aplicaran las disposiciones de esta Ley a los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas en Venezuela para prestar servicios en el exterior del país.

Artículo 4°. En ejercicio de las atribuciones previstas en la Legislación Laboral, las autoridades administrativas o judiciales del trabajo, por imperativo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, están facultadas para lograr que sus decisiones administrativas o judiciales restituyan la situación jurídica infringida de carácter laboral, y aplicarán los correctivos y medidas tendientes a lograr la ejecución de esas decisiones en el ámbito de aplicación de esta Ley”.

Como bien se ve, mal podrían aplicarse las normas de “EL DECRETO” que modifiquen, contraríen o deroguen normas que son de orden público, incluidas en la LOTT.

En otra oportunidad el Profesor Sánchez Covisa en relación con el punto en estudio, nos dijo que:

“La derogación tácita tiene lugar cuando existe incompatibilidad material entre los preceptos de una Ley anterior y de una Ley posterior, sin que la posterior contenga cláusula derogatoria expresa, ni haga incluso alusión alguna a la Ley anterior. ...”.

“La medida en que haya sido afectada la vigencia de la Ley anterior por la Ley posterior, es un problema de interpretación que ha de resolverse en cada caso concreto.

Así ambos preceptos legales tienen igual campo de acción porque son igualmente generales o porque versan sobre la misma especialidad..... Si el más reciente es especial respecto al anterior, sólo lo habrá derogado en la materia propia de su especialidad”<sup>6</sup>.

Según lo expuesto por el citado profesor, hay que tomar en cuenta que la LOTT., no sólo es materia especial en relación con la determinación de quienes son trabajadores, sino que es de fecha posterior a “EL DECRETO”.

Mediante “EL DECRETO”, el Presidente de la República intervino en el establecimiento de una situación jurídica muy especial al excluir a los integrantes

<sup>6</sup> Sent.962, SCS.del 09-08-2000.

de una cooperativa de la protección de la legislación laboral, lo cual al ser parte del derecho del trabajo, previsión y seguridad social es materia específica de la reserva legal (ord. 32 del art. 156 de la Carta Magna), por lo cual pienso que al dictarse tal normativa se invadió una competencia que estaba reservada al Poder Legislativo y de consiguiente está afectado de nulidad. Además en la LOTT, existen normas expresas que regulan la situación de todas las personas que prestan servicios personales para otra.

Cuando se habla del tema de reserva legal, sin importar la materia de que se trate hay que tener en cuenta que estamos en presencia de una facultad que sólo le ha sido atribuida al Poder Legislativo (Asamblea Nacional) como cuerpo deliberante y sancionador de leyes que regulen este tipo de materias, por lo tanto, la celebración de todo acuerdo que implique la intromisión en este tipo de figura atenta contra las disposiciones constitucionales y legales establecidas para tal fin. Por lo tanto, la reserva legal viene a constituir una limitación a la Potestad Reglamentaria y un mandato de la Constitución al Legislador Nacional para que sólo éste regule ciertas materias en sus aspectos fundamentales, es decir, la reserva legal limita no sólo a la administración, sino también de manera relevante al legislador, toda vez que este último sujeta obligatoriamente su actividad a la regulación de determinadas materias previstas en el texto fundamental como competencias exclusivas del Poder Nacional.

Soy partidario, por lo tanto de que la preservación de la competencia en materia de la reserva legal, va de la mano con la aplicación de la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia; en el entendido de que los Tribunales de la República deben garantizar el cumplimiento de tales postulados desde la presentación de la demanda hasta la ejecución de la sentencia definitivamente firme.

## **CAPÍTULO VI**

### **LA COLISIÓN DE LEYES GENERADA POR LA APLICACIÓN DE “EL DECRETO”**

Sea que el asunto se vea como la suspensión de la aplicación de unas normas, ya que no hay en la LOTT. una derogatoria expresa de los artículos de “EL DECRETO” referidos al trabajo y su falta de protección por la legislación laboral, soy partidario de que debe aceptarse la derogación tácita de “EL DECRETO” por la LOTT., en base a los siguientes postulados:

1. Las leyes pueden ser derogadas virtualmente, cuando la nueva ley sin mencionar a la anterior, se opone en forma irreconciliable a ella en su contenido o mediante actos legales o constitucionales de igual índole o materia, que conllevan la inutilidad de otros anteriores, los cuales quedan así anulados ipso facto.

Cuando existe un Decreto que contradice a una Ley Orgánica que califica quien es o no trabajador, es indudable que aquel no puede aplicarse por encima de aquella que regula la misma materia.

Si bien ambos cuerpos normativos emanaron del Poder Ejecutivo y regulan materias similares, no tienen el mismo rango.

Así, no puede, pues, tal Decreto, ni, en general, ninguna ley local, obstaculizar o impedir la libre aplicación de una acción consagrada en una ley nacional.

2.- Para que exista colisión, o sea, oposición entre dos disposiciones legales es necesario, por razón de lógica, que coexistan las dos disposiciones en el tiempo, vale decir, que ellas estén vigentes y que contengan disposiciones contradictorias que se destruyan las unas por las otras; es necesario que se excluyan: que una no pueda existir frente a la otra.

La colisión de normas parte de la existencia de diferentes disposiciones que estén destinadas a regular en forma diferente una misma hipótesis.

De allí que la colisión puede presentarse en diversas situaciones como son:

- a. Puede plantearse cuando la presunta colisión se da entre cualquier tipo de normas, e incluso, tratarse de diferentes disposiciones de un mismo texto legal.
- b. El conflicto de normas se manifiesta cuando la aplicación de una de las normas implica la violación del objeto de la otra norma en conflicto; o bien, cuando impide la ejecución de la misma.
- c. No se exige que exista un caso concreto de conflicto planteado cuya decisión dependa del predominio de una norma sobre otra; sino que el conflicto puede ser potencial, es decir, susceptible de materializarse en cualquier momento en que se concreten las situaciones que las normas regulan.
- d. No debe confundirse este recurso con el de interpretación, previsto en el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución de 1999 y en el ordinal 24° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
- e. No se puede pretender que a través de este mecanismo, se resuelvan cuestiones de inconstitucionalidad <sup>7</sup>.

En el caso bajo análisis hay colisión de normas por cuanto hay un conflicto entre lo que señala "EL DECRETO" en referencia a que no hay relación laboral entre los asociados de una cooperativa y dicho ente y lo que al respecto establece la LOTT, por lo que su decisión depende del predominio de una norma sobre otra.

En efecto "EL DECRETO" no reconoce como trabajadores a los que prestan sus servicios en las cooperativas, mientras que según la LOTT. si lo son, lo cual trae como consecuencia que para un mismo tipo de personas exista relación laboral según la LOTT. y no la hay según "EL DECRETO".

La importancia de estar en un supuesto o en otro radica en el hecho de que si es trabajador tiene derecho a un salario y a prestaciones sociales, mientras que si no lo es, no les corresponden tales conceptos.

3. La seguridad jurídica obliga al sentenciador a tomar en cuenta los derechos irrenunciables de los trabajadores y que en caso de duda entre dos normas, debe aplicar la que más favorezca al trabajador.

---

<sup>7</sup> SC. Sent. 2832 del 28-10-03.

## **CAPÍTULO VII**

### **LA DEROGATORIA DE LA LOTTT POR LA APLICACIÓN DE “EL DECRETO”**

Sostengo la tesis de que la aplicación de “EL DECRETO” produce una inconstitucional derogación tácita de la LOTTT, por cuanto:

1. en ambos cuerpos normativos hay disposiciones que se contradicen entre sí;
2. que existe absorción entre las disposiciones de la LOTTT. y “EL DECRETO”;
3. que si la derogación de una norma legal, sólo puede verificarse por una norma jurídica de categoría igual o superior, mal puede “EL DECRETO” derogar a la LOTTT., por cuanto ésta última tiene Valor y Fuerza de Ley Orgánica y “EL DECRETO” no tiene este rango, por lo que al existir incompatibilidad entre los preceptos de la LOTTT. y “EL DECRETO”, se aplican los de aquella.
4. dado que en el caso que analizamos existe contradicción entre disposiciones legales contenidas en dos cuerpos normativos que coexisten en el tiempo deben privar las de mayor rango, que, además, son normas posteriores a las contenidas en “EL DECRETO”.

Ahora bien, considero que es suficiente que se dé uno cualquiera de los supuestos mencionados en los ordinales anteriores, para que quede demostrado que la aplicación de “EL DECRETO” conlleva una derogación tácita de la LOTTT.

En fin con fundamento en lo hasta ahora expuesto, sostengo que la LOTTT. no puede ser derogada por “EL DECRETO”, pues como sabemos, la forma anotada de derogación implícita, se lleva a cabo ya por actos legislativos de igual índole o materia, bien por actos legales o constitucionales que se limitan a prever la incompatibilidad o inutilidad de otros anteriores, los cuales quedan así insubsistentes ipso facto.

Aparte de lo antes expuesto, hay que tener presente que es a la LOTTT., a quien le corresponde definir quien es trabajador y quien no lo es, por lo cual “EL DECRETO” al excluir como laborantes a los que prestan sus servicios en las cooperativas invadió un campo sobre el cual no podía pronunciarse, deviniendo tal situación en inconstitucional.

En este sentido, Sánchez afirma que:

“la entrada en vigor de una ley produce una serie de efectos dispares sobre la vigencia de las leyes anteriores, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera: 1) La entrada en vigor de la nueva ley, deroga aquellos preceptos legales frente a los cuales declara expresamente su intención derogatoria. 2) La entrada en vigor de la nueva ley, deroga aquellos preceptos legales cuyo contenido sea incompatible con el suyo, siendo de la misma jerarquía. 3) La entrada en vigor de la nueva ley, limita parcialmente la aplicación de aquellos preceptos legales cuyo contenido es incompatible con el



suyo, pero que por referirse a supuestos de hecho más amplio, no pierden su vigencia y se siguen aplicando a los casos no previstos en la nueva ley....<sup>8</sup>.

Todo lo antes referido obliga a los administradores de justicia, en ejercicio de la facultad del control difuso de la constitucionalidad, que establecieron los artículos 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil, a desaplicar, para el caso en concreto, los artículos 31, 34, 35 y 46 de "EL DECRETO" debido a que la aplicación de dichas normas resulta contraria a los preceptos de la Carta Magna y de la LOTT.

## **CAPÍTULO VIII**

### **LOS ASOCIADOS Y LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL**

Ha sido asunto muy comentado entre los laboralistas, si los asociados son o no trabajadores de la cooperativa y por ello beneficiarios de la protección que brinda el derecho laboral.

En sentencia del 24 de septiembre de 2004, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas se declaró incompetente para conocer de la pretensión de amparo constitucional presentada por los ciudadanos Willian Antonio Ochoa Torres y Jesús María Ochoa Torres, con base en el razonamiento siguiente:

"Ahora bien, observa este Juzgado que aun cuando los accionantes soliciten la tutela judicial de su derecho al trabajo, se evidencia que los hechos para fundamentar su denuncia, es la exclusión de la Asamblea General de Asociados, su derecho de Asociación y la vulneración del derecho a la defensa y al debido proceso, lo cual presenta una cariz civil y mercantil, toda vez que, en criterio de este Juzgador entre los asociados de las cooperativas no existe una relación de subordinación, ajenidad y dependencia, elementos característicos que configuran la relación laboral, por lo cual no constituyen materia que deba ser conocida por este Tribunal, toda vez que, a pesar de que el accionante aduce estar afectado, por haber sido despojado de su puesto de trabajo y del vehículo, y que ello le impide obtener el sustento diario, los actos que originan su denuncia no revisten carácter laboral, sino mercantil y civil...en razón de que la situación que origina las denuncias planteadas resulta ajena a la materia de competencia constitucional de este Juzgado, la cual se circunscribe a los derechos de índole laboral y de todos aquellos que puedan ser tutelables por su estrecha y directa vinculación con el trabajo con hecho social".

<sup>8</sup> JOAQUÍN SÁNCHEZ. La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. Caracas. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. 1956.

En virtud de la declarada incompetencia, el expediente fue pasado a la Sala Constitucional, quien decidió lo siguiente:

“En criterio de esta Sala, y de acuerdo con la sucinta exposición hecha por los accionantes en su solicitud de amparo constitucional, la controversia planteada en esta oportunidad se deriva de la existencia de relaciones jurídicas que no están sujetas a normas del derecho civil o mercantil, dado que la Cooperativa Proservicios RL no es una asociación civil ordinaria regida por normas de derecho común, ni a las normas del derecho del trabajo, dado que entre las Cooperativas y sus asociados no existe una relación laboral.

En efecto, las relaciones jurídicas existentes entre las Cooperativas y sus asociados están reguladas por una normativa especial, como es el Decreto con Fuerza de Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, publicado en la Gaceta Oficial n° 37.285, del 18 de septiembre de 2001, cuyo artículo 66 establece lo siguiente:

“Artículo 66. Los asociados podrán ser excluidos o suspendidos en sus derechos por las causas previstas en el estatuto y sus reglamentos. El estatuto establecerá el procedimiento para adoptar la suspensión o exclusión y cuáles instancias podrán suspender a los asociados. En cualquier caso se garantizará siempre el debido proceso. Se podrá recurrir, en todos los casos, ante la asamblea o reunión general de asociados, ante las instancias de conciliación y arbitraje, si la cooperativa fuese parte de esos sistemas, y de no ser parte, ante los tribunales competentes”.

En concordancia con la citada norma, la disposición transitoria cuarta del mismo texto legal dispone lo siguiente:

“Cuarta. Hasta tanto no se cree la jurisdicción especial en materia asociativa, los tribunales competentes para conocer de las acciones y recursos judiciales previstos en esta ley, son los Tribunales de Municipio, independientemente de la cuantía del asunto. Para su tramitación se aplicará el procedimiento del juicio breve previsto en el Código de Procedimiento Civil”.

Así las cosas, visto el contenido de las normas especiales citadas, reguladoras en sede ordinaria de la controversia planteada en esta causa, en atención al criterio de la afinidad por la materia debatida contenido en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala declara que la competencia para conocer de la pretensión de amparo constitucional interpuesta por los ciudadanos Willian Antonio Ochoa Torres y Jesús María Ochoa Torres contra la asamblea general de asociados de la Cooperativa Proservicios R.L., es de los Tribunales de Municipio de la

Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a donde se ordena remitir el expediente, para que se designe el órgano judicial que examinará la admisibilidad de la pretensión interpuesta, en particular respecto de la existencia de medios judiciales idóneos, distintos al amparo, no instados. Así se decide...”<sup>9</sup>.

Vista la anterior sentencia y dado que el artículo 34 de “EL DECRETO” se menciona el hecho de que por la circunstancia de prestar sus servicios a la cooperativa, no hay dependencia laboral, nos vemos precisados a demostrar como en la actividad de los asociados se dan los elementos de la relación laboral.

Enrique Marín Quijada, expuso una lista de los criterios, o indicios tomados de la doctrina francesa, que pueden determinar el carácter laboral o no de una relación entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe, propuesta la Recomendación 198 de la OIT del 2006:

Según dicho autor tales indicios son:

- 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<sup>10</sup>.

Adicionalmente, la Sala social ha incorporado a los criterios arriba presentados, los siguientes:

- 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.

En la medida en que sea necesario escudriñar sobre la naturaleza de la vinculación que existe entre quien presta un servicio y quien lo recibe, se deberá

<sup>9</sup> Sala Constitucional Sent. del 14/03/2005. EXP. n° 04-2731.

<sup>10</sup> ARTURO BRONSTEIN *Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo* Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pág. 22 Caracas, del 6 al 8 de mayo de 2002.

examinar si en el caso de los asociados se dan los elementos de existencia de la relación de trabajo, como son: el desempeño de la labor por cuenta ajena, la subordinación y el salario, pues al darse tales caracteres se debe considerar que las partes se encuentran vinculadas por una relación laboral.

El análisis de las circunstancias de hecho de cada caso en particular permitirán determinar la verdadera naturaleza jurídica del servicio que se ha prestado.

#### **VIII.A. LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PERSONAL**

Curiosamente a ley que rige el funcionamiento de las cooperativas no se refiere, en ningún momento, al servicio personal, ya que solo menciona el trabajo del asociado, por lo cual asimilo la palabra trabajo con prestación de un servicio personal.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 87 constitucional:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar.
2. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a fin de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho.
3. Es fin del Estado fomentar el empleo.

Interpretando lo establecido en la norma que se comenta llegamos a la conclusión de que nuestra Carta Magna impone el deber de trabajar y de que ese trabajo debe ser productivo en el sentido de que proporcione a quien lo realiza una existencia digna y decorosa.

Ahora bien el cumplimiento de esa obligación de trabajar conlleva el desarrollo de una actividad personal que se manifiesta mediante la prestación de un servicio.

Si analizamos bajo la óptica de los principios mencionados en el art. 18 de "EL DECRETO", según el cual pueden ser asociados las personas naturales, que sean trabajadores, no queda la menor duda de que la actividad realizada por los asociados, conforma una prestación de un servicio personal, por lo que debe ser calificada como uno de los elementos del contrato de trabajo en los términos del Derecho del Trabajo; labor que es utilizada por el asociado para pagar su participación en la cooperativa (aporte) (art. 43).

Por su parte el Artículo 30, se pronuncia en el sentido de que el Estado reconoce el carácter especial del trabajo asociado en las cooperativas. Según expresa el artículo 31, el trabajo en las cooperativas es responsabilidad y deber de todos los asociados.

Destaca el artículo la obligación que tiene el asociado de llevar a cabo la prestación de su servicio personal (trabajo) sin compensación alguna. Se señala, además, que esa prestación puede ser a tiempo parcial o completo.

Por su parte, el artículo 33 es expreso cuando dice que el trabajo debe organizarse de manera tal que se garantice la más amplia participación de los asociados

que lo realicen directamente y que, además, las formas de compensación del trabajo se establecerán bajo principios de equidad y amplia participación.

En el artículo 35 se menciona nuevamente la prestación de servicios (trabajo) a la cooperativa el cual será compensado con anticipos societarios.

Los artículos 45 y 46 se refieren a los aportes de los asociados, los cuales pueden consistir en su trabajo o lo que es lo mismo en la prestación de su servicio personal.

A pesar de lo señalado en los artículos mencionados en el sentido de que sólo se habla de trabajo, no puede haber discusión, por lo tanto, que el asociado de una cooperativa presta para ella un servicio personal, lo cual conforma una situación de hecho que goza de la protección del Estado (el trabajo como hecho social tiene raigambre constitucional) y que obliga a la aplicación de principios protectores a esa persona que lleva a cabo un trabajo y uno de ellos es la presunción de que existe una relación laboral entre quien presta un servicio y quien lo recibe y, además, los otros principios como son el de la realidad frente a las formas o apariencias y el que obliga a interpretar la ley, en caso de duda, a favor de quien presta un servicio personal.

En síntesis, una vez que se ha precisado que la actividad de un asociado se califica como trabajo, éste (el trabajo) que es equivalente a servicio personal queda bajo la protección del Estado, que lo declara como un hecho social y por lo tanto el asociado que lo ejecuta también queda amparado por la legislación laboral.

En este sentido es muy clara la legislación laboral cuando expresa que sus normas son de orden público y que se presume la relación laboral entre quien presta un servicio y quien lo recibe y que, además, ese servicio debe ser pagado.

La forma como se regula la actividad que desarrollan en las cooperativas los asociados no deja la menor duda de que tales personas prestan un servicio personal para la cooperativa (ente con personalidad jurídica), dentro de unas instalaciones que son propiedad o están en posesión de dicho ente social.

Sin embargo consideramos necesario realizar algunos otros análisis para saber si en el caso de los asociados de las cooperativas se dan otros elementos del contrato de trabajo.

#### **VIII.B. LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD Y EL TRABAJO EN LA COOPERATIVA**

Hay que tener presente que en los únicos casos en que el servicio personal no es protegido por la legislación laboral es cuando dicha actividad se lleva a cabo en beneficio de instituciones sin fines de lucro, por razones de orden ético o de interés social (Art. 53 LOTT.)

En el caso de los asociados de las Cooperativas, los artículos comentados determinan que el trabajo “debe ser reconocido y valorado en cada una de sus modalidades” y que ese trabajo deberá desarrollarse en forma de colaboración.

En el caso de las cooperativas, el art. 2 de la Ley que las rige, dice así:

“Las cooperativas son asociaciones abiertas y flexibles,.... de personas que se unen mediante un proceso y acuerdo voluntario, para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, para generar bienestar integral, colectivo y personal...”.

Las frases contenidas en la norma antes citada, según las cuales la cooperativa se crean “para hacer frente a sus necesidades económicas” y “para generar bienestar integral colectivo y personal”, descartan la idea de que la actividad de los asociados se lleva a cabo para una persona jurídica que no persigue fines de lucro, como tampoco se lleva a cabo por razones de interés ético o social, pues se trata de una asociación privada que tiene entre sus fines “el desarrollo de cualquier tipo de actividad económica y social de carácter lícito, en condiciones de igualdad con las demás empresas, sean públicas o privadas” (art. 5 de la Ley de Asociaciones Cooperativas).

La excepción que contempla la LOTTT. en relación a considerar que en determinadas condiciones el servicio prestado no conforma una relación laboral, nos permite afirmar que al prestarse el servicio para una institución que tiene fin de lucro y que el servicio no se presta por razones de orden ético, tal excepción no se aplica a las cooperativas, por lo que debe admitirse entonces que entra en juego la presunción de existencia de un contrato de trabajo entre los asociados y la cooperativa, ya que no es suficiente para excluir dicha presunción, el señalamiento en “EL DECRETO” de que los asociados no tienen vínculo de dependencia con la cooperativa y que los anticipos societarios no tienen condición de salario, pues tales normas (arts. 18, 30, 31, 34, 35 y 36 de “EL DECRETO”) se pueden considerar, en interpretación del art. 94 de la Carta Magna, como disposiciones que permiten desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la Legislación laboral y por ende quienes lo hacen son sujetos de responsabilidad civil y penal.

### **VIII.C. LA EXISTENCIA DE PATRONOS Y TRABAJADORES**

En los polos de la relación laboral encontramos al trabajador, o sea a la persona natural que realiza una labor de cualquier clase por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra y el patrono que es la persona natural o jurídica que en nombre propio, ya sea por cuenta propia o ajena, tiene a su cargo una empresa, establecimiento, explotación o faena, de cualquier naturaleza o importancia, que ocupe trabajadores, sea cual fuere su número. (arts. 35 y 40 LOTTT.).

Recordemos que, además, se consideran patronos: el intermediario y el contratista, si su actividad es inherente o conexas con la del beneficiario de la obra o servicio (art. 49 y 50 LOTTT. y 23 R.L.O.T.).

Es por ello que el propio art. 53 de la LOTTT de una manera contundente requiere, a que la presunción de existencia de una relación de trabajo surgirá “entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba”, hecha salvedad de la excepción allí contenida.

Ciertamente, para que pueda entenderse como una relación jurídica de naturaleza

laboral, es necesario, como se ha dicho, la preexistencia de una prestación personal de servicio, la cual, evidentemente ejecutará el trabajador, y del otro extremo, naturalmente, estará quien reciba dicha ejecución (patrono).

Sin duda alguna, al no probarse que la prestación personal de los servicios ejecutados la recibía una persona determinada, absurdo sería sostenerse la existencia de algún vínculo jurídico de naturaleza laboral.

Es tan cierto lo acabado de aseverar que en sentencia de la Sala Social, cuando decidió la acción interpuesta por los maleteros o porter, que prestan servicios en el aeropuerto de Maiquetía, estableció lo siguiente:

“...Según hemos analizado en el cuerpo de esta sentencia, no quedó demostrado en autos que los “peticionantes” le hayan prestado al Instituto demandado el “servicio personal” que daría nacimiento a la aplicación de esa norma, de esa presunción iuris tantum así establecida. Ello en sano criterio de este sentenciador de Alzada, es suficiente para desechar la acción mero-declarativa incoada; y concluir en la inexistencia del vínculo laboral pretendido, y así se deja expresamente establecido”.

“En conclusión, al no poder probar la parte actora que la prestación personal de los servicios ejecutados la recibía la parte demandada, resulta imperioso desestimar la infracción de la norma delatada, a saber, el artículo 65 de la L.O.T., pues, no procedía establecer la presunción allí contenida al no constituirse el hecho conocido (prestación personal de un servicio y otro quien la reciba) que permitiría determinar el desconocido (existencia de la relación de trabajo). Así se establece...”<sup>11</sup>.

De conformidad con el contenido del art. 35 LOTTT., deben reunirse ciertos elementos de hecho para que alguien pueda ser calificado, jurídicamente, como trabajador, los cuales son: que el sujeto de derecho de que se trate sea una persona natural o física; que esta persona realice una prestación de servicios de cualquier clase y que tal actividad se desarrolle por cuenta ajena y bajo subordinación.

En el caso de las cooperativas encontramos una persona natural (asociado) que lleva a cabo un servicio personal para la cooperativa, por lo que puede ser calificado como trabajador, independientemente de que para el derecho cooperativo, tales asociados no tengan vínculo de dependencia con la cooperativa.

Pero también y dado que la actividad desarrollada por la persona natural debe percibirse un sujeto, a entender, una persona natural o jurídica, encontramos que es la cooperativa (con personalidad jurídica, según el art. 11 de “EL DECRETO”) quien lo recibe, bien señalado así en el art. 31 de la ley, cuando establece “El trabajo en las cooperativas es responsabilidad y deber de todos

<sup>11</sup> SALA DE CASACION SOCIAL. Sent. N. RC302 del 28-05-02. Exp. 01811.

los asociados y deberá desarrollarse en forma de colaboración ...” o en estas otras frases “Los asociados que aportan su trabajo en las cooperativas ...” (art. 34).

No hay duda, entonces, que en la vinculación entre asociado y cooperativa, se dan los dos polos de la relación laboral, ya que hay un trabajador (el asociado) y un patrono (la cooperativa).

#### **VIII.D. LA SUBORDINACIÓN Y EL TRABAJO EN LA COOPERATIVA**

##### **VIII.D.1.SU CONCEPTO**

Entendemos por subordinación la facultad o poder del empresario para someter al trabajador a sus órdenes o instrucciones.

En sentencia de la Sala de Casación Social, se le definió así:

“...Según la academia quiere decir sujeción a la orden, mando o dominio de uno; por lo que dicese subordinada de la persona sujeta a otro o dependiente de ella. Esta subordinación tiene importancia en derecho público, por lo que se refiere a la dependencia jerárquica de los empleados de menor jerarquía a los de mayor jerarquía tanto en el orden civil, como en el judicial, en el eclesiástico y en el militar. Dentro del orden privado, su principal importancia se encuentra en el derecho del trabajo; ya que la subordinación, o dependencia del empleado al empleador, constituye una de las características del contrato y de la relación de trabajo”.

“...En síntesis, podemos asentar que el elemento de la relación de trabajo denominado subordinación, consiste en la obligación que tiene el trabajador, de someterse a las ordenes y directrices que trace el empleador para el desenvolvimiento de su actividad laboral; ello, en virtud de que durante la jornada de trabajo se ve mermada su capacidad de libre actuación, por no poder realizar, a su libre albedrío, cuestiones de índole laboral, sin autorización de su patrono...”<sup>12</sup>.

A estas últimas frases se refiere Rafael Alfonso-Guzmán cuando considera que “... el contrato de trabajo podría ser definido como un convenio de enajenación temporal de la libertad del trabajador para obrar por si mismo en cumplimiento de su obligación de trabajar” (sent. antes citada).

La subordinación se ha dividido en personal o jurídica, la técnica y la económica. La primera se da cuando el trabajador observa puntualmente las órdenes recibidas, el reglamento de la empresa, y las demás normas que regulan la

<sup>12</sup> SALA DE CASACION SOCIAL. Sent. 124 del 12-06-01. Exp. N. 01056.- Román García e Inverbanco.



relación. La técnica se produce cuando el trabajador realiza sus labores de acuerdo con las reglas de ejecución de la labor que se le encomienda. La económica se da cuando el trabajador estima como fuente de sus ingresos y base de su patrimonio, el salario que recibe.

La redacción del artículo 53 de la LOTT. al consagrar la presunción de existencia de una relación laboral entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe, tiene como consecuencia que al acreditarse la relación personal, la subordinación también debe presumirse, a menos que el supuesto patrono demuestre el carácter libre e independiente de los servicios prestados; o, lo que es lo mismo, al probarse la prestación de un servicio personal, se presume la relación laboral y por ello la subordinación, por lo que será el que resulte beneficiado con la prestación del servicio, el que deberá demostrar que el mismo no era subordinado, o sea: que era autónomo.

Un trabajador se considera independiente (art. 36 LOTT.) si puede adelantar la labor encomendada conforme a su propio criterio, bajo la forma que considere más idónea.

Según opina Alfonso-Guzmán, acertadamente, dado que toda obligación crea una situación de dependencia del deudor frente a su acreedor,

“nuestra jurisprudencia laboral ha visto subordinación y contratos de trabajo en todos los contratos civiles o mercantiles de actividad personal, y derogado de hecho el vasto complejo normativo y doctrinario civil sobre esa clase de negocios jurídicos. Para los ojos poco atentos la subordinación está en la sujeción a órdenes e instrucciones de quien recibe el servicio, sin percatarse de que quien desea construir su casa de habitación, por ejemplo, traza pautas obligatorias al ingeniero o arquitecto contratista de la obra sobre el estilo, número de habitaciones, etc. De aceptarse como bueno tal concepto de subordinación, esos contratistas civiles vendrían a ser trabajadores en todo caso... En rigor, la subordinación del trabajador se origina en su obligación de trabajar por cuenta ajena y de permanecer personalmente a disposición de su patrono con el fin de prestarle el servicio en las condiciones fijadas por el contrato o por la ley. Como efecto del derecho correlativo de dicha obligación, el patrono dicta las órdenes e instrucciones, que son el signo externo del estado de subordinación...”<sup>13</sup>.

La importancia de la subordinación como elemento definitorio de la relación laboral, nos las da Mario De La Cueva, cuando afirma:

“Donde exista subordinación como poder jurídico, esto es, como principio de autoridad, habrá relación de trabajo y faltando ese elemento estaremos en presencia de un contrato de derecho civil...”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> ALFONZO-GUZMÁN, RAFAEL. Op. Cit. Pág. 72-73.

<sup>14</sup> DE LA CUEVA, MARIODerecho Mexicano del Trabajo, Tomo I, pág. 513.

Sin embargo cada vez se observan críticas al concepto de subordinación como determinante de la relación laboral. Es posible que a consecuencia de ellas, día a día cobre fuerza la idea de la ajenidad, por cuanto se considera que el resultado del trabajo del laborante se transfiere a su empleador.

El trabajo desarrollado por los asociados dentro de las instalaciones de la cooperativa, se lleva a cabo según las condiciones que se establecen en la cooperativa para la realización del Trabajo.

#### **VIII.D.2. LA DEPENDENCIA DEL ASOCIADO**

Veamos ahora si la misma normativa de “EL DECRETO” contiene elementos que demuestren que estamos en presencia de un trabajo subordinado, a pesar de que en el art. 34 *eiusdem* se señala de manera expresa que “los asociados que aportan su trabajo en las cooperativas no tienen vínculo de dependencia con la cooperativa”.

Para buscar una respuesta haremos mención a algunos artículos de la ley, según los cuales, dado que “las cooperativas son asociaciones de personas que se unen mediante un proceso y acuerdo voluntario, para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes” (art. 2), es lógico que requieran de una estructura organizativa, en donde uno de los elementos descollantes tiene que ser la disciplina, la cual le va a imponer a sus asociados, como una restricción a su actuación, una serie de conductas que si bien son propias de la legislación que las crea, no es menos cierto que demuestran el poder disciplinario al que está sometido el asociado, ante la cooperativa que se presenta como un verdadero patrono.

Su actuación queda sometida a que el asociado, entre otras cosas, “cumpla las obligaciones sociales propias de la cooperativa, las resoluciones de la reunión general de asociados o asamblea y las instancias de coordinación y control establecidas en el estatuto; como también debe asumir las responsabilidades que se les encomienden, dentro de los objetivos de la cooperativa; utilizar los servicios en las condiciones establecidas y velar por el cumplimiento de los derechos humanos en general y en especial los derivados de la Seguridad Social, y el establecimiento de condiciones humanas para el desarrollo del trabajo” (art. 20).

Igualmente indicativo de la subordinación es el mandato regulado en los art. 32 y 34, según los cuales el “trabajo en las cooperativas se desarrollará en equipo, con disciplina”, y cuyas “normas disciplinarias serán establecidas en el estatuto de conformidad con las disposiciones de la Constitución y de esta Ley”.

Debe tenerse presente también el contenido del artículo 13 de la Ley, cuyos ordinales 5 y 8, al referirse al contenido de los estatutos de la cooperativa señalan que:

5. Formas de organización de la cooperativa y normas para su funcionamiento, coordinación y control. Atribuciones reservadas a la reunión general de asociados o asamblea. Reglamentos internos y competencia para dictarlos.
8. Formas de organización y normas con relación al trabajo en la cooperativa.

El sistema disciplinario que debe contener el estatuto de la cooperativa es una prueba más de la presencia de la subordinación a la que quedan sometidos los llamados asociados. El anterior análisis demuestra la existencia de la subordinación como elemento característico de la relación que vincula al asociado con la cooperativa.

Por lo demás el régimen disciplinario a que se someten los asociados será determinado en los Estatutos de la cooperativa. La existencia de un régimen disciplinario es evidencia palpable de la subordinación de los asociados, ya que se le imponen horarios, actividades a llevar a cabo, así como la existencia de un supervisor o coordinador de actividades.

No hay que olvidar, además, los complicados mecanismos de control del funcionamiento de una cooperativa, entre los cuales podemos observar un Órgano de Deliberación (Asamblea), uno de Administración (Consejo de Administración), otro de Fiscalización (Consejo de Vigilancia) y por último, un Órgano Estatal de Control (Superintendencia Nacional de Cooperativas).

#### **VIII.E. EL SALARIO Y EL TRABAJO EN LA COOPERATIVA**

Conocidas son las normas que establecen el concepto de salario, por lo que nos detendremos a un análisis de las mismas, orientando la exposición a determinar si los ingresos que recibe el asociado a cambio de su servicio personal constituyen salario.

A los fines del presente trabajo salario es todo tipo de retribución directa o indirecta, ordinaria, extraordinaria, condicional, complementaria o compensativa que el trabajador recibe del patrono, en virtud de un contrato de trabajo o por el servicio prestado o como consecuencia de éste.

La disposición laboral al definir el salario señala de modo enunciativo los conceptos que se encuentran comprendidos en él, lo cual se evidencia del hecho de que luego de enumerarlos, deja abierta la posibilidad de considerar como parte de éste a cualquier otro ingreso, provecho o ventaja que el trabajador perciba por causa de su labor; y, de manera restrictiva indica aquellos conceptos que deben considerarse excluidos del ámbito salarial.

La ley considera como salario a los subsidios o facilidades de iniciativa patronal para la obtención de bienes y servicios que le permitan, al trabajador, mejorar su calidad de vida y la de su familia, aplicando el principio de la primacía de la realidad cuando identifica como tal a toda remuneración, provecho o ventaja percibida por la prestación del servicio, independientemente de la denominación que las partes puedan darle a la percepción, reiterando el contenido patrimonial del salario al precisar que éste debe ser, en todo caso, evaluable en efectivo.

Ese ingreso, provecho o ventaja además de percibirse en forma periódica debe efectivamente, ingresar al patrimonio del trabajador y, por lo tanto, brindarle una ventaja económica que incremente su patrimonio.

Realizados los anteriores comentarios mediante los cuales se pretende dejar constancia de la amplitud dada por la ley, la doctrina y la jurisprudencia al

concepto de salario y de sus excepciones, pasamos a examinar el articulado relacionado con la Ley de Cooperativas.

Según el artículo 31 de la Ley, el trabajo deberá desarrollarse en forma de colaboración sin compensación económica, inmediata..., con derecho a participar en los excedentes que se produzcan por todos en la cooperativa.

Adicional a ello el art. 34 de dicha ley señala que los anticipos societarios no tienen condición de salario. Por su parte en el Artículo 35 se expresa que los asociados que aportan su trabajo tienen derecho a percibir, periódicamente, según su participación en la cooperativa, según lo que prevean los estatutos o reglamentos internos, anticipos societarios a cuenta de los excedentes de la cooperativa.

Según el artículo 54.3 de la Ley es la asamblea o reunión general de asociados, la que puede acordar el reparto del excedente restante entre los asociados por partes iguales, como reconocimiento al esfuerzo colectivo, en proporción a las operaciones efectuadas con la cooperativa o en proporción al trabajo realizado en ellas y a sus aportaciones.

Son estas normas últimamente citadas las que vamos a analizar para determinar la contraprestación que, por su trabajo, recibe el asociado. Lo primero que llama la atención es el expreso señalamiento de que los anticipos societarios no tienen condición de salario. Aquí tenemos que insistir, una vez más, en el carácter tuitivo de la legislación laboral. Es tan celoso el legislador en cuanto a la protección del salario se refiere que el art. 91 constitucional consagra el derecho al mismo.

Adicional a ello se obliga al Estado a garantizar la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa (art. 87 constitucional). Por lo demás declara al salario como irrenunciable e incedible (arts. 103 y 98 LOTT.), así como de libre disponibilidad (art. 101 LOTT.) y, además, inembargable (art. 91 C.R.B.V.).

Es sabido que una persona necesita de medios económicos para proveer a su subsistencia, los cuales se obtienen del trabajo realizado. El servicio prestado a las cooperativas por el asociado, es gratificado con una suma a cuenta de los excedentes de la cooperativa y ello conforma un pago por los servicios prestados que en materia laboral se llama salario, aún cuando la ley que se comenta lo considere una gratificación.

Al ser establecido simplemente “un anticipo societario” como cantidad que se le entrega al asociado para sus gastos, se contraría otros de los principios constitucionales y legales que caracterizan al salario, como son aquellas según las cuales:

- a. es inembargable (art. 91 C.R.B.V.);
- b. se pagará periódica y oportunamente, en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria (art. 91 C.R.B.V.);
- c. el Estado garantiza un salario mínimo vital que se ajustará cada año, tomando

como una de las referencias el costo de la canasta básica, sin que, en ningún caso, pueda ser inferior al salario mínimo (arts. 91 Carta Magna y arts.99, 129,130, 111 y 533 LOTTT. y 60 al 70 RLOT.).

- d. la suficiencia, lo que significa, en términos constitucionales, que es aquel que le permite al trabajador vivir con dignidad y cubrir las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales de su persona y su familia (art. 91 C.R.B.V.), o en términos de la LOTTT., como aquel que sea capaz de garantizar al trabajador y a su familia una existencia humana y digna (arts. 91 y 92 de nuestra Carta Magna, 98 LOTTT. y 60 RLOT.);
- e. es de exigibilidad inmediata (art. 92 C.R.B.V.);
- f. es irrenunciable (art. 103 LOTTT.);
- g. que es una obligación del patrono pagar un salario (art. 17.a. del RLOT.)

En la medida en que se acepte que el anticipo societario no participa de la naturaleza de un salario, se le estaría impidiendo la posibilidad de reclamar la diferencia entre el monto recibido y lo que verdaderamente le corresponde. En el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo se prevén sanciones de acuerdo con el art. 533 de la LOTTT. al que pague un salario por debajo del mínimo, pero además debe reembolsar la diferencia entre el salario mínimo y lo realmente pagado, así como su incidencia sobre los beneficios, prestaciones e indemnizaciones por todo el tiempo en que hubiere recibido salarios más bajos que los fijados como mínimos, además de pagarle el monto equivalente a los intereses que devengaría esa cantidad a la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos comerciales y universales del país (art. 60 R.L.O.T.).

Así mismo tal anticipo es violatorio del principio de que el salario debe pagarse periódica y oportunamente (art. 91 constitucional). La ley no define los conceptos de periódico y oportuno. En todo caso el lapso para el pago del salario no podrá ser mayor de una quincena, pero podrá ser hasta de un mes cuando el trabajador reciba del patrono alimentación y vivienda. (art. 126, 533 LOTTT. y 17 letra a) RLOT.).

En el caso de las cooperativas, el lapso para el pago del anticipo a cuenta del excedente de la cooperativa, va a depender de lo que prevean los estatutos o reglamentos internos (art. 35 de la ley).En definitiva la contraprestación de los asociados depende de que haya o no excedentes; de que se hayan realizado los apartados que la ley ordena, y de que se decrete su repartición.

Podemos sostener, entonces, que el anticipo que recibe el asociado, al no gozar, según la Ley de Cooperativas, de la protección de la legislación laboral, coloca al asociado en una posición desventajosa en relación con aquellas personas que no siendo asociados laboran para la cooperativa, todo ello en franca violación de principios constitucionales, cuya aplicación está por encima de las normas de rango legal, aún cuando se encuentren en un Decreto Ley.

Según se ha señalado con anterioridad "EL DECRETO" descarta el pago de un salario en contraprestación a la actividad que desarrolla el asociado para la cooperativa. Lo que el asociado recibe semanal o mensualmente se le considera

como un adelanto a cuenta de utilidades, contrariando un principio laboral de orden público según el cual: "...En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias", por lo que, según afirma Mario de la Cueva "en el derecho civil el contrato no está ligado a su cumplimiento, en tanto la relación de trabajo no queda completa si no es a través de su ejecución" y es porque, como dice Georges Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento.

A pesar de que según "EL DECRETO", los asociados no reciben salario, la contraprestación que se les asigna por su trabajo (anticipos societarios) depende de los resultados económicos de la cooperativa. Por tanto es contraria a la protección que brinda el estado a la prestación de un servicio personal, el hecho de que la misma no sea remunerada.

#### **VIII.F. PROPIEDAD DE LOS BIENES E INSUMOS CON LOS CUALES SE VERIFICA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO**

El aporte de los asociados es fundamentalmente su trabajo, lo que no implica que el mismo pueda consistir, también, en dinero o especies tales como herramientas, materiales y maquinaria, convencionalmente valuados, en la forma y plazo que establezcan los estatutos. Dado que la participación en la cooperativa tiene como contrapartida el aporte del asociado y que él puede consistir en bienes (art. 46), una vez que se ha efectuado el mismo dicho aporte pasa a ser propiedad de la cooperativa, quien a cambio del mismo emite un certificado u otro documento nominativo, representativo del aporte (art. 46).

Tan es propiedad de la cooperativa el aporte, que en caso de pérdida de la condición de asociado señala "EL ESTATUTO" lo que se le debe reintegrar al asociado y en lo que señala no se incluye el aporte o el valor del mismo. Por ello, los asociados laboran con los bienes de la cooperativa y realizan su trabajo dentro de las instalaciones de la cooperativa, con materiales y herramientas propiedad de aquella.

#### **VIII.G. LA EXCLUSIVIDAD DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PARA LA COOPERATIVA**

El contenido del artículo 31 es expreso al señalar que el trabajo en la cooperativa es responsabilidad y deber de todos los asociados. Dado que los asociados deben tener la más amplia participación directa en el desarrollo del trabajo cooperativo (art. 33) se presume que el asociado no puede prestar sus servicios para otra cooperativa, a tal punto que excepcionalmente se le permite seguir siendo asociado, si dejare de trabajar en la cooperativa, si su separación de la misma es por razones de edad, incapacidad o fuerza mayor (art. 19).

Según los artículos 32, 33 y 43 el trabajo en la cooperativa se desarrollará de manera que estimule y garantice la máxima participación permanente de los asociados, en llevar adelante su actividad económica, mediante la intervención directa de los mismos.

**VIII.H. COMO PERSONA JURÍDICA ES FUNCIONALMENTE OPERATIVA; CUMPLE CON CARGAS IMPOSITIVAS, REALIZA RETENCIONES LEGALES, LLEVA LIBROS DE CONTABILIDAD, ETC.**

Según el artículo 43 las asociaciones cooperativas son empresas, por lo que debe aplicarse el contenido del artículo 45 de la LOTT., según el cual empresa es sinónimo de unidad de producción de los bienes o servicios, lo que supone la reunión de medios materiales y de trabajadores permanentes que laboran en un mismo lugar, en una misma tarea de cualquier naturaleza o importancia y que tienen una dirección técnica común.

Indudablemente que siendo la cooperativa una persona jurídica lleva sus libros de contabilidad y todo lo que conlleva la administración de bienes destinados a hacer frente a sus necesidades y de una distribución de anticipos societarios, sobre todo cuando cada aporte tiene una valoración diferente y puede recibir un interés diferente, precisando cual es su límite.

Por lo demás la cooperativa lleva su contabilidad muy bien regulada según el art. 53 de "EL DECRETO".

**VIII.I. LA AJENIDAD Y LOS ASOCIADOS DE LA COOPERATIVA**

A pesar de que el producto de la actividad que despliega el asociado pasa a engrosar el patrimonio de la cooperativa, quien periódicamente le acuerda anticipos societarios (art. 35) según su participación en la cooperativa, soy de la idea de que no se puede aplicar el concepto de ajenidad para determinar si son o no trabajadores. En efecto, si bien es cierto que los asociados prestan el servicio dentro de un sistema de producción, con lo cual le añaden valor al producto que resulta de ese sistema y que lo producido pertenece a la cooperativa que es la dueña de los factores de producción y quien está obligada a retribuir la prestación recibida, no es menos cierto que en el trabajo por cuenta ajena se exigen 3 características esenciales: 1. Que el costo del trabajo corra a cargo del empresario. 2. Que el resultado del trabajo se incorpore al patrimonio del empresario y 3. Que sobre el empresario recaiga el resultado económico favorable o adverso, sin que el trabajador se vea afectado por el mismo.

En el caso del sistema cooperativo el resultado económico adverso afecta al asociado por cuanto en caso de pérdida, estas pueden ser cubiertas con las aportaciones de los asociados, pues hay que tener presente, además, que los pasivos que asuma la cooperativa para su funcionamiento deben ser cubiertos con aportes de sus propios asociados (arts. 52 y 54)

**CAPÍTULO IX**  
**EL SUBCONTRATO CON NO ASOCIADOS**

En el caso de las cooperativas, la posibilidad de tercerizar la establece "EL DECRETO" en sus Artículos 36 y 37 que tienen el siguiente contenido:

**Artículo 36:** Las cooperativas podrán, excepcionalmente,

contratar los servicios de no asociados, para trabajos temporales que no puedan ser realizados por los asociados. Esta relación se regirá por las disposiciones de la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y terminará cuando estos trabajadores se asocien a la cooperativa.

Las personas naturales que trabajen hasta por seis meses para la cooperativa en labores propias de la actividad habitual de ésta, tendrán derecho a exigir su ingreso como asociados, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el estatuto, y cesarán en su relación laboral.

**Artículo 37.** Las cooperativas de cualquier naturaleza, cuando no estén en la posibilidad de realizar por sí mismas el trabajo que les permita alcanzar su objeto, contratarán los servicios de cooperativas o empresas asociativas y de no ser esto posible, podrán contratar empresas de otro carácter jurídico, siempre que no se desvirtúe el acto cooperativo.

Ahora bien, dado que el trabajo es un hecho social, la LOTTT. regula las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del proceso de producción de bienes y servicios (art. 1) y que sus normas son de orden público (art. 2), por lo que debemos tener presente lo relacionado con la tercerización prohibida por el artículo 48.

Al analizar los artículos 36 y 37, arriba citados, lo primero que queremos destacar es el hecho de que hay una evidente contradicción entre el contenido de ambos artículos, ya que el artículo 36 tiene como supuesto para que la cooperativa pueda contratar, la circunstancia de que se trate de trabajos temporales que no puedan ser realizados por los asociados, mientras que en el artículo 37, si bien parte del mismo supuesto, como es la imposibilidad de atender los trabajos por los asociados, se pueden contratar trabajos necesarios para alcanzar su objeto social.

Es difícil aceptar que si se trata de trabajos necesarios para alcanzar su objeto social nos encontremos en presencia de trabajos que no pueden ser realizados por sus asociados y que, además, revistan carácter temporal, ya que ello, al referirse al objeto social, obedece más bien a un concepto de carácter permanente. Además si es para alcanzar su objeto necesariamente se vincula con el proceso productivo de la contratante, sobre todo cuando consideramos que el objeto es lo que le da vida a la cooperativa.

Al analizar lo referente a lo que la LOTTT. considera como tercerización, dejamos establecido que se definía así la tercerización prohibida:

“La contratación de entidad de trabajo o de trabajadores 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”.

Consecuencia de lo antes señalado es que aparte de la contradicción existente entre ambos artículos, no se pueden tercerizar (subcontratar) obras, servicios o



actividades que sean de carácter permanente dentro de la empresa, relacionadas de manera directa con el proceso productivo y sin cuya ejecución se interrumpirían las operaciones de la misma. No puede quedar tampoco la menor duda de que si no se logra alcanzar el objeto social, se interrumpen las operaciones de la cooperativa.

El cumplimiento del objeto social es de tal importancia que el ordinal 2 del artículo 71 de “EL DECRETO” establece que es causal de disolución de la cooperativa “la imposibilidad manifiesta de realizar el objeto social de la cooperativa o la conclusión del mismo”. En consideración a las anteriores observaciones sostengo el criterio de que la cooperativa no puede contratar, obras, servicios o actividades vinculadas con la necesidad de cumplir con el objeto social, por cuando ello constituye, según la LOTT. uno de los supuestos de la tercerización prohibida.

Demostrado como ha quedado que en el caso de contratar obras, servicios o actividades para alcanzar el objeto social, tal convenio cooperativo o conforma una actividad fraudulenta destinada a desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral o se trata de un contrato para disimular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.

En capítulo anterior he definido la tercerización permitida así:

“La contratación de entidades de trabajo o de trabajadores para ejecutar obras, servicios o actividades que no sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, que no estén relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante, por lo que su inexecución no afecta o interrumpe las operaciones de la misma”.

Al margen de las críticas a la posibilidad que tiene la cooperativa para subcontratar obras, servicios o actividades, en caso de que lo quisiera hacer debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a. que los mismos conformen trabajos temporales. Sin embargo en este caso hay que tener presente que al llegar a los seis meses y no se han culminado los trabajos, los contratados tendrán derecho a exigir su ingreso a la cooperativa y cesarán en su relación laboral (parte final del art. 36 de “EL DECRETO”).
- b. que no puedan ser realizados por los asociados;
- c. que no estén relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y
- d. que su inexecución no afecta o interrumpe las operaciones de la misma.

Según la parte final del artículo 36 de “EL DECRETO” “esta relación se regirá por las disposiciones de la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y terminará cuando estos trabajadores se asocien a la cooperativa. Nuevamente observamos contradicciones en el contenido de dicho

artículo, pues la naturaleza de tal convenio participa de la naturaleza de un contrato de obra que durará por todo el tiempo requerido para la ejecución de la obra, por lo que terminará con la conclusión de la misma (art. 63 de la LOTT), por lo que no puede entenderse como ese contrato va a concluir no cuando la obra termine, sino cuando los trabajadores contratados se asocien a la cooperativa.

Es claro que la relación con la cooperativa y los trabajadores contratados se rija por las disposiciones de la legislación laboral. Lo que no creo posible es que un trabajador que realiza una obra para la cooperativa, disfrutando de los beneficios que le brinda la legislación laboral vaya a incorporarse a una cooperativa en donde no tendrá salario, ni tales beneficios.

Según opina Guerrero en un artículo que puso a circular por Internet, en estos casos ellas adquieren condición patronal y esa relación se rige por la LOTT. Sin negar esa opción, este documento se concentra en las cooperativas con solo asociados que tienen derecho a tercerizar<sup>15</sup>.

## **CAPÍTULO X**

### **SANCIONES PECUNIARIAS A LA COOPERATIVA**

Demostrado que la Cooperativa reviste las características de patrono de quienes le aportan su trabajo, es necesario examinar las sanciones que se le pudieran aplicar si un Inspector considera que “EL DECRETO” no puede ser aplicado al margen de la LOTT. por lo que se estaría en presencia de un acto de simulación para desconocer la aplicación de la legislación laboral.

El Artículo 535 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTT) señala que:

“el patrono incurso o patrona incurra en hechos o actos de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral, se le impondrá una multa no menor del equivalente de ciento veinte unidades tributarias, ni mayor del equivalente a trescientas sesenta unidades tributarias”.

La sanción antes señalada se aplicará al patrono que incurra en infracción a la normativa que prohíbe la tercerización, es decir aquél patrono que cometa fraude o simulación de la relación de trabajo e incurra en los hechos prohibidos señalados en el Artículo 48 de la LOTT.

Adicionalmente, también se le pudiera imponer otra sanción que sería la negativa o revocatoria de la solvencia laboral conforme a lo establecido en el Artículo 553 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTT) que señala:

“A los patronos o patronas que incumplan las obligaciones que le impone esta ley, les será negada o revocada la

---

<sup>15</sup> MARCOS GUERRERO LOTT, TERCERIZACIÓN, Y COOPERATIVAS.

solvencia laboral según lo establecido en la ley correspondiente”.

Para los efectos de establecer el monto de la multa se debe tomar en cuenta la Unidad Tributaria (UT) que se fija cada año de acuerdo con la variación del valor adquisitivo del bolívar.

Adicionalmente, en caso de incumplimiento por parte del patrono en el pago de la multa, los representantes de dicho patrono podrían ser sujetos a pena de arresto, entre diez (10) y noventa (90) días. El Inspector solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente. (Artículo 546 LOTTT).

## **CAPÍTULO XI**

### **CONCLUSIÓN**

De acuerdo con nuestra Constitución el hecho social trabajo es objeto de protección por parte del Estado. Siguiendo ese mandato, se han dictado una serie de normas y principios que tienden a la protección jurídica de las personas naturales que prestan un servicio, todo ello con la finalidad de mejorar la calidad de vida del individuo, desde el punto de vista social, haciendo énfasis en lo económico y en la creación de normas que garanticen el desarrollo integral de la persona humana.

Ahora bien, mecanismos como el cooperativismo, si bien persiguen la misma finalidad, no dan la misma protección que ofrece el derecho del trabajo, pues expresamente se establece en “EL DECRETO” que el único beneficio a que pueden ser acreedores los asociados, es la alícuota del rendimiento por la explotación del objeto de la cooperativa y la incorporación al sistema de seguridad social, con la agravante de que el asociado, de su propio peculio, debe aportar un porcentaje que determinan las cotizaciones al sistema de seguridad social, que equivale, hoy en día, a la suma de lo que aporta un patrono y un trabajador juntos.

Unido a esto tenemos que un asociado no percibe cantidad alguna por concepto de antigüedad y sus respectivos intereses, ni vacaciones, así como tampoco bono vacacional, cesta ticket y otros beneficios sociales que dimanen de una prestación de servicios de carácter laboral.

Entonces, nace una interrogante ¿el cooperativismo, que hoy en día su desarrollo constituye una política de Estado, cumple con la misma finalidad proteccionista de la persona humana que hemos desarrollado en nuestro sistema jurídico cuando de un trabajador se trata?. La respuesta es obvia: NO. Lo antes señalado nos hace concluir en que “EL DECRETO” es un instrumento legal que permite soslayar la aplicación del Derecho del Trabajo.

Por ello me atrevo a afirmar que los artículos analizados en la presente exposición, contenidos en “EL DECRETO”, contrarían tanto normas y principios constitucionales, como reglas de orden público contenidas en la LOTTT., toda vez que desconocen todo el sistema tuitivo consagrado en nuestra Carta Magna para la protección de los derechos de aquellas personas que prestan un servicio

personal y que reciben, a cambio, una determinada cantidad de dinero, así se le denomine “anticipo societario”.

Es indudable que la contraprestación recibida a cambio del trabajo aportado, es un salario. El problema está en que al ser considerado dicho estipendio, con violación de la Ley Suprema, como “un anticipo societario” se le deja desprotegido de todas las características que son propias del salario, pudiendo llegarse al caso de que lo recibido por el asociado no se corresponde con la idea de suficiencia, lo cual garantizaría el sustento del trabajador y su familia; aparte de que al ser aleatorio, va a depender de que la cooperativa tenga excedentes, lo cual tampoco garantiza su existencia.

Puede apreciarse fácilmente que mediante la implementación de “EL DECRETO”, se produce una desaplicación de las normas que regulan el trabajo, desviando hacia el campo del derecho cooperativo la relación entre el asociado y la cooperativa, todo ello en desmedro de los derechos que la legislación laboral consagra a favor de los laborantes.

El cambio permite evadir el cumplimiento de los beneficios económicos que la legislación laboral le otorga a quien utiliza o pone su esfuerzo intelectual o manual, para otro y por cuenta de otro, para procurarse su sustento. Las consecuencias de la violación de normas constitucionales y de orden público serían, en primer lugar la desaplicación de todos los artículos de “EL DECRETO” que desconocen la protección de un derecho inherente a la persona humana como es el trabajo, considerado como un hecho social y en segundo lugar la afirmación de que todas las personas que prestan servicios para las cooperativas en relación de subordinación, tienen el estatus de trabajadores asalariados, con todos los derechos y garantías que ello conlleva.

En caso de que un asociado intente un cobro de prestaciones sociales por la labor desempeñada para una cooperativa, deberá alegar que las disposiciones pertinentes de la Ley de Cooperativas violentan la Constitución y la LOTT., cuyas disposiciones son de orden público.

“En materia de interés social, como la laboral, el juez tiene que interpretar las normas con mayor amplitud a favor del débil, en beneficio de quien tiene las dificultades...”<sup>16</sup>.

El Juez laboral no puede olvidar que en ejercicio de la función jurisdiccional tendrá por norte de su actuación la verdad, estando obligados a inquirirla por todos los medios a su alcance; a no perder de vista la irrenunciabilidad de los beneficios acordados por leyes sociales a favor de los trabajadores, así como el carácter tutelar de las mismas; y que si hubiere dudas acerca de la aplicación o interpretación de una norma legal o en caso de colisión entre varias normas aplicables al mismo asunto, se aplicará la más favorable al trabajador (arts. 5 y 9 LOPTRA.).

Por lo demás el juez tiene la obligación de velar por la integridad de la Constitución (art.334 CRBV.) y cuando se desconoce la protección laboral se violentan

<sup>16</sup> SALA CONSTITUCIONAL. Sent. 0194 del 29-03-05. Exp. 041028.

normas de carácter constitucional como son las contenidas en los artículos 89, 91 y 92 de nuestra Carta Magna.

Tal enunciado programático se explica e inserta en el ámbito del objeto jurídico que regula el Derecho del Trabajo, a saber el hecho social trabajo.

“De allí que la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias impere como principio rector del Derecho del Trabajo y soporte filosófico esencial para quienes tienen la invaluable misión de impartir la justicia laboral”<sup>17</sup>.

Todo lo antes señalado constreñiría al Juez laboral, que está obligado a asegurar la integridad de la Constitución, a darle vigencia tanto a las disposiciones constitucionales mediante la desaplicación de la normativa de la referida ley, como a los principios del derecho laboral que protegen el trabajo, todo ello reforzado, además, por el carácter irrenunciable de las normas dictadas en protección de los trabajadores y la obligatoria sujeción de cualquier relación de prestación de servicios personales a las normas contenidas en la Constitución y en la LOTT., cualquiera que fuere la forma que adopte, salvo las excepciones establecidas en el cuerpo de la propia ley.

El criterio anterior se refuerza con la existencia de los artículos 86 al 97 de nuestra Carta Magna que establecen los principios primarios o rectores que obligan al Estado a garantizar la igualdad de hombres y mujeres en el ejercicio de los derechos del trabajo, por lo que al considerar el trabajo como un hecho social, lo declara protegido por el Estado y regido por los principios de intangibilidad, progresividad, primacía de la realidad, irrenunciabilidad e indubio pro operario, entre otros.

Igualmente podría suceder que una decisión de la Sala Constitucional, declare la nulidad del articulado comentado. Cualquiera de las situaciones comentadas podría darse en aplicación del Control Difuso o del Control Concentrado de la constitucionalidad de las leyes, establecido en el art. 334 constitucional y en el art. 20 del C.P.C.

Aún cuando se sostenga que el cooperativismo, como política incentivada por el Estado venezolano, es fundamental a nuestra actividad económica, no puede admitirse que un Decreto Ley violente normas de la Constitución y de una Ley Orgánica, por lo que es necesario concluir en que el sistema cooperativo conforma una forma de tercerización prohibida por la LOTT.

La posición antes señalada no debe entenderse como una oposición al sistema cooperativista. Su finalidad es llamar la atención sobre un problema de estricto derecho, como es la posibilidad de que una normativa de carácter legal, pueda ser aplicada por encima de la norma constitucional, ya que no se puede olvidar que cuanto acuerdo tenga por objeto la prestación de trabajo humano, debe quedar bajo la esfera protectora del derecho del trabajo, pues ello conforma una garantía para el individuo, que podría dedicar todas sus energías a la empresa para la cual trabaja, sabiendo que lo hace bajo la protección de leyes que le aseguran el fruto de su esfuerzo.

<sup>17</sup> SALA DE CASACION SOCIAL. Sent. N. 1.778 del 06-12-0. Exp. N. 05234.

El problema no es sencillo, pero creo que un estudio cuidadoso de la situación me dará la razón pues, como se dijo en el Informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), presentado en la octogésima sexta (86<sup>o</sup>) reunión de la Conferencia;

“Los fenómenos del encubrimiento y de las situaciones objetivamente ambiguas son susceptibles de crear una situación de no protección de los trabajadores, derivada de la no aplicación parcial o total de la legislación. Ante este problema se propone una acción de «reenfoque» de la norma, mediante una clarificación y eventualmente una rectificación de la misma. Una clarificación, en primer lugar, porque muchas situaciones de «desenfoco» son en realidad casos de relaciones encubiertas. Una rectificación, además, para contemplar situaciones nuevas que tal vez no entran en el ámbito de la norma pero que corresponden a verdaderas relaciones de dependencia, como la del independiente que no tiene sino un solo cliente fijo...”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Sala Constitucional en sentencia del 14/08/2008.

# Los cálculos del Costo Laboral en Venezuela y la imposibilidad de su determinación

Frederick CABRERA CONDE

Profesor de Postgrado en la UCAB de Caracas, Barquisimeto, Guayana y en el CIAP

*Somos una sociedad que prefiere las mentiras reconfortantes  
en lugar de las verdades incómodas*

## Sumario

1. ¿Qué es el costo laboral? 1.1. Tipos de Costos 2. Costos directos e Indirectos en los que incurre el empleador en Venezuela. 2.1. Costos directos por salario pagados a nómina. 3. Costos Indirectos. 3.1. Costos laborales por beneficios que inciden en el pago del salario integral. 3.2. Costos laborales que no inciden en el pago del salario básico, normal o integral. 4. El factor de costo laboral. 5. ¿Qué es un Plan de Compensación? 6. Cambios que afectan el factor de costo laboral en la nueva Ley del Trabajo (LOTTT). 7. ¿Por qué se dice que actualmente es imposible la determinación del costo laboral en Venezuela? 7.1. Indeterminación exacerbada de los costos eventuales o contingencias laborales. 7.2. Variables macroeconómicas que afectan la proyección de costos laborales. 7.3. Imposibilidad legal de replegar un proceso incorrecto de producción o servicio. 7.4. Los controles gubernamentales, control de precios, (Ley Orgánica de Precio Justo, PVJ, etc.). 8. La falsedad de las “conquistas sociales” o cargas sociales que paga el empleador a favor del trabajador. 9. Conclusiones y Observaciones Finales.

## **Resumen**

El artículo aborda de forma sucinta. La determinación de los cálculos de costos laborales en Venezuela, basada en la proyección de distintas categorías de costos laborales directos e indirectos, como de salarios a ser pagados, prestaciones sociales (antigüedad), vacaciones, utilidades e indemnización por despido o cesantía. Luego se exponen las causas y efectos con relación al costo laboral en Venezuela y se justifica el porqué es falso que las llamadas conquistas sociales o cargas sociales al empleador le favorezcan al trabajador.

**Palabras claves:** Costo laboral, costos directos, indirectos, eventuales, factor de costo laboral, plan de compensación, flexibilidad laboral, conquistas sociales.

## **Abstract**

The article discusses succinctly the determination of the calculate labor costs in Venezuela, based on the projection of various categories of direct and indirect labor costs, such as salaries to be paid , benefits (retirement), vacation , earnings and severance pay or unemployment. Cause and effect relation is then exposed to labor costs in Venezuela and justified why it is false that called social conquests or employer payroll taxes to favor the worker.

**Keywords:** Labor costs, diredt costs, indirect, incidental, labor cost factor, compensation plan, labor flexibility, social conquests.



## **INTRODUCCIÓN**

La determinación de los costos laborales en Venezuela, basada en la proyección de variables que se indican en el presente trabajo, son en las circunstancias actuales en extremo difíciles. El especialista en el área laboral requiere colaborar con el experto contable, economista, administrador, emprendedor o empleador en explicar estas variable y hechos, y con base a su asesoría tratar de aproximar y prevenir el efecto negativo de esta incertidumbre que encuentra como factores de su causa la inseguridad jurídica, cambios repentinos de normas laborales y efectos macroeconómicos. En el presente trabajo se exponen las causas y efectos concernientes a dicha situación en el país, la forma de cálculo de los costos directos e indirectos, causados por obligaciones prestacionales, parafiscalidad social, exacciones, y la falsedad que involucran las supuestas conquistas sociales como beneficios para el trabajador y el empleo.

### **1. ¿QUÉ ES EL COSTO LABORAL?**

Son los pagos que efectúa el empleador que involucra a la fuerza de trabajo o trabajador, con ocasión de su integración o posible incorporación a la entidad de trabajo, durante lo largo de todo el proceso y desarrollo de la actividad laboral, por causa de contingencias derivadas de su cesantía o desincorporación al proceso laboral. Incluyendo contingencias eventuales como pueden ser reclamos o demandas ej. por accidente de trabajo, despido, etc.

El costo laboral que como se explicó arriba está integrado no solo por el pago directo del salario en la nómina, es uno de los dos principales costos que tiene la entidad de trabajo o de producción, el otro costo es el inherente al proceso de adquisición de insumos, materias primas, herramientas, equipos de producción, etc., además del pago de impuestos formales como el ISLR y el IVA y otros referidos a impuestos municipales y estatales.

En el presente artículo clasificamos y organizamos dichos costos laborales en función de su impacto en la estructura de costos, encontrando unos directos que son más fáciles de precisar como el salario, y otros que llamaremos indirectos que se causan también en ocasión de integrar personal dependiente al proceso de producción o servicio y que obviamente también inciden en los costos laborales, pudiendo tener impacto salarial o no y pudiendo ser legales o convencionales y hasta eventuales o contingentes.

#### **1.1. TIPOS DE COSTOS**

**Costo Directo.** Integrado por el pago directo de salario al personal dependiente en la nómina de la entidad de trabajo.

**Costo Indirecto.** Integrado por cualquier pago de conceptos que pueden tener o no carácter salarial, distinto al pago directo de salario a personal dependiente en la nómina de la entidad de trabajo.

## 2. COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS EN LOS QUE INCURRE EL EMPLEADOR EN VENEZUELA

### 2.1. COSTOS DIRECTOS POR SALARIO PAGADOS A NÓMINA

Estos están integrados por el pago regular de “salario básico”<sup>1</sup> y el “salario normal”<sup>2</sup> y se reflejan normalmente de forma semanal o quincenal en la nómina de pago rutinaria al personal, siendo pagos de carácter regular, permanente, periódicos y entregados con certeza al trabajador, tales como: salario básico de nómina, pagos o recargos en función de jornada regular o normal de trabajo en horario nocturno (recargo por bono nocturno a trabajadores en horario mixto o nocturno); pago por trabajo en domingos o día feriado cuando se trate de trabajadores que desempeñan ese tipo de jornada lícitamente; pagos por beneficios de carácter salarial derivados de convención colectiva o individual (ej. Recargo por trabajo en altura, exposición al calor, etc.). Pagos regulares que forman parte del salario normal en el caso de trabajadores con salario variable o mixto como son: las propinas, comisiones, bonos por asistencia, asiduidad, cumplimiento de horario o tareas rutinarias.

En este caso el costo es directo e incide como base imponible para el cálculo de pago de los otros costos laborales indirectos, tales como: costos laborales por beneficios que inciden en el pago del salario integral, costo por parafiscalidad social y por exacciones parafiscales, costos eventuales generados por contingencias que repercuten en pagos adicionales que debe cubrir el empleador entre otros que se explican más adelante.

## 3. COSTOS INDIRECTOS

Integrado por cualquier pago de conceptos que pueden tener o no carácter salarial, distinto al pago directo de salario a personal dependiente en la nómina de la entidad de trabajo. Entre estos costos encontramos los siguientes beneficios o conceptos:

**3.1. Costos laborales indirectos por beneficios que inciden en el pago del salario integral.** Son beneficios que sí tienen carácter salarial e inciden en el cálculo del “salario integral” pero no en el salario básico o en el normal, tales como el pago por utilidades o bono de fin de año, bono vacacional, horas extras, pago por trabajo en día de descanso o feriado que no sea parte de su jornada normal, entre otros.

**3.2. Costos laborales indirectos que no inciden en el pago del salario básico, normal o integral.** Son costos indirectos que tienen por característica

<sup>1</sup> La Sentencia N° 106 de fecha 10/05/00 de la SCS-TSJ conceptualizó al Salario Básico de la siguiente forma: “es el salario fijo previsto para el cargo o la función realizada por el trabajador, referido a una jornada de trabajo, sin ninguna adición”

<sup>2</sup> De conformidad con el artículo 104 LOTT (tercer párrafo) es la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan excluidos las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestaciones sociales y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial. Para la estimación del salario normal ninguno de los conceptos que lo conforman producirá efectos sobre sí mismo. La doctrina de la Sala Social del TSJ adicionalmente incorpora el elemento: “por causa de su labor” y la Sala Constitucional los elementos: “Certeza; reiterado y seguro”.

no poseer carácter salarial o remunerativo pero que también inciden en el costo laboral. Entre estos costos encontramos los siguientes:

**a) Costos laborales que no inciden en el pago del salario básico, normal o integral por ser beneficios prestacionales no remunerativos.** Aquí encontramos el pago de las “prestaciones sociales” causadas por la antigüedad (art. 142 LOTTT) y el pago por disfrute de vacaciones.

**b) Costo por “parafiscalidad social” y por “exacciones parafiscales”.** También se generan las llamadas cargas parafiscales-sociales o aportes patronal derivadas del sistema de seguridad social (Seguro Social, Régimen Prestacional de Empleo, FAOV), y otros generados por y exacciones parafiscales en leyes que pueden ser afectadas dependiendo del número de trabajadores con los que se cuente o ingresos de la empresa, como la Ley de la Juventud Productiva, Ley Orgánica de la Cultura, Ley para personas con Discapacidad, Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (LOCTIC); Ley Orgánica de Drogas (LOD), Ley Orgánica de Deporte, actividad física y educación física; Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Lotel); Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión; Ley de Cinematografía Nacional, entre otras.

**c) Costos legales de carácter no remunerativos<sup>3</sup>.** Son beneficio que pueden ser otorgados al trabajador sin afectar o aumentar la base de cálculo salarial, por lo que no inciden en el cálculo o pago de las prestaciones sociales, pago de utilidades, vacaciones, retenciones parafiscales, etc., y por tanto no repercuten en el salario básico, normal e integral pero sí en los costos laborales indirectos, por lo que son llamados “beneficios sociales no remunerativos”. Por ende, es común que el empleador se sienta motivado en entregar este tipo de beneficios que no le afecta en gran medida el costo laboral y/o el pasivo contingente prestacional, pero que sí representan un estímulo y beneficio inmediato para el trabajador.

Entre estos costos legales de carácter no remunerativos, encontramos los establecidos en el artículo 105 LOTTT y otros que se agregan, como:

*i. Centros de Educación Inicial<sup>4</sup>.*

<sup>3</sup> Recuerde que para que estos beneficios que en principio no tiene carácter salarial, mantenga esa característica, en su implementación debe respetar los principios y límites rectores que le caracterizan referidos primordialmente a: conmutatividad y enriquecimiento; racionalidad o justificación; observancia de límites legales; proporcionalidad; irrenunciabilidad, indisponibilidad, realidad sobre las formas; no discriminación e igualdad. Lo cual quiere decir que aún y cuando el beneficio se encuentre establecido en la excepción del art. 105 LOTTT como de carácter no salarial puede en caso de ruptura de estos límites pasar a ser un beneficio de carácter salarial con las consecuencias del caso. Entre las características que deben guardar los beneficios sociales no remunerativos (art. 50 RLOT), se encuentra que revisten carácter excepcional, deban guardar proporción o adecuación con las necesidades que se pretenden satisfacer, aprovechar al trabajador, su cónyuge, concubino, persona con la que se encuentre en una unión estable de hecho, o a sus familiares; y no revisten carácter salarial, salvo que se hubiere pactado lo contrario en convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo

<sup>4</sup> Centros de Educación Inicial Todo Empleador que ocupe más de veinte (20) trabajadores, deberá mantener durante la jornada de trabajo, un centro de educación inicial (guardería infantil) con sala de lactancia para los hijos de trabajadores con edades desde los tres (3) meses hasta la edad de seis (6) años, siempre que el trabajador perciba una remuneración mensual menor a cinco (5) salarios mínimos. En el supuesto que el empleador no cuente con la centro de educación inicial, se libera de la obligación pagando a una particular la cantidad equivalente al cuarenta por ciento (40%) del salario mínimo vigente, por concepto de matrícula y de cada mensualidad (art. 343 y 344 LOTTT).

- ii. *Beneficio de alimentación*<sup>5</sup>.
- iii. *Gastos médicos, farmacéuticos y odontológicos.*
- iv. *Las provisiones de ropa de trabajo.*
- v. *Útiles escolares y de juguetes.*
- vi. *Becas*<sup>6</sup>, *cursos de capacitación.*
- vii. *Pago de gastos funerarios.*
- viii. *Incentivos al ahorro*, fundamentalmente a través de aportes a la Caja de Ahorros constituida por los trabajadores.

**d) Costos Eventuales**, generados por contingencias que repercuten en pagos adicionales pagados por el empleador.

Son costos de difícil precisión o cálculo a futuro. En algunas entidades de trabajo se usan proyecciones estadísticas o actuariales, con las cuales se puede proyectar dicho costo en función de particularidades de cada trabajador, con base a variables tan disímiles como: la edad, sexo, estado civil, grado de capacitación o nivel profesional del trabajador, riesgo que comporte la actividad que desarrolla o el hecho de estar o no afiliado a un sindicato, entre otras muchas variables. Es importante destacar que estos costos “eventuales o contingentes” pueden representar montos o costos laborales significativos.

Estadísticamente es más probable que una entidad de trabajo tenga costos adicionales por despido o cesantía con personal operario que con personal profesional o que la empresa deba incurrir en costos asociados a maternidad, reposos, permiso de lactancia, control pediátrico, etc., con personal femenino en edades fértiles entre 20 y 40 años, o con incidencias mayores en personal operario que profesional y así muchos otros casos.

Entre los principales costos eventuales o indeterminables encontramos los siguientes:

- (i) *Pago adicional por cesantía o despido.*
- (ii) *El pago adicional al trabajador por recálculo de las prestaciones sociales a través del sistema retroactivo establecido en el art. 142 lit. “c” LOTTT calculado a último salario.*
- (iii) *Pago por accidentes de trabajo y enfermedad profesional.*
- (iv) *Pagos asociados a maternidad y paternidad.*

<sup>5</sup> Beneficio de alimentación. Que en dinero equivale a un monto comprendido entre el 50% al 75% de la Unidad Tributaria vigente por jornada y que se entrega también durante las vacaciones, reposo por accidente o enfermedad de trabajo o común y permisos por maternidad y paternidad, además de otros casos establecidos en la Ley de Alimentación para las Trabajadoras y Trabajadores.

<sup>6</sup> Artículo 162 LOTTT. Becas de estudio. El patrono o patrona que tengan bajo su dependencia más de doscientos trabajadores y trabajadoras deberán otorgar becas para seguir estudios; científicos, técnicos, industriales o prácticos relativos a su oficio, en centros de instrucción especiales, nacionales o extranjeros, para el trabajador, la trabajadora, sus hijos o hijas.

### **e) Costos convencionales o distintos a las obligaciones legales.**

Son costos, en que incurre empleador asociados a beneficios de carácter no legal sino contractual. Normalmente, se establecen por acuerdo en el contrato individual como parte de su paquete o plan de compensación y también lo encontramos de forma colectiva en las convenciones colectivas con la particularidad de poseer efecto *erga omnes*.

Bajo este supuesto encontramos por una parte, beneficios pactados de forma particular o individual como el suministro de la vivienda, pago de colegio de hijos, acuerdos sobre participación de *stock option*<sup>7</sup>, facilidad para adquisición de vehículos normalmente bajo el sistema de venta con reserva de dominio, entre otros muchos.

Por otra parte, encontramos beneficios pactados de forma general en la convención colectiva tales como, entrega de cesta navideña, ayudas para gastos funerarios, bonos por nacimiento de hijos o por matrimonio, planes de jubilación y retiro. etc.

### **f) Costos asociados a la selección de personal.**

Son costos inherentes al proceso de ingreso y selección, que comporta pruebas, perfiles psicológicos, entrevistas, pagos a agencias de empleos y a head hunter, pago de anuncios, horas hombre invertidas en entrevistas, investigación y validación de referencia certificados o títulos, evaluación de destrezas y finalmente costos de exámenes médicos.

En el caso de empresas de alta rotación de personal, este costo laboral es en muchos casos de gran impacto.

### **g) Costo de formación, capacitación y actualización del personal.**

Son costos muy necesarios en el caso de entidades de trabajo en las que el conocimiento es parte de su centro esencial y más si requiere de actualización. Dicho conocimiento manejado por el personal en algunas empresas representa la columna vertebral de su capital y razón de ser. En dichos casos encontramos frecuentemente a entidades de trabajo dedicadas al servicio profesional de asesoría o comercialización del conocimiento (firmas profesionales, universidades o instituciones educativas, etc.).

<sup>7</sup> El **Stock Option** o en castellano "opciones de compra de acciones", es un mecanismo utilizado por empresas que cotizan en bolsa para motivar la integración de sus trabajadores con el éxito de la empresa. Consiste en ofertar al trabajador un número limitado de acciones a un precio fijo, el cual permanecerá constante durante un periodo de tiempo que suele ir de 3 a 5 años. Una vez finalizado este tiempo el titular tiene derecho a comprar el número de acciones que concretó en su día al precio fijado de antemano, el trabajador optará por ejercer o no su derecho de compra, en caso de ser un precio menor al ofertado tiempo atrás el trabajador puede no ejercer su derecho a compra. Pero en caso de ser superior obviamente compra y frecuentemente vende ganando una diferencia a su favor. Para el empleador conlleva adicionalmente la ventaja que oferta un beneficio que sólo se concreta en un futuro en caso que a la empresa le vaya bien. En el caso del stock option la Sala Social del TSJ en sentencia N° 1633 del 14/12/04 estableció que: "este incentivo no reúne las condiciones requeridas para tener carácter salarial, como son el representar un ingreso percibido por el trabajador de manera habitual, es decir, en forma regular y permanente, y que efectivamente ingrese a su patrimonio, brindándole una ventaja económica, razón por la cual el incentivo para compra de acciones no forma parte del salario". (Puede ver también sentencia de la Sala Social TSJ en N° 1513 del 17/12/12).

## **h) Costos asociados a gastos operativos, de inversión y reembolsos.**

- i. *Gastos en inversión Social por Responsabilidad Social Empresarial.* Casos especiales en los supuestos de contrataciones, licitaciones o adjudicaciones con el Estado.
- ii. *Implementación de los Planes de transmisión de su conocimiento del proceso productivo establecidos en los artículos 314 y 319 LOTTT.* Costo relacionado con la obligación legal de participación de planes sobre conocimiento de su proceso productivo a la comunidad y a los trabajadores.
- iii. Planes de recreación y esparcimiento (INCRET<sup>8</sup>).
- iv. Gastos de dotación de Herramientas de Trabajo.
- v. Viáticos y reembolsos.
- vi. Gastos de oficina, instalación, alquileres, servicios, electricidad, reparaciones, custodia y vigilancia.
- vii. Pago de seguros, dotación de puestos de trabajo, equipos, etc.

## **4. EL FACTOR DE COSTO LABORAL**

El salario que se le deposita al trabajador en su cuenta de nómina cada semana, quincena o mes, es lo que llamamos el “ingreso neto” y costo directo laboral, lo cual es sólo una parte del todo, que es, el “costo bruto” o “costo laboral total”.

Cuando el empleador proyecta el costo del trabajador, no sólo suma los salarios pagados en nómina, sino que suma un todo, es decir, el “costo bruto”, para luego proyectar su “costo neto” que le queda luego de restar al valor de su aportación al proceso productivo, el valor descontado de su productividad marginal, las retenciones de ley (IVSS, BANAVIH, INCES, ISLR, etc.), los pagos diferidos que legalmente se deben hacer (prestaciones sociales, vacaciones, utilidades, etc.) y costos adicionales indirectos y contingentes que son todos en su conjunto parte del costo bruto. Muy probablemente, de no tener el empleador que diferir o retener todos esos montos por “costos indirectos” el trabajador podría devengar hasta más del doble del salario neto que recibe por nómina por su salario directo.

En la práctica lo que ocurre es que el empleador debe restar, diferir, aportar y retener costos prestacionales, parafiscales-sociales, costos eventuales o contingentes por lo que el paquete o plan de compensación anual no puede ser dividido entre 12 partes y pagar la fracción correspondiente en cada mes, sino entre un factor superior de quizás 18 a 30, como factor de costo en el que se tiene que fraccionar el paquete anual.

---

<sup>8</sup> **INCRET.** El Instituto Nacional para la Capacitación y Recreación de los Trabajadores (INCRET), es una institución adscrita al Ministerio del Trabajo, que actualmente desarrolla y ejecuta estrategias, políticas y acciones con miras al desarrollo del plan estratégico nacional de recreación socio-laboral, a través del turismo social, la cultura y el deporte, según lo dispuesto en la Constitución Nacional, la Lopcymat, y el Plan Nacional Simón Bolívar.

*Los Cálculos del Costo Laboral en Venezuela y la imposibilidad de su determinación*

Para ilustrar al lector haremos un ejercicio simple de proyección de un paquete anual, en que debemos proyectar su “costo bruto” o costo total por una parte y por otra su “costo neto” o costo directo salarial.

Supongamos que para el cargo de Operario 1 en una empresa X, se proyecta un costo anual de Bs. 120.000, ¿Cuánto le debemos de pagar de salario neto mensual? Y en todo caso debemos precisar si con ese valor nos alcanza para cubrir el costo anual aplicando los costos indirectos, es decir, al proyectar el “costo bruto”.

Si sólo existiese el costo directo o neto de pago del salario sería muy sencillo de proyectar, simplemente dividiríamos el paquete anual de Bs. 120.000 / 12 meses = Bs. 10.000 por mes, pero todos sabemos que las obligaciones legales y costos indirectos son de orden público no derogable o renunciable, por lo que no podemos hacer esa proyección tan simple de dividir el paquete entre doce. Adicionalmente, recordemos que existen costos eventuales o contingentes (ver lit. d del punto 3.2.).

En estos casos debemos de ponderar a través de un factor de costo, el monto del salario a pagar para no sobre pasar la proyección de costo anual de Bs. 120.000 propuesta. Por lo que haremos una “proyección simple de costo laboral<sup>9</sup>” o de cálculo del factor de costo estándar. Tenga el lector en consideración que una unidad “1” en el cálculo es igual a un mes de salario “normal” del trabajador, y partiendo de esa premisa se colocan 12 meses de salario al año, 1 mes por utilidades, 0,5 meses por bono vacacional que equivale 15 días de un mes, y así sucesivamente.

<b>Obligaciones legales básicos o mínimas</b>	
12,00	meses de salario al año
1,00	1 mes de utilidades
0,50	15 días por Bono Vacacional Anual
2,00	2 meses por Prestaciones sociales
0,13	Incidencia de Utilidades y bono vac. sobre el salario integral para cálculo de prestaciones soc.
2,13	proyección de pago adicional por despido injustificado
0,10	Aporte patronal riesgo medio de Seguro Social
0,02	Aporte patronal por Régimen Prestacional de Empleo
0,02	Aporte patronal al FAOV (Banavih)
0,02	Aporte patronal al INCES
<b>17,92</b>	<b>FACTOR DE COSTO ANUAL</b>

<sup>9</sup> Cuando nos referimos a la proyección simple de costo, se trata del costo del trabajador sin incluir los costos distintos al pago de salario, obligaciones prestacionales básicas por bono vacacional, utilidades, prestaciones sociales y pagos parafiscales-sociales.

**Nota.** Se advierte que en la proyección del factor de costo sólo se suman los costos pagados por el empleador, por lo tanto los aportes parafiscales se cuantifican únicamente por lo pagado por el empleador y no se suman los porcentajes aportados por el trabajador.

Luego al dividir el paquete anual de Bs. 120.000 / 17,92 (**Factor de Costo Anual** sumando las obligaciones Legales Básicas o mínimas), nos arroja que el salario máximo que le podemos pagar al trabajador para que no rebase el presupuesto anual de costo laboral para el “operario “1” es un salario de Bs. 6.696,43 (Bs. 120.000 / 17,92). En caso de pagar un salario superior a Bs. 6.696,43 mensual o ingresar algún otro beneficio que comporte un costo laboral, se sobre pasaría el presupuesto anual de Bs. 120.000 referido para el cago en cuestión.

Obviamente, este sistema de proyección de factor de costo se puede usar de forma inversa (*cuando se tiene el dato de cuál es el salario mensual pagado y lo que se quiere saber es cuánto es el costo total bruto a pagar en el año o mes*) en sentido de saber cuánto cuesta anual o mensualmente un trabajador al que le pague un salario ej. de Bs. 6.696,43 x 17,92 = Bs. 120.000 anual o Bs. 10.000 mensual.

Lógicamente, aspecto que ya hemos demostrado en el presente trabajo y que recalcaremos en los puntos posteriores, debemos sumar otros muchos costos laborales “indirectos y eventuales, comenzando por la proyección de aumentos de salarios por decretos de ejecutivo, o el beneficio de alimentación conforme al valor de la unidad tributaria vigente, pagos adicionales por costos legales de carácter no remunerativos (ver lit. “c” punto 3.2.), costos eventuales o contingentes (ver lit. “d” punto 3.2.); costos convencionales o distintos a las obligaciones legales (ver lit. “e” punto 3.2.); costos asociados a la selección de personal (ver lit. “f” punto 3.2.); costo de formación, capacitación y actualización del personal (ver lit. “g” punto 3.2.).

En último lugar, destacamos, que es muy normal que en empresas en las que se tengan beneficios por encima del mínimo legal, por ejemplo pago de 4 meses de utilidades y entrega de beneficios extraordinarios por contratación colectiva, el factor de costo se encuentre muy por encima del referido al mínimo legal en el ejercicio, es frecuente encontrar empresas con un factor de costo de 24 y hasta más de 30. Así, suponiendo que el factor de costo sea 24, factor que duplica los 12, podríamos concluir que el “valor bolívar”, pasa, porque por cada bolívar que se le paga al trabajador por salario directo en nómina, se convierte en realidad de costo en 2 bolívares, esto sin sumar otros costos eventuales o contingentes.

Otra forma de hacer la proyección del costo de un trabajador, se demuestra en el siguiente caso partiendo del salario mínimo mes vigente para febrero de 2015, junto con la proyección de beneficios mínimos de ley, más la entrega del beneficio de alimentación con base al mínimo de 0,50% de la Unidad Tributario sobre el valor vigente a febrero/2015 de Bs. 127 por U.T.



*Los Cálculos del Costo Laboral en Venezuela y la imposibilidad de su determinación*

<b>Beneficio</b>	<b>Salario base</b>	<b>Factor de Beneficio</b>	<b>Costo Patronal</b>
Salarios por año	Bs.F. 5.622,00	12,00	67.464,00
Prestaciones S. art 142	Bs.F. 6.324,75	2,00	12.649,50
Bono Vacacional	Bs.F. 5.622,00	0,50	2.811,00
Utilidades	Bs.F. 5.622,00	1,00	5.622,00
Sub Total		15,50	<b>88.546,50</b>
Bono de Alimentación	$((Bs. 127)/2) \times 20 \times 12$		15.240,00
Sub- total sin parafiscalidad			<b>103.786,50</b>
Parafiscalidad S.			
Seguro Social	Bs.F. 5.622,00	0,10	562,20
Regimen P. Empleo	Bs.F. 5.622,00	0,02	112,44
FAOV	Bs.F. 6.324,75	0,02	126,50
INCES	Bs.F. 5.622,00	0,02	112,44
	Sub-Total Mes		<b>913,58</b>
Total Anual Costo Parafiscal Social	<b>Total Anual</b>		<b>10.962,90</b>
<b>Total General</b>			<b>114.749,40</b>
<b>Costo mensual</b>			<b>9.562,45</b>

**Nota.** ¿Por qué el pago de los días de disfrute de vacaciones no entra en el costo y no impacta como alícuota o incidencia en el salario integral según lo establece el art. 104 LOTT? Esto se debe a que el trabajador durante el disfrute de vacaciones sale de nómina, y no genera costo adicionales, es decir, ya se encuentran en la ley proyectados por impacto mes, sobre la proyección anual, por lo que se divide entre 12 y no por ejemplo entre 11 (suponiendo que el trabajador toma un mes de disfrute de vacaciones). En ese sentido, el pago por días o disfrute de vacaciones no se suma a los costos, pero por ejemplo si se suma e incide como alícuota del salario integral lo que se paga por “bono” de vacaciones o utilidades.

## 5. ¿QUÉ ES UN PLAN DE COMPENSACIÓN?

El concepto de compensación en el mundo laboral, es un concepto extra jurídico, que comprende y rebaza todos los beneficios que hemos reseñado anteriormente, referidos a salarios, beneficios prestacionales, beneficios no remunerativos e incluye conceptos que tienen que ver con todo lo que la entidad de trabajo le puede ofrecer en contraprestación a su servicio al trabajador, envolviendo aspectos de difícil medición o incluso de percepción subjetiva como pueden ser: proyección profesional, aprendizaje, experiencia, posible traslado a sucursales en el exterior, plan de retiro, sector de trabajo, ubicación del puesto de trabajo, entorno laboral, etc.

Así, quizás en el plan de compensación en un país como Venezuela sea muy atractivo ofertar, un sistema seguro de transporte, planes o facilidades para adquirir alimentos, posibles traslados a sucursales en el exterior con remuneración en moneda extranjera, etc.

Repetimos el “Plan de Compensación” comprende <<un todo>> más amplio que el salario y demás beneficios cuantificables en dinero y que no puede ser en algunos supuestos medido o comprendido de forma objetiva o numérica, debido a que incorpora elementos de apreciación muy personales.

Al final el objetivo a alcanzar de un plan de compensación o incentivos, involucra poder contratar al personal más idóneo, calificado y cotizado en el mercado, reducir la rotación o deserción de ese personal, aumentar la productividad mejorando el ambiente de trabajo, entre otros fines.

## 6. CAMBIOS MÁS SIGNIFICATIVOS QUE AFECTAN EL FACTOR DE COSTO LABORAL EN LA NUEVA LEY DEL TRABAJO (LOTTT)

Los cambios que en la nueva LOTTT y nuevas leyes, que afectan la estructura de costo laboral o factor de costo laboral, son los siguientes:

### I. CAMBIOS CON RELACIÓN A JORNADAS, HORARIOS Y DESCANSOS

Cambios por efecto de la reducción de la jornada de Trabajo que generan mayores costos al tener la entidad de trabajo que incorporar más trabajadores para cubrir las mismas horas.

#### Jornada vigente hasta el 06/05/13.

JORNADA hasta el 07/05/2013	SEMANAL (de lunes a sábado)	DIARIA
DIURNA	44 horas	8 horas
NOCTURNA	35 horas	7 horas
MIXTA	42 horas	7 ½ horas

**Jornada vigente a partir del 07/05/13, establecida en la nueva LOTTT.** La jornada de trabajo no excederá de cinco (5) días a la semana y el trabajador tendrá derecho a dos (2) días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor. Uno de los dos días de descanso debe coincidir con el domingo a menos que la entidad de trabajo pueda legalmente laborar los feriados y domingo o que sea una actividad de trabajo continuo de las especificadas en el art. 176 LOTTT.

JORNADA a partir del 07/05/2013	SEMANAL (cinco días)	DIARIA
DIURNA	40 horas	8 horas
NOCTURNA	35 horas	7 horas
MIXTA	37,5 horas	7 ½ horas

- ii. **Aumento de recargo por trabajo en horas extraordinarias.** El recargo legal se aumenta del 50% al “*doble*” 100% en caso de ser laboradas sin autorización del Inspector del Trabajo, art. 182 LOTTT último aparte.
- iii. **Aumento de días por año por Utilidades** o Bono de Fin de año de 15 días a 30. Aumento de mínimo de días tope de utilidades.
- iv. **Aumento de días por concepto de Bono Vacacional** que pasa de 7 a 15 días por año. Se aumentó paralelamente el tope máximo de sumar un día adicional por año, de los días de disfrute de vacaciones y de bono vacacional de 21 días hasta 30.
- v. **Aumento de los días de descanso en casos de entidades de trabajo que contaban con un solo día de descanso y trabajadores con salario variable**, causando como efecto adicional que al pagar 2 días de descanso por semana se redujo el dividendo de días hábiles y pago de más días de incidencia de descansos (ver art. 119 LOTTT). También, incorporación de 4 nuevos días feriados al año.
- vi. **Aumento de la base de cálculo del beneficio de alimentación.** Beneficio de alimentación obligatorio incluso para empresas con menos de 20 trabajadores. Entrega del Beneficio de alimentación en supuestos en los que no se cumple “jornada de trabajo efectiva” (art. 6 LAT)<sup>10</sup>. Finalmente, se aumenta el parámetro mínimo y máximo de otorgamiento del bono de alimentación que pasa del mínimo de 0,25 a 0,50 unidades tributarias y el máximo de 0,50 a 0,75 unidades tributarias<sup>11</sup>.
- vii. **Efectos en el cálculo y costos del Nuevo sistema de Prestaciones Sociales** (antes llamado Prestación de antigüedad). El efecto más importante con relación al costo laboral del nuevo sistema de prestaciones sociales lo encontramos el nuevo sistema de recalcular Prestaciones Sociales establecido art. 142 literales “c” <<*Sistema Retroactivo*>> de Prestaciones Sociales, el cual consiste en que al terminar la relación se hace un segundo cálculo de las prestaciones sociales pero ahora con base a un mes por año o fracción superior a seis meses, con la particularidad de que dicho cálculo se hace con base al último salario multiplicado por todos los años laborados, lo que puede generar o arrojar un pasivo contingente superior al establecido en el sistema de “Garantía de Prestaciones” literales “a” y “b” del mismo artículo 142 LOTTT, ocasionando un costo laboral superior al previsto, debido a los cambios abruptos de salarios como consecuencia de los altos niveles de inflación.
- viii. **Efectos sobre nuevo sistema de prestaciones aplicado a las relaciones terminadas antes de 3 meses**, artículo 142 lit “e” que antes no existía.

<sup>10</sup> Art. 6 Ley de Alimentación (i) Cuando la jornada de trabajo no sea cumplida por el trabajador por causas imputables a la voluntad del empleador. (art. 19 del RLAT). Ej. Una remodelación. (ii) Por situación de riesgo, emergencia, catástrofe o calamidad pública derivada de hechos de la naturaleza que afecten directa y personalmente al trabajador, pero no al empleador, impidiéndole cumplir con la prestación del servicio ej. Emergencia de lluvia que afecta al trabajador. En los supuestos de vacaciones, incapacidad por enfermedad o accidente que no exceda de doce (12) meses, descanso pre y post natal, y permiso o licencia de paternidad, y otros como tiempo de lactancia (art. 6 del Reforma parcial de la LAT).

<sup>11</sup> G.O. Extraordinaria 6.147 del 17/11/14.

Es un efecto de importancia para las entidades de trabajo con alta rotación a corto plazo.

## **7. ¿POR QUÉ SE DICE QUE ACTUALMENTE ES IMPOSIBLE LA DETERMINACIÓN DEL COSTO LABORAL EN VENEZUELA?**

Las razones por las que afirmamos, que es sumamente difícil precisar a futuro o proyectar cual será el costo laboral de la entidad de trabajo en Venezuela, obedece a múltiples factores, entre los que destacamos los siguientes:

### **7.1. INDETERMINACIÓN EXACERBADA DE LOS COSTOS EVENTUALES O CONTINGENCIAS LABORALES**

#### **(i) Indemnizaciones adicionales por despido o cesantía.**

No es posible precisar el monto a pagar por el despido o cesantía de un trabajador, debido a que el vigente del “Decreto Especial de Inamovilidad<sup>12</sup>” impide el despido injustificado o unilateral por parte del empleador. Pero más grave es que la nueva ley del trabajo (LOTTT) no establece un monto unilateral de pago en caso que entre en vigencia el sistema “*normal*” de protección llamado “estabilidad”, por cuanto establece la LOTTT que es el trabajador quien debe aceptar o no el despido injustificado, lo que trae como consecuencia práctica un sistema de cesantía negociado que no tiene o comporta legalmente un parámetro máximo para el trabajador por la indemnización del despido pero sí un mínimo que es igual al doble de las prestaciones sociales (art. 92 LOTTT). Todo lo dicho trae como consecuencia una total incertidumbre o indeterminación con relación al costo laboral del despido de un trabajador en Venezuela.

#### **(ii) Pagos adicionales por aplicación del sistema de cálculo retroactivo de Prestaciones Sociales.**

Bajo el sistema de Garantía de Prestaciones (*art 142 lit. “a” y “b” LOTTT*), el patrono sí puede hacer una proyección real del costo laboral por concepto de las prestaciones sociales. Al pasar el trabajador al Sistema *Retroactivo* por ser su aplicación más favorable para el trabajador (*ver art. 142 lit. “c” y “d” LOTTT*), el empleador pierde el control sobre el cálculo del costo laboral y queda a merced de cambios o aumentos producidos como consecuencia de la inflación y su efecto retroactivo sobre todo el tiempo de la relación.

Imaginemos el caso de una empresa que paga a sus vendedores con base al sistema de comisión por porcentaje de ventas, en caso de darse un aumento abrupto del precio del producto (cosa totalmente normal en Venezuela) p. ej. 70%, también podría aumentar automáticamente en 70% el ingreso del trabajador y en consecuencia si le es ya aplicable el sistema retroactivo, esto afecta

<sup>12</sup> Decreto Especial de Inamovilidad, impide el despido, traslado o desmejora de condiciones de trabajo de cualquier trabajador a excepción del que tenga menos de un mes de antigüedad u ocupe un cargo de Dirección en la entidad de Trabajo y tiene ya más de 13 años de prorrogas continuas.

repetimos de forma retroactiva en todo el re-cálculo del pasivo laboral por prestaciones sociales en un porcentaje (%) muy alto el pasivo contingente. Adicionalmente, debemos añadir que en caso de despido injustificado, queda también indeterminado el pago por despido, esto bajo un análisis práctico y real con relación a la negociación de terminación de la relación de trabajo y/o con base a un “doblete” o indemnización adicional de despido basada en este nuevo y fortuito monto de prestaciones sociales (P.S.).

**PASIVO LABORAL CONTINGENTE.** De cierta forma se castiga con mayores costos, a los mejores empleadores, debido a que son justamente estos los que mantienen plantillas de nóminas con más años de antigüedad. En el caso de entidades de trabajo con nóminas con cierta antigüedad, normalmente trabajadores con más de 4 años, se pudo haber generado un “PASIVO LABORAL CONTINGENTE”, no cuantificado, contabilizado, reportado, castigado en los pasados años fiscales. En consecuencia toda entidades de trabajo (empresa) que tenga trabajadores con 3 años o más (casos de empresas con trabajadores con fecha de ingreso actualmente antes del 2012) deberían hacer de inmediato un estudio contable y verificar si mantienen y por cuanto un pasivo laboral contingente como consecuencia de la aplicación retroactiva del sistema de cálculo de prestaciones sociales del art. 142 lit. “c” LOTTT.

**TRATAMIENTO CONTABLE.** La Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela (FCCPV), emitió un Boletín Especial en el mes de junio de 2012 , referente al tratamiento contable del efecto de aplicación del nuevo sistema de cálculo de prestaciones sociales y el efecto contable del sistema retroactivo y en el mismo se reconoce que con base a los “Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Venezuela (VEN-NIF)”, al cierre de cada ejercicio económico, o a cada fecha de reporte, las garantías deberán ajustarse mediante el uso de suposiciones actuariales . Invitamos al lector a profundizar en el referido boletín<sup>13</sup>.

**OTROS EFECTOS.** Obviamente los trabajadores con muchos años en la empresa con el nuevo sistema retroactivo son susceptibles de obtener un pago por liquidación superior al establecido en la derogada LOT. Pero el otro lado de la moneda, es que en algunos casos podrían existir patronos que se desmotiven en mantener trabajadores a largo plazo (hacer planes de carrera de larga proyección), de otorgar aumentos de salario, en caso de persistir un ciclo inflacionario, etc.

<sup>13</sup> <http://www.fccpv.org/cont3/data/files/BO-00008-Aclaratorias.pdf> Boletín Aclaratorio de la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela (FCCPV), sobre el Tratamiento Contable del nuevo régimen de Prestaciones Sociales establecido en la nueva Ley del Trabajo. El Directorio de la FCCPV, se ha pronunciado de manera oficial sobre el tratamiento contable y financiero de las prestaciones sociales reguladas por la LOTTT y ha publicado aclaratoria formal. Dicho pronunciamiento fue preparado por el Comité Permanente de Principios de Contabilidad de la Federación, para aclarar la aplicación de los principios de contabilidad de aceptación general en Venezuela, identificados como VEN-NIF GE o VEN-NIF PYMES, sobre las provisiones de beneficios a empleados, derivadas del nuevo régimen laboral. En dicho informe destaca: (i) Las garantías trimestrales y anuales se considerarán Provisiones; (ii) El cálculo definitivo de las prestaciones sociales es el que se realiza al término de la relación laboral; (iii) Nos da una opción simplificada para ajustar contablemente el monto de las garantías al cierre del ejercicio económico, considerando el principio de “Costo – Esfuerzo Desproporcionado”: (1) Se calculan las prestaciones sociales a la fecha de cierre del ejercicio económico, o a cada fecha de reporte, con base a treinta (30) días por cada año o fracción mayor o igual a seis (6) meses con el último salario devengado. (2) Si el resultado de este cálculo es mayor al saldo de las garantías, se ajustará el saldo de las mismas hasta el monto resultante de dicho cálculo. (3) Si el resultado del cálculo es menor al saldo de las garantías, no se realizará ningún ajuste.

### **(iii) Costos derivados por accidente de trabajo y/o enfermedad profesional.**

Los costos o pagos indemnizatorios derivados por accidente de trabajo y/o enfermedad profesional, son costos comunes a cualquier relación empleador-trabajador en casi cualquier país del mundo. En el caso de Venezuela, se han incorporado nuevas categorías de accidente con su respectivo pago de indemnizaciones como en el caso de accidente en la ruta o *in itinere*. Adicionalmente, la doctrina jurisprudencial ha admitido el pago de indemnizaciones como el daño moral incluso en los casos de accidente de trabajo en los que no se determine el hecho ilícito por parte del empleador.

Algunas empresas han decidido contratar con empresas de seguro privado, que den cobertura a la entidad de trabajo y sus representantes con relación a reclamaciones o demandas por accidentes y enfermedades de sus dependientes, que incluyen defensa penal, pago de los conceptos típicos reclamados por responsabilidad subjetiva (art. 130 LOPCYMAT), pago por indemnizaciones derivadas de los daños y perjuicios (lucro cesante y daño emergente), daño moral y otros reclamos relacionados con el reposo, gastos de abogados, etc.

Finalmente, destacamos que aún queda pendiente y en mora legislativa y reglamentaria la vigencia de cobro por aporte al régimen prestacional de seguridad y salud en el trabajo, que elevaría significativamente los costos laborales por establecer un aporte para el empleador equivalente a un porcentaje de entre el 0,75 al 10% del salario del trabajador por concepto de pago de contribución a dicho régimen prestacional.

### **(iv) Costos derivados por maternidad y paternidad.**

Este es un costo particularmente significativo en entidades de trabajo que emplean personal femenino en edades de maternidad, que conlleva para el empleador el costo de pago de conceptos como el del Centro de Educación Inicial (guardería), pago de suplentes durante periodo de lactancia, prenatal y post natal, permisos remunerados para control pediátrico y de embarazo además de los permisos de paternidad. En último lugar, la entidad de trabajo debe seguir cumpliendo la obligación de entrega del bono de alimentación, cotizaciones al sistema de seguridad social y cómputo del tiempo en la antigüedad del trabajador durante los referidos lapsos de suspensión, permisos o reposo.

Obviamente, es un costo indeterminable y eventual, que afecta en forma inusual a los centros educativos (colegios privados), que deben presentar al inicio del año una estructura de costo sin generar ganancia o utilidades y que se va alterando por esta causa en la medida que se van dando las contingencias por maternidad y paternidad.

## **7.2. VARIABLES MACROECONÓMICAS QUE AFECTAN LA PROYECCIÓN DE COSTOS LABORALES**

La variación de precios del rubro “alimentos” entre diciembre 2013 y diciembre 2014 fue en Venezuela de 102,3% y la inflación anual de 2014 según el BCV

68,5% (según analistas independientes la inflación no-oficial general por IPCN en Venezuela totalizó un porcentaje entre 78% a 87%). Por otra parte, el Fondo Monetario Internacional (FMI) rebajó a un dramático -7% su previsión del desempeño del PIB de Venezuela en 2015 y muchos analistas vaticinan una inflación anualizada para el 2015 de cerca del 100 a 120%.

Obviamente, el efecto de todas estas variables macroeconómicas impacta de forma real y constante en los costos laborales, al alterar el salario de los trabajadores, porcentajes de ganancias en función de comisiones de venta y su productividad. Todo lo cual nos demuestra una vez más lo difícil que es vaticinar el costo laboral en el país.

### **7.3. IMPOSIBILIDAD LEGAL DE REPLEGAR UN PROCESO INCORRECTO DE PRODUCCIÓN O SERVICIO**

Todo proceso económico, productivo o comercial, está sujeto a dinámicas económicas cambiantes e inestables <<sobre todo en Venezuela>>, que requieren “flexibilidad”. Es normal, incluso en un proceso sustentado bajo diligentes planes de negocios, que la operación se amplíe o repliegue, minimice o incluso se extinga, en razón de un error de percepción del mercado. Se pensó que se requerían 100 trabajadores y resultó que 40 eran los necesarios o al contrario.

Lo insólito del sistema legal venezolano, es que no permite ese repliegue, debido a que “en principio” no se permite el despido injustificado de trabajadores y mucho menos la posibilidad de la *reformatio in peius*. Adicionalmente, la rigidez del mercado laboral, prohíbe la tercerización o cualquier otro sistema que permita “flexibilidad de contratación”.

Todo lo dicho causa como efecto que el empresario que estableció erróneamente una línea de producción, empresa comercial, etc., con un número de trabajadores en exceso no puede hacer la necesaria reducción de trabajadores, es así, que el emprendedor a sabiendas de éste hecho particular se cuarta o reniega asumir, arriesgar o contratar más trabajadores por la falta de flexibilidad del mercado laboral.

La gravedad se magnifica en procesos en los que los precios de los productos se encuentran congelados por ley, aún y cuando los costos laborales y otros aumentan estrepitosamente, provocando pérdidas insalvables.

Adicionalmente, en la nueva LOTT se prohíbe en la práctica el cierre de la empresa (*incluso en caso de entidad de trabajo que dan pérdida*) al no poderse plantear de forma unilateral un procedimiento de liquidación o reducción de la sociedad eficiente (*no existe un solo caso, en el país en el que se le haya autorizado la reducción o cierre a una entidad de trabajo*) y cuyo pasivo supera sin esperanza de un proceso de atraso o su rehabilitación. Ver artículo 148 LOTT, referido a la “Protección del proceso social de trabajo” aún y cuando se pautó en la ley un procedimiento de cierre o reducción de personal por razones técnicas o económicas en la práctica es inviable.

Finalmente, el artículo 539 LOTT, establece el “Arresto” por cierre ilegal e

injustificado de la “fuente de trabajo”, *al patrono que de manera ilegal e injustificada cierre la fuente de trabajo*, sancionado con la pena de arresto de seis (6) a quince (15) meses por los órganos jurisdiccionales competentes. Quizás fue todo lo comentado, lo que justamente obligó a los representantes de la empresa multinacional “Clorox” a su salida del país abandonando la empresa.

El hecho de no poder contraer, reducir o cerrar operaciones “erróneas”, y la obligación de permanecer con personal innecesario, genera actualmente en ensambladoras de vehículos, parques industriales, laboratorios, etc., costos laborales insostenibles, que posiblemente fuercen su cierre o abandono fortuito por parte de sus representante de forma similar al caso “Clorox” en los próximos meses.

#### **7.4. LOS CONTROLES GUBERNAMENTALES, CONTROL DE PRECIOS, (LEY ORGÁNICA DE PRECIO JUSTO<sup>14</sup>, PVJ<sup>15</sup>, ETC.)<sup>16</sup>.**

Quien suscribe ha estado presente (en el 2015) cuando representantes sindicales al presentar su proyectos o pliego de peticiones han solicitado aumentos salariales por el orden del 100% más aumentos de cláusulas económicas y sociales adicionales de forma paralela, y esgrimen un argumento muy válido, que es presentar por ejemplo el índice de aumento de la cesta nacional de alimentos que según el BCV para el 2014 fue del 102,3% aseverando adicionalmente que son números amañados porque la realidad debe ser de por lo menos el 140% y que en todo caso el año en curso 2015 se vislumbra con una inflación mayor y que de acuerdo a información suministrada por CENDAS<sup>17</sup>, el precio de la canasta básica familiar de diciembre 2014 fue Bs. 30.176,82 lo que representa un aumento de 7,2%, con respecto al mes de noviembre, finalmente recalcamos que el salario mínimo mes vigente para la misma fecha fue de sólo Bs. 4.889,11 lo que cubre apenas del 16% de la referida canasta básica familiar.

Aún y cuando repetimos el argumento de los trabajadores es contundente, resulta aún más categórico, cuando la empresa les explica a dichos delegados de trabajadores que por ejemplo el aumento autorizado del precio del producto que comercializa la empresa por estar controlado es solamente 34% en un año.

Paralelamente, la Ley de Precio Justo sólo permite ganancias hasta por el 30%, y decimos “sólo” porque se proyecta una inflación para el 2015 de entre el 100% al 120% según analistas económicos independientes de reconocida trayectoria en el país.

---

<sup>14</sup> Decreto N° 600, Ley Orgánica de Precios Justos, publicado en la Gaceta Oficial 40.340 del 24 de enero del 2014.

<sup>15</sup> Providencia administrativa 003 del Precio de Venta Justo (PVJ). G. O. nro 40571, del 30/12/14

<sup>16</sup> Estas normativas fueron dictadas para lo que según el gobierno llamó: “combate a la guerra económica”.

<sup>17</sup> Centro de Documentación y Análisis para los Trabajadores/CENDA es una asociación civil sin fines de lucro, fundada el 05 de abril de 1976, dedicada al estudio, análisis, elaboración y publicación de los temas y procesos que impactan al mundo socio-laboral y específicamente en la calidad de vida y condiciones de trabajo de los trabajadores y trabajadoras de Venezuela <http://www.cenda.org.ve/origen.asp>.



Recuerde que la estructura de costos de la empresa está atada a los controles gubernamentales, control de precios, (Ley Orgánica de Precio Justo, PVJ, etc.), y dichas normativas no permiten a las empresas o personas naturales que se dedican a actividades “económicas” (comerciales) establecer precios no autorizados << sobre todo en caso de productos controlados >> y en el resto fijar precios con un margen de ganancia máxima del 30% sobre la estructura de costo.

En consecuencia, lo primero que se debe determinar y justificar es “la estructura de costo” y justamente el costo del personal en muchos rubros, es el costo más importante y como vimos en los puntos precedentes, es un costo en diversos casos de imposible determinación o que igualmente puede surgir en un futuro afectando ejercicios económicos pasados o repartición de dividendos ya liquidados y que al momento de una fiscalización por parte del SUNDDE<sup>18</sup> o cualquier otro ente del estado no es posible justificar para ese momento.

A lo dicho se debe sumar que debido al cambio rutinario de normas cambiarias (*tasa y sistema de adquisición de divisas extranjeras*) y a la continua devaluación de la moneda e inflación, no se sabe cuál va a ser el costo de reposición y repatriación de dividendos. Asimismo, el **costo de reposición** no se reconoce que deba formar parte de la estructura de costo, no obstante, se demuestre dicho “costo de reposición por cambios de precios” tomándose como referencia el precio histórico demostrado en la facturación. Sumado a lo dicho, la Ley de Precio Justo sólo permite justificar como gasto de administración un porcentaje de hasta el 12,5% del precio del producto, lo cual es lineal sin importar el tipo o valor del producto o rama de actividad.

Al margen de lo expuesto, surgen casos ambiguos o de difícil aplicación de las referidas leyes, como son las asociaciones civiles que desarrollan actividades mixtas, o de asesoría como escritorios de abogados y firmas de contadores, en las que no es aplicable las referidas normativas por no obedecer los costos, a una estructura de producción o comercial sino a un ejercicio profesional normalizado por una ley que regula al gremio profesional que en muchos casos fija mínimos por servicio en tabuladores de precios mas no máximos.

## **8. LA FALSEDAD DE LAS “CONQUISTAS SOCIALES” O CARGAS SOCIALES QUE PAGA EL EMPLEADOR A FAVOR DEL TRABAJADOR**

Coincidimos con el criterio de autores como Ludwig Von Mises, Jesús Huerta de Soto entre otros, en que es falso que el aumento conceptos o beneficios prestacionales generen por sí mismo una mejora real en el ingreso real del trabajador.

Hemos demostrado, que el empleador, proyecta un paquete de costo global o “bruto” laboral, y que ese costo comporta además de los salario del trabajador, las prestaciones sociales, bono vacacional, utilidades, los aportes parafiscales sociales (IVSS, Banaviv, Inces), entre otros costos indirectos y contingencias eventuales por cesantía o accidente de trabajo, por lo que el monto que devenga

<sup>18</sup> Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (Sundde).

como salario en nómina probablemente cada quincena de forma directa o “neta” el trabajador en contraprestación por su trabajo, es la proyección de un solo elemento dentro de la estructura total del costo laboral.

Es así que al trabajador “*se le tiende pagar el valor de su aportación al proceso productivo, el valor descontado de su productividad marginal*”, por lo que el trabajador realmente se lleva simplemente una fracción de su costo total y luego de descontar la productividad marginal.

Así, en el caso de un trabajador que logra por ejemplo unos 15 días más de pago por Bono de Fin de Año (como ocurrió en la reforma de la LOTT) con base a unas supuestas conquistas sociales, la verdad es que ese Bono de Fin de Año hasta el último céntimo se las paga el propio trabajador con su aporte al “proceso productivo”. Lo mismo ocurre con otros conceptos, como son el bono vacacional, vacaciones, utilidades, prestaciones sociales, etc. En todos esos casos seguramente al empleador le daría lo mismo dividir el valor aportado ya no por el factor de costo demostrado en el punto “4. Qué es el factor de costo laboral” del 17,92 sino dividir todo el aporte al “proceso productivo” generado por el trabajador entre un factor igual a 12 (12 meses) y que sea el trabajador quien disponga de su dinero bajo su real saber y discernimiento en el momento que se genera y no al final del año.

La verdad es que es una consecuencia económica atada a la productividad (a su aporte al proceso productivo) lo que hace que el trabajador de un país obtenga mayores o menores ingresos reales o salario y no el hecho que un burócrata establezca por leyes mayores “conquistas sociales” o más cargas prestacionales. En función de lo dicho es que afirmamos que dichas “conquistas sociales” logradas en la nueva LOTT son una “falsedad” y que poco o nada impactan en la mejora del ingreso real del trabajador o que afecte el “costo laboral real”, repetimos hasta el último aumento de beneficios los paga el mismo trabajador no el empleador, simplemente se suman nuevos conceptos que aumentan el “Factor de Costo”, con lo cual el empleador tendrá ahora que dividir el paquete anual sobre una variable “Factor de Costo” mayor al de la derogada LOT.

## 9. CONCLUSIONES Y OBSERVACIONES FINALES

La sobre carga de obligaciones fiscales, retenciones de impuestos a trabajadores formales, costos laborales exacerbados, restricciones e inflexibilidad aplicada al sector formal de la economía y la producción trae efectos como el de incentivar al sub-empleo o al auto empleo, al fraude laboral mediante figuras mercantiles, a la informalidad o trabajo en “negro” que se desarrolla sin seguridad social y sin pago de contribuciones e impuestos.

Obviamente, el efecto para el estado es la “evasión fiscal” y diríamos también la “evasión formal laboral”, lo cual se debe agravar con la reforma del art. 31 de la LISLR<sup>19</sup> que establece como base imponible para el pago de ISLR del trabajador, todo ingreso que perciba distinto a viáticos y bono de alimentación ampliando de forma radical el aporte del trabajador al fisco (ver reforma del año 2014 art. 31).

<sup>19</sup> LISLR Ley de Impuesto Sobre la Renta.

Asimismo, afecta que el país se encuentre inmerso, quiera o no, en un mundo cada vez más globalizado y no sea competitivo o atractivo para inversiones, instauración de casas matrices regionales, lo cual agrava en especial al sector industrial y en el área de capacitación de mano de obra y profesional, traduciéndose en menor capacidad o experiencia. Los costos de mano de obra optimizados elevan la rentabilidad y la competitividad siendo esto aún más apremiante en un mundo cada vez más globalizado.

La inamovilidad general decretada desde hace más de 13 años, es otro factor que merma la inversión y desmotiva la apertura de nuevos empleos, por lo que abogamos por una flexibilización laboral. La rigidez del mercado laboral, prohibición de tercerización causa como efecto que el empresario que estableció erróneamente una línea de producción, establecimiento comercial, se desmotive a arriesgarse en un nuevo emprendimiento. Sin sumar las amenazas de privación de libertad, inspecciones reiteradas, multas, ocupaciones “*temporales*” y las mal llamadas “*expropiaciones*”

Al final, las llamadas “*conquistas sociales*”, son actos en muchos casos impuestos por las instituciones que impiden a las partes acordar libremente un sistema de remuneración y de cesantía o terminación de la relación de trabajo, que en muchos casos burocratizan y difieren el pago inmediato de la contraprestación del servicio del trabajador. Consideramos, que muchas de estas “*conquistas sociales*” están sustentadas sobre premisas muchas de ellas absurdas y falsas, que al final sólo generan burocratización, mayor conflictividad entre las partes y más trabajo para los abogados y tribunales.

Es sabido que en muchos casos cuando se quiere proteger al supuesto débil jurídico se termina perjudicándole a él mismo y a la sociedad, para muestra veamos el caso de protección al inquilino, supuesto en el que se estableció un sistema exacerbado de protección al inquilino que ha traído como consecuencias la reducción casi total de la oferta de inmuebles para arrendamiento familiar, incentivando paralelamente la fuga sin precedente de capitales, que prefieren invertir en inmueble en el exterior para darlos en arrendamiento bajo un sistema que garantice sus derechos como arrendador y aniquilando la oferta de arrendamiento familiar en el país.

Algo similar a lo que con el supuesto comentado del derecho de inquilinato ocurre con la inversión empresarial en general y los mismo podría aplicarse a los supuestos de la población híper-protegidos como es el caso de las mujeres en edad de procrear o padres con hijos en edad de guardería a los que se les revierte el efecto de la protección en su contra, debido a que cada día se les dificulta más encontrar empleo o a los trabajadores de vieja data en la empresa que como efecto de su antigüedad y el cálculo retroactivo de sus prestaciones sociales pasan a ser trabajadores más costosos por lo que el empleador se reniega aumentar sus salarios o trata de terminar la relación de trabajo para evitar el efecto del recalcule de sus prestaciones sociales.

La súper regulación del mercado laboral, con el objeto de favorecer al trabajador aumentando los costos y trabas a la flexibilidad laboral para así supuestamente restringir las ganancias del empleador, traerán un efecto totalmente contrario a su objetivo original.

Respaldamos un sistema más flexible, ágil, liberal, que permita a las partes establecer sus condiciones de contratación, que se establezcan sistemas que premien la productividad, la meritocracia, la excelencia, la participación del trabajador en la suerte de la empresa bajo sistemas de participación como el del stock-option o el de pago directo de dividendos sobre acciones de los trabajadores como ocurrió en el pasado con SIDOR en Guayana.

Consideramos que estos sistemas legales, solo motiva la << *desinversión* >> y tienen como principal efecto el desempleo, sub-empleo, la informalidad y la perdida de oferta laboral que trae como consecuencia que el venezolano obtenga el pago de salario más bajo de Sudamérica. Siempre será más fácil para el politiquero engañar al elector ofertando unas supuestas conquistas sociales en desmedro del empleador “*opresor y explotador*” que reconocer nuestras realidades y afrontar nuestras responsabilidades.

Toda esta alteración al equilibrio de las acciones humanas sociales e individuales es provocada por la intervención forzosa, agresiva y amenazante de gobierno a través de sus instituciones, que amedrentan, multan, confiscan y persiguen el libre emprendimiento, controlando el libre desempeño de la iniciativa empresarial e individual.

Los ingresos de los trabajadores en Venezuela bajo el actual sistema económico, solo podrá aumentar de forma real y no artificial a consecuencia del efecto del aumento del producto interior bruto (PIB) del país, como efecto del aumento de nuestra capacidad competitiva, que nos permita exigir mejores remuneraciones y beneficios, como resultado también del aumento de ofertas de plazas de trabajo “*formal*”. Cuando la mano de obra se hace apetecible, demandada por la avidez del mercado, éste empuja de forma natural a que se pague mejores salarios sin necesidad de un decreto ley que así lo imponga.

No podemos escapar de la globalización y la competencia regional y planetaria. No debemos seguir frenando el avance de inclusión de nuevas tecnologías, inversión de capital ahuyentado por un sistema laboral obsoleto, rígido, obtuso, nada dinámico y flexible. Hasta ahora el exceso de normas y regulaciones no solo no resuelve sino que agrava los problemas planteados. Debemos incentivar la competitividad, la capacitación en función de estructuras de trabajo globales, la seguridad jurídica con prácticas elementales de respeto a la propiedad.

Desde esta humilde posición, les exhorto a que estimulen el cambio a una sociedad más libre en la que las instituciones y gobierno permitan a las partes desarrollar desenvueltamente todo su potencial y evitar se intensifique por ejemplo el fenómeno de la igualdad “*hacía abajo*”, fenómeno que apareja a los profesionales al salario mínimo legal dirigido a trabajadores no calificados.

Estamos en presencia de la apertura de un nuevo paradigma laboral, que no queremos aceptar, asumir y confrontar y que ya está impactando en nuestra población de frente y sin piedad, en especial a los más necesitados.

Somos una sociedad que prefiere las mentiras reconfortantes en lugar de las verdades incómodas.

# El ausentismo laboral en la legislación de Venezuela

Napoleón GOIZUETA HERRERA

Profesor y coordinador de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad de Carabobo

## Sumario

1. Consideraciones generales. 2. Definiciones. 2.1. Que es el ausentismo laboral. 3. Tipos y causas de ausentismo. 4. Consecuencias del ausentismo laboral. 5. El ausentismo en el marco regulatorio laboral de Venezuela. 6. En donde se encuentran las normas que regulan el ausentismo laboral. 7. Nuevas normas laborales con posibles efectos que pudieran incentivar el ausentismo. 8. Otras vías para minimizar el ausentismo. 9. Conclusiones.

## **Resumen**

La recurrencia del ausentismo laboral en nuestro país es un problema que se hace presente a nivel nacional, tanto en el sector público como en el privado, que impacta negativamente a la productividad, debido a diversos factores de muy distinta naturaleza, entre los cuales pudiera estar el jurídico, y en especial la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras, que nos hace surgir muchas interrogantes e inquietudes, y nos motiva a estudiar y reflexionar sobre esta importante temática a fin de tratar de canalizarlo y buscar vías o caminos tendientes a minimizarlos a porcentajes razonables.

**Palabras claves:** ausentismo, Derecho Laboral.

## **Abstract**

Recurrence of absenteeism in our country is a problem that is present nationwide, both public and private, which negatively impacts productivity, due to various factors of very different nature, among which could be legal, and especially the new Labour Law, which makes us raise many questions and concerns, and motivates us to study and reflect on this important subject in order to try to channel it and seek ways or paths tending to minimize them at reasonable rates.

**Keywords:** absenteeism, Labour Law.

## **1. CONSIDERACIONES GENERALES**

El ausentismo laboral es un problema que se presenta en forma recurrente en las entidades de trabajo a nivel nacional, en donde si bien se dispone de pocos datos sobre el mismo en nuestro país, no cabe duda que el problema se agrava, hablándose hasta de record de ausentismo (Girán citada por Yapur 2013), lo cual se confirma con algunas declaraciones, como la señaladas por Omar Bautista, Presidente de la Cámara de Fabricantes Venezolanos de Productos Automotores, citado por Rodríguez (2013), quien “señaló que el ausentismo laboral en el sector autopartes una vez promulgada la nueva LOT se ubica entre 5% y 20 %”; y en el sector de las agroindustrias también se reportan altas cifras de ausentismo, en donde según declaraciones formuladas por el Presidente de Cadivea, Pedro Baraybar, citado también por Rodríguez, quien señaló “que antes de la entrada en vigencia de la nueva LOT en la agroindustria el promedio de ausentismo era del 3%, mientras que en el 2012 se situó en 12 %. En los últimos meses, afirmó, en algunas empresas se ubicó en 46%, lo que impacta negativamente la producción”, situación ésta que nos llama la atención, en virtud de que como la tasa de desempleo en Venezuela es alta, sin embargo esto, no ha redundado, como era de esperarse en el cuidado del puesto de trabajo.

El ausentismo laboral definido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como “la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba iba a asistir”, es una expresión que se relaciona con la actividad laboral desplegada por la persona del trabajador, por el incumplimiento de una de las obligaciones principales que dimanar del contrato de trabajo, que si bien lo enmarcamos en el presente trabajo dentro del enfoque jurídico, debemos tener además muy presente, otros elementos que lo sobre pasan, por cuanto el ausentismo también tiene entre otras, una connotación económica, al impactar los costos de lo producido o del servicio generado, y en general, en lo atinente a la productividad de la empresa, bien sea ésta del sector privado, o del público.

Es oportuno tener presente que en materia laboral y en especial en la normativa jurídica que regula la prestación del servicio personal, vale decir, el Derecho del Trabajo, es todavía frecuente, analizar las tendencias de esta disciplina, en cuanto a las garantías en el empleo, en donde el actor Estado tiene un rol muy importante en la promoción de políticas destinadas a garantizar a los trabajadores asalariados que constituyen la mayor parte de la población activa, la seguridad o la estabilidad en el empleo, pudiéndose observar en forma reiterada y constante un proceso, en donde el legislador laboral ha buscado como regla general, una garantía con relación a la permanencia de la persona del trabajador en su puesto de trabajo, tema este que a pesar de los cambios producidos en el mundo del trabajo, debido a diversos factores entre los que podemos mencionar entre otros a la globalización y a los procesos de innovación tecnológica y organizativa, sin embargo, no ha disminuido la importancia del tema de la estabilidad, en virtud de que la permanencia en el puesto de trabajo es una aspiración justa de toda persona humana y es uno de los objetivos perseguidos por las organizaciones de los trabajadores en el ejercicio de la acción sindical.

Por otra parte, una vez realizada esta mención a la estabilidad en el trabajo, que trata de impedir el despido incausado, inmotivado, arbitrario o abusivo,

creemos oportuno referirnos en esta oportunidad a un aspecto que se puede presentar durante la ejecución de la relación de trabajo, exactamente contrario a la estabilidad, como lo es el atinente al ausentismo laboral, tema este cuya importancia va a depender mucho de las condiciones y de la frecuencia en que se presenta, así como de la situación favorable o desfavorable a la oferta de trabajo, en donde también puede influir las características que presenta la organización del trabajo y hasta su marco legal regulatorio.

En igual forma pensamos que al abordar el tema, debemos recordar y tener muy presente, estas ideas básicas referentes a las consideraciones y enfoques sobre la actividad trabajo, como lo son:

- La consideración del trabajo como un hecho económico (concepción mercantilista).
- La consideración del trabajo como hecho social (concepción laboralista. Art. 89 CRBV y 1 LOTTT).
- La consideración como proceso social del Trabajo (art. 25 LOTTT)
- Y la consideración del trabajo como un valor fundamental y no solo como un coste variable más para la empresa.

## **2. DEFINICIONES**

Hechas estas consideraciones generales, nos vamos ahora a permitir realizar el estudio del tema del ausentismo laboral, colocándonos para el desarrollo del mismo en dos sentidos, como lo son, el sentido relativo a los elementos conductuales, que lo trataremos en una forma muy sucinta y genérica, para luego detenernos un poco más en el sentido jurídico, vale decir, al comportamiento de la aplicación del marco regulatorio laboral en esta problemática, con especial referencia al venezolano.

En lo atinente al primer sentido, comenzaremos por definir la expresión ausentismo laboral.

### **2.1 QUE ES EL AUSENTISMO LABORAL**

El ausentismo laboral es un obstáculo que sobrellevan y sufren las empresas en mayor o menor grado, que provocan serias dificultades en su planificación y organización, y hasta puede conducir a la aplicación de sanciones al empleador, como lo sería el caso supuesto de no poderse prestar por esta ausencia del trabajador, un servicio eficiente a la colectividad (caso de los supermercados); de tal manera que en el supuesto de un elevado porcentaje o frecuencia de los mismos, va afectar su funcionamiento y el logro de sus objetivos, particularmente a las empresas más vulnerables. Ya hemos indicado que para la OIT es la “no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba iba a asistir al trabajo”; también ha sido definido como “la no presencia del trabajador en su puesto de trabajo, y el no cumplimiento del deber de la prestación del servicio personal”; así como, “faltar al trabajo cuando estaba prevista su asistencia, bien sea justificada o injustificadamente”; y “cuando el trabajador, aun acudiendo



a su trabajo, no desarrolla voluntariamente sus funciones durante una parte o la totalidad de su jornada”.

### **3. TIPOS Y CAUSAS DEL AUSENTISMO LABORAL**

En la política tendiente a reducir al mínimo el ausentismo laboral, es conveniente conocer los tipos y clases de ausentismo, teniendo presente que la actividad trabajo en su proceso evolutivo, ha sido considerado con un derecho y como un deber social (Art.87 CRBV y 26 LOTTT), en virtud de que en el mundo del trabajo podemos observar:

- a) Personas que trabajan
- b) Personas que no trabajan a pesar de no tener limitantes que se lo impidan, así como del deber social (el dulce hacer nada)
- c) Personas que hacen que trabajan.

En cuanto a los tipos de ausentismo, la doctrina ha realizado las siguientes distinciones:

- a) Ausentismo previsible o justificado.
- b) Ausentismo no predecible o sin justificación.
- c) Ausentismo presencial.

El ausentismo previsible y justificado, es aquel “que puede ser controlado porque la empresa está informada previamente de la ausencia (permisos convencionales, enfermedades comunes u ocupacionales, accidentes comunes).

El ausentismo no previsible y sin justificación, “suponen una falta o abandono del puesto de trabajo sin autorización de la empresa”.

El ausentismo presencial, “es aquella forma de ausentismo en la que el empleado acude a su trabajo, pero dedica una parte del tiempo a tareas que no son propias de la actividad laboral”.

Por lo que respecta a las causas que pueden dar origen al comportamiento y a la actitud de este personal incurso en el ausentismo, la doctrina en forma reiterada las ha distinguido en:

- a) De naturaleza interna y externas.
- b) Imputables al empleador o al trabajador.

Como ejemplo de causas externas, podemos dar como ejemplo entre otros, al transporte, así como también en algunas circunstancias, al marco legal laboral.

Como causas internas, se han señalado entre otras, a la política salarial, al tipo de supervisión laboral, a las condiciones físicas del ambiente de trabajo, a la política de reclutamiento y selección de personal.

En lo referente a las causas de ausentismo imputables al patrono, se han podido observar entre otras, a la ineficiente supervisión laboral, a la super especialización de las tareas, a la baja motivación y estímulo para trabajar, a

las condiciones de trabajo adversas, a la poca integración del trabajador a la empresa, al impacto psicológico de una dirección deficiente, a la poca o ninguna participación, al trato a los subordinados, a los salarios y beneficios no competitivos.

En cuanto a las causas que pueden ser imputadas al trabajador, se han señalado, la enfermedad natural u ocupacional, las diversas razones de carácter familiar, las tardanzas involuntarias por motivos de fuerza mayor, las faltas voluntarias por motivos personales, las dificultades y problemas financieros, los problemas de transporte, la baja motivación para trabajar, la desvinculación de la empresa (trabajo por necesidad), las licencias por motivos diversos (legales o convencionales).

#### **4. CONSECUENCIAS DEL AUSENTISMO LABORAL**

Entre las consecuencias del ausentismo se han señalado entre otros, al incumplimiento de los objetivos perseguidos, la baja productividad, el incremento de los costos operacionales, el mayor esfuerzo del personal asistente a la jornada respectiva, por el incremento de la carga laboral, la desmotivación del personal que si cumplen con la asiduidad y la puntualidad, el desgaste por parte del personal gerencial y supervisorio, la afectación del aparato productivo del país.

En relación al segundo aspecto atinente al sentido jurídico del ausentismo laboral, debemos tener presente, que dentro de las contingencias que pueden afectar la continuidad de relación de trabajo, bien sea en forma transitoria o definitiva, tanto la doctrina como la legislación han distinguido y señalado las causas que las generan, como lo son, la suspensión de la relación de trabajo y la extinción de la relación de trabajo, pero como el ausentismo laboral no era un problema de particular interés, a diferencia por ejemplo de la novación subjetiva (sustitución de patrono), o de la estabilidad laboral, el legislador, no le dio un tratamiento especial a esta importante temática, sino que lo incluyó dentro de esas dos vicisitudes a las que hemos hecho referencia, en el sentido de que el ausentismo puede encuadrar en algunas circunstancias, vale decir, o bien como causal de suspensión y en otras, como de terminación de la relación de trabajo.

#### **5. EL AUSENTISMO EN EL MARCO REGULATORIO LABORAL DE VENEZUELA**

Nuestra legislación laboral siguiendo la tendencia antes señalada, no ha contemplado en su proceso evolutivo desde la Ley del año 28, pasando por la del 36, hasta la presente LOTT del año 2012, un capítulo o sección que regule en forma especial la problemática del ausentismo laboral, pero si ha incorporado en su texto, algunas normas que pueden permitir controlarlo, limitarlo, y en algunos casos sin proponérselo, hasta incentivarlo, tal como puede observarse a nuestro modesto criterio, en la nueva Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadores de 2012 (en lo adelante LOTT); y por lo que respecta al mecanismo de la negociación colectiva, tendiente a negociar y suscribir una convención colectiva de trabajo, en donde se generan normas de naturaleza convencional, en ella también nos vamos a encontrar con cláusulas

tendientes a limitar o minimizar al ausentismo laboral, y en algunas circunstancias, sin proponérselo, también a incentivarlo.

## **LA REGULACIÓN LABORAL DEL AUSENTISMO LABORAL EN LA LOTT**

Comenzaremos por hacer referencia al artículo 156 de la LOTT, en donde se dan lineamientos en que se debe realizar en forma digna el trabajo, cuyo texto nos permitimos transcribir.

“Artículo 156. El trabajo se llevará a cabo en condiciones dignas y seguras, que permita a los trabajadores y trabajadoras el desarrollo de sus potencialidades, capacidad creativa y pleno respeto a sus derechos humanos, garantizando:

- a) El desarrollo físico, intelectual y moral.
- b) La formación e intercambio de saberes en el proceso social de trabajo.
- c) El tiempo de descanso y la recreación.
- d) El ambiente saludable de trabajo.
- e) La protección a la vida, la salud y la seguridad laboral.
- f) La prevención y las condiciones necesarias para evitar toda forma de hostigamiento o acoso sexual y laboral”.

En igual forma podemos observar que en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT), incorpora en el Título IV lo relativo a los Derechos y Deberes, y en los artículos 53 y 54, los derechos y deberes que conciernen a los trabajadores y trabajadoras; y en el 55 y 56 a los empleadores y empleadoras.; el texto del artículo 53 es el siguiente:

“Artículo 53. Los trabajadores y las trabajadoras tendrán derecho a desarrollar sus labores en un ambiente de trabajo adecuado y propicio para el pleno ejercicio de sus facultades físicas y mentales, y que garantice condiciones de seguridad, salud, y bienestar adecuadas...”.

De las normas laborales que hemos señalado, podemos observar la exigencia legal de que en toda organización laboral, deberían existir condiciones laborales que le garanticen una protección integral al trabajador, a fin de que se sienta satisfecho y seguro en su trabajo, y con ello, comprometido y responsable con la entidad laboral, lo cual redundará en la reducción y minimización de los índices de ausentismo laboral.

Por otra parte podemos también señalar que en materia de contrato de trabajo, en el artículo 59 de la vigente LOTT, se establecen en catorce (14) numerales las estipulaciones que contendrá el contrato de trabajo escrito, en donde queremos destacar el contenido del numeral 13 que permite incorporar “cualesquiera otras estipulaciones lícitas que acuerden las partes”, lo cual a

nuestro modesto parecer abre la posibilidad de que las partes establezcan mecanismo para incentivar la asiduidad al trabajo tendientes a la minimización del ausentismo laboral.

Y nos permitidos formular estas sugerencias, por cuanto debido al incremento en nuestro país de los índices de ausentismo, a lo cual se adiciona por vía legal, el incremento de los días feriados, así como la reducción de la jornada efectiva de trabajo, estos componentes pueden impactar sin proponérselo en forma negativa la productividad de la entidad de trabajo ya sea del sector privado o del público; recordemos que en artículo 184 de la vigente LOTTT se establecen los días hábiles para el trabajo, así como los feriados, siendo la regla de que todos los días del año son hábiles para el trabajo y que la excepción son los feriados; así tenemos que:

De los 365 días que tiene el año, vamos a deducir los feriados legales, que son:

a) Domingos:	52
b) Otro día adicional descanso legal (Sábado o Lunes)	52
c) Días feriados fijos	9
d) Por Ley de fiesta nacional:	5
e) Días festivos remunerados declarados por el Gobierno, Estado o Municipalidades, hasta	3
	<hr/>
TOTAL DÍAS FERIADOS:	121

A lo cual se le van a adicionar los feriados contractuales, como los contenidos en la convención colectiva de trabajo, donde podemos señalar el caso emblemático del sector bancario, así como la concesión de licencias y permisos contemplados tanto en la LOTTT, así como en otros textos legales a los cuales en el presente trabajo no haremos referencia.

### **5.1. CUANTOS SON LOS DÍAS EFECTIVAMENTE TRABAJADOS EN VENEZUELA**

Los días efectivamente trabajados al año en nuestro país, será igual:

Al total de los días hábiles para el trabajo (365), menos los días no laborables feriados legales o contractuales, a lo cual se les adiciona las licencias y permisos legales y contractuales, así como la interrogante relativa al porcentaje de días no laborados por el ausentismo laboral.

### **5.2. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO EN LA LOTTT**

Creemos conveniente recordar, que en el año 2012, se produjo por vía legal una importante reducción de la jornada de trabajo, teniendo presente, que la reducción de duración de la jornada de trabajo es una de las conquistas más emblemáticas de la clase trabajadora y del movimiento obrero, que tiende a la

mejor calidad de vida, y que ha sido objeto de amplia regulación, en donde existen fuentes de naturaleza internacional, como lo serían los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo N° 1, 30, 43,46,47, 49,51,61,67, 153 y 161; así como en la Recomendación N° 116, a lo cual se adicionan las inclusiones en Declaraciones Internacionales, como lo serían, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; fuentes nacionales de naturaleza constitucional y legal, y fuentes convencionales de carácter individual o colectiva, y que la tendencia ha sido y lo debería seguir siendo a la disminución progresiva de la jornada de trabajo, de acuerdo como es obvio a la realidad de cada país; y traemos a colación este tema, por cuanto en la nueva LOTTT de 2012, se realizó una importante reducción de la jornada de trabajo, que si bien busca fines muy loables, sin embargo, en el contexto actual del país pudiera sin proponérselo, tener efectos no deseados para la productividad, para el ingreso de la remuneración integral del propio trabajador y hasta para la satisfacción de necesidades básicas de la colectividad; así tenemos que en nuestra LOTTT, se define en el artículo 167 a la jornada de trabajo, y en el 173 que pretende desarrollar lo preceptuado en el artículo 90 de la vigente CRBV, se establecieron los límites máximos de la jornada normal de trabajo diurna (8 horas diarias y cuarenta semanales), nocturna (7 horas diarias y 35 semanales) y mixta (7 horas y media diarias y 37 horas y media semanales), jornada de trabajo que “no excederá de cinco días a la semana y el trabajador o trabajadora tendrá derecho a dos días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor”.

## **6. EN DONDE SE ENCUENTRAN LAS NORMAS QUE REGULAN EL AUSENTISMO LABORAL**

Ya hemos arriba señalado que el ausentismo laboral no está previsto ni regulado jurídicamente en forma directa, por lo que debemos indagar en nuestro marco regulatorio laboral vigente, en cuales instituciones que contemplan las vicisitudes que pueden afectar al contrato de trabajo, están incorporadas, para lo cual comenzaremos con la LOTTT.

Iniciaremos nuestra búsqueda dentro del marco de la normativa de la LOTTT, en la figura de la suspensión de la relación de trabajo (Artículo 71 al 75), en donde en el artículo 72 se nos indican los casos en que se suspenden la relación de trabajo, así como sus efectos, siendo uno de ellos, el de que “el trabajador o trabajadora no estará obligado a prestar el servicio, ni el patrono o la patrona a pagar el salario” (artículo 73); con lo cual cuando se dan estos supuestos, el trabajador estará justificadamente ausente y gozará de la protección legal contemplada en el artículo 74 de la LOTTT, por lo que no podrá serdespedido, trasladado, ni desmejorado en sus condiciones de trabajo, sin causa justificada debidamente comprobada mediante el procedimiento de calificación de faltas establecidas en la Ley, y con derecho a ser reincorporado al trabajo, cesada la suspensión (artículo 75 LOTTT)

## **REGLAMENTO**

Continuando con nuestra indagación podemos constatar, que en la regulación

de la terminación de la relación de trabajo (artículo 76 al 84 LOTT), en el artículo 76 se señalan las causas por las que puede terminar el contrato de trabajo, y dentro de éstas al: despido, retiro, voluntad común de las partes o causa ajena a la voluntad de ambas; y en materia de despido justificado mediante manifestación de voluntad unilateral del patrono, en el artículo 79 se señalan dentro de los hechos en que puede incurrir el trabajador o trabajadora en el literal “f”, a la “inasistencia injustificada al trabajo durante los tres días hábiles en el período de un mes...”.

Otra causal que puede dar origen al despido justificado es la de la falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo (literal i), así como la del abandono del trabajo (literal ii); por lo que respecta a la causal primera, es una causal genérica, que está vinculada a lo preceptuado en el artículo 56 de la LOTT, denominada obligaciones de las partes, teniendo presente que en el Reglamento de la Ley del año 2006, en el artículo 38 se regula el incumplimiento reiterado del horario de trabajo como causal de despido justificado (inobservancia en cuatro oportunidades, por lo menos, en el lapso de un mes); y en cuanto al abandono del trabajo, está definido en tres literales en la parte final del artículo 79.

En materia de falta grave al contrato de trabajo, en la búsqueda de garantizar la productividad a la entidad de trabajo pública o privada, pensamos, que debería dársele al caso del ausentismo crónico, vale decir, a las reiteradas faltas injustificadas al trabajo en una duración inferior a los tres días hábiles en el período de un mes, igual tratamiento al del incumplimiento reiterado del horario de trabajo.

#### **6.1. OTRAS NORMAS DE LA LOTT, QUE SE PODRÍA APLICAR A LOS FINES DE TRATAR DE MINIMIZAR EL AUSENTISMO LABORAL**

Creemos que es factible aplicar la norma contenida en el artículo 119 denominada “Pago del día feriado y del día de descanso”, que en su encabezamiento contempla, “El trabajador o trabajadora tiene derecho a que se le pague el salario correspondiente a los días feriados o de descanso cuando haya prestado servicio durante los días hábiles de la jornada semanal de trabajo”, para luego en el último párrafo establecer: “El trabajador o trabajadora no perderá ese derecho si durante la jornada semanal de trabajo en la entidad de trabajo faltare un día a su trabajo”; teniendo presente que ahora a diferencia de la LOT derogada, que establecía un solo día de descanso semanal legal, con la posibilidad de otro convencional (artículo 196) y que contemplaba también en la parte final del artículo 216 la posibilidad de la pérdida, ahora de acuerdo a lo pautado en el artículo 173, el derecho del trabajador es “a dos días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor”, lo cual podría traer como consecuencia la pérdida del derecho al pago de estos días, si faltare más de un día a su trabajo; pero como la nueva norma in comento se refiere tanto al pago del día feriado, como al día de descanso, pudiera pensarse, que la pérdida por la falta a la jornada semanal mayor de un día, también conllevaría a la pérdida del día feriado de los contemplados en el ya citado artículo 184 de la LOTT, lo cual nos parece injusto, ya que la falta previsión “legislativa”, al incluir a los dos

conceptos del pago del día feriado y del descanso en un mismo artículo y no mantenerlos separados, a diferencia de la ley derogada, que sancionaba con pérdida solo al día de descanso y no a los otros feriados, cuyo otorgamiento y derecho se deben a motivos diferentes a los del descanso semanal.

En igual forma, también se podrá utilizar a los mismos fines, la norma que permite hacer efectiva la imputación de los períodos de inasistencia al trabajo sin causa justificada, en cuanto totalicen siete o más días al año, condicionado a que el patrono le hubiere pagado el salario correspondiente a los días de inasistencia (artículo 202 LOTTT).

Por último creemos que en materia disuasiva al ausentismo laboral, también es factible la aplicación de la norma contenida en el artículo 142 de la LOTTT (Garantía y cálculo prestaciones sociales), mediante la realización de depósitos a cada trabajador, al equivalente a quince días cada trimestre, calculado en base al salario efectivamente devengado, en donde como es obvio en los días de ausencia como regla general no hay pago de salario.

## **7. NUEVAS NORMAS LABORALES CON POSIBLES EFECTOS NO DESEADOS QUE PUDIERAN INCENTIVAR EL AUSENTISMO**

Comenzaremos nuestros comentarios con los Decretos Sobre Inamovilidad Laboral Especial emanados de la Presidencia de la República a favor de los trabajadores y trabajadoras del sector público y privado regidos por la LOTTT, que se han promulgado en forma evolutiva y ampliando sus efectos, desde Abril del 2002, hasta la presente fecha, siendo el último, el contenido en el Decreto N° 1583 en GO Ext. De 30 de Diciembre de 2014, que prorrogó nuevamente la inamovilidad laboral entre el primero (1°) de Enero de dos mil quince (2015) y el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil quince (2015), ambas fechas inclusive, ya que a pesar de que no compartimos el criterio del empleo flexible, sino el del trabajo estable, por considerar que la estabilidad, es positiva tanto para los trabajadores, como para los empleadores, somos de la opinión, que la política de la inamovilidad laboral especial, mediante Decretos, a pesar de sus buenas intenciones, no es ni ha sido la vía más apropiada para lograr la permanencia en el empleo, y que pueden causar efectos negativos sobre la productividad, y hasta incentivar al ausentismo laboral, ya que en virtud de los retardos en la sede administrativa, puede conducir a lo que en doctrina se ha llamado “el despido imposible”, y con ello, a la desmotivación para dar inicio a la solicitud del procedimiento de calificación de despido por ante el Inspector del Trabajo; pensamos que ya es oportuno y hasta necesario poner en vigencia el nuevo sistema de estabilidad consagrado en nueva LOTTT que incorpora la estabilidad absoluta (Artículo 85 al 93).

## **8. OTRAS VÍAS PARA MINIMIZAR EL AUSENTISMO**

Pero bastan solo las normas jurídicas para solucionar la problemática del ausentismo laboral?

Sobre este particular, somos del criterio, que si bien la norma jurídica puede

coadyuvar en la solución del problema a corto o mediano plazo, ya sea mediante amonestaciones, suspensiones, pérdida del salario y hasta del empleo; sin embargo, este no es el único camino viable para lograr tal fin, por lo que se hace necesario la búsqueda e implementación de otras medidas de carácter complementarias en la solución de este problema.

Las medidas complementarias pudieran adoptarse, por ejemplo, por la vía de la negociación colectiva, mediante el desarrollo e implementación de los denominados programas para estimular la asistencia al trabajo, que incorpora incentivos al trabajador, bien mediante bono de asistencia o de asistencia perfecta.

También dentro de estas medidas complementarias a fin de estimular la asistencia al trabajo, están las denominadas por la doctrina de naturaleza conductual, en donde se señalan entre otras:

- a) Las reuniones de reflexión a fin de analizar y explicar los problemas que originan el ausentismo,
- b) La motivación a los trabajadores para hacerles comprender que ellos son importantes en el proceso social del trabajo.
- c) Sembrar conciencia de que el hecho social trabajo es una actividad creadora que dignifica a la persona humana.
- d) Despertar e incentivar en la persona humana del trabajador valores como lo son el de la moderación, la honestidad, la buena fe, del cumplimiento y la responsabilidad, y sobre todo encontrar satisfacción en el trabajo.
- e) Seleccionar supervisores que cumpla su rol de organizar el trabajo, lo planifique, dirija y controle.

Ya para finalizar el presente trabajo, podemos señalar como otra medida complementaria, que es muy importante en la reducción del ausentismo laboral, al ambiente de trabajo, que debe ser como lo indica el literal 1 del artículo 1 de la LOPCYMAT, "... adecuado y propicio para el ejercicio pleno de sus actividades físicas y mentales....", y que reuna tanto las exigencias de esta Ley, como las del Reglamento de las Condiciones de Higiene y Seguridad en el Trabajo; así como también lo será, los ajustes salariales que deben ser oportunos y responder al principio de la suficiencia incorporado en el artículo 91 de la CRBV y en el 111 de la vigente LOTTT, sobre todo en esta época en que observamos altas tasa de inflación.

## **9. CONCLUSIÓN**

De lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que el ausentismo laboral es uno de los principales retos a los que se enfrentan las empresas hoy en día, a lo cual no escapa nuestro país, sobre todo cuando élen muchos casos, es producto de un abuso derivado del incumplimiento del contrato de trabajo; por lo que se hace necesario implementar diversas estrategias, que si bien no lo eliminan, sin embargo, lo minimizan y lo reducen a porcentajes normales o tolerables, en donde el marco regulatorio laboral si bien debe mantener su



carácter protector y garantista de los derechos de los trabajadores, también debe coadyuvar en la minimización del ausentismo laboral; pensando además, que si el ausentismo no está previsto, ni regulado en forma directa hoy en día en nuestro marco regulatorio laboral, creemos que es oportuno darle entidad propia a fin de encontrar en nuestro texto legal, respuestas a las inquietudes más frecuentes en esta controvertida materia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Rodríguez Dulce María, “Aplicación de la LOT incrementó ausentismo” El Nacional. [www.el-nacional.com/16 de febrero 2015](http://www.el-nacional.com/16-de-febrero-2015). Caracas (Venezuela).

YapurNicolle, “Controles e inflación desmejoran beneficios contractuales”. En El Nacional del 23-9- 13 Página 6 Economía y Negocios.

Tema 4 “El ausentismo” en agenda 4.blogspot.com

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).

Ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT).

Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT).



# El papel de la jurisprudencia en la lucha contra la discriminación en el empleo

Héctor JAIME MARTÍNEZ

---

Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica del Táchira. Profesor de Postgrado en Derecho del Trabajo de Varias Universidades del país. Miembro del Instituto Venezolano de Derecho Social. Miembro del Grupo Bologna-Castilla la Mancha. Asesor Externo de la OIT

Daniel A. JAIME KELLERHOFF

---

Abogado miembro del escritorio Littler Employment & Labor Law Solutions Worldwide. Miembro del Grupo Bologna-Castilla La Mancha. Miembro del Capítulo Venezolano de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

## Sumario

I) Palabras iniciales. II) Principio de igualdad y no discriminación. III) La Jurisprudencia como fuente del Derecho del Trabajo y su Jerarquía. IV) Instrumentos de Derecho Interno que consagran el principio de igualdad y de no discriminación en el empleo. V) Instrumentos de Derecho Internacional, en relación con el principio de no discriminación en el empleo, utilizados y fuerza vinculante de tales instrumentos. VI) El tratamiento de la igualdad y la no discriminación por parte de la Jurisprudencia. VII) Vías procesales especiales para el conocimiento por parte de los tribunales de los reclamos y denuncias por violación a la igualdad y al principio de no discriminación. VIII) Carga de la prueba de la discriminación. IX) La discriminación positiva en la legislación y en la Jurisprudencia.

## **Resumen**

El presente trabajo está dedicado al análisis del derecho a la igualdad y no discriminación referido especialmente al marco del contrato de trabajo así como al tratamiento las respuestas de la jurisprudencia venezolana frente a las distintas formas de discriminación en el trabajo y en el acceso al empleo, así como la llamada discriminación positiva.

**Palabras claves:** principio de igualdad, no discriminación, jurisprudencia, protección, discriminación positiva.

## **Abstract**

The present paper is about the analysis of de the right to equality and non-discrimination from the point of view of the framework of the employment contract, and also the treatment responses of the Venezuelan case-law in order to the protection against the different forms of discrimination at work and in the access to employment; even in the case of positive discrimination.

**Keywords:** right to equality, no discrimination, case-law, protection, positive discrimination.

Los derechos fundamentales constituyen uno de los temas que revisten mayor actualidad dentro del Derecho en general; en especial, el relativo a los derechos fundamentales del trabajador, ha venido adquiriendo especial relevancia en el campo del Derecho del Trabajo.

Puede afirmarse que todos los Estados modernos han considerado indispensable consagrar en sus leyes fundamentales, la protección de ciertos derechos que revisten especial significación para sus ciudadanos, tendencia esta que corre pareja con la de la existencia de constituciones escritas, así como con la de las declaraciones en materia de derechos fundamentales por parte de la comunidad internacional.

El llamado Neoconstitucionalismo, surgido de los modelos políticos y jurídicos del Estado que se han impuesto luego de la segunda guerra Mundial, concede una particular importancia, no sólo a la consagración en los textos fundamentales del Estado moderno de tales derechos, sino con base a una interpretación axiológica de los mismos.

El reconocimiento y la protección de los derechos humanos, están en la base de las constituciones democráticas modernas, de allí que Bobbio afirme: *derechos humanos democracia y paz son tres elementos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos*<sup>1</sup>.

Así, en la medida en la que los regímenes democráticos se afiancen y profundicen, en la misma medida se avanzará en el reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales. A ello habría que agregar el desarrollo del control de la constitucionalidad por parte de las cortes o tribunales constitucionales.

Pese a la vigencia del tema que trasciende el ámbito de las fronteras nacionales, el respeto pleno a los derechos de la persona no transita por un camino amplio libre de obstáculos, por el contrario abundan las declaraciones retóricas en tanto que en el terreno de los hechos, se los ignora, pues resultan incómodos. No se trata de reconocer en un texto constitucional o legal la mayor cantidad de derechos fundamentales, lo más importante es la garantía de su eficacia.

La expansión que caracteriza a los derechos fundamentales no tan solo afecta el ámbito geográfico sino el tenor de los mismos así como su eficacia. De la exigencia de tales derechos frente al Estado, se ha pasado a exigir a éste la garantía de su eficacia en las relaciones entre particulares y muy especialmente en el campo de las relaciones de trabajo.

## **1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN**

El Principio de Igualdad y la prohibición de discriminación consagrados en todas las convenciones y declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales se proyecta con especial intensidad en las relaciones de trabajo. Originalmente fue concebido como la garantía de la abolición de privilegios

<sup>1</sup> Norberto Bobbio: *El Tiempo de los Derechos*. Editorial Sistema. Madrid. 1991. p. 14.

pero, a partir de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos se lo ve como una igualdad ante la ley, es decir, como un mandato al legislador para que no establezca diferencias o preferencias arbitrarias al momento de delimitar el ámbito de aplicación de la norma, lo que trae como consecuencia la prohibición de establecer discriminaciones.

De acuerdo con el criterio de Álvarez de la Rosa y Palomeque López, la igualdad se manifiesta en varias vertientes: igualdad frente a los poderes públicos que conlleva no solo una igualdad ante la ley sino, sobre todo, en la aplicación de la Ley: y, por otra parte, igualdad en el contrato de trabajo<sup>2</sup>.

La Igualdad ante la ley consiste *en el derecho de los sujetos de las relaciones de trabajo a obtener de la norma jurídica (...) un trato igual, en el sentido de que a „supuestos de hecho iguales deben ser aplicables unas consecuencias jurídicas que sean iguales también*<sup>3</sup>.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en garantía del principio de igualdad, prohíbe toda discriminación fundada en razones de raza, sexo, credo o condición social. Esta disposición ya estaba contemplada en la Constitución de 1961, pero en 1999 se incorpora y concibe como un acto discriminatorio aquel que procure el menoscabo de condiciones de igualdad, de derechos o de libertades personales. Según la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y en interpretación de la Constitución de 1999, *existe discriminación, ... cuando situaciones similares o análogas se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contrario* (SC-TSJ 1197/17.10.2000, Luis Alberto Peña vs. Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Nacionales).

La no discriminación fue, en un principio, concebida como un derecho desprovisto de autonomía propia y como consecuencia del principio de igualdad. De allí que hubiere sido conceptualizada como aquella desigualdad en el trato que se basa en razones concretas que resultan especialmente odiosas por suponer la negación del principio de igualdad entre los hombres<sup>4</sup>.

La actual noción de no discriminación permite considerarle como derecho autónomo fundamentado en la dignidad de la persona humana y otorga a la discriminación un carácter humillante para las personas y de exclusión social. De allí que más que la búsqueda de evitar desigualdades de lo que se trata es de brindar iguales oportunidades a todos.

La Constitución también contempla una prohibición a todo tipo de discriminación en el trabajo por razones política, edad, raza, sexo o credo o por cualquiera otra condición (Artículo 89, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Sin embargo, en el ámbito laboral, el derecho a la igualdad ante la ley no sólo está garantizado por la obligación de no hacer que se le impone al patrono frente al trabajador para proteger a aquél de todo acto discriminatorio, sino que

<sup>2</sup> Álvarez de la Rosa y Palomeque López: Derecho del Trabajo., Manuel Areces, Madrid, 2009, pp. 116 y ss.

<sup>3</sup> Álvarez de la Rosa y Palomeque López: Derecho del..., op. cit., p. 118.

<sup>4</sup> Rodríguez Piñero y Fernández López; citado por Puyol González: ¿Qué hay de malo en la discriminación? Edición digital de Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 29 (2006), pp. 77-91. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc765z0>

expresa el derecho de los sujetos de las relaciones de trabajo a obtener de la norma jurídica (...) un trato igual, en el sentido de que a «supuestos de hecho iguales deben ser aplicables unas consecuencias jurídicas que sean iguales también»<sup>5</sup>.

Además, este derecho fundamental configura una prohibición expresa al legislador de contemplar en la norma supuestos de hecho que otorgue tratos distintos a personas que se encuentran en la misma situación.

La discriminación en el trabajo puede revestir diversas formas o manifestaciones:

- a. Discriminación en el acceso al empleo: consiste en medidas que impiden el acceso al empleo a cierto tipo de personas por razón de sexo, raza, condición social, religión, ideas políticas o cualquier otra circunstancia que sea tomada en consideración para restringirle el acceso al empleo.
- b. Discriminación en la ocupación: consiste en relegar a cierto tipo de trabajadores (sobre todo por razón de sexo o de raza) a la ejecución de trabajos de menor categoría, o establecerle condiciones de trabajo, diferentes o más difíciles.
- c. Discriminación en el salario: La regla a trabajo igual, igual salario, consagrada en las modernas constituciones y en las leyes de trabajo latinoamericanas, está destinada a garantizar la igualdad del salario e impedir se establezcan diferencias en la remuneración del trabajado realizado en condiciones iguales

Frente al principio formal de igualdad ante la ley, la Constitución procura garantizar la igualdad material y es así como la prohibición de discriminación en el trabajo no descarta la posibilidad de adoptar, mediante ley, medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables, como regula el artículo 21.2 de la Constitución la llamada discriminación positiva. Es así como la Ley venezolana toma medidas destinadas a proteger la maternidad, la paternidad o la familia, o a cierto tipo de trabajadores en razón de la edad (adolescentes y adultos mayores) o por estar afectado por una discapacidad.

Los sectores más afectados son las mujeres, los pueblos indígenas y, sobre todo, por razones de opinión política, los sectores opositores al gobierno. Esta última causa de discriminación no es reconocida oficialmente y su prueba resulta en extremo difícil. Como lo determina un informe de la ONG *Internacional Human Rights Wacht* de 2008, durante el gobierno de Hugo Chávez y el actual, se ha venido practicando sistemáticamente la discriminación política. Un caso especial lo constituye la llamada Lista Tascón. Entre los años 2002 y 2003 la oposición venezolana organizó un referéndum revocatorio contra el Presidente, para ello fue necesario recoger varias veces, firmas de un número elevado de electores. En enero de 2004, Chávez le escribió al entonces presidente del CNE, para informarle que había autorizado a su jefe de campaña, el diputado Luis Tascón, a obtener copias de las planillas con más de tres millones de firmas de quienes respaldaron ante el CNE la petición del referendo revocatorio. Supuestamente

<sup>5</sup> Álvarez de la Rosa y Palomeque López: Derecho del..., op. cit., p. 113.

las copias se utilizarían para demostrar la falsedad de un gran número de firmas pero fueron utilizadas para crear una lista negra que provocó numerosas destituciones y sobre todo, una gran discriminación tanto en el acceso al empleo, como a ciertos servicios, como la obtención de pasaportes, etc. Si bien el gobierno no ha sido condenado por tal discriminación, ante la dificultad de obtener pruebas idóneas y suficientes para demostrar tal violación al derecho a la no discriminación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma ha sido comprobada por diferentes ONG.

A través de las redes sociales y de los distintos tipos de navegadores de la red tales como Google, etc., es posible acceder y consultar la Lista Tascón, o la Lista Maisanta. El propio Presidente Chávez reconoció la existencia de la lista pero dijo que no se había utilizado para discriminar.

## **2. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SU JERARQUÍA**

Desde la ley Orgánica del Trabajo de 1990 en la enunciación que se hacía de las fuentes del Derecho del Trabajo, se incluía a la Jurisprudencia a la par que la doctrina como una de las fuentes que consagraban los principios; el texto es como sigue:

Artículo 60. Además de las disposiciones constitucionales y legales de carácter imperativo, para la resolución de un caso determinado se aplicarán, en el orden indicado:

- a) La convención colectiva de trabajo o el laudo arbitral, si fuere el caso;
- b) El contrato de trabajo;
- c) Los principios que inspiran la Legislación del Trabajo, tales como los contenidos explícita o implícitamente en declaraciones constitucionales o en los Convenios y Recomendaciones adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia y doctrina nacionales;
- d) La costumbre y el uso, en cuanto no contraríen las disposiciones legales ni los principios a que se refiere el literal anterior;
- e) Los principios universalmente admitidos por el Derecho del Trabajo;
- f) Las normas y principios generales del Derecho; y
- g) La equidad.

Como se desprende de lo anterior la jurisprudencia se la consideraba como una fuente en la medida en la que aplicaba los principios del Derecho del Trabajo y contribuía a precisar la existencia, contenido y extensión de los mismos.

El 30 de abril de 2012 el Presidente de la República, en abierta violación de la



Constitución, promulgó, mediante Decreto, una nueva Ley de Trabajo: La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (en lo sucesivo LOTTT), en la enumeración de las fuentes del Derecho del Trabajo ella contempla. la jurisprudencia en materia labora”. A diferencia de la Ley de 1990, la LOTTT no dispone que la enumeración obedezca a un orden de jerarquía o de aplicación de las fuentes de derecho, lo cual plantea dos problemas: a). sobre la aplicación de las normas y principios vigentes en conflicto; y b) sobre el rango jerárquico de las fuentes de la LOTTT.

Tanto la LOTTT como la ley precedente consideran la jurisprudencia laboral es fuente de Derecho. No obstante, la Constitución sólo otorga una eficacia como fuente directa del Derecho a las interpretaciones vinculantes sentadas por la Sala Constitucional.

En agosto de 2002 se promulgó la Ley Orgánica Procesal del Trabajo cuyo artículo 177 estableció lo siguiente:

Artículo 177. Los Jueces de instancia deberán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia

De allí se desprende que la Ley le otorgó una máxima fuerza vinculante a la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

La disposición legal que se comenta por efecto de la sentencia de la Sala Constitucional Nº 1.380, de 29 de octubre de 2009 (caso: José Martín Medina López), declaró la inconstitucionalidad del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, lo cual condujo a su desaplicación por control difuso. Cabe advertir que la Sala Constitucional en Venezuela, por razones de distinta índole, entre ellas políticas, se ha convertido en una supersala que ha llegado incluso a revisar sentencias de la Sala Plena, lo que no resulta lógico.

El texto de la sentencia es del tenor siguiente:

En este orden de ideas, es de destacar que a la casación, como institución procesal, se le han atribuido objetivos fundamentales, entre los que destacan: 1) la denominada función “nomofiláctica” o de protección de la ley y 2) la función uniformadora de la jurisprudencia. Funciones que de ningún modo pueden confundirse ni asimilarse a la función de interpretación de la Constitución que tiene atribuida esta Sala, a su potestad exclusiva y excluyente de revisión de sentencias definitivamente firmes (artículo 336.10 constitucional) y, en particular, al carácter vinculante de las decisiones de esta Sala Constitucional sobre normas y principios constitucionales (artículo 335 eiusdem).

Se ha señalado que a través de la mencionada función “nomofiláctica” se tiene por fin que el juez de casación -en nuestro caso las Salas de Casación Civil, Penal o Social-

anule las sentencias que conforme a su criterio contienen infracciones legales, no sólo por la injusticia que envuelven, sino porque reflejan la contumacia del juez de instancia frente a la ley que le crea un imperativo concreto e inexcusable. En lo que respecta a la función uniformadora de la jurisprudencia se ha sostenido que la misma está encomendada a las Cortes de Casación (en nuestro caso Salas integrantes de este Máximo Tribunal) para defender, no solamente la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sino también la unidad del derecho objetivo nacional, que quedaría amenazada y destruida por la superposición, sobre la ley nominalmente única, de numerosas interpretaciones judiciales contemporáneas, ya de suyo perjudiciales, pero más temibles todavía como fuentes de perturbación de la jurisprudencia futura, en la cual toda omisión errónea puede dar origen, por la fuerza de ejemplo y, podría decirse de “contagio”, que implica toda máxima, a corrientes de pensamiento jurídico aberrantes, por lo que se atribuye a los órganos de casación la misión de eliminar la pluralidad de corrientes y “direcciones” jurisprudenciales por su jerarquía judicial y como órgano unificador y regulador (véase, Sarmiento Núñez, ob. cit., pp. 35-40).

Ahora bien, respecto a la última de las funciones comentadas -de uniformidad de la jurisprudencia- surgen dos objeciones fundamentales, primero, que esa unidad jurisprudencial a que se aspira por medio de la casación podría ser ilusoria, pues si funcionan varias Salas de Casación -como es el caso- cada una de ellas podrá adoptar interpretaciones opuestas, con lo cual no se logra la finalidad buscada; y segundo, que esta llamada uniformidad de interpretación en el tiempo no es necesaria, pues el derecho, que debe adaptarse a las necesidades sociales del momento, se volvería inerte, pues el progreso jurídico se logra a base de la evolución en la interpretación sana de las leyes (véase Sarmiento Núñez, ob. cit. pp. 45-46).

Aunado a lo anterior debe recordarse que por disposición Constitucional, concretamente el artículo 335, si bien este “Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación”; la únicas interpretaciones que tienen carácter vinculante u obligatorio para todos los tribunales de la República, así como las demás Salas, es esta Sala Constitucional, toda vez que dicho precepto constitucional expresamente dispone que: “Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios

constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

Por tanto, el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo es contrario a lo dispuesto en el artículo 335 de la Carta Magna al pretender obligar o vincular a los jueces de instancia a que sigan la doctrina de casación, siendo que las únicas decisiones que tienen tal carácter vinculante son las dictadas por esta Sala en interpretación de las normas y principios contenidos en la Constitución y en resguardo de la seguridad jurídica y del principio de confianza legítima. Así se declara.

*En consecuencia, esta Sala Constitucional, en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desaplica por control difuso el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.*

No obstante lo anterior, en la práctica, los tribunales de trabajo no se apartan de la doctrina uniforme de la Sala de Casación Social y pese al criterio transcrito, la jurisprudencia ha tenido un fuerte valor científico para los legisladores, jueces, doctrinarios y abogados para la creación y aplicación del Derecho, incluso mucho antes de las vigentes Constitución y leyes. Su valor científico ha sido recalcado por la antigua Corte Federal y de Casación de la República (hoy día el Tribunal Supremo de Justicia) en la siguiente sentencia:

Está en la sentencia o esencia misma del Derecho objetivo que el “deber ser jurídico” sea idéntico a sí mismo cuando idénticos sean los supuestos de hecho que condicionan la aplicación y observancia de los preceptos legales que lo integran (...). Se consigue así un resultado constante de gran significación para la vida y realización del Derecho, que es lo que constituye la esencia de la jurisprudencia. Pero ni ésta, ni mucho menos los precedentes judiciales aislados tienen en nuestro sistema positivo la fuerza suficiente para elevarse a la categoría de fuente formal directa del Derecho Objetivo. El precedente judicial y aun la jurisprudencia misma no tienen, en el Derecho venezolano, sino autoridad puramente científica. A lo más, sólo podría atribuírseles la fuerza de una presunción correcta de la norma jurídica por aplicar. De allí que los jueces puedan y deban dar en sus decisiones una interpretación de la ley distinta y aun contraria de aquélla recibida y tradicional, por más firme que sea, cuando del estudio detenido del caso y de la norma aparezca que esa interpretación no corresponde a su verdadero espíritu y a su sana inteligencia. El valor práctico

de seguridad que entrañan los precedentes judiciales y la jurisprudencia, cede entonces su puesto y se quebranta ante el más elevado y digno de observancia, que consiste en que las decisiones judiciales correspondan a la convicción que de la voluntad de la ley tengan los jueces para el momento de pronunciar fallos propios.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por su parte, estableció en su artículo 335 que las interpretaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como máximo y último intérprete de la Constitución: *...sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.*

Las interpretaciones que la Sala Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia laboral, se transforman entonces en doctrina de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de la República, incluyendo a quienes conforman las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

Por tanto es posible considerar que los criterios reiterados sobre interpretaciones hechas por la Sala Constitucional en materia del derecho-deber al trabajo, tanto en su dimensión individual como colectiva, es la única aceptada, jurídicamente con fuerza vinculante para los jueces del trabajo y la Sala de Casación Social.

### **2.1. UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

Además de la disposición constitucional que otorga el carácter vinculante de las interpretaciones de la Sala Constitucional, el Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía al procedimiento laboral por mandato del artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, contempla la obligación de todos los jueces de mantener la uniformidad jurisprudencial: *Los Jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.*

Asimismo, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo dispone del mecanismo de control de la legalidad en virtud del cual la Sala de Casación Social podrá conocer y revisar, a solicitud de parte, las sentencias de instancia que no sean recurribles en casación pero que contraríen la doctrina laboral de aquella.

El efecto del control de la legalidad, cuya admisibilidad es potestad discrecional de la Sala de Casación Social, es la nulidad del fallo que violentó la doctrina laboral y la reposición de la causa o el pronunciamiento de aquella sobre el fondo de la causa y por ende, una garantía de la uniformidad de la jurisprudencia.

### **3. INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNO QUE CONSAGRAN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO**

El artículo 21 de la Constitución contempla el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de los tratos discriminatorios. De igual forma el artículo 89 de la norma fundamental venezolana establece que el Estado tiene el deber de proteger

el trabajo como hecho social y para garantizarlo prohíbe todo tipo de discriminación. El mencionado artículo es del tenor siguiente:

El artículo 21 de la Constitución contempla el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de los tratos discriminatorios. De igual forma el artículo 89 de la norma fundamental venezolana establece que el Estado tiene el deber de proteger el trabajo como hecho social y para garantizarlo prohíbe todo tipo de discriminación. El mencionado artículo es del tenor siguiente:

El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

...Omissis...

5. Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.

4. Instrumentos de Derecho Internacional, en relación con el principio de no discriminación en el empleo, utilizados y fuerza vinculante de tales instrumentos.

Por su parte la LOTTT en el literal h) del artículo 16 incluye la igualdad dentro de las fuentes del Derecho del Trabajo, en tanto que el artículo 18.7 ejusdem enuncia el principio de no discriminación, así:

Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de edad, raza, sexo, condición social, credo o aquellas que menoscaben el derecho a la igualdad ante la ley y por cualquier otra condición.

Este principio es desarrollado de manera más concreta por el artículo 21 LOTTT, el cual hace referencia, además, a las llamadas discriminaciones positivas:

Son contrarias a los principios de esta Ley las prácticas de discriminación. Se prohíbe toda distinción, exclusión, preferencia o restricción en el acceso y en las condiciones de trabajo, basadas en razones de raza, sexo, edad, estado civil, sindicalización, religión, opiniones políticas, nacionalidad, orientación sexual, personas con discapacidad u origen social, que menoscabe el derecho al trabajo por resultar contrarias a los postulados constitucionales. Los actos emanados de los infractores y de las infractoras serán írritos y penados de conformidad con las leyes que regulan la materia.

No se considerarán discriminatorias las disposiciones especiales dictadas para proteger la maternidad, paternidad

y la familia, ni las tendentes a la protección de los niños, niñas, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

En las solicitudes de trabajo y en los contratos individuales de trabajo, no se podrán incluir cláusulas que contraríen lo dispuesto en este artículo.

Ninguna persona podrá ser objeto de discriminación en su derecho al trabajo por tener antecedentes penales.

Nótese la especial referencia a la prohibición de discriminación en el acceso al empleo al impedir la colocación de cláusulas en los contratos de trabajo o de requisitos en las solicitudes de empleo que envuelvan una discriminación. De igual forma se prohíbe discriminar a las personas por sus antecedentes penales.

En el campo de las convenciones colectivas la discriminación no es un tema que constituya normalmente parte del contenido de su contenido. La única referencia tiene que ver con la garantía de la igualdad de salario, sobre todo, en los casos de suplencias con el fin de garantizarle a los trabajadores que suplan las ausencias temporales una remuneración igual a la del trabajador sustituido.

#### **4. INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL, EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO, UTILIZADOS Y FUERZA VINCULANTE DE TALES INSTRUMENTOS**

El artículo 23 de la Constitución le otorga a los tratados y convenios, ratificados por Venezuela, en materia de derechos humanos rango constitucional y su aplicación prioritaria cuando contienen disposiciones más favorables que las normas de derecho interno (principio *pro homine*). Con base en ello cabe afirmar que las disposiciones contenidas en los convenios y tratados son de aplicación directa por ser considerados derecho interno, al ser ratificados por Venezuela.

En el campo específico del derecho a la igualdad y a la no discriminación, Venezuela ha ratificado los siguientes Convenios:

1. Convenios 100 de 1951 (Convenio sobre igualdad de remuneración), ratificado el 10 de agosto de 1982.
2. Convenio 111 de 1958 (Convenio sobre la discriminación: empleo y ocupación, 1958), ratificado el 3 de junio 1971.

Asimismo, ha ratificado los siguientes Convenios relativos al trabajo de minorías o personas con desventajas sociales o económicas:

1. Trabajo de los migrantes:
  - C097 – Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (Ratificado en fecha 09 junio 1983, en vigor).

- C143 – Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (Ratificado en fecha 17 agosto 1983, en vigor).
2. Trabajo de los pueblos indígenas:
    - C169 – Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Ratificado en fecha 22 mayo 2002, en vigor).
  3. Trabajo de las mujeres:
    - C003 – Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (Ratificado en fecha 20 noviembre 1944, en vigor).
    - C004 – Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (Ratificado en fecha 07 marzo 1933, denunciado en fecha 20 noviembre 1944).
    - C045 – Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935 (Ratificado en fecha 20 noviembre 1944, en vigor).
    - C103 – Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (Ratificado en fecha 10 agosto 1982. Denunciado en fecha 28 octubre 1985).
  4. Igualdad de trato:
    - C019 – Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (Ratificado en fecha 20 noviembre 1944, en vigor).
    - C118 – Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (Ratificado en fecha 05 noviembre 1982, en vigor). Nota OIT: “Ha aceptado las ramas a)-g)”.
  5. Trabajo de los menores:
    - C006 – Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919 (Ratificado en fecha 07 marzo 1933, en vigor).
    - C182 – Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (Ratificado en fecha 26 octubre 2005, en vigor).

Además, Venezuela ha ratificado otros tratados internacionales que contemplan derechos laborales específicos e inespecíficos como son:

1. Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José).
2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Asamblea General de la ONU aprobó el 18 de octubre de 1990, la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, la cual no ha sido ratificada por Venezuela.

## **5. EL TRATAMIENTO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA**

En primer término debe hacerse notar que la mayoría de los tribunales aplican escasamente las normas internacionales y fundamentan sus decisiones en las

normas de derecho interno- constitucionales y legales- que contemplan la prohibición a la discriminación y en las interpretaciones que, con base en aquellas, ha hecho la Sala Constitucional y la Sala de Casación Social.

La Sala Constitucional ha definido lo que debe entenderse por discriminación y ha establecido, con base en el principio de igualdad ante la ley y de prohibición de discriminación, los requisitos para considerar cuando una conducta permitida por la ley y que comporta un aparente trato desigual, no es una conducta discriminatoria. El criterio explicado está contenido en la sentencia N° 1197, de fecha 17 de octubre de 2000 (caso: *LUIS ALBERTO PEÑA*), que arguye lo siguiente:

*(...) De conformidad con lo anterior, y con fundamento en la doctrina dominante en esta materia, observa esta Sala que el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria, y se prohíbe por tanto, la discriminación.*

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

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

De igual forma la Sala de Casación Social ha adoptado la opinión transcrita de



la Sala Constitucional en sentencia N° 15, en fecha 1° de febrero de 2006 (caso: *WILFREDO ALEXIS NOGUERA GONZÁLEZ vs. CANTV*) y adicionalmente estableció las siguientes consideraciones sobre la discriminación:

*Ahora bien, el derecho a la igualdad y a la no discriminación se encuentra establecido en el artículo 21 de la Constitución de 1999, el cual establece:*

*Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:*

- 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.*
- 2. La ley garantizará condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por algunas de las razones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*
- 3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas.*
- 4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.*

*Asimismo, en cuanto a la discriminación, el artículo 26 de la Ley Orgánica del Trabajo establece:*

*Se prohíbe toda discriminación de trabajo basada en edad, sexo, raza, estado civil, credo religioso, filiación política o condición social (...).*

*Cabe señalar, en cuanto a la violación del derecho a la igualdad, que la reiterada jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, sentó lo expuesto a continuación: "la discriminación existe, también, cuando situaciones similares o análogas se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria. En efecto el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación entre particulares consagrado en el artículo 61 de la Constitución, abarca no sólo los supuestos por él señalados sino todas aquellas situaciones donde sin algún motivo o razón se resuelvan contrariamente planteamientos iguales, y así se declara". (Casos: Vidal Blanco de fecha 21 de julio de 1994 y Eliseo Sarmiento de fecha 13 de abril de 1999).*

### 5.1. DISCRIMINACIÓN EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Como se dijo *supra*, PALOMEQUE y ÁLVAREZ DE LA ROSA distinguen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en dos aspectos: la exigencia del trato igualitario frente a los poderes públicos y a la prohibición de la discriminación de los trabajadores por parte del empleador en el seno de la relación de trabajo.

El acto discriminatorio por parte del empleador puede operar antes, durante o después del contrato de trabajo. A continuación se mencionan algunas de las situaciones en las que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que existe o no un trato discriminatorio en la relación de trabajo y ha resuelto en aplicación del principio de igualdad y no discriminación.

### 5.2. DISCRIMINACIÓN EN LA LIBERTAD DE TRABAJO

La discriminación pudiera afectar a quien procure ejercer su libertad de trabajo, es decir, a quien procure un libre acceso al ejercicio de alguna actividad lícita, bien a título independiente o dependiente – por cuenta ajena-, según garantiza el artículo 87 de la Constitución. Esta última modalidad es lo que propiamente se conoce como libertad de trabajo e implica *una protección contra toda usurpación de la libertad que tiene todo individuo de arrendar sus servicios a cambio de una remuneración*<sup>6</sup> y se concretiza *por intermedio de las leyes que apuntan a garantizar a todos los ciudadanos la posibilidad de vivir de su trabajo*<sup>7</sup>.

Esta libertad en el Derecho del Trabajo venezolano no beneficia, en principio, a los trabajadores extranjeros, puesto que el artículo 27 de la LOTTT impone como regla general de contratación, un porcentaje mínimo de venezolanos a ser contratados en un 90 % cuando el patrono ocupe diez (10) o más trabajadores.

Por su parte, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo ha establecido como forma de discriminación el supuesto en el que un trabajador extranjero hubiere transgredido el régimen jurídico sobre inmigración o se hubiere inobservado las restricciones a la contratación de extranjeros previstas en la ley.

Sin embargo, el problema surge en los casos de patronos que ocupen menos de diez (10) trabajadores. Los trabajadores extranjeros verían limitado totalmente su libertad de trabajo, para garantizar que no se cumpla un acto calificado como discriminatorio para el trabajador venezolano, lo cual podría traducirse a su vez como discriminatorio para aquellos.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, resolvió el problema en la siguiente sentencia N° 1771 de fecha 7 de agosto de 2007 (caso: *URDANETA GAZPROM-2, S.A.*), que decidió el recurso de interpretación del artículo 27 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo:

<sup>6</sup> Supiot. El Derecho del Trabajo. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 53.

<sup>7</sup> Ob. cit. p. 54.

*“La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece en el artículo 87 que toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. Para ello el Estado debe garantizar la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca.*

De igual forma consagra que el trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. Para el cumplimiento de esta obligación, el constituyente recogió un catálogo de principios de derecho del trabajo entre los cuales, destaca, en el artículo 89 numeral 5º, el principio de no discriminación, al prohibir todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición. Dicho principio está desarrollado en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en los artículos 12 y 13, este último por razones de nacionalidad, al señalar que el principio de no discriminación arbitraria en el ámbito de las relaciones laborales, regirá plenamente en el supuesto del trabajador extranjero o trabajadora extranjera que hubieren transgredido el régimen jurídico sobre inmigración, o en caso de inobservancia de las restricciones a la libertad patronal de contratación prevista en los artículos 20 y 27 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Ahora bien, por cuanto toda persona tiene el derecho y el deber de trabajar, en igualdad de condiciones, salvo las restricciones que la ley establezca, se hace necesario determinar el contenido y alcance del artículo 27 de la Ley Orgánica del Trabajo.

El artículo 27 de la Ley Orgánica del Trabajo, establece:

(...)

Si atendemos a una interpretación apegada al encabezamiento del artículo 4º del Código Civil “a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador” debemos plantearnos en primer lugar que de una interpretación literal pueden surgir varias hipótesis, a saber, si el porcentaje de trabajadores en aquellos patronos que ocupen 10 o más trabajadores, debe ser de un 90% de venezolanos, puede sostenerse entonces que en aquellos que ocupen menos de 10 trabajadores, de 1 a 9, pueden ser todos extranjeros, pero también puede sostenerse lo contrario, que pueden o deben ser todos venezolanos, ninguna de las cuales fue

prevista por la norma ni se desprende de su texto, de manera que esa primera vía no resuelve el problema.

Cuando nos adentramos más allá en la ruta que marca el señalado artículo 4° del Código Civil, debemos ir al siguiente paso, a determinar cuál es la intención del legislador, entonces cabe señalar que no hay ninguna evidencia de que el legislador haya querido alguna de las dos hipótesis anteriores, es decir, si un patrono tiene menos de 10 trabajadores, no parece desprenderse que todos los trabajadores pueden ser extranjeros y si sostenemos que todos deben ser venezolanos, dónde queda el derecho de los extranjeros.

Para determinar entonces la intención del legislador, recurrimos al método histórico y atendemos al desarrollo de estas normas protectoras de la mano de obra nacional.

Desde la Ley del Trabajo de 1936, hasta la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, el porcentaje obligatorio de trabajadores venezolanos, empleados y obreros, debía ser de un 75% y desde 1990 en adelante del 90%, lo cual quiere decir que el legislador quiso aumentar la protección a los trabajadores venezolanos y estableció la posibilidad de modificar el señalado porcentaje obligatorio, en forma temporal y excepcional por autorización del Inspector del Trabajo, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para cada caso particular, debiendo estudiar las condiciones generales de la oferta de mano de obra y de las circunstancias del caso concreto, cuando se trate de: actividades que requieren de conocimientos técnicos especiales y no exista personal, venezolano disponible; cuando exista demanda de mano de obra y el respectivo organismo del Ministerio del ramo compruebe no poder satisfacerla con personal venezolano; cuando se trate de inmigrantes que ingresen al país contratados directamente por el Gobierno Nacional o controlados por éste; cuando se trate de refugiados; y cuando se trate de pequeñas y medianas empresas.

La Ley Orgánica del Trabajo de 1990, recogió en los artículos 27 y 28 los artículos 18 de la Ley del Trabajo anterior y 27 del Reglamento. Desde 1936 hasta 1990, se mantuvo en la Ley el porcentaje obligatorio de trabajadores venezolanos en un 75% sea cual fuere el número de trabajadores de un patrono, siendo el Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 el que estableció en su artículo 27 que ese porcentaje podía ser mayor que el previsto en el artículo 18 de la Ley del Trabajo antes comentada, en aquellas empresas o actividades cuyo número de trabajadores fuera de 10 o menos por resolución especial del Ministerio del Trabajo.

*De tal manera que, considerando la legislación como un sistema, tomando en cuenta que actualmente el Ministerio del ramo, tal como ocurría hasta el año 1990, está facultado para ello, lo que reafirma el artículo 18 de la Ley de Extranjería y Migración, que debe respetarse el derecho de venezolanos y extranjeros a trabajar sin discriminación con las limitaciones que establezca la ley, en los casos de patronos que ocupen menos de 10 trabajadores, el Ministerio del ramo de conformidad con lo establecido el artículo 28 de la Ley Orgánica del Trabajo, podrá autorizar expresamente a aquellos patronos que requieran contratar a trabajadores extranjeros en un porcentaje mayor al establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica del Trabajo, atendiendo a las necesidades que justifiquen esa situación y a la circunstancias del caso concreto. Así se establece.”*

En consecuencia, lo que planteaba una aparente situación de discriminación, fue resuelta por la sentencia transcrita. Aun cuando ésta no tiene carácter vinculante, sí otorga uniformidad jurisprudencial al criterio sobre la contratación de extranjeros.

### **5.3. DISCRIMINACIÓN SALARIAL**

La discriminación que comúnmente es denunciada por los trabajadores es la salarial o de condiciones de trabajo. Sin embargo, en muchas empresas es normal que existan diferencias en la remuneración o beneficios de unos trabajadores frente a otros. Tal situación es permitida por la LOTT y el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, siempre que existan, a su vez, diferencias en las circunstancias de los trabajadores, bien en razón de antigüedad, capacitación profesional, asiduidad, responsabilidades familiares y otras semejantes y siempre que sean generales, es decir que el beneficio o prima deberá otorgarse a todo aquél que se encuentren en análogas condiciones<sup>8</sup>.

Bajo esta premisa, la discriminación salarial se verifica cuando el trabajador habiendo cumplido la condición general, no obtiene la remuneración o prima diferenciales o bien no se contempló una generalidad para el otorgamiento del beneficio, lo que se traduce en una discriminación indirecta ejemplificada por la doctrina como *la inclusión, en esos procesos de selección o promoción, de*

<sup>8</sup> **Artículo 109, LOTT:** “A trabajo igual, desempeñado en puesto de trabajo, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual. A estos fines se tendrá presente la capacidad del trabajador o trabajadora con relación a la clase de trabajo que ejecuta.

Lo anterior no excluye la posibilidad de que se otorguen primas de carácter social por concepto de antigüedad, asiduidad, responsabilidades familiares, economía de materias primas y otras circunstancias semejantes, siempre que esas primas sean generales para todos los trabajadores o trabajadoras que se encuentren en condiciones análogas.

**Artículo 14, RLOT:** “No se considerará violatorio del principio de no discriminación arbitraria, el reconocimiento a los trabajadores o trabajadoras de preferencias o privilegios fundamentados en criterios de relevancia cónsonos con el ordenamiento jurídico y de carácter general en el ámbito de la empresa, tales como cargas familiares, antigüedad al servicio del patrono o patrona, capacitación profesional, productividad, asiduidad, economía de materias primas, afiliación sindical y otros de naturaleza análoga”.

*condiciones aparentemente neutras, pero que sólo son poseídas por alguno(s) de los candidatos y no por otros*<sup>9</sup>. Al respecto, la Sala de Casación Social ha resuelto en un considerable número de casos que este acto discriminatorio hace operar a favor del trabajador la isonomía o equiparación de condiciones.

No obstante, para que exista una declaratoria de isonomía a favor del trabajador, es necesario que se haya fundamentado en una situación de discriminación salarial, esto es que se haya alegado la omisión en el otorgamiento de la prima diferencial y que el trabajador detentaba igual puesto, cargo u ocupación y desarrollaba su labor en idéntica jornada y condiciones de eficiencia (análogas condiciones) que el resto de los trabajadores. Así lo ha resuelto y mantenido la Sala de Casación Social, como se observa en la sentencia N° 327 de fecha 23 de febrero de 2006 (caso: JOSÉ BOHORQUEZ vs. CONSTRUCCIONES INDUSTRIALES, C.A y RAYMOND DE VENEZUELA, C.A.):

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

*De manera que, advierte la Sala que en el caso in commento, el actor no sustenta la aplicabilidad de los efectos normativos de la Convención Colectiva Petrolera con base en algún elemento de discriminación salarial, para de esta forma validar la isonomía en las condiciones de trabajo con respecto de los demás trabajadores que prestan servicio para las sociedades mercantiles que integran el grupo, y en tal sentido, resulta improcedente tal pretensión. Así se establece.”*

En el mismo orden de ideas, la Sala de Casación Social ha resuelto casos de aparente *discriminación normativa* a través de la extensión de regímenes normativos a categoría de trabajadores excluidos por ley o por la autonomía colectiva, aun cuando tal extensión haya obedecido más a una función normativa que interpretativa. El caso más resaltante fue el de la sentencia N° 522 de fecha 14 de abril de 2009, al resolver la solicitud de interpretación del artículo 275 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo, el cual contemplaba la exclusión a los trabajadores domésticos del régimen laboral general previsto en los Títulos II, III y IV de la referida Ley.

<sup>9</sup> Ermida Uriarte. Meditación sobre el Derecho del Trabajo. Cuadernillos de la Fundación Electra, Montevideo, 2011, p. 15.

En la sentencia, la Sala reconoce la posibilidad de que el legislador establezca regímenes especiales para determinado sector o categoría de trabajadores, en los que se consagren beneficios no incluidos en el régimen general; sin embargo, proscribire que tales regímenes contemplen condiciones por debajo de los mínimos constitucionales o condiciones discriminatorias y por ende, consideró la aplicación de ciertos institutos del régimen general a los trabajadores domésticos, *verbigracia*: presunción e laboralidad, el contrato de trabajo, prestación de antigüedad, libre estipulación del salario y límites, entre otros. A continuación se transcribe las razones que motivaron a la Sala a determinar la aplicación de los referidos institutos:

*...pasa esta Sala de Casación Social a determinar el alcance e interpretación que debe conferírsele a la norma sometida a su consideración a través del presente recurso, a la luz de los planteamientos argumentales ofrecidos por los recurrentes, esto es, que la existencia en la Ley de un Capítulo Especial aplicable a los trabajadores domésticos, y la exclusión para éstos, de la aplicación de los Títulos II, III y IV de la Ley Orgánica del Trabajo, referidos a disposiciones que regulan la relación de trabajo, la remuneración y las condiciones de trabajo, es discriminatoria y viola el Artículo 21 y el Ordinal 5º del Artículo 89, ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales establecen los principios de igualdad ante la ley y de prohibición de la discriminación legal en la protección del trabajo, respectivamente.*

(...)

Por su parte, y en este mismo sentido, respecto al trato igualitario entre trabajadores, la Sala de Casación Social ha adoptado criterio al respecto, entre otras, en decisión N° 258 del 5 de marzo de 2007, bajo la siguiente argumentación:

Cabe señalar, en cuanto a la violación del derecho a la igualdad, que la reiterada jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, sentó lo expuesto a continuación: 'la discriminación existe, también, cuando situaciones similares o análogas se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria. En efecto el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación entre particulares consagrado en el artículo 61 de la Constitución, abarca no sólo los supuestos por él señalados sino todas aquellas situaciones donde sin algún motivo o razón se resuelvan contrariamente planteamientos iguales, y así se declara'. (Casos: Vidal Blanco de fecha 21 de julio de 1994 y Eliseo Sarmiento de fecha 13 de abril de 1999).

Con esta misma concepción, la más calificada doctrina foránea ha dejado expresado que el respeto y garantía de

los derechos a la no discriminación, a la igualdad y a la protección de la ley es de todos los ciudadanos; constituyen principios fundamentales, cuya observancia y cabal cumplimiento está encomendado al Estado, teniendo en cuenta que cuando un derecho social es otorgado a una categoría de personas, es obligación estatal justificar la legalidad de la diferenciación entre los beneficiarios y quienes aún no lo son, la proporcionalidad de la medida y la razonabilidad del factor utilizado por el Estado para reconocer, promover o garantizar selectivamente los derechos que, por regla, deberían ser de alcance universal.

Consciente esta Sala que la disimilitud de trato con que se pretende justificar los regímenes laborales especiales viene dada por las características inherentes a estas labores o de quienes ejecutan las mismas, tiene la convicción esta Sala que el fundamento teleológico de dicha categorización deber ser garantizar, a los trabajadores de cada categoría, un nivel de protección igual o superior al estatuto laboral general, y en ningún caso su razón de ser, sea el establecimiento de condiciones inferiores al minimum permitido, todo ello de acuerdo con las orientaciones y principios constitucionales de irrenunciabilidad, progresividad, irregresividad e igualdad de los que está investida la legislación del trabajo.

Efectivamente, las normas laborales contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, corresponden a conquistas o reivindicaciones obtenidas históricamente por los trabajadores que no pueden ser desconocidas, soslayadas o pretermitidas so pretexto de pertenecer a un régimen especial.

*Está convencida esta Sala de Casación Social que, enmarcado dentro del ámbito de sus atribuciones, le es dado al legislador diseñar estatutos laborales especiales para determinado sector o clase de trabajadores, donde pueden estar incluidos beneficios no contemplados en el régimen general, pero lo que no le es permitido, es el establecimiento de condiciones o mandamientos normativos que estén sustentados en un marco peyorativo a la plataforma mínima constitucional, ni en condiciones discriminatorias.*

(...)

-III-

*FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN Refiriéndonos concretamente, a la denunciada exclusión de las normas consagradas en los Títulos II, III y IV de la Ley Orgánica del*



*Trabajo, que aparece el Artículo 275, quiere dejar establecido la Sala que en uso del método de interpretación sistemático y armónico al cual se ha hecho particular mención, que aún [sic] cuando por mandato legal, en principio, pareciera ordenar ad pedemitterae su inaplicabilidad a los trabajadores domésticos, es forzoso efectuar un razonable y detallado análisis de las normas legales, que se reitera por imperio de la ley parecieran devenir excluidas, son en definitiva, de impretermisible aplicación y cumplimiento en este régimen estatutario especial a la luz del nuevo régimen constitucional.*

El criterio transcrito realiza un análisis de que instituciones del régimen general son aplicables y cuales no lo son a los empleados domésticos. Sin embargo, extiende la aplicación al régimen especial bajo el fundamento errado de un tratamiento discriminatorio en la Ley Orgánica del Trabajo derogada. Este criterio es cuestionable, por cuanto un régimen especial lejos de procurar la creación de condiciones precarias, se justifica en la naturaleza del servicio doméstico y la exclusión o no de preceptos debe atender a las características de dicho servicio que BUSTAMENTE PULIDO<sup>10</sup> enumera en las siguientes: *i.* Ambiente de la prestación, generalmente identificado con el hogar familiar, lo cual generalmente implica una inserción en la vida íntima y familiar; *ii.* La finalidad del servicio atiende a satisfacer necesidades de índole personal o básicas; *iii.* El receptor del servicio es el patrono o su familia, no se da para terceros o para quienes no formen parte del círculo familiar; *iv.* Ausencia de lucro, siendo que el servicio doméstico procura la satisfacción de necesidades básicas, se encuentra ajeno a cualquier ganancia o producción; *v.* Habitualidad y continuidad, por cuanto no se trata de un servicio ocasional o eventual.

Estas características hacen entrever dos situaciones desiguales respecto al trabajador común – la convivencia familiar en la que se inserta el trabajador doméstico y la ausencia de requerimientos de productividad -, las cuales justifican el establecimiento de un régimen especial sin que el establecimiento de condiciones distintas al régimen general pueda ser considerado como una discriminación. No obstante, con la entrada en vigencia de la LOTT no sólo se cambió la noción de los trabajadores domésticos por la de *trabajadores que realizan labores para el hogar*, sino que contempla la aplicación de todos los preceptos de la ley a esta categoría de trabajadores (Art. 207), al mismo tiempo que remite a una ley especial (Art. 208) que aún no ha sido siquiera discutida.

#### **5.4. DIFERENCIAS FUNDADAS EN LAS CALIFICACIONES DE LOS TRABAJADORES**

El Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) excluye la posibilidad de que las diferencias basadas en las calificaciones de los trabajadores sean consideradas como discriminatorias; sin embargo, ERMIDA URIARTE insiste en que si bien no todo acto puede considerarse como discriminatorio, la igualdad siempre es la regla general y no requiere justificación,

<sup>10</sup> Bustamante, De los trabajadores domésticos. Publicado en; Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. Tomo I. Tercera edición. Editorial Jurídicas Rincón, Barquisimeto, 2001, pp. 299-301.

por lo que todo trato igualitario se presume lícito, mientras que las diferencias o desigualdades deben cumplir con una justificación, esto es que quede demostrado la necesidad, pertinencia y razonabilidad del trato diferencial<sup>11</sup>. Tal y como lo ha sostenido la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1024 de fecha 03 de mayo de 2000 (caso: *Francisco Javier Hurtado Leon vs. UNIVERSIDAD DE CARABOBO*):

*...la no discriminación es un principio fundamental relativo a todos los derechos humanos que impide toda distinción, exclusión, restricción o preferencia y que tengan por objeto o por resultado menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos de todas las personas. No obstante, debe precisarse que una diferenciación de trato, basado en criterios razonables y objetivos no constituye discriminación, pero la misma debe ser lícita, objetiva y proporcional.*

*Asimismo la discriminación debe ser razonada y ésta debe justificarse. En definitiva, la discriminación exige de una fundamentación porque constituye una excepción a un principio y quien alega tal situación tiene la carga de la prueba.*

De esta forma, así como halla su justificación el establecimiento de un régimen especial para los trabajadores domésticos, también está justificado el hecho de que en nuestro ordenamiento exista una categoría de trabajadores que pudieran estar cubiertos bajo un régimen general o alguno de los regímenes especiales, pero a quienes se les excluye la aplicación de ciertos institutos que forman parte de los derechos fundamentales específicos del trabajador. Esta categoría atiende a los trabajadores de dirección, quienes no sólo están excluidos de la estabilidad (Art. 87, LOTTT), sino también están exceptuados del ejercicio de los derechos de la libertad sindical (Art. 366, LOTTT) o pueden ser exceptuados de los límites legales de la jornada de trabajo (Art. 175, LOTTT) y del ámbito de aplicación de una convención (Art. 467, LOTTT).

La Sala de Casación Social ya ha expuesto las razones por las cuales considera que las anteriores exclusiones están debidamente justificadas. A continuación se cita la sentencia N° 1629 de fecha 14 de diciembre de 2004 (caso: *Rafael Guillermo Cabrera Arteaga vs. CASA PROPIA ENTIDAD DE AHORRO Y PRÉSTAMO, C.A.*), sobre la exclusión del derecho a constituir sindicatos a los trabajadores 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.

<sup>11</sup> Ermida Uriarte. Ob. cit, p. 13.

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

## **6. VÍAS PROCESALES ESPECIALES PARA EL CONOCIMIENTO POR PARTE DE LOS TRIBUNALES DE LOS RECLAMOS Y DENUNCIAS POR VIOLACIÓN A LA IGUALDAD Y AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN**

La Constitución ha establecido diferentes medios jurisdiccionales para la protección de los derechos fundamentales entre los cuales destacan: La acción popular de inconstitucionalidad; el recurso de interpretación de las normas y principios constitucionales; el recurso contencioso-administrativo de nulidad, y La acción de amparo constitucional.

La Acción de Amparo fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución de 1.961. Dicho recurso consiste en una acción excepcional y especial para la tutela de los Derechos Fundamentales: la acción de amparo. La Constitución actual de 1.999 en su artículo 27 mantiene dicha acción cuando dispone:

*Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.*

*El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida*

*o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.*

*La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.*

*El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.*

El ejercicio de la acción de amparo se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales promulgada el 22 de enero de 1.988, durante la vigencia de la Constitución anterior.

Para Carlos Ayala Corao, *el amparo constitucional se configura en Venezuela como el mecanismo judicial específico, para obtener el restablecimiento inmediato de las situaciones jurídicas infringidas, frente a las violaciones en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece*<sup>12</sup>.

La acción de amparo tiene carácter autónomo, extraordinario y especial, aun cuando la propia Ley admite que el lesionado pueda acudir a los medios judiciales ordinarios para lograr el restablecimiento de su derecho o garantía constitucional violada. Sin embargo, se exige que la violación o amenaza del derecho o garantía constitucional sea directa, manifiesta y flagrante.

El procedimiento previsto en la Ley es sencillo, rápido y flexible, sin embargo, a raíz de la sentencia No. 07 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 1 de febrero del 2.000, se abrevió aún más, pues se facultó al Juez ante quien se propuso la acción para decidir en la misma audiencia en la que tiene lugar el debate oral o a diferir la sentencia por un lapso no mayor de 48 horas.

Además de la protección jurisdiccional en el plano nacional, se ha utilizado la acción ante organismos internacionales como son la Comisión Interamericana de los Derechos del Hombre (prevista en el llamado Pacto de San José) y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual tiene su sede en San José de Costa Rica.

La propia Constitución, en su artículo 31, contempla el acceso de cualquier persona a esta justicia internacional: *Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.*

<sup>12</sup> Carlos Ayala Corao: La acción de Amparo Constitucional en Venezuela. En Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1996, p.13.

Pese a la anterior disposición constitucional, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha mantenido un criterio que no se compadece con el texto constitucional. Así, en sentencia N° 386 del 17 de mayo de 2000, desconoció la naturaleza jurídica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando calificó las medidas cautelares acordadas por dicho organismo como una *crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país*. En Sentencia No. 1.939 del 18 de diciembre de 2008, La Sala Constitucional declaró: *inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, por cuanto la ejecución de dicha sentencia, afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela*<sup>13</sup>.

Ahora bien, en lo que corresponde a la acción de amparo de derechos fundamentales, la jurisdicción se encuentra atribuida a cualquier tribunal que tenga asignada, dentro de su competencia ordinaria, la materia relacionada con el derecho fundamental que se pretende amparar o tutelar. El tribunal que conozca de una acción de amparo actúa entonces como tribunal constitucional.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es garante de la constitucionalidad de las leyes y demás actos del poder público y sus decisiones en este sentido tienen efecto vinculante. Además esta Sala conoce en apelación de las decisiones que en materia de amparo dicten los Tribunales Superiores.

Por lo que respecta al contrato de trabajo el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras expresamente señala que los derechos consagrados por la Constitución en materia laboral, podrán ser objeto de la acción de amparo, conforme a la Ley Orgánica de Amparo. De igual manera el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo contempla en su artículo 14 el uso de la acción de amparo en caso de que el trabajador sea víctima de discriminación en el empleo por un acto de su patrono y el 124 lo prevé especialmente para los casos en los que una mujer sea víctima de un acto discriminatorio por razón de su embarazo.

En cuanto a la eficacia horizontal e los derechos fundamentales, ésta se encuentra reconocida en dos disposiciones legales: la primera de ellas, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales el cual establece la procedencia de la acción de amparo *contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta ley*: La otra disposición es la contenida en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Las trabajadoras que dispone que los derechos consagrados en la Constitución en materia laboral, podrán ser objeto de la acción de amparo.

<sup>13</sup> En la sentencia de la Sala Constitucional se superponen los derechos de la Nación por encima de los de las personas, tal como se desprende del párrafo que se cita a continuación:

La soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale...en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la *soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República* Página web: [www.tsj.gov.ve/decisiones](http://www.tsj.gov.ve/decisiones)

La Jurisprudencia ha establecido que la acción de amparo en materia de trabajo no procede para resolver cuestiones contractuales dirigidas a crear situaciones jurídicas nuevas o modificar las existentes, ni tampoco para debatir la esencia o naturaleza de la obligación cuyo cumplimiento se solicite, pero sí es procedente contra cualquier violación o amenaza de una norma legal cuando esta desarrolle un dispositivo fundamental. De igual manera se ha sostenido que la acción de amparo laboral no es exclusiva de los trabajadores sino que puede ser intentada por los empleadores.

## 7. CARGA DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN

En cuanto al régimen probatorio por actos de discriminación, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo impone la carga al trabajador de aportar “elementos de juicio”, esto es fundamentos y medios de pruebas, de los cuales se pueda deducir la discriminación por parte del empleador; mientras que a éste le corresponde... *la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y su proporcionalidad.*

Ello se puede ilustrar con la opinión de HERNÁNDEZ ÁLVAREZ quien sostiene que cuando se configure una presunta discriminación, verbigracia, por inobservancia del principio de igualdad de salario, esto es cuando un trabajador reciba un salario inferior a otro que preste un servicio en las mismas condiciones, aquél tendrá la potestad de reclamar en juicio la nivelación salarial, correspondiéndole... *demostrar la igualdad del trabajo y la diferencia del salario.* Asimismo, señala el referido autor que cuando el empleador argumente que la regulación salarial diferenciada está fundamentada en circunstancias permitidas por la ley, aquel tendrá la carga de probar tales circunstancias, esto es que se deben a causas objetivas, racionales y proporcionales con las condiciones en las que se presta el servicio. Tal y como lo ha establecido la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1024 de fecha 03 de mayo de 2000 (caso: Francisco Javier Hurtado Leon vs. UNIVERSIDAD DE CARABOBO):

*De forma tal, que identificada y alegada, la existencia o amenaza, aun mediante indicios de una condición de tratamiento discriminatorio o, de una condición de impacto discriminatorio, ambos de efectos directos o indirectos, presentes o futuros en relación al trabajo como hecho social, corresponderá a quien acciona, practica o se beneficia de la misma, la probanza plena de a) su justificación como condición para el trabajo al cual se aplica, probadamente necesarísima y probadamente eficaz para el objetivo de la prestación del servicio; b) la necesidad fundamental de la organización o empresa cuya realización se hace necesaria la exigencia de la probada justificación de la condición discriminatoria requerida; c) el carácter predictor que tal condición posee para alcanzar ambas necesidades, mediante métodos profesionalmente probados y aceptados;*

*y, d) la imposibilidad de alcanzar los objetivos señalados sin el establecimiento de la condición discriminatoria y la inexistencia de otro medio, vía o condición mediante el cual sería sustancialmente efectivo alcanzar tales objetivos, sin incurrir en la situación discriminatoria prohibida o, menos discriminatoria que la derivada de la condición de igual naturaleza alegada.*

## **8. LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA**

Por discriminación positiva se entiende el trato especial y preferente que se les da a cierto tipo de personas en razón de una condición especial que presentan o de una situación en la cual se encuentran.

La legislación venezolana contempla situaciones de discriminación positiva. Así, el propio artículo 20 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, establece:

No se considerarán discriminatorias las disposiciones especiales dictadas para proteger la maternidad, paternidad y la familia, ni las tendentes a la protección de los niños, niñas, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

En cuanto al acceso al empleo, la Ley para las Personas con Discapacidad del 2006, establece en su artículo 28 que las empresas están obligadas a emplear a personas con discapacidad en una proporción no menor a un 5% de su nómina total.

El Artículo 14 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo establece otros supuestos de discriminación positiva en materia de remuneración:

*No se considerará violatorio del principio de no discriminación arbitraria, el reconocimiento a los trabajadores de preferencias o privilegios fundamentados en criterios de relevancia cónsonos con el ordenamiento jurídico y de carácter general en el ámbito de la empresa, tales como cargas familiares, antigüedad al servicio del patrono, capacitación profesional, productividad, asiduidad, economía de materias primas, afiliación sindical y otros de naturaleza análoga.*

Por lo que respecta a los criterios jurisprudenciales, en materia de discriminación positiva, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 190 del 28 de febrero de 2008, se refiere a esta en los siguientes términos: *protección o mejora que implica una distinción de una situación jurídica frente a otras a la que no son iguales, que fue la opción que eligió el Constituyente, sin que ello constituya, per se, una discriminación de las que proscribe el artículo 21 constitucional...*

Por otra parte, resalta la sentencia N° 15 de la Sala de Casación Social del

Tribunal Supremo de Justicia del 1 de febrero de 2006, cuando a propósito de un programa establecido por una empresa que preveía condiciones económicas diferentes para distintas categorías de trabajadores, estableció lo siguiente:

*no constata la Sala que en el presente caso haya existido por parte de la empresa demandada un trato desigual o discriminatorio en contra del demandante, pues, como ya se indicó, existían varias categorías de cargos en el Plan Único Especial, y dependiendo de su ubicación se estableció proporcionalmente la bonificación a ser recibida por los interesados en acogerse a dicho Plan propuesto por la empresa, quién con el ánimo de cumplir las metas previamente trazadas, ofreció liberal y voluntariamente a sus trabajadores dichos beneficios económicos y laborales contenidos en el Plan Único Especial, siendo que como se indicó, el demandante libre y voluntariamente se acogió al plan propuesto al cumplir con determinados requisitos establecidos para ello y de esa manera dar por finalizada la relación laboral, que lo vinculó con la empresa C.A.N.T.V.*

En la práctica las discriminaciones positivas se dan como una manera de establecer diferencias en cuanto a la remuneración por la vía de primas de productividad, de asiduidad, de antigüedad, de cargas familiares, etc.



# Notas sobre los criterios del Tribunal Supremo de Justicia en materia de seguridad y salud laboral

Reinaldo Jesús GUILARTE LAMUÑO

Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Andrés Bello y Miembro  
de Número del Instituto Venezolano de Derecho Social

*A los rebeldes e irreverentes que son la esperanza de un mejor futuro*

## Sumario

Consideraciones Preliminares. 1. Ley Aplicable. 2. Incumplimiento de Normas de Seguridad y Salud Laboral. 3. Enfermedad Agravada. 4. Hernia Lumbar. 5. Acoso Laboral. 6. Potestad de Inspección y Sanción. 7. Presunción de Inocencia. 8. Procedimiento para Certificar la Enfermedad Ocupacional. 9. Suspensión de Efectos de la Certificación de Enfermedad Ocupacional. 10. Solidaridad. 11. Accidente In Itinere. 12. Conclusiones

---

A los fines del presente artículo serán utilizados los siguientes términos: CRBV. Constitución de la República Bolivariana. LOPCYMAT 1986: Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo 1986. LOPCYMAT 2005: Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo 2005. LOPT: Ley Orgánica Procesal del Trabajo. LOPA: Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. CC: Código Civil. RLOT: Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. TSJ: Tribunal Supremo de Justicia. SCS: Sala de Casación Social. SPA: Sala Político Administrativa. INPSASEL: Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales. COVENIN: Comisión Venezolana de Normas Industriales. Patrono: Ente de Trabajo. UT: Unidad Tributaria.

## Resumen

En el presente ensayo sólo pretendemos realizar una serie de consideraciones sobre algunas sentencias dictadas por el TSJ en materia de seguridad y salud laboral, con especial referencia a los siguientes aspectos: (i) Ley Aplicable; (ii) Incumplimiento de Normas de Seguridad y Salud Laboral; (iii) Enfermedad Agravada; (iv) Hernia Lumbar; (v) Acoso Laboral; (vi) Potestad de Inspección y Sanción; (vii) Presunción de Inocencia; (viii) Certificación de Enfermedad Ocupacional; (ix) Suspensión de Efectos de la Certificación de Enfermedad Ocupacional; (x) Solidaridad; y (xi) Accidente *In Itinere*.

**Palabras Claves:** LOPCYMAT. SCS del TSJ. Ley Aplicable. Seguridad y Salud Laboral. Hernia. Acoso Laboral. Inspección y Sanción. Enfermedad Ocupacional. Accidente de Trabajo. Certificación de Enfermedad. Solidaridad.

## Abstract

In this essay we just want to make a series of considerations about some judgments of the Supreme Court on safety and health, with special reference to the following aspects: ( i ) Applicable Law; ( ii ) Breach of Standards Occupational Safety and Health; ( iii ) Aggravated disease; ( iv ) Lumbar Hernia; ( v ) Workplace Bullying; (vi) Powers of Inspection and Punishment; ( vii ) Presumption of Innocence; ( viii ) Certification of Occupational Disease; ( ix ) Suspension Certification Effects of Occupational Disease; ( x ) Solidarity; and ( xi ) Accident In Itinere .

**Keywords:** LOPCYMAT. SCS TSJ. Applicable Law. Occupational Safety and Health. Hernia. Workplace Bullying. Inspection and Punishment. Occupational disease. Work accident. Certification disease. Solidarity.

## CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En el presente ensayo sólo pretendemos realizar una serie de consideraciones sobre algunas sentencias dictadas por el TSJ en materia de seguridad y salud laboral, con especial referencia a los siguientes aspectos: (i) Ley Aplicable; (ii) Incumplimiento de Normas de Seguridad y Salud Laboral; (iii) Enfermedad Agravada; (iv) Hernia Lumbar; (v) Acoso Laboral; (vi) Potestad de Inspección y Sanción; (vii) Presunción de Inocencia; (viii) Certificación de Enfermedad Ocupacional; (ix) Suspensión de Efectos de la Certificación de Enfermedad Ocupacional; (x) Solidaridad; y (xi) Accidente *In Itinere*.

En este orden de ideas, es claro que el TSJ en forma reiterada viene sosteniendo que el trabajador podrá acumular la pretensión para reclamar el pago de la indemnización prevista en la LOPCYMAT y la pretensión para exigir el pago de las indemnizaciones previstas en el CC. De igual forma, es reiterado el criterio del TSJ que la responsabilidad del patrono prevista en la LOPCYMAT es de carácter subjetivo, así como también lo es la responsabilidad del patrono por concepto de lucro cesante y daño emergente reguladas en el CC, siendo una situación diferente la que se presenta con el daño moral, donde el TSJ viene sosteniendo que se trata de una responsabilidad objetiva, que tiene como base la teoría del riesgo profesional.

Adicionalmente, el TSJ se viene pronunciando con respecto a la Ley Aplicable en los casos de enfermedad ocupacional o accidente de trabajo, que es uno de los aspectos en los que existe más controversia, debido a que puede suceder que la enfermedad ocupacional que padece un trabajador sea diagnosticada antes de julio de 2005, pero que sea certificada bajo la vigencia de la actual LOPCYMAT.

Otro aspecto que se viene desarrollando es el referente a cuando se debe considerar que existe acoso laboral, así como si el patrono debe responder en los casos en que el trabajador alega padecer una hernia lumbar, por cuanto siendo que la misma es una enfermedad multifactorial, en algunos casos el TSJ viene estableciendo que el trabajador no tiene derecho al pago de las indemnizaciones que reclama.

Igualmente, el TSJ se ha pronunciado con respecto al órgano que resulta competente para realizar las inspecciones en materia de seguridad y salud laboral, a pesar que en ello el criterio parece contradictorio. Una situación especial se presenta con la Certificación que emite el órgano administrativo en la que se determine el carácter ocupacional de la enfermedad que alega padecer el trabajador, porque no es claro si en el procedimiento administrativo que deriva en la Certificación, resulta necesario otorgar al patrono un lapso para alegar y probar, además que en muchos casos el TSJ viene negando la posibilidad de suspender los efectos de la Certificación.

Por otra parte, el TSJ ha sostenido que la solidaridad en casos de seguridad y salud laboral, es una responsabilidad *intuito personae*, sin embargo en una de sus últimas decisiones consideró que el artículo 127 de la LOPCYMAT, no establece como condición necesaria para la aplicación de la solidaridad, que la

actividad de la contratista sea inherente o conexas con la actividad desarrollada por el patrono.

Asimismo, tenemos que el TSJ ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el carácter laboral de los accidentes *in itinere*, a pesar que en tal supuesto pudiera ocurrir que la cosa que causa el daño no se encuentre bajo la guarda del patrono, o que inclusive el daño sea ocasionado por culpa de la víctima, por hecho de un tercero o hecho del príncipe.

Es así, como a continuación podrán encontrar algunas consideraciones sobre las sentencias del TSJ; que estudian diferentes aspectos de las normas que regulan la seguridad y salud laboral, en la relación que existe entre patronos y trabajadores.

## 1. LEY APLICABLE

En la sentencia N° 883 dictada en fecha 15 de octubre de 2013 por la SCS del TSJ en el caso: *Mini Bruno Sucesores, C.A.*<sup>1</sup>, se consideró que habiendo sido diagnosticada la enfermedad bajo la vigencia de la LOPCYMAT 1986, ésta era la Ley aplicable para la resolución de la controversia, porque no es cierto que el trabajador deba esperar por la Certificación que emite el INPSASEL para poder ejercer una acción en la que pueda reclamar las indemnizaciones por la enfermedad ocupacional, así tenemos que en la sentencia se señaló:

De acuerdo a lo expuesto, la nueva ley no regula las consecuencias futuras de supuestos de hecho pasados, es decir, no incide sobre los efectos jurídicos producidos después de su vigencia, cuando tales efectos son consecuencia de un hecho anterior.

En tal sentido, siendo que en el caso la constatación de la enfermedad profesional, ocurrió el 14 de marzo de 2005, es aplicable la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 1986, vigente para esa fecha -al momento de la constatación de la enfermedad-, tal y como determinó el juez de la recurrida; en consecuencia, no incurrió en el vicio de falta de aplicación de una norma jurídica. Así se decide.

Asimismo, debe la Sala aclarar que no es cierto que la certificación de la enfermedad ocupacional marque la oportunidad para que se materialice la reclamación de la respectiva indemnización.

Las demandas por infortunios laborales no están condicionadas a la certificación del infortunio laboral, de allí a que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo no haga mención a la necesidad de este documento para presentar la demanda, tal y como se observa en su artículo 123 que dispone:

<sup>1</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/octubre/157451-0883-151013-2013-11-253.HTML>

...

En tal sentido, si bien es cierto que Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo vigente desde el año 2005, otorga la competencia al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, para la calificación del origen ocupacional de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, esta certificación no es un requisito para presentar una demanda por estos conceptos.

Por lo anterior, a falta de la certificación previa del infortunio laboral, la parte demandante (trabajador) puede demostrar en juicio el padecimiento de la enfermedad alegada o la ocurrencia del accidente, así como su naturaleza ocupacional, a través de los medios de prueba legalmente establecidos. Así se decide.

La situación anterior es de suma importancia, por cuanto la LOPCYMAT 2005 modificó las indemnizaciones que le corresponden a los trabajadores en el supuesto que padezcan una enfermedad ocupacional, pero además contempló como enfermedad ocupacional la enfermedad agravada con ocasión del trabajo, que con anterioridad no podía ser calificada como una enfermedad profesional.

También se debe destacar, el conflicto de leyes que ocurre cuando siendo diagnosticada la enfermedad como profesional bajo la vigencia de la LOPCYMAT 1986, el trabajador ejerce la acción bajo la vigencia de la LOPCYMAT 2005, sin que haya prescrito la acción, supuesto en el que será aplicable el lapso de prescripción previsto en la LOPCYMAT 2005 y no el de la LOPCYMAT 1986, conforme a lo establecido en la sentencia N° 1016 dictada en fecha 30 de junio de 2008 por la SCS del TSJ en el caso: *General Motors Venezolano, C.A.*<sup>2</sup>, en la que se expresó:

Conteste con lo antes expuesto, aceptar en el presente caso, aplicar de forma inmediata el lapso complementario de la norma sobre prescripción de las acciones de indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y/o enfermedad profesional, previsto en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (26 de julio de 2005), conllevaría a regirse por las consecuencias futuras de un supuesto nacido bajo la norma anterior a su vigencia, pero aún no consolidado.

Es decir, no se trata de la reapertura de un lapso de prescripción que hubiera transcurrido íntegramente antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, sino de la aplicación inmediata de una norma a una situación que, aunque derivada de un supuesto generado bajo la vigencia

<sup>2</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/1016-30608-2008-07-1868.HTML>

del artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, aún no había concretado sus efectos jurídicos.

...

Con base en lo expuesto, concluye esta Sala que la aplicación inmediata del lapso previsto en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, al caso de autos, resulta totalmente plausible a la luz de los preceptos constitucionales, y en ningún momento puede considerarse una aplicación retroactiva de la Ley, sino por el contrario, el modo consecuencial de eficacia de la Ley a partir del momento de su entrada en vigencia, ello, en virtud de ampliar el lapso de prescripción aún no consumado bajo la vigencia de la derogada ley.

Por tanto, a criterio de esta Sala, tomando como punto de referencia que bajo los postulados del artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, la supuesta enfermedad profesional se constató en fecha 27 de febrero de 2004, al practicarse el accionante la resonancia magnética, tal como se señaló *ut supra*, en virtud del principio *tempus regis actum*; al aplicar el lapso de prescripción ampliado en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (26 de julio de 2005), es decir, de cinco años al *terminus a quo*, se constata que siendo interpuesta la demanda en fecha 6 de julio de 2006 y notificándose a la demandada el 27 de julio del mismo año, habían transcurrido dos (2) años y cinco (5) meses, lo cual evidencia que no operó el lapso de prescripción. Así se decide.

## **2. INCUMPLIMIENTO DE NORMAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL**

El numeral 6 del artículo 1 de la LOPCYMAT 2005, prevé que el patrono será responsable con el trabajador, cuando el mismo sufra de un accidente de trabajo o le sea diagnosticada una enfermedad ocupacional, que se deba a una conducta negligente o dolosa del patrono, por lo tanto los Jueces no podrán interpretar en forma aislada lo dispuesto en el artículo 130 de la LOPCYMAT 2005, porque lo cierto es que es indispensable tomar en consideración que el supuesto regulado en la norma, implica que la violación que le sea imputable al patrono, deberá ser a causa de una conducta negligente o dolosa, tal como lo establece el numeral 6 del artículo 1 de la LOPCYMAT 2005.

Sin embargo, a pesar que es condición necesaria para determinar la responsabilidad del patrono conforme a la LOPCYMAT 2005, que la conducta de éste sea negligente o dolosa, la SCS del TSJ viene condenando al pago de las indemnizaciones previstas en la LOPCYMAT 2005, por el hecho que el patrono no cumplió con alguna de las obligaciones previstas en la Ley, sin determinar la existencia de una conducta negligente o culposa por parte del patrono.

En este orden de ideas, encontramos que la SCS del TSJ en la sentencia N° 847 dictada en fecha 8 de octubre de 2013, en el caso: *Servicios de Personal La Argenisca, C.A.*<sup>3</sup>, condenó al patrono a pagar la indemnización prevista en el artículo 130 de la LOPCYMAT 2005, por cuanto: (i) no informó al trabajador sobre los principios de las condiciones inseguras e insalubres, (ii) no suministró información en las charlas sobre los riesgos específicos con base en las funciones que eran desempeñadas por el trabajador; y (iii) no haber garantizado un puesto de trabajo adecuado, así se determinó:

Ahora bien, la precitada norma supone la violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador o de la empleadora, al respecto se observa de la revisión de las actas procesales que la empresa accionada incumplió con los deberes establecidos en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, de los empleadores y empleadoras, al no adoptar las medidas necesarias para garantizar a los trabajadores y trabajadoras, las condiciones de salud, higiene, seguridad y bienestar en el trabajo, que la empresa demandada SERVICIOS DE PERSONAL LA ARGENISCA, C.A., pues, no demostró haber cumplido con la normativa en materia de salud y seguridad laborales, al no informar de manera efectiva, por escrito a los trabajadores y trabajadoras de los principios de la prevención de las condiciones inseguras o insalubres, tanto al ingresar al trabajo como al producirse un cambio en el proceso laboral o una modificación del puesto de trabajo e instruirlos y capacitarlos respecto a la promoción de la salud y la seguridad, la prevención de accidentes y enfermedades profesionales así como también en lo que se refiere a uso de dispositivos personales de seguridad y protección, ya que se observó que solo consta en el expediente una única notificación de riesgos de fecha 20 de septiembre del año 2006, la cual menciona los riesgos en seguridad, salud y medio ambiente, más comunes en forma general, pero, no contiene información sobre los riesgos específicos a los cuales podría estar expuesta la trabajadora durante la ejecución de sus actividades laborales. Asimismo al constatarse de las pruebas cursantes en autos, que la empresa demandada realizó algunas charlas y talleres de inducción sobre medidas de seguridad laboral para trabajadores y trabajadoras, pero respecto a los cuales se verifica que casi en su totalidad, fueron realizados en la fecha para la cual la trabajadora comenzó a presentar los síntomas de la enfermedad que padece; aunado a que el contenido planteado en dichas inducciones fue elaborado en forma general, no suministrando a la demandante la

<sup>3</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/octubre/157333-0847-81013-2013-11-932.HTML>

información específica en cuanto a la prevención, salud y seguridad laboral respecto a las actividades desempeñadas en el ejercicio de sus funciones. Por otra parte, en el control de entrega de uniformes y equipos de protección personal, únicamente dotaba a la trabajadora de uniformes y al no garantizarle el fácil acceso a la mesa de transportación del producto colocándola a una altura adecuada, tampoco le garantizó un puesto de trabajo adecuado, donde realizar sus tareas cuidando su salud conforme con las normas establecidas en la materia, a fin de evitarle el constante y repetitivo movimiento de flexo extensión permanente del tronco, cuello y brazos, lo que pudo haber ayudado a la trabajadora a minimizar los procesos de la enfermedad, es decir, evitarle las posturas inadecuadas mantenidas que fueron agravando la enfermedad. Como consecuencia, se modifica el fallo recurrido, acordando procedente el pago de la indemnización prevista en el artículo 130 numeral 3 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. Así se decide.

Una situación similar, se encuentra reflejada en la sentencia N° 534 dictada en fecha 11 de julio de 2013 por la SCS del TSJ en el caso: *Gran Caucho, C.A.*<sup>4</sup>, en la que se estableció:

En torno a este particular, según se desprende del informe de investigación emanado del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (Inpsasel), ampliamente detallado en *ítem* anterior, se observó el incumplimiento por parte de la accionada de algunas de las normas legales en materia de seguridad y salud en el trabajo, tales como:

- a. Notificación de riesgos laborales por escrito a los trabajadores, atendiendo a lo dispuesto en artículos 53 numeral 01 y 56 numerales 3 y 4 de la LOPCYMAT.
- b. Inexistencia de estudio relación persona/sistema de trabajo (artículo 60 de la LOPCYMAT).
- c. Fallas de contenido en el programa de salud y seguridad Laboral, según lo dispuesto en e artículo 82 del reglamento parcial de la LOPCYMAT y violación del principio de participación.
- d. La no constitución del Comité de salud y seguridad laboral violando lo dispuesto en el artículo 46 de la LOPCYMAT.
- e. Inexistencia de un sistema de vigilancia epidemiológica de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales (artículo 34 del reglamento parcial de la LOPCYMAT).

<sup>4</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/julio/0534-11713-2013-10-1502.HTML>



A lo anterior le suma la Sala, el criterio señalado en la investigación de campo, antes mencionado, según la cual, en la ejecución de las tareas asignadas al cargo de “cauchero”, existían factores de riesgos para lesiones musculoesqueléticas al realizar tareas que implican levantar cargas, realizar fuerza de halar palanca y llaves con el tronco flexionado, entre un periodo de 5 segundos y realizar esta operación entre 224 a 326 veces al día, y cargar los cauchos entre 56 a 80 veces dependiendo como esté la clientela, lo cual indica una violación a la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Recientemente, la SCS del TSJ en la sentencia N° 875 dictada en fecha 14 de julio de 2014 en el caso: *Papeles Venezolanos, C.A.*<sup>5</sup>, sostuvo que el “cumplimiento inoportuno” en notificar los riesgos a los que estaría expuesto un trabajador, no constituye un hecho ilícito, así se señaló:

Ahora bien, la Jueza de Alzada, señaló que la responsabilidad subjetiva o responsabilidad por hecho ilícito, sustentada en los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, trae como consecuencia que la obligación de reparar el daño causado corresponde a aquél que ha actuado con intención, negligencia o imprudencia, obligación ésta que se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito, y al considerar que el cumplimiento inoportuno de la notificación de riesgo y salud no constituye un hecho ilícito, concluyó que no eran procedentes las indemnizaciones por daño material y moral, así como por lucro cesante, de manera que al tratarse de peticiones con fundamento en el derecho común y al no demostrar el actor el hecho ilícito, no se evidencia en autos el vicio delatado por el recurrente, en virtud que la recurrida interpretó correctamente la norma denunciada como infringida. Y así se establece.

### **3. ENFERMEDAD AGRAVADA**

Bajo la vigencia de la LOPCYMAT 1986, la enfermedad agravada no podía ser considerada como una enfermedad profesional, por ello en el artículo 70 de la LOPCYMAT 2005, se prevé que la enfermedad agravada con ocasión del trabajo, deberá ser considerada como una enfermedad ocupacional.

Sobre la enfermedad agravada, la SCS del TSJ en la sentencia N° 331 dictada en fecha 29 de mayo de 2013 en el caso: *Grupo Souto, C.A.*<sup>6</sup>, consideró:

Tomando en consideración lo antes citado, y concluyendo que, si bien el Juez Superior, señaló que el demandante

<sup>5</sup> [http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/julio/166775-0875%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20\(SALA%20ESPECIAL%20IV\)%20-14714-2014-12-534.HTML](http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/julio/166775-0875%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20(SALA%20ESPECIAL%20IV)%20-14714-2014-12-534.HTML)

<sup>6</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0331-29513-2013-11-286.HTML>

presentó síntomas en el año 2004, ello no era suficiente para intentar una acción de reclamo por enfermedad ocupacional y por tanto, el sentenciador de alzada, tomó en cuenta la fecha 27 de enero del año 2010, en la que fue certificada la enfermedad y el grado de discapacidad que afecta al trabajador para la misma, así como también se refleja de la valoración probatoria en el fallo impugnado, que fue el 16 de noviembre del año 2005, cuando se diagnosticó la enfermedad, evidenciando la Sala que esa fue la primera vez que se estableció cual es el padecimiento del trabajador. Así se establece.

En tal sentido, al habersele diagnosticado en fecha 16 de noviembre del año 2005 la enfermedad presentada, que posteriormente fue certificada en fecha 27 de enero del año 2007, como enfermedad ocupacional agravada con ocasión al trabajo, ya vigente la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo publicada en fecha 26 de julio del año 2005, debe concluirse que es ésta la Ley aplicable; razón por la cual se determina que la norma que debía ser aplicada para fijar la indemnización que corresponde al trabajador, era la prevista en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo vigente, incluso por la fecha en la cual fue introducida la demanda, tal como lo hizo el Juzgador de alzada, y no el artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 1986, cuya falta de aplicación se acusa. Así se resuelve.

Con anterioridad, la SCS del TSJ se había pronunciado en la sentencia N° 1376 dictada en fecha 25 de noviembre de 2010 en el caso: *Compañía Venezolana de Cerámica, C.A.*<sup>7</sup>, así como en la sentencia N° 455 dictada en fecha 19 de mayo de 2010 en el caso: *Iveco Venezuela, C.A.*<sup>8</sup>, en la que se afirmó:

En el caso concreto, la recurrida en el folio 279 apreció el Oficio N° 006-05 del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales y estableció que el mismo certifica que el trabajador presenta una ENFERMEDAD COMÚN AGRAVADA POR EL TRABAJO que le ocasiona INCAPACIDAD ABSOLUTA PERMANENTE.

Seguidamente la recurrida en el folio 284 aplicó el artículo 70 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 26 de julio de 2005 (ya extinguida la relación laboral) para calificar la enfermedad como profesional y posteriormente aplicó en los folios 287 y 288 el artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones

<sup>7</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/noviembre/1376-251110-2010-09-950.HTML>

<sup>8</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0455-19510-2010-08-1702.HTML>

y Medio Ambiente de Trabajo de 1986 acordando la indemnización prevista en su Parágrafo Segundo, sin percatarse que no se cumplían los requisitos para su aplicación pues, la recurrida estableció que el trabajador padecía una enfermedad común agravada por el trabajo de conformidad con la certificación del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales que calificó el padecimiento como una ENFERMEDAD COMÚN AGRAVADA POR EL TRABAJO, lo cual no se corresponde con la definición de enfermedad laboral prevista en el artículo 28 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 1986; y, en consecuencia, resulta inaplicable el artículo 33 de la misma Ley pues la muerte del trabajador no se debió a una enfermedad profesional, contraída en el trabajo, por incumplimiento del patrono de las obligaciones previstas en la Ley.

Por las razones anteriores, considera la Sala que la recurrida incurrió en falsa aplicación del artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 1986, ya que el mismo no resultaba aplicable y por tanto, se declara procedente esta denuncia.

#### **4. HERNIA LUMBAR**

En algunas Convenciones Colectivas se establece que las hernias en la región lumbar del trabajador, se consideran una enfermedad ocupacional, a pesar que en la realidad se trata de una enfermedad multifactorial, por lo que no es claro, si la misma pueda ser considerada como una enfermedad con origen ocupacional, debido a los diferentes factores a los que puede estar expuesto el trabajador durante su vida.

Debido a que para algunas personas las enfermedades lumbares deben ser consideradas como enfermedades ocupacionales, es que vemos como los trabajadores acuden ante los Tribunales, para reclamar el pago de las indemnizaciones previstas en la LOPCYMAT y el CC, sin embargo en algunos casos los Jueces determinan que el patrono no resulta responsable, debido que entienden que se trata de una enfermedad multifactorial.

Con respecto al carácter multifactorial de la hernia lumbar, la SCS del TSJ en la sentencia N° 311 dictada en fecha 18 de abril de 2012 en el caso: *Toyota de Venezuela, C.A*<sup>9</sup>, señaló:

Ahora bien, se evidencia de las actas procesales que el actor padece de Lumbocialtalgia Crónica, Profusión Discal L3-L4, es decir, que padece de un trastorno músculo-esquelético a nivel de la columna vertebral.

<sup>9</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/abril/0311-18412-2012-11-281.HTML>

Respecto a los padecimientos sufridos a nivel de la columna vertebral, esta Sala ha señalado que por máximas experiencia, dichas afecciones en la columna pueden ser producto de diversas causas que pudieran estar alejadas de factores laborales.

Asimismo, el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, reconoce que las hernias discales son un padecimiento que afecta de manera asintomática a la población en general, con una incidencia de entre un 20% y un 40%, sin que exista necesariamente una vinculación con el trabajo realizado por los afectados.

En ese sentido, el ciudadano Iván González Bello, a pesar de sufrir un trastorno músculo esquelético a nivel de la columna vertebral, puede realizar actividades que no ocasionen impactos en la misma, es decir, puede realizar cualquier actividad laboral que no involucre lesiones a nivel de la columna vertebral.

Anteriormente, la SCS del TSJ en la sentencia N° 41 dictada en fecha 12 de febrero de 2010 en el caso: *Schlumberger de Venezuela, S.A*<sup>10</sup>, sobre el carácter multifactorial de la hernia lumbar, sostuvo:

Ahora bien, del examen y valoración de las pruebas aportadas al proceso, se evidencia que el demandante sufre de Hernia Discal Central y Foraminal L4-L5; Protrusión Discal Central y Foraminal Central Derecha L5-S1; limitación para todos los movimientos en su amplitud articular de la columna lumbar, así como que dichos padecimientos le causan una DISCAPACIDAD PARCIAL Y PERMANENTE para el trabajo habitual.

Sin embargo, no quedó demostrado el nexo causal entre el trabajo realizado por el demandante y la enfermedad que le aqueja; siendo además que, incluso, el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, reconoce que las hernias discales son un padecimiento que afecta de manera asintomática a la población en general, con una incidencia de entre un 20% y un 40%, sin que exista necesariamente una vinculación con el trabajo realizado por los afectados.

Siendo así y al no haber quedado establecido el nexo causal entre los servicios prestados por el trabajador a la empresa accionada y la enfermedad padecida por aquél, resulta improcedente el reclamo de las indemnizaciones derivadas de enfermedad ocupacional.

---

<sup>10</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/febrero/0041-12210-2010-08-2036.HTML>

Por consiguiente, resulta SIN LUGAR la demanda incoada. Así se resuelve.

Del mismo modo, la SCS del TSJ en la sentencia N° 274 dictada en fecha 8 de marzo de 2007 en el caso: *Consortio Dravica*<sup>11</sup>, expresó que es una máxima de la experiencia que las enfermedades lumbares tienen origen en causas diferentes a los factores laborales, así determinó:

En este sentido, tal y como se desprende de las mismas pruebas aportadas por el actor (evaluación médica de incapacidad residual), la enfermedad que padece el actor, es producto tanto de un desgaste degenerativo por la edad (50 años), así como por el esfuerzo físico que deviene de la actividad laboral ejercida por éste durante 29 años, dentro de los cuales sólo 1 año y 13 días fueron trabajados para la empresa demandada, Consortio Dravica.

Resulta entonces necesario señalar que, actuaría la Sala alejada del principio de justicia y equidad, si condenara a esta última empresa en la que se prestó el servicio por el período antes mencionado, al pago de tales indemnizaciones más aún cuando, por máximas de experiencia las afecciones en la columna pueden ser producto de diversas causas que pudieran estar alejadas de factores laborales.

En este sentido, ni del informe médico ni de las actas que conforman el expediente se constata que en efecto la enfermedad que padece el trabajador sea producto de la labor prestada a la empresa. Así se declara.

Por otra parte, la SCS del TSJ en la sentencia N° 782 dictada en fecha 17 de junio de 2014 en el caso: *Consortio Línea II*<sup>12</sup> consideró que para que resultará procedente la indemnización prevista en la LOPCYMAT 2005, era indispensable que el trabajador haya demostrado que la enfermedad padecida por éste, estuviera relacionada con un incumplimiento de las obligaciones que tendría el patrono para con el trabajador en materia de seguridad y salud laboral, así expresó:

Ahora bien, en virtud de que el mencionado precepto jurídico, estipula que el empleador debe cancelar al trabajador una indemnización en caso de ocurrencia de una enfermedad ocupacional como consecuencia de la violación de la normativa legal en materia de salud y seguridad en el trabajo, de acuerdo a la gravedad de la falta y la lesión, se observa que al no haberse constatado en el presente caso que el infortunio sufrido por el ciudadano Eblis Eduardo Oliveros Moreno hubiese sido consecuencia del

<sup>11</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/marzo/0274-080307-061728.HTM>

<sup>12</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/165957-0782-17614-2014-12-615.HTML>

incumplimiento en esa materia por parte de la empresa accionada, resulta improcedente lo pretendido al respecto.

Con base en lo anterior, sería posible sostener que el patrono sólo será responsable en los casos de problemas lumbares (hernia), cuando el trabajador haya demostrado efectivamente que la enfermedad tiene origen en la actividad que desarrollaba para el patrono, y que éste tuvo una conducta negligente o dolosa en el cumplimiento de sus deberes en materia de seguridad y salud laboral.

## 5. ACOSO LABORAL

El acoso laboral, es uno de los aspectos más complejos en materia de seguridad y salud laboral, porque a tenor de los numerales 5 y 8 del artículo 56 de la LOPCYMAT 2005, el patrono tiene la obligación de tomar todas las medidas necesarias para evitar que el trabajador pueda ser víctima de acoso laboral.

Sin embargo, para que se pueda considerar que un trabajador es víctima de acoso laboral, resulta indispensable que se trate de una conducta reiterada en el tiempo, y no de actos aislados, como lo sostuvo la SCS del TSJ en la sentencia N° 674 dictada en fecha 5 de mayo de 2009 en el caso: *Sistemas Edmasoft, C.A.*<sup>13</sup>, en la que estableció:

En ese sentido, observa la Sala que el “*mobbing*” es aquella situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen violencia psicológica extrema de forma sistemática (al menos una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de 6 meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo.

Recientemente, la SCS del TSJ en la sentencia N° 14 dictada en fecha 20 de febrero de 2013 en el caso: *Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela*<sup>14</sup>, consideró que la trabajadora había sido víctima de acoso laboral agravado con ocasión del trabajo, situación que se encontraba relacionada con la jornada de trabajo y las evaluaciones realizadas a la trabajadora, sin embargo determinó que la empresa no debía pagar las indemnizaciones reclamadas, porque la trabajadora había firmado una transacción laboral con anterioridad a la interposición de la demanda, así expresó:

Con relación al daño moral reclamado, se advierte que ciertamente en el caso *sub examine* quedó demostrada la existencia del daño, en este caso, que la ciudadana María Nelly Henao López, padece de “*trastorno mixto ansioso-depresivo secundario a factor de riesgo psicosocial (estrés laboral)*”, considerada como enfermedad ocupacional “*agravada con ocasión al trabajo*”, que le ocasionó una discapacidad parcial y permanente para el trabajo, por tanto, con base en la teoría del riesgo profesional, es procedente el pago de

<sup>13</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0674-5509-2009-08-666.HTML>

<sup>14</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/febrero/0014-20213-2013-11-503.HTML>

una indemnización por daño moral, independientemente de que exista culpa o no del patrono en la ocurrencia del daño; sin embargo, dado que la trabajadora en el marco del acuerdo transaccional recibió la cantidad de ciento veinticinco mil bolívares (Bs. 125.000,00) por concepto de “*indemnización transaccional adicional y especial*”, suma que en definitiva representa el pago de cualquier indemnización en que hubiere incurrido la empresa demandada por responsabilidad civil extracontractual, en este caso, daño moral, deviene sin lugar dicho concepto. Así se decide.

Asimismo, la SCS del TSJ en la sentencia N° 904 dictada en fecha 18 de octubre de 2013 en el caso: *Constructores Eléctricos e Industriales, C.A.*<sup>15</sup>, estableció que la trabajadora sufrió de acoso laboral, por estar expuesta a un ambiente hostil, así sostuvo:

De acuerdo con el numeral 5° señalado resaltan dos deberes del patrono, a saber; uno, abstenerse de realizar, por sí o por sus representantes, toda conducta ofensiva, maliciosa, intimidatoria o de cualquier acto que perjudique psicológica y moralmente a los trabajadores y trabajadoras; y, dos, prevenir toda situación de acoso por medio de la degradación de las condiciones y ambiente de trabajo, violencia física o psicológica, aislamiento o por no proveer una ocupación razonable al trabajador o la trabajadora de acuerdo a sus capacidades y antecedentes y evitar la aplicación de sanciones no claramente justificadas o desproporcionadas y una sistemática e injustificada crítica contra el trabajador o la trabajadora, o su labor.

En el caso concreto, si bien el daño psicológico fue causado por la ciudadana Geraldine Blanco, que no es representante de la empresa, correspondía al patrono, de conformidad con el segundo deber establecido en el numeral 5°, prevenir toda situación de acoso laboral contra sus trabajadores.

Ahora bien, por cuanto quedó establecido con el informe psicológico, informe complementario emitido por Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL) y la certificación de fecha 16 de junio de 2009, suscrito por el Dr. Rainero Silva, Médico Especialista en Salud Ocupacional Diresat-Zulia, que la parte actora como consecuencia emocional de exposición a estrés laboral, padeció de crisis de hipertensión arterial conllevando al desarrollo de una enfermedad cerebro vascular de tipo isquémico transitorio y al desarrollo de secuela de trastorno adaptativo con reacción mixta de ansiedad y depresión,

<sup>15</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/octubre/157708-0904-181013-2013-11-465.HTML>

considerados de origen ocupacional (patología de origen psicológico, código CIE, 10:-F-43.22), que le ocasionan a la trabajadora una discapacidad temporal desde el 5 de abril de 2008 hasta el 16 de junio de 2009, considera la Sala que la trabajadora padeció una enfermedad profesional psicológica causa por no cumplir la empresa demandada con lo establecido en el artículo 56 numeral 5° de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo al exponer la ciudadana Ayling Arzola a un ambiente de trabajo hostil y tenso, razón por la cual se declara procedente la indemnización prevista en el artículo 130 ordinal 6° *eiusdem*.

Por último, en la sentencia N° 371 dictada por la SCS del TSJ en fecha 1° de abril de 2014, en el caso: *Administradora A-340, C.A.*, estableció que el patrono incumplió con las obligaciones que tenía con el trabajador en materia de seguridad y salud laboral, por cuanto realizó una serie de acción que constituyeron acoso laboral en los términos del artículo 56 de la LOPCYMAT 2005, inclusive expresó que se trataría de una enfermedad agravada con ocasión al trabajo, así señaló:

De la certificación médica se desprende el incumplimiento de la empresa demandada de las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, concretamente la prevista en el numeral 5 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, referido al deber del patrono de abstenerse de realizar contra el trabajador toda conducta ofensiva, maliciosa, intimidante que perjudique psicológicamente o moralmente, así como prevenir toda situación de acoso, aislamiento y evitar la aplicación de sanciones desproporcionadas, así como una sistemática crítica contra el trabajador o su labor, supuestos de hecho que en el caso *sub examine* se configuraron con la asignación por un tiempo prolongado del trabajador al área del sótano expuesto a altas temperaturas y al monóxido de carbono, así como su aislamiento al ubicarlo en una silla frente a la oficina del patrono sin posibilidad de movimiento, además de no poder comunicarse con los demás empleados bajo el temor de ser amonestados, lo cual incidía negativamente en la evaluación practicada a los fines del aumento salarial.

Todas estas situaciones de hecho ocasionaron al trabajador un “*trastorno depresivo compulsivo*” enfermedad agravada por el trabajo, para una discapacidad parcial y permanente, razón por la que a juicio de esta Sala, al estar certificada la incapacidad parcial y permanente del trabajador por el órgano competente y el incumplimiento de la normativa en materia de higiene y seguridad en el trabajo reseñada *supra*, resulta procedente la indemnización prevista en el numeral 4to del artículo 130 de la Ley Orgánica de Prevención,



Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, como acertadamente estableció el fallo impugnado, por lo que se declara sin lugar la denuncia. Así se decide.

## 6. LA POTESTAD DE INSPECCIÓN Y SANCIÓN

El numeral 6 del artículo 18 de la LOPCYMAT 2005 prevé que la potestad de inspección en materia de seguridad y salud laboral, la tiene atribuida el INPSASEL, sin embargo en la misma norma se prevé que ello será sin perjuicio de las atribuciones que tienen las Unidades de Supervisión de las Inspectorías del Trabajo, lo que estaría ratificado en la Disposición Transitoria Primera, que establece que el INPSASEL tiene las competencias para vigilar y controlar el cumplimiento de normas de seguridad y salud laboral.

Lo anterior tenía sentido para el momento de la entrada en vigencia de la LOPCYMAT 2005, sin embargo a la presente fecha, no se justifica que las Unidades de Supervisión de las Inspectorías del Trabajo, conserven la facultad de realizar inspecciones en materia de seguridad y salud laboral, tomando en consideración el crecimiento que viene experimentando el INPSASEL.

Una situación diferente ocurre con la potestad de sanción atribuida al INPSASEL, conforme a lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 18 de la LOPCYMAT en concordancia con el artículo 133 de la LOPCYMAT, por lo que la Inspectoría del Trabajo no tendría la posibilidad de sancionar al patrono en caso que durante el procedimiento de inspección haya detectado algún un incumplimiento de la normas de seguridad y salud laboral.

A este respecto, la SCS del TSJ en la sentencia N° 744 dictada en fecha 4 de julio de 2012 en el caso: *Cargill de Venezuela S.R.L*<sup>16</sup>, determinó que las Unidades de Supervisión tienen la potestad de realizar inspecciones en materia de seguridad y salud laboral, en este sentido afirmó:

De allí, que entendemos conforme a la Ley Orgánica del Trabajo, que las Unidades de Supervisión de las Inspectorías del Trabajo, previstas en el artículo 232 del Reglamento de la Ley sustantiva laboral, tienen las más amplias facultades para inspeccionar el cumplimiento de las obligaciones por parte del patrono en el marco del contrato de trabajo.

...

De la normativa transcrita, se desprende que la desconcentración funcional y territorial -mediante el correspondiente acto administrativo-, transmite la atribución, esto es, el ejercicio de la competencia.

Con base a la normativa reseñada *ut supra*, colige esta Sala que en principio los funcionarios calificados para la inspección y supervisión de las condiciones de trabajo son: **1)** los

<sup>16</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/julio/0744-4712-2012-12-023.HTML>

Inspectores del Trabajo (a través de sus Unidades de Supervisión previstas en el artículo 232 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo); y **2)** el Instituto Nacional del Prevención, Salud y Seguridades Laborales (INPSASEL); el cual dentro de su estructura organizativa cuenta con órganos desconcentrados funcional y territorialmente (Direcciones Estadales de Salud de los Trabajadores. DIRESAT), creados mediante providencias administrativas con el fin de optimizar la capacidad de asistir, asesorar, orientar, atender, prevenir y garantizar condiciones seguras y saludables de los trabajadores a nivel nacional.

**Dichas direcciones** han sido provistas de competencia por la materia y por el territorio conforme a los términos establecidos en el artículo 31 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, por tanto, sus funcionarios con base en el artículo 136 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, **están calificados para dictar informes de inspección e informes de propuesta de sanción en los casos de incumplimientos por parte del empleador de la normativa prevista en la Ley especial.** Así se establece.

Sin embargo, la SPA del TSJ en la sentencia N° 1100 dictada en fecha 10 de agosto de 2011 en el caso: *Group 4 Securicor G4S, C.A*<sup>17</sup>, había establecido que la potestad sancionatoria en materia de seguridad y salud laboral le corresponde al INPSASEL, por lo que las Inspectorías del Trabajo, no podían sancionar a los patronos por los incumplimientos que incurrieran en materia de seguridad y salud laboral, así entendió:

Ahora bien, la citada norma está ubicada en el aludido Título XI de la Ley Orgánica del Trabajo, intitulado “DE LAS SANCIONES”, correspondiendo en principio la competencia para imponer la multa, según fue explicado *supra*, al Inspector del Trabajo o a un funcionario delegado del mismo, no obstante, juzga la Sala que posterior a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Trabajo, fue sancionada la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.236, de fecha 26 de julio de 2005), la cual otorga competencia de manera excluyente para sancionar las infracciones administrativas por incumplimiento de las normas allí previstas al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL).

...

<sup>17</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/01100-10811-2011-2010-0218.HTML>

En este orden de ideas, juzga la Sala que ciertamente el Inspector del Trabajo del Estado Monagas carecía de competencia para multar a la empresa recurrente por la inobservancia de la normativa contenida en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, y en consecuencia, debe declararse la nulidad de los numerales 7, 9, 10, 11 y 12 de la providencia administrativa confirmada por el acto tácito producto del silencio administrativo de la Ministra del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social; igualmente, se anula la multa impuesta en el primer punto del dispositivo de dicho acto administrativo, por la presunta infracción de los artículos 53 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo y 793 del Reglamento de las Condiciones de Higiene y Seguridad en el Trabajo (numeral 7 de la providencia), así como la multa prevista en el segundo punto del mismo, sobre cuya validez se pronunciara la Sala *infra*, en respuesta a los planteamientos esgrimidos por la sociedad de comercio recurrente. Así se decide.

Otro aspecto, que se encuentra relacionado a la potestad de inspección y sanción, es el relativo a la posibilidad que tiene el patrono de solicitar la nulidad de las actas de inspección, mediante la interposición del Recurso Contencioso Administrativo de Nulidad, tomando en consideración la naturaleza jurídica de las mismas, porque en criterio de un sector en contra de las actas de inspección no es posible ejercer ningún tipo de recurso o acción, sin embargo existe quienes consideran que es posible la interposición del Recurso Contencioso Administrativo de Nulidad, porque se trataría de un acto administrativo que prejuzga de definitivo.

Es así, como la SPA del TSJ en la sentencia N° 1519 dictada en fecha 14 de agosto de 2007 en el caso: *Grupo Alvica S.CS*<sup>18</sup>, consideró que era posible solicitar la nulidad absoluta del acta de inspección, mediante la interposición del Recurso Contencioso Administrativo de Nulidad, porque entendió que se trataba un acto administrativo que prejuzgaba de definitivo, criterio ratificado por la SCS del TSJ en la sentencia N° 1390 dictada en fecha 5 de diciembre de 2012 en el caso: *Multicine Las Trinitarias, C.A*<sup>19</sup>, en la que se estableció:

En tal sentido, del contenido del acto recurrido, se observa que el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, a través de la Dirección Estatal de Salud de los Trabajadores de Aragua, inspeccionó las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en la empresa hoy apelante, dándole determinadas órdenes y otorgándole plazos específicos para su cumplimiento, asimismo procedió a aplicar varias medidas de “*suspensión de las actividades de trabajo*”, motivo por el cual, aun y cuando el acto en

<sup>18</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/01519-14807-2007-2003-0674.HTML>

<sup>19</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1390-51212-2012-12-1169.HTML>

cuestión señala que la empresa LAS TRINITARIAS C.A., debe notificar por escrito a la DIRESAT ARAGUA sobre las medidas adoptadas, a los fines de que ésta verifique el cumplimiento de los ordenamientos establecidos, “so pena de iniciar el procedimiento sancionatorio establecido en los artículos 123 y 133 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo”, no es menos cierto, que al aplicar las sanciones de suspensión de actividades de trabajo, dicho acto sólo puede ser entendido como un acto sancionador, que incide en la esfera jurídico-subjetiva de la parte recurrente.

En virtud de lo anteriormente expuesto, visto que el objeto del recurso contencioso administrativo interpuesto es un acto administrativo definitivo, y no preparatorio, como señaló el juez *a quo* a fin de declarar la inadmisibilidad del recurso, resulta forzoso declarar con lugar el recurso de apelación ejercido por la empresa LAS TRINITARIAS C.A.. En consecuencia, se revoca la decisión apelada y se repone la causa al estado en que el juez de primera instancia se pronuncie sobre la admisibilidad del recurso, para lo cual deberá verificar la procedencia o no de las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin necesidad de reexaminar la naturaleza del acto impugnado, asunto ya resuelto en el actual fallo. Así se resuelve.

De igual forma, encontramos que entre los aspectos que resultan controvertidos en lo referente a la potestad de inspección y sanción, se encuentra la imposición de la sanción con base al número de trabajadores expuestos, así como el valor de la UT que deberá ser utilizada por INPSASEL para imponer la sanción.

En este orden de ideas, tenemos que la SCS del TSJ en la sentencia N° 1435 dictada el 17 de diciembre de 2013 en el caso: *Tropical-Kit, C.A*<sup>20</sup>, determinó que la Unidad Técnica Administrativa deberá dictar una decisión fundamentada en la que sea determinado el número de trabajadores que se encontraría expuesto, para cumplir con el supuesto previsto en el artículo 124 de la LOPCYMAT 2005, así expresó:

Como se aprecia de la norma transcrita, para la determinación de las sanciones pecuniarias allí previstas, debe contarse con una decisión fundada por la unidad técnica administrativa competente del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, que justifiquen el número de trabajadores expuestos, ello en virtud a que las infracciones cometidas por los empleadores en materia de seguridad y salud laborales toman dicho número como factor multiplicador.

---

<sup>20</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/160062-1435-171213-2013-12-1515.HTML>

...

Además, atendiendo al principio de proporcionalidad de la sanción, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que dispone lo siguiente:

...

El referido artículo establece que, cuando una norma faculte a la autoridad competente para imponer una sanción, ésta tiene la obligación de hacerlo mediante la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada (*Vid.* Sentencias de la Sala Político Administrativa Nros. 00262 y 00385 del 24 de marzo y 5 de mayo de 2010, respectivamente).

Al respecto, esta Sala agrega que para mantener la debida proporcionalidad y adecuación de las sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia, debe existir, además de la relación existente entre la gravedad de la falta y el monto de la multa aplicada, una justificación fundada del número de trabajadores afectados por la infracción encontrada, al tratarse de un criterio de imprescindible consideración que repercutirá directamente en el *quantum* de la sanción impuesta.

...

Lo anterior, en modo alguno fue advertido por el juez a *quo*, ya que el criterio seguido por dicho sentenciador, se fundó llanamente en que la providencia administrativa cumplía con las exigencias previstas en el artículo 136 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, el cual dispone que el informe de inspección reflejará los hechos constatados por el funcionario actuante, destacando aquellos relevantes a efectos de la tipificación de la infracción y la cuantificación de la sanción; la infracción presuntamente cometida con expresión del precepto vulnerado y la propuesta de sanción. Siendo que no verificó el número de trabajadores expuestos que se señalan en el acto impugnado, la providencia administrativa no cuenta con la motivación que debe efectuar la unidad técnica administrativa competente, exigida expresamente en el artículo 124 *eiusdem*, resultando por tanto insuficiente para cumplir con tal requisito, la simple mención del número de trabajadores afectados.

Asimismo, la SCS del TSJ en la sentencia N° 855 dictada el 7 de julio de 2014

en el caso: *Fesa Merpro, C.A.*<sup>21</sup>, sostuvo que la sanción que es impuesta por el INPSASEL al patrono por incumplir con las normas previstas en la LOPCYMAT 2005, tiene que ser impuesta con base en la UT vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, así dispuso:

Vista la motivación precedente, en la que en apariencia se analizan las omisiones del INPSASEL, referidas a la cantidad de trabajadores involucrados en la infracción, las condiciones de modo, tiempo y lugar que condujeron a fijar el monto de la multa, sin embargo, la sentencia persiste en similares omisiones, al considerar una unidad tributaria no vigente para la oportunidad en que se instó al órgano administrativo del trabajo en protección de la inamovilidad transgredida y las circunstancias que rigieron el establecimiento de la sanción impuesta, motivo por el que debe la Sala verificar la norma, fundamento de la administración para la determinación del monto de ésta a la supuesta empresa infractora.

...

Pues bien, para fijar el monto de la sanción la Administración debe atender, a consideración de esta Sala, a la situación fáctica constitutiva de infracción de la ley y que genera la imposición de la multa, esto es, el despido del trabajador denunciante, así como la oportunidad en que es interpuesto el reclamo ante la instancia administrativa del trabajo, hecho último que ocurrió el 29 de diciembre de 2008, momento para el cual la unidad tributaria había sido reajustada por la autoridad competente en la cantidad de cuarenta y seis bolívares fuertes sin céntimos (Bs.46,00), mediante Providencia N° 0062, de fecha 22 de enero de 2008, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.855, en la misma fecha.

En ese sentido, al efectuar un ejercicio de cálculo de la sanción entre el límite mínimo (setenta y seis (76) unidades tributarias) por el valor de la unidad tributaria vigente para momento de la solicitud de protección por parte del trabajador, de cuarenta y seis bolívares fuertes sin céntimos (Bs.46,00), equivale a tres mil cuatrocientos noventa y seis bolívares fuertes sin céntimos (Bs. 3.496,00); mientras que en el límite máximo (cien (100) unidades tributarias), equivale a cuatro mil seiscientos bolívares sin céntimos (Bs. 4600,00), considerando un (1) trabajador expuesto, es decir, el trabajador despedido, no obstante, la omisión cometida por la Administración.

<sup>21</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/julio/166596-0855-7714-2014-13-1047.HTML>

Como se aprecia, del cálculo de la sanción realizado por esta Sala, con base al valor de la unidad tributaria que rigió para la fecha del requerimiento de protección a la estabilidad laboral, en los límites dispuestos en la norma que la consagra, para lo cual se toma en consideración un trabajador expuesto, se evidencia un exceso en la actuación de INPSASEL en su función de ente sancionador, toda vez que, no permite el acto administrativo cuestionado, establecer el monto de la multa, por falta de indicación del valor de la unidad tributaria tomada como base de cálculo y de los trabajadores de la empresa que han sido expuestos por la infracción establecida, y aún determinándola, trastoca la proporcionalidad de la sanción –artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos- al exceder el límite máximo previsto en la norma, en consecuencia, la Providencia Administrativa N° US-M/0011/2010, de fecha 25 de noviembre de 2010, configura vulneración del derecho a la defensa de la accionante denunciado, por resultar desproporcionada la multa y por inmotivación del acto, por falta de indicación de la cantidad de trabajadores que pudieron resultar afectados a consecuencia de la infracción, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 12 y 18, cardinal 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 49, cardinal 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se establece.

## **7. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Tradicionalmente los Tribunales consideraban que en los procedimientos sancionatorios, el patrono tenía la carga de probar que no incurrió en las infracciones que le son imputadas por las Administración en el Acta de Propuesta de Sanción, por lo que en caso que no pudiera desvirtuar la misma, sería sancionado.

No obstante lo anterior, la SCS del TSJ en la sentencia N° 805 dictada en fecha 8 de octubre de 2013 en el caso: *Club Náutico de Maracaibo*<sup>22</sup>, consideró:

Ahora, reiteradamente la jurisprudencia ha sostenido que uno de los principios cardinales del Derecho Administrativo Sancionatorio es el principio de presunción de inocencia, el cual se encuentra inmerso en la garantía del debido proceso, según lo establece el artículo 49 de la Constitución de la República. En ese sentido, su importancia trasciende en aquellos procedimientos administrativos que como el presente, aluden a un régimen sancionatorio, concretizado por la necesaria existencia de un procedimiento previo a la imposición de la sanción, el cual ofrezca las garantías

<sup>22</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/octubre/157215-0805-81013-2013-12-1154.HTML>

mínimas al sujeto investigado y permita, sobre todo, comprobar su culpabilidad.

Conforme con dicho principio toda persona que sea acusada de una infracción se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario, se requiere que la acusación aporte una prueba individual de la culpabilidad, esto con el propósito de garantizar el derecho a no sufrir una sanción infundada. De este modo la Administración tiene la carga de demostrar los hechos con base en los cuales considera que es procedente la aplicación de la sanción, dicho de otra manera, la Administración tiene la carga de desvirtuar esa presunción constitucional de inocencia.

Este principio comporta consecuencias claras: que la carga de la prueba corresponde a la Administración, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; que la sanción esté basada en medios probatorios de la certeza de la conducta reprochada; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

En este orden de ideas, se observa que el expediente administrativo no contiene prueba alguna de las circunstancias fácticas que permitan establecer que el Club Náutico de Maracaibo incurrió en el ilícito tipificado en el supuesto del numeral 18 del artículo 120 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, esto es, la violación de la inamovilidad laboral de los delegados o delegadas de prevención, lo que hace que el acto impugnado carezca de base fáctica.

La Administración no cumplió entonces con la carga de demostrar el supuesto de hecho que sirvió de fundamento a la sanción impuesta, es decir, no demostró que la asociación sancionada despidió al ciudadano Jorge Graterol violando su inamovilidad laboral dado su carácter de delegado de prevención, por el contrario, solo se limitó a establecer erradamente que correspondía a la mencionada asociación civil Club Náutico de Maracaibo demostrar que no lo había despedido. Por ello, a juicio de esta Sala, el acto administrativo impugnado carece de base fáctica, es decir, fue dictado con base en un falso supuesto de hecho.

Las consideraciones anteriores constituyen razones suficientes para que el Sentenciador de primera instancia declarase la nulidad del acto impugnado. No obstante optó por establecer erradamente que correspondía a la asociación civil Club Náutico de Maracaibo desvirtuar la denuncia hecha por el ciudadano Jorge Graterol ante la Administración, en franca violación del principio de presunción de inocencia.



Como podemos ver, con base en el principio de presunción de inocencia contemplado en el artículo 49 de la CRBV, la SCS del TSJ consideró que la sanción impuesta por la Administración era nula, porque conforme al artículo 72 de la LOPT debió probar que efectivamente el patrono había despedido al Delegado de Prevención, por cuanto es carga de quien alega que existió un despido, probar la existencia del mismo, cuando el patrono niega haber despedido a la persona.

## **8. PROCEDIMIENTO PARA LA CERTIFICACIÓN DE LA ENFERMEDAD OCUPACIONAL**

En el artículo 76 de la LOPCYMAT 2005 se establece que el INPSASEL previa investigación, procederá a calificar el origen del accidente o enfermedad que sufra el trabajador, por lo que determinará si se trata de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional.

Lo anterior, conlleva que algunos consideren que basta con que el INPSASEL requiera información y documentación al patrono, para que se entienda que le fue garantizado su derecho a la tutela efectiva y el derecho a la defensa, contemplados en los artículos 26 y 49 de la CRBV, porque en su entender se trata de un procedimiento que no se basa en el principio del contradictorio, como lo reconoce la SCS del TSJ en la sentencia N° 328 dictada en fecha 29 de mayo de 2013 en el caso: *Trevi Cimentaciones, C.A.*<sup>23</sup>, señaló:

De las normas transcritas, se colige que la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, establece un procedimiento administrativo que no se encuentra estructurado en base al principio del contradictorio, del que emane un acto administrativo de naturaleza sancionatoria, sino que el procedimiento contemplado lo que persigue es la determinación del origen ocupacional o no de una enfermedad o accidente, el cual, sólo podrá dictarse previo a la ejecución por parte del organismo respectivo de un procedimiento que conlleve una investigación, mediante informe, que reflejen las evaluaciones necesarias para la comprobación, calificación y certificación del origen de la patología presentada por el trabajador o trabajadora.

Visto lo anterior, esta Sala comparte plenamente las observaciones y conclusiones arribadas por la recurrida, toda vez que de autos se desprende que la Administración cumplió cabalmente con el procedimiento administrativo establecido, y respetó las garantías del administrado y su derecho a la defensa, constatándose que el procedimiento en cuestión, surgió en virtud de la solicitud de investigación de origen de enfermedad efectuada por el ciudadano Pedro Alejandro Silva Beltrán (folio 6 al 8 del cuaderno de antecedentes

<sup>23</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0328-29513-2013-12-1640.HTML>

administrativos), a la cual se le asignó orden de trabajo N° ARA-11-0793 que recayó en el funcionario Oswaldo del Nogal (folio 9 del cuaderno de antecedentes administrativos); y que en fecha 20 de julio de 2011 fue efectuada investigación de origen de la enfermedad (folios 10 al 15 del cuaderno de antecedentes administrativos), oportunidad en la cual el funcionario se trasladó a la sede de la empresa hoy accionante, lo que finalmente desencadenó en la certificación efectuada por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), por medio de su ente de adscripción desconcentrado funcional y territorialmente, Dirección Estatal de Salud de los Trabajadores Aragua, en fecha 30 de septiembre de 2012, órgano éste a quien le fue atribuida la competencia para calificar el origen ocupacional de los accidentes y enfermedades ocupacionales, de conformidad con el 18 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

Posteriormente, la SCS del TSJ en la sentencia N° 546 dictada en fecha 18 de julio de 2013 en el caso: *Servicios y Traslados Alfra, C.A*<sup>24</sup>, ratificó el criterio expuesto en la sentencia antes citada, cuando estableció:

En el caso concreto, la recurrida estableció que la certificación y calificación de accidente de trabajo, por no ser un procedimiento contradictorio, no requiere notificación para iniciar su averiguación, aunado al hecho que de las copias certificadas del expediente administrativo se desprende, específicamente del Informe levantado en la empresa con presencia de un representante de la empresa y un trabajador, así como la representación de INPSASEL, que se llevó a cabo una inspección en la sede de la empresa en donde se le ordenaba hacer una serie de correcciones generales, y posterior a ello, se le notificó de la certificación del Instituto, informándole de los recursos a que tenía lugar, ejerciendo de esa forma la parte recurrente el recurso de reconsideración, desprendiéndose que la Administración cumplió con el procedimiento administrativo establecido y respetó las garantías del administrado y su derecho a la defensa, razón por la cual considera que el acto administrativo no adolece del vicio de inexistencia de procedimiento denunciado.

A pesar de lo anterior, consideramos que lo procedente es aplicar lo dispuesto en el artículo 47 de la LOPA, por cuanto no existe un procedimiento administrativo para que sea dictada la Certificación por parte del INPSASEL, lo que conlleva a que se deba aplicar el procedimiento administrativo regulado en el artículo 48 y siguientes de la LOPA, otorgando al patrono una oportunidad para argumentar

<sup>24</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/julio/0546-18713-2013-12-547.HTML>

y presentar las pruebas que permitan demostrar que el accidente o enfermedad no tienen carácter laboral u ocupacional, garantizado así el derecho a la tutela efectiva y el derecho a la defensa previstos en los artículos 26 y 49 de la CRBV.

Por otra parte, se debe destacar que la SCS del TSJ en la sentencia N° 1067 dictada en fecha 6 de agosto de 2014 en el caso: *Ferretería EPA, C.A.*<sup>25</sup>, estableció que la Certificación de enfermedad ocupacional que es emitida por el INPSASEL con ocasión del procedimiento administrativo, no implica que el patrono sea responsable por las indemnizaciones reguladas en la LOPCYMAT 2005, así expresó:

Ahora bien, la jurisprudencia reiterada de este máximo Tribunal ha sostenido, que uno de los principios más importantes del Derecho Administrativo Sancionatorio es el principio de presunción de inocencia, el cual es parte integral de la garantía del debido proceso, según lo establece el artículo *supra* citado. Dentro de esta perspectiva, su importancia trasciende en aquellos procedimientos administrativos que aluden a un régimen sancionatorio, el cual se materializa gracias a la necesaria existencia de un procedimiento previo a la imposición de la sanción, que ofrezca a los administrados, las garantías mínimas y permita comprobar su inocencia o su culpabilidad. En tal sentido, de conformidad con dicho Principio, toda persona que sea acusada de una infracción se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario. De este modo, la Administración tiene la carga de probar aquellos hechos en los que se basa para la aplicación de la sanción administrativa, es decir, que la Administración tiene la carga de desvirtuar esa presunción constitucional de inocencia.

En este orden de ideas se observa, que el caso bajo análisis se trata de un procedimiento administrativo de certificación de enfermedad agravada por el trabajo, en el cual no existe acusación o sanción alguna, es decir, se trata de un procedimiento administrativo investigativo tendente a comprobar, que las causas de las dolencias padecidas por determinado trabajador, son consecuencia directa de las actividades realizadas por éste, con ocasión del trabajo, en el cual no existe una acusación en contra de algún sujeto determinado, ni tampoco existe una sanción de cuya imposición deba defenderse el administrado, razón por la cual considera la Sala, que en los casos de certificaciones de enfermedades ocupacionales, no se verifica la violación al Principio de Presunción de Inocencia, toda vez que como se explicó anteriormente, dichos procedimientos no están dirigidos a demostrar la culpabilidad de los patronos en las

<sup>25</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/agosto/167879-1067-6814-2014-14-271.HTML>

enfermedades padecidas por los trabajadores, ni conllevan a la imposición de sanciones, sino que su función es la de certificar el origen de las enfermedades que pudiesen padecer los trabajadores. Así se declara.

## 9. SUSPENSIÓN DE EFECTOS DE LA CERTIFICACIÓN DE ENFERMEDAD OCUPACIONAL

La SCS del TSJ, viene negando la solicitud de medidas cautelares en aquellos casos en los cuales el patrono interpone el Recurso Contencioso Administrativo conjunto con Medida Cautelar de Suspensión de Efectos en contra de la Certificación del INPSASEL, que establece el carácter ocupacional de la enfermedad que pueda padecer el trabajador, porque considera que no se cumplen con los requisitos previstos en la Ley.

No obstante ello, la SCS del TSJ en la sentencia N° 1683 dictada en fecha 21 de diciembre de 2012 en el caso: *Schlumberger de Venezuela, C.A.*<sup>26</sup>, acordó la suspensión de efectos de la Certificación emitida por el INPSASEL, tomando en consideración la existencia de un juicio interpuesto por el trabajador, en el que reclamaba el pago de las indemnizaciones previstas en la LOPCYMAT, con base en la Certificación emitida por el INPSASEL, así dispuso:

En tal sentido, de los hechos narrados por el accionante, los cuales han sido verificados por esta Sala, así como del análisis de las actas procesales y documentos consignados, se evidencia que están dados los requisitos supra señalados, así como la existencia de una situación que amerita la utilización por parte de esta Sala de sus amplios poderes cautelares a fin de evitar posibles daños irreparables a la parte accionante para acordar la medida solicitada, visto que como lo expuso el recurrente, en el presente caso ciertamente no se evidencian pruebas en los autos, que el ciudadano Julio Gómez padezca una supuesta enfermedad agravada por condiciones de trabajo, al no cursar en los mismos diagnóstico alguno de un médico que haya determinado la supuesta patología, ni que Diresat-Miranda, evaluara médicamente al extrabajador. Asimismo se observa, que la certificación del INPSASEL proviene de la Diresat-Miranda, y el expediente proviene de Diresat-Zulia, organismo que levantó el informe de investigación y recibo de solicitud del ciudadano Julio Gómez para su evaluación, lo cual, a primera vista, luce como una incompetencia por el territorio de la Dirección Estatal de Salud de los Trabajadores del estado Miranda (Diresat-Miranda).

Asimismo, en el presente caso se verifica el periculum in mora, ya que el ciudadano Julio Gómez, interpuso una

<sup>26</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1683-211212-2012-12-1010.HTML>

demanda en contra de su representada en fecha 05 de agosto del año 2011 por ante los Tribunales del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, exigiendo el pago de las indemnizaciones por enfermedad profesional contempladas en la Ley Orgánica del Trabajo, en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo y en el Código Civil, el cual fundamentó la procedencia del pago de las mismas en la existencia de una supuesta enfermedad ocupacional, cuya ocurrencia fue certificada por el INPSASEL, mediante providencia administrativa, según lo alega en su libelo de demanda, es decir, existe un riesgo grave que ilusoria la ejecución del fallo, en virtud, de que de ser condenada la recurrente en el mencionado juicio laboral al pago de las indemnizaciones por enfermedad profesional establecidas en las Leyes supra señaladas, con fundamento en lo establecido en la referida providencia administrativa, le resultaría imposible recuperar las cantidades de dinero pagadas por la sentencia condenatoria en el caso que se declare la nulidad del acto administrativo impugnado.

En consecuencia, al resultar procedente la medida cautelar solicitada, se resuelve con lugar el presente medio ordinario de impugnación. Como consecuencia de ello, se suspenden los efectos del acto cuya nulidad se solicita mientras dure el presente proceso. Así se resuelve.

## **10. SOLIDARIDAD**

Uno de los aspectos más controversiales de la LOPCYMAT 2005, es determinar cuándo se considera que resulta aplicable la solidaridad, tomando en consideración que el artículo 127 de la LOPCYMAT 2005, establece la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra o el servicio, pero no prevé como condición para que sea aplicable la referida responsabilidad, que la actividad del contratista sea inherente o conexas con la del beneficiario de la obra o servicio, lo que ha llevado a un debate interesante, sobre el alcance de la responsabilidad del beneficiario de la obra o el servicio en los casos de accidentes de trabajo o enfermedad ocupacional de un trabajador de la contratista, teniendo en cuenta que el trabajador puede reclamar las indemnizaciones reguladas en la LOPCYMAT 2005 y el CC.

Así, encontramos que la SCS del TSJ en la sentencia N° 110 dictada en fecha 11 de marzo de 2005 en el caso: *Diversiones Tolón, S.R.L*<sup>27</sup>, consideró luego de analizar los estatutos sociales de las sociedades que fueron codemandadas, que entre ellas existía un grupo de empresas, debido a que desarrollaban en conjunto actividades que evidencian su integración e igualmente los accionistas con poder decisorio son comunes, así expresó:

<sup>27</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/0110-110305-04802.htm>

Del análisis de los estatutos sociales de las empresas codemandadas se evidencia la existencia del grupo de empresas, pues ambas desarrollan en conjunto actividades que evidencian su integración, las cuales están relacionadas con parques de diversiones y cualquier otro derivado de su objeto principal, y por la otra, sus órganos de dirección están conformados en proporción significativa por las mismas personas, pues la ciudadana Rosina Murgano de Gammiero, posee el 50% por ciento de las acciones de la empresa Inversiones Gammiero Murgano, C.A., y 50 cuotas de participación en la empresa Diversiones Tolón S.R.L., evidenciándose igualmente que los accionistas con poder decisorio son comunes en ambas empresas

Es así, como la SCS del TSJ aplicó los literales a) y d) del artículo del artículo 22 del RLOT, para establecer de esa forma la existencia de un grupo de empresas, condenando en consecuencia a las codemandadas al pago de las indemnizaciones reclamadas por el trabajador, por motivo del accidente de trabajo que éste sufrió.

A este respecto, consideramos que la SCS del TSJ incurre en el error de no tomar en cuenta que conforme al artículo 1185 del CC, sólo el agente del daño es el sujeto responsable del pago de las indemnizaciones que se le adeuden a la persona que víctima de un hecho ilícito, al punto que posteriormente en la sentencia N° 1022 dictada por la SCS del TSJ en fecha 1° de julio de 2008 en el caso: *Servicios Halliburton de Venezuela, S.R.L*<sup>28</sup>, determinó que la responsabilidad en los casos de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional es una responsabilidad que opera *intuito personae*, criterio reiterado por la SCS del TSJ en la sentencia N° 1492 dictada en fecha 13 de diciembre de 2011 en el caso: *Toyota de Venezuela, C.A*<sup>29</sup>, así como en la sentencia N° 291 dictada por la SCS del TSJ en fecha 13 de marzo de 2014 en el caso: *Inversiones GPT, C.A*<sup>30</sup>.

Sin embargo, en la sentencia N° 535 dictada por la SCS del TSJ en fecha 7 de mayo de 2014 en el caso: *Induservi, C.A*<sup>31</sup>, se consideró que con base en el artículo 127 de la LOPCYMAT 2005, no resultaba necesario que la actividad desarrollada por la contratista fuera inherente o conexas con la de la beneficiaria, para que fuera procedente la solidaridad de ésta última, así determinó:

Las normas transcritas contienen las disposiciones referidas a las empresas intermediarias, contratistas y subcontratistas; en el caso *sub iudice* denuncia la recurrente que el Juez de Alzada incurrió en manifiesta ilogicidad en la motiva, en falsa aplicación de los artículos 55, 56 y 57 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) y falta de aplicación del

<sup>28</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/julio/1022-1708-2008-07-1615.HTML>

<sup>29</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1492-131211-2011-10-1169.HTML>

<sup>30</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/marzo/161995-0291-13314-2014-10-703.HTML>

<sup>31</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/163656-0535-7514-2014-12-1698.HTML>

127 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, al declarar que no existía solidaridad entre las codemandadas Induservi, C.A., y Procter & Gamble Industrial, S.A., por cuanto no había inherencia y conexidad entre las mismas, sin tomar en cuenta lo estipulado en el artículo 127 *eiusdem* que establece que para que opere la solidaridad del contratante y contratista es necesario que el trabajador cumpla con sus obligaciones laborales en las instalaciones de la beneficiaria.

...

De las normativas y criterios jurisprudenciales antes citados, observa esta Sala que efectivamente en el caso *de marras* la recurrida actuó apegada a derecho al determinar que no existe responsabilidad solidaria, por cuanto aún cuando hizo señalamiento respecto a que entre las codemandadas no había inherencia y conexidad entre las actividades desempeñadas por ellas, tal alegato no afecta su legalidad por no ser determinante del dispositivo, ya que será solidariamente responsable en materia de accidente de trabajo la empresa contratante con la contratista por el incumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral, de las obligaciones impuestas por la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, y en el caso de autos no quedó demostrado dicho incumplimiento, tal y como lo establece el *ad quem* en su sentencia, al determinar que no existen elementos de prueba que permitan concluir que la empresa demandada incumplió las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo, y que el accidente haya ocurrido como consecuencia de esa inobservancia, toda vez que se aprecian a los folios 432 al 470, la prueba de conocimiento de programa de extintores de fuego, programa de conocimiento de plan de energía y desalojo, prueba de conocimiento programas fuentes de lavajos y duchas, pruebas de conocimientos manejo y exposición de químicos, prueba de conocimientos prevención y protección de caídas, prueba de conocimientos aislamientos de energía peligrosa, prueba de predicción rápida de riesgo, entre otras evaluaciones, y adicionalmente fundamentó su decisión en el acta de investigación policial (folios 364 al 371 de la segunda pieza), donde se aprecia que el accidente donde perdió la vida el ciudadano WHEELER CUICAS, obedece a una maniobra prohibida al atravesar una isla por donde no se puede circular, hecho este que fue declarado por el ciudadano Lino José Cuicas, por ante la Jefatura Civil de la Parroquia Juan de Villegas del Municipio Iribarren, del Estado Lara, y consta en el acta de defunción que cursa al folio 53 de este expediente, del

cual se evidencia que el precitado ciudadano murió “a consecuencia de una fractura de cráneo, hecho de tránsito (*sic*)”, por tanto no es procedente la indemnización solicitada conforme a la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio de Trabajo.

## 11. ACCIDENTE IN ITINERE

Entre los avances de la LOPCYMAT 2005 se encuentra haber establecido que el accidente *in itinere*, deba ser reconocido como un accidente de trabajo, a tenor del numeral 3 del artículo 69 de la LOPCYMAT 2005, siempre y cuando concurren las circunstancias de modo, tiempo y lugar reguladas en la norma.

Lo anterior tiene relevancia, porque antes de la entrada en vigencia de la LOPCYMAT 2005, la regulación aplicable era la Norma 474:1997 de COVENIN, que no otorgaba carácter laboral al accidente *in itinere*, por lo que el patrono no era responsable bajo dicha normativa, a pesar que tal criterio no fuera reconocido por la SCS del TSJ en la sentencia N° 823 dictada por la SCS del TSJ en fecha 22 de julio de 2010 en el caso: *Coca-Cola Femsa de Venezuela, S.A.*<sup>32</sup>, en la que estableció:

El Juez de la recurrida condenó acertadamente a la parte demandada al daño moral, por responsabilidad objetiva, de conformidad con el artículo 560 de la Ley Orgánica del Trabajo, por considerarse como un accidente *in itinere* y al no haberse demostrado la intención de la víctima de provocar dicho accidente, pues las Normas de la Comisión Venezolana de Normas Industriales (COVENIN), tienen por objeto establecer un método práctico y uniforme para el registro, clasificación y estadísticas de las lesiones de trabajo, Razón por cual no son aplicables sus artículos para establecer si se trata de un accidente laboral o no, y en consecuencia el Juez de la recurrida aplicó correctamente los artículos 560 y 561 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Inclusive, con anterioridad la SCS del TSJ en la sentencia N° 396 dictada en fecha 6 de mayo de 2004 en el caso: *C.A Cervecería Regional*<sup>33</sup> determinó los requisitos para considerar como accidente de trabajo el accidente *in itinere*, cuando señaló:

En este sentido es pertinente señalar que se puede considerar como accidente de trabajo aquel que se produce en el trayecto de la residencia del trabajador a su sitio de labores y en el trayecto de regreso, antes y después de que haya comenzado la jornada de trabajo e independientemente de que se encontrara a disposición del patrono. Ello es lo que la doctrina ha denominado el accidente “*in itinere*”, accidente en el trayecto.

<sup>32</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/julio/0823-22710-2010-08-1613.HTML>

<sup>33</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/396-060504-04181V.HTM>



Ahora bien, como quiera que el accidente de trabajo “*in itinere*” se produce fuera del control directo del empleador, el mismo debe revestir ciertos requisitos indispensables para poder calificarlo como tal y que son:

- a) Que el recorrido habitual no haya sido interrumpido, es decir, haya concordancia cronológica, y
- b) Que el recorrido habitual no haya sido alterado por motivos particulares, o sea, que exista “concordancia topográfica”.

En este sentido debe asentarse que por regla general el camino habitual debe ser prudencialmente la ruta más directa, cómoda y corta.

Ahora bien, una vez que entró en vigencia la LOPCYMAT 2005, la SCS del TSJ con base en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 69 de la LOPCYMAT consideró como accidente de trabajo el accidente *in itinere* sufrido por el trabajador, así lo expresó en la sentencia N° 1210 dictada en fecha 3 de noviembre de 2010 en el caso: *Industrias del Vidrio Lara, C.A.*<sup>34</sup>, ratificado posteriormente en la sentencia N° 1172 dictada en fecha 21 de noviembre de 2013 en el caso: *C.A Cervecería Regional*<sup>35</sup>.

## 12. CONCLUSIONES

1. El momento determinante para establecer la Ley Aplicable, será la oportunidad en que sea diagnosticada la enfermedad ocupacional o que ocurra el accidente de trabajo.
2. El patrono debe ser estricto en el cumplimiento de sus deberes, por lo que las personas encargadas de los Departamentos de Seguridad y Salud Laboral de las empresas, tienen la obligación de verificar que se cumplan con cada uno de los requisitos que exigen las normas de seguridad y salud laboral, para garantizar la vida y salud de los trabajadores, y así disminuir el riesgo de sanciones y reclamaciones futuras.
3. La enfermedad agravada como enfermedad ocupacional, sólo se encuentra regulada en la LOPCYMAT 2005, por cuanto bajo la vigencia de la LOPCYMAT 1986, no podía ser considerado como enfermedad profesional.
4. No todos los problemas lumbares que pueda sufrir un trabajador durante la relación de trabajo, pueden ser calificados como supuestas enfermedades ocupacionales, porque se trata de un padecimiento que tiene origen multifactorial, por lo que el trabajador deberá comprobar que efectivamente la lesión se debe a causa de las actividades que desarrollaba para el patrono, y que éste desarrolló una conducta negligente o dolosa.
5. El patrono tiene la obligación de tomar todas las medidas necesarias para evitar el acoso laboral, porque en caso contrario el trabajador tendrá derecho

<sup>34</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/noviembre/1210-31110-2010-09-257.HTML>

<sup>35</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/noviembre/158955-1172-211113-2013-11-1024.HTML>

- al pago de las indemnizaciones por el daño que pueda ocasionar el haber sido víctima de acoso laboral, que además debe ser una situación reiterada en el tiempo.
6. La Inspectoría del Trabajo conserva la potestad de inspección en materia de seguridad y salud laboral, sin embargo la misma no podrá aplicar sanciones al patrono, porque ello es una potestad exclusiva y excluyente del INPSASEL.
  7. En los procedimientos sancionatorios, resulta aplicable la presunción de inocencia regulada en el artículo 49 de la CRBV.
  8. El INPSASEL deberá otorgar un lapso al patrono para alegar y probar en el procedimiento administrativo, que termina concluyendo en la emisión de la Certificación que establece el carácter ocupacional de la enfermedad que padece el trabajador, para así garantizar el derecho a la tutela efectiva y el derecho a la defensa del patrono, conforme a lo dispuesto en los artículos 26 y 49 de la CRBV en concordancia con el artículo 47 de la LOPA.
  9. La Certificación emitida por el INPSASEL en la que se establece el carácter ocupacional de la enfermedad que alega padecer el trabajador, no implica la responsabilidad del patrono.
  10. Los Jueces deberán verificar el cumplimiento de los requisitos para otorgar las medidas cautelares que sean solicitadas por el patrono, cuando ejerce el Recurso Contencioso Administrativo de Nulidad conjunto con Medida Cautelar de Suspensión de Efectos en contra de la Certificación que califica el accidente o enfermedad del trabajo, como laboral u ocupacional, más aún cuando el trabajador tiene interpuesta una acción en contra del patrono, para reclamar las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, con base en la Certificación emitida por el INPSASEL, en contra de la cual el patrono solicita que sea declarada la nulidad absoluta.
  11. No es necesario que la actividad de la contratista sea inherente o conexas con la actividad desarrollada por la beneficiaria de la obra o servicio, para que opere la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 127 de la LOPCYMAT.
  12. La responsabilidad del patrono en los casos de accidentes de trabajo *in itinere*, debería estar limitada al supuesto en el cual el vehículo en el que se realice el traslado del trabajador se encuentre bajo la guardia y custodia del patrono, por lo que en el supuesto que el trabajador utilice el transporte público o su vehículo particular, no puede operar la responsabilidad del patrono, por cuanto en el numeral 6 del artículo 1 de la LOPCYMAT se establece que la misma sólo es exigible en caso que el patrono haya actuado con dolo o negligencia, mientras que la responsabilidad prevista en el artículo 1193 del CC, implica que la cosa que haya causado el daño se encuentre bajo la guarda del patrono.

En Caracas, a los 9 días del mes de Septiembre de 2014.

# Cambio jurisprudencial con relación a la posibilidad de pago de salario variable sin una parte fija

Frederick CABRERA CONDE

Profesor de Postgrado en la UCAB de Caracas, Barquisimeto, Guayana y en el CIAP

*“El derecho del obrero no puede ser nunca el odio al capital; es la armonía, la conciliación, el acercamiento común de uno y del otro”.*

José Martí

## Sumario

**1.** Formas de remuneración partiendo del modo de pago del salario en fijo, variable o mixto. **1.1.** Salario fijo. **1.2.** Salario variable o por comisión (incluyendo salario por propinas variables). **1.3.** Salario mixto. **2.** Criterio sobre límites en la forma de remuneración en caso de trabajadores con salario variable y mixto. **3.** 1ra Etapa de interpretación de la Sala Social del TSJ, en la que no se permite sólo el pago de salario variable sin una parte de salario fijo por lo menos igual al mínimo. **4.** 2da Etapa. Puede pagarse salario variable sin pagar parte fija, únicamente si el variable es mayor al mínimo legal, caso Representaciones ANDOVER sent. 0387 10/06/13 y caso Representaciones VENUSCOL, sent. N° 1466 del 17/12/13. **5.** 3ra Etapa. Efecto ex nunc del nuevo criterio, “principio de confianza legítima o expectativa plausible en la labor jurisdiccional” y “principio de la seguridad jurídica indispensable para la eficaz labor de impartir justicia” y Caso de propinas. **6.** Conclusiones, Observaciones, Efectos y Condiciones de pago.

## **Resumen**

Se aborda, específicamente el cambio jurisprudencial dictado por la Sala Social TSJ entre los años 2013 al 2014, con relación a la posibilidad de pago de salario variable sin que se tenga que hacer el pago de una parte fija, siempre y cuando el salario variable supere al salario mínimo legal. También, se aborda a la aplicación del “principio de confianza legítima o expectativa plausible en la labor jurisdiccional”, el “principio de la seguridad jurídica indispensable para la eficaz labor de impartir justicia”. En último lugar, se analizan los efectos y condiciones de pago según el nuevo criterio.

**Palabras claves:** salario fijo, variable o mixto, propinas

## **Abstract**

It addresses specifically the jurisprudential change dictated by the Social Chamber TSJ between 2013 and 2014, regarding the possibility of payment of variable salary without having to make payment of a fixed part, provided the variable salary exceeds the legal minimum wage. It also addresses the application of the “principle of legitimate expectations or plausible expectation of the courts,” the “principle of legal certainty necessary for the effective work of administering justice “. Finally, the effects and payment terms are analyzed according to the new criteria.

**Keywords :** fixed salary, variable or mixed salary, tips

## **INTRODUCCIÓN**

En el presente ensayo se tiene como propósito reseñar un cambio de criterio de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), de mucha importancia y vigencia. Dicho cambio es radicalmente opuesto al sostenido durante años y versa sobre los límites en la forma de efectuar la remuneración en el caso de trabajadores con salario variable y mixto, incluyendo trabajadores con comisiones y con propinas. Adicionalmente, se resaltan los efectos jurídicos y prácticos que arroja éste nuevo criterio y el efecto sobre los reclamos o demanda que están actualmente el curso.

### **1. FORMAS DE REMUNERACIÓN PARTIENDO DEL MODO DE PAGO DEL SALARIO EN FIJO, VARIABLE O MIXTO**

#### **1.1. SALARIO FIJO**

Se le llama al ingreso regular, inalterable, seguro y periódico que percibe el trabajador sin ninguna modificación y sin tomar en consideración sobre sueldos, recargos, variaciones, bonos, comisiones, etc., a excepción de su alteración como consecuencia de un aumento definitivo del salario convencional o legal. Es así que la misma comporta ese pago fijo mensual, quincenal o semanal que percibe el trabajador sin variación o fluctuación. La Sala Social en muchas ocasiones lo describe como el “salario *básico*”.

#### **1.2. SALARIO VARIABLE O POR COMISIÓN (INCLUYENDO SALARIO POR PROPINAS VARIABLES)**

Se da cuando la remuneración no es fija respecto a periodos de tiempo determinados, sino que varía en función de un resultado o rendimiento que esta medido de acuerdo a una modalidad o convenio de participación, porcentaje sobre la venta o cobro, como cuando se paga por comisiones. Generalmente consiste en un porcentaje sobre las ventas o cobranzas realizadas por el trabajador.

#### **1.3. SALARIO MIXTO**

Es el tipo de remuneración que está compuesta por una parte *Fija* y adicionalmente una parte *Variable* derivada generalmente de unas comisiones.

### **2. CRITERIO SOBRE LÍMITES EN LA FORMA DE REMUNERACIÓN EN CASO DE TRABAJADORES CON SALARIO VARIABLE Y MIXTO**

Ha sido criterio reiterado, pacífico y diuturno de la Sala Social del T.S.J. a través de numerosas sentencias que entre las características que debe comportar el salario (*incluyendo al salario variable*) está que sea: “*cierta y segura, no sujeta a ninguna contingencia que pueda afectar la existencia de la retribución y su exigibilidad inmediata*”<sup>1</sup>. Por lo que bajo ese criterio siempre debía el

<sup>1</sup> Sentencia Sala Social TSJ N° caso FERRE HERRAMIENTAS MEX, C.A N° 1716 de fechas 6 de noviembre de 2009.

trabajador obtener o ser pagado “por el empleador<sup>2</sup>” una parte *Fija* de salario, y que esa parte fija en ningún caso podía comportar un ingreso menor al salario mínimo, un alea o incertidumbre (*a excepción de trabajadores con jornada parcial que podían percibir una parte fija menor o parcial al salario mínimo dependiendo de las horas de trabajo o prorrateado*).

En ese orden de ideas, se presentaron numerosas demandas de trabajadores a los que sólo se les remuneró con base a salario variable o que aun obteniendo una parte *fija* (caso de trabajador con salario *Mixto*) la parte fija, no alcanzó su monto al salario mínimo vigente. En dichos casos el trabajador en función al criterio sostenido por la Sala Social del TSJ, reclamaba o demandaba el pago correspondiente a la parte *fija* defectuosamente pagada o no pagada.

El trabajador no obstante, percibía ingresos en muchos casos, muy superiores al salario mínimo en función de su salario *variable*, no obstante, reclamaban el pago durante toda la relación de trabajo de los salarios que según ellos debieron percibir por la parte *fija* (*incluso demandas por la diferencia cuando recibían una parte de salario fijo que era menor al mínimo legal*). En consecuencia, el reclamo consistía en el pago de todos los salarios fijos dejados de percibir, falta de pago de esa parte fija, sobre prestación social de antigüedad, vacaciones, bono vacacional, utilidades, y otros conceptos.

Específicamente en la sentencias Sent. 0387 del 10/06/13 caso Representaciones ANDOVER; caso Representaciones VENUSCOL N° 1466 del 17/12/13 0961 y finalmente en fecha 28/07/14 caso María Cristina Arce Castro vs. Representaciones Venuscol C.A. se da un cambio radical de interpretación jurisprudencial de 180° que detallaremos a continuación, refiriendo primero el criterio establecido antes de las referidas sentencia por la Sala Social TSJ, y posteriormente su nuevo criterio de interpretación y finalmente haremos un análisis sucinto de sus efectos, observaciones y conclusiones.

### **3. 1RA ETAPA DE INTERPRETACIÓN DE LA SALA SOCIAL DEL TSJ, EN LA QUE NO SE PERMITE SÓLO EL PAGO DE SALARIO VARIABLE SIN UNA PARTE DE SALARIO FIJO POR LO MENOS IGUAL AL MÍNIMO CASO CARLOS EDUARDO CHIRINOS CASTELLANOS CONTRA DESARROLLOS HOTELCO C.A. N° 1438 DEL 01/10/09<sup>3</sup> Y OTROS**

En esta etapa la Sala Social establece como criterio que no es posible pagar únicamente salario variable ni puede ser el fijo menor al mínimo legal, caso FERRE HERRAMIENTAS MEX, C.A N° 1716 de 06/11/09, caso REPRESENTACIONES VENUSCOL C.A. 1154 del 23/10/12 y caso LA CASA AGUSTÍN, C.A. N° 0040 del 14/03/13, respectivamente, las cuales han sido contestes en establecer que en los casos de salario *Mixto*, la porción fija del mismo, no puede ser inferior al salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional. Se pueden citar otras muchas sentencias que ratificaron dicho criterio.

<sup>2</sup> Se dice “por el empleador” debido a que no se aceptó que el pago proviniera de un tercero, por ej. Comensales en el caso de las propinas.

<sup>3</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/1438-11009-2009-08-1563.html>

### **3.1. CASO FERRE HERRAMIENTAS MEX, C.A N° 1716 DE FECHA 6 DE NOVIEMBRE DE 2009<sup>4</sup>**

“...concluye la Sala que esa porción básica estipulada de antemano por las partes es la que no debe ser inferior al salario mínimo en los términos establecidos en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En el caso de autos, las partes estipularon el salario en una cantidad fija básica inferior al monto del salario mínimo, por lo que el demandante reclamó el pago de la diferencia de salario y su incidencia en la prestación de antigüedad. Sin embargo, el Sentenciador de alzada, en virtud de que el demandante percibía, además, una parte variable en razón de la distribución que del porcentaje sobre el consumo cobrado por el establecimiento a los clientes hace el empleador, y dado el carácter salarial que el legislador le otorga a esta percepción, declaró improcedente el reclamo por considerar que si estas percepciones alcanzan o coadyuvan a alcanzar el límite establecido como salario mínimo, deberá entenderse cumplida la obligación de pagarlo y sólo si no se alcanza ese límite mínimo es que quedaría obligado el empleador a complementar ese monto hasta alcanzar el mínimo.

Así las cosas, resulta obvio que el Juez de la recurrida infringió el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo al incluir, a los fines de alcanzar el límite mínimo, percepciones salariales que no reúnen las características de certeza, seguridad y correspondencia (Sentencia N° 1.438 del 1º de octubre de 2009, caso: Carlos Eduardo Chirinos Castellanos contra Desarrollos Hotelco C.A.) (Subrayado añadido).

*Por lo tanto, el juez de la recurrida actuó ajustado a Derecho al tener por cierto que no estaba satisfecho el salario mínimo, sin tomar en cuenta los ingresos percibidos por el trabajador por concepto de comisiones, las cuales son de carácter variable, eventual y aleatorio”.*

### **3.2. CASO REPRESENTACIONES VENUSCOL C.A. 1154 DEL 23 DE OCTUBRE DE 2012<sup>5</sup>**

La Sala para decidir observa:

Sobre el aspecto planteado, la recurrida establece textualmente:

Por lo que corresponde a la reclamada diferencia entre lo

<sup>4</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/noviembre/1716-61109-2009-08-1230.HTML>

<sup>5</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/1154-231012-2012-11-1031.HTML>

percibido por la actora como salario básico o fijo, y el salario mínimo urbano nacional fijado por el Ejecutivo Nacional, se observa que la práctica en esa materia era la aplicada por la parte patronal, de cancelar al trabajador la diferencia correspondiente cuando lo percibido en el mes no alcanzaba el salario mínimo obligatorio, pero después de la decisión de la Sala Social del TSJ del 01 de octubre de 2009, en interpretación del artículo 129 de la LOT, que dejó sentado que la porción básica estipulada de antemano por las partes, es la que no puede ser inferior al salario mínimo, ningún trabajador debe percibir como parte fija o básica de su salario, si el mismo es de los denominados mixtos, una cantidad inferior a la prevista como salario mínimo urbano nacional fijado por el Ejecutivo Nacional; pero en el caso de autos, la actora renunció al cargo que como vendedora venía desempeñando en la empresa demandada, el 24 de agosto de 2009, o sea, antes de la fecha de la sentencia que sentó el criterio supra señalado, y en respeto al principio de la irretroactividad de la ley, de la expectativa plausible o de confianza legítima, no se puede aplicar tal criterio, por cuanto la situación de hecho o supuesto planteado en este proceso, es anterior al criterio jurisprudencial plasmado en el fallo del primero de octubre de 2009 de la Sala de Casación Social del TSJ, y debe desecharse la reclamación relativa a la diferencia de salario mínimo en la parte básica del salario de la actora. Así se establece.

En relación con este particular, esta Sala de Casación Social, mediante sentencia N° 1.438, publicada el 1° de octubre de 2009, estableció que en aquellas relaciones de trabajo donde se ha estipulado un salario mixto la parte fija de este no puede ser inferior al salario mínimo fijado por el Ejecutivo Nacional.

En el caso de autos las partes estipularon el salario en una cantidad fija básica inferior al monto del salario mínimo, por lo que la demandante reclamó el pago de la diferencia de salario y su incidencia en los demás beneficios derivados de la relación de trabajo. Sin embargo, el Sentenciador de alzada, en virtud de que la demandante percibía, además, una parte variable, declaró improcedente el reclamo por considerar que el citado criterio jurisprudencial de esta Sala no puede aplicarse al caso de autos por ser posterior a la fecha de terminación de la relación de trabajo; y por considerar que la práctica o costumbre era la de aplicar el criterio según el cual podía fijarse, como porción fija, una cantidad inferior al salario mínimo, debiendo el patrono cubrir la diferencia cuando el salario en su totalidad -parte fija más parte variable- no alcanzaba el mínimo.



Ahora, carece de fundamento jurídico el argumento de ser la interpretación del artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo realizada por la Sala posterior a la terminación de la relación de trabajo, pues, el criterio en cuestión es el primero y único establecido por esta Sala, por lo que no existía otro al que sustituyera, y que pudiese haber creado una expectativa plausible, no se trata pues de la sustitución de un criterio jurisprudencial por otro, sino de la interpretación de una norma realizada por la Sala que no es conforme con la realizada por algunos patronos.

De manera que, no podía la Alzada dejar de aplicar la doctrina jurisprudencial de esta Sala sin infringir el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo, aplicable *ratione temporis*.

*Por las razones precedentes, se declara con lugar el recurso de control de la legalidad, en conformidad con el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.*

### **3.3. CASO LA CASA AGUSTÍN, C.A. N° 0040 DEL 14 DE MARZO DE 2013<sup>6</sup>**

El formalizante alega que el Tribunal ad quem erró al establecer que los recibos de pago que constan en autos, demostraban que el trabajador devengaba un salario superior al salario mínimo nacional, sin tomar en cuenta que el salario del trabajador estaba conformado por un monto fijo, que siempre fue inferior al salario mínimo nacional.

## **4. 2DA ETAPA. PUEDE PAGARSE SALARIO VARIABLE SIN PAGAR PARTE FIJA, ÚNICAMENTE SI EL VARIABLE ES MAYOR AL MÍNIMO LEGAL, CASO REPRESENTACIONES ANDOVER SENT. 0387 10/06/13 Y CASO REPRESENTACIONES VENUSCOL, SENT. N° 1466 DEL 17/12/13**

### **4.1. CASO REPRESENTACIONES ANDOVER, SENT. N° 0387 SALA SOCIAL TSJ DEL 10/06/13<sup>7</sup>**

“La Sala para decidir observa:

La recurrida declaró improcedente el salario mínimo, bajo el fundamento de que el salario que se pactó por las partes en el contrato de trabajo, fue por comisiones.

Asimismo, se evidenció de los referidos recibos de pago que las comisiones devengadas por el uno (1%) por ciento por cobranzas efectuadas por el demandante en cada mes

<sup>6</sup> <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#6>

<sup>7</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/0387-10613-2013-11-1502.HTML>

de prestación de servicio, eran superior al salario mínimo fijado por el Ejecutivo Nacional.

Así pues, que al haber declarado improcedente el ad quem el pago del salario mínimo desde el inicio hasta la fecha de finalización de la relación de trabajo, no incurrió en el vicio alegado por el recurrente, ya que tal y como se apreció de las pruebas aportadas a los autos, el actor devengaba salario variable conformado por comisiones y otras percepciones de carácter laboral, además de que el monto por comisiones devengadas en cada mes de prestación de servicio, eran superior al salario mínimo fijado por el Ejecutivo Nacional.

En consecuencia, se declara sin lugar la presente denuncia. Así se decide.”

#### 4.2. CASO REPRESENTACIONES VENUSCOL, SENT. N° 1466 DEL 17/12/13<sup>8</sup>

“... esta Sala constató que el salario efectivamente pagado a la demandante por la accionada, estuvo compuesto además de la parte básica, por las comisiones derivadas de las ventas y el bono estímulo, el cual, durante la relación de trabajo, en ningún momento fue inferior al salario mínimo obligatorio,...

No pasa inadvertido para esta Sala significar que, cuando se esté en presencia de un salario mixto, el empleador – sea de carácter público o privado- debe garantizar que en ningún caso, el trabajador o trabajadora perciba un salario inferior al fijado como mínimo por la autoridad competente, en atención al derecho que tienen todos los trabajadores y trabajadoras a devengar un salario mínimo vital, -artículo 91 constitucional-, con independencia de la clase de salario que las partes libremente hayan acordado.

En virtud de las consideraciones expuestas, no prospera el pedimento por diferencias de salario mínimo. Así se declara.

La referida sentencia caso Representaciones VENUSCOL N° 1466 del 17/12/13, cuenta con el voto salvado de los Magistrados Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, Sonia Coromoto Arias Palacios, quienes manifiestan su discrepancia con la decisión que antecede.

En segundo lugar, disentimos de lo decidido por la mayoría sentenciadora al conocer el mérito de la controversia, puesto que es evidente que se apartan intempestivamente del criterio establecido en el fallo N.° 1.438 del 1° de octubre de 2009, citado en párrafos anteriores, con relación a la interpretación del contenido y alcance del artículo 129 de la Ley Orgánica

<sup>8</sup> <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/160075-1466-171213-2013-11-500.HTML>

del Trabajo, en aquellos casos en el que trabajador percibe un salario mixto integrado por una parte fija y otra variable, sin que fuera advertido en la decisión aprobada por la Sala y menos aún se efectuó una reflexión que señale en forma expresa los motivos que llevaron a mantener una postura diferente a la previamente asumida, de modo que se le permita entender a los justiciables la asunción del cambio jurisprudencial.

**5. 3RA ETAPA. EFECTO EX NUNC DEL NUEVO CRITERIO, “PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA O EXPECTATIVA PLAUSIBLE EN LA LABOR JURISDICCIONAL” Y “PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA INDISPENSABLE PARA LA EFICAZ LABOR DE IMPARTIR JUSTICIA” Y CASO DE PROPINAS (RESTAURANT LEE HAMILTON). CASO MARÍA ARCE VS. REPRESENTACIONES VENUSCOL SENT. N° 0961 SALA SOCIAL TSJ 28/07/14<sup>9</sup>**

**5.1. CASO MARÍA ARCE VS. REPRESENTACIONES VENUSCOL SENT. N° 0961 SALA SOCIAL TSJ DEL 28/07/14**

Esta es justamente la sentencia que marca un definitivo antes y después con relación al cambio del criterio establecido en la llamada 1ra Etapa, o etapa en la que se estableció que la porción fija del salario, no puede ser inferior al salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional.

Destacamos su importancia por cuanto se unifica el criterio de la Sala Social sin haber dos votos salvados como ocurrió en el caso “Representaciones VENUSCOL, sent. N° 1466 del 17/12/13” y efectuando una reflexión que señala en forma expresa los motivos que llevaron a mantener una postura diferente a la previamente asumida durante años, e incorporan un efecto ex nunc de aplicación al nuevo criterio, de modo que se le permita entender a los justiciables la asunción del cambio jurisprudencial.

En la referida sentencia N° 0961 del 28/07/14 establece la Sala Social que:

“Tal discusión lleva a esta Sala a entrar a disertar acerca de no solo la noción del salario mínimo y la composición del mixto, sino que es preciso además analizar la evolución constitucional, legal y jurisprudencial de la cual ha sido objeto tal protección salarial.

Siendo ello así, resulta necesario citar lo previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) norma aplicable al caso en estudio en razón del tiempo, el cual establece lo siguiente:

El salario se estipulará libremente, pero en ningún caso podrá ser menor que el fijado como mínimo por la autoridad competente y conforme a lo previsto en la Ley.

<sup>9</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/167288-0961-28714-2014-12-983.HTML>

La norma íntegramente transcrita consagra por una parte la libertad de pacto salarial entre el patrono y el trabajador, pero por otra, el deber del patrono de garantizar que el salario devengado por el trabajador no sea inferior al mínimo.

(...)

Pero también la jurisprudencia venezolana ha sumado su aporte a fin de establecer criterios respecto a aquellos casos en los que debe determinarse qué porción del salario (para el caso del salario mixto) debe garantizar el salario mínimo, ello así tenemos en sentencia N° 1438 del 1° de octubre de 2009, caso: Carlos Eduardo Chirinos Castellanos contra Desarrollos Hotelco C.A., esta Sala estableció lo siguiente:

Siendo así, resulta evidente que la parte fija del salario devengado por el demandante es inferior al salario mínimo establecido por la autoridad competente, lo cual, a la luz de la interpretación que hace esta Sala del artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo, **no está permitido**; de manera que la demandada no cumplió con el pago del salario mínimo, por tal razón está obligada a pagar al demandante la diferencia entre el salario mínimo vigente durante la relación de trabajo y lo establecido en el contrato como salario base. Así se decide. (Subrayado de la Sala). Criterio de 1ra Etapa abandonado por la Sala Social.

(...) no se trata pues de la sustitución de un criterio jurisprudencial por otro, sino de la interpretación de una norma (art. 129 LOTTT) realizada por la Sala que no es conforme con la realizada por algunos patronos.

De manera que, no podía la Alzada dejar de aplicar la doctrina jurisprudencial de esta Sala sin infringir el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo, aplicable *ratione temporis*.

De la sentencia parcialmente trascrita, se puede colegir que al ser la decisión del 1° de octubre de 2009 antes trascrita, la primera vez que se interpretó el artículo 129 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, era el único pronunciamiento existente al respecto, por lo que al no sustituir a uno previo que hubiese creado una expectativa plausible, resulta aplicable incluso a relaciones laborales terminadas con anterioridad a la fecha de la publicación del fallo que lo contiene.

Ahora bien, es preciso advertir que esta Sala de Casación Social, en sentencia dictada el 10 de junio de 2013 en el caso Marcial Antonio Navarro Delgado vs Representaciones Andover de Venezuela, C.A.), se resolvió que al haber declarado improcedente el *ad quem* el pago del salario mínimo desde el inicio hasta la fecha de finalización de la

relación laboral, no incurrió en el vicio alegado por el recurrente, toda vez que quedó demostrado que el accionante devengaba salario variable conformado por comisiones y otras percepciones de carácter laboral, además que el monto por comisiones devengadas en cada mes de prestación de servicios, era superior al salario mínimo fijado por el Ejecutivo Nacional; decisión que fuere ratificada en fecha 17 de diciembre del mismo año en el caso Mayra Alejandra Aranguren Peláez vs Representaciones Venuscol, C.A.); apartándose del criterio ut supra transcrito en el caso Carlos Eduardo Chirinos Castellanos contra Desarrollos Hotelco C.A.

No obstante, es preciso señalar que como quiera que la relación de trabajo se produjo entre el mes de noviembre de 2005 y el mes de diciembre de 2009, es decir, con anterioridad al anterior cambio de criterio, la misma en razón del tiempo no resulta aplicable al presente asunto, de conformidad con el **principio de confianza legítima o expectativa plausible en la labor jurisdiccional**, establecido por la Sala Constitucional de este Máximo órgano de justicia en sentencia N° 3.057 del 14 de diciembre de 2004, caso: "Seguros Altamira, C.A.", en la que se expresó que **ante los cambios que puedan surgir en virtud de sentencias que contengan nuevos criterios, sus efectos ineludiblemente deben ser declarados ex nunc (hacia el futuro), ello en atención al principio de la seguridad jurídica indispensable para la eficaz labor de impartir justicia**; lo cual ha sido ratificado en sentencias Nos. 2406 y 1898 de fechas 18 de diciembre de 2006 y 1 de diciembre de 2008, respectivamente

Visto lo anterior, esta Sala puede colegir que la parte fija no alcanzó el monto del salario mínimo fijado para la época, (...).

Establecido lo anterior, es preciso concluir que la parte fija del salario devengado por la parte accionante desde el mes de noviembre del año 2005 hasta el mes de diciembre de 2009, es decir durante la vigencia de la relación laboral que sostuvo con la sociedad mercantil demandada, nunca alcanzó a cubrir el monto del salario mínimo establecido por el Ejecutivo Nacional en las fechas respectivas, por lo que forzosamente esta Sala debe declarar procedente la pretensión de pago por diferencia de salario mínimo; así como, su incidencia en el pago de días de descanso y feriados, prestaciones sociales, vacaciones, bono vacacional y utilidades.

En conclusión, la Sala Social sigue aplicando su anterior criterio en función del

**principio de confianza legítima o expectativa plausible en la labor jurisdiccional** pero advierte que las demandas presentadas luego del cambio de criterio, les será aplicado obviamente el nuevo criterio que permite que se pague únicamente salario variable siempre que sea superior al mínimo legal, y por tanto no serán procedentes demandas en las que se pretenda el pago de la parte fija o su diferencia con relación al salario mínimo.

**5.2. CASO (DE PROPINAS) INVERSIONES 24836, C.A. (RESTAURANT LEE HAMILTON)  
SENTENCIA N°1266 DEL 12/08/14**

La importancia de esta sentencia, es que además de ratificar el criterio expuesto en los casos Marcial Antonio Navarro Delgado vs Representaciones Andover de Venezuela, C.A.) del 10/06/13 en el caso Mayra Alejandra Aranguren Peláez vs Representaciones Venuscol, C.A.) del 17/12/14. Se desprende que el referido criterio es igualmente aplicable para los casos de demandas que involucren propinas como parte variable de pago.

En la referida sentencia N°1266 caso INVERSIONES 24836, C.A. (Restaurant Lee Hamilton) del 12/08/14, la Sala Social del TSJ, establece:

**“Reclama la parte actora a partir de enero del año 2005, el pago de una diferencia salarial derivada de que la porción fija del salario que devengó era inferior al salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional.**

Al respecto, resulta indispensable aludir a lo previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual dispone:

Artículo 129.- El salario se estipulará libremente, pero en ningún caso podrá ser menor que el fijado como mínimo por la autoridad competente y conforme a lo previsto por la Ley.

El precepto legal transcrito consagra el deber del patrono de garantizar que el salario devengado por el trabajador nunca sea inferior al salario mínimo fijado por la autoridad competente.

Ahora bien, dicha norma al aludir al salario no hace distinción ni salvedad alguna, y es un aforismo jurídico que donde no distingue el legislador no debe hacerlo el intérprete, cuya aplicación resulta pertinente en este caso, puesto que, al no hacer diferencia la norma entre salario fijo, variable o mixto, debe entenderse que no cabe la diferenciación, y esto puede atender a que cualquier elemento que tenga naturaleza salarial, en virtud de que sus características encuadran en la definición contenida en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo o porque así haya sido denominado por la propia Ley, que sea percibido por el trabajador, debe tomarse en consideración a los fines de comparar el monto total devengado con el salario mínimo establecido por la autoridad competente, pues en su totalidad cumple con el

fin social de permitir al trabajador y a su familia una existencia digna, que aplicando el método teleológico de interpretación se infiere que es lo que persigue el legislador que sea garantizado con la previsión contenida en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En este sentido se pronunció esta Sala de Casación Social, en sentencia dictada el 10 de junio de 2013 (caso: Marcial Antonio Navarro Delgado vs Representaciones Andover de Venezuela, C.A.), en la que se resolvió sin lugar la denuncia analizada, pues se consideró que, al haber declarado improcedente el ad quem el pago del salario mínimo desde el inicio hasta la fecha de finalización de la relación laboral, no incurrió en el vicio alegado por el recurrente, ya que tal y como se apreció de las pruebas aportadas a los autos, el actor devengaba salario variable conformado por comisiones y otras percepciones de carácter laboral, además que el monto por comisiones devengadas en cada mes de prestación de servicios, era superior al salario mínimo fijado por el Ejecutivo Nacional. La citada decisión de la Sala, fue ratificada en sentencia de fecha 17 de diciembre del mismo año, con votos salvados de los Magistrados Dr. Luis Eduardo Franceschi y Dra. Sonia Coromoto Arias Palacios, (caso Mayra Alejandra Añanguren Peláez vs Representaciones Venuscol, C.A.); cambiándose el criterio sentado en sentencia proferida el 01 de octubre de 2009 en el caso: Carlos Eduardo Chirinos vs Desarrollos Hotelco, C.A.

**No obstante lo señalado anteriormente, advierte la Sala que, por cuanto la fecha en la que fue dictada la sentencia recurrida -10 de octubre de 2011-, fue anterior a la fecha en la que fue publicada la decisión que estableció un nuevo criterio respecto a que en los casos de salario mixto, deberá tomarse éste en su integridad a los fines de verificar si se cumple con el deber de garantizar que no sea inferior al salario mínimo fijado por la autoridad competente, según lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo,** no le resulta aplicable éste, sino el sentado en la decisión de fecha 01 de octubre de 2009, en el caso: Carlos Eduardo Chirinos vs Desarrollos Hotelco, C.A., **según el cual, en los supuestos de salario mixto, la porción fija del mismo, no puede ser inferior al salario mínimo** decretado por el Ejecutivo Nacional, ello en aplicación del **principio de expectativa plausible**, conforme al cual el nuevo criterio **no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado**, sino a las que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar

la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos.

En este orden de ideas, resulta necesario traer a colación lo señalado por esta Sala, en sentencia de fecha 23 de octubre de 2012 (caso: Joselyn Elena Vargas vs Representaciones Venuscol, C.A.), respecto a la aplicación temporal del criterio sentado en la sentencia del 1 de octubre de 2009 ya citada, en la que se indicó:

Ahora, carece de fundamento jurídico el argumento de ser la interpretación del artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo realizada por la Sala posterior a la terminación de la relación de trabajo, pues, el criterio en cuestión es el primero y único establecido por esta Sala, por lo que no existía otro al que sustituyera, y que pudiese haber creado una expectativa plausible, no se trata pues de la sustitución de un criterio jurisprudencial por otro, sino de la interpretación de una norma realizada por la Sala que no es conforme con la realizada por algunos patronos.

En ese orden, se debe aclarar, en relación con la costumbre, que ella consiste en actos repetidos por su viejo arraigo en el seno de una colectividad, que los considera necesarios a falta de una norma legal sobre la materia, y tiene valor de fuente de derecho cuando constituye una práctica conforme a la ley (secundum legem), pero no cuando es contraria (contra legem). Por ello, no puede constituir costumbre las prácticas de algunos patronos que son consecuencia de la forma o manera como han venido interpretando alguna disposición legal.

De manera que, no podía la Alzada dejar de aplicar la doctrina jurisprudencial de esta Sala sin infringir el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo, aplicable *ratione temporis*.

Según lo señalado en la sentencia de la Sala transcrita supra, el criterio sentado en la decisión del 1 de octubre de 2009 ya mencionada, al contener la primera interpretación realizada por ésta del artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo, era el único pronunciamiento existente al respecto y por tanto, al no estar sustituyendo uno previo que hubiese creado una expectativa plausible, resulta aplicable incluso a relaciones laborales terminadas con anterioridad a la fecha de la publicación del fallo que lo contiene.

**Ahora bien, en el presente caso, el demandante devengaba un salario mixto, cuya porción fija no superaba el salario mínimo establecido por el Ejecutivo Nacional, según quedó establecido del análisis de los**



**recibos de pago promovidos, razón por la cual, se considera procedente el reclamo por diferencia salarial planteado por el accionante desde enero de 2005 hasta febrero de 2010;** dicha diferencia deberá ser establecida mediante experticia complementaria del fallo (...)

## **6. CONCLUSIONES; OBSERVACIONES; EFECTOS Y CONDICIONES DE PAGO**

### **6.1. CONCLUSIONES**

La importancia del cambio de criterio es radical para los casos de empresa que pagaban salario mixto o variable y que no pagaban una parte fija que fuese acorde con por lo menos el salario mínimo legal.

Se entiende de las referidas sentencias, que todo aquel trabajador que hubiese demandado antes del cambio de criterio, alegando que su empleador no le pagaba la parte fija o que ese pago de la parte fija no compensaba totalmente el mínimo legal, la Sala Social va declarar con lugar su pretensión con base al "*principio de confianza legítima o expectativa plausible en la labor jurisdiccional*", que consiste en que ante los cambios que puedan surgir en virtud de sentencias que contengan nuevos criterios, sus efectos ineludiblemente deben ser declarados *ex nunc* (hacia el futuro), ello en atención al "*principio de la seguridad jurídica indispensable para la eficaz labor de impartir justicia*".

### **6.2. OBSERVACIONES**

Para los abogados en ejercicio los referidos principios "*principio de confianza legítima o expectativa plausible en la labor jurisdiccional*" y "*principio de la seguridad jurídica indispensable para la eficaz labor de impartir justicia*" y su efecto *ex nunc* sobre el justiciable, nos resulta por decir lo menos "curioso" y nos hubiese gustado se nos aplicara en muchos casos en los que la Sala Social cambia radicalmente de criterio. La pregunta que nos queda en el tintero es ¿Cuándo si y cuándo no, se aplican dichos principios al momento de cambio de criterios, por parte del TSJ? El no contar con dicha respuesta nos deja igualmente en una situación de "*inseguridad*" jurídica indispensable para la eficaz labor de impartir justicia".

### **6.3. EFECTOS**

Consideramos que el efectos más contundente e importante sobre el cambio del referido criterio, recae sobre que si la parte de salario variable es superior al salario mínimo, no es necesario el pago de la parte fija o salario fijo, es trascendental para propietarios de bares, restaurantes y afines, es decir, entidades de trabajo en la que se paga necesariamente una parte del salario a través de "propinas".

Recuerden que los tribunales de instancia en su gran mayoría y la Sala Social eran del criterio de que no era legal para los empleadores pagar los salarios de

sus trabajadores únicamente con los recargos por servicios y las propinas, y establecían que con esta práctica el patrono estaría evadiendo su obligación de pagar con su propio patrimonio los salarios. Incluso, reconocían que los trabajadores contractual o convencionalmente no podían renunciar a la aplicación del criterio expuesto. Luego, en caso que la empresa (restaurante) pagase el salario de los trabajadores a partir de los porcentajes o propinas sin pagar la parte fija, igual a por lo menos el mínimo legal, en aplicación del criterio sostenido, los trabajadores podrían demandar el pago de los salarios mínimos dejados de percibir durante todo el tiempo de la relación y su impacto sobre las prestaciones (antigüedad; intereses; vacaciones, utilidades, etc.). Es por ello lo importante del referido cambio de criterio debido a que libera a esos empleadores en su mayoría restaurantes de un inmenso pasivo laboral contingente con trabajadores de vieja data.

Quizás en pocos meses volvamos a ver de forma masiva en los restaurantes que “*se cobra el 10% por servicio*”, costumbre que se encontraba parcialmente erradicada, para evitar que el mesonero cobrara por la parte fija, por el 10% y por el efectivo que dejaba el comensal.

Otro efecto, se da con relación a que muchos empleadores podrán maximizar la productividad pasando todo el ingreso del trabajador al sistema de variable.

#### **6.4. CONDICIONES DE PAGO DE SALARIO VARIABLE, SEGÚN LAS REFERIDAS SENTENCIAS**

Consideramos oportuno recalcar que, no se puede hacer pagos menores al salario mínimo por jornada completa. Si se puede hacer pagos menores al mínimo por jornada parcial trabajada, ajustada a prorrateo de las horas laboradas.

Incluso en la primera quincena de pago de salario, no se puede hacer pagos menores al equivalente parcial del mínimo legal. Por lo que se recomienda hacer adelantos a cuenta de comisiones pagadas al mes (en caso de trabajadores que devenguen comisiones mensuales sin devengar parte fija). Sólo se puede pagar con base al salario variable al final del mes (sin dividir el pago en dos quincenas) en caso que el empleador suministre de alimentación y vivienda.

# El paradigma de la flexiguridad: una visión crítica

Biba ARCINIEGAS MATA

Master en Derecho Laboral Internacional y Europeo. Universiteit Van Amsterdam,  
Amsterdam Países Bajos

*Esta es la Ley de la Jungla -como el cielo vieja y cierta;  
prosperará el Lobo que la cumpla, mas el Lobo que la transgreda habrá de  
morir.  
Igual que trepa la hiedra alrededor del tronco del árbol avanza la Ley y  
retrocede-  
pues es el Lobo la fuerza de la Manada y la fuerza del Lobo está en la  
Manada.  
La Ley de la Jungla. Rudyard Kipling*

## Sumario

I) Introducción. II) Noción de la flexiguridad. III) Las imprecisiones de la flexiguridad. IV) Conclusiones.

## **Resumen**

El presente estudio constituye una aproximación al paradigma de la flexiguridad. Concebido como un mecanismo de adaptación laboral en respuesta a un mercado globalizado, la flexiguridad es un tema actual, de ahí que se abarcará brevemente su noción, caracteres y manifestaciones a escala regional e internacional. Este estudio tiene por objeto discutir el alcance de este modelo y la viabilidad de su implementación, a través del análisis de la doctrina y la documentación técnica disponible. Así, se persigue incentivar el cuestionamiento sobre la aplicabilidad de la flexiguridad a una diversidad de mercados laborales y propiciar la discusión en torno a una de las pugnas más relevantes dentro del ámbito de las políticas laborales: la flexibilidad laboral v. la protección del empleo.

**Palabras claves:** Flexiguridad, protección del empleo, países en desarrollo.

## **Abstract**

This study constitutes an outlook on the flexicurity paradigm. Conceived as a mechanism of labour adjustment as a response to a globalized market, it is a current topic. We will cover its notion, features and expressions at a regional and international scale. This study aims to discuss the model's extent and viable implementation, through the analysis of academic comment and available technical documentation. We intend to incentivize debate on the applicability of flexicurity in a wide range of labour markets and promote discussion on one of the most relevant struggles within the labour policy field: labour flexibility v. employment protection.

**Keywords:** Flexicurity, employment protection, developing countries.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El surgimiento de la globalización ha significado la liberalización del comercio, nuevos retos en el mercado financiero, al igual que un incremento de la inversión extranjera. A su vez, esto ha tenido impacto en el mercado laboral, dando lugar a necesidades emergentes como la movilidad laboral y la necesidad de reajustar/redefinir las instituciones del mercado laboral. Esto ha reavivado un conocido debate que cuestiona si tales ajustes pueden ser alcanzados sin comprometer la eficiencia productiva ni el bienestar del trabajador. Una concepción de origen europeo llamada flexiguridad o flexiseguridad ha surgido como un medio para garantizar tal balance de intereses. Así, la flexiguridad ha comenzado a ganar espacios en el plano internacional pues indudablemente existe un interés global en generar alternativas viables en tiempos de crisis. Corresponde a este estudio discutir el potencial de la flexiguridad para ser adoptada como una estrategia de desarrollo socio-económico a nivel global.

## **II. LA NOCIÓN DE FLEXIGURIDAD**

De origen Europeo, la noción de flexiguridad o flexiseguridad parte de la premisa de que diversas formas de flexibilidad laboral y seguridad o protección en el empleo pueden coexistir en el mercado laboral, y lo que es más, complementarse mutuamente. Los primeros antecedentes de los cuales se tiene conocimiento, datan del año 1995, época en la cual el Ministro danés Ad Melkert, señala la necesidad de lograr un equilibrio entre seguridad y necesidad<sup>1</sup>. Esta idea se ve reproducida y plasmada posteriormente en dos leyes holandesas<sup>2</sup> que desarrollaban de manera general la idea de combinar la flexibilidad y la seguridad.

Actualmente, este modelo debe en gran medida su desarrollo y divulgación a Tros y Wilthagen<sup>3</sup>, quienes han escrito extensivamente sobre este paradigma y son defensores de su viabilidad. Particularmente, han definido a la flexiguridad como una estrategia de política que busca, de manera sincronizada y deliberada, mejorar la flexibilidad de los mercados de trabajo, la organización del trabajo y las relaciones laborales, por una parte, y potenciar la seguridad – es decir, la seguridad social y la seguridad del empleo- en particular para los grupos débiles dentro y fuera del mercado de trabajo, por otra parte.

En esencia, la flexiguridad busca conciliar los intereses de empleadores y trabajadores, que en apariencia son incompatibles, en donde el empleador por una parte, requiere aumentar su productividad y márgenes de ganancia, mientras que los trabajadores, por la otra, buscan asegurar su sustento de vida en condiciones óptimas. Tal conciliación es posible si se considera que la flexibilidad laboral no solo favorece al empleador, en el sentido de que este podría disponer

<sup>1</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Factores y Efectos de las Transformaciones del Derecho del Trabajo en el Nuevo Orden Económico Globalizado. En: Revista del Derecho del Trabajo Nro. 14. Fundación Universitarias. Barquisimeto, Venezuela (2005). P 378.

<sup>2</sup> *Wet FlexibiliteitenZekerheid (Flewet)*

<sup>3</sup> TROS, Frank y WILTHAGEN, Ton. Flexicurity Concepts, practices and outcomes. En: The Routledge Handbook of the Welfare State. Routledge Ltd. Reino Unido (2012) p. 125.

de mayor discreción en la contratación o despido de trabajadores y en la forma de organizar el trabajo, sino que el trabajador también puede resultar beneficiado ya que la flexibilidad laboral le permitiría balancear el trabajo con su vida privada. Al mismo tiempo, la protección en el empleo no solo es interés del trabajador, sino también del empleador quien busca tener una fuerza de trabajo comprometida con la empresa y calificada para las actividades que se le encomienda<sup>4</sup>. Es así como la figura de flexiguridad encuentra su justificación en la combinación de la flexibilidad laboral y seguridad en el empleo.

Visto como una posible respuesta a las necesidades que surgen del fenómeno de globalización y ante los retos actuales que afrontan los mercados laborales a nivel mundial, el paradigma de la flexiguridad ha ganado espacios como estrategia política tanto en el plano internacional como en el plano regional.

## 1. LA FLEXIGURIDAD A NIVEL EUROPEO

Como se indicó previamente, la flexiguridad es un modelo que tiene su origen en Europa. Dinamarca constituye un importante punto de referencia en lo que se refiere a la aplicabilidad actual del modelo. De hecho, el sistema danés es considerado la representación por excelencia de la flexiguridad. Ha sido calificado como el *triángulo dorado* (“*goldentriangle*”) por su singular combinación de regulaciones del mercado laboral flexibles, un sistema de protección del empleo con generosos beneficios y políticas activas del mercado que facilitan la recolocación del trabajador<sup>5</sup>. Es de notar, que el sistema danés se caracteriza por tener una extensa trayectoria histórica de diálogo social, basado en el reconocimiento y negociación de intereses legítimos divergentes. Consecuentemente, la intervención estatal en la regulación laboral es limitada y se deja un amplio margen para la negociación entre empleadores y sindicatos en la determinación de los aspectos del mercado laboral.

El aparente éxito de este modelo en Dinamarca y la actual problemática de empleo en la Unión Europea (UE) ha derivado en esfuerzos por parte de las instituciones de la Unión Europea en desarrollar la figura de flexiguridad e incluso procurar su afianzamiento institucional. Evidencia de ello es la existencia de numerosas directrices, programas y estrategias que mencionan la flexiguridad. Particularmente, la flexiguridad constituye una política clave dentro de la Estrategia Europea de Empleo, que se ha impulsado en la UE bajo la insignia de *más y mejores puestos para la Unión Europea*, y que está orientada a la coordinación de los esfuerzos nacionales en materia de empleo, y la articulación de políticas más eficaces para esta región<sup>6</sup>.

Adicionalmente, resulta de importancia también mencionar el documento sobre los principios comunes de la flexiguridad, aprobado por el Consejo de Ministros

<sup>4</sup> WILTHAGEN, Ton; TROS, Frank y VAN LIESHOUT, Harm. Towards 'flexicurity'? Balancing flexibility and security in EU Member States. En: European Journal of Social Security. 6 (2004) p. 133.

<sup>5</sup> *Ibid*, p. 127.

<sup>6</sup> Web site oficial de la Comisión Europea: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=es>

de la UE en 2007<sup>7</sup>, el cual destaca cuatro componentes sobre los cuales se basa la flexiguridad:

- a) Disposiciones contractuales y de organización del trabajo flexibles y fiables, tanto desde el punto de vista del empleador como del empleado, expresadas por medio de una legislación laboral moderna y de la celebración de consultas sobre la organización del trabajo.
- b) Estrategias globales de aprendizaje permanente que permitan asegurar la continua adaptabilidad y empleabilidad de todos los trabajadores, y la capacidad de las empresas para mantener niveles adecuados de productividad.
- c) Políticas activas del mercado laboral eficaces, que ayuden a las personas a superar las dificultades propias de los períodos de cambios rápidos, de desempleo y de reincorporación a la vida laboral y, sobre todo, que faciliten la transición a nuevos empleos.
- d) Sistemas de seguridad social modernos que ofrezcan apoyo adecuado a los ingresos, fomenten el empleo y faciliten la movilidad en el mercado de trabajo. Esto supone que las disposiciones de protección social (prestaciones de desempleo, pensiones y asistencia sanitaria) tengan un amplio ámbito de cobertura, de tal manera que ayuden a las personas a equilibrar el trabajo con sus responsabilidades privadas y familiares, como por ejemplo, el cuidado de los hijos.

Dicho documento hace énfasis también en la necesidad de un proceso de diálogo social sólido entre los interlocutores sociales (gobierno, empleadores y trabajadores) basado en la confianza mutua, para asegurar la eficacia de los componentes.

A nivel europeo, la práctica ha revelado que cada país se enfrenta a distintas formas y combinaciones específicas de seguridad y flexibilidad, logrando balances y equilibrios particulares como producto del énfasis que hace determinado país en un tipo de flexibilidad o seguridad por encima del otro. Esto ha llevado a identificar distintos aspectos de la flexibilidad y la seguridad. Ellos son<sup>8</sup>:

#### A. Flexibilidad.

- i. Flexibilidad numérica externa: se refiere a la capacidad para contratar y despedir personal, así como para emplear trabajadores de forma temporal.
- ii. Flexibilidad numérica interna: se refiere al margen de que disponen los empleadores para modificar el tiempo de trabajo.
- iii. Flexibilidad funcional: se refiere a la introducción de cambios en la organización del trabajo (esquemas descentralizados, etc).
- iv. Flexibilidad salarial: consiste en la capacidad de las empresas para ajustar las remuneraciones de los trabajadores.

<sup>7</sup> Documento oficial: Principios Comunes de la Flexiguridad. Consejo Europeo (2007).

<sup>8</sup> WILTHAGEN, Ton y TROS, Frank. The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets. En: *European Review of Labour and Research*. 2 (2004) p.177.

## B. Seguridad.

- i. Seguridad del puesto de trabajo: se refiere la protección de un puesto en particular con determinado empleador.
- ii. Seguridad del empleo: se refiere a la protección del empleo en general, pero no necesariamente en un mismo puesto de trabajo o al servicio de un mismo empleador.
- iii. Seguridad en los ingresos: se basa en la protección del ingreso de los trabajadores garantizada por la seguridad social.
- iv. Seguridad combinada: consiste en la certeza de poder combinar el trabajo remunerado con otras responsabilidades sociales y obligaciones.

De manera que, la idea es justificar la implementación de medidas que flexibilicen el empleo mediante garantías que le permitan al trabajador asegurar un sustento en caso de desempleo, una formación de acuerdo a las necesidades del mercado que le permita ser empleado con rapidez, pensiones y asistencia sanitaria. La seguridad del trabajador representaría una especie de colchón que amortigüe las adversidades que pueden surgir en un mercado laboral dinámico con alta movilidad.

Como resultado de lo anterior, la flexiguridad no puede considerarse como un modelo de aplicación uniforme, sino como un producto de la combinación en menor o mayor grado de los distintos aspectos de la flexibilidad y la seguridad.

## 2. LA FLEXIGURIDAD A NIVEL INTERNACIONAL

El plano internacional no se encuentra exento del creciente protagonismo que ha tenido la flexiguridad. La flexiguridad se ha ido permeando en los Programas más emblemáticos de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Esto puede ser atribuido a dos factores: (i) la flexiguridad resulta compatible con los cuatro objetivos del Programa de Trabajo Decente impulsado por la OIT (crear trabajos, garantizar los derechos de los trabajadores, extender la protección social y promover el diálogo social) y (ii) la UE juega un papel determinante en la elaboración de las políticas de la OIT, aun cuando solo ostenta el status de observador ante dicha organización.

De esta manera, la flexiguridad forma parte del Programa Global de Empleo (2003) de la OIT, en donde se reconoce la necesidad de equilibrar la flexibilidad laboral con la seguridad. La flexiguridad también ha dado origen a numerosos proyectos de investigación a cargo de la OIT<sup>9</sup> y ha sido objeto de debates y discusiones en conferencias de la OIT<sup>10</sup> sobre su alcance e implementación. Más aún, la OIT reconoció expresamente en un Informe del año 2006<sup>11</sup> que

<sup>9</sup> Véase AUER, Peter. Seguridad de los mercados laborales: combinando flexibilidad y seguridad para el trabajo decente. En: Documentos sobre los Mercados Económicos y Laborales Nro. 2008/3. OIT. Ginebra (2008). También VANDENBURG, P. Is Asia adopting flexicurity? A survey of employment policies in six countries. En Documentos sobre los Mercados Económicos y Laborales Nro. 2008/4. OIT. Ginebra (2008).

<sup>10</sup> Reuniones de la Conferencia de la OIT Nros. 100<sup>a</sup> (2011), 304<sup>a</sup> (2009) y 95<sup>a</sup> (2006) por citar algunos ejemplos.

<sup>11</sup> Informe del Director General de la OIT (Volumen II) Gestionar las transiciones: Gorbentanza y Trabajo Decente. OIT. Ginebra (2005).



*parece haber fuertes argumentos en favor de la existencia de acuerdos de «flexibilidad protegida» o «flexiguridad» para las transiciones del mercado de trabajo, que combinen un nivel razonable de empleo estable con puestos de trabajo flexibles dentro de un sistema de protección social.*

Más allá, la flexiguridad también ha sido reconocida por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) de la Naciones Unidas, como un mecanismo para alcanzar la cohesión social en esa región<sup>12</sup> y por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)<sup>13</sup>.

No obstante, la flexiguridad presenta algunas inconsistencias en cuanto a su concepción y a la viabilidad de su implementación, que nos hacen cuestionar si la flexiguridad puede tener el alcance universal que se pretende.

### **III. LAS IMPRECISIONES DE LA FLEXIGURIDAD**

La flexiguridad ha sido desarrollada, no sin ser objeto de debate en el entorno académico y también a nivel institucional por parte de organizaciones internacionales. Una aproximación al modelo en su contexto global permitirá la identificación de algunas imprecisiones que ponen en duda su solidez como política laboral global.

#### **1. EN LA DEFINICIÓN DE LA FLEXIGURIDAD**

Entre los académicos, Keune<sup>14</sup> cuestiona el valor de la flexiguridad en su acepción académica así como en su utilidad política. Asimismo, sostiene que la noción de flexiguridad resulta vaga y ambigua en su definición. Ello probablemente, debido a lo amplio de su alcance y a la ausencia de lineamientos concretos que indiquen en qué medida es posible alcanzar el equilibrio óptimo entre la flexibilidad y la seguridad, las cuales pueden conllevar a contradicciones en su aplicación (podría inclinarse más hacia la desregulación que a la protección del trabajador y lograr resultados adversos, por ejemplo).

Adicionalmente, el paradigma parte de una simplificación del escenario laboral en cuanto a los intereses del capital y el trabajo: no se puede desconocer la heterogeneidad de los intereses existente entre los propios grupos de trabajadores y empleadores a nivel regional, sectorial y empresarial. Tampoco se puede obviar el hecho de que la globalización, la cual suele ser percibida como un incentivo positivo dentro de la flexiguridad para reducir las contraposiciones entre trabajo y capital, en realidad fortalece la posición de

<sup>12</sup> Informe sobre Cohesión social: inclusión y sentido de pertenencia en América Latina y el Caribe. CEPAL (2007), en donde se indica: 'En este contexto, cobra sentido una estrategia de flexiseguridad laboral — incorporada exitosamente en los países desarrollados—, que consiste en avanzar hacia la flexibilidad del mercado de trabajo necesaria en economías más abiertas y competitivas, compensando los costos humanos que el ajuste económico entraña y contemplando políticas pasivas y activas del mercado de trabajo. Esto es, seguros de desempleo y políticas de recalificación e intermediación laboral que reduzcan las pérdidas de ingreso durante la transición y acorten su duración. Trasladar el sujeto de protección laboral del puesto de trabajo a la persona, contribuiría a mantener los niveles de protección social.'

<sup>13</sup> Informe Anual del Empleo de la OCDE (2007).

<sup>14</sup> KEUNE, Maarten y BURRONI, Luigi. Flexicurity: A conceptual critique. En: European Journal of Industrial Relations. 17 (1) (2011). P. 75-78.

poder del capital, tomando en cuenta que los empleadores y el capital financiero han sido factores decisivos en el manejo de las nuevas incertezas del mercado laboral globalizado.

Aunado a lo anterior, existen imprecisiones en cuanto a la naturaleza de la flexiguridad: ¿es un modelo, un concepto operativo, un principio, una herramienta o una estrategia política?

## 2. EL MITO DEL TRIÁNGULO DORADO DANÉS

Por otra parte, el éxito en la implementación de la flexiguridad debe ser vista con una óptica crítica. Se ha sugerido que el triángulo dorado danés es un mito y que la caída de los indicadores de desempleo en Dinamarca tras la reforma laboral de los años 90, fue producto de una disminución en los beneficios por desempleo y una acentuación de las políticas activas de mercado laboral, y no a la combinación que propone la flexiguridad<sup>15</sup>. Más aún, el Grupo Europeo de Asesoría Económica (*European Economic Advisory Group*)<sup>16</sup> sostiene que quienes abogan por la flexiguridad han juzgado erróneamente el rol de las generosas prestaciones del seguro de desempleo. Esto ha sido comprobado por una serie de estudios que han concluido que el desempleo tiende a tener mayor duración cuando los niveles de compensación son altos y los beneficios por desempleo son concedidos por mayor tiempo<sup>17</sup>.

Bajo esta línea de investigación, un estudio realizado por Berglund<sup>18</sup> sobre la movilidad laboral y arreglos flexibles en los sistemas laborales de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia, arrojó entre otros resultados, que aun cuando el modelo danés se encuentra asociado a los niveles más elevados de movilidad apreciados en general, este puede ser superado por países con perfiles de flexiguridad más débiles. Su análisis sugiere que la tesis de flexiguridad no ha sido corroborada fácticamente aún. Además resalta que la premisa de que la flexiguridad involucra instituciones que pueden complementarse mutuamente, no es sustentable.

La flexiguridad implica necesariamente un compromiso de alguno de los interlocutores, ello supone a su vez pérdidas y ganancias para uno u otro, y no una situación ganar-ganar como la que aspira la flexiguridad.

Por demás, existen disidencias entre las propias instituciones de la UE y de los interlocutores sociales sobre el alcance del contenido de la flexiguridad y las formas en que se puede materializar mediante políticas europeas y nacionales. El Parlamento europeo ha declarado que la postura de la Comisión europea es unidimensional y excesivamente enfocada en la flexibilidad<sup>19</sup>. Incluso se ha acusado a la Comisión europea de perseguir una agenda tendente a la

<sup>15</sup> BERGLUND, Thomas y FURAKER, Bengt. Flexicurity Institutions and Labour Market Mobility. En: The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations. 27 (2) (2011). P. 115.

<sup>16</sup> *Ibid.* P. 126

<sup>17</sup> *Ibidem.*

<sup>18</sup> *Ibidem.*

<sup>19</sup> KEUNE, Maarten. Flexicurity: a contested concept at the core of the European Labour Market Debate. *Intereconomics* (2008) p. 92-7.

desregulación aun cuando se ha evitado el uso de ese término en las políticas impulsadas por dicha institución<sup>20</sup>.

De modo que, se puede afirmar que no existe consenso a nivel europeo entorno a la flexiguridad, entonces resulta inevitable preguntarse cómo se pretende exportar esta concepción a un plano internacional. No bastan los registros documentales de las organizaciones internacionales para justificar la promoción de la flexiguridad.

### **3. COMO RESPUESTA A LOS PROBLEMAS DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO**

No se debe obviar que es el contexto europeo, aquel que ha servido como escenario sobre el cual se ha desarrollado la flexiguridad. Se pudiese incluso afirmar que este modelo fue pensado y diseñado a la medida de la UE, en donde ya estaban vigentes muchos de los requisitos institucionales indispensables para implantar la flexiguridad. Ciertamente, las diferencias en las condiciones estructurales entre los países de altos ingresos y los países en desarrollo, no son equiparables. Aunado a ello, muchos de los países que conforman la UE tienen una sólida tradición de diálogo social (especialmente los países escandinavos), solidez que aún no se concreta en los países en desarrollo. No es sorpresa que la configuración de la flexiguridad no pueda ser fácilmente copiada por los países en desarrollo, más aun cuando esto genera dificultades incluso entre algunos países de la propia UE (por ejemplo los países balcánicos)<sup>21</sup>.

También es preciso considerar tres circunstancias de trascendencia que caracterizan a los países en desarrollo y que contrastan con la de los países de altos ingresos: (i) la existencia de un mercado sector de economía informal, en donde la mayoría de la población activa se encuentra excluida del mercado laboral formal; (ii) la insuficiencia de ingresos fiscales para financiar un sistema de protección social y laboral generoso que proporcione seguridad a la población<sup>22</sup> y (iii) la brecha existente entre el compromiso gubernamental asumido por vía de la legislación laboral y la real protección del empleo en la práctica (discrepancias en los estándares laborales *de jure* y *de facto*)<sup>23</sup>. Resulta inevitable preguntarnos si la flexiguridad responde a las necesidades de un mercado laboral en estas condiciones.

Al respecto, existen indicativos que permiten afirmar que la OIT tampoco es ajena a las imprecisiones de la flexiguridad. Hacemos referencia a los papeles de trabajo sometidos a discusión, correspondientes a la 306ª Reunión de la Conferencia del año 2009, en donde se establece que:

---

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> BOYER, Robert. Employment and decent work in the era of flexicurity. En: Paris-Jourdan Sciences Economiques. París (2006).P. 21.

<sup>22</sup> TOKMAN, Víctor. Flexicurity with informality: options and restrictions. En: Regulation, Worker Protection and Active Labour-Market Policies in Latin America. CEPAL (2009) p. 234.

<sup>23</sup> ALEMAN, José. The Left Turn in America. En: The Oxford Handbook of Employment Relations, Comparative Employment Systems. Oxford University Press (2014) p. 416.

“...se requiere alcanzar una comprensión más amplia del concepto de flexiguridad, que reviste una importancia para el cometido y la visión de la OIT (...).

*(...) los países escandinavos logran por lo general combinar sistemas que alcanzan un buen equilibrio entre sí y consiguen notables resultados económicos y sociales. Sin embargo, se necesitaría más investigación empírica para determinar en qué medida estos resultados pueden atribuirse al conjunto de medidas institucionales de flexiguridad; habría que observar en particular las interacciones entre los distintos componentes institucionales y de política integrados en los sistemas de empleo y protección social, y su vínculo con el nivel macroeconómico.”* (Subrayado nuestro).

Mayor preocupación genera el suponer que en el intento de implementar la flexiguridad, los países en desarrollo no puedan complementar las medidas de flexibilización con un soporte en los sistemas de seguridad social, precisamente por las deficiencias indicadas en el párrafo anterior. Ello redundaría en una flexibilización standard. Tal escenario no resulta improbable, de hecho Tros<sup>24</sup> ha reconocido la propensión a utilizar a la flexiguridad como pretexto para favorecer la flexibilidad y el interés de los empleadores, por encima de la seguridad y aquellas flexibilidades que podrían funcionar en pro de los trabajadores.

Ante tal situación, es oportuno traer a colación las acertadas palabras de Alburquerque en su discurso pronunciado ante la OIT en la 81ª Reunión de la Conferencia en 1994<sup>25</sup>:

“...se puede flexibilizar lo que es rígido, pero es absolutamente inadecuado que, por la mera imitación de lo que acontece en las naciones industrializadas, los países en desarrollo con costos laborales mucho más bajos, transiten por el camino de una desregularización que únicamente los conduciría al viejo arrendamiento de servicios, dominado por el principio de la autonomía de la voluntad, que en los hechos se convierte en una imposición del más fuerte en la relación de trabajo”.

Si bien es cierto que dicho discurso data de hace 20 años, consideramos que sus palabras tienen vigencia aun, en tanto que se pretende que los países en desarrollo marchen al ritmo de otros sistemas con características radicalmente distintas y se hagan eco de modelos que no están hechos a la medida.

<sup>24</sup> TROS, Frank et al, Op. cit., p. 133.

<sup>25</sup> Tomado de CAMEJO, A. Crisis del modelo fordista o estado de bienestar en Venezuela. En: GacetaLaboral. 11(2) (2005) p. 26.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Con base en el breve examen realizado sobre la figura de la flexiguridad, se puede concluir lo siguiente:

1. La flexiguridad es una concepción basada en los estados de bienestar social que conforman la UE. Tanto su viabilidad como su eficacia en sistemas como los de los países en desarrollo debe ser cuestionada.
2. Las imprecisiones que presenta el modelo de flexiguridad ponen en entredicho su alcance universal.
3. El debate actual de países en desarrollo no debe centrarse en el rechazo o implementación de la flexibilidad laboral, sino en la distinción de las necesidades de las firmas que requieren la incorporación de flexibilidades verdaderamente útiles y genuinas, de aquellas necesidades que solo responden a los intereses ideológicos del mercado.
4. Somos partidarios a la par de otros estudiosos del tema<sup>26</sup>, de que a los países se les debe conceder un margen de discreción para crear sus propias combinaciones de políticas macroeconómicas anticíclicas, industriales y sociales, permitiendo la diversidad y experimentación en estrategias de desarrollo.
5. No obstante, la experiencia de la flexiguridad ha generado aprendizajes valiosos: (i) exalta la necesidad de adaptar las instituciones laborales a un contexto social y económico dinámico; (ii) propugna la importancia de una adaptación negociada (diálogo social) a los fines de que las nuevas instituciones sean eficaces y perduren en el tiempo y (iii) coloca nuevamente en la palestra la discusión sobre posibles alternativas en la toma de medidas de ajuste laboral.

---

<sup>26</sup> Entre ellos FRAILE, Lydia. Lessons from Latin America's neo-liberal experiment: An overview of labour and social policies since the 1980s'. En: International Labour Review. 148(3) (2009) p. 217.



# Autonomía colectiva y libertad sindical

Jacqueline RICHTER

Profesora de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social y Sociología Jurídica  
en la Universidad Central de Venezuela

Ana GERSON

Profesora de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social y Sociología Jurídica  
en la Universidad Central de Venezuela

León ARISMENDI

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Sociología Jurídica  
en la Universidad Central de Venezuela

## Sumario

- I) Primer Subtema. II) Segundo Subtema. III) Tercer Subtema.
- IV) Cuarto Subtema. V) Quinto Subtema. VI) Sexto Subtema.
- VII) Séptimo Subtema.

## **Resumen**

La relatoría que se presenta correspondió al tema N° 2 “**LA REPRESENTACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES: EVOLUCIÓN DE LOS REGÍMENES LEGALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA Y LA LIBERTAD SINDICAL**”.

La convocatoria del Congreso señalaba que en el desarrollo del tema se debía efectuar un análisis de la evolución legislativa en el país respecto de la representación colectiva de los trabajadores, dentro del marco de referencia de la autonomía colectiva y la libertad sindical. Para ello, siguiendo el esquema propuesto se reseñó la situación nacional en los siguientes aspectos: (i) fuentes, institucionalidad, tutela y evolución en materia de libertad sindical; (ii) organización sindical; (iii) negociación colectiva; (iv) huelga; (v) sistema de solución de conflictos; (vi) diálogo social, y (vii) intervención del Estado y empleadores.

La relatoría describe las principales características del sistema jurídico venezolano en materia de derecho colectivo, con especial énfasis en las limitaciones legales al ejercicio de la libertad sindical, entendida ésta en sus tres dimensiones: derecho a organizarse, a negociar colectivamente y a ejercer el derecho a la huelga.

**Palabras claves:** Libertad Sindical, Negociación Colectiva, Huelga, Diálogo Social, OIT

## **Abstract**

The rapporteur presented corresponded to the issue N ° 2 “**COLLECTIVE REPRESENTATION OF WORKERS: EVOLUTION OF LEGAL PROCEDURES FROM THE PERSPECTIVE OF COLLECTIVE AUTONOMY AND FREEDOM**”.

The convening of Congress noted that in developing the theme should be an analysis of legislative developments in the country for the collective representation of workers, within the framework of collective autonomy and freedom of association. To do this, follow the proposed scheme outlined the national situation in the following respects: (i) sources, institutions, guardianship and developments concerning freedom of association; (ii) trade union; (iii) collective bargaining; (iv) strike; (v) dispute settlement system; (vi) social dialogue, and (vii) State intervention and employers.

The rapporteur describes the main features of the Venezuelan legal system regarding collective rights, with particular emphasis on legal limitations on the exercise of freedom of association, understood in its three dimensions: the right to organize, bargain collectively and to exercise the right to strike.

**Keywords:** Freedom of Association, Collective Bargaining, Strike, Social Dialogue, ILO



## **PRIMER SUBTEMA: FUENTES, INSTITUCIONALIDAD, TUTELA Y EVOLUCIÓN**

### **1. LAS FUENTES**

#### **A. NORMAS CONSTITUCIONALES**

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999(en lo sucesivo “CRBV”), contiene un amplio capítulo sobre derechos laborales, incluyendo disposiciones que establecen la responsabilidad solidaria en caso de relaciones triangulares. La Constitución señala que se protege el trabajo como hecho social, lo que ha sido entendido que protege todos los trabajos, ya sean remunerados o gratuitos. Ello queda reafirmado con el reconocimiento del valor de trabajo del hogar no remunerado y el acceso a la seguridad social de las amas de casa.

Los derechos individuales del trabajo que se consagran son amplios: jornada de trabajo máxima, con orden de su progresiva disminución por ley, vacaciones remuneradas, salario mínimo vital, salario familiar, estabilidad en el empleo, con estabilidad absoluta en caso de despidos que violen garantías constitucionales, responsabilidad solidaria en caso de relaciones triangulares, penalización del fraude a la ley, prohibición de trabajo de adolescente en actividades riesgosas.

Los derechos colectivos también son amplios, aunque con severas restricciones al ejercicio de la libertad sindical.

El derecho a la sindicación corresponde a todos los trabajadores asalariados y autónomos. Dentro de los asalariados se garantiza ese derecho, tanto al sector público como al privado. Se niega el derecho a sindicación a los jueces, fiscales y defensores públicos.

Uno de los temas más controvertidos es la intromisión estatal en materia de elecciones sindicales. La Constitución obliga a la alternabilidad en los cargos sindicales, a efectuar elecciones mediante sufragio universal secreto y directo, atribuyendo la organización y supervisión de los procesos electorales a un ente estatal: el Consejo Nacional Electoral. Todas estas normas han sido objeto de severas observaciones por el Comité de Libertad Sindical.

La negociación colectiva, el derecho a huelga y todos los medios de solución de conflictos tienen protección constitucional.

La Constitución consagra el derecho a la seguridad social como un derecho ciudadano universal pues se desvincula el acceso a sus prestaciones y beneficios de la capacidad contributiva de la persona. El sistema es público, solidario y no lucrativo, lo que significa que no es posible desarrollar sistema de capitalización individual estatales. Una expresión de la universalidad es el derecho a la seguridad social de las amas de casa. Por tanto, la seguridad social es un derecho ciudadano y no solo de los trabajadores.

A continuación se presenta un cuadro con las disposiciones constitucionales, tanto en materia de derechos individuales como colectivos.

**Derechos del Trabajo en la Constitución de 1999**

<p>Igualdad de trato y oportunidades</p>	<p>Artículo 88. El Estado garantizará la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo                  Artículo 89. N° 5 Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.                  Art 91 (...)Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo (...)</p>
<p>Protección de todo tipo de trabajo</p>	<p>Artículo 87. Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona puede obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca.                  Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras.</p>
<p>Principios del Derecho del Trabajo:                  – Intangibilidad                  – Progresividad                  – Irrenunciabilidad                  – Primacía de la realidad                  – Norma más favorable</p>	<p>Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:                  1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.                  2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.                  3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad.</p>
<p>Límites al trabajo de adolescente</p>	<p>Artículo 90. La jornada de trabajo diurna no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro horas semanales. En los casos en que la ley lo permita, la jornada de trabajo nocturna no excederá de siete horas diarias ni de treinta y cinco semanales. Ningún patrono o patrona podrá obligar a los trabajadores o trabajadoras a laborar horas extraordinarias. Se propenderá a la progresiva disminución de la jornada</p>

*Autonomía colectiva y libertad sindical*

	<p>de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine y se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras.</p> <p>Los trabajadores y trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas.</p>
<p>Salario familiar Salario Mínimo Vital Utilidades Inembargabilidad del salario</p>	<p>Artículo 91. Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley.</p> <p>El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento.</p>
<p>Derecho a la antigüedad Protección a los créditos laborales</p>	<p>Artículo 92. Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal.</p>
<p>Responsabilidad solidaria de los contratistas e intermediarios. Responsabilidad patronal en caso de simulación o fraude a la ley.</p>	<p>Artículo 94. 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</p>
<p>Responsabilidad patronal por condiciones y medio Ambiente de trabajo.</p>	<p>Artículo 87 (...) Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones.</p>

<p>Libertad sindical Fuero sindical Elecciones sindicales</p>	<p>Artículo 95. Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como a afiliarse o no a ellas, de conformidad con la Ley. Estas organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa. Los trabajadores y trabajadoras están protegidos y protegidas contra todo acto de discriminación o de injerencia contrario al ejercicio de este derecho. Los promotores o promotoras y los o las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones.</p>
<p>Limites a la libertad sindical</p>	<p>Artículo 95 (...) Para el ejercicio de la democracia sindical, los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales establecerán la alternabilidad de los y las integrantes de las directivas y representantes mediante el sufragio universal, directo y secreto Los y las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales estarán obligados u obligadas a hacer declaración jurada de bienes Artículo 256. Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones, los magistrados o las magistradas, los jueces o las juezas, los fiscales o las fiscalas del Ministerio Público; y los defensores públicos o las defensoras públicas, desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso del cargo respectivo, no podrán, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con su función, ni por sí ni por interpuesta persona, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas. Los jueces o juezas no podrán asociarse entre sí. Artículo 293. El Poder Electoral tienen por funciones: 6. Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos eleccionarios.</p>
<p>Negociación colectiva</p>	<p>Artículo 96. Todos los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley. El Estado</p>

## Autonomía colectiva y libertad sindical

	garantizará su desarrollo y establecerá lo conducente para favorecer las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales. Las convenciones colectivas amparan a todos los trabajadores y trabajadoras activos y activas al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad.
Derecho a Huelga	Artículo 97. Todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley.

### Seguridad Social

Derecho universal a la seguridad social	Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.
Seguridad Social de las amas de casa	Artículo 88 (...) Las amas de casa tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley.

## B. CONVENIOS DE LA OIT SOBRE LIBERTAD SINDICAL Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO NACIONAL

Los convenios internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional y de aplicación preferente, incluso frente a la propia Constitución, si establecen normas más favorables. Es el caso del Convenio Internacional N°

87, sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, que establece garantías mayores para el ejercicio de la libertad sindical que el propio texto constitucional.

Los convenios internacionales en materia de derechos humanos son de aplicación directa e inmediata por los tribunales nacionales.

Artículo 23 de la CRBV. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Artículo 27 de la CRBV. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

### C. LEGISLACIÓN NACIONAL

Existen numerosas leyes que desarrollan los derechos del trabajo previstos en la Constitución Nacional. Pero también existen leyes que obstaculizan el ejercicio de la libertad sindical, penalizando con penas privativas de libertad el ejercicio del derecho de huelga. A continuación se enuncian las leyes:

- Decreto con rango, valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras del 2012 (En adelante DLOTTT).
- Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social de 2002.
- Ley Orgánica Procesal Laboral.
- Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo de 2005 (En adelante LOPCYMAT).
- Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad de 2007.
- Ley de Promoción y Protección de la Lactancia de 2007.
- Ley del Estatuto de la Función Pública del 2002.
- Decreto con rango, valor y Fuerza de ley especial para La dignificación de las Trabajadoras y Trabajadores residenciales del 2011.

*Leyes que obstaculizan los derechos laborales:*

- Ley Especial de Asociaciones Cooperativas de 2001, que deslaboraiza la

prestación de servicios en las cooperativas, pues los socios no pueden ser trabajadores asalariados de la cooperativa, incentiva la conversión de los trabajadores de la cooperativa en asociados y permite crear cadenas de subcontratación a través de cooperativas.

*Leyes que obstaculizan el ejercicio de la libertad sindical:*

- Decreto con rango, fuerza y valor de Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras del 2012.
- Código Penal de 2005.
- Ley Orgánica de Seguridad de la Nación del 2002 que penaliza las protestas públicas, en zonas definidas como de seguridad, con penas privativas de libertad hasta 10 años
- Ley de precios justos.

#### **D. AUTO REGULACIÓN**

La CRBV garantiza la libertad sindical, lo que sumado al rango constitucional del Convenio Internacional N° 87, permite sostenerse que la autorregulación tiene un gran espacio en el sistema de relaciones laborales venezolano.

No hay normas generales de autorregulación, con excepción de la previsión legal de la formación de un Comité de evaluación y seguimiento de la aplicación de la convención colectiva (Art 440 DLOTTT). Algunos contratos colectivos prevén instancias paritarias o mecanismos de información entre el sindicato y la empresa.

#### **E. JURISPRUDENCIA JUDICIAL**

El DLOTTT en su artículo 16 señala que la jurisprudencia en materia laboral es fuente del Derecho del Trabajo.

La Ley Orgánica Procesal Laboral establecía el carácter vinculante de las sentencias de la sala social.

**Artículo 177.** Los Jueces de instancia deberán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Dicha norma fue desaplicada por control difuso de la constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en sentencia N° 1380 del 29 de octubre del 2009.

#### **F. DICTÁMENES ADMINISTRATIVOS**

Son fuente del Derecho del Trabajo, pues el artículo 16, literal g refiere a la jurisprudencia laboral y en el país se conocen dos tipos de jurisprudencia: la judicial y la administrativa.

## **G. OPINIÓN DE LOS TRATADISTAS**

No es fuente del Derecho del Trabajo, aunque la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 la preveía expresamente.

## **2. INSTITUCIONALIDAD**

### **A. LA ORGANIZACIÓN SINDICAL**

Venezuela es un Estado Social de Derecho y Justicia, lo que implica una máxima garantía al ejercicio de los derechos laborales, en particular la libertad sindical. En este tipo de Estado, la ciudadanía social tiende a ser atribuida al sindicato.

En el DLOTTT atribuye a la organización sindical de manera casi exclusiva la representación de los trabajadores en materia de negociación colectiva. El ejercicio de del derecho de huelgas potestad de la organización sindical.

### **B. OTRAS MODALIDADES INSTITUCIONALES DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES, POR EJEMPLO: DELEGADO DEL PERSONAL, DELEGADO SINDICAL, COMISIONES DE EMPRESA, REPRESENTANTES ELECTOS.**

El DLOTTT introduce los consejos de trabajadores, dejando su regulación a una futura ley, aunque señala que tendrán atribuciones distintas a la de los sindicatos.

Por tanto, el sindicato es el único que puede negociar colectivamente, representar a los trabajadores en instancias de diálogo social y ejercer el derecho a huelga.

Sin embargo, el DLOTTT ordena una acción coordinada entre sindicatos y estas organizaciones (Arts. 497 y 498). Sin regularlas, comienza a darle atribuciones propias de los sindicatos como los son la concertación con el patrono de planes vacacionales (Art 189) o la participación (diálogo social) en la elaboración de programas de atención de los trabajadores con discapacidad, en los cuales no se da participación expresa a los sindicatos (Art. 291). Por tanto, se van introduciendo funciones y atribuciones a estas instancias, que sin duda restaran poder al sindicato.

Otra modalidad que aparece en el DLOTTT son las organizaciones sociales a quienes se les otorgan atribuciones típicamente sindicales. Es el caso de la consulta a las organizaciones sociales para elaborar los regímenes especiales de los trabajadores domésticos (Art 208), los trabajadores agrícolas (Art. 238), los trabajadores de la cultura (Art. 287) y los trabajadores con discapacidad (Art. 291).

La LOPCYMAT prevé la figura del delegado de prevención de condiciones y medio ambiente del trabajo. Las facultades de los delegados son tan amplias que se confunden con las del dirigente sindical.



### **C. GRUPOS DE TRABAJADORES COALIGADOS TRANSITORIAMENTE**

La representación de los trabajadores se ha atribuido de manera casi exclusiva a la organización sindical. La LOT de 1990 permitía la coalición temporal, pero en el DLOTTT esta posibilidad quedo restringida a los siguientes supuestos:

- En caso de intervención administrativa de una entidad de trabajo para mantenerla funcionado, se prevé la creación de una instancia con participación de los trabajadores y trabajadoras, de los sindicatos si los hubiere (Art. 148). Por tanto, si no hay sindicato se debe permitir la coalición.
- Para la determinación de las utilidades se permite que la mayoría absoluta de los trabajadores solicite ante la administración tributaria el examen y verificación de los inventarios y balances (Art. 138).
- La determinación de los programas y planes para mejorar la calidad de los productos, aumentar la productividad y otorgar incentivos a los trabajadores ( Art. 110).

El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT) del 2006 considera las coaliciones de trabajadores, como sujetos de representación de los trabajadores y trabajadoras. Esta norma sigue vigente pero solo para los supuestos excepcionales antes descritos.

#### **Artículo 114.- Sujetos colectivos:**

Se consideran sujetos colectivos del derecho del trabajo y, por tanto, titulares de la libertad sindical, las organizaciones sindicales de primer, segundo y tercer grado; **las coaliciones o grupos de trabajadores y trabajadoras**; y las cámaras patronales, en los términos y condiciones de la Ley Orgánica del Trabajo; y las demás organizaciones de representación colectiva de los intereses bien sea de trabajadores y trabajadoras, por una parte, o de patronos y patronas, por la otra. (Negrillas nuestras).

### **D. SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO Y DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN PARTICULAR**

Por expresa disposición constitucional tienen garantizados sus derechos laborales. El DLOTTT señala que se aplican las normas de carrera en lo referente a ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad, jubilaciones, pensiones, régimen jurisdiccional. En los demás temas laborales se rigen por el DLOTTT.

Los funcionarios de carrera tienen garantizado el derecho a la negociación colectiva y huelga.

Los obreros se rigen por la legislación del trabajo y de la seguridad social.

**Artículo 6º.** Los funcionarios públicos y funcionarias públicasnacionales, estatales y municipales se registrarán 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 por los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.

Los funcionarios públicos y funcionarias públicas que desempeñen cargos de carrera, tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a ejercer el derecho a la huelga, de conformidad con lo previsto en esta Ley, en cuanto sea compatible con la naturaleza de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública.

Los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, centralizada y descentralizada, se regirán por las normas contenidas en esta Ley, la de Seguridad Social y su contrato de trabajo.

Los obreros y obreras al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales, centralizados y descentralizados, estarán amparados por las disposiciones de esta Ley y la de Seguridad Social.

El tiempo desempeñado en la administración pública nacional, estatal y municipal, centralizada y descentralizada, será considerado para todos los efectos legales y contractuales como tiempo de servicio efectivamente prestado y computado a la antigüedad.

### **3. TUTELA DE LA AUTONOMÍA DE REPRESENTACIÓN Y DE LA LIBERTAD SINDICAL**

#### **A. ÁMBITO NACIONAL (SEDES JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA). PROCEDIMIENTOS JUDICIALES APLICABLES**

El Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social tiene asignada una serie de atribuciones jurisdiccionales relacionadas con el ejercicio de la libertad sindical. Es competente para:

- Autorizar el despido de dirigentes sindicales y en caso de despidos no autorizados ordenar la reincorporación. En este caso, las providencias administrativas del inspector del trabajo se recurren ante los tribunales del trabajo.
- Solucionar una serie de conflictos y prácticas antisindicales. Entre ellas, la negativa de una organización sindical de afiliarse a un trabajador o de una federación o confederación de afiliarse a otra organización de base. En este caso, las providencias administrativas se recurren ante los tribunales contenciosos administrativos.
- Dirimir todas las incidencias en la negociación colectiva. En este caso, las

providencias administrativas se recurren ante los tribunales contenciosos administrativos.

En el caso de ejercer los recursos jerárquicos o de atribuciones asignadas directamente al Ministro, la competencia para ejercer los recursos de nulidad recae en la Sala Político-Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia.

Como puede observarse hay una alta disparidad en el órgano judicial competente para solicitar la nulidad de los actos administrativos. A ello se le suma una jurisprudencia contradictoria para determinar las competencias judiciales. Todo ello afecta el acceso a la justicia, tanto de empleadores como trabajadores.

Por su parte el CNE tiene atribuido dirimir conflictos intersindicales, pues el DLOTTT le otorga competencia para solucionar conflictos electorales.

#### **B. ÁMBITO INTERNACIONAL (SEDE OIT Y OTRAS SEDES)**

Venezuela ha ratificado los convenios internacionales N° 87, sobre libertad sindical y el N° 98 sobre negociación colectiva. Por tanto, el Estado está sometido a todos los órganos de control de la OIT.

El Estado venezolano ha denunciado la Convención Americana de Derechos Humanos. El 10 de septiembre del 2012 se presentó la denuncia ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Por tanto, transcurrido un año de la denuncia no se podrán presentar denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se mantiene la jurisdicción para casos ya ingresados al sistema.

Sin embargo, siguen vigentes el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos ratificados el 28/01/78.

#### **4. EVOLUCIÓN EN MATERIA DE FUENTES, INSTITUCIONALIDAD Y TUTELA**

El DLOTTT ha consagrado como fuentes del Derecho del Trabajo una serie de principios e idearios muy lejanos al mundo del trabajo.

El artículo 16 del DLOTTT señala como fuente del Derecho del Trabajo "... la equidad, la igualdad y el ideario Bolivariano, Zamorano y Robinsoniano".

Por otro lado incluye dentro de las fuentes el principio pro operario y el de la interpretación más favorable.

En comparación con la LOT de 1990, se eliminó el contrato de trabajo y la doctrina nacional.

El DLOTTT de 2012 se inscribe en la tendencia histórica legislativa de consagrar altas protecciones en materia de derechos individuales a cambio de un control estatal de las organizaciones sindicales.

La alta intervención en la creación y funcionamiento de las organizaciones sindicales que prevé el DLOTTT profundiza la tendencia histórica de la legislación

laboral de regularminuciosamente la vida de las organizaciones sindicales y restringir el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y la huelga.

La institucionalidad en materia laboral ha sido afectada por la situación política del país. Por un lado, la administración del trabajo sigue presentado los recurrentes problemas de falta de presupuesto, locales inadecuados para funcionar y deficiente capacitación de los funcionarios. A ello se le suma la dificultad de sancionar al Estado, en caso de violaciones de derechos laborales, en particular, el incumplimiento del decreto de inamovilidad laboral. La mayoría de las órdenes de reincorporación dictadas por la inspectoría del trabajo no son acatadas por dependencias gubernamentales.

La situación de provisionalidad de los jueces del trabajo y el sistema de evaluación a los que están sometidos es otro elemento que atenta contra su autonomía e independencia.

## SEGUNDO SUBTEMA: ORGANIZACIÓN SINDICAL

### 1. MODALIDADES ESTRUCTURALES, POR EJEMPLO: SECTOR PROFESIONAL O RAMA DE ACTIVIDAD ECONÓMICA

El DLOTTT prevé varios tipos de organización sindical de base. A ellas pueden afiliarse los trabajadores activos, los desempleados, los jubilados y pensionados. Los trabajadores independientes solo pueden constituir o afiliarse a los sindicatos profesionales de artes u oficios

Tipos de sindicatos Art 371 del DLOTTT			
Empresa	Profesionales, de artes u oficios	De industria	Sectoriales
Integrados por trabajadores y trabajadoras de cualquier profesión u oficio que presten servicios en una misma entidad de trabajo, incluyendo sus sucursales, ubicadas en distintas localidades y regiones.	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.	Integrados por trabajadores y trabajadoras al servicio de varios patronos y patronas de una misma rama industrial, aun cuando desempeñen profesiones u oficios diferentes, o al servicio de un mismo patrono o patrona cuando sea el único existente en la rama industrial.	Integrados por trabajadores y trabajadoras al servicio de varios patronos y patronas de una misma rama comercial, agrícola, de producción o de servicio, aún cuando desempeñen profesiones u oficios diferentes, o al servicio de un mismo patrono o patrona cuando sea el único existente en la rama. Los sindicatos sectoriales o profesionales podrán crear comités sindicales en cada una de las entidades de trabajo donde tengan trabajadores afiliados y trabajadoras afiliadas.

Es importante destacar que un trabajador o trabajadora puede pertenecer a varios tipos de sindicato. Puede pertenecer a un sindicato de oficio y al de la empresa en la cual labora. No hay límites para la pertenencia a varios sindicatos, pero puede ser incompatible pertenecer a dos sindicatos de empresa, pues se dificulta a ambos sindicatos obtener la condición de sindicato mayoritario. Ello ha ocurrido y ha sido una de las razones que llevó a estatuir el referendo sindical.

## **2. NIVELES**

El DLOTTT prevé los tres niveles de organizaciones sindicales: de base, federaciones regionales o nacionales, sindicatos nacionales y confederaciones o centrales.

**Artículo 373.** Las organizaciones sindicales, según su estructura, son de primer, segundo o tercer grado.

Son organizaciones sindicales de primer grado los sindicatos que afilian directamente a trabajadores y trabajadoras opatronos y patronas, según sea el caso.

Son organizaciones sindicales de segundo grado las federaciones que afilian a organizaciones sindicales de primer grado. Las Federaciones de trabajadores y trabajadoras podrán afiliar otro tipo de organizaciones de trabajadores y trabajadoras. Pueden existir federaciones estatales que agrupe a sindicatos de un determinado estado y federaciones nacionales que agrupen a organizaciones sindicales de una determinada rama sin que sea contradictorio la afiliación de una organización sindical a ambas federaciones. Las seccionales de los sindicatos nacionales pueden afiliarse a las federaciones estatales.

Son organizaciones sindicales de tercer grado las confederaciones o centrales que afilian a federaciones. Las Confederaciones o Centrales podrán afiliar sindicatos nacionales cuando no exista una federación en la central a la cuál pueda afiliarse el sindicato nacional.

## **3. UNICIDAD O PLURALISMO SINDICAL**

Existe pluralidad sindical. En los actuales momentos hay más de 6 mil sindicatos de bases y más de cinco centrales o confederaciones sindicales.

### **A. PARTICIPACIÓN PLURAL**

Pueden coexistir en una entidad de trabajo, denominación utilizada para referirse a la figura del empleador, sindicatos de empresas, profesionales y de rama de actividad.

## B. SINDICATO MÁS REPRESENTATIVO

La representatividad se requiere para negociar colectivamente. El concepto de representatividad no está asociado a mayorías calificadas y contiene un elemento extraño al mismo, relacionado con los períodos de los cargos sindicales.

### *i. Concepto*

Dos elementos determinan la representatividad:

- Cantidad de afiliados.
- Junta directiva con el periodo vigente.

#### **Obligación de negociar con la organización sindical más representativa**

**Artículo 437.** El patrono o la patrona estará obligado u obligada a negociar y celebrar una convención colectiva de trabajo, o a negociar y acordar un pliego de peticiones de carácter conciliatorio o conflictivo con la organización sindical de mayor representatividad entre los trabajadores y las trabajadoras bajo su dependencia y que tenga la junta directiva dentro de su período estatutario.

### *ii. Métodos de determinación y organismos encargados*

El DLOTTT señala dos métodos (Art 438):

- La nómina de los afiliados y afiliados registrada en el Registro Nacional de Organizaciones Sindicales.
- Referendo entre los trabajadores

#### **Determinación de la representatividad**

**Artículo 438.** La representatividad de la organización sindical para la negociación de la convención colectiva o su administración, o para la negociación de un pliego de peticiones, se determinará con base a la nómina de afiliados y -afiliadas que conste en el Registro Nacional de Organizaciones Sindicales.

En caso de que no fuese posible determinarlo por esta vía se realizará una consulta directa a los trabajadores y trabajadoras interesados mediante la realización de un referéndum

La determinación de la organización sindical más representativa es un caso de conflicto intersindical, debería corresponder a los tribunales del trabajo. Por tanto, las normas que ponen la solución de ese conflicto en manos de la administración del trabajo se alejan de los principios de libertad sindical.

*(iii) ¿Derechos exclusivos y permanentes de representación?*

El principal derecho es la titularidad de la negociación colectiva y del ejercicio del derecho a huelga.

*(iv) Derechos de los sindicatos minoritarios*

El DLOTTT obliga al empleador a negociar, incluso con un sindicato minoritario, si este es el único en la entidad de trabajo.

**Artículo 438 (...)**

Si existe una única organización sindical entre los trabajadores y trabajadoras interesados en la negociación colectiva esta será la organización sindical más representativa.

Los sindicatos minoritarios tienen derecho a participar en la negociación colectiva y ser sujetos firmantes de la convención colectiva, pero el mayoritario tiene el derecho a reservarse la titularidad de una serie de cláusulas vinculadas con la administración del contrato colectivo.

*(v) Mecanismos de revisión y periodicidad*

Solo las organizaciones sindicales, cuyas juntas directivas tengan su periodo vigente pueden optar a la representatividad. El DLOTTT establece que la duración máxima en un cargo sindical de base es 3 años y en un cargo federado o confederado es de 5 años. (Art 401)

**4. FUNCIONES DE LA ASAMBLEA SINDICAL Y DE LOS REPRESENTANTES SINDICALES**

Las funciones de las asambleas son:

1. Crear y modificar los estatutos.
2. Aprobar la rendición de cuentas.
3. Aprobar la presentación y el retiro de un pliego de peticiones, ya sea conciliatorio o conflictivo.
4. Aprobar la fusión, disolución o liquidación de la organización sindical.
5. Aprobar la afiliación a una federación o confederación.

El DLOTTT señala una serie de requisitos para efectuar tanto la asamblea constitutiva como las asambleas ordinarias de la organización sindical. Lo más importante de la asamblea constitutiva es la forma de convocatoria y dejar constancia de ello en el acta constitutiva.

Art 389. Para la validez de las decisiones tomadas en las asambleas de las organizaciones sindicales es

indispensable que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que la asamblea haya sido convocada en la forma y con la anticipación prevista en los estatutos.
2. Que esté presente en ella, por lo menos, la mitad más uno de los miembros de la organización sindical. Si no se obtiene este quórum, podrá convocarse a una segunda reunión, conforme a las disposiciones estatutarias, la que se constituirá con el número de miembros que concurran, siempre que no sea menor del veinte por ciento de los afiliados y las afiliadas
3. Que las decisiones sean adoptadas por el número de votos previsto en los estatutos, que no podrá ser menor de la mitad de los y las integrantes presentes
4. Que se levante el acta de la sesión, autenticada en la forma prevista en los estatutos, en la que se exprese el número de los y las integrantes concurrentes, un extracto de las deliberaciones y el texto de las decisiones aprobadas.

En los casos de sindicatos con gran cantidad de afiliados y afiliadas y además, es extenso geográficamente, el DLOTTT prevé la posibilidad de decisiones por asambleas sectoriales (Art.390). Es el caso de los sindicatos de la construcción.

#### **A. REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD**

El único requisito es pertenecer a la organización sindical.

**Artículo 395.** Todos los afiliados y todas las afiliadas a una organización sindical tienen el derecho a elegir y reelegir a sus representantes sindicales, así como a postularse y ser elegidos o elegidas como tal en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. El incumplimiento por parte de los afiliados y afiliadas a los aportes o cuotas sindicales no impedirá el derecho al sufragio

#### **B. PROCEDIMIENTOS DE ELECCIÓN, DURACIÓN EN EL CARGO Y REELECCIÓN**

La intervención estatal en la vida interna de las organizaciones sindicales ha tenido su máxima expresión en la organización de los procesos electorales. Desde la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en 1999 que previó la organización y supervisión de los procesos electorales por parte del Consejo Nacional Electoral, el movimiento sindical ha enfrentado serios obstáculos para efectuar sus procesos electorales.

Hasta la promulgación del DLOTTT, todo el proceso de elecciones era organizado por el CNE, quien había dictado un reglamento regulando con detalle desde la convocatoria hasta la publicación de los resultados.

El DLOTTT modificó sustancialmente las atribuciones del CNE en materia



electoral. Ahora la participación del CNE es optativa. Solo si la organización sindical o los afiliados se lo solicitan.

La convocatoria a elecciones la efectúa la organización sindical y se lo notifica al CNE. Es potestad del sindicato solicitar asesoría técnica y apoyo logístico. El CNE está obligado a publicar la convocatoria en la Gaceta Electoral. El proceso electoral ahora queda en manos de los estatutos y los reglamentos internos de las organizaciones sindicales.

A pesar que la ley le atribuye al CNE la función de velar por el normal desarrollo del proceso electoral, su intervención se reduce a un control posterior de la comisión electoral, pues los actos y omisiones de ésta son recurribles ante este órgano. Por tanto, debe existir una petición formal de los afiliados para que este órgano intervenga en los procesos electorales.

Artículo 405. Las organizaciones sindicales notificarán de la convocatoria del proceso de elecciones al Poder Electoral y **si lo requieren solicitarán** asesoría técnica y apoyo logístico para la organización del proceso electoral a los fines de garantizar los derechos e intereses de sus afiliados y afiliadas. El Poder Electoral publicará en la Gaceta Electoral la convocatoria presentada por la organización sindical dentro de los ocho días siguientes a la notificación (negrillas nuestras).

El DLOTTT también prevé la posibilidad de solicitar al tribunal del trabajo la convocatoria a elecciones en el caso que una junta directiva tenga el periodo vencido por más de tres meses y no haya iniciado los trámites de convocatoria a elecciones

Artículo 406. Transcurridos tres meses de vencido el período para el cual haya sido elegida la junta directiva de la organización sindical sin que se haya convocado a nuevas elecciones de un número no menor del diez por ciento de los afiliados y afiliadas a la organización, podrá solicitar al Juez o Jueza con competencia en materia laboral de la jurisdicción correspondiente que disponga la convocatoria respectiva. El Juez o la Jueza del con competencia en materia laboral ordenará la convocatoria a elecciones sindicales, estableciendo la fecha y hora de la asamblea de afiliados y afiliadas para la designación de la comisión electoral sindical, y adoptará las medidas necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento del proceso electoral.

El Tribunal Supremos de Justicia derogó esta norma, pues señaló que los asuntos electorales le corresponden a la Sala Electoral de dicho tribunal. Ello significa que cualquier conflicto electoral en un sindicato, los afectados deben efectuar la petición en Caracas. Esta sentencia del TSJ es un obstáculo para la solución de conflictos y puede convertirse en una denegación de justicia, pues para cualquier sindicato trasladarse a la capital es costoso.

DLOTTT trae una serie de reglas para efectuar las elecciones sindicales. Se

prevé que todas las elecciones sindicales sean por sufragio universal, directo y secreto.

Título del artículo del DLOTTT	Número del artículo y cita textual de su contenido
Elección de junta directiva	Artículo 399. Para el ejercicio de la democracia sindical, los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales establecerán la alternabilidad de los y las integrantes de las directivas y representantes mediante el sufragio universal directo y secreto.
Elecciones por la base de todo tipo de organización sindical	Artículo 400. En las elecciones de los sindicatos participaran los afiliados y afiliadas al sindicato. En las elecciones de la junta directiva de las federaciones participarán los y las integrantes de los sindicatos afiliados. En las elecciones de la junta directiva de una confederación o central participarán los y las integrantes de los sindicatos afiliados a las federaciones que la integran.

En todas las elecciones debe participar los afiliados y las afiliadas de base. En tal sentido, la elección del Comité Ejecutivo o la Coordinación Nacional de una central o confederación sindical participan todos los trabajadores y trabajadoras de los sindicatos de base. Ello puede significar que para la elección de los cargos directivos nacionales deban votar miembros de sindicatos de base, lo que puede significar más de un millón de afiliados.

Los periodos de los cargos son establecidos por ley, previéndose una serie de limitaciones para los dirigentes sindicales que por cualquier razón tengan su periodo vencido.

Título del artículo del DLOTTT	Número del artículo y cita textual de su contenido
Período de la junta directiva	Artículo 401. La junta directiva de un sindicato ejercerá sus funciones durante el tiempo que establezcan los estatutos de la organización, pero en ningún caso podrá establecerse un período mayor a tres años. En las federaciones y confederaciones o centrales el periodo de la junta directiva podrá ser de hasta cinco años.
Limitaciones para juntas directivas con el periodo vencido	Artículo 402. Las organizaciones sindicales tienen derecho a efectuar sus procesos electorales, sin más limitaciones que las establecidas en sus estatutos y en esta Ley. La no convocatoria a elecciones sindicales por parte de los integrantes de una junta directiva a la que se le haya vencido el período para la cual fue electa es contraria a la ética sindical, al ejercicio de la democracia sindical y a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Los y las integrantes de la junta directiva de las organizaciones sindicales cuyo período haya vencido

	<p>de conformidad con esta Ley y en sus estatutos, no podrán realizar, celebrar o representar a la organización sindical en actos jurídicos que excedan la simple administración, por tal razón, no podrán presentar, tramitar, ni acordar convenciones colectivas de trabajo, pliegos de peticiones con carácter conciliatorio o conflictivo ni actas convenio. La organización sindical cuya junta directiva tenga el período vencido no podrá sustituir a los integrantes de la junta directiva por mecanismos distintos al proceso de elecciones, ni modificar sus estatutos para prorrogar el período de la junta directiva. Esta disposición no es aplicable cuando el vencimiento del período de la junta directiva ocurra en el curso de un proceso electoral para la elección de una nueva junta directiva, ó posterior al inicio de la tramitación de una convención colectiva de trabajo, o un pliego de peticiones.</p>
--	---

El DLOTTT obliga a las organizaciones sindicales a redactar en sus estatutos una serie de reglas para desarrollar los procesos electorales. Entre ellas se destaca la alternabilidad en los cargos, un sistema electoral que combine la uninominalidad y la representación proporcional de las minorías.

La legislación propugna la alternabilidad en los cargos directivos, pero no se prohíbe la reelección. De hecho, muchas organizaciones que han logrado efectuar las elecciones han reelegido a sus dirigentes sindicales.

Reglas básicas	Contenido
<p>Normas electorales que deben contener los estatutos sindicales</p>	<p>Artículo 403. Los procesos electorales de las organizaciones sindicales se regirán conforme a lo establecido en sus estatutos y reglamentos internos. A tal efecto estos deberán indicar con claridad:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) La forma de convocar las elecciones de directivos y demás representantes de la organización sindical.</li> <li>b) La forma de designar a los y las integrantes de la Comisión Electoral.</li> <li>c) Los afiliados y afiliadas con derecho a voto.</li> <li>d) Los requisitos para la inscripción de candidatos y candidatas.</li> <li>e) Un sistema de votación que integre en la elección de la junta directiva la forma uninominal y la representación proporcional de las minorías.</li> <li>f) La forma y oportunidad de revocatoria del mandato de la junta directiva o alguno o alguna de sus integrantes.</li> <li>g) Las demás que establezca los afiliados y las afiliadas.</li> </ul> <p>Las normas deben garantizar la participación democrática de sus afiliados y afiliadas, el secreto del voto, y la alternabilidad democrática.</p>

<b>Reglas básicas</b>	<b>Contenido</b>
Publicidad de los actos electorales	Artículo 404. Las organizaciones sindicales garantizarán la publicidad de los actos relacionados con los procesos electorales, a los fines de salvaguardar los derechos e intereses de los afiliados y las afiliadas. A tal efecto, deberán publicar los mismos en las carteleras sindicales, en los centros de trabajo y en todos los medios que tengan a su alcance.
Comisión Electoral Sindical	Artículo 407. La comisión electoral sindical es la máxima autoridad de la organización sindical en lo que se refiere al proceso electoral y estará encargada de su planificación y desarrollo de acuerdo a lo establecido en sus estatutos. La comisión electoral sindical llevará un registro de todas sus actuaciones y decisiones. Dejará constancia en actas de la inscripción de candidatos y candidatas, de la instalación y cierre de las mesas de votación, de los escrutinios y totalización de los votos, de la adjudicación de los cargos de acuerdo a los resultados electorales y de la proclamación de las nuevas autoridades sindicales. Durante el proceso electoral, el poder electoral velará por su normal desarrollo y a solicitud de los interesados o interesadas, intervenir con la Comisión Electoral para solventar situaciones que pudieran afectar el proceso. Al finalizar el proceso de votación la comisión electoral sindical entregará al Poder Electoral la documentación relativa al proceso realizado, a los fines de la publicación de resultados. Para reclamos de naturaleza electoral, los afiliados interesados y las afiliadas interesadas acudirán ante la comisión electoral sindical quién atenderá y responderá a dicho reclamo.
Recursos de naturaleza electoral	Artículo 408. Ante la negativa u omisión de la comisión electoral sindical el interesado o interesada podrá recurrir al Poder Electoral dentro de los tres días siguientes de efectuado el reclamo ante la comisión electoral sindical. El Poder Electoral decidirá el recurso interpuesto dentro de los treinta días siguientes a su interposición. La presentación de recursos no detendrá el proceso electoral. Las decisiones del Poder Electoral podrán ser recurridas por ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en un lapso de quince días hábiles.
Sustitución de integrantes de la junta directiva antes de culminar el período	Artículo 409. En caso de renuncia, ausencia absoluta o sanción disciplinaria que amerite la separación del cargo de uno, una o más integrantes de la junta directiva antes que termine el período para el cual fue electo o electa, su sustitución se realizará de acuerdo a lo establecido en los estatutos. Si los estatutos no establecen la forma de sustitución, se podrá decidir en una asamblea general de trabajadores y trabajadoras convocada a tal efecto. El directivo sustituto o directiva sustituta ejercerá el cargo por el resto del período. Cuando durante el período estatutario de la junta directiva renunciaran, se ausentaran o fuesen removidos más de las dos terceras partes de sus integrantes, deberá convocarse al proceso electoral de la organización sindical.

<b>Reglas básicas</b>	<b>Contenido</b>
Revocatoria del mandato de la junta directiva	Artículo 410. Los estatutos deberán establecer la revocatoria del mandato de la Junta Directiva de la organización sindical mediante referéndum el cual no podrá ser convocado antes de que haya transcurrido más de la mitad del período para el cual fue electa. En caso de resultar aprobada la revocatoria, la Comisión Electoral del proceso referendario convocará dentro de los quince días siguientes a la asamblea general para la designación de la comisión electoral sindical. En caso de que la comisión electoral del proceso referendario no convocare a la asamblea en el lapso previsto, ésta será convocada por la Juez o Jueza en materia electoral a petición de los afiliados y afiliadas.

### **C. FUNCIONES DE REPRESENTACIÓN Y SU NATURALEZA. DERECHOS Y DEBERES**

Las principales funciones de los dirigentes sindicales son la representación de sus afiliados ante los empleadores y las instancias administrativas y judiciales del trabajo. Los dirigentes sindicales de las federaciones nacionales y los dirigentes de las centrales obreras tiene atribuciones de representar a la clase trabajadora en las instancias de concertación y diálogo social.

La organización sindical tiene personalidad jurídica propia y sus directivos son la que compromete su actuación.

El DLOTTT señala varias funciones típicas de representación como lo son participar en los procesos de negociación colectiva, en los conflictos y en los diversos mecanismos de solución de conflictos. Asimismo, los dirigentes y delegados sindicales pueden representar a sus afiliados en sus conflictos individuales de trabajo ante los órganos administrativos del trabajo. En el caso de los tribunales, el dirigente sindical puede representar con asistencia de un abogado.

El DLOTTT le otorga una serie de nuevas atribuciones a los sindicatos que pueden ser utilizadas para profundizar la democracia o para convertirlos en instrumentos de políticas estatales.

Los sindicatos tienen ahora funciones de protección y defensa del conjunto del pueblo, de la independencia y soberanía nacional (Art 365). La primera función refuerza la participación sindical en todas las decisiones públicas, pero la segunda y tercera son funciones estatales y por tanto alejadas no solo a su función de representante de un sector de la sociedad, lo que puede significar conflictos con el Estado, sino también con el tradicional internacionalismo del movimiento sindical.

Otras atribuciones peligrosas son contribuir en la producción de bienes y servicios y ejercer control y vigilancia sobre los costos y ganancias (Art 367, 2 y 3). Nuevamente se le otorgan funciones estatales.

La función más ajena a la esencia del sindicato es la protección del proceso social de trabajo (Art 365), pues sus finalidades diluyen tanto la contradicción

de intereses entre patronos y trabajadores como la con el Estado, lo que en el fondo significa vaciar de contenido a la función más importante del sindicato: **redistribuir la riqueza y el poder.**

**Artículo 367.** Las organizaciones sindicales de trabajadores y trabajadoras tendrán las siguientes atribuciones y finalidades:

1. Garantizar la formación colectiva, integral, continua y permanente de sus afiliados y afiliadas para su desarrollo integral y el logro de una sociedad justa y amante de la paz basada en la valoración ética del trabajo.
2. Contribuir en la producción y distribución de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades del pueblo.
3. Ejercer control y vigilancia sobre los costos y las ganancias, para que los precios de los bienes y servicios producidos sean justos para el pueblo.
4. Promover entre sus afiliados la responsabilidad con las comunidades y el medio ambiente.
5. Proteger y defender los intereses de sus afiliados y afiliadas en el proceso social de trabajo.
6. Representar a sus afiliados y afiliadas en las negociaciones y conflictos colectivos de trabajo y, especialmente, en los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.
7. Promover, negociar, celebrar, revisar y modificar convenciones colectivas de trabajo y exigir su cumplimiento.
8. Proteger y defender los derechos individuales y colectivos de sus afiliados y afiliadas, mejorando las condiciones materiales, morales e intelectuales y el interés supremo del trabajo como hecho social y proceso generador de riqueza para su justa distribución.
9. Representar y defender a los trabajadores y trabajadoras que lo soliciten, aunque no sean miembros de la organización sindical, en el ejercicio de sus derechos y la protección de sus intereses individuales o colectivos, en sus relaciones con el patrono o patrona y en los procedimientos administrativos. En el caso de los procedimientos judiciales podrán ejercer la representación de los trabajadores y trabajadoras, con la debida asistencia jurídica.
10. Supervisar y defender el cumplimiento de todas las normas destinadas a garantizar la seguridad social y el proceso social de trabajo, a los trabajadores y las trabajadoras, especialmente las de prevención, condiciones

y medio ambiente de trabajo, las de construcción de viviendas para los trabajadores, las de creación y mantenimiento de servicios sociales y actividades sanas y de mejoramiento durante el tiempo libre.

11. Ejercer especial vigilancia para el fiel cumplimiento de las normas dirigidas a garantizar la igualdad de oportunidades, así como de las normas protectoras de la maternidad y la familia, menores y aprendices.

12. Crear fondos de socorro y de ahorro y cooperativas, escuelas industriales o profesionales, bibliotecas populares y clubes destinados al deporte y a la recreación o al turismo.

13. Realizar estudios sobre las características de la respectiva rama profesional, industrial o comercial o de servicios, costos y niveles de vida, educación, aprendizaje y cultura y, en general, sobre todas aquellas que les permita promover el progreso social, económico y cultural de sus asociados; y presentar proposiciones a los Poderes Públicos para la realización de dichos fines.

14. Colaborar con las autoridades, organismos e institutos públicos en la preparación y ejecución de programas de mejoramiento social y cultural y en la capacitación técnica y colocación de los trabajadores.

15. Realizar campañas permanentes en los centros de trabajo para concientizar a los trabajadores en la lucha activa contra la corrupción, consumo y distribución de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y hábitos dañinos para su salud física y mental, y para la sociedad.

16. Las que señalen sus estatutos o resuelvan sus afiliados y afiliadas, para el mejor logro de sus finalidades, en el marco de la Constitución y las leyes.

#### **D. PROTECCIÓN DE SU AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA. EL FUERO**

Los trabajadores y trabajadoras que gocen de fuero sindical no podrán ser despedidos o despedidas, trasladados o trasladadas, desmejorados o desmejoradas en sus condiciones de trabajo, sin justa causa previamente calificada por el inspector del trabajo o inspectora del trabajo. El despido, traslado o desmejora se considera nulo y no genera efecto alguno (art 418).

	<b>Quiénes gozan de fuero sindical</b>	
Artículo 419. Gozarán de fuero sindical: 1. Los trabajadores y las trabajadoras solicitantes del registro de una organización sindical desde el momento de la solicitud, hasta quince días después de registrada la misma o de haberse		

negado su registro.2. Los trabajadores y las trabajadoras que se adhieran a la solicitud de registro de una organización sindical desde su adhesión, hasta quince días después de registrada la misma, o de haberse negado su registro.3. Los primeros y las primeras siete integrantes de la junta directiva en las entidades de trabajo que ocupen menos de ciento cincuenta trabajadores y trabajadoras desde el momento de su elección hasta tres meses después del cese de sus funciones como integrante de la junta directiva de la organización sindical.4. Los primeros y las primeras nueve integrantes de la junta directiva en las entidades de trabajo que ocupen entre ciento cincuenta y mil trabajadores y trabajadoras desde el momento de su elección hasta tres meses después del cese de sus funciones como integrante de la junta directiva de la organización sindical.5. Los primeros y las primeras doce integrantes de la junta directiva en las entidades de trabajo que ocupen más de mil trabajadores y trabajadoras desde el momento de su elección hasta tres meses después del cese de sus funciones como integrante de la junta directiva de la organización sindical.6. Los primeros y las primeras cinco integrantes de la junta directiva de la seccional de una entidad federal cuando se trate de un sindicato nacional que tenga seccionales en entidades federales desde el momento de su elección hasta tres meses después del cese de sus funciones como integrante de la junta directiva de la seccional.7. Los trabajadores y las trabajadoras de una organización sindical que realice elecciones sindicales desde el momento de la convocatoria, hasta la proclamación de la junta directiva.8. Los trabajadores y las trabajadoras que han sido postulados o postuladas a una elección sindical hasta sesenta días después de proclamada la junta directiva.9. Los trabajadores y las trabajadoras durante la tramitación y negociación de una convención colectiva de trabajo o de un pliego de peticiones a partir del día y hora en que sea presentado por ante la Inspectoría del Trabajo, hasta el término de su negociación o sometimiento a arbitraje.10. Los trabajadores y trabajadoras durante la tramitación y negociación de una reunión normativa laboral hasta el término de su negociación.11. Los trabajadores y las trabajadoras durante el ejercicio de una huelga, tramitada conforme a lo previsto en la Ley.

La protección abarca a los dirigentes sindicales y a los candidatos a cargos directivos. De igual manera, los supuestos de creación de una organización sindical, de ejercicio del derecho a la negociación colectiva o la huelga generan la prohibición de despido, de traslado o desmejora en las condiciones de trabajo.

Los delegados de prevención, creados por la LOPCYMAT también gozan de inamovilidad laboral.

**Artículo 44.** El delegado o delegada de prevención no podrá ser despedido, trasladado o desmejorado en sus condiciones de trabajo, a partir del momento de su elección y hasta tres (3) meses después de vencido el término para el cual fue elegido o elegida, sin justa causa previamente calificada



por el Inspector del Trabajo, en concordancia con la Ley Orgánica del Trabajo.

A partir de la fecha en que los trabajadores y trabajadoras o sus organizaciones notifiquen al Inspector del Trabajo la voluntad de elegir los delegados o delegadas de prevención, el conjunto de los trabajadores y trabajadoras de la empresa, centro de trabajo o unidad de producción en cuestión estarán amparados por la inamovilidad establecida en la Ley Orgánica del Trabajo. El Inspector o Inspectora del Trabajo notificará a los empleadores o empleadoras interesados el propósito de los trabajadores y trabajadoras de elegir los delegados o delegadas de prevención. La elección a que se refiere este artículo debe realizarse en un lapso no mayor a treinta (30) días a partir de la notificación. La convocatoria y los organismos que supervisen el desarrollo del proceso eleccionario serán establecidos en el Reglamento respectivo.

El delegado o delegada de prevención durará dos (2) años en sus funciones, pudiendo ser reelecto por períodos iguales. De igual modo, podrá ser revocado por los trabajadores y las trabajadoras por inasistencias injustificadas a las reuniones u omisión en la presentación de los informes respectivos ante el Comité de Seguridad y Salud Laboral, así como por incumplir con las convocatorias y requerimientos expresos del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales. Estas causales serán desarrolladas en el Reglamento de esta Ley y en los estatutos del Comité de Seguridad y Salud Laboral.

#### **E. EFECTOS DEL DESPIDO ANTISINDICAL O VIOLATORIO DEL FUERO. MODALIDADES PROCESALES**

El DLOTTT regula con un procedimiento administrativo la posibilidad de despedir o trasladar a un trabajador o trabajadora con fuero sindical.

Las razones del despido son las contempladas en el artículo 79 del DLOTTT. Todas las causales refieren a una serie de hechos, acciones u omisiones que son faltas graves a las obligaciones derivadas de la relación del trabajo.

Cuando un patrono pretenda despedir, trasladar o modificar las condiciones de trabajo de un trabajador con fuero sindical tiene 30 días para solicitar la autorización del inspector del trabajo, contados desde la fecha que el trabajador cometió la falta que se alega para justificar la solicitud de despido, traslado o modificación de las condiciones de trabajo.

Introducida la solicitud, el inspector del trabajo, dentro de los tres días hábiles siguientes, notificara al trabajador o trabajadora para que comparezca a una hora determinada del segundo día hábil siguiente a su notificación para que se defienda de las acusaciones o dé sus argumentos para oponerse al traslado.

Después tiene ocho días hábiles para promover y evacuar las pruebas que sustentan sus razones. Finalizado ese lapso, las partes tienen dos días hábiles para presentar conclusiones. Después de la presentación de las conclusiones, el inspector del trabajo tiene un lapso máximo de diez días para decidir.

El DLOTTT permite separar al trabajador o trabajadora de su cargo, en el caso que haya incurrido en actos de violencia que puedan poner en peligro la integridad de otras personas o la seguridad de las instalaciones o bienes. En esas situaciones se puede separar al trabajador, pero debe pagársele el salario durante la suspensión.

El despido o traslado sin autorización del inspector del trabajo es nulo. El trabajador o trabajadora tiene 30 días continuos, contados desde el día del despido o traslado, para interponer la solicitud de reenganche y el pago de los salarios caídos.

La solicitud del trabajador o trabajadora debe contener:

- Identificación y domicilio del trabajador o trabajadora.
- Nombre de la entidad de trabajo (No se requiere que sea el nombre legal, basta con que sea el nombre conocido).
- Puesto que se ocupa con descripción de funciones y condiciones de trabajo.
- Descripción del despido o de las nuevas condiciones de trabajo o del traslado
- Tipo de fuero sindical que invoca (Por creación de sindicato, por negociación colectiva, por huelga o por estar en los cargos de la junta directiva del sindicato que gozan de fuero sindical).

En el caso de que un trabajador sea despedido sin autorización previa, tiene 30 días para solicitar la reincorporación ante el inspector del trabajo. Introducida la solicitud el funcionario del trabajo tiene dos días hábiles para examinarla y decidir si es admisible o inadmisibile. Si la declara inadmisibile termina el procedimiento y el trabajador puede intentar el recurso jerárquico ante el Ministro o demandar la nulidad de la providencia administrativa ante los tribunales del trabajo.

Si el inspector del trabajo, la considera admisible debe ordenar el reenganche y el pago de los salarios caídos y demás beneficios. El inspector del trabajo debe trasladarse a la empresa y notificar al patrono de la denuncia y de la orden de reincorporación. Es ese momento en que el patrono puede defenderse.

Si los alegatos del patrono ponen en cuestión la existencia de una relación de trabajo, se suspende la orden de reenganche y se abre una articulación probatoria de 8 días para determinar la condición de trabajador o trabajadora de la persona denunciante. Solo se prevé esta razón para suspender la orden de reincorporación al puesto de trabajo. Si el patrono alega que el denunciante no tiene fuero debe reincorporarlo y después probar la carencia del fuero.

El desacato de la orden de reincorporación del denunciante posibilita iniciar un proceso penal. El patrono se considera en flagrancia y es puesto a la orden del Ministerio Público, quien puede ordenar su detención. El hecho punible aplicable

pareciera ser un nuevo supuesto de la falta penal que penaliza la desobediencia a la autoridad, cuya sanción sería arresto policial de seis a quince meses (Art.538).

El cumplimiento de la orden de reincorporación, el pago de los salarios caídos y demás beneficios laborales es requisito previo para que el patrono pueda intentar la acción de nulidad de la providencia administrativa.

**F. FACILIDADES PARA EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. PERMISOS, REMUNERACIONES, SEGURIDAD SOCIAL, ACCESO A LOS LUGARES DE TRABAJO Y REUNIONES**

La legislación laboral solo prevé permisos remunerados para el ejercicio de sus funciones para los delegados de prevención previstos en la LOPCYMAT

**Artículo 44. (...)**

El tiempo utilizado por el delegado o delegada de prevención para el desempeño de las funciones previstas en esta Ley, así como para la formación en materia de seguridad y salud en el trabajo, será considerado como parte de la jornada de trabajo, otorgándosele licencia remunerada. El empleador o la empleadora deberá facilitar y adoptar todas las medidas tendentes a que el delegado o delegada de prevención pueda realizar sus actividades cuando actúe en cumplimiento de sus funciones.

El DLOTTT no prevé permisos para el ejercicio de funciones sindicales. Sin embargo, podría considerarse una práctica antisindical del patrono negarlos, pues el artículo 362, 6 de dicha ley considera como tal cualquier acción u omisión que impidan o dificulten el ejercicio de la libertad sindical.

Los permisos remunerados y el acceso a los lugares de trabajo normalmente están regulados por las convenciones colectivas y por prácticas y costumbres consolidadas en el sistema de relaciones laborales.

**TERCER SUBTEMA: NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

**1. TITULARIDAD DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

Tanto la CRBV como el DLOTTT, contemplan la negociación colectiva como un derecho de los trabajadores. En el decreto se atribuye de manera casi exclusiva la titularidad al sindicato, pues se eliminaron la mayoría de los supuestos que permitían la negociación colectiva por coalición de trabajadores

**2. EL RECONOCIMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES MÁS REPRESENTATIVAS.**

Según el DLOTTT, el patrono estará obligado a negociar y celebrar una convención colectiva de trabajo, o a negociar y acordar un pliego de peticiones con la organización sindical de mayor representatividad entre los trabajadores bajo su

dependencia y que tenga la junta directiva dentro de su período estatutario (Art. 437).

La representatividad de la organización sindical para la negociación de la convención colectiva o su administración, o para la negociación de un pliego de peticiones, de determinará con base en la nómina de afiliados, que conste en el Registro Nacional de Organizaciones Sindicales. Si no fuere posible determinarlo por esta vía, se realizará una consulta directa a los trabajadores interesados, mediante la realización de un referéndum. Si existe una única organización sindical entre los trabajadores interesados en la negociación colectiva, ésta será la organización sindical más representativa (Art. 438).

También respecto a la Reunión Normativa Laboral, cuyo objeto es celebrar una convención colectiva de trabajo por rama de actividad, se establece que el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de trabajo y seguridad social (en lo sucesivo “Ministerio”), convocará tal Reunión a solicitud de parte interesada o de oficio, al verificar entre otros requisitos: a) que los patronos solicitantes representen la mayoría en la rama de actividad de que se trate en escala local, regional o nacional, y b) que las organizaciones sindicales de trabajadores solicitantes representen la mayoría de los sindicalizados y sindicalizadas en la rama de actividad de que se trate, en escala local, regional o nacional. El Ministerio también podrá convocar de oficio la Reunión, cuando existan convenciones colectivas que incluyan a la mayoría de los patronos y de los trabajadores de la rama de actividad (Art. 454).

Las cámaras de comercio, industria, agricultura o cualquier rama de producción o de servicios, sus federaciones y confederaciones con personalidad jurídica, podrán actuar como organizaciones sindicales de patronos, siempre que se hayan inscrito en el Registro Nacional de Organizaciones Sindicales.

Los colegios profesionales asimismo, podrán ejercer las atribuciones de las organizaciones sindicales de trabajadores, siempre que se hayan inscrito en el mismo Registro (Art. 369).

### **3. DETERMINACIÓN DEL SINDICATO O SINDICATOS HABILITADOS PARA NEGOCIAR**

El DLOTTT, establece que el patrono estará obligado a negociar y celebrar una convención colectiva de trabajo, o a negociar y acordar un pliego de peticiones con la organización sindical de mayor representatividad entre los trabajadores bajo su dependencia y que tenga la junta directiva dentro de su período estatutario (Art. 437).

### **4. DERECHOS DE LOS SINDICATOS MINORITARIOS**

En materia de negociación colectiva, la obligación del patrono de negociar existe sólo respecto a la organización sindical más representativa; y también corresponde a la organización sindical más representativa, la administración de la convención colectiva de trabajo, en los términos expresados *supra*, en los artículos 437 y 438 del DLOTTT. La evaluación y seguimiento de la convención

colectiva de trabajo, queda a cargo de un Comité de Evaluación y Seguimiento, establecido e integrado por las partes (Art. 440)

## **5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CON REPRESENTANTES NO SINDICALES**

La negociación colectiva se reserva a las organizaciones sindicales de trabajadores o colegios profesionales (ver primer subtema punto 2 c). Respecto a los patronos, a tales efectos, pueden o no estar constituidos en sindicatos, o en cámaras de comercio, industria, agricultura o cualquier rama de producción o de servicios, sus federaciones y confederaciones con personalidad jurídica (Art. 369, 437).

## **6. MODALIDADES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

Se prevé la negociación colectiva a nivel de empresa (Art.436), por rama de actividad (Art. 452 y siguientes). También se prevén procedimientos de negociación colectiva en el sector público (Art. 442 y siguientes) y en el sector privado (Art. 448 y siguientes)

## **7. ARTICULACIÓN DE LOS NIVELES DE NEGOCIACIÓN**

La articulación no está regulada en el DLOTTT. Sin embargo, existe una práctica de celebrar convenciones colectivas marco en el sector público, que sirven de referencia a las convenciones de diversos entes; y al caso de la convención colectiva por rama de actividad, en el supuesto de que existiendo convenciones colectivas que incluyan a la mayoría de los patronos y trabajadores de la rama de actividad, el Ministerio convoca de oficio la RNL para uniformar las condiciones del sector.

## **8. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONVENCION COLECTIVA**

De acuerdo con el DLOTTT, la convención colectiva de trabajo, establece las condiciones conforme a las cuales se debe prestar el trabajo y los derechos y obligaciones que correspondan a cada una de las partes, con el fin de proteger el proceso social de trabajo y lograr la justa distribución de la riqueza (Art. 431). Se rige por los principios de progresividad, intangibilidad, y surte efectos automático, expansivo, de ultractividad y retroactividad (Art. 89-CRBV; 4 Arts.32, 433, 434 y 435).

Ni la CRBV, ni el DLOTTT, definen la naturaleza jurídica de la convención colectiva de trabajo. Esta materia ha quedado a la jurisprudencia.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia adoptó la doctrina del carácter normativo de la convención colectiva. Si bien ésta se origina en un acuerdo de voluntades, debe cumplir con especiales requisitos de formación, que la diferencian de los demás contratos y que permiten asimilarla a un acto normativo. Esos especiales requisitos consisten en que debe suscribirse y depositarse ante un órgano con competencia pública como lo es el Inspector del Trabajo, para que produzca plenos efectos jurídicos.

De acuerdo con esta interpretación de la Sala de Casación Social, la convención colectiva es Derecho. Y aunque está señalada en la Ley como una de las fuentes del Derecho del Trabajo, la Sala hizo la distinción de que una fuente es aquella de donde emana el Derecho, mientras que la convención colectiva es el Derecho mismo. Esto lógicamente tiene importantes repercusiones en materia probatoria, porque si la convención colectiva es Derecho, queda comprendida en el principio “*iuranovit curia*”, se presume que el Juez debe conocerla y no requiere ser alegada ni probada por las partes.

## **9. EFECTOS DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA, POR EJEMPLO: NORMATIVOS, OBLIGACIONALES U OTROS**

### *Efecto automático:*

Las estipulaciones de la convención colectiva de trabajo se convierten en cláusulas obligatorias y en parte integrante de los contratos individuales de trabajo celebrados o que se celebren durante su vigencia en el ámbito de aplicación de la convención (Art. 432).

### *Efecto expansivo:*

Las estipulaciones de la convención colectiva de trabajo aplican aun para aquellos trabajadores que no sean integrantes de la organización sindical u organizaciones sindicales que hayan suscrito la convención. Las convenciones colectivas ampararán a todos los trabajadores activos al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad a su celebración. Excepto los representantes del patrono o patrona a quienes le corresponde autorizar y participan en su discusión, salvo disposición en contrario de las partes.

Cuando una entidad de trabajo tenga departamentos o sucursales en localidades que correspondan a jurisdicciones distintas, la convención colectiva que celebre con la organización sindical que represente a la mayoría de sus trabajadores y trabajadoras, se aplicará a los departamentos o sucursales (Art 96 de CBRV y Art. 432 del DLOTTT).

*Ultractividad: Ver punto 11.*

### *Retroactividad:*

Si en la convención colectiva de trabajo se estipularen cláusulas de aplicación retroactiva, las mismas beneficiarán a los trabajadores activos al momento de la homologación de la convención, salvo disposición en contrario de las partes (Art. 433).

## **10. EXTENSIÓN DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS**

La convención colectiva de trabajo suscrita en una Reunión Normativa Laboral o

el laudo arbitral que se derive de ella, podrán ser declarados por el Ministerio, de extensión obligatoria para los demás patronos, trabajadores de la misma rama de actividad, a solicitud de la propia Reunión Normativa Laboral o de cualquiera de los sindicatos, federaciones, confederaciones o centrales que sean parte en la convención colectiva de trabajo o laudo arbitral. El derecho a pedir la extensión obligatoria de la convención colectiva de trabajo o del laudo arbitral, caducará al vencimiento de la mitad del plazo fijado para su duración (Arts. 468 y siguientes).

## **11. ULTRACTIVIDAD DE LA CONVENCION COLECTIVA**

Vencido el período de una convención colectiva de trabajo, las estipulaciones económicas, sociales y sindicales que beneficien a los trabajadores, continuarán vigentes hasta tanto se celebre otra que la sustituya. Las partes podrán, mediante Acta Convenio, prorrogar la duración de la convención colectiva por un límite que no excederá de la mitad del período para la cual fue pactada (Art. 435).

## **12. TITULARIDAD Y DERECHOS REFERIDOS A LA ADMINISTRACIÓN DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS**

En materia de negociación colectiva, corresponde a la organización sindical más representativa, la administración de la convención colectiva de trabajo. La evaluación y seguimiento de la convención colectiva de trabajo, queda a cargo de un Comité de Evaluación y Seguimiento, establecido e integrado por las partes (Arts. 438, 440)

La representatividad de la organización sindical para la administración de la convención colectiva, se determinará con base en la nómina de afiliados, que conste en el Registro Nacional de Organizaciones Sindicales. Si no fuere posible determinarlo por esta vía, se realizará una consulta directa a los trabajadores interesados, mediante la realización de un referéndum. Si existe una única organización sindical entre los trabajadores interesados en la negociación colectiva, ésta será la organización sindical más representativa (Art. 438).

## **CUARTO SUBTEMA: HUELGA**

### **1. CLASIFICACIONES DE LA HUELGA**

Para el DLOTTT, se entiende por huelga la suspensión colectiva de las labores por los trabajadores interesados e interesadas en un conflicto colectivo de trabajo (Art. 486).

El DLOTTT sólo hace una distinción con la huelga de solidaridad. Al respecto establece que en caso de huelga de trabajadores de un determinado oficio, arte, profesión o gremio que solo tenga por objeto ayudar y solidarizarse con otros trabajadores del mismo oficio, arte, profesión o gremio en su lucha por condiciones de trabajo justas u otras causas en el marco del proceso social de trabajo y la Ley, se tramitará dentro de la jurisdicción de la Inspectoría donde se realizará la huelga de solidaridad (Art. 490).

## **2. TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA**

De acuerdo con la CRBV, la huelga es un derecho de todos los trabajadores del sector público y privado (Art. 97)

## **3. FUNCIONES DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES, COMISIONES NEGOCIADORAS, COMISIONES DE HUELGA**

El procedimiento conflictivo, que eventualmente puede conducir a una huelga, comienza con la presentación de un pliego de peticiones ante la Inspectoría del Trabajo, en el cual la organización sindical expone sus planteamientos (Art. 476). Una vez que el Inspector “admite” el pliego, solicita a la organización sindical y al patrono, que designen dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, dos representantes principales y un suplente por cada parte. Los designados constituirán la Junta de Conciliación, que será presidida por el Inspector del Trabajo (Art. 479).

Esta Junta de Conciliación realizará reuniones para procurar llegar a acuerdos sobre los puntos en discusión. Pero transcurridas ciento veinte (120) horas desde la admisión del pliego de peticiones, o cuando no se haya llegado a un arreglo o no se haya aceptado la opción de ir a arbitraje, los trabajadores pueden iniciar la huelga (Art. 472 y siguientes). Aparte del transcurso de las ciento veinte (120) horas, los trabajadores deben cumplir para ir a huelga, otros requisitos previstos en el artículo 487 del DLOTTT.

En la práctica, se usa nombrar comisiones que estudien y realicen propuestas sobre determinados puntos en discusión.

## **4. REEMPLAZO DE TRABAJADORES EN HUELGA**

Dispone el DLOTTT, que la entidad de trabajo donde se desarrolla una huelga no podrá contratar a trabajadores, ni trasladar a trabajadores desde otros centros de trabajo para realizar las labores de los que participan en la huelga (Art. 489).

## **5. EFECTOS DE LA HUELGA**

El conflicto colectivo es un supuesto de suspensión de la relación de trabajo (Art. 72, literal “e”). En consecuencia, no pone fin a la vinculación existente entre el patrono y el trabajador (Art. 71). Durante el tiempo que dure la suspensión, el trabajador no estará obligado a prestar el servicio ni el patrono a pagar el salario (Art. 73). El tiempo de servicio de un trabajador, no se considerará interrumpido por su ausencia del trabajo con motivo de la huelga en un conflicto colectivo (Arts. 73 y 489). Los trabajadores durante el ejercicio de su derecho a huelga, estarán protegidos por fuero sindical desde la introducción del pliego de peticiones (Arts. 74, 489).

## **6. LIMITACIONES AL DERECHO DE HUELGA. SERVICIOS ESENCIALES**

Para iniciar una huelga los trabajadores deben cumplir ciertos requisitos (Art. 487):



- a) Que haya sido presentado un pliego de peticiones conforme al DLOTTT. El pliego de peticiones además, debe haber sido “admitido” por el Inspector del Trabajo (Arts. 476 y 479). La admisión del pliego por parte del Inspector del Trabajo, supone que el pliego cumpla con alguna de las condiciones siguientes:
- a’ Que el patrono haya dejado de asistir a la negociación de la convención colectiva debidamente convocada o que hayan culminado los lapsos para la negociación de una convención colectiva de trabajo establecidos sin que se haya logrado acuerdo entre las partes.
  - b’ Que hayan culminado los lapsos para la negociación de una convención colectiva de trabajo en Reunión Normativa Laboral establecidos y la representación de los trabajadores haya rechazado la posibilidad de arbitraje.
  - c’ Que se hayan agotado los procedimientos conciliatorios previstos legalmente y los pactados en las convenciones colectivas que se tengan suscritas.
  - d’ Cuando el patrono haya incumplido los acuerdos derivados de la negociación reciente de un pliego de peticiones (Art. 476).
- b) Que hayan sido fijados los servicios mínimos indispensables y los servicios públicos esenciales, que no serán afectados por la paralización de labores.
- c) Que hayan transcurrido al menos ciento veinte horas desde el momento de la presentación del pliego de peticiones.

Se consideran servicios mínimos indispensables de mantenimiento y seguridad, aquellos que sean necesarios para la conservación y mantenimiento de maquinarias cuya paralización perjudique la reanudación ulterior de los trabajos o las exponga a graves deterioros, y los necesarios para la seguridad y conservación de los lugares de trabajo (Art. 483).

Se estima esencial la producción de bienes y servicios cuya paralización cause daños a la población. El Reglamento del DLOTTT establecerá la producción de bienes y servicios considerados esenciales no susceptibles de interrupción.

En caso de conflicto colectivo de trabajo el Ministro con competencia en materia de trabajo y seguridad social, dentro de las ciento veinte horas siguientes a la admisión del pliego de peticiones, emitirá resolución motivada indicando las áreas o actividades que durante el ejercicio del derecho a huelga no pueden ser paralizadas por afectar la producción de bienes y servicios esenciales (Art. 484).

En caso de huelga, los trabajadores obligados a continuar prestando servicios, serán los estrictamente necesarios de conformidad con los requerimientos técnicos propios de la actividad. La organización sindical y el patrono o la patrona acordarán el número de trabajadores que continuarán prestando servicio. La organización sindical podrá hacer las observaciones que estime pertinentes, cuando a su juicio se exija trabajo a personas, sin justificación suficiente. Los servicios mínimos indispensables de mantenimiento y seguridad de las entidades de trabajo, así como la producción de bienes y servicios esenciales, no podrán

ser fijados con tal extensión que comprometan la eficacia de la huelga y los intereses a que está llamada a tutelar (Art. 485).

El Ministro con competencia en materia de trabajo y seguridad social tiene entre sus atribuciones: Fijar, por resolución, los servicios mínimos indispensables en casos de controversia, y los servicios públicos esenciales, para el ejercicio de los trabajadores del derecho a huelga. (Art. 500, numeral 4).

Por la aplicación de una serie de normas del Código Penal, de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación se ha sometido a proceso penal a dirigentes sindicales por el ejercicio del derecho a huelga. Es el caso de Rubén González, secretario general del Sindicato de Trabajadores de Ferrominera Orinoco (Sintraferrominera), quien estuvo más de un año privado de libertad por ejercer el derecho a huelga. En los momentos de escribir este informe, hay varios dirigentes sindicales sometidos a procesos penales por ejercer el derecho a la huelga.

## **QUINTO SUBTEMA: SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS**

### **1. CONCILIACIÓN**

El DLOTTT incluye entre las obligaciones del Inspector del Trabajo (órgano del Ministerio), intervenir y mediar para facilitar los acuerdos en la negociación de la convención colectiva de trabajo, en los pliegos de peticiones y en la solución de los conflictos colectivos de trabajo (Arts. 449, 465, 473, 474, 479 y siguientes; 509, literal 10). En la práctica, los Inspectores del trabajo median o concilian según lo consideren pertinente.

### **2. MEDIACIÓN**

Como se acaba de señalar, el DLOTTT incluye entre las obligaciones del Inspector del Trabajo (órgano del Ministerio), intervenir y mediar para facilitar los acuerdos en la negociación de la convención colectiva de trabajo, en los pliegos de peticiones y en la solución de los conflictos colectivos de trabajo (Art. 449, 473, 474, 479 y siguientes; 509, literal 10). En la práctica, los Inspectores del trabajo median o concilian según lo consideren pertinente.

### **3. ARBITRAJE VOLUNTARIO**

Cuando dentro de un procedimiento de conflicto colectivo, la Junta de Conciliación no llega a un acuerdo, cualquiera de las partes o en su defecto, el Inspector del Trabajo deberá proponer que el conflicto se someta a arbitraje. Si cualquiera de las partes rechaza esta propuesta, entonces el arbitraje no procede (Art. 480).

El DLOTTT prevé un procedimiento para el caso de que se acuerde, que el conflicto colectivo sea sometido a arbitraje (Arts. 493 y siguientes).

### **4. ARBITRAJE OBLIGATORIO**

El DLOTTT prevé que en caso de huelga que por su extensión, duración o por

otras circunstancias graves que ponga en peligro inmediato la vida o la seguridad de la población o de una parte de ella, aún cuando la junta de conciliación no haya concluido sus labores, el Ministro con competencia en materia de trabajo, mediante Resolución motivada, dará por terminado el procedimiento conflictivo y por tanto la huelga y someterá el conflicto a arbitraje (Art. 492).

El Ministro con competencia en materia de trabajo y seguridad social tiene entre sus atribuciones: Ordenar por resolución el arbitraje obligatorio de un conflicto colectivo de trabajo y el reinicio de las actividades en los casos establecidos por la Ley (Art. 500, numeral 5).

También establece el DLOTTT, que cuando la Reunión Normativa Laboral no culmine con un acuerdo definitivo, el Ministerio someterá las diferencias a mediación tomando como base lo establecido en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo para la tramitación de la audiencia de mediación. Si no fuera posible la conciliación, el funcionario del trabajo, a solicitud de parte o de oficio, someterá el conflicto a arbitraje, a menos que las organizaciones sindicales participantes manifiesten al funcionario que preside la Reunión, su propósito de ejercer el derecho a huelga (Art. 465).

Con respecto al arbitraje previsto en la regulación de la Reunión Normativa Laboral, su asunción en principio es obligatoria, porque una sola de las partes puede solicitarlo o puede ser impuesto de oficio por el Ministerio, y el laudo también es obligatorio; pero está limitado porque existe la posibilidad de que el sindicato impida el sometimiento al arbitraje, anunciando su intención de ir a la huelga.

## **5. OTRAS MODALIDADES COMO LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS, INCLUYENDO LAS GESTIONES ADMINISTRATIVAS**

Tanto la conciliación, como la mediación y el arbitraje, a los que se ha hecho referencia, son modos de resolución de conflictos, más no son modos alternativos, ni al juicio, ni a la adjudicación en general. No son alternativos al juicio porque, este tipo de conflictos colectivos de interés no son competencia de los órganos jurisdiccionales, su tramitación corresponde a los órganos y procedimientos administrativos. Tampoco representan siempre una alternativa a la adjudicación, porque el procedimiento conciliatorio llevado a través de la Junta de Conciliación, puede remitir a un arbitraje. Por otra parte, son procedimientos formalmente previstos en las normas jurídicas del trabajo.

## **SEXTO SUBTEMA: MECANISMOS DE DIÁLOGO SOCIAL**

### **1. INTENSIDAD DE DIÁLOGO (INFORMACIÓN, CONSULTA, NEGOCIACIÓN, CONCERTACIÓN)**

Venezuela ha ratificado los convenios internacionales N° 87, 98 y 144 de la OIT. A nivel de normas internas, la Constitución de 1999 como el DLOTTT y LOPCYMAT prevén diversas instancias de diálogo social.

La Constitución al consagrar un Estado Social de Derecho y Justicia le otorga al diálogo social un espacio privilegiado para la toma de decisión sobre cualquier

asunto público. Por su parte, el DLOTTT se señala que el proceso social del trabajo, eje transversal de toda la regulación, se favorecerá y estimulará el diálogo social amplio (Art 25). Una de las funciones de la administración del trabajo es “Mantener amplio diálogo, democrático y participativo, con las organizaciones sindicales y sociales que se relacionan en el proceso social de trabajo” (Art 499, 17). De igual manera, la LOPCYMAT prevé diversos mecanismos de consulta para la toma de decisiones en materia de seguridad y salud del trabajo.

Sin embargo, desde hace más de una década no hay diálogo social de ninguna especie. Ejemplo de ello, es la promulgación del DLOTTT, cuyo texto fue conocido por los actores sociales por su publicación en Gaceta Oficial.

## **2. MATERIAS**

En todas las materias, en particular en la fijación del salario mínimo que se prevé la amplia consulta a las organizaciones sociales, lo que incluye a los sindicatos y otro tipo organizaciones de representación de los trabajadores.

## **3. NIVELES**

Venezuela es un Estado federal y descentralizado. Por lo tanto, el diálogo social debe ser utilizado para la elaboración y puesta en práctica de políticas públicas nacionales, estatales y locales.

## **4. INSTITUCIONALIZACIÓN (ORGANISMOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECÍFICOS O GENERALES)**

No hay organismos específicos. Es una de las funciones del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social.

## **5. EFICACIA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS DE DIÁLOGO SOCIAL Y MECANISMOS PARA DARLES CUMPLIMIENTO**

No existen.

### **SÉPTIMO SUBTEMA: INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y EMPLEADORES**

#### **1. DEBER DE BUENA FE**

La obligación de negociar de buena fe está prevista en la norma que obliga al patrono a celebrar un convenio colectivo con la organización sindical que exista en su empresa. Los empleadores están obligados a negociar con la organización sindical más representativa, pero en caso que solo exista una organización están obligados a celebrar el convenio con ésta, aunque sea minoritaria.

La buena fe se prevé expresamente en el RLOT

Artículo 150.- Del cumplimiento de la convención:

Las partes de la convención colectiva cumplirán de buena fe los deberes y obligaciones que de ella dimanar para cada uno, en los términos y condiciones en que fueron pactados.

## **2. ACTOS DE DISCRIMINACIÓN ANTISINDICAL**

El DLOTTT regula varios supuestos de discriminación por razones sindicales, estableciendo procedimientos administrativos para atacar dichas conductas.

También puede utilizarse la acción de amparo.

Artículo 362. Se consideran conductas o prácticas antisindicales aquellas que causen alguna discriminación o lesión a los derechos de libertad sindical por razón de afiliación o de actividad sindical. Constituyen prácticas antisindicales:

1. Los actos de discriminación en relación con el trabajo, tal como imponer a quien solicite trabajo, abstenerse del ejercicio de sus derechos sindicales o formar parte de un sindicato determinado;
2. Despedir a un trabajador o trabajadora, o perjudicarlo o perjudicarla por su afiliación sindical, o por el ejercicio de actividades sindicales.
3. Los actos de injerencia indebida del patrono.
4. La negativa o dilación injustificada en el registro de organizaciones sindicales, o del trámite ante los órganos de la administración del trabajo de las diversas actividades sindicales.
5. La negativa o dilación injustificada en la afiliación de un trabajador o trabajadora a un sindicato, o de una organización sindical a una federación, confederación o central.
6. Otras que impidan o dificulten el ejercicio de la libertad sindical.

## **3. ACTOS DE INJERENCIA**

El DLOTTT establece una serie de directrices con la finalidad de proteger el ejercicio de la libertad sindical. La más importante es la obligación estatal de velar por el respeto de la libertad sindical.

Artículo 357. El Estado velará para que no se ejerza sobre los sindicatos, federaciones, confederaciones o centrales, ninguna restricción o presión en su funcionamiento, ni discriminación que atente contra el derecho a la participación democrática y protagónica de los trabajadores y las trabajadoras, que garantiza la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

#### **4. PRÁCTICAS DESLEALES Y PRÁCTICAS ANTISINDICALES. SANCIONES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES**

El DLOTTT es amplio al señalar que acciones y omisiones de los órganos administrativos, de los empleadores y de la propia organización sindical pueden constituir prácticas antisindicales. Todas ellas son sancionadas con la nulidad absoluta.

Artículo 361. La libertad sindical, en su dimensión individual y colectiva, se protege frente a actos u omisiones de:

- a) La Administración.
- b) El patrono o patrona.
- c) La propia organización sindical en desmedro de los derechos de sus afiliados y afiliadas; y
- d) Otras organizaciones sindicales.
- e) Serán nulas y sin efecto las prácticas o conductas antisindicales, cualquiera fuere el sujeto.

El DLOTTT prevé varios procedimientos administrativos frente a las prácticas antisindicales. El procedimiento varía dependiendo de quién sea el sujeto que efectúe la práctica antisindical.

En caso de que la violación de la libertad sindical provenga de acciones u omisiones de la inspectoría del trabajo o del ministro, el sindicato tiene varias opciones para defenderse. Puede optar por los recursos administrativos previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o demandar ante los tribunales del trabajo. Por sentencia de la Sala Político Administrativo del TSJ, ya no es necesario agotar la vía administrativa para accionar ante los tribunales laborales.

El DLOTTT contempla un procedimiento ante el inspector del trabajo, en el caso de la negativa de inscripción de una persona en una organización sindical o de ésta en una federación y de la federación o sindicato nacional ante una confederación o central sindical.

La persona o a la organización sindical que se le niegue la afiliación o hayan transcurrido más de 30 días desde la fecha de la solicitud de afiliación puede recurrir ante el inspector del trabajo para que examine si se han cumplido los requisitos previstos en los estatutos para proceder a la afiliación.

El inspector del trabajo debe notificar a la organización sindical y darle un lapso de tres días hábiles para presentar las razones por la cual no ha afiliado a la persona u organización sindical. Si el inspector del trabajo ordena la afiliación, ésta producirá todos los efectos de manera inmediata.

El desacato a la orden de afiliación tiene como consecuencia una multa no menor al equivalente a sesenta unidades tributarias ni mayor del equivalente a ciento veinte unidades tributarias. (Art. 532)

# Reflexiones sobre la efectividad de la libertad sindical y el derecho colectivo en Uruguay

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

---

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho,  
Universidad de la República, Uruguay

## Sumario

I) El principio de libertad sindical. II) Vigencia de la libertad sindical en el Uruguay. III) Consideraciones finales.

## **Resumen**

Entendiendo que no existe otro principio más que el de la libertad sindical para sustentar el funcionamiento auténticamente democrático de las relaciones colectivas de trabajo, se hace necesario asegurar el efectivo ejercicio de los derechos a la auto-constitución y autarquía de las organizaciones sindicales, así como de las inter relaciones de conflicto para su auto-tutela, y de negociación para la auto-regulación normativa por los propios actores sociales. En tal sentido, parece indiscutible que Uruguay goza de un marco que favorece altos grados de eficacia para el desenvolvimiento de la libertad sindical, y a través de su desarrollo, de las propias relaciones colectivas de trabajo. Fruto de una política laboral activa impulsada en la última década, la efectividad de la libertad sindical presenta hoy día más fortalezas que debilidades. Y pese a la tradición “a-regulada” del derecho sindical del país, se ha incorporado una legislación que busca un crecimiento en condiciones de su ejercicio real. En el artículo se analizan tres de las principales normas de este proceso: la Ley N° 17.940 sobre fuero sindical y facilidades en materia de libertad sindical; la Ley N° 18.566 sobre un sistema de negociación colectiva; y la Ley N° 19.508, sobre la negociación colectiva en el sector público. Finalmente se pone el acento en uno de los puntos remisos y delicados, que es aquel que ha operado en el espacio de la conflictividad laboral y ha tenido un epicentro mediático en torno a las ocupaciones de los lugares de trabajo.

**Palabras clave:** libertad sindical, relaciones colectivas de trabajo, conflicto.

## **Abstract**

Understanding that there is no other principle than that of freedom of association to support the truly democratic functioning of collective labor relations, it is necessary to ensure the effective exercise of the rights to self-constitution and autarky of trade unions and of the inter relations of conflict for self-protection, and negotiations for self-regulation rules for social actors themselves. In this sense, it seems indisputable that Uruguay has a framework that favors high degrees of effectiveness for the development of freedom of association, and through its development of its own collective labor relations. The result of an active employment policy pursued in the last decade, the effectiveness of freedom of association has today more strengths than weaknesses day. And despite the “a-regulated” tradition of trade union rights in the country, has introduced a law that seeks growth in terms of their actual exercise. The article discusses three main rules of this process: Law No. 17,940 on trade union rights and facilities on freedom of association; Law No. 18,566 on a system of collective bargaining; and Act No. 19508 on collective bargaining in the public sector. Finally, the focus is on one of the reluctant and delicate points, which is one that has operated in the area of labor disputes and has had a media centered around the occupations of workplaces.

**Keywords:** freedom of association, collective labor relations, conflict.



## 1. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD SINDICAL

1.1. No es casual que la libertad sindical constituya una noción íntimamente vinculada al concepto más amplio y general de **libertad**, el que –como derecho humano fundamental- constituye una condición inseparable del hombre. Por ello, se trata de un valor consustancial de la propia Humanidad y como tal ha sido la causa y justificación de la mayor parte de los hitos políticos y sociales en el devenir histórico, desde tiempos inmemoriales. Señalar a esta altura del desarrollo del pensamiento universal que, en la especie, asistimos a uno de los valores preeminentes que le permiten al individuo vivir conforme a su condición humana, no significa más que reincidir en un lugar común.

En un trabajo póstumo de **Oscar Ermida**, precisamente asevera que *“la libertad sindical no es uno más de los derechos humanos o fundamentales, sino que es un pre-requisito o condición de posesión y ejercicio de otros derechos. Usando una expresión a la moda, podría decirse que es “un derecho para tener derechos”, un derecho generador o creador de otros derechos”*<sup>1</sup>.

Pero no ha de olvidarse que no siempre fue así, ya que en el plano de su consagración como derecho humano fundamental, la libertad sindical ha pasado a integrar las bases conceptuales de la conciencia jurídica contemporánea, por expreso reconocimiento acumulativo de las primeras leyes sancionadas sobre los confines del siglo XIX<sup>2</sup>, de la mayoría de las cartas que acogieron el proceso del constitucionalismo social<sup>3</sup> y de los instrumentos internacionales que universalizaron su reconocimiento y legitimación recién con el despertar del siglo XX<sup>4</sup>.

Nada mejor para resumir este fenómeno que recordar las sugerentes palabras con que otro de los referentes del laboralismo uruguayo, **Helios Sarthou**, abriera el X Congreso Iberoamericano de Montevideo en 1989: *“La magia de esta libertad nació en las entrañas vivas del acontecer social y no en el gabinete aséptico y formal del jurista”*<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Oscar Ermida Uriarte, Crítica de la Libertad Sindical, revista Derecho Laboral Nº 242, abril – junio 2011, Montevideo, Uruguay.

<sup>2</sup> Nos referimos a la ley italiana de asociaciones de 1864; la Trade Union Act británica de 1871; la ley francesa Waldeck-Rousseau de 1884; las leyes norteamericanas Clayton Act de 1914, la Norris Laguardia Act de 1932 y la Wagner Act de 1935, además de la famosa sentencia del Trib. Supremo de EEUU en el caso Senn de 1937 que significa la consagración constitucional del sindicalismo, de su capacidad de contratación y de la licitud del empleo de determinados medios conflictivos.

<sup>3</sup> Constituciones de Querétaro de 1917, de la República de Weimar de 1919, de Austria de 1920, de Polonia de 1921; de la Segunda República española de 1931; nuestra reforma constitucional de 1934. Sobre el tema, vid Rolando MURGAS TORRAZZA, “El nuevo constitucionalismo social y su relación con la protección del trabajo y con los derechos sociales como derechos humanos” en Revista Derecho del Trabajo / Fundación Universitas, Barquisimeto, 2013.

<sup>4</sup> Desde el Preámbulo de la Constitución de la OIT de 1919 –complementada por la Declaración de Filadelfia de 1944-; pasando por la aprobación de los CIT núms. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948) y 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949) y la consagración del derecho de sindicalización que gestará el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (“Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”).

<sup>5</sup> Helios SARTHOU, “Los rasgos ontológicos generales de la libertad sindical”, Trabajo, Derecho y Sociedad. Estudios de Derecho Colectivo, ed. FCU.

Fue la resistencia a las injusticias, la miseria y las privaciones; la búsqueda de la paz duradera; la formación de los primeros agrupamientos, uniones, coaliciones, sociedades o mutualidades contestatarios -gérmenes todos del sindicalismo actual; el surgimiento espontáneo de un estado de conciencia sobre la condición compartida de los trabajadores frente a problemas similares, intereses solidarios y objetivos reivindicativos; las luchas obreras y las huelgas; lo que despertó y expandió ese valor fundamental que es la libertad sindical colectiva y ecuménica, encarnada por y para seres humanos de carne y hueso que constituyen la inmensa mayoría de la población y que trabaja a cambio de un salario con el que obtener el sustento y el de quienes de ellos dependen.

El proceso de universalización jurídica de este derecho continuaría a través de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (1948, art. XXII); del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966, arts. 22.1, 2 y 3); del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966, art. 8 lits. a y d); del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos (San Salvador, 1988, art. 8). Paralelamente, la acción normativa de la OIT que, a partir de los CIT núms. 87 y 98, aprobó otros instrumentos, como los CIT núm. 135, 141, 151 y 154 respectivamente.

Naturalmente, la evolución de la acción y de las ideas condujo a que la libertad sindical haya alcanzado el rango de uno de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo a partir de la Declaración tripartita de la OIT de junio de 1998, la que obliga a todos los Estados a observarlo como principio esencial de su propia Constitución, por el solo hecho de ser miembros de la Organización. No queremos olvidar tampoco la importancia que, a nivel regional, representa la recepción de la libertad sindical por la Declaración Socio Laboral del Mercosur de diciembre de ese mismo año.

**1.2.** No es casual que personalmente prefiramos hablar de **“principio de libertad sindical”**; se trata de una elección consciente del enunciado, que refleja una corriente de opinión que reconoce que constituye la columna vertebral sobre la que se arma, respalda, estructura y anima<sup>6</sup> el derecho colectivo del trabajo. **No existe otro principio más que el de la libertad sindical, para sustentar el funcionamiento dinámico de las relaciones colectivas de trabajo.** Es en torno a la libertad sindical que gira su reconocida estructura triangular, basada en los derechos a la auto-constitución y autarquía de las organizaciones sindicales, así como en las inter relaciones de conflicto para su auto-tutela, y de negociación para la auto-regulación normativa basada en la autonomía colectiva.

Más aún, en nuestra opinión, el orden normativo laboral tiene un marcado, inevitable y necesario origen colectivo y autonómico, proceso que distingue al Derecho del trabajo por su carácter extra-etático<sup>7</sup>. Entendemos que las normas constitucionales, legales e infra legales (de menor nivel), vienen –en realidad- a

<sup>6</sup> Adjetivos extraídos de las enseñanzas de Américo PLA RODRÍGUEZ, cuando reflexiona sobre el valor de los principios del Derecho del trabajo en general (vid. “Actualidad de los principios del derecho laboral”, LJU, Doctrina, N° 40).

<sup>7</sup> Américo PLÁ RODRÍGUEZ, Curso de Derecho Laboral, Tomo I, vol. 1, Montevideo, Uruguay.

complementar a aquellas regulaciones, a llenar los vacíos generados por las mismas, o a regular sectores, actividades y universos subjetivos no alcanzados por el desarrollo de los fenómenos colectivos del trabajo. Este proceso convierte a estas últimas normas (típicamente heterónomas), en una “legislación” (en el sentido más amplio del término) sobre mínimos imperativos (pisos), que traduce desde su surgimiento el interés de la sociedad en su conjunto (orden público) y los fines protectores que el Estado ha de priorizar en su condición de administrador, legislador y juez<sup>8</sup>.

**1.3.** La libertad sindical, por otra parte, constituye el común denominador de los sistemas democráticos. La democracia no se agota en el reconocimiento del pluralismo político, sino que supone la actuación –además de los partidos políticos- de los sindicatos de trabajadores y asociaciones gremiales de empleadores, como grupos intermedios entre la sociedad en su conjunto (representada por el Estado) y los individuos (o personas) que forman parte de aquella.

De allí **la necesidad siempre reivindicada de dotar de una tutela efectiva a este derecho**, precisamente para no permitir que caiga en el riesgo de su “inefectividad” o desaplicación. A ello apunta el título de la ponencia; trazar algunas reflexiones acerca de la efectividad de la libertad sindical en Uruguay.

## **2. VIGENCIA DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL URUGUAY**

**2.1.** Tal como lo señalara el anterior Director General de la OIT, **Juan Somavía**, en la apertura de la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2008<sup>9</sup>, la efectividad de la **libertad sindical exige un entorno propicio**. Para que el mismo sea logrado, se requieren una serie de circunstancias favorecedoras, como la existencia de instituciones que faciliten la negociación colectiva y traten los conflictos eventuales, una administración del trabajo que sea eficaz, y organizaciones de trabajadores y de empleadores representativas, agregando que para que ello sea posible, los gobiernos han de desempeñar un papel capital. En este mensaje, también se pone el acento en otro elemento o variable esencialísima: un marco legislativo que brinde la protección y las garantías necesarias.

A la luz de estos conceptos, nos es posible señalar que **Uruguay goza en el presente de un marco que favorece altos grados de eficacia para el**

<sup>8</sup> Por eso, más que un desgajamiento del Derecho común, el nacimiento del Derecho del trabajo representa la evolución autónoma (originaria) de una realidad social diferente que constituyó la semilla de generación de un ordenamiento propio, que germinó y creció más allá y por fuera del Derecho civil y comercial. Sus notas tipificantes le resultan inherentes; aún la figura jurídica del denominado “contrato de trabajo” (que no es más que un intento de aproximación entre el Derecho del trabajo –disciplina que regula relaciones sociales- y el Derecho privado común –disciplina que regula relaciones económicas-), no constituyente una transformación del arrendamiento de obra o de servicios, sino la juridización de un vínculo laboral muy diferente (sustentado en la relación de trabajo libre, subordinado, por cuenta ajena y asalariado). La relación de trabajo no encarna siquiera un contrato de o por adhesión; estas explicaciones constituyen entelequias que se alejan de la realidad, ya que aquella relación representa un “no-contrato” y está determinada por una situación de hecho, sin espacios para el libre consentimiento, que dura mientras subsista la misma (el trabajo como hecho).

<sup>9</sup> 97ª reunión, “La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas”, Ginebra, 1ª. Edición, 2008.

**desenvolvimiento de la libertad sindical**, y a través de este desarrollo, de las relaciones colectivas de trabajo.

Al respecto, es de señalar que la reinstalación de la democracia en 1985, así como la recuperación de las libertades públicas y la vigencia del derecho tras el largo periodo de su conculcación en la dictadura de las décadas de los 70 y 80, ha representado en el campo de las relaciones colectivas y del derecho colectivo del trabajo, un importante impulso para el resurgimiento y fortalecimiento de las organizaciones sindicales e incluso empresariales; ha permitido un desenvolvimiento real –para muchos, incluso exacerbado- de los medios de acción (fundamentalmente en el terreno de la huelga y el conflicto colectivo)<sup>10</sup>; y ha recompuesto –aún con alternancias temporales- ámbitos y rutinas de negociación colectiva para la auto-regulación de los actores sociales, cuyos resultados superan los promedios alcanzados en otros sistemas comparados.

Y lo que ha venido de algún modo a completar este panorama, ha sido la legislación de apoyo y fomento de la libertad sindical –en sus distintas modalidades de expresión- que ha sido incorporada al ordenamiento jurídico en vigor en estos años recientes, abriéndose una etapa de “**política laboral activa**” (como gustaba de calificar **Oscar Ermida**).

No obstante, creemos necesario señalar que la sola existencia de tales condicionantes no implica necesariamente una efectivización de niveles óptimos de funcionamiento en materia de relaciones colectivas.

En primer lugar, ello se debe a que existen aún aspectos que requieren esfuerzos nacionales para su mejoramiento; en segundo término, porque en la medida que estamos en presencia de fenómenos complejos de interrelación, muchos son los factores que pueden entorpecer o afectar aquel resultado deseable. Por último, tampoco conocemos cuál es la próxima estación en el curso de esta realidad que, por pertenecer al mundo del trabajo, moldeado constantemente a través de su dinámica cambiante y maleable, sabemos que no se detiene.

Ello ha permitido a la doctrina nacional y a los operadores de las relaciones laborales y laboristas, plantear una pregunta para el futuro: ¿estamos ante un cambio de modelo? Porque veníamos de un modelo abstencionista de largo arrastre histórico, conforme al cual el Estado no intervenía en las relaciones colectivas de trabajo o lo hacía mínimamente, mientras que con estas reformas, podría pensarse que nos acercamos o evolucionamos hacia un probable modelo en el cual el Estado sí actúa en las relaciones colectivas, con la finalidad de proteger o promover a una de las partes que se considera más débil. El grado de implantación y perdurabilidad de las nuevas medidas, por un lado, y su eficacia, por otro, permitirán definir, en el futuro, si el sistema uruguayo de

---

<sup>10</sup> Relaciones de trabajo en el Uruguay, Ginebra 1987 (Informe de una misión de la OIT en Uruguay).

Derecho colectivo del trabajo viró de un modelo abstencionista o “arregulado”<sup>11</sup>, a otro de promoción de la actividad sindical<sup>12</sup>.

Por ello intentaremos abordar a la luz de esta evolución legislativa, algunas de las principales fortalezas y debilidades que –a nuestro parecer- caracterizan la práctica y efectividad de la libertad sindical en nuestro país, procurando efectuar una lectura que –sin desprenderse de los elementos constitutivos multidisciplinarios que son propios de las relaciones laborales- resulte preponderantemente hecha en clave jurídica.

**2.2.** Aún sin desconocer la existencia de opiniones contrapuestas en crisol de las ideas y valoraciones, estimamos que la **evolución legislativa** ha jugado un rol preponderante en este proceso de afianzamiento del entorno necesario para crecer en condiciones de ejercicio de la libertad sindical.

**(A)** En primer término, ocurrió así con **la sanción en el año 2007 de la Ley Nº 17.940**, que vino a llenar un vacío ya insostenible en la legislación nacional, al punto de haberse convertido Uruguay en el único país democrático de América Latina que no contaba con un respaldo jurídico suficiente del ejercicio efectivo de la libertad sindical<sup>13</sup>. A lo largo de un cuarto de siglo, el sistema social imperante no fue capaz de alcanzar los consensos necesarios para dictar una ley en materia de fueros sindicales. Y ello no se debió a ausencia de iniciativas políticas y ayudas técnicas de la OIT y otros organismos<sup>14</sup> para lograrlo. El propio gobierno que inauguró la transición democrática, fue impulsor de un proyecto de ley –ciertamente completo y satisfactorio- pero el mismo naufragó en las batallas políticas parlamentarias.

La norma en vigor, más allá de las críticas recibidas, **incorpora garantías a nivel de la libertad sindical individual positiva, que resultan propias de un fuero sindical amplio**, tanto en su extensión subjetiva (comprende a dirigentes sindicales, representantes y delegados, pero también a todo trabajador –afiliado o no- que desarrolle actividad sindical); en su alcance objetivo o material (protege contra todo acto antisindical que perjudique a un trabajador en relación con su empleo, incluyendo las actividades tendientes a constituir una organización); y en cuanto a sus efectos (incorpora la nulidad del acto violatorio y la reposición del estado de cosas anterior, además del pago de salarios caídos y de la reparación de daños y perjuicios, bajo coerción del pago de astreintes).

<sup>11</sup> El calificativo fue utilizado por Héctor-Hugo Barbagelata en sus clases para diferenciar el modelo uruguayo originario de las tendencias flexibilizadoras del neoliberalismo; mientras éstas buscaron desregular (es decir, eliminar reglamentaciones), la arregulación del sistema de relaciones colectivas de trabajo uruguayo, en realidad denuncia que nunca estuvo sometido a una reglamentación en sus orígenes y se mantuvo así por muchas décadas (Jorge Rosenbaum y Mario Garmendia, “Comparación entre los modelos de regulación estatal y arregulación en materia de negociación colectiva”, en VIII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social).

<sup>12</sup> Oscar ERMIDA URIARTE, La nueva legislación laboral uruguaya, en JusLabor Nº 4/2006, pág. 7.

<sup>13</sup> Vid. Jorge ROSENBAUM, “La protección de la libertad sindical de los trabajadores: un compromiso y un desafío para la sociedad uruguaya”, en Rev. Derecho Laboral No. 190, Montevideo, abril-junio 1998.

<sup>14</sup> Programa RELASUR, coauspiciado por la OIT y por el Gobierno español, bajo la eficiente dirección del Prof. Oscar Ermida Uriarte.

La aplicación de la ley ha sido relativamente exitosa, en la medida que las primeras críticas doctrinarias sobre algunos aspectos procedimentales (como la “carga” probatoria real, la necesidad del litisconsorcio activo entre trabajador y sindicato, las dificultades que podía plantear la carencia de personería jurídica de este último actor, los obstáculos para materializar la reinstalación en casos de despido), fueron superadas en la mayor parte de los casos sometidos a resolución judicial. En estos aspectos, debe señalarse que la jurisprudencia de los tribunales laborales (que actúan en forma excepcional en el conocimiento de esta materia, debido a que su competencia se limita a las controversias individuales de trabajo), arroja un balance positivo en receptor los fines propios del fuero sindical.

Incluso, con el advenimiento del nuevo proceso laboral, la aplicación del denominado procedimiento extraordinario del CGP respecto de trabajadores sin cargos directivos o representativos del sindicato, quedaría desplazada para los casos de tutela del trabajador común afectado por un despido o práctica antisindical (proceso general de la ley N° 17.940), en la interpretación del texto vigente de la Ley N°. 18.847, que recuperó el proceso autónomo para la materia laboral.

En síntesis, las observaciones que se formulaban en el pasado cercano sobre la esencialidad de regular una protección adecuada, buscando quitarle al tema el pretendido carácter marginal o accesorio con que muchas veces se lo enfocaba y convertirlo en una parte más de la libertad sindical, han sido superadas. Hoy puede sostenerse que la protección instituida por el legislador, se ha transformado en un presupuesto de eficacia de la libertad sindical, dotando a los actores sindicales de garantías que avientan los riesgos más frecuentes en el ejercicio de este derecho fundamental (el despido, la sanción disciplinaria, el traslado, la afectación de condiciones laborales, etc.).

Pero además, esta ley incorporó un conjunto de **facilidades propias del ejercicio de la actividad de las organizaciones para promover la libertad sindical.**

La que más destaca es la referente a la licencia sindical que permite el empleo de tiempo pago para ejercitar aquellas actividades, y cuya regulación ha sido delegada a la negociación bipartita y directa de las partes involucradas, o a la decisión tripartita en el ámbito de los Consejos de Salarios.

A su respecto, en el terreno de la práctica han surgido al menos dos órdenes de inconvenientes. De un lado, la ausencia de un mecanismo alternativo para el caso de no mediar acuerdo, lo que constituye un déficit de la ley. Por imperio de lo previsto en los arts. 72 y 332 de Constitución, esas situaciones deberían subsanarse a través de la aplicación efectiva del derecho; sin embargo, no basta con la simple integración analógica de otras experiencias análogas para adoptar una decisión legítimamente válida. Entendemos que para darle auténtica efectividad, sería conveniente resolver estas situaciones a través de su negociación en el ámbito del Consejo Superior Tripartito, desde que el mismo – más allá de sus funciones de gobernanza del sistema- podría (en nuestra opinión como analistas), celebrar acuerdos colectivos del más alto nivel, en su caso entre la central sindical y las cámaras empresariales de cúpula, y así laudarse

estas falencias. No ha sido usual que en nuestro país se verifiquen acuerdos de concertación o pactos sociales, porque las condicionantes para un consenso de ese tipo chocan con férreas concepciones ideológicas y estratégicas. Pero puntualmente podrían existir opciones de acercamiento respecto de la celebración de un convenio colectivo interprofesional (o aún nacional) en un tema puntual como es el que venimos de referir. Rotundas experiencias practicadas en España constatan que los actores sociales más representativos y el gobierno han podido celebrar numerosos acuerdos de concertación sobre la regulación de la negociación colectiva, ajustando la función instrumental de la misma a nuevos requerimientos o necesidades mutuas. Nos preguntamos si no será este punto –la regulación colectiva de la licencia sindical- una materia mucho más sencilla de convocar consensos.

En otro orden, las críticas sobre el exceso de horas habilitadas y/o del número de representantes o delegados favorecidos por su uso –frecuentes en el entorno de empresas pequeñas o medianas- son el resultado –en el peor de los casos- de negociaciones llevadas adelante en las ramas de actividad por las organizaciones representativas del empresariado, lo que desnuda –en ocasiones- los riesgos de oligopolización en favor de las empresas de mayor porte que son consecuencia de procedimientos que, como los de los Consejos de Salarios, privilegian las negociaciones de alto nivel. Contingencia ésta que también se materializa en la fijación de salarios o condiciones de trabajo bajo estándares que pueden ser abordados por empresas de gran porte, multinacionales o dominantes en sectores del mercado.

La segunda facilidad sindical es la referida a la retención de cuotas de los afiliados en el pago de salarios, lo que exige –como requisito necesario- el consentimiento expreso y previo de cada cotizante. Si bien esta incorporación del texto legal representa un progreso, en los hechos el procedimiento se encontraba ampliamente extendido entre los actores sociales por acuerdos, convenios colectivos y/o laudos de Consejos de Salarios, por lo que –en principio- ha planteado inconvenientes generales en su aplicación concreta.

Otra prerrogativa regulada por la ley N° 17.940 es la utilización de cartelera y de otros medios de comunicaciones y difusión de actividades sindicales. Consideramos que la ley ha contribuido –probablemente en forma indirecta- a ampliar la base de aceptación conceptual de estas modalidades de ejercicio de la libertad sindical, de largo arraigo en el derecho comparado. Sin embargo, somos conscientes que en la práctica se plantean situaciones de tensión en torno a estos temas y que las causas se dividen tanto a favor de los sindicatos, como de los empleadores (lugar de exhibición de las mismas, acceso real de los trabajadores, empleo de material con contenido exclusivamente político, etc.).

Nuestro convencimiento nos hace afirmar que existen ciertos criterios de razonabilidad que deberían primar en este caso; a modo de ejemplo, el empleador no puede ni debe atribuirse la potestad de censurar o prohibir la exhibición de información. Al mismo tiempo, parece acertado sentar como regla que en las comunicaciones, se debe actuar con respeto y ponderación, evitando así que la cartelera sindical sea utilizada como instrumento para expresar agravios. Así

como el sindicato es responsable de sus actos (y, por tanto, de las ofensas o daños que pueda causar al empleador), este último tiene el derecho de hacer públicas sus réplicas, bajo su propia responsabilidad, en lugares o por medios destinados para comunicar avisos de la empresa, sin que ello pueda considerarse una práctica anti sindical. No se trata más que la puesta en práctica del derecho a la libre expresión, al intercambio de argumentaciones y fundamentos, a la información de hechos o datos, elementos todos que deberían contribuir a la más adecuada y objetiva formación de opinión de los interesados.

Pero –además- como la casuística sobre situaciones suele ser muy amplia, se impone una conducción facilitadora de parte de la autoridad ministerial; el primer mecanismo de avenimiento debería intentarse a nivel de la negociación directa entre las partes, o –en su caso- someter el diferendo al Consejo de Salarios respectivo. No creemos que constituya una buena práctica que sea la Dirección de Trabajo o la Inspección General, las que impongan –salvo que mediere un flagrante incumplimiento- decisiones imperativas, sin el acuerdo de alguna de las partes involucradas.

Pero como no todo suele ser negativo, progresivamente también comienzan a constatarse nuevos hábitos, incorporados por la negociación colectiva, que permiten el empleo por parte del sindicato de correos, mails y espacios habitualmente conectados en red para las comunicaciones internas en las empresas, lo que evita desplazamientos de delegados dentro de los establecimientos y frente al público, extiende el acceso de boletines y publicaciones sindicales a un número mayor de trabajadores, y como modalidad de uso, se adapta a las nuevas prácticas tecnológicas que prevalecen en la vida cotidiana.

**(B)** En segundo lugar, **la organización de un sistema de negociación colectiva por medio de la ley Nº. 18.566** es otro peldaño para propiciar un entorno facilitador del ejercicio de la libertad sindical.

Durante décadas, el sector empleador bregó por la sanción de una ley sobre convenios colectivos con el objetivo de dotar a las relaciones laborales de grados de certeza y seguridad jurídica de las que, en opinión mayoritaria de estos actores, el país carecía. Se sostuvo que no era posible responder sin vacilaciones acerca de cuál es la eficacia de un convenio, su extensión o su perdurabilidad ultra activa, más allá del plazo de extinción. No existían soluciones normativas respecto de los criterios de articulación cuando concurren acuerdos de diverso nivel, ni resultaba clara la posibilidad de denuncia de los mismos. Se discutía la exigibilidad, alcances y efectos de una obligación de negociar. Tampoco se preveían medios efectivos para garantizar grados mínimos de información a los efectos de negociar. Las partes se veían enfrentadas a la incertidumbre que plantea el deber de paz durante la vigencia de los acuerdos y debían negociarse, en cada convenio, cláusulas obligacionales que estipulen garantías mínimas frente al desarrollo de conflictos.

Por su parte, las organizaciones sindicales simpatizaban con lograr, en lo medular, una continuidad en la convocatoria y funcionamiento de los Consejos de Salarios al quedar comprobado que, cuando deja de convocárseles, se debilita la acción y concentración de poder social y negocial por los sindicatos,



además de volver casi inexistente la negociación colectiva. Ante esta constatación, han preferido aceptar mecanismos intervenidos de negociación, abdicando de espacios de autonomía colectiva y limitaciones –inevitables- del ejercicio pleno de la libertad sindical, consecuencia que siempre acarrea la participación del Estado en ámbitos tripartitos.

La impulsión de la ley referida ciertamente representó un encuadramiento jurídico de la realidad imperante en las prácticas usuales desplegadas por los actores sociales en las etapas en las que negociaron en los Consejos de Salarios (desde mediados de los años 40 hasta 1968; desde 1985 hasta comienzos de los años 90; y a partir de 2005 hasta el presente).

En este sentido, lo que se diseñó fue un “sistema de negociación colectiva” a través de la reglamentación de tres grandes niveles de negociación: **uno “superior”** representado por un Consejo Superior Tripartito; **otro “intermedio”**, por rama de actividad o sectores productivos, a través indistintamente de la negociación bipartita sectorial o de los Consejos de Salarios de estructura tripartita; y, por último, **un nivel en la base**, de negociación bipartita en la empresa.

Como concepción global, desde que fuera promovida la iniciativa, sostuvimos que su estructuración era compatible con la realidad histórica del régimen de negociación uruguayo. En efecto; traduce la fotografía que revela la pacífica cohabitación que reconoce la experiencia nacional durante décadas entre:

(a) una negociación colectiva pura (típica), técnicamente compatible con los principios enunciados por la OIT a través de los CIT núms. 98 y 154;

(b) modalidades impuras de negociación tripartita (atípica), impuestas por la ley N° 10.449 sobre Consejos de Salarios);

(c) otras prácticas de negociación colectiva “sui generis” (mixta), que supone la celebración de convenios colectivos bilaterales, luego sometidos al Consejo de Salarios para lograr, a través de la homologación, un alcance subjetivo extensivo a terceras empresas y sus trabajadores, no comprendidos en la unidad de negociación de la Cámara o asociación patronal involucrada.

Esa coexistencia histórica evidencia más que claramente el reconocimiento de diferentes niveles y modalidades para el desenvolvimiento de la autonomía normativa a través de un concepto amplísimo sobre negociación colectiva<sup>15</sup>.

No consideramos que la ley represente un obstáculo a la mayor efectividad de la libertad sindical. Las objeciones sobre la afectación de la libertad de las partes respecto de la autonomía colectiva son muy relativas. El derecho comparado ha visto desarrollarse experiencias cada vez más laxas que las que comprende la mera negociación bipartita. La consulta y el tripartismo, la participación, la concertación y los pactos sociales, así como las manifestaciones contemporáneas de diálogo social, han abierto un cauce a la

<sup>15</sup> Según nuestra conceptualización, resulta abarcadora de “todas las formas de trato entre empleadores y trabajadores y sus respectivos representantes, siempre y cuando supongan una negociación en el sentido corriente” en materias que son propias o conexas con contenidos laborales, según se enuncia en “La negociación colectiva en los países industrializados con economía de mercado”, O.I.T., 1974.

aparición de nuevos ámbitos (como los regionales e internacionales), procedimientos, instrumentos y sujetos, lo que plantea la necesidad de reformular temas tales como los de la representatividad, los alcances y efectos jurídicos, la intervención del Estado, la gobernanza de las relaciones laborales, etc.

Un dato no menor es el que refiere a la queja que, durante el trámite parlamentario del proyecto de ley, fue promovida ante la O.I.T. contra el Gobierno uruguayo por la Cámara de Industrias (CIU), la Cámara Nacional de Comercio y Servicios (CNCS) y la Organización Internacional de Empleadores (OIE), secundada en el plano interno por las restantes organizaciones empresariales representativas. Como consecuencia de ello, en el 356.º informe del Comité de Libertad Sindical (caso 2699), nuestro país fue objeto de distintas recomendaciones y observaciones que, como es de conocimiento, generaron el intento fallido de su superación a través de un acuerdo tripartito a suscribirse en Ginebra, durante el curso de la Conferencia Internacional de junio de este año 2011. Si bien luego se asumió un compromiso tripartito que, en lo medular, dispone que las partes iniciarían una nueva etapa de diálogo sobre los comentarios del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y de la discusión por la Comisión de Aplicación de Normas y de los artículos de la Ley Nº 18.566, objeto de observaciones, lo cierto que este procedimiento ha resultado inocuo hasta el presente.

Como es posible apreciar, si bien este ha sido un punto crítico de discusión y enfrentamiento en la realidad dinámica de las relaciones laborales, es dable pensar que la efectividad de la libertad sindical no sólo no debería continuar bajo acechanza, sino que el aporte de soluciones recíprocamente negociadas podría mejorar aún más el ordenamiento jurídico de una negociación colectiva adaptada a los requerimientos, particularismos, prácticas asentadas y cultura negocial prevalente en el país.

**(C) En tercer término, la aprobación de la ley Nº. 18.508** constituyó un paso de avanzada para **consolidar un régimen estructurado de negociación colectiva en el ámbito de la actividad pública**. La misma vino a plasmar específicamente el derecho de los funcionarios del Estado de desenvolver una actividad negocial colectiva en el marco de la libertad sindical, tal como lo enuncian los Convenios Internacionales de la OIT núms. 151, 87 y 154, ratificados hace un par de décadas atrás por Uruguay<sup>16</sup>.

La convocatoria de un ámbito específico para los trabajadores del Estado, pese a que la ley Nº 10.449 los excluía del régimen de Consejos de Salarios, con la posterior celebración de un Acuerdo marco sobre negociación colectiva y la

<sup>16</sup> En intervención en la Comisión de la Cámara de Senadores, Oscar Ermida y el suscrito señalamos la ausencia de justificación jurídico formal para diferencias dos regímenes legales diferenciados, por un lado, para la actividad privada y, por el otro, respecto de la función pública. Sin embargo parece ser ésta una tendencia mayoritaria en América Latina. Así, por ejemplo, dan cuenta de ello respecto de Venezuela, Napoleón GOIZUETA HERRERA e Iván MIRABAL RENDÓN, al enunciar que "También en la negociación colectiva existe una marcada diferenciada entre el sector público y el privado, así podemos observar que en el vigente RLOT se dedica una sección exclusiva al régimen de la negociación colectiva en el sector público, que por establecer unas marcadas diferencias se cita del Art. 154 al 164" , Informe al XIX Encuentro de Expertos latinoamericanos en relaciones laborales, Viña del Mar, Chile, 5 y 6 de noviembre de 2010.

creación de un Grupo especial para los mismos, constituyeron señales en la dirección antes anotada. Con la creación de un Consejo Superior de Negociación Colectiva del Sector Público por la ley sancionada, también en esta actividad se organizó un sistema de negociación colectiva en tres niveles; además de este ámbito macro, se habilita la negociación por ramas o sectores (administración central, entes autónomos o servicios descentralizados), y por debajo, por inciso u organismo, entre sus autoridades y las organizaciones sindicales de base.

Sin embargo, COFE formula serias reprensiones al gobierno sobre la autenticidad de la negociación colectiva en la práctica. Resulta sugerente el alineamiento de esta organización sindical con planteos semejantes, en algunos de aspectos centrales, que fueran efectuados por las Cámaras empresariales (conforme viene de comentarse).

En efecto, el Departamento de Estatales y Municipales del PIT-CNT denunció al Estado uruguayo porque si bien se celebraron reuniones, *“los representantes de los funcionarios efectuaban sus planteos, pero sin el eco suficiente ante los representantes del Poder Ejecutivo de forma tal de generar una dinámica de propuestas y contrapropuestas”*. *“...Pero más grave aún, mientras se celebraban, sin ningún éxito, dichas sesiones, el Poder Ejecutivo, en forma paralela iba elaborando su proyecto de presupuesto quinquenal, el cual incluía una gran cantidad de normas vinculadas con las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos”*. Los argumentos de la queja promovida por COFE señalan, entre otras cosas que: *“La práctica concreta de la negociación implica someter a discusión del ámbito de negociación los diversos temas desarrollados por la ley como objeto de negociación. Y la obligación de negociar de buena fe y de proporcionar información, constituyen aspectos instrumentales sin los cuales es imposible que las partes puedan actuar”*. *“...Podrá o no haber acuerdo, pero lo que sí debe existir es una circunstancia concreta de lugar y tiempo en el que un tema es objeto de abordaje mediante propuestas y contrapropuestas de los participantes sobre la base de la información debidamente proporcionada con la antelación suficiente para su estudio*. Asimismo, existen graves imputaciones sobre la ausencia de información por parte del Estado en las instancias de negociación colectiva.

Llama la atención un aspecto que resulta contradictorio y es que en diciembre de 2010, COFE celebró un Acuerdo Marco sobre ajustes salariales, incluyendo cláusulas de paz con preaviso de huelga semejante al establecido en la ley N° 13.720 (COPRIN), y luego –por efecto de anuncios sobre la reforma general del Estado por el gobierno- varió su estrategia y desató una cerrada resistencia y oposición al gobierno.

De todos modos, parece claro que asistimos en este concreto sector a un serio cuestionamiento efectuado por la organización sindical de la función pública acerca de la efectividad de la negociación colectiva y, por tanto, del desarrollo de la libertad sindical. Más allá de la razón o sin razón de estas quejas, lo cierto es que el escenario de la inter relación con el Estado actuando como empleador, genera incertidumbres que exigirán un proceso nada fácil de negociaciones para su eventual recomposición. De otro modo, el flanco que se

ha abierto puede causar un quiebre que, en una ingeniería social tan compleja, puede llegar a afectar el funcionamiento de todo el sistema de relaciones laborales en el país.

**(D)** Por último, no escapa a la consideración de este tema un breve análisis **del estado actual de las relaciones de conflicto colectivo**, que constituyen junto al derecho de sindicación y de negociación colectiva, un tercer pilar esencial para la conformación tridimensional del derecho colectivo del trabajo.

El punto de inflexión se produjo tempranamente, ya que al asumir la administración de gobierno en el año 2005, se procedió a derogar el Decreto 512/966 que regulaba la desocupación de los lugares de trabajo por resolución administrativa y constituía, junto con la hasta hoy vigente Ley N° 13.720 (arts. 3 núms. 4 y 5 de 1968), las únicas normas que incorporan disposiciones en materia de conflictos colectivos a nivel infra constitucional.

Más allá de cualquier valoración sobre su oportunidad, la mencionada derogación se presenta en línea con el art. 57 de la Carta que declara que la huelga es un derecho gremial y sobre esa base, la ley reglamentará su ejercicio y efectividad. Desde el punto de vista jurídico formal, el repliegue del Poder Ejecutivo representaba un mayor grado de vigencia de la libertad sindical ya que en los ámbitos técnicos de la propia OIT, la ocupación era contemplada como una forma de ejercicio de la huelga<sup>17</sup>.

Como señala Oscar Hernández, las instituciones de derecho colectivo, y muy especialmente la libertad sindical, tienen una implicación política que las lleva naturalmente a que los actores adopten posiciones antagónicas con las medidas autocráticas<sup>18</sup>. Y además, agregamos, en todo sistema de relaciones laborales, la fuerza de los hechos juega un papel muchas veces imponderable; algunos sindicatos asumieron como estrategia la conveniencia de tensar la cuerda y obtener, a través del valor mediático que producen las ocupaciones de establecimientos, una visibilidad más notoria en los medios de prensa y presionar con mayor incisión los resultados emergentes de la reciente convocatoria de Consejos de Salarios en su tercera etapa de vida activa.

La fuerte reacción empresarial, la puesta en escena del debate en los medios y el temor del descontrol de las metas económicas trazadas a nivel de la política gubernamental, terminó con la sanción del Decreto 165/2006, cuyo objetivo fue regular medios de prevención y solución de los conflictos colectivos y de reglamentar las ocupaciones. En su primera parte, la norma sistematizaba procedimientos de solución de conflictos colectivos –consecuentes con las prácticas internacionales- y que ya eran reconocidos en varias normas en vigor. En la segunda parte, en cambio, se ingresaba al terreno específico de la ocupación de los lugares de trabajo, fundando la coincidencia del decreto con la doctrina y jurisprudencia nacionales (diríamos mayoritaria), acerca de que se trata de una manifestación de la huelga, pero buscando una regulación de la misma que autoriza al Poder Ejecutivo a disponer el desalojo de los ocupantes,

<sup>17</sup> Puede verse Recopilación de normas..., cit., caso 545.

<sup>18</sup> Oscar Hernández Álvarez, "Tendencias tradicionales y emergentes en el Derecho Laboral en América Latina", <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2150/18.pdf>, pág. 300.

cuando la continuidad de la medida ponga en grave riesgo la vida, seguridad o salud de la población o afecte seriamente el orden público.

Vienen al caso las sabias reflexiones que efectúa Adrian Goldin sobre los sistemas de solución de conflictos, al señalar que en sus vínculos, nunca exentos de tensiones con los sistemas políticos democráticos y el mercado, deben resolver la paradoja de encomendar a la autonomía el remedio a las contiendas vinculadas con un ordenamiento diseñado precisamente para limitarla<sup>19</sup>.

Analizada desde una interpretación internacional y bajo circunstancias de funcionamiento de un contexto de moderada conflictividad, la ponderación sobre la norma habría merecido algunas reservas. Sin embargo, siendo otro muy diferente el entorno de enfrentamiento de las organizaciones sociales de cúpula entre sí y el rol que adoptara el gobierno en sus inter relaciones laborales, la iniciativa activó muy fuertes reacciones y respuestas. De un lado, los empleadores se opusieron muy fuertemente –por una cuestión de principio- al reconocimiento expreso de la legitimidad de la ocupación, entendiendo que la misma no sólo no constituye una modalidad de huelga, ni una extensión de este conflicto colectivo, sino que atenta contra derechos constitucionales de primer orden, como la propiedad, la libertad de empresa y el derecho al trabajo de los empleados que se oponen o no acatan la medida gremial. De otra parte, los sindicatos la calificaron como una reglamentación limitativa del derecho de huelga, en la que el Poder Ejecutivo incursionaba por la vía de un acto administrativo (ni siquiera por ley), acusándolo de grave injerencia y afectación de la libertad sindical.

Hay que señalar, además, que el decreto fue dictado con carácter transitorio y provisorio hasta la creación del marco jurídico de un sistema de negociación colectiva, pero la incorporación de normas relativas a las ocupaciones en el proyecto originariamente elaborado, fue rechazado por los empresarios, lo que llevó a eliminarlas del mismo, sustituyéndose aquellos mecanismos por un artículo introducido por la oposición en el Senado y que es conocido como “cláusula de paz” en el texto de la ley ahora vigente.

Paralelamente, es sancionado un nuevo decreto (354/010) el 2 de diciembre de 2010 y en este caso se reguló de manera autónoma el conflicto laboral y la ocupación de los lugares de trabajo (dependencias y edificios públicos) por los empleados del Estado; la norma admite que el jerarca solicite la medida ante el Ministerio de Trabajo que deberá tentar una conciliación a condición de que los ocupantes dispongan su medida en forma inmediata. Cumplidas estas etapas, y de persistir la situación, se solicitará al Ministerio del Interior el desalojo inmediato de los trabajadores. Idéntico procedimiento se aplicará para aquellos casos en que los ocupantes no fueren funcionarios de la dependencia pública ocupada. De acuerdo con la interpretación gubernamental, los argumentos que se manejan a este respecto residen en el hecho de que *“el bien tutelado es de interés público; es normalmente un servicio único que se presta a la población, sin ninguna clase de contrapartida, en la mayor parte de los casos. Diría que la*

<sup>19</sup> Adrian GOLDIN, *El Derecho del Trabajo: conceptos, instituciones y tendencias*, ed. EDIAR, Buenos Aires, 2014.

*relación laboral también es diferente, dado que el Estado representa al conjunto de la ciudadanía como empleador [...] Es una situación sustancialmente diferente a los trabajadores privados, donde el empresario está claramente identificado y persigue un interés de lucro, que es muy legítimo, pero es sustancialmente distinto al servicio que brinda a la población*<sup>20</sup>.

En torno a este punto, naturalmente las opiniones son encontradas y mientras algunos constitucionalistas entienden pertinente la legitimidad de la nueva norma<sup>21</sup>, otros reafirman el carácter inconstitucional de todo tipo de ocupaciones, estimando que ni siquiera por ley podría legitimarse un derecho de esta naturaleza desde que no existe un interés general que lo justifique<sup>22</sup>.

Ríos de tinta han corrido acerca del tema, tanto en la prensa como en publicaciones especializadas, quedando en evidencia la profunda brecha de opiniones que existe en la materia, lo que pronostica que la dificultad persistirá por largo tiempo y, más allá de los naturales vaivenes de distribución de poder, seguramente pasará a constituir uno de los grandes déficits de acuerdo en la aplicación práctica de la libertad sindical.

A ello, creemos necesario agregar una segunda carencia que exhibe la regulación vigente en la faceta de la restricción del ejercicio de la huelga en los servicios públicos esenciales. Sabido es que no existiendo una definición al respecto, la doctrina ha sido uniforme en aceptar los criterios asentados por la jurisprudencia internacional de la OIT; algunas de las quejas presentadas en el pasado contra Uruguay, dan cuenta que ese ha sido el tenor predominante.

En efecto; desde 1983 la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones sentó una definición estricta de qué ha de entenderse por servicios esenciales: *aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona, en toda o en parte de la población*. Pero a pesar de que este enunciado tomó cuerpo en la concepción mundial sobre el tema, la inicial estrictez ha cedido terreno en algunos casos, admitiéndose por el Comité de Libertad Sindical que el concepto depende, en gran medida, de las condiciones propias de cada país. En esa tendencia, se convalidó –p. ej.- la imposición de servicios mínimos y la inclusión de servicios no esenciales en el sentido estricto, cuando la duración de una huelga rebasa cierto periodo y cierto alcance y pone así en peligro los valores fundamentales (caso 582), o puede provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro (caso 606); también la esencialidad de “servicios públicos de importancia trascendentales” (casos 606 y 621)<sup>23</sup>.

Por otra parte, parecía también compartido que una adecuada articulación de los derechos fundamentales excluye la prohibición absoluta del derecho de huelga en los servicios esenciales. Se advierte, sin embargo, que el Comité de

<sup>20</sup> Declaraciones del Ministro, Eduardo Brenta, en radio El Espectador, 21.12.2010.

<sup>21</sup> Opinión vertida por el Prof. José Korzeniak en el diario El País del 3.12.2010

<sup>22</sup> Opinión del Prof. Augusto Durán Martínez, conferencia dictada en la CNCS el día 9.12.2010

<sup>23</sup> OIT, Recopilación de normas, cit.

Libertad Sindical ha emitido pronunciamientos que avalan la posibilidad de prohibir el ejercicio del derecho de huelga, aunque por una duración limitada, en circunstancias de crisis nacional aguda (caso 570) y en la función pública, al menos respecto de aquellos funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del estado (casos 574 y 575). Entre estos últimos incluye a los funcionarios del poder judicial (caso 578) y del servicio de aduanas (caso 579)<sup>24</sup>.

Existe un reconocimiento pacífico en cuanto a la necesidad de dotar de paliativos e instrumentar medidas compensatorias que, en cierto grado, resguarden el legítimo derecho de reivindicación y auto tutela de los trabajadores y sus organizaciones afectadas al mantenimiento de un servicio esencial. Nuestro país no ha promovido alternativas para concretarlo, lo que debería subsanarse si se pretende afianzar la efectividad de la libertad sindical. Para ello, debería aceptarse que la solución de los conflictos de trabajo en los servicios esenciales requiere una más adecuada y rápida instancia de negociación de las partes y en defecto del acuerdo -como solución de principio- debería recurrirse a procedimientos tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje, que ofrezcan garantías de independencia, imparcialidad y celeridad, en los cuales las partes puedan intervenir en todas las etapas.

De subsistir la generalización de este déficit sobre la promoción y soporte de un equilibrio justo entre la limitación del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales y las reales y efectivas necesidades de mantenimiento de servicios auténticamente imprescindibles, subsistirán altos grados de descrédito, desconfianza y exacerbación de la conflictividad.

### **3. CONSIDERACIONES FINALES**

Como balance conclusivo, reiteramos nuestra visión de que **en Uruguay rige la libertad sindical en su más amplia concepción y, además, que asistimos a un entorno en el que su efectividad alcanza altos grados de vigencia práctica.**

Igualmente, hay que reconocer que se trata de un fenómeno que no depende enteramente del ordenamiento jurídico y de su aplicación, sino que está expuesto a soportar variaciones y necesitado de sobrellevarlas. Ese es el común denominador de todos los componentes de un sistema de relaciones laborales en el marco de su dinámica y de sus propias contradicciones.

Sin embargo, la libertad sindical adquiere una particular relevancia por tratarse, a nuestro entender, del principio cardinal en torno al cual giran las manifestaciones esenciales de las relaciones colectivas de trabajo: la libertad de constitución de organizaciones y de resguardo de la autarquía sindical; el derecho de ejercitar la huelga y los mecanismos de auto tutela; la atribución de generar normas jurídicas que regulen las condiciones de trabajo, salariales, de empleo y las relaciones entre sindicatos y empleadores y sus organizaciones, en el pleno ejercicio de la autonomía colectiva.

---

<sup>24</sup> Ídem.

En la medida que la libertad sindical participa como factor insustituible del gobierno del sistema político, económico y social, que comparte la responsabilidad de facilitar el equilibrio que exige toda sociedad democrática en la búsqueda de paz, justicia y equidad, estimamos que se torna indispensable:

- a. Profundizar el reconocimiento y observancia de este derecho humano colectivo, removiendo todo acto que entrañe una interferencia en el goce de la misma.
- b. Resguardar a los individuos y a las organizaciones colectivas contra cualquier acto de obstrucción, a través de normas, procedimientos y garantías adecuadas.
- c. Consensuar políticas de Estado y adoptar medidas específicas para fortalecer el acceso y goce de la libertad sindical por las personas y las organizaciones colectivas.
- d. Poner en funcionamiento mecanismos para la realización práctica de la libertad sindical cuando los individuos o los colectivos no logren, por razones ajenas a su voluntad, su efectividad por los medios a su alcance.

Como juristas del Derecho del trabajo tenemos la responsabilidad de reflexionar y encontrar caminos que viabilicen una mejor composición y funcionamiento de aquellas tutelas, ya que con justicia social se logrará perfeccionar aún más el funcionamiento democrático de nuestra sociedad. Coincidimos con Oscar Hernández y Jaqueline Richter en cuanto a que la existencia de una legislación protectora del trabajo y de un movimiento sindical y de unas organizaciones empresariales con capacidad de actuar como interlocutores dentro del sistema político, económico y social, constituyen un factor de primer orden para la consolidación del sistema democrático<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Oscar Hernández Álvarez y Jaqueline Richter Duprat, "Democracia y Derecho del Trabajo. Referencia al caso venezolano", Revista Gaceta Laboral, Vol. 16, No. 2, Universidad del Zulia, 2010, pág. 193.



# La audiencia electoral como criterio de medición de la representatividad sindical: las experiencias española y francesa

Pierre-Henri CIALTI

Doctor en Derecho, Universidad de Valencia (España), Universidad Toulouse I-Capitole (Francia). Docente-Investigador, Corporación Universitaria del Caribe-CECAR

## Sumario

I. Introducción. II. La audiencia electoral: criterio único o decisivo. III. Las carencias del ámbito de apreciación de la audiencia electoral. IV. Conclusión

## **Resumen**

La libertad sindical goza en España y Francia de un amplio reconocimiento constitucional. En este marco, ambos dispositivos legales reconocen a los sindicatos la capacidad de representar a los asalariados y les otorgan determinadas prerrogativas. Sin embargo, no gozan todos de las mismas prerrogativas que se atribuyen según su capacidad de representación. Así surge la noción de representatividad que permitió justificar el poder específico de determinados sindicatos. La existencia y la utilidad de la noción de representatividad no plantean mayores problemas y se presenta como conforme a los principios fundamentales del derecho sindical, a los principios de igualdad entre sindicatos y de pluralismo sindical. El núcleo de la cuestión reside pues en determinar cuáles son los criterios que permiten identificar los sindicatos representativos. El criterio de la audiencia electoral destaca de forma clara y contundente en ambos países aunque con diferencias que convendrán precisar. En todo caso, en ambos países, la medición de audiencia electoral se realiza respecto a las elecciones profesionales en la empresa, concretamente a las elecciones de los delegados del personal y del comité de empresa. Este trabajo procura realizar un análisis crítico del criterio de la audiencia electoral haciendo énfasis sobre el ámbito de medición de la audiencia electoral, es decir, sobre las carencias producidas por el escrutinio elegido. Dicho análisis permitirá proponer elementos de soluciones prospectivos o reales, como en el caso francés, pero no concluirá en una puesta en cuestión global del criterio de la audiencia electoral que constituye, sin lugar a dudas, un criterio adecuado y satisfactorio.

**Palabras claves:** Representatividad sindical, audiencia electoral, elecciones profesionales.

## **Abstract**

The freedom of association in Spain and France enjoys a wide Constitutional recognition. In this framework, both legal provisions recognize to trade unions the capability to represent employees and give them certain privileges. However, not all unions enjoy the same privileges attributed by Representational capacity. So, the notion of representativeness justify allowing certain specific power of unions arises. The existence and usefulness of the notion of representativeness not pose major problems and it is presented as consistent with the fundamental principles of trade union rights, the principles of equality between unions and trade union pluralism. The core of the issue is to determine as what are the criteria for identifying the representative trade unions. The criteria of electoral audience stands out loud and clear in both countries agree though with differences pinpoint. In any case, in both countries, measuring electoral hearing held regarding career choices in the company, namely the elections of the employee delegates and the works council. This paper seeks to make a critical analysis of the criteria of electoral audience emphasis on the field of electoral audience measurement, this mean, on the shortcomings caused by the scrutiny chosen. This analysis will propose elements of prospective or actual solutions, as in the French case, but not completed in a start global issue of electoral success criteria which is, undoubtedly, an adequate and satisfactory criteria.

**Key words:** Trade union representativeness, electoral audience, elections of the employee delegates and the works council.

## I. INTRODUCCIÓN

La libertad sindical goza en España y Francia de un reconocimiento importante, tal como se desprende de ambas Constituciones. En España, los artículos 7 y 28 de la Constitución Española (CE)<sup>1</sup> reconocen a los sindicatos un papel central en la estructura del Estado democrático de Derecho<sup>2</sup> y garantizan la libertad sindical<sup>3</sup>. En Francia, la situación es distinta pues la Constitución de 1958, de carácter esencialmente político, se refiere a la organización de los tres poderes del Estado y no se refiere explícitamente a ningún derecho social, entre ellos a la libertad sindical. Sin embargo, el alinea 6 del Preámbulo de la Constitución del 27 de octubre 1946 consagra la libertad sindical<sup>4</sup> y dicho preámbulo tiene valor constitucional como lo reconoce el Preámbulo de la Constitución vigente de 1958<sup>5</sup>.

Pues bien, dentro de este marco, resultó imprescindible proceder a organizar el sistema de relaciones colectivas de trabajo para detectar actores en condiciones de racionalizar, canalizar e institucionalizar el conflicto latente, estructural entre asalariados y empleadores. Así, ambos dispositivos legales han reconocido a los sindicatos la capacidad de representar a los asalariados<sup>6</sup> y les han atribuido determinadas prerrogativas<sup>7</sup>.

Ahora bien, fue necesario un segundo paso dado que la atribución de estas prerrogativas no podía ser por igual entre todos los sindicatos, especialmente

<sup>1</sup> Art. 7 CE: "Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. [...]"; Art. 28 CE: "Todos tienen derecho a sindicarse libremente. [...]". La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato".

<sup>2</sup> El artículo 7 CE, ubicado en el Título Preliminar de la Constitución se encuentra entre los artículos referidos a los partidos políticos y a las fuerzas armadas.

<sup>3</sup> F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, "Libertad sindical", en Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional: XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Coord. Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fernando Elorza Guerrero, Madrid, Tecnos, 2001, p. 13; A. OJEDA-AVILÉS, "La libertad sindical", en Comentario a la constitución socio-económica de España, Coord. Cristóbal Molina Navarrete, José Luis Monereo Pérez, María Nieves Moreno Vida, Granada, Comares, 2002, p. 1035.

<sup>4</sup> En Francés, "Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix".

<sup>5</sup> El Consejo constitucional reconoce valor constitucional al Preámbulo de la Constitución de 1946 que integra el denominado « bloque de constitucionalidad» (Decisión nº 71-44 DC de 16 de julio de 1971). En materia de derecho sindical, los jueces constitucionales reconocen a la libertad sindical el valor de principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestra época (en francés, "Principes politiques économiques et sociaux Particulièrement Nécessaires à Notre Temps). Ver Decisión nº 83-162 DC de 20 de julio de 1983.

<sup>6</sup> En Francia, recurriendo a la noción de interés colectivo. Los jueces vincularon los poderes sindicales a la existencia de un interés particular, distinto a la suma de los intereses individuales y al interés general, el interés colectivo (Cass. Chambres Réunies, 5 avril 1913, Sirey, 1920.I.49, note A. MESTRE). Luego la ley consagró esta doctrina jurisprudencial (ley de 12 de marzo de 1920) Para profundizar, ver M.L. MORIN, *Le Droit des salariés à la négociation collective*, Principe Général du Droit, Paris, LGDJ, 1994, p. 195. En España, ver F. NAVARRO NIETO, *La representatividad sindical*, Madrid, MTSS, 1993, p. 24.

<sup>7</sup> Ver F. NAVARRO NIETO, op. cit., p. 24; F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, « La representatividad sindical », en Comentarios a la ley de libertad sindical, Coord. M. Rodríguez-Piñero, Madrid, Tecnos, 1986, p. 189. Según el Profesor VERDIER, se pueden distinguir dos modalidades de prerrogativas. Por una parte, las que se despliegan en materia de representación orgánica o institucional frente al Estado o en las empresas y, por otra parte, en materia de representación convencional para la negociación y conclusión de convenios colectivos (J.M. VERDIER, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », Dr. soc., 1991, p. 5).

la capacidad convencional que, debido a la eficacia *erga omnes* de determinados convenios colectivos, hacía inviable la mera aplicación de la teoría civilista<sup>8</sup>. Así surgió la noción de representatividad que permitió justificar el poder específico de determinados sindicatos de negociar convenios aplicables a terceros<sup>9</sup>. La noción de representatividad constituye, por lo tanto, una noción externa a la autonomía colectiva y corresponde a un "título de legitimidad"<sup>10</sup> atribuido por el Estado, una herramienta jurídica a su disposición<sup>11</sup>.

La existencia y la utilidad de la noción de representatividad no plantean mayores problemas, al contrario, constituye "*una noción imprescindible a una sana práctica del pluralismo sindical*"<sup>12</sup>. Por lo tanto, en ambos países, se consideró la representatividad conforme a los principios fundamentales del derecho sindical, a los principios de igualdad entre sindicatos y de pluralismo sindical<sup>13</sup>.

Tradicionalmente, dos vías permiten reconocer el carácter representativo a un sindicato<sup>14</sup>: o bien la verificación de criterios legalmente definidos, hablamos de representatividad probada, efectiva, demostrada u "*objetivamente comprobada*"<sup>15</sup>, o bien, un mecanismo legal, la irradiación, que permite considerar como representativo a un sindicato por su afiliación a una central sindical representativa a nivel nacional e interprofesional, hablamos en este caso de representatividad presumida o "*de préstamo*"<sup>16</sup>.

<sup>8</sup> En este sentido, se hacen obvia la distinción entre representación y representatividad (J.M. VERDIER, op. cit., 1991, p. 5; G. LYON-CAEN, « A la recherche des concepts de base du livre IV du Code du Travail », en *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Mélanges en l'honneur de J.M. VERDIER, Paris, Dalloz, 2001, p. 91 ; G. BORENFREUND, « Propos sur la représentativité syndicale », Dr. soc., 1988, p. 477; F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, Paris, LGDJ, 2000).

<sup>9</sup> Según las palabras de la doctrina más autorizada, el concepto de representatividad constituye "el elemento vertebral del modelo sindical español" (M. E. CASAS BAAMONDE, « Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España. ¿Un modelo en crisis? », REDT, 1988, nº 33, p. 71), representa la "categoría fundamental sobre la cual reposa todo el sistema francés de relaciones colectivas en la empresa" (G. LYON-CAEN, op. cit., p. 81).

<sup>10</sup> J.M. VERDIER, op. cit., 1991, p. 7, que escribe que "la representatividad es un modo de habilitación, la de los más aptos para representar".

<sup>11</sup> J. GARCÍA MURCIA, *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*, Madrid, MTSS, 1987, p. 67. A. ARSEGUÉL, *La notion d'organisations syndicales plus représentatives*, Thèse, Toulouse, 1976, p. XVII ; S. YANNAKOUROU, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, Paris, LGDJ, 1995, p. 100.

<sup>12</sup> J.M. VERDIER, *Syndicats et droit syndical. Traité de droit du travail*, 2ªed., vol. I, Paris, Dalloz, 1987, p. 486 ;del mismo autor, « Négociation collective et représentativité syndicale, du pluralisme syndical au pluralisme tempéré », en *Mélanges WEIL*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 577). En el mismo sentido, M. E. CASAS BAAMONDE afirma que la introducción de la noción de representatividad responde a exigencias sociales, económicas y jurídicas (loc. cit., 1988, p.71).

<sup>13</sup> En España, ver STC 98/1985 de 29 de julio ; STC 73/1984 de 27 de junio; STC 53/1982 de 22 de julio.

<sup>14</sup> Conviene señalar que nos referimos a sindicatos del sector privado. En efecto, la representatividad de los sindicatos de empleados públicos sometidos al derecho público está sometida a reglas distintas tanto en España como en Francia (ver S. DEL REY GUANTER, « Libertad sindical y funcionarios públicos », en *Comentarios a la ley de libertad sindical*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 69 y R. ROQUETA BUJ, *El derecho de la negociación colectiva en el estatuto básico del empleado público*, Madrid, La Ley, 2007).

<sup>15</sup> En francés, *representatividad d'emprunt*. A. ARSEGUÉL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », en *Mélanges dédiés au Président MICHEL DESPAX*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 401.

<sup>16</sup> J.M. VERDIER, op. cit., 1991, p. 6. Respecto a esta última vía de adquisición de la representatividad, conviene señalar que, tras la reforma legal intervenida en el año 2008, ha desaparecido prácticamente en Francia. En España, sus mayores inconvenientes han sido neutralizados por la noción de legitimación que asegura, en materia de negociación colectiva, la concordancia y la proporcionalidad entre la representatividad real del sindicato y su capacidad de intervención en la negociación del convenio.

De antemano, conviene apuntar que en ambos países, conformemente a las normas de la OIT<sup>17</sup>, la representatividad probada se mide por criterios guiados por una exigencia de objetividad y se aprecia conforme al principio de concordancia o correspondencia. Dos ideas guían el trabajo. Por una parte, aunque el punto de partida de ambos dispositivos y sus evoluciones sean muy distintos, a día de hoy, convergen en sustancia en la misma lógica que convierte a la audiencia electoral en el criterio fundamental para establecer la representatividad de un sindicato. Por otra parte, resulta que pese a carencias debidas esencialmente al ámbito de medición de la audiencia electoral, constituye un criterio adecuado y satisfactorio en ambos países.

Ahora bien, de antemano, se puede considerar que la audiencia electoral plantea dos problemas de orden socio-político: por una parte, desplazando el criterio de la afiliación a un segundo plano, la audiencia electoral relativiza el acta de adhesión y acentúa la baja tasa de afiliación<sup>18</sup>. Sin embargo, la eficacia *erga omnes* del convenio colectivo constituye otra variable decisiva que justifica estas bajas tasas. Por otra parte, la audiencia electoral es incapaz de detectar la constitución de sindicatos « amarillos », interlocutores privilegiados del empresario en detrimento de los trabajadores. Sin embargo, no se abordarán estas problemáticas en detalle pues lo que se pretende es demostrar que las disfunciones no resultan tanto de la audiencia en sí misma sino más bien del escrutinio elegido para medirla.

En todo caso, la audiencia electoral se erige en símbolo de un modelo tendente a la construcción de una “*democracia social*”<sup>19</sup> que convierte a los trabajadores en ciudadanos<sup>20</sup>.

## **II. LA AUDIENCIA ELECTORAL: CRITERIO ÚNICO O DECISIVO**

La audiencia electoral es el criterio cuantitativo por excelencia que permite a los asalariados seleccionar de manera directa un sindicato<sup>21</sup>. Ciertamente constituye una variable fiable para medir la fuerza de organización del sindicato, su capacidad de negociación y de conflicto<sup>22</sup>.

Ambos países recurren a la audiencia electoral. Sin embargo, su puesta en aplicación sufre algunas adaptaciones según el país del que se trate. En España,

<sup>17</sup> Según el comité de libertad sindical de la OIT, “los criterios en que se inspire la distinción entre organizaciones más o menos representativas tienen que ser de carácter objetivo y fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso” (Recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT, Recopilación de 1985, párrafo 314).

<sup>18</sup> Según la OCDE, la cifra de afiliación en Francia en 2012 es del 7,7%. En España, el mismo año, es del 17,5% (ver <http://stats.oecd.org>).

<sup>19</sup> En Francia, aunque queda mucho camino por recorrer, esta evolución ilustra un cambio de paradigma del papel del Estado que históricamente se caracteriza por una actitud paternalista hacia los trabajadores (ver A. CHATRIOT, *La démocratiesociale à la française*, La Découverte, Paris 2002; *Quelledémocratiesociale dans le monde du travail ?*, Dir J. BARREAU, PU de Rennes, 2003).

<sup>20</sup> B. GAURIAU, « La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », JCP S, 2008, n° 16, p. 4.

<sup>21</sup> En cuanto a la medición de la representatividad, el Profesor VERDIER establece una distinción entre criterios de orden cuantitativo y criterios de orden cualitativo (op. cit., 1987, p. 489).

<sup>22</sup> A. BAYLOS GRAU, « Representación en la empresa y audiencia electoral », en Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales, Coord. M<sup>a</sup>.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 21.

constituye “*el epicentro, el eje vertebral del sistema sindical*”<sup>23</sup> pues representa el único criterio de medición de la representatividad sindical. En derecho francés, ha desempeñado tradicionalmente un papel secundario debido a la prevalencia de la apreciación subjetiva de la representatividad efectuada por los jueces. Ahora bien, la reforma de 2008 constituye un punto de ruptura y convierte la audiencia electoral en elemento decisivo, aunque no único, para establecer la representatividad de un sindicato<sup>24</sup>.

## II.1. LA AUDIENCIA ELECTORAL COMO CRITERIO ÚNICO EN ESPAÑA

En España, la audiencia electoral es el único y exclusivo criterio de medición de la representatividad. Los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante LOLS) regulan la representatividad sindical y distinguen dos tipos: la mayor representatividad y la representatividad suficiente.

### II.1.1. La mayor representatividad

Según el artículo 6.2 a) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), los sindicatos más representativos a nivel estatal son “*los que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas*”. El ámbito de apreciación de la audiencia electoral corresponde a nivel territorial al conjunto del Estado español. Aunque no haya referencia explícita en cuanto a su ámbito funcional, no existen controversias y se considera que corresponde al ámbito interprofesional. La conjugación de estos dos ámbitos permite afirmar que la mayor representatividad hace posible identificar las centrales sindicales representativas a nivel estatal e interprofesional.

Sin embargo, originalidad del derecho español, el nivel de la Comunidad Autónoma<sup>25</sup> (CC.AA en adelante)<sup>26</sup>, se beneficia de un tratamiento específico que permite reconocer la mayor representatividad a este nivel. En cuanto al umbral “*de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas*” en el ámbito correspondiente, el artículo 7.1 LOLS establece que aumenta hasta el 15%. Además, se prevé una exigencia medida en valor absoluto pues, para ser considerado más representativo a ese nivel, un sindicato ha de contar con un mínimo de 1.500 representantes elegidos en el ámbito comunitario. Finalmente, no puede estar “*federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal*”.

<sup>23</sup> M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, « Jurisprudencia constitucional y representatividad sindical », Temas Laborales, 1990, nº 19-20, p. 71.

<sup>24</sup> Ley nº 2008-789 de 20 de agosto de 2008 de renovación de la democracia social y reforma del tiempo de trabajo (en francés “Portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail”).

<sup>25</sup> Corresponde al ámbito administrativo regional, escalón inmediatamente inferior al estatal.

<sup>26</sup> Ver sobre este punto, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, « Sindicatos de comunidad autónoma y negociación colectiva de ámbito estatal », DL, 1991, nº 34, p. 76.

Así, el sindicato de CCAA ha de alcanzar un umbral en porcentaje más alto pero también cumplir un umbral suplementario medido en valor absoluto para ser considerado representativo a ese nivel. Dichas condiciones más severas y restrictivas respecto a la mayor representatividad a nivel estatal, ¿podrían ser consideradas como discriminatorias? Un elemento clave inclina de manera decisiva la balanza hacia la validez del dispositivo. En efecto, el sindicato más representativo a nivel de la CCAA puede participar en la negociación colectiva de ámbito estatal. Así, aunque varios autores subrayan el carácter discriminatorio de la regla si la actuación del sindicato se limitara al ámbito autonómico<sup>27</sup>, otro sector doctrinal<sup>28</sup>, apoyado por la jurisprudencia constitucional<sup>29</sup>, considera que la facultad de participar en la negociación de ámbito estatal, rompiendo la regla de concordancia entre ámbito de actuación y ámbito de medición de la representatividad, justifica esta diferencia.

### *II.1.2. Los sindicatos suficientemente representativos*

Al margen de la mayor representatividad que se mide a nivel interprofesional y a nivel estatal o autonómico, resulta imprescindible prever un mecanismo para medir la representatividad sindical en otros ámbitos. En efecto, la libertad sindical permite la creación de sindicatos en cualquier tipo de ámbito funcional o territorial e implica que dichos sindicatos tengan acceso a las mismas prerrogativas.

Pues bien, el artículo 7.2 b) LOLS establece que *“las organizaciones sindicales que aun no teniendo la consideración de más representativas hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico, el 10 por 100 o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas, estarán legitimadas para ejercitar, en dicho ámbito funcional y territorial, las funciones y facultades a que se refieren los apartados b), c), d), e) y g) del número 3 del artículo 6, de acuerdo con la normativa aplicable a cada caso”*<sup>30</sup>.

En definitiva, conviene subrayar que el dispositivo español establece como criterio único de medición de la representatividad sindical el porcentaje de *“delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos*

<sup>27</sup> J. GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 104; M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, “Sindicatos y Comunidades Autónomas”, RFUDCM, 1985, p. 211.

<sup>28</sup> J. GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 103.

<sup>29</sup> STC 98/1985 de 29 de julio. Según los jueces, se trata de una “opción legislativa que no puede calificarse dediscriminatoria, por tener una justificación razonable, no siendo la regulación propuesta desproporcionada para conseguir la finalidad pretendida”.

<sup>30</sup> Estas funciones y facultades son “la negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores”, la participación en la negociación colectiva de las Administraciones públicas, en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo, la promoción de elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones públicas y cualquier otra función representativa que se establezca. A priori se excluyen “la representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista” y las “cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos”. Sin embargo, el Tribunal constitucional ha matizado esta posición garantizando el beneficio de estas facultades a los sindicatos suficientes representativos de manera proporcional y en el ámbito de actuación considerado del sindicato (STC 20, 26 y 72/1985, de 14 y 22 febrero y 13 de junio; STC 184/1987 de 18 de nov.).

de las Administraciones públicas”, en los ámbitos funcional y territorial correspondiente, con la salvedad del umbral de 1500 representantes en caso de mayor representatividad a nivel autonómico.

## II.2. LA AUDIENCIA ELECTORAL COMO CRITERIO DECISIVO EN FRANCIA

En Francia, anteriormente a la reforma de 2008, la audiencia electoral desempeñaba un papel secundario y la representatividad se medía mediante la aplicación de criterios legales combinados y completados por la jurisprudencia.

El antiguo artículo L. 133-2 del Código del Trabajo (en adelante CT) enuncia los efectivos del sindicato<sup>31</sup>, su independencia<sup>32</sup>, sus cuotas, su experiencia y antigüedad y, finalmente, su actitud durante el periodo de ocupación nazi, en la Segunda Guerra Mundial<sup>33</sup>. Si bien este artículo se refería concretamente a la representatividad para negociar convenios colectivos susceptibles de extensión, en su acepción francesa<sup>34</sup>, la jurisprudencia ha recurrido a él de manera general para medir la representatividad, sea cual sea la prerrogativa sindical considerada. Igualmente, su actuación condujo a ampliar estos criterios para proceder a una apreciación esencialmente cualitativa que permitía verificar, desde una perspectiva subjetiva, la actividad real del sindicato<sup>35</sup>. Así, los jueces verificaban la representatividad sindical mediante un conjunto de indicios<sup>36</sup> recurriendo pues a una apreciación relativa que no establecía umbrales determinados sino que apreciaba la representatividad caso por caso, en un ámbito considerado<sup>37</sup>. Por otra parte, los jueces realizaban una apreciación no-cumulativa de los distintos criterios<sup>38</sup>. En definitiva, la jurisprudencia se otorgó un amplio margen de

<sup>31</sup> Es decir, las afiliaciones Consejo de Estado, 17 de junio de 1960, Dr. soc., 1961, p. 170.

<sup>32</sup> La independencia no se aprecia hacia un colectivo político, ideológico o económico y puede apreciarse de manera negativa por la actitud cómplice de los representantes sindicales con el empresario (Cass. Soc. 4 de abril 1973, Dr. soc., 1973, p. 589, obs. J. SAVATIER) o, al contrario, por la actitud complaciente del empresario hacia un sindicato, por ejemplo por el pago de una subvención (Cass. Soc. 31 de enero de 1973, Bull. civ. V, nº 50, p.43). Un elemento clave para apreciar la independencia de un sindicato es, sin lugar a dudas, su financiación y sus cuotas: “el que financia, controla” (J.C. JAVILLIER, Droit du Travail, Paris, LGDJ, 1978, p. 174; Sobre cuotas muy bajas, Cass. Soc. 22 de julio de 1981, Bull. civ. V, nº748, p. 554; Cass. Soc. 27 de oct. de 1982, Bull. civ. V, nº 591, p. 434). Para profundizar sobre este criterio, ver S. MICHEL, « Le critère de l'indépendance au sein de l'article L.133-2 du Code du Travail », Dr. Ouv., 2003, p. 133). En todocaso, como condición intrínseca y constitutiva del sindicato, la independencia se presume (Cass. Soc. 25 de febrero de 1971, JCP, 1971 IV, p.87 ; J.M. VERDIER « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », en Etudes du droit du travail offertes à André BRUN, Librairie sociale et économique, 1974, p. 571; S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 171 s.).

<sup>33</sup> Para un análisis anterior a la reforma de 2008 peroreciente, ver L. DAUXERRE, La représentativité syndicale, instrument du dialogue social, Aix-en-Provence, PU d'Aix-Marseille, 2005, p. 271.

<sup>34</sup> Criterios establecidos en la ley de 11 de febrero de 1950 sobre convenios colectivos (S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 161 s.).

<sup>35</sup> Cass. Soc. 4 de abril de 1973, Dr. soc., 1973, p. 589, obs. J. SAVATIER. S. YANNAKOUROU considera que la antigüedad y experiencia constituyen solo unos de los aspectos de la actividad real del sindicato (op. cit., p. 171). La difusión de informaciones sindicales (Cass. Soc. 3 de diciembre de 2002, Dr. soc., 2003, p.298), la importancia del número de afiliados (Cass. Soc. 21 de julio de 1981, Bull. civ. V, nº 727, p. 539) representan otros elementos a tomar en cuenta. También se puede apreciar de manera negativa, es decir, por la no-participación en las elecciones (Cass. Civ. 15 de oct. de 1969, D., 1970, p. 34).

<sup>36</sup> En francés, técnica del “faisceau d'indices”.

<sup>37</sup> Respecto a la afiliación: Cass. Soc. 28 de junio 1978, D., 1979, IR, p. 24, obs. Ph. LANGLOIS. VERDIER, (op. cit., 1987, p. 491). Respecto a la audiencia electoral: Cass. Soc. 29 de mayo de 1972, Dr. soc., 1973, p. 599, obs. J. SAVATIER. En palabras del Consejo de Estado, la representatividad “se desprende de un conjunto de consideraciones propias a cada especie” (Consejo de Estado 4 de febrero de 1950).

<sup>38</sup> Cass. Soc. 5 de nov. de 1986, Bull. civ. V, nº 512, p.388; Cass. Soc. 13 de abril de 1999, obs. G. BORENFREUND, Dr. soc., 1999, p. 644.



apreciación para comprobar la independencia e influencia del sindicato y, así, reconocer su carácter representativo<sup>39</sup>.

Pues bien, la ley de 20 de agosto de 2008 realizó una modificación profunda del régimen jurídico de la representatividad sindical y puso en jaque las aportaciones jurisprudenciales<sup>40</sup>. Se establece una nueva lista de criterios para medir la representatividad sindical de forma general y no solamente en materia de negociación colectiva (art. L. 2121-1 CT). En el nuevo modelo, el criterio de la audiencia electoral cambia de manera sustancial de configuración y de misión<sup>41</sup>.

En cuanto a su configuración, se modifica el carácter relativo de la apreciación de la audiencia electoral y se establece dos umbrales según el ámbito de negociación. A nivel sectorial e interprofesional, los sindicatos han de contar con, al menos, el 8% de los votos expresados<sup>42</sup> y, a nivel de la empresa con, al menos, el 10%<sup>43</sup>. El porcentaje se mide respecto al número de votos expresados en la primera ronda de las elecciones a representantes del personal en la empresa, lo que representa una diferencia con el dispositivo español, que se refiere al porcentaje de representantes elegidos. Para terminar, conviene precisar que el umbral de 10% tiene vocación de generalizarse<sup>44</sup>. Sin lugar a dudas, estos umbrales influyen en gran medida en el paisaje sindical y constituyen una variable decisiva de ajuste del pluralismo sindical<sup>45</sup>.

En cuanto a su misión, la audiencia electoral se ha convertido en el criterio decisivo de reconocimiento de la representatividad sindical, aunque no en el criterio único<sup>46</sup>. De acuerdo con la tradición francesa de establecer varios criterios, la reforma de 2008 incluye la audiencia electoral entre un conjunto de criterios renovados y completados respecto a la normativa anterior. Según el artículo

<sup>39</sup> Cass. Soc. 8 de feb. de 1994, Dr. ouv., 1994, p. 291. Cass. Soc. 5 de mayo de 1998, Bull. civ. V, n° 221, p. 166).

<sup>40</sup> Conviene poner de relieve que esta ley se promulgó en el marco de un proceso de concertación social y se basa, en lo esencial, en la Posición común de 9 de abril de 2008 firmada por dos de los cinco principales sindicatos y por las asociaciones empresariales (Posición común sobre representatividad, desarrollo del dialogo social y financiación del sindicalismo; ver G. BORENFREUND, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats: le défi de l'audience électorale », RDT, 2008, (a) p. 360; P.H ANTONMATTEI, « Les critères de représentativité: lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », Dr. soc., 2008, p. 771; B. GAURIAU, op. cit., p. 3.

<sup>41</sup> Sobre la conformidad de la configuración del criterio de la audiencia electoral con las normas europeas e internacionales, ver L. PECAUT-RIVOLIER, « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens, Cass. Soc. 14 avril 2010 », Dr. soc., 2010, p. 648.

<sup>42</sup> Respectivamente art. L. 2122-5 CT y art. L. 2122-9 CT

<sup>43</sup> Art. L. 2122-1 CT.

<sup>44</sup> Según la exposición de motivos de la ley, "a término, el objetivo es unificar el umbral a 10% a nivel nacional". La posición común prevé que el umbral del 8% es transitorio (art. 2.2).

<sup>45</sup> En Francia, pese a las inquietudes, el panorama sindical se ha mantenido tras la consolidación de los resultados del primer ciclo electoral en marzo de 2013 (CGT: 26,77%; CFDT: 26%; CGT FO: 15,94%; CFE CGC: 9,43% y 18,14% en la categoría de los directivos; CFTC: 9,30% (Fuente: Ministère du Travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, ver también F. PETIT, « L'audience électorale des syndicats », Recueil Dalloz, 2013, p. 2024). En España, a nivel nacional interprofesional, siguen representativas las dos centrales sindicales históricas, Comisiones Obreras (CC.OO.) y Unión General de Trabajadores (UGT). A nivel de Comunidad Autónoma, dos son los sindicatos que acreditan representatividad: Euskal Langileen Alkartasuna (ELA) en el País Vasco y la Confederación Intersindical Galega (CIG) en Galicia. Finalmente, existe un sindicato representativo en el conjunto de las Administraciones Públicas: la Confederación Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI•F). Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

<sup>46</sup> S. NERON, « La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives », Revue de droit du travail 2009 p. 426.

2121-1 CT, la representatividad de las organizaciones sindicales se aprecia mediante los criterios acumulativos siguientes: el respeto de los valores republicanos<sup>47</sup>; la independencia; la transparencia financiera; una antigüedad mínima de al menos dos años<sup>48</sup>; la audiencia electoral; la influencia caracterizada por la actividad y la experiencia<sup>49</sup>; los efectivos de adherentes y las cotizaciones<sup>50</sup>.

Conviene señalar que, a partir de ahora, la apreciación de los criterios se realiza de forma acumulativa<sup>51</sup>, lo que limita la flexibilidad del control de los jueces<sup>52</sup>. Por otra parte, aunque a priori la audiencia electoral parece estar en plano de igualdad con los otros criterios, se convierte en la práctica en el criterio decisivo, siendo el más difícil de conseguir<sup>53</sup>.

Ahora bien, conviene hacer un pequeño inciso. Si bien la audiencia electoral constituye en adelante el criterio central para el reconocimiento del carácter representativo, el nuevo dispositivo ha desnaturalizado, de alguna manera y según mi opinión, el papel del concepto de representatividad. En efecto, se ha convertido en la condición imprescindible para negociar convenios colectivos de trabajo pero no es necesaria a la hora de desempeñar otras funciones sindicales en las empresas<sup>54</sup>. Siguiendo un sector doctrinal, se puede afirmar que el nuevo régimen jurídico de la representatividad sindical se ha diseñado "*bajo la prisma del derecho a la negociación colectiva*"<sup>55</sup>. Así, el cumplimiento de otros criterios, concretamente del respeto de los valores republicanos, de la transparencia

<sup>47</sup> Cass. Soc. 8 de julio de 2009, Okaïdi, Dr. soc. 2009, p. 957; L. PECAUT-RIVOLIER, rapp. sous Cass. Soc. 8 juill. 2009, Dr. soc., 2009, p. 961 et loc. cit., 2011, p. 162). Ver también Y. PAGNERRE, « Le respect des valeurs républicaines ou « l'éthique syndicale » », JCP S, 2009, p. 1050.

<sup>48</sup> F. PETIT, « L'appréciation du critère de l'ancienneté du syndicat », Droit social, 2013, p. 73

<sup>49</sup> Ver E. LETOMBE, « La notion d'influence dans le droit de la représentativité syndicale », JCP S, 2008, n° 25, p. 5.

<sup>50</sup> Se elaboraron criterios específicos a nivel sectorial e interprofesional (G. BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », RDT, 2008 (b), p. 715). A nivel sectorial, los sindicatos han de presentar « una implantación territorial equilibrada en el sector » (art. L. 2122-5 CT). La implantación se contempla desde un punto de vista meramente geográfico y pretende comprobar que la presencia sindical no se concentre en algunas zonas específicas. A nivel interprofesional, la representatividad se aprecia en los sectores de la industria, de la construcción, del comercio y de los servicios (art. L. 2122-9 CT). Estas exigencias específicas buscan garantizar la concordancia y la homogeneidad de la presencia sindical (F. FAVENNEC-HERY, « La représentativité syndicale », Dr. soc., 2009, p. 637).

<sup>51</sup> Sin embargo, los jueces conservan un margen de apreciación considerable. En efecto, se desprende de la exposición de motivos de la ley y de los interlocutores sociales que los jueces han de tomar en consideración todos los criterios pero podrán realizar una ponderación en su apreciación (G. BELIER y H.J. LEGRAND, La négociation collective après la loi du 20 août 2008: nouveaux acteurs, nouveaux accords, Paris, Ed. Liaisons, 2009, p. 81; G. BORENFREUND, op. cit., 2008 (b), p. 715. En contra, P. RODIERE, « Du dialogue social à la démocratie sociale. Quelques questions sur la réforme de la réforme », SSL, 2008, n° 1370, p. 9.

<sup>52</sup> G. BORENFREUND, op. cit., 2008 (b), p. 715.

<sup>53</sup> FAVENNEC-HERY, op. cit., p. 635 et 637. Por otra parte, es preciso añadir que un empleador o un acuerdo colectivo no pueden reconocer representativo un sindicato que no cumple esta exigencia (A. Brousse, « L'audience électorale érigée en rang de règle d'ordre public absolu. Soc. 18 mai 2011, n° 10-60.406 », Revue de droit du travail 2011 p. 449).

<sup>54</sup> Conviene subrayar que, como en materia de negociación colectiva, la representatividad es la condición imprescindible para que un sindicato pueda designar un delegado sindical en una empresa. Dicho delegado representa la figura sindical que desempeña las funciones y prerrogativas más relevantes y que goza de los poderes más importantes (ver art. L. 2143-1 y ss. CT). Por otra parte, desde la reforma de 2008, también el delegado sindical designado ha de cumplir una condición de audiencia electoral (10% de los votos-art. L. 2143-3, al.1 CT).

<sup>55</sup> F. FAVENNEC-HERY, op. cit., p. 633.

financiera, de la independencia y de la antigüedad<sup>56</sup>, permite a los sindicatos desempeñar funciones y ejercer prerrogativas tales como la constitución de secciones sindicales en la empresa y el acceso a la primera ronda de las elecciones profesionales<sup>57</sup>. En este sentido, la doctrina se refiere a una calidad alternativa a la representatividad<sup>58</sup> que permite a los sindicatos ejercer sus prerrogativas y desempeñar sus funciones consustanciales e intrínsecas<sup>59</sup>.

Se puede considerar que la audiencia electoral se presenta como el símbolo del cambio de paradigma del modelo jurídico de la representatividad sindical. Dos aspectos permiten medir el alcance del cambio. Por una parte, la representatividad sindical no implica el reconocimiento de un conjunto de prerrogativas, dado que los sindicatos pueden ejercer algunas de ellas sin poseer la calidad de representativo. Por otra parte, se ha operado un reforzamiento de los requisitos que permiten la atribución del carácter de representativo a un sindicato. El nuevo papel de la audiencia electoral resulta en este sentido muy ilustrativo.

En definitiva, la configuración de este nuevo modelo constituye una consecuencia directa de la estrecha relación entre negociación colectiva y representatividad sindical. En efecto, en adelante, la representatividad sindical no es sinónimo de prerrogativas sindicales reforzadas sino sólo, y no es poco, de la capacidad de negociar convenios colectivos de trabajo<sup>60</sup>.

A modo de conclusión, resulta patente que España y Francia han configurado la audiencia electoral como criterio central y decisivo de la apreciación de la representatividad sindical. Sin dudas algunas, un elemento importante ha facilitado y conducido a esta opción. En ambos países existen elecciones en las empresas de representantes de los trabajadores, también llamados representantes unitarios. Aunque dichos representantes pueden tener un vínculo sindical, es importante subrayar que estos órganos de representación no son de naturaleza sindical. Pues bien, el propósito del desarrollo consiguiente es demostrar que, aunque presenta carencias, el sistema establecido presenta finalmente una relación costo-beneficio favorable.

---

<sup>56</sup> Ciertamente, estos criterios pretenden determinar la autenticidad y la legalidad del sindicato (G. BELIER y H.J. LEGRAND, op. cit., p. 32 s.).

<sup>57</sup> Dos ideas se desprenden de estas funciones. Por una parte, aseguran a los sindicatos la capacidad de defender y expresar los intereses de los asalariados, especialmente a nivel empresarial y corresponden a las prerrogativas esenciales de la libertad sindical (B. BOUBLI, « Etudelimitee à la représentativité et à ses attributs (hors négociation collective) », SSL, 2008, n° 1370, p. 18). Por otra parte, garantizan las herramientas a los sindicatos para implantarse en una empresa y así poder competir en buenas condiciones en las próximas elecciones en las empresas (F. FAVENNEC-HERY, op. cit., p. 640; G. BORENFREUND, op. cit, 2008 (a), p. 363).

<sup>58</sup> Un autor habla de "semi-representatividad" (E. DOCKES, Droit du travail, Paris, Dalloz, Hypercours, 2008, p. 478), otro de « representatividad reducida » (P. MASSON, « Une brèche est ouverte », SSL, 2008, n° 1370, p. 26). Otro sector doctrinal distingue los sindicatos libres y los sindicatos representativos (B. BOUBLI, op. cit., p. 18).

<sup>59</sup> Conviene señalar que dichas prerrogativas se reconocen a los sindicatos afiliados a una organización representativa a nivel interprofesional. Se trata de una excepción al nuevo esquema legal en el cual esta vía de reconocimiento de la representatividad ha desaparecido, especialmente en materia de negociación colectiva.

<sup>60</sup> Para profundizar ver PH. CIALTI, Efficacités et fonctions de la convention collective de travail: étude comparative de l'intervention légale en Espagne et en France, Thèse, Toulouse, Valencia, 2013 (disponible en <http://roderic.uv.es/handle/10550/27850>).

### III. LAS CARENCIAS DEL ÁMBITO DE APRECIACIÓN DE LA AUDIENCIA ELECTORAL

Ambos dispositivos legales han optado por establecer las elecciones profesionales en la empresa como escrutinio de referencia para medir la audiencia electoral<sup>61</sup>. Por lo tanto, estas elecciones, cuya función originaria es la elección de los representantes del personal o unitarios, presentan en realidad una doble dimensión. Por un lado, una dimensión interna relativa a las elecciones de los delegados del personal y de los miembros del comité de empresa, que son los órganos de representación en Francia y en España<sup>62</sup> y, por otro lado, una dimensión externa que conduce a medir la representatividad en la empresa pero también en todos los ámbitos más amplios<sup>63</sup>.

Las disfunciones en materia de medición de representatividad sindical son consecuencia de la regulación legal de estas elecciones, pues se ha configurado desde el prisma de su función originaria, es decir, la elección de representantes del personal en la empresa.

Aun así, pese a estas disfunciones, resulta indubitable que la audiencia electoral constituye un criterio satisfactorio. Ciertamente, la oportunidad de incluir en la medición de la representatividad otros criterios ha de ser contemplada. Sin embargo, más que la audiencia electoral en sí misma, es el escrutinio elegido para medirla que plantea dificultades.

#### III.1. LAS CARENCIAS DE LAS ELECCIONES A REPRESENTANTES UNITARIOS COMO ÁMBITO DE MEDICIÓN DE LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

Este desarrollo no pretende tratar en detalle del procedimiento que rige las elecciones a representantes del personal en la empresa pero sí demostrar que teniendo un objeto distinto, no constituyen una base totalmente satisfactoria para medir la representatividad sindical y plantean varios problemas de aplicación en la materia. Concretamente, podemos detectar tres problemas con mayor incidencia.

Por una parte, se plantean varias dificultades inherentes a la falta de concordancia entre la finalidad de la medición de la audiencia electoral y la de la

<sup>61</sup> Para profundizar sobre los procedimientos electorales en España, ver Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales, Coord. M<sup>a</sup>.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006; M<sup>a</sup>.J. RODRÍGUEZ RAMOS y G. PÉREZ BORREGO, Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo, Pamplona, Aranzadi, 2002. En France, M.L. MORIN, L. PECAUT- RIVOLIER et Y. STRUILLLOU, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Paris, Dalloz, 2009.

<sup>62</sup> Conviene resaltar que las regulaciones legales francesa y española presentan diferencias sustanciales en cuanto a ambos órganos. En España, una empresa no puede contar con ambos que son alternativos (su existencia se condiciona a los efectivos de la empresa o centro de trabajo). Consecuidamente, se componen exclusivamente de trabajadores y desempeñan las mismas funciones (art. 62 y ss. ET). En Francia, al contrario, ambas instituciones pueden coexistir y superponerse en una misma empresa, dado que no tienen las mismas competencias y prerrogativas (art. L. 2314-19 CT). Por otra parte, el comité de empresa es un órgano mixto, presidido por el jefe de empresa o su representante y compuesto por los representantes elegidos del personal y por los representantes sindicales en la empresa (art. L. 2324-1 CT).

<sup>63</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « La doble cara de las « elecciones sindicales » », RL, 1986-II, p. 31. Ver también STC 208/1989 de 14 de diciembre y STC 7/1990 de 18 de enero.

representatividad sindical. Por otra parte, estas elecciones permiten una apreciación parcial de la representatividad sindical debido a la exclusión de numerosos trabajadores de cualquier tipo de proceso electoral. Finalmente, la doble dimensión, antes señalada, conduce a un proceso de sindicalización de las elecciones profesionales en detrimento de su función originaria de elección de representantes del personal en la empresa.

### *III. 1. 1. Las dificultades de concordancia entre medición de la audiencia electoral y de la representatividad sindical*

Se puede destacar dos aspectos problemáticos en la materia. Por un lado, la definición de la unidad electoral resulta inadaptada a la complejidad de la medición de la representatividad sindical. Por otro lado, la frecuencia y la dispersión de las elecciones profesionales plantean dificultades en cuanto al método y al momento de apreciación de la audiencia electoral y, consecuidamente, de la representatividad sindical.

En primer lugar, respecto a la definición de la unidad electoral, la regulación legal en ambos países configura el centro de trabajo como unidad de referencia, como “*unidad electoral básica*”<sup>64</sup>. Sin entrar en más detalles, el centro de trabajo es el escalón debajo de la empresa cuando ésta tiene estructura compleja<sup>65</sup>. Se trata de una opción lógica conforme a la finalidad originaria de las elecciones profesionales, a su perspectiva interna. Efectivamente, es deseable permitir en los ámbitos más reducidos la celebración de elecciones que permitan al personal del centro de trabajo tener representantes directos y cercanos a sus necesidades. Sin embargo, esta opción desemboca en dificultar la medición de la representatividad sindical a nivel empresarial o en determinados centros de trabajo.

En Francia, la circular de la Dirección General del Trabajo (DGT) n° 20 de 13 de noviembre de 2008 prevé que la representatividad del sindicato en el conjunto de la empresa ha de medirse “*por adición del conjunto de los votos obtenidos por el sindicato en el conjunto de los centros de trabajo, sea cual sea el porcentaje obtenido por centro de trabajo*”<sup>66</sup>. Surgen las dificultades cuando se trata de saber si un sindicato reconocido representativo en el conjunto de la empresa, puede actuar en un centro de trabajo como tal, si en este centro no consiguió el 10% de los votos o no existe representación del personal, es decir,

<sup>64</sup> Según expresión de la jurisprudencia española, STS 9 de julio de 1991 y 18 de junio de 1993, Ar/5877 y 4764.

<sup>65</sup> En francés, “*établissement distinct*”. Sobre los criterios para determinar el centro de trabajo, ver J.M. RAMÍREZ et T. SALA FRANCO, « El concepto de centro de trabajo: configuración legal », en Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo I, Madrid, Edersa, 1990, p. 239; M<sup>a</sup>.J. ROMERO RODENAS, « El centro de trabajo como circunscripción electoral. Centro de trabajo y lugar de trabajo », en Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales, Coord. M<sup>a</sup>.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 87; J. SAVATIER, « Etablissement ou entreprise : quel cadre pour les relations de travail ? », en Mélanges dédiés à M. DESPAX, PU Toulouse, 2002, p. 61 et Y. CHALARON, « A propos de l'établissement », en Etudes offertes à J. PELISSIER, Paris, Dalloz, 2004, p. 153 ; I. DESBARATS, L'entreprise à établissements multiples en droit du travail, Paris, LGDJ, 1996.

<sup>66</sup> Por lo tanto, la ausencia de resultados o una audiencia electoral inferior al 10% en un centro de trabajo no impide a un sindicato ser representativo a nivel de la empresa si acredita una audiencia global del 10% (J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 659).

resultados electorales que permiten la apreciación de su audiencia electoral. La ley no permite responder de manera categórica a esta pregunta. Sin embargo, su finalidad y su lógica<sup>67</sup> permiten pensar que el sindicato no puede ser considerado representativo en el centro de trabajo considerado y no podrá desplegar las prerrogativas inherentes a esta condición, especialmente, la facultad de negociar convenios colectivos de trabajo<sup>68</sup>.

En España, la vinculación entre el ámbito de celebración de las elecciones profesionales y la medición de la representatividad sindical ha implicado que las representaciones sindicales se establezcan a ese nivel en la inmensa mayoría de los casos<sup>69</sup>. En este contexto, para apreciar la representatividad de un sindicato, el principio general de solución consiste en poner en adecuación el marco de actuación del sindicato con el ámbito de apreciación de su representatividad<sup>70</sup>.

En segundo lugar, la configuración del centro de trabajo como unidad electoral de referencia conlleva una medición de la representatividad ascendente, descentralizada y discontinua. Por lo tanto, implica la toma en consideración de un número considerable de procesos electorales organizados en cada empresa en distintos momentos. Sin duda, podría producir problemas cuando se trata de medir la representatividad en ámbitos más amplios, como por ejemplo, el ámbito nacional interprofesional, el sectorial, pero también de empresa cuando se trata de una empresa compuesta de varios centros de trabajo. Pues bien, en ambos países, se distingue el momento de cómputo de la audiencia que permite acreditar la representatividad exigible a futuro y el momento donde dicha representatividad es exigible.

En Francia<sup>71</sup>, si se trata de los niveles interprofesional y sectoriales, el proceso de recolección y cómputo de resultados empieza por la transmisión, por parte del empleador, del acta de las elecciones al órgano administrativo correspondiente en un plazo de 15 días siguientes a las elecciones<sup>72</sup>. Los resultados globales

<sup>67</sup> La ley persigue el objetivo de verificar la representatividad real del sindicato en su ámbito de actuación.

<sup>68</sup> En este sentido, G. BELIER y H.J. LEGRAND, op. cit., p. 67 y 81. Otro autor considera que el sindicato representativo en la empresa podría actuar en todos los centros de trabajo, independientemente de su representatividad en éstos (J.F. CESARO (loc. cit., 2009, p. 659). Según este autor, quien puede lo más, puede lo menos.

<sup>69</sup> Según el artículo 8.1 LOLS, el nivel de constitución de la sección sindical es una decisión que depende de la política del sindicato y de sus afiliados en la empresa (STC 173/1992 de 29 de octubre y J. CABEZA PEREIRO, loc. cit., 2004, p. 530). Sin embargo, en la práctica, conviene a la estructura sindical constituirse paralelamente al ámbito electoral para poder acreditar su representatividad. Por lo tanto, el dispositivo legal conduce indirectamente a la constitución de sección sindical en cada centro de trabajo donde hay elecciones con el propósito de demostrar su representatividad. Así, el TC estima que « *la base natural de la sección sindical es el centro de trabajo* » (STC 173/1992 de 29 de octubre; ver también, A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 2006, p. 20).

<sup>70</sup> M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 79; C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 83.

<sup>71</sup> Art. D. 2122-6 y D. 2122-7 CT. Decreto n° 2008-1133 de 4 de noviembre de 2008. En todo caso, el proceso de cómputo ha de garantizar "la confidencialidad e integridad de los datos recogidos y tratados, su fiabilidad, su exhaustividad y la transparencia de los resultados" (art. D. 2122-6 CT).

<sup>72</sup> Concretamente se trata de un centro de tratamiento privado bajo el control de la Dirección General del Trabajo. Ver L. BATEMAN, « Un décollage difficile pour MARS », SSL, 2010, n° 1455, p. 14.

se transmiten al final de cada ciclo electoral<sup>73</sup> al Alto Consejo del Diálogo social<sup>74</sup>, que formula su recomendación al Ministro de Trabajo, que elabora las listas de las organizaciones representativas a niveles sectoriales e interprofesional<sup>75</sup>. Así se adquiere, durante la totalidad del ciclo electoral siguiente, la cifra de audiencia electoral<sup>76</sup>. A nivel empresarial, las dificultades surgen cuando una empresa se compone de varios centros de trabajo en los cuales se celebran elecciones en momentos distintos, lo que puede hacer fluctuar la representatividad a nivel de la empresa en su conjunto. La ley no contempla esta situación. Hay que recurrir a la circular DGT del 13 de noviembre de 2008, según la cual en las empresas de estructuras complejas, el ciclo electoral comienza en las elecciones en el primer centro y finaliza en las elecciones en el último<sup>77</sup>. Así la audiencia electoral se mantiene hasta finalizar el próximo ciclo electoral de forma similar a los niveles más amplios<sup>78</sup>. El mantenimiento de la audiencia electoral durante el ciclo electoral parece ser una solución satisfactoria para garantizar la necesaria estabilidad de la representación sindical en la empresa<sup>79</sup>. En la misma idea, la jurisprudencia afirma que la desafiliación de un sindicato de su confederación no implica una modificación de los resultados electorales considerando que la pertenencia del sindicato a dicha confederación constituye “*un elemento esencial del voto de los electores*”<sup>80</sup>.

En España, sea cual sea el nivel considerado, la representatividad se mide desde el año 1994 mediante un registro administrativo permanente<sup>81</sup>. Por lo tanto, la representatividad evoluciona según los distintos procesos electorales organizados en las empresas. El registro y la proclamación de los resultados

<sup>73</sup> Considerando que los mandatos de los representantes elegidos son de cuatro años (art. L. 2314-26 et L. 2324-24 CT) el ciclo electoral tiene la misma duración.

<sup>74</sup> En francés, “Haut Conseil du dialogue social”. Un sector doctrinal se muestra escéptico sobre la creación de un nuevo órgano, considerando que la Comisión Nacional de la Negociación Colectiva hubiera podido cumplir esta función (P. RODIERE, op. cit., p. 11).

<sup>75</sup> Art. L. 2122-11 CT. Sobre la oportunidad de que sea un organismo independiente en vez del Ministro (J.M. VERDIER, « Des propositions de grandintéret », RDT, 2006, loc. cit., 2006, p. 286).

<sup>76</sup> En caso de fusión de sindicatos, se admite que la audiencia de la nueva organización resulte de la suma de la de las dos organizaciones preexistentes (G. BELIER y H.J. LEGRAND, op. cit., p. 89).

<sup>77</sup> La circular contempla la misma solución a nivel del grupo de empresas.

<sup>78</sup> En este sentido, los jueces afirman que “la representatividad de las organizaciones sindicales, en un ámbito considerado, se establece por toda la duración del ciclo electoral” (ver Cass. soc. 13 de febrero de 2013, n° 12-18.098 ; I. ODOUL-ASOREY « Mesure de l’audience électorale des syndicats : non prise en compte des résultats obtenus aux élections partielles », Revue de droit du travail, 2013, p. 418; F. PETIT « La représentativité acquise pour toute la durée d’un cycle électorale », Dr. soc., 2013, p. 374. En contra, J. Crédoz-Rosier et J. Grangé « Jusqu’où la stabilité syndicale peut-elle primer sur la légitimité syndicale ? », Sem. soc. Lamy 2013, n° 1584.

<sup>79</sup> F. PETIT, « Les périmètres de l’entreprise en matière syndicale et électorale », Dr. soc., 2010, p. 636. Por una opinión más crítica, privilegiando una representatividad instantánea en cada momento, ver J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 661; G. BELIER y H.J. LEGRAND, op. cit., p. 87. La posición común se pronunciaba en este sentido, proponiendo la apreciación de la representatividad a cada nueva elección en la empresa (art. 3-2).

<sup>80</sup> Cass. Soc. 18 de mayo de 2011, Les rencontres de la Chambre Sociale de la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2011, p. 192. (L. PECAUT-RIVOLIER, « La loi du 20 août 2008 reformant la démocratie sociale, deuxième présentation », Les rencontres de la Chambre Sociale de la Cour de cassation. Mars 2011, Paris, Dalloz, 2011, p. 166).

<sup>81</sup> C. BLASCO PELLICER, op.cit., 1995, p. 21. Ver también P. GETE CASTRILLO, « La reforma del derecho de representación colectiva », en La reforma del mercado de trabajo, Coord. M.E. CASAS BAAMONDE et F. VALDÉS DAL-RE, Madrid, La Ley, 1994, p. 499; J. MATÍA PRIM, « Las elecciones en la empresa », en La reforma del Estatuto de los Trabajadores, Coord. M.E. CASAS BAAMONDE et F. VALDÉS DAL-RE, Madrid, La Ley, 1994, p. 221.

así como la consecutiva medición de la representatividad son competencias de la oficina Pública de elecciones sindicales, que depende de la Dirección General del trabajo y de los órganos correspondientes de la CC.AA.<sup>82</sup>. Sin embargo, la composición de los órganos de representación del personal puede conocer cambios entre dos procesos electorales que pueden afectar la representatividad sindical. Pues bien, si estos cambios tienen como origen elecciones parciales por ejemplo, los nuevos resultados se transmiten a efectos de registro y cómputo y, por lo tanto, influyen en la medición de la representatividad. Si estos cambios son consecutivos de la actuación de los representantes del personal, por ejemplo en caso de transfuguismo sindical<sup>83</sup>, no se toman en cuenta y no se modifica la atribución de los resultados<sup>84</sup>. La primera composición de los órganos de representación del personal constituye, por consiguiente, el marco de apreciación de la audiencia electoral<sup>85</sup>. Otra hipótesis es la integración o fusión de sindicatos que conduce, al contrario, a proceder a un nuevo cálculo de representatividad. Si una de esas operaciones produce la desaparición de la personalidad de uno de los sindicatos, se admite que los resultados electorales de los que son integrados se atribuyen al que acepta la integración<sup>86</sup>.

En definitiva, ambos dispositivos establecen un sistema de centralización de resultados electorales. Sin embargo, mientras el dispositivo francés congela, especialmente a niveles interprofesional y sectoriales, las cifras de audiencia electoral, el dispositivo español se muestra más reactivo y flexible frente a la evolución de la representatividad sindical y procede a la apreciación concomitante de la audiencia de los sindicatos y su representatividad. Para entender el alcance de esta diferencia, conviene formular una observación. En efecto, en España, la audiencia electoral es el criterio único de medición de la representatividad sindical, por lo que es coherente tener presente su nivel en el momento en el cual el sindicato desempeña una prerrogativa condicionada a su carácter representativo. En Francia, existen otros criterios que se aprecian de forma acumulativa. Dado que la representatividad se valora, en virtud del principio de concordancia, en el momento en que el sindicato pretende ejercer una prerrogativa, y admitiendo que la audiencia electoral se atribuye por un ciclo electoral, la representatividad se apreciará según los otros criterios legalmente establecidos, como la independencia, la influencia, etc. Esta configuración tiene

<sup>82</sup> Art. 75.7 ET y 21 RD 1844/94 de 9 de sept. de 1994. Ver F.J. ARGUIÑÁRIZ PARADA, « La administración laboral y la inspección de trabajo y la seguridad social y su nivel interventivo en materia de elecciones sindicales », en Derecho Sindical. Elecciones Sindicales (nuevo marco normativo): Sentencias, Barcelona, Bosch, 1996, p. 171; M<sup>a</sup>.J. ROMERO RODENAS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 183.

<sup>83</sup> El transfuguismo sindical se refiere al cambio de afiliación sindical de un representante elegido, posterior al proceso electoral. En todo caso, el cambio de afiliación no implica el fin del mandato (STS du 18 nov. 1991, Ar/8245). Ver también M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 194; C.L. ALFONSO MELLADO, « Efectos del cambio de afiliación sobre el mandato representativo y sobre la atribución de resultados », en Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales, Coord. M<sup>a</sup>.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 270).

<sup>84</sup> Art. 12.3 Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa (RD 1844/1994). Ver STS 17 de oct. de 1994, Ar/8053; STS 7 de julio de 1999, Ar/5788. Ver también C.L. ALFONSO MELLADO, op.cit., p. 263. Por una opinión más crítica, ver F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 218; M.A. SOLANS LATRE, op.cit., 2003, p. 191.

<sup>85</sup> Considerando que los mandatos de los representantes elegidos son de 4 años (art. 67.3 ET y disposición adicional 2.1 LOLS), un sindicato puede, en principio, invocar el número de representantes elegidos al cabo del proceso electoral durante este mismo periodo.

<sup>86</sup> Art. 12.4 RD 1844/1994.



como consecuencia directa la posibilidad de contestar la representatividad de un sindicato con base a otro criterio que la audiencia electoral, aunque ésta sea superior a los umbrales legales y adquirida por un ciclo electoral de cuatro años<sup>87</sup>. Esta posibilidad podría desembocar a un importante contencioso sobre la apreciación judicial.

### *III.1.2. La exclusión de una parte considerable de trabajadores*

El establecimiento de las elecciones a representantes del personal como escrutinio de medición de la representatividad conduce en la práctica a excluir la participación de un volumen importante de trabajadores o a subrepresentara algunos de ellos.

Por una parte, las disposiciones legales relativas a las condiciones de electores y elegibles conducen a la exclusión de trabajadores<sup>88</sup>, especialmente por una condición de antigüedad<sup>89</sup> o a la subrepresentación de los trabajadores en contratos precarios<sup>90</sup>.

Por otra parte, la celebración de elecciones se condiciona a un requisito de efectivos de la empresa.

En España, el Estatuto de los Trabajadores fija un número mínimo de 6 trabajadores debajo del cual no se puede organizar elecciones. Si la empresa cuenta entre 6 y 10 trabajadores, la elección de delegados del personal se condiciona a la conclusión de un acuerdo mayoritario entre los trabajadores<sup>91</sup>. A partir de 10 trabajadores, la elección de los delegados de personal es obligatoria<sup>92</sup> y, a partir de 50 trabajadores, se organizan la elección del comité de empresa<sup>93</sup>.

En Francia, la organización de elecciones es obligatoria únicamente en las empresas que cuentan con al menos 11 trabajadores<sup>94</sup>. De 11 a 49 trabajadores se organizan elecciones a delegados del personal a las cuales se añaden las elecciones a representantes al comité de empresa a partir de 50 trabajadores<sup>95</sup>.

<sup>87</sup> G. BORENFREUND, op cit., 2008 (b), p. 714; F. FAVENNEC-HERY, op. cit., p. 638. Así lo subraya el Profesor RODIERE, « sólo la medición de la audiencia vale por cuatro años, de una elección a la siguiente. [...] Si hay presunción por cuatro años, es un presunción de audiencia y únicamente de audiencia » (op. cit., p. 11).

<sup>88</sup> En Francia y en España, pueden votar los trabajadores a partir de 16 años y ser elegibles a partir de 18 años. También hay que apuntar que los directivos asimilados al empleador no integran el cuerpo electoral.

<sup>89</sup> En Francia, para ser elector, la antigüedad ha de ser de 3 meses (art. L. 2314-15 y art. L. 2324-14), para ser elegible, de al menos un año. En España, las condiciones son menos restrictivas (art. 69.2. ET establece un mes de antigüedad para ser elector y 6 meses para presentarse a las elecciones (art. 69.2 ET y RD1844/1994 de 9 de sept).

<sup>90</sup> Art. 72.2 ET y art. L. 2312-8 CT.

<sup>91</sup> Art. 62.1 ET. Sin embargo, la jurisprudencia reconoce con mucha facilidad la existencia de tal acuerdo. Según las palabras del Tribunal Constitucional, la decisión de los trabajadores puede tener lugar antes o después de la promoción de las elecciones y podrá ser expresa o tácita (STC 36/2004 de 8 de marzo). La participación masiva de los trabajadores a las elecciones vale como aceptación.

<sup>92</sup> No se puede reagrupar centros de trabajos de menos de 10 trabajadores para permitir alcanzar los umbrales y organizar elecciones DP (STS 31 de enero de 2001, Ar/2138).

<sup>93</sup> Art. 63.1 ET.

<sup>94</sup> Art. L.2312-1 CT. Sin embargo, el artículo L. 2312-4 CT prevé que, por convenios o acuerdos colectivos, se pueda organizar elecciones en los centros o empresas de menos de 11 trabajadores.

<sup>95</sup> Article L. 2314-6 CT.

Sin lugar a dudas, estos umbrales conducen a excluir numerosos trabajadores en las pequeñas y medianas empresas que no pueden participar a la determinación de la representatividad sindical de las mayores centrales sindicales o de los sindicatos sectoriales. Esta consideración es aún más perjudicial debido a que en estas pequeñas y medianas empresas, las más numerosas en los tejidos productivos francés y español, se aplican generalmente convenios sectoriales. ¿Cómo entender que los trabajadores directamente afectados por la aplicación de un convenio no puedan participar en la selección de los negociadores que les representan? Veremos más adelante que el dispositivo legal francés intenta remediar estos importantes inconvenientes y disfunciones relativas a la utilización de las elecciones profesionales como escrutinio para medir la audiencia electoral de los sindicatos y su representatividad. Es cierto que estas restricciones encuentran un fundamento válido desde la perspectiva interna de las elecciones que se centra en la constitución de órganos de representación del personal. Sin embargo, perjudican de forma clara la legitimidad de este escrutinio desde la perspectiva externa o sindical de estas elecciones. Paradójicamente, veremos a continuación que dicha dimensión externa afecta también a la objetividad de los resultados en la dimensión interna de las elecciones.

### *III.1.3. La sindicalización de las elecciones*

El flujo y reflujo entre dimensión externa y dimensión interna de las elecciones profesionales aparece también vía el fenómeno de su sindicalización que se ve acentuada, por lo demás, por varias disposiciones legales que tienden a reforzar el papel de los sindicatos.

De manera general, las elecciones en los ámbitos más reducidos constituyen un terreno muy propicio al riesgo de personalización que conduce a minusvalorar la dimensión sindical de las elecciones, o, al contrario, al riesgo de abstracción que permite a un candidato tener su elección, digamos asegurada, por el compromiso y la voluntad de los trabajadores de apoyar al sindicato del cual es el candidato. Parece atrevido pensar que el voto de los trabajadores ha de ser el mismo si se trata de elegir entre los compañeros y compañeras al o a la representante frente al empleador o si se trata de expresar su preferencia por un sindicato que dialogue con el Estado o las organizaciones patronales sectoriales o interprofesionales.

Desde el punto de vista legal, el derecho español, debido a su tradición histórica que liga medición de la representatividad y elecciones profesionales, se revela extremadamente sensible al fenómeno de sindicalización de las elecciones. En este sentido, se ha otorgado un papel sumamente importante a los sindicatos reconocidos como más representativos. En Francia, se trata de un fenómeno relativamente nuevo consecutivo a la reforma de 2008, al cual la jurisprudencia se ha debido adaptar<sup>96</sup>, por ejemplo en cuanto a las causas de anulación de las

---

<sup>96</sup> P.H. ANTONMATTEI, « Brèves observations sur la jurisprudence relative au titre I de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail », en Les rencontres de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Mars 2011, Paris, Dalloz, 2011, p. 157.

elecciones<sup>97</sup> y al restablecimiento del recurso de casación en materia de contencioso preelectoral<sup>98</sup>.

Tres aspectos, contemplados desde un punto de vista cronológico, permiten ilustrar las actuaciones de la ley y de la jurisprudencia en materia de sindicalización de las elecciones profesionales: el procedimiento de convocatoria de las elecciones, las condiciones de presentación de las candidaturas y las modalidades del cómputo de votos.

En primer lugar, el procedimiento de convocatoria de las elecciones se revela muy interesante en cuanto a la identificación de los sujetos competentes para iniciarlo. Conviene señalar que, en esta materia, ambos derechos responden a lógicas distintas.

En España, según el artículo 67.1 al. 1 ET, pueden promover elecciones, “*las organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo de un diez por ciento de representantes en la empresa o los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario*”<sup>99</sup>. En la práctica, dos elementos conducen a dar a los sindicatos más representativos un papel decisivo en la materia<sup>100</sup>. Por una parte, si se trata de primeras elecciones en un ámbito considerado, suelen intervenir los sindicatos representativos pues, por hipótesis, no existe representación unitaria anterior que permitiera medir la representatividad de otros sindicatos. Por otra parte, el artículo 67.1 al. 3 ET establece un proceso que permite a los sindicatos más representativos o representativos, previo acuerdo mayoritario, promover “*la celebración de elecciones de manera generalizada en uno o varios ámbitos funcionales o territoriales*”<sup>101</sup>. Ambos elementos otorgan a los sindicatos más representativos un poder considerable en materia de promoción de elecciones pues disponen, por esencia, de la calidad de representativo en cualquier ámbito territorial y funcional<sup>102</sup>. Así, la existencia de condiciones electoralistas coyunturales favorables o no<sup>103</sup> constituye una variable decisiva para poner en marcha o no un proceso electoral, a veces en perjuicio del interés de los propios trabajadores<sup>104</sup>.

En Francia, el dispositivo legal remite al empleador, voluntariamente o a petición de un trabajador o de un sindicato, la responsabilidad de promover las

<sup>97</sup> Cass. Soc. 13 de enero de 2010, nº 09-60.203, Bull. civ. V, nº 7. Los jueces pronuncian la anulación de las elecciones en caso de irregularidades cometidas en su organización y desarrollo, únicamente si han tenido influencia en los resultados o si han sido determinantes de la cualidad de representativas de las organizaciones sindicales. Con la salvedad del respeto a los principios generales del derecho electoral, esta posición jurisprudencial demuestra la importancia de disponer de resultados electorales cuya ausencia debida a una anulación ha de ser fuertemente justificada.

<sup>98</sup> Cass. Soc. 23 de sept. de 2009, nº 08-60.535, Bull. civ. V, nº 195. Otra vez, esta posición jurisprudencial demuestra la importancia de las elecciones.

<sup>99</sup> M<sup>a</sup>.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 96.

<sup>100</sup> Conviene apuntar que el TC afirma que la promoción de elección forma parte del contenido adicional de la libertad sindical que, por lo tanto, ha de fomentarse vía una regulación legal favorable (ver STC 9/1988 de 25 de enero y STC 76/2001 de 26 de marzo).

<sup>101</sup> H. ÁLVAREZ CUESTA, Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad, Granada, Comares, 2006, p. 27 y ss.

<sup>102</sup> J. GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 107.

<sup>103</sup> En caso de coyuntura desfavorable, el mantenimiento de la representación unitaria hasta no se celebren otras elecciones permite a los sindicatos esperar tiempos mejores.

<sup>104</sup> Para una crítica del dispositivo legal, ver M<sup>a</sup>.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 91, 97.

elecciones<sup>105</sup>. El empresario debe informar las organizaciones sindicales presentes en la empresa de la organización de elecciones<sup>106</sup> e invitarlas a negociar el protocolo preelectoral<sup>107</sup>. Así, al contrario del dispositivo español, el dispositivo francés tiende a asegurar la igualdad sindical pero, dejando en mano del empleador la organización de las elecciones, permite que éste las haga coincidir con acontecimientos de la vida empresarial más o menos favorables a sus intereses o a los de determinadas organizaciones sindicales<sup>108</sup>.

En todo caso, independientemente de estas cuestiones, resulta obvio que la centralidad de la audiencia electoral en materia de medición de la representatividad sindical constituye una ventaja indudable para las grandes centrales sindicales que, durante las campañas electorales, disponen de una capacidad financiera y un abanico de medios humanos y materiales que les coloca en una disposición favorable respecto a otros sindicatos<sup>109</sup>.

En segundo lugar, en cuanto a las modalidades de presentación de candidaturas, se puede afirmar que desde la reforma legal de 2008 en Francia, ambos derechos acercaron posiciones, aunque se mantienen diferencias sustanciales.

El derecho español reconoce a todos los sindicatos legalmente constituidos el derecho de presentarse a las elecciones<sup>110</sup> y, al mismo tiempo, plantea condiciones muy restrictivas en relación con la candidatura de un trabajador independiente, favoreciendo así su integración en una estructura sindical<sup>111</sup>.

En Francia, el escrutinio se desarrolla a dos vueltas, la primera sirviendo a medir la representatividad sindical<sup>112</sup>. Desde la reforma de 2008, el acceso a la primera ronda no está reservado a los sindicatos considerados representativos<sup>113</sup>.

<sup>105</sup> Art. L. 2314-2 CT; Art. L. 2314-4 CT; art. L. 2324-3 y L. 2324-5 CT.

<sup>106</sup> Art L. 2314-3 CT y L. 2324-4 CT.

<sup>107</sup> Se trata de un documento elaborado y firmado por las organizaciones sindicales y el empleador, que organiza el conjunto del proceso electoral. Menos en algunas cuestiones que requieren unanimidad (modificación del número y de la composición de los colegios electorales, art. L. 2324-12 CT), ha de ser adoptado por la mayoría de las organizaciones sindicales que participaron en su negociación entre ellas las organizaciones representativas que cuentan con la mayoría de los votos expresados en las últimas elecciones o cuando no hay resultados, la mayoría de las organizaciones representativas en la empresa (art.L. 2324-4-1 CT). Se ajustaron disposiciones legales en la materia por el artículo 30 de la ley n° 2014-288 de 5 de marzo de 2014 (ver I. ODOUL-ASOREY, « Les dispositions nouvelles de la loi du 5 mars 2014. Élections professionnelles et droit sindical", Revue de droit du travail, 2014, p. 481.

<sup>108</sup> J.E. RAY, loc. cit., 2009, p. 891. El autor cita por ejemplo la inoportunidad por el empresario de poner en marcha un procedimiento de despidos colectivos anteriormente a la celebración de elecciones o, al contrario, la promoción de elecciones tras haber negociado con un sindicato determinado conforme a sus expectativas, un convenio favorable a los trabajadores.

<sup>109</sup> En este sentido, ver H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., p. 31 ; M<sup>a</sup>.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 162.

<sup>110</sup> Art. 28.1 CE relativo a la libertad sindical que se traduce al art. 69.3 ET (ver también STC 51/1988 de 22 de marzo y M<sup>a</sup>.J. ROMERO RODENAS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 148).

<sup>111</sup> El trabajador ha de reunir de forma previa un número de firmas de otros trabajadores identificados que equivalga al menos a tres veces el número de puestos a cubrir (art. 69.3 ET y art. 8.1 RD 1844/1994. Ver también J. CRUZ VILLALÓN, « Presentación y proclamación de candidaturas », en Aspectos conflictivos de la elecciones sindicales, Coord. M.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006 (a), p.158).

<sup>112</sup> Una segunda vuelta se organiza si el número de votos es inferior a la mitad de los electores. Esta segunda vuelta permite a las listas no-sindicales y a los independientes participar en el proceso electoral.

<sup>113</sup> Anteriormente a la ley de 20 de agosto de 2008, únicamente las listas de las organizaciones representativas en la empresa podían presentarse en la primera ronda de las elecciones favoreciendo así el estatuto quo (antiguo art. L. 423-14 al.2 CT y L. 433-10 CT, ver J.M. VERDIER, op. cit., 1978, p. 263; Cass. Soc. 13 de sept. de 2005, Dr. soc., 2006, p. 235, obs. P.Y. VERKINDT.

En adelante, pueden presentar listas de candidatos a la primera ronda las organizaciones sindicales que cumplen los requisitos de respeto de los valores republicanos, de independencia, que son legalmente constituidas desde hace al menos dos años y cuyo ámbito profesional y geográfico cubre la empresa considerada<sup>114</sup>, así como los sindicatos afiliados a una organización representativa a nivel nacional e interprofesional, independientemente de su presencia o representatividad real en la empresa considerada<sup>115</sup>.

Desde un punto de vista comparado, es cierto que ambos dispositivos se han acercado y permiten la igualdad entre las distintas listas sindicales en cuanto al acceso al proceso electoral. Sin embargo, la condición de antigüedad establecida en el derecho francés constituye, en nuestra opinión, una restricción poco respetuosa del principio de libertad sindical limitando las opciones de los trabajadores. En todo caso, volviendo al propósito central, se puede afirmar que ambos dispositivos legales favorecen ampliamente la presentación de candidaturas sindicales favoreciendo así el proceso de sindicalización de las elecciones profesionales.

En tercer y último lugar, conviene formular algunas observaciones sobre la base del cómputo de la representatividad sindical.

En España, independientemente del ámbito considerado, la jurisprudencia recuerda que la representatividad se mide en función del porcentaje de delegados de personal y miembros de los comités de empresa obtenidos por cada sindicato en las elecciones a los órganos de representación legal de los trabajadores en la empresa<sup>116</sup>. En Francia, la representatividad se mide respecto a *“los votos expresados en la primera ronda de las últimas elecciones [...] sea cual sea el número de votantes”*<sup>117</sup>. Así, la ley francesa procede a una instrumentalización de los resultados de la primera ronda de las elecciones profesionales, reservada a los sindicatos en las condiciones anteriormente vistas, mientras el derecho español vincula de forma directa la medición de la representatividad al número de representantes elegido por cada sindicato en una única ronda. Pues bien, esta diferencia no es inocua y supone varias implicaciones en cuanto a la apreciación de la representatividad sindical.

Respecto al derecho español, la utilización del sistema proporcional en las elecciones del comité de empresa<sup>118</sup> produce importantes distorsiones debidas a la utilización de cocientes<sup>119</sup> que favorecen los sindicatos más grandes<sup>120</sup>.

<sup>114</sup> Art. L. 2314-24 CT.

<sup>115</sup> Ya hemos visto que la afiliación sindical sigue jugando un papel importante en esta materia (ver supra).

<sup>116</sup> STS de 17 de octubre de 1994, Ar/8053 y STS de 20 de diciembre de 1995, Ar/9841.

<sup>117</sup> Art. L. 2122-1, L. 2122-5 et L. 2122-9 CT.

<sup>118</sup> Art. 71.2 b ET. De acuerdo con el artículo 70 ET, las elecciones de los DP se rigen por el principio mayoritario de listas abiertas. Cada elector puede votar a tantos candidatos como puestos por cubrir.

<sup>119</sup> M<sup>a</sup>.J. ROMERO RODENAS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 174; H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., p. 33. El dispositivo francés aplica el sistema proporcional de media más elevada para las elecciones de DP y de miembros del comité de empresa (art. L. 2314-24 y L. 2324-22 CT respectivamente).

<sup>120</sup> El sistema es el siguiente: se establece el número de votos obtenidos por cada lista, se atribuye a cada lista tantos escaños como veces que el número de votos contiene el cociente electoral (calculado a partir de la división del número de votos válidos expresados por el número de escaños vacantes). Si queda escaños, se atribuye a la media más elevada.

Otro elemento a favor de los grandes sindicatos es la constitución de listas cerradas y completas. También conviene citar la regla según la cual un sindicato ha de obtener al menos el 5% de los votos en cada colegio para conseguir un representante<sup>121</sup>, lo que perjudica el auge de pequeños sindicatos, de sindicatos de franja, impide la toma en consideración de un número considerable de votos apreciados globalmente y favorece implícitamente la concentración de votos<sup>122</sup>.

Respecto al derecho francés, es cierto que la distinción entre reglas de reparto de puestos en las elecciones y modo de medición de la representatividad sindical parece más adecuada y acertada, pues permite reflejar con más fidelidad el voto de los trabajadores. Sin embargo, la eventual organización de una segunda vuelta puede conducir a viciar la apreciación de la representatividad sindical. Una simple pregunta permite entender la problemática ¿Que opción tiene un trabajador que quiere como representante del personal un compañero o compañera que se presenta como independiente y que tiene, por lo tanto, que esperar que se reúnan las condiciones para presentarse a la segunda vuelta? O vota en la primera ronda para expresar su preferencia sindical y se expone a que se alcance el umbral que impide la celebración de una segunda vuelta, o no participa en la primera ronda, es decir, no participa en la medición de la representatividad sindical, para aumentar las posibilidades de que se celebre una segunda vuelta. Sintómicamente y consciente de este riesgo, el dispositivo prevé que la apreciación de los resultados en la primera ronda se realice “*sea cual sea el número de votos*”<sup>123</sup>. Esta solución no puede ser satisfactoria, pues pretende eliminar una problemática real que conduce a viciar la voluntad real de los trabajadores en un proceso de selección de sindicatos que les representarán a niveles interprofesional y sectoriales, frente a las asociaciones empresariales y al Estado.

A modo de conclusión, resulta patente que la doble dimensión de las elecciones profesionales plantea dificultades que afectan tanto a las elecciones de los representantes del personal como a la medición de la representatividad. Se podría afirmar que, aunque la función originaria han inspirado fuertemente su regulación, la práctica y las implicaciones de las elecciones profesionales han transformado su finalidad y las han convertido en elecciones sindicales, exponiéndolas al peligro de su politización<sup>124</sup>. Otro aspecto relevante es la necesidad de los sindicatos de desmarcarse unos de otros para destacar en lo que se ha convertido en una competencia electoral, lo que puede conducir a romper la necesaria unidad sindical en momentos y temas claves.

---

<sup>121</sup> Art. 71.1 b) ET.

<sup>122</sup> En este sentido, H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., p. 35.

<sup>123</sup> Anteriormente, la jurisprudencia afirmaba que cuando el quorum no se alcanza en la primera ronda de las elecciones profesionales, no se recuentan los votos expresados a favor de cada una de las listas sindicales (Arrêt Adecco, Cass. Soc. 20 déc. 2006, Dr. soc., 2007, p. 457). Por unacrítica a estajurisprudencia, ver B. BOUBLI, « Retour sur l'arrêt Adecco: un tour d'horizon nécessaire », SSL, 2007, n° 1302, p. 5; P.H. ANTONMATTEI, « Négociation collective: un bonne nouvelle et une mauvaise », Dr. soc., 2007, p. 459; P.Y. VERKINDT, « Une étrange équation: absence de quorum au premier tour des élections professionnelles=carence. A propos de l'arrêt Adecco », Dr. soc., 2007, p. 455).

<sup>124</sup> Según el Profesor F. VALDÉS DAL-RE, la audiencia electoral acerca la representación sindical al modelo de representación política « favoreciendo un sindicalismo de dirigente en detrimento de uno de militante y de bases (« Representación y representatividad sindicales en España », RL, 1988-II, p. 155).

### **III.2. LOS POSIBLES REMEDIOS SUJETOS A LA EXISTENCIA DE UNA VOLUNTAD POLÍTICA**

En primer lugar, considerando que la aplicación exclusiva del criterio de la audiencia electoral para medir la representatividad sindical plantea disfunciones, especialmente en caso de ausencia de resultados electorales, la posibilidad de recurrir a otros criterios podría ofrecer una solución satisfactoria.

Los efectivos del sindicato, es decir el criterio de la afiliación sindical, viene inmediatamente a la mente. Sin embargo, según mi opinión, el criterio de los efectivos se enfrenta en un problema considerable, especialmente en los países donde la libertad sindical sufre muchos ataques. En efecto, resulta difícil compaginar y encontrar un punto de equilibrio entre el respeto a la libertad sindical y la necesaria verificación de la realidad de las cifras proporcionadas por un sindicato<sup>125</sup>. El punto nuclear de la cuestión reside en saber a quién se tiene que entregar la información pertinente<sup>126</sup>. El Código del Trabajo francés dispone que, para determinar la representatividad de una organización que no está afiliada a una organización representativa a nivel nacional e interprofesional, la autoridad administrativa abre diligencias en las cuales incumbe a la organización interesada proporcionar “*los elementos de apreciación de los cuales dispone*”<sup>127</sup>. Sin embargo, la práctica sindical se ha mostrado reacia a desvelar algunas informaciones, especialmente los datos de afiliación. Frente al rechazo de la administración de reconocer el carácter de representativo, el sindicato puede interponer una acción ante el juez administrativo. Pues bien, la jurisprudencia considera que la carga de la prueba pesa sobre la organización que se pretende representativa<sup>128</sup> y que el sindicato está obligado a facilitar al juez el número de afiliados<sup>129</sup>. Parece conveniente que sea el juez, y por qué no desde el inicio del procedimiento sin intervención administrativa, quien esté encargado de recibir los datos de afiliación del sindicato. El respeto del secreto de afiliación y la imposibilidad de identificar personalmente a los trabajadores sin su consentimiento han de guiar los dispositivos en los cuales el juez o un organismo tercero independiente deben jugar un papel central.

En todo caso, el papel del criterio afiliativo podría permitir resolver algunas dificultades en España, donde se recurre al polisémico término de « *implantación* » para referirse al número de afiliados<sup>130</sup>. Un sindicato está implantado porque tiene afiliados. Así, considerando que la audiencia electoral como criterio exclusivo de medición de la representatividad plantea problemas en caso de ausencia de resultados electorales, especialmente en materia de negociación colectiva, podría ser conveniente introducir en esta hipótesis el criterio afiliativo apreciado de manera relativa, tal como se realiza en Francia.

<sup>125</sup> En este sentido, los jueces franceses han afirmado que el criterio de los efectivos no puede considerarse como único criterio decisivo para reconocer o rechazar la representatividad de un sindicato (Cassoc. 4 mars 1970, Bull. civ. V, n° 161).

<sup>126</sup> Ver J.M. VERDIER, op. cit., 1987, p. 490; H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., p. 111.

<sup>127</sup> Art. L. 2121-2 CT

<sup>128</sup> Consejo de Estado 17 de junio de 1960, Dr. soc., 1061, p. 170.

<sup>129</sup> Consejo de Estado 15 de diciembre de 1954, Dr. soc., 1955, p. 225.

<sup>130</sup> Sobre este concepto, ver F. VALDÉS DAL-RÉ, “El sistema de diferenciación entre organizaciones sindicales: de la mayor representatividad a la suficiente implantación y representatividad (y II), Relaciones Laborales, Tomo I, 1993, p. 93-94.

Resulta que casos prácticos han permitido a la jurisprudencia confirmar la imposibilidad de utilizar otro criterio que la audiencia electoral<sup>131</sup>, lo que implicaría, como lo advirtió tempranamente la doctrina, una reforma legal<sup>132</sup>.

En segundo lugar, otra solución podría consistir en remediar las disfunciones del criterio de la audiencia electoral consecutivas a la opción de recurrir a las elecciones profesionales como escrutinio de referencia en materia de representatividad sindical.

Una primera alternativa, radical y clara, conduce a la creación de un escrutinio específico para la determinación de la representatividad sindical. Sin lugar a dudas, podría ser una opción deseable pese a las dificultades prácticas. De manera más pragmática, un primer paso podría ser la toma en consideración de la voluntad de los trabajadores en las pequeñas y medianas empresas donde no se celebran elecciones. Esta segunda alternativa ha sido puesta en marcha en Francia mediante una ley de 2010 que viene a romper el vínculo entre existencia de representación del personal y apreciación de la representatividad sindical en las PYMES<sup>133</sup>. La Administración organiza un escrutinio a nivel regional cada 4 años y la ley regula las condiciones a cumplir para ser elector<sup>134</sup>, las modalidades de establecimiento de las listas electorales<sup>135</sup>, los requisitos relativos a las candidaturas<sup>136</sup>, el desarrollo del voto<sup>137</sup>, las obligaciones del empresario<sup>138</sup> y las reglas de competencia en caso de impugnación<sup>139</sup>.

La realidad y la efectividad práctica de este proceso electoral quedan en todo caso condicionadas a la actitud de los empleadores, así como a la movilización de los sindicatos y trabajadores<sup>140</sup>.

<sup>131</sup> J.LAHERA FORTEZA, « ¿Es posible la negociación colectiva de eficacia general en sectores sin representación unitaria? El caso taurino », Relaciones Laborales, 1999-II, p. 847.

<sup>132</sup> L.M. CAMPS RUIZ et T. SALA FRANCO, « La legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios », 1986, P.J, n° 4, p. 194. Plus récemment, H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., p. 99 s.

<sup>133</sup> Ley n°2010-1215 de 15 de octubre de 2010 « *complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008* ». Ver F.J. PANSIER, "Présentation du décret n° 2011-771 du 28 juin 2011 relatif à la mesure de l'audience des organisations syndicales dans les TPE », Cahiers sociaux, 01 octobre 2011 n° 234, p. 258 ; S. NADAL, « Rénovation de la démocratie sociale, représentativité syndicale et salariés « sans voix » : à propos de l'avis rendu par le Conseil d'État le 29 avril 2010 », Revue de droit du travail 2010 p. 525.

<sup>134</sup> Ser trabajador de una empresa que cuente con menos de 11 trabajadores a 31 de diciembre del año anterior al escrutinio; ser titular de un contrato de trabajo a lo largo de este mes; tener 16 años; y gozar de sus derechos cívicos.

<sup>135</sup> Establecidas por la autoridad administrativa competente.

<sup>136</sup> Pueden ser candidatas, las organizaciones sindicales que cumplen los criterios de respeto de valores republicanos y de independencia, que son legalmente constituidos desde al menos 2 años y cuyo estatuto les permite presentarse en el ámbito geográfico considerado. También pueden presentarse los sindicatos afiliados a una organización representativa a nivel nacional e interprofesional. Los trabajadores eligen siglas sindicales y no nombres de candidatas (art. L. 2122-10-4 CT).

<sup>137</sup> Se puede hacer por correo electrónico y correo postal (art. L. 2122-10-7 CT).

<sup>138</sup> Especialmente hacia los trabajadores designados como asesor, delegado y mandatario de las organizaciones sindicales candidatas para facilitarles el tiempo necesario para cumplir sus funciones (art. L. 2122-10-10 CT).

<sup>139</sup> El juez judicial es el juez competente.

<sup>140</sup> En todo caso, la instancia del gobierno para garantizar que este proceso electoral no cree ninguna carga suplementaria a la empresa no es muy alentador.



#### **IV. CONCLUSIÓN**

A modo de conclusión general, tres aspectos merecen ser destacados y una advertencia puede ser formulada.

Primero, la audiencia electoral se erige en criterio de medición de la representatividad sindical con un carácter decisivo en derecho francés y exclusivo en derecho español. Esta diferencia se explica sin gran dificultad desde una óptica cultural e histórica. En España, tras el final de la dictadura franquista y la hegemonía del sindicato vertical, la audiencia electoral representaba el criterio más oportuno para medir la representatividad de nuevos sindicatos en un contexto en el cual el mundo sindical empezaba de cero. En Francia, la tradición histórica, el paternalismo del Estado hacia las relaciones laborales, conducían a privilegiar una apreciación más cualitativa utilizando otros criterios. La renovación de la representatividad sindical realizada en 2008 demuestra una cierta evolución y maduración del sistema de relaciones de trabajo, pues coloca la audiencia electoral, criterio por excelencia objetivo y cuantitativo, en el centro de gravedad del dispositivo legal. Eso sí, la tradición permanece mediante el mantenimiento de otros criterios de tinte más cualitativo.

Segundo, el criterio de la audiencia electoral presenta carencias de orden socio-político que la utilización de otros criterios puede subsanar. Sin embargo, los desarrollos anteriores pretenden demostrar que, más que la audiencia en sí misma, es el escrutinio elegido para medirla que plantea problema y presenta carencias. Paradójicamente, aunque el dispositivo español padece de varias distorsiones (entre otros, apreciación de los representantes elegidos y no de los votos, sindicalización de las elecciones, exclusión del personal de las pequeñas y medianas empresas), el criterio de la audiencia electoral no plantea problemas prácticos y goza de la aceptación de los trabajadores, empleadores y doctrina en su amplia mayoría. En Francia es preciso valorar positivamente el esfuerzo para tomar en consideración el número más amplio posible de trabajadores vía las elecciones en las pequeñas empresas. Por otra parte, los efectos temibles del nuevo papel de la audiencia electoral, por lo menos a nivel interprofesional, no han sido tan drásticos. Otra cosa es lo que ocurrió en las empresas en las cuales el paisaje sindical ha sufrido grandes modificaciones. Se trata en cualquier caso de un dispositivo nuevo que demanda un cambio de mentalidad de los trabajadores y sindicatos que han de tomar consciencia del nuevo papel de las elecciones profesionales.

En tercer lugar, pese a sus carencias y a bajo la condición de proceder a algunos ajustes, la audiencia electoral constituye un criterio satisfactorio y adecuado que permite hacer una lectura real de la capacidad representativa de un sindicato. Ciertamente la afiliación es otro criterio clave pero las dificultades que conlleva, incluso en países donde la libertad sindical beneficia de garantía jurídica y de reconocimiento social y político, no puede convertirle en criterio único y válido.

Finalmente una advertencia; si bien la audiencia electoral se inscribe en un proceso de construcción de democracia social, conviene guardar en la mente las palabras del Profesor Gérard Lyon-Caen que afirmaba que *“la empresa jamás ha tenido la pretensión de ser una sociedad democrática. Su ley es el lucro”*<sup>141</sup>.

<sup>141</sup> Op. cit., Dalloz, 2001, p. 93.



# La OIT en un mundo global

Rafael ALBURQUERQUE

Ex-Secretario de Estado de Trabajo de la República Dominicana (1991-2000).  
Vicepresidente de la República Dominicana (2004-2012)

## Sumario

I) Palabras iniciales. II) Primera Parte, La empresa en la era digital. II.I) La flexibilidad laboral. II.II) La empresa satelital III) Segunda Parte. El ámbito personal de aplicación. III.I) El Trabajador asalariado. III.II) El tripartismo en la OIT. IV) Conclusiones.

## **Resumen**

La posibilidad de tener al alcance de la mano los documentos institucionales es realmente práctico e interesante, pero mucho más interesante representa el conocer las circunstancias que los originaron, es así que la OIT no escapa a esto, pues su establecimiento en la Europa de los tiempos posteriores a la finalización de la Gran Guerra con el Tratado de Versalles, estableció el pacto entre la burguesía y el proletariado quienes pudieron reconocerse mutuamente para lograr un ansiado bienestar que respondía a las necesidades de preservación de la paz social de la época, entendiéndolo luego que la evolución de las relaciones sociales y del trabajo se hizo presente gracias a la globalización del comercio que presionaba el logro de la mayor eficiencia y la reducción de costos creando nuevos modelos y trayendo a la palestra el regreso del liberalismo en el ideario organizacional que propuso de igual manera ideas como el neo-laboralismo que aún son defendidas por algunos, muy a pesar de los resultados obtenidos en su aplicación con la excusa de la creación de nuevas fuentes de empleo; el desarrollo de la flexibilidad laboral ha permitido la adopción de medidas que han ido en contra de las reglas consideradas inmutables en el Derecho del Trabajo en aspectos como la contratación, la jornada de trabajo y la fijación de salarios mínimos. Las nuevas tecnologías han desmantelado la concepción tradicional de la empresa y presentado el fenómeno de empresas satélites que atentan en su gestión contra el trabajador asalariado por lo que la OIT ha comprendido la necesidad de declararse antes estas manifestaciones contrarias a los principios y derechos fundamentales de los trabajadores, así como de la constante promoción del trabajo decente y de la justicia social.

**Palabras clave:** OIT, paz social, liberalismo, neo-laboralismo, flexibilidad laboral, Derecho del Trabajo, trabajo decente.

## **Abstract**

The possibility of having to reach institutional documents is really practical and interesting, but more interesting is to know the circumstances that gave rise, so that the ILO is no exception to this, since its establishment in Europe of the times after the end of the Great War with the Treaty of Versailles, established the covenant between the bourgeoisie and the proletariat who could recognize each other to achieve a coveted welfare responding to the needs of preserving social peace of the time, understanding after the evolution of social relations and labor was present thanks to the globalization of trade that pressed achieving greater efficiency and cost reduction by creating new models and bringing to the fore the return of liberalism in organizational ideas proposed for Similarly ideas like the neo-laboralism which are still advocated by some, in spite of the results obtained in their application with the excuse of creating new jobs; the development of labor flexibility has allowed the adoption of measures that have gone against the rules considered immutable in labor law in areas such as recruitment, working hours and minimum wage fixing. New technologies have dismantled the traditional conception of the company and presented the phenomenon of satellite companies that infringe on its management against paid worker to what the ILO has understood the need to be declared before these manifestations contrary to the fundamental principles and rights workers and the constant promotion of decent work and social justice.

**Key words:** ILO, social peace, liberalisim, neo-laboralism, labor flexibility, labor law, decent work.

Martí dijo, y Juan Bosch, el líder y maestro dominicano, lo repetía continuamente en sus alocuciones radiales, que en política suele ser más importante lo que no se ve que lo que se ve. En la génesis, desarrollo y fortalecimiento de la OIT siempre podremos tener a las manos los documentos que emanan de sus órganos de gobierno y de los mismos extraer las conclusiones de cómo y hasta qué punto se han cumplido sus propósitos fundacionales; pero, mucho más importante es desentrañar las circunstancias que dieron origen a su nacimiento, los motivos que impulsaron a los gobiernos de la época a crearla y el interés perseguido por empleadores y trabajadores para que fuera constituida. En fin, lo que no se ve, lo que no trasluce en sus documentos, el *arrière pensée* de sus socios fundadores.

La OIT, y con ella, el Derecho del Trabajo, adquieren carta de ciudadanía en una Europa que había puesto fin a una guerra iniciada en 1914 y terminada en 1918, y en la cual se habían involucrado todas las grandes potencias del mundo. Para darse una idea de la magnitud del conflicto, basta citar que a su término habían perecido veinte millones de personas, el proletariado de todos los países participantes se encontraba sumido en la miseria total, como resultado de los altos impuestos que tuvo que pagar para el sostenimiento de la conflagración, y los imperios de la época que perdieron la contienda, unos desaparecieron, como el austro-húngaro y el otomano, y otros, como el ruso y el alemán vieron reducidos sus territorios.

Europa concluyó la guerra con su economía devastada, sin que de ello pudieran excluirse las potencias vencedoras, que tuvieron que hacer frente a la destrucción de infraestructuras, ferrocarriles y daños civiles en las zonas ocupadas; todo el tejido social se encontraba seriamente deteriorado; y el hambre golpeaba fuertemente a las clases desposeídas. Esta situación de descomposición, y en ocasiones de caos, fue aprovechada por las fuerzas socialistas y de liberación nacional para levantarse en armas contra el sistema capitalista. En Rusia, Lenin tomó el poder en 1917, se derrocó al zarismo y se inició una nueva era para la humanidad con el primer Estado comunista del mundo. En Hungría y en Alemania las fuerzas de izquierda también pretendieron tomar el poder, pero fueron derrotadas y sus líderes fusilados.

El Tratado de Versalles de 1919, y la consagración de normas protectoras del trabajo, deben entenderse como el resultado de una alianza estratégica acordada entre la burguesía y el proletariado de Europa occidental. La primera, temerosa de perder su control sobre el Estado como clase gobernante y dominante, acepta reconocer un extenso abanico de derechos sociales a las clases trabajadoras, y el segundo, consciente de sus limitaciones revolucionarias, pero esperanzado en replicar el triunfo socialista alcanzado por los obreros rusos, desiste de sus pretensiones de subvertir el orden establecido y consiente en reconocer, al menos por el momento, un sistema fundado en el capitalismo liberal, que en lo adelante se transforma para dar paso al Estado de bienestar.

La creación de la OIT y el aliento a las normas del Derecho del Trabajo persiguen proteger a los trabajadores contra los excesos de la explotación del capital; al mismo tiempo, estas normas de tutela se conciben como instrumento de organización y legitimación del régimen de dependencia en que el sistema

coloca a los asalariados<sup>1</sup>. La lucha de clases entre el capital y el trabajo es amortiguada por un Derecho que “sin abolir las relaciones de poder y dominación asegura un cierto equilibrio entre los protagonistas de la relación de trabajo”<sup>2</sup>. La protección que en lo adelante el Estado debe brindar a los trabajadores funciona como un mecanismo de prevención contra eventuales acciones revolucionarias orientadas a destruir el orden social establecido; el proletariado es en cierto modo integrado al sistema, ya que se le ofrecen garantías mínimas de protección y se le hace partícipe de sus bondades, aunque de forma limitada<sup>3</sup>. El gran logro del Tratado fue mediatizar la confrontación capital-trabajo, permitiendo así salvaguardar el modo de producción capitalista.

Con la creación de la OIT y el reconocimiento del Derecho del Trabajo se humaniza al sistema, se garantiza la paz social y se preserva el capitalismo<sup>4</sup>. La OIT bien puede definirse como un instrumento de contención de la lucha de clases y el Derecho que organiza podría ser catalogado, al decir del profesor Jeammaud, como un “*derecho capitalista del trabajo*”<sup>5</sup>.

Pero, la empresa de hoy no es la que conoció la OIT en 1919 y años posteriores, como tampoco son las mismas las relaciones de trabajo que se pretendieron regular para esa época y durante el transcurso del denominado Estado de bienestar. Las transformaciones provocadas por la globalización y la revolución tecnológica en el comercio, en las comunicaciones, en el desplazamiento de los seres humanos, y, muy particularmente, en el ámbito de la empresa, han impactado en todos los órdenes, incluso en la OIT y en el Derecho del Trabajo.

Los retos que supone la sociedad post-industrial, que obligan a la empresa a reducir sus cargas y a adoptar nuevos modos de organización y producción, y el surgimiento de nuevos tipos de vinculación del trabajador con la empresa, obligan necesariamente a preguntarse sobre el rol que debe desempeñar la OIT en esta nueva era y sobre la supervivencia de las normas de protección del trabajo asalariado.

## PRIMERA PARTE

### LA EMPRESA EN LA ERA DIGITAL

Luego de los treinta años gloriosos vividos por el Estado de Bienestar, a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, el sistema capitalista entró en una crisis estructural, la cual no ha podido superar hasta el momento. La mayor competitividad a escala mundial producida por el comercio global y la apertura comercial, así como por los procesos de integración regional, obligaron a las empresas a ser más eficientes, reducir costos y responder más rápidamente y con mayor eficacia a las exigencias del mercado. Por su parte, las innovaciones

<sup>1</sup> LYON-CAEN, Gérard, Les fondements historiques et rationnels du droit du travail, Dalloz, París, 2002, citado por PELISSIER, SUPIOT y JEAMMAUD, Droit du Travail, París, 2002, p. 42, nota 1.

<sup>2</sup> PELISSIER, Jean, SUPIOT, Alain y JEAMMAUD, Antoine, Droit du Travail, Dalloz, París, 2002, p. 43.

<sup>3</sup> Ibidem, nota 4 de la p. 7.

<sup>4</sup> Ibidem, nota anterior.

<sup>5</sup> JAMMAUD, Antoine, Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail, citado por PELISSIER, SUPIOT y JEAMMAUD, ob. Cit., p. 42, nota 2.

científico-tecnológicas y los avances de las comunicaciones revolucionaron el proceso productivo, dando paso a nuevas formas de organización empresarial y modelos de relaciones de trabajo que hasta ayer se desconocían.

Ante el agotamiento que se achacaba al Estado de bienestar, los sectores políticos dominantes postularon el retorno al liberalismo: se predicó la liberalización del comercio internacional, la desregulación financiera, la venta de las empresas públicas y de los monopolios estatales y, muy especialmente, la libertad absoluta de las fuerzas del mercado, en el entendido de que estas reformas estimularían la productividad y, por ende, el crecimiento sostenible. El neo-liberalismo, como se le identificó a esta corriente, no logró los resultados esperados; por el contrario, la desregularización postulada condujo a la crisis financiera del año 2008 en los Estados Unidos, que luego se propagaría por todos los países industrializados.

A tono con estos predicamentos, en el ámbito laboral se defendió, lo que un maestro colombiano, Guillermo López Guerra, llamó el neo-laboralismo, esto es, la necesidad de flexibilizar las normas de trabajo con la finalidad de impulsar la creación de empleo. La tesis ganó adeptos, particularmente en el sector empresarial, y, lo más curioso, aun hoy se defiende a pesar de las vicisitudes que experimentan las naciones más desarrolladas como resultado de la liberalización financiera y la reducción del Estado auspiciadas por el neo-liberalismo.

Mientras se extendía la aplicación de la flexibilidad laboral, las empresas también iniciaron un proceso de transformación interna que junto a la primera subvierten todo el orden laboral que hasta hace poco se aplicaba y al producirse un cambio en las reglas tradicionales del mundo del trabajo la legislación nacional se resiente y la acción de la OIT se hace menos vinculante, como de inmediato lo veremos.

## **I. LA FLEXIBILIDAD LABORAL**

Presionados por los reclamos de los empresarios, y altamente preocupados por los efectos de una crisis que se prolongaba e incrementaba sostenidamente el paro laboral, diversos Estados europeos, y más tarde latinoamericanos, estimaron que una forma de combatir la crisis pasaba por la reforma de sus legislaciones de trabajo para tratar de que sus normas fueran menos rígidas. Se consideró, bajo las enseñanzas del neoliberalismo, que las normas reguladoras del trabajo asalariado constituían un freno para la creación de fuentes de trabajo y, que su rigidez contribuía al sostenimiento del desempleo; se argumentó que las normas laborales desestimulaban la inversión, puesto que las cargas que imponen se erigen en una traba para la iniciativa empresarial; en resumen, que el dirigismo de las relaciones de trabajo debía atenuarse –algunos hablan de desaparecer-, ya que el mismo, según se arguye, constituye “un obstáculo del progreso social, del mejoramiento del trabajo y de la creación de fuentes de empleo”<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> LOPEZ GUERRA, Guillermo, El neolaboralismo, en Homenaje a Mozart Víctor Russomano, El Derecho al trabajo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, p. 203.

En nombre de la flexibilidad laboral se fueron adoptando un conjunto de medidas que negaron las reglas e institutos que tradicionalmente se consideraron esenciales e inmutables en el Derecho del Trabajo:

a) La contratación laboral, basada en los principios de la duración indefinida de los servicios y de la estabilidad en el empleo, fue atacada y se la sometió en lo adelante a diversas formas de flexibilidad. El contrato de duración determinada, reservado exclusivamente para labores de naturaleza transitoria, comenzó a utilizarse para la creación y aceptación de una relación laboral que por la continuidad de los servicios debió dar origen a un contrato por tiempo indefinido. Contrato de empleo-formación, contrato de prácticas, contrato de orientación para los jóvenes y hasta contratos para una persona desocupada sometidos a un tiempo de duración. De esta forma se abrió paso a la precariedad, legitimada por la acción de los gobiernos.

La propia extinción del vínculo de trabajo fue liberalizada y se permitió al empleador extinguirla en cualquier circunstancia y sin necesidad de fundamentarla en una causa real y seria; de igual modo, se redujeron los costos del despido para facilitarlos y hasta se ha abogado por la eliminación de las prestaciones laborales al terminarse el contrato y establecer una prima de desempleo pagada por los organismos de la seguridad social.

b) La duración máxima de la jornada de trabajo ha sido combatida sobre el fundamento de que esta rigidez impide a las empresas ajustar fluidamente sus horas de trabajo al nivel de la actividad requerida por la coyuntura. La flexibilidad en este campo se manifiesta en diversas medidas:

La adaptación de horarios variables, principalmente establecidos en el sector terciario de la economía, para dejar a los asalariados la libertad de elegir sus horas de llegadas y de salida del trabajo, dentro de un marco preestablecido, a condición de que no se modifique el número total de horas de trabajo dentro de un período determinado, sea éste semanal, quincenal o mensual.

En algunas legislaciones la duración máxima del trabajo ha pasado a calcularse anual o semestralmente, lo que permite que se laboren menos horas de trabajo en períodos de baja actividad y más horas cuando las circunstancias de la empresa así lo exijan, sin que sea necesario pagar una retribución extraordinaria. Con este sistema, se aduce, las horas trabajadas se aprovechan mejor, pues disminuye el número de horas subutilizadas.

La exigencia del descanso semanal obligatorio se ha liberalizado para adaptarla a la realidad de ciertos centros de trabajo, en donde se alternan períodos de trabajo, incluyendo sábados y domingos, con largos períodos de descanso, tal como sucede en plataformas marinas de explotación de petróleo.

c) La fijación de los salarios mínimos mediante los mecanismos conocidos de las tarifas gubernamentales, ha sido abandonado en algunos países, con el razonamiento de que este mecanismo impide el libre juego de la oferta y la demanda. También, en algunos países se ha puesto de modo el denominado *salario integral* que engloba en una sola suma fija la retribución normal con los beneficios marginales que recibe el trabajador, tales como salario de Navidad, primas de productividad, etc.



Excede a los propósitos de este trabajo rebatir las argumentaciones esgrimidas por el neoliberalismo en torno a las bondades de la flexibilidad como una estrategia útil para mejorar la productividad y generar empleo. No obstante, si es oportuno reparar que esta política que hace énfasis en la productividad y la competitividad empresarial contradice los principios fundamentales en que descansa la OIT, cuando en su Declaración de Filadelfia proclama que “el trabajo no es una mercancía”.

Lo que es más grave aún. Ante la ofensiva neoliberal, diversos Convenios pierden su eficacia, como los de horas de trabajo, el de descanso semanal, el de métodos para la fijación de salarios mínimos, el de agencias retribuidas de colocación, etc. Aunque no admita expresamente esta situación, la realidad se impone, y la OIT ha tenido que centrar su política de acción y promoción en lo que ha llamado convenios fundamentales, cuya ratificación promueve y cuyo cumplimiento exige: libertad sindical, negociación colectiva, trabajo forzoso, abolición del trabajo forzoso, igualdad de remuneración, no discriminación en el empleo y ocupación, edad mínima para el trabajo y prohibición de las peores formas del trabajo infantil. Los demás convenios vigentes podrán ser algunos prioritarios y otros no, pero esta clasificación revela que la flexibilidad también ha irrumpido en la Organización.

## II. LA EMPRESA SATELITAL

El tema de la descentralización productiva de las empresas y sus secuelas sobre el mundo de trabajo es un fenómeno relativamente reciente, aunque algunos autores ya llamaban la atención sobre el mismo desde la década de los ochenta. Así, Ameglio, utilizaba la expresión *subempresa* para definir a una empresa de reducidas dimensiones que contrata su propio personal para ejecutar tareas complementarias o accesorias de una o varias empresas principales<sup>7</sup>.

Se trata de un fenómeno que se origina en las nuevas tecnologías y en la tendencia a la universalización de los mercados, lo que conduce, como bien lo explica Bueno Magano, al “desmantelamiento del modelo tradicional de organización del trabajo” que suponía la “inserción del trabajador en una estructura rigurosamente jerárquica de grandes dimensiones, sujeta a directrices muy puntuales y a controles sobre las modalidades de prestación de trabajo, laborando a tiempo completo y con estricto control de horarios para un solo empleador, retribuido en función del tiempo, independientemente del resultado”<sup>8</sup>.

La empresa tradicional que todos conocíamos, alojada en un gran establecimiento donde concentraba a sus trabajadores dedicados a las más variadas actividades destinadas a la consecución de un producto final, tiende actualmente a la fragmentación, a la desconcentración, a la descentralización, no tan sólo de sus actividades periféricas sino también de las labores que son

<sup>7</sup> AMEGLIO, Eduardo J., Las Empresas Suministradoras de Mano de Obra Temporal, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1984, p. 77.

<sup>8</sup> BUENO MAGANO, Octavio, Alcance e limites de tercerização no Direito do Trabalho, en Noções Atuais de Direito do Trabalho, AA.VV., Editorial Saraiva, Sao Paulo, 1995, citado por PASCO COSMOPOLIS, Mario, Outsourcing. Subcontratación e Intermediación Laboral, en El Outsourcing, Visión Iberoamericana, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 114.

propias de su giro, en un movimiento de desmembramiento dirigido a poner fin a un modo de producción fundamentado en la integración vertical.

La empresa principal contrata a un tercero, sea persona moral o física, para confiarle la ejecución de algunas de sus operaciones; este nuevo modo de producción, calificado por los autores como *satelital*, es altamente positivo para la empresa, ya que reduce sus costos y le permite enfrentar con mayor eficacia la competitividad dentro de un mundo globalizado. La empresa madre, externaliza parte de sus funciones y la traspasa a empresas contratistas, aparente o realmente independientes, constituidas por personas morales o simplemente personas físicas, que en lo adelante realizarán buena parte de sus anteriores actividades.

En otras palabras, la empresa tradicional, de estructura vertical, con una gestión funcional jerárquica, con un modelo de organización que controla todo el ciclo productivo, desde la operación inicial hasta el acabado del producto, que concentra a todo su personal, es sustituida por un nuevo modo de producción, que fragmenta el proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios, privilegia la autonomía funcional y da paso a la cooperación con otras empresas a las que confía varias de sus fases del proceso productivo. Se produce una descentralización de la empresa, que contrata a pequeñas y medianas empresas para que se encarguen de ejecutar algunas de sus actividades. Estas giran en torno a la empresa principal de la cual son usualmente económicamente dependientes, pues se dedican predominantemente o exclusivamente a trabajar para aquélla.

Demás está decir que el fenómeno que nos ocupa genera consecuencias negativas para los asalariados contratados por las empresas auxiliares; se trata de pequeñas o a lo sumo medianas empresas que no podrán otorgar condiciones de trabajo similares a las que concede la empresa matriz, no obstante trabajar indirectamente para ésta; la propia organización sindical se debilita, pues los trabajadores concentrados previamente en la gran empresa son diseminados y colocados en pequeñas unidades independientes, con lo cual se pierde el contacto diario y desaparece la solidaridad; la prestación de servicio en estas empresas satélites se torna en ocasiones muy inestable, pues si en su labor se subordinan exclusivamente a la empresa madre, la cesación de la subcontratación implicará la extinción de los contratos de trabajo; la insolvencia que muchas veces acompaña a la empresa satélite conspira igualmente contra el bienestar de sus empleados.

Estamos en presencia de un fenómeno objetivo que difícilmente se pueda evitar y mucho menos condenar. No se trata de la burda simulación de antaño cuando se recorría a la figura del testaferro insolvente para eludir las responsabilidades laborales; en un mundo altamente competitivo el empresario trata de reducir sus costos y de responder con rapidez y agilidad a las exigencias del mercado global, lo que le lleva a este nuevo modo de producción más versátil y flexible, que le permite mayor productividad por la vía de concentrar sus esfuerzos en una especialización de la actividad que le facilitará la obtención de mejores productos a un menor costo.

No hay dudas de que las normas del trabajo asalariado, concebidas para la

empresa vertical, para un sistema de relaciones laborales que organizaba una respuesta a la producción en serie, ejecutada en megafactorías de fuerte integración vertical<sup>9</sup>, se resienten, su aplicación se hace mucho más compleja y el servicio de inspección de trabajo más complicado y costoso. Con la segmentación los trabajadores también se fragmentan, y a la par que subsisten asalariados que gozan de una adecuada protección, surgen y proliferan en estos tiempos trabajadores de segunda, sujetos a condiciones de trabajo mucho más vulnerables y precarias.

La OIT lo ha comprendido, pero es limitado su campo de acción. Su Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998, es un recordatorio y, a la vez, una respuesta, a estas nuevas modalidades de producción, en interés de que se respeten los derechos básicos de los trabajadores. La Declaración es un llamado a los Estados miembros para que promuevan y hagan respetar estos principios y derechos fundamentales, pero a diferencia de un convenio carece de fuerza vinculante, aunque en el presente, gracias a la doctrina de los derechos fundamentales, en numerosos países se la hace participar del denominado bloque de constitucionalidad y por esta vía se la hace de cumplimiento obligatorio.

## **SEGUNDA PARTE**

### **EL ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN**

También en este escenario se muestran las alteraciones que ha sufrido la disciplina y que producen inconvenientes tanto en lo concerniente a la protección de quien debe ser considerado como asalariado como en lo que respecta a la naturaleza tripartita de la OIT.

#### **I. EL TRABAJADOR ASALARIADO**

El trabajo subordinado, considerado como el prestado por una persona bajo la dependencia y dirección de otra, es el objeto del Derecho del Trabajo. En cambio, el trabajo independiente, que se ejecuta por cuenta propia es regido por otras ramas del Derecho. Por tanto, sólo las relaciones de la persona que presta sus servicios por cuenta y bajo la autoridad y remuneración de otra estarán sujetas al Derecho del Trabajo. La separación de ambos tipos de trabajo es categórica: al subordinado se le aplican las normas de esta rama del Derecho; por el contrario, el independiente no goza de esta protección.

Este sistema binario que separa claramente las normas que rigen al trabajo subordinado de las reservadas al trabajo independiente ha entrado en crisis como resultado de los nuevos modos de producción que las empresas comienzan a emplear, y que han sido descritos anteriormente. Un reputado tratadista explica: “asistimos a un proceso de disgregación del vínculo laboral; proceso que se manifiesta tanto en el surgimiento de los que se vienen llamando trabajos atípicos, como en la tendencia al reforzamiento de la autonomía individual

<sup>9</sup> FRASSINETTI, Cesare, La globalización vista desde los últimos, Grafo, España, 2000, p. 11.

en la fijación de condiciones de trabajo”<sup>10</sup>. En efecto, el vínculo del trabajo subordinado tiende a la *deslaboralización*, “como expresión de una estrategia empresarial que busca abaratar costos y flexibilizar la organización del trabajo”<sup>11</sup>. El *just in time* “invita a tratar cada vez más a los asalariados clásicos «como si fueran trabajadores autónomos... en la cadena de la subcontratación, en las largas redes de la externalización» está emergiendo la figura del intermediario semiartesanal, formalmente independiente, pero, de hecho, reducido progresivamente a la condición de trabajador subalterno, vinculado cada vez más a las especificaciones productivas dictadas por la empresa contratante...”<sup>12</sup>.

Las consideraciones que se exponen poco tienen que ver con el recurso a la simulación que usualmente se ha practicado para encubrir el vínculo laboral bajo el aspecto de una relación de naturaleza jurídica diferente, sea civil, comercial, cooperativista, familiar o de cualquier otra índole. La tendencia a la *deslaboralización*, aunque también abarata costos como la simulación, responde no tanto a un afán de ocultar la realidad sino a verdaderas circunstancias objetivas en las cuales difícilmente se pueda afirmar inequívocamente que exista un trabajo subordinado. El empresario contemporáneo, forzado por las urgencias de la competitividad mundial, recurre con mayor frecuencia a “una serie de fórmulas flexibles y dinámicas de empleo, impensables en otros tiempos, que pueden ser difíciles de encuadrar entre los elementos clásicos de la relación de trabajo subordinado”<sup>13</sup>.

Los ejemplos abundan. Aunque en el teletrabajo podríamos aceptar la existencia de un trabajo a domicilio, y como tal, sujeto a las normas del Derecho del Trabajo, hay situaciones en las que difícilmente podría considerarse la presencia de la dependencia y dirección, como acontece con el teletrabajo *off line*, en que la intervención del jefe de la empresa se limita a controlar los resultados de la tarea, diluyéndose así la figura de la subordinación.

En el mismo proceso de externalización, que anteriormente hemos analizado, las empresas desvían parte de su producción hacia trabajadores independientes y autónomos, como el diario que contrata a un tercero para que le elabore un suplemento deportivo o una revista social o el caso de algunas zonas francas de confección de vestidos que recurren a talleres de costuras de una sola persona a quien encargan de la elaboración final de la prenda de vestir.

La misma modalidad se encuentra en una empresa que otorga una franquicia, la cual no tiene otra vinculación con la empresa cesionaria que la simple concesión de la licencia y el control sobre las condiciones en que vende los servicios y el producto, manteniéndose, en todo lo demás, la independencia entre las dos empresas. La concesionaria será la empleadora de los trabajadores que contrata, con lo cual, miles y miles de trabajadores de una cadena se

<sup>10</sup> GALIANA MORENO, J.M., Crisis del contrato de trabajo, en Revista de Derecho Social, No. 2, Alcabete, 1998, p. 47.

<sup>11</sup> Raso Dalgue, Juan, La contratación atípica del trabajo, AMF, Montevideo, 2000, p. 51.

<sup>12</sup> REVELLI, citado por Frassinetti, Cesare, ob. cit., p. 46.

<sup>13</sup> La relación de trabajo: ámbito personal, documento de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 15-19 mayo de 2000, pp. 27 a 29.

dispersan en pequeñas unidades, cada una de ellas actuando como empleadora de los asalariados que contrata. La empresa matriz se vacía y se reduce a un establecimiento “escueto”, casi “hueco” en efectivos humanos.

Pero también se observa la *deslaboralización* en el contrato de flete, utilizado por numerosas empresas, que en vez de controlar su propio servicio de transporte de mercancías, contratan dueños unipersonales de camiones para transportar sus productos; camioneros jurídicamente independientes, y, por tanto, no protegidos por la legislación laboral, pero económicamente dependientes de la empresa que los ha contratado.

Los ejemplos pueden multiplicarse, hasta alcanzar el préstamo de planilla, mecanismo por medio del cual una empresa alquila la planilla de personal de otra empresa, constituida exclusivamente para tales fines, la cual se obliga a incorporar en la misma a los trabajadores indicados por el cliente y a efectuar las liquidaciones y pago de haberes por concepto de salario y demás beneficios sociales.

Todas estas modalidades de versatilidad y flexibilidad afectan sensiblemente los parámetros que sirvieron de fundamento al nacimiento de la legislación del trabajo. Si la subordinación jurídica desaparece o se difumina en la vinculación laboral, resulta difícil, por no decir imposible, hacer uso de las normas de protección creadas específicamente para el trabajo asalariado.

Aunque ya hay países europeos, como España, Italia y Alemania, que han legislado para ofrecer determinada protección al trabajador autónomo económicamente dependiente y no obstante la OIT haber realizado estudio sobre este nuevo tipo de relación laboral, hasta hoy no se conseguido adoptar una norma internacional que ofrezca garantías mínimas de tutela para los denominados trabajadores para subordinados ni para aquellos periféricos que prestan sus servicios en pequeñas empresas satélites.

Empero, es justo mencionarlo, la actividad y pronunciamientos de la OIT en estos últimos años han colocado en un primer plano la defensa de un trabajo decente, sin hacer distinción entre el trabajo autónomo y el subordinado, con lo cual intenta llamar la atención a los poderes públicos nacionales para que ofrezcan la debida protección social a todos los trabajadores, sin importar cuál sea su situación, a quienes se les debe reconocer los derechos y principios fundamentales en el trabajo.

## **II. EL TRIPARTISMO EN LA OIT**

Desde su constitución la OIT se ha integrado con representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores. Es la única organización del sistema de Naciones Unidas en que los Estados se hacen representar en esta forma.

Esta composición tripartita fue el fruto de la época de su creación. Como se ha explicado en la Introducción de este trabajo, los gobiernos que participaron en su formación estaban preocupados por la eventualidad de estallidos revolucionarios y alentaron la cooperación entre empresarios y organizaciones sindicales, como una vía de consolidar la democracia y evitar la ruptura del

orden establecido; los empresarios, por su parte, tenían perder la propiedad, como acababa de acontecer en la Rusia de los zares; y, los sindicatos encontraron en la coyuntura una oportunidad de ver reconocidos los derechos por los cuales venían luchando desde finales del siglo XIX.

Mientras se mantuvo vigente el mundo bipolar, la presencia sola de la Unión de República Socialistas Soviéticas fue siempre un factor que se tomó en cuenta para sostener y animar el tripartismo de la Organización; en las conferencias y en los distintos órganos de gobierno de la OIT se desarrollaba un intenso debate entre los Estados capitalistas y los socialistas, con un bloque empresarial preocupado por los eventuales avances del sistema comunista y un segmento laboral que presionaba fuertemente para el logro de nuevas conquistas sociales. Con la desaparición de la URSS y el declive del comunismo, al mismo tiempo que se consolidaba y expandía el modo de producción capitalista, los empresarios dejaron de sentirse presionados en sus intereses y pudieron mostrar una conducta más agresiva en la defensa de sus puntos de vista. La necesidad de la búsqueda del consenso ya no era tan perentoria como en el pasado. El equilibrio se había perdido y el sector empleador se consideró con fuerzas suficientes para mantenerse impertérrito ante los reclamos de las organizaciones sindicales. La doctrina del neoliberalismo tomó fuerza y el empresariado pudo exhibir una conducta de menosprecio a la concertación. Por su parte, el debilitamiento del movimiento sindical como secuela de las nuevas formas de producción también condujo a menguar ese permanente y rico choque de ideas contrapuestas que provocaban la admiración de los presentes, pues al final siempre se lograba, con el sacrificio de todos, un acuerdo que que prestigiaba a la Organización y a sus Estados miembros.

Desde luego, el tripartismo se mantiene en la Organización y las discusiones continúan, pero lamentablemente ya han surgido las ocasiones en que los actores sociales no logran ponerse de acuerdo. En un mundo unipolar dominado por las necesidades del mercado mundial y el individualismo, la composición de origen de la OIT ha comenzado a revelar sus debilidades y el empeño en la concertación se resquebraja. El consenso se ha hecho más complicado, y, por ende, el funcionamiento de la Organización, que se ha visto forzada en estos años a concentrar su acción en promover el trabajo decente y la justicia social para otorgarle un rostro humano a la globalización.

## **CONCLUSIONES**

Gracias a la inteligencia y creatividad de sus directivos, la OIT del mundo global y la era digital ha podido mantener su vigencia. Aunque ha tenido que morigerar su actividad legislativa, los planes y programas que ha impulsado en estos últimos años le ha permitido ganar confianza y respetabilidad ante la comunidad internacional.

Su Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo; sus estudios sobre el rostro humano de la globalización; su recomendación autónoma del piso de protección social, recientemente aprobada; sus campañas contra el trabajo infantil; su Declaración Tripartita sobre las empresas multinacionales y la política social; y, en especial, su énfasis en la promoción

del trabajo decente, le han permitido ganar un merecido prestigio en los diferentes cónclaves mundiales.

El mundo ha cambiado. La productividad y la competencia marcan el rumbo en la globalización, pero vale la pena recordar que el trabajo no es una mercancía y que cualquier medida a adoptar en el marco de una estrategia económica debería respetar un cierto orden de valores o una cierta ética. Es difícil de admitir que no sea de esta manera. Es lo que se ha propuesto la OIT con su insistencia en recordar la justicia social; consciente de que soplan otros vientos, lejos de doblegarse, y a pesar de los recios obstáculos, mantiene en alto la exigencia de una economía al servicio de la humanidad.

Bogotá, 27 de febrero de 2013  
Isla Margarita, Venezuela, 15 de mayo de 2014





# Historia documental del Derecho del Trabajo en Venezuela

---



# Variaciones del Salario mínimo en Venezuela (1974-2015)

Por:

Iván Alí Mirabal Rendón\*

D. o Res.	Fecha	G.O	Monto	Trabajador
122	31-05-1974	30.415 04-06-1974	15 Bs. Diarios 450 Bs. Mensuales	Trabajadores Urbanos
			10 Bs. Diarios 300 Bs. Mensuales	Trabajadores Domésticos
Ley General de Sueldos y Salarios	03-12-1979	2.518 03-12-1979	30 Bs. Diarios 900 Bs. Mensuales	Trabajadores Urbanos
			25 Bs. Diarios 750 Bs. Mensuales	Trabajadores Rurales
			16,66 Bs. Diarios 500 Bs. Mensuales	Trabajadores Domésticos
493	01-02-1985		50 Bs. Diarios 1.500 Bs. Mensuales	Trabajadores Urbanos
1.383	06-12-1986	33.614 08-12-1986	67 Bs. Diarios 2010 Bs. Mensuales	Trabajadores Urbanos
			50 Bs. Diarios 1.500 Bs. Mensuales	Trabajadores Rurales
26	15-02-1989	34.162 20-02-1989	134 Bs. Diarios 4.000 Bs. Mensuales	Trabajadores Urbanos
			84 Bs. Diarios 2.500 Bs. Mensuales	Trabajadores Rurales
1.585	09-05-1991	34.711 10-05-1991	200 Bs. Diarios 6.000 Bs. Mensuales	Trabajadores Urbanos
			133,33 Bs. Diarios 4.500 Bs. Mensuales	Trabajadores Rurales
2.049	26-12-1991	34.872 10-05-1991	266,66 Bs. Diarios 8.000 Bs. Mensuales	Trabajadores Urbanos
			200 Bs. Diarios 6.000 Bs. Mensuales	Trabajadores Rurales

\* **Universidad Católica del Táchira**, Abogado. **Universidad Católica Andrés Bello**, especialización en Derecho del Trabajo. **Universidad Fermín Toro**, Profesor de Derecho del Trabajo. **SVMP & Asociados** Miembro principal. Responsable del departamento laboral. **Fundación Universitas** Director. **Revista Derecho del Trabajo** Director-Editor.

Iván Mirabal Rendón

D. o Res.	Fecha	G.O	Monto	Trabajador
2.100	20-02-1992	34.914 28-02-1992	300 Bs. Diarios 9.000 Bs. Mensuales	Trabajadores Urbanos
			233,33 Bs. Diarios 7.000 Bs. Mensuales	Trabajadores Rurales
123	15-04-1994	35.441 15-04-1994	500 Bs. Diarios 15.000 Bs. Mensuales	Trabajadores Urbanos
124	15-04-1994	35.441 15-04-1994	416,66 Bs. Diarios 12.500 Bs. Mensuales	Trabajadores Rurales
2.251	19-06-1997	36.364 20-06-1997	2.500 Bs. Diarios 75.000 Bs. Mensuales	Trabajadores Urbanos
			2.666,67 Bs. Diarios 68.000 Bs. Mensuales	Trabajadores Rurales
2.846	19-02-1998	36.397 19-02-1998	3.333,33 Bs. Diarios 100.000 Bs. Mens.	Trabajadores Urbanos
			3.000 Bs. Diarios 90.000 Bs. Mens.	Trabajadores Rurales
0180	29-04-1999	36.690 29-04-1999	4.000 Bs. Diarios 120.000 Bs. Mens.	Trabajadores Urbanos
			3.600 Bs. Diarios 108.000 Bs. Mens.	Trabajadores Rurales
			3.000 Bs. Diarios 90.000 Bs. Mens.	Aprendices
			3.000 Bs. Diarios 90.000 Bs. Mens.	Conserjes
892	03-07-2000	36.985 07-07-2000	4.800 Bs. Diarios 144.000 Bs. Mens.	Trabajadores Urbanos
			4.400 Bs. Diarios 132.000 Bs. Mens.	En empresas con 20 o menos trabajadores
			4.400 Bs. Diarios 132.000 Bs. Mens.	En empresas afectadas por la catástrofe de Vargas
			4.320 Bs. Diarios 129.600 Bs. Mens.	Trabajadores Rurales
			3.600 Bs. Diarios 108.800 Bs. Mens.	Aprendices
			4.800 Bs. Diarios 144.000 Bs. Mens.	Conserjes
1.428 *Ver Nota	27-08-2001	37.271 29-08-2001	5.280 Bs. Diarios 158.400 Bs. Mens.	Trabajadores Urbanos
			4.840 Bs. Diarios 145.200 Bs. Mens.	En empresas con 20 o menos trabajadores

\* **NOTA:** Los salarios mínimos establecidos en el Decreto N° 1.428 son aplicables desde el 1° de Mayo de 2001, y este deroga el Decreto 1.368 de fecha 12-07-2001 publicado en Gaceta Oficial N° 37.239

Variaciones del Salario mínimo en Venezuela (1974-2015)

D. o Res.	Fecha	G.O	Monto	Trabajador
1.428 *Ver Nota	27-08-2001	37.271 29-08-2001	4.752 Bs. Diarios 142.560 Bs. Mens.	Trabajadores Rurales
			3.960 Bs. Diarios 118.800 Bs. Mens.	Aprendices Menores de edad en el sector privado
			5.280 Bs. Diarios 158.400 Bs. Mens.	Conserjes
1.752	28-04-2002	5.585 Ext. 28-04-2002	6.336 Bs. Diarios 190.080 Bs. Mens.	Trabajadores Urbanos
			Desde el 01-05-2002 5.324 Bs. Diarios 159.720 Bs. Mens.	En empresas con 20 o menos trabajadores
			Desde el 01-10-2002 5.808 Bs. Diarios 174.240 Bs. Mens.	
			Desde el 01-05-2002 5.227,20 Bs. Diarios 156.816 Bs. Mens.	Trabajadores Rurales
			Desde el 01-10-2002 5.702,40 Bs. Diarios 171.072 Bs. Mens.	
			Desde el 01-05-2002 5.808 Bs. Diarios 174.240 Bs. Mens.	Conserjes
			Desde el 01-10-2002 6.336 Bs. Diarios 190.080 Bs. Mens.	
4.752 Bs. Diarios 142.560 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes			
<b>AÑO 2003</b>				
Decreto Nº 2.387 Caracas, 29 de abril de 2003	02-05-2003	Caracas, viernes 2 de mayo de 2003	Desde el 01-07-2003 6.969,60 Bs. Diarios 209.088 Bs. Mens.	Empleador con más de veinte (20) Trabajadores Urbanos
			Desde el 01-10-2003 8.236,80 Bs. Diarios 247.104 Bs. Mens.	
		Nº 37.681	Desde el 01-07-2003 6.388,80 Bs. Diarios 191.664 Bs. Mens.	Empleador con menos de veinte (20) Trabajadores Urbanos
			Desde el 01-10-2003 7.550,40 Bs. Diarios 226.512 Bs. Mens.	

\* **NOTA:** Los salarios mínimos establecidos en el Decreto Nº 1.428 son aplicables desde el 1º de Mayo de 2001, y este deroga el Decreto 1.368 de fecha 12-07-2001 publicado en Gaceta Oficial Nº 37.239

D. o Res.	Fecha	G.O	Monto	Trabajador
Decreto Nº 2.387 Caracas, 29 de abril de 2003		Caracas, viernes 2 de mayo de 2003	Desde el 01-07-2003 5.227,20 Bs. Diarios 156.816 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes
			Desde el 01-10-2003 6.177,60 Bs. Diarios 185.328 Bs. Mens.	
		Nº 37.681	Desde el 01-05-2003 6.272,64 Bs. Diarios 188.179,20 Bs. Mens.	Trabajadores Rurales
			Desde el 01-10-2003 7.413,12 Bs. Diarios 222.393,60 Bs. Mens.	
			Desde el 01-05-2003 6.969,60 Bs. Diarios 209.088 Bs. Mens.	Conserjes
			Desde el 01-10-2003 8.236,80 Bs. Diarios 247.104 Bs. Mens.	
<b>AÑO 2004</b>				
Decreto Nº 2.902 de fecha 30 de abril de 2004	2004	Caracas, 30 de Abril de 2004	Desde el 01-05-2004 9.884,20 Bs. Diarios 296.524,80 Bs. Mens. (20%)	Empleador con más de veinte (20) Trabajadores Urbanos
			Desde el 01-08-2004 10.707,80 Bs. Diarios 321.235,20 Bs. Mens. (10%)	
		Nº 37.681	Desde el 01-05-2004 9.060,50 Bs. Diarios 271.814,40 Bs. Mens.	Empleador con menos de veinte (20) Trabajadores Urbanos
			Desde el 01-08-2004 9.815,20 Bs. Diarios 294.465,60 Bs. Mens.	
		Nº 37.681	Desde el 01-05-2004 7.413,12 Bs. Diarios 222.393,60 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes
			Desde el 01-08-2004 8.030,90 Bs. Diarios 240.927 Bs. Mens.	
		Nº 37.681	Desde el 01-05-2004 8.895,74 Bs. Diarios 266.872,32 Bs. Mens.	Trabajadores Rurales
			Desde el 01-08-2004 9.637,00 Bs. Diarios 289.111,70 Bs. Mens.	

Variaciones del Salario mínimo en Venezuela (1974-2015)

D. o Res.	Fecha	G.O	Monto	Trabajador
Decreto N° 2.902 de fecha 30 de abril de 2004	2004	Caracas, 30 de Abril de 2004	Desde el 01-05-2004 6.969,60 Bs. Diarios 209.088 Bs. Mens.	Conserjes
		N° 37.681	Desde el 01-10-2004 8.236,80 Bs. Diarios 247.104 Bs. Mens.	
<b>AÑO 2005</b>				
Decreto N° 3.628 de fecha 27 de abril de 2005	2005	Número 38.174 Caracas, miércoles 27 de abril de 2005	Desde el 01-05-2005 13.500 Bs. Diarios 405.000 Bs. Mens.	Empleador con más de veinte (20) Trabajadores Urbanos
			Desde el 01-05-2005 12.374,40 Bs. Diarios 371.232,80 Bs. Mens.	Empleador con menos de veinte (20) Trabajadores Urbanos
			Desde el 01-05-2005 10.124,50 Bs. Diarios 303.735,90 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes
			Desde el 01-05-2005 13.500 Bs. Diarios 405.000 Bs. Mens.	Conserjes
			Desde el 01-05-2005 13.500 Bs. Diarios 405.000 Bs. Mens.	Empleador con más de veinte (20) Trabajadores Rurales
			Desde el 01-08-2004 12.374,40 Bs. Diarios 371.232,80 Bs. Mens.	Empleador con menos de veinte (20) Trabajadores Rurales
			Desde el 01-05-2004 405.000 Bs. Mens.	Jubilados y Pensionados (administración Pública) Pensiones del Seguro Social
<b>AÑO 2006</b>				
Decreto N° 4.247	A partir: Caracas, 1 de febrero de 2006	Número 38.371 Caracas, miércoles 30 de Enero de 2006  *(Leer nota al pie)	Desde el 01-02-2006 15.525 Bs. Diarios 465.750 Bs. Mens.	Empleador con más de veinte (20) Trabajadores Urbanos
			Desde el 01-02-2006 14.230,56 Bs. Diarios 426.917,72 Bs. Mens.	Empleador con menos de veinte (20) Trabajadores Urbanos
			Desde el 01-02-2006 11.643,18 Bs. Diarios 349.296,29 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes
			Desde el 01-02-2006 15.525 Bs. Diarios 465.750 Bs. Mens.	Conserjes

\*NOTA: Reimpresión por error material: Gaceta Oficial N° 38.372 de fecha 03-02-2006; a continuación se copia: Por cuanto en el Decreto N° 4.247 de fecha 30 de enero de 2006, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.371 de fecha 02 de febrero de 2006, mediante el cual se fija el salario mínimo mensual, se incurrió en error material en el artículo 12, en consecuencia: Donde dice: «...a partir del 1º de febrero de 2005». Debe decir: «...a partir del 1º de febrero de 2006»

D. o Res.	Fecha	G.O	Monto	Trabajador
Decreto Nº 4.446	Desde el: 01-09-2006	Número 38.426 Caracas, 28 de Abril de 2006	17.077,50 Bs. Diarios 512.325 Bs. Mens.	Empleador con más y menos de veinte (20) Trabajadores Urbanos, Trabajadores Rurales y Domésticos. Conserjes
			17.077,50 Bs. Diarios 512.325 Bs. Mens.	Jubilados y Pensionados (Administración Pública). Pensionados del Seguro Social
			12.807,53 Bs. Diarios 384.225,91 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes
<b>AÑO 2007</b>				
Decreto Nº 5.318	A partir: Caracas, 1 de Mayo de 2007	Número 38.674 Caracas, 2 de Mayo de 2007	Desde el 01-05-2007 20.493 Bs. Diarios 614.790 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector Público y Privado
			Desde el 01-05-2007 20.493 Bs. Diarios 614.790 Bs. Mens.	Trabajadores de los sectores urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicios para el patrono
			Desde el 01-05-2007 15.370 Bs. Diarios 461.100 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes
			Desde el 01-02-2006 15.525 Bs. Diarios 465.750 Bs. Mens.	
<b>AÑO 2008</b>				
* Decreto Nº 6.052	A partir: Caracas, 1 de Mayo de 2008	Número 38.921 Caracas, 1 de Mayo de 2008	Desde el 01-05-2008 26,64 Bs. Diarios 799,23 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector Público y Privado
			Desde el 01-05-2008 26,64 Bs. Diarios 799,23 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			Desde el 01-05-2008 19,98 Bs. Diarios 599,43 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes

\* Las cifras del Decreto se encuentran expresadas en Bolívares Fuertes (Bs. F.), siendo ésta última denominación la actual debido al proceso de reconversión monetaria de fecha 01-02-2007, publicada en la Gaceta Oficial Nº 38.617. La entrada en vigencia del nuevo signo monetario fue el 01-01-2008



## AÑO 2009

D. o Res.	Fecha	G.O	Salario	Sujetos
Decreto Nº 6.660	A partir: 1 de Mayo de 2009	Número 39.151 1 de Abril de 2009	29,31 Bs. Diarios 879,15 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector Público y Privado
			29,31 Bs. Diarios 879,15 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			29,31 Bs. Diarios 879,15 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes
	A partir: 1 de Septiembre de 2009	Número 39.151 1 de Abril de 2009	31,97 Bs. Diarios 959,08 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector Público y Privado
			31,97 Bs. Diarios 959,08 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			31,97 Bs. Diarios 959,08 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes

## AÑO 2010

Decreto Nº 7.409	A partir: 1 de Marzo de 2010	Número 39.417 04-05-2010	35,48 Bs. Diarios 1.064,25 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector Público y Privado
			35,48 Bs. Diarios 1.064,25 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			26,38 Bs. Diarios 791,34 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes
	A partir: 1 de Septiembre de 2010	Número 39.417 04-05-2010	40,80 Bs. Diarios 1.223,89 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector Público y Privado
			40,80 Bs. Diarios 1.223,89 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			30,33 Bs. Diarios 910,04 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes

## AÑO 2011

D. o Res.	Fecha	G.O	Salario	Sujetos
Decreto Nº 7.409	A partir 1 de Mayo de 2011	Número 39.660 26 de Abril de 2011	49,91 Bs. Diarios 1.407,47 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector Público y Privado
			49,91 Bs. Diarios 1.407,47 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			34,88 Bs. Diarios 1.046,54 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes
	A partir 1 de Septiembre de 2011	Número 39.660 26 de Abril de 2011	51,60 Bs. Diarios 1.548,21 Bs. Mens	Trabajadores del Sector Público y Privado
			51,60 Bs. Diarios 1.548,21 Bs. Mens	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			38,37 Bs. Diarios 1.151,19 Bs. Mens	Aprendices y Adolescentes

## AÑO 2012

Decreto Nº 8.920	A partir 1 de Mayo de 2012	Número 39.908 24 de Abril de 2012	59,34 Bs. Diarios 1.780,45 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector Público y Privado
			59,34 Bs. Diarios 1.780,45 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			44,12 Bs. Diarios 1.323,86 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes
	A partir 1 de Septiembre de 2012	Número 39.908 24 de Abril de 2012	68,25 Bs. Diarios 2.047,52 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector Público y Privado
			68,25 Bs. Diarios 2.047,52 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			50,74 Bs. Diarios 1.522,43 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes

## AÑO 2013

D. o Res.	Fecha	G.O	Salario	Sujetos
Decreto N° 30	A partir 1 de Mayo de 2013	Número 41.157 30-04-2013	81,90 Bs. Diarios 2.457,02 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector Público y Privado
			81,90 Bs. Diarios 2.457,02 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			60,89 Bs. Diarios 1.046,54 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes
	A partir 1 de Septiembre de 2013	Número 41.157 30-04-2013	90,09 Bs. Diarios 2.702,73 Bs. Mens	Trabajadores del Sector Público y Privado
			90,09 Bs. Diarios 2.702,73 Bs. Mens	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			66,98 Bs. Diarios 2.009,60 Bs. Mens	Aprendices y Adolescentes
	A partir 1 de Noviembre de 2013 (10%)	Número 41.157 30-04-2013	99,18 Bs. Diarios 2.973 Bs. Mens	Trabajadores del Sector Público y Privado
			99,18 Bs. Diarios 2.973 Bs. Mens	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			73,67 Bs. Diarios 2.210,56 Bs. Mens	Aprendices y Adolescentes

**AÑO 2014**

<b>D. o Res.</b>	<b>Fecha</b>	<b>G.O</b>	<b>Salario</b>	<b>Sujetos</b>
Decreto Nº 725	A partir 6 de Enero de 2014	Número 40.327 06-01-2014	109 Bs. Diarios 3.270 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector Público y Privado
			109 Bs. Diarios 3.270 Bs. Mens. + 10%	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			81,07Bs. Diarios 2.432,10 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes
Decreto Nº 935	A partir 1 de Mayo de 2014	Número 40.401 29-04-2014	141,71 Bs. Diarios 4.251 Bs. Mens  + 30%	Trabajadores del Sector Público y Privado  y Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			105,39 Bs. Diarios 3.161,70 Bs. Mens	Aprendices y Adolescentes
Decreto Nº 1.421	A partir 1 de Diciembre de 2014	Número 40.542 17-11-2014	162,97 Bs. Diarios 4.889,11 Bs. Mens  + 15%	Trabajadores del Sector Público y Privado  y Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			121,19 Bs. Diarios 3.635,95 Bs. Mens	Aprendices y Adolescentes

## AÑO 2015

D. o Res.	Fecha	G.O	Salario	Sujetos
Decreto Nº 1.599	A partir 1 de Febrero de 2015	Número 40.597 06-02-2015	109 Bs. Diarios 3.270 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector Público y Privado
			+ 15% 187,42 Bs. Diarios 5.622,48 Bs. Mens.	Trabajadores del Sector urbanos, rurales, domésticos independiente- mente del número de trabajadores que presten servicio para el patrono
			139,38 Bs. Diarios 4.181,34 Bs. Mens.	Aprendices y Adolescentes  Siempre y cuando no trabajen en condiciones iguales que los demás trabajadores



# Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948): una declaración de libertad y civilización<sup>1</sup>

Jairo GARCÍA MÉNDEZ

Profesor de Principios de Derecho Público, Derecho Constitucional, Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos (UCAT, UFT y UNEFA)

## **A TÍTULO DE PRESENTACIÓN**

### **UNA DECLARACIÓN DE LIBERTAD Y CIVILIZACIÓN**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, fue en su momento la síntesis de la histórica lucha de los seres humanos por la civilización y la libertad. En su contenido es fácil entrever la conquista, paso a paso, del reconocimiento pleno de la dignidad humana, y del hilo conductor de la historia de la libertad humana, expresado de manera nítida por el filósofo Immanuel Kant en los albores de la modernidad: El ser humano es un fin en sí mismo.

En el proceso de elaboración del proyecto del instrumento internacional que presentamos al público, se consiguieron los consensos mínimos, los acuerdos básicos, sobre los derechos inherentes a la persona humana, tanto en los países occidentales, como en los orientales, tanto en los sistemas regidos por el socialismo soviético y chino, como en los países claramente capitalistas o pertenecientes al complejo mundo árabe. Se logró su aprobación luego de dos años de negociaciones, en medio de la alta sensibilidad por la integridad de la persona humana, luego de la devastación que significaron las dos guerras mundiales.

---

<sup>1</sup> Presentada, anotada y concordada con la Constitución venezolana

La Declaración se inicia con un Preámbulo que recoge los propósitos de las Naciones Unidas con su aprobación, que son los principios de la civilización humana. Los artículos 1 y 2, recogen los valores fundamentales de la dignidad humana.

Desde los artículos 3 al 27, se reconocen los derechos fundamentales de los seres humanos: derechos de la persona humana, derechos derivados de la relación con la comunidad, los derechos políticos y de conciencia, y los derechos sociales, culturales y económicos; tal como los clasificó René Cassin, representante de Francia en el Comité redactor.

La Declaración termina con los principios básicos para la aplicación y desarrollo de los derechos humanos, y no deja por fuera los deberes humanos que se derivan de la naturaleza coexistencial de la persona (artículos 28 al 30).

Hemos comentado el texto de la Declaración, concordándola con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Todo el contenido de la Declaración se encuentra acogido, la mayor parte de las veces con mayor generosidad en nuestra Constitución, la cual respeta en gran medida la cultura de los derechos humanos y los avances de la civilización y de la libertad humana.

## DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>2</sup>

### PREÁMBULO

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana<sup>3</sup>;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias<sup>4</sup>;

<sup>2</sup> Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el día 10 de diciembre de 1948, en París, Francia, mediante Resolución 217 A (III). Texto tomado íntegramente de la página oficial de la ONU en español y que puede consultarse aquí: [http://www.un.org/es/documents/udhr/index\\_print.shtml](http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml)

<sup>3</sup> Este principio está contemplado en el artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en adelante denominada La Constitución), el cual establece: "El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución"

<sup>4</sup> Principio de la preeminencia de los derechos humanos y su respeto y garantía sin ningún tipo de discriminación o excepción. Se encuentra estipulado, entre otros, en el artículo 19 de La Constitución: "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen".



Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho<sup>5</sup>, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión<sup>6</sup>;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones<sup>7</sup>;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad<sup>8</sup>;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades<sup>9</sup> es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

**LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS** como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

<sup>5</sup> Desde hace décadas los estudiosos del Derecho consideran que el fin (o uno de los fines esenciales) del orden jurídico es la garantía de los derechos humanos. Por su parte, La Constitución, en su preámbulo, establece como fin de la "refundación de la República", "establecer una sociedad democrática... que promueva... la garantía universal e indivisible de los derechos humanos". <sup>6</sup> El derecho a la rebelión de los pueblos contra las tiranías y regímenes opresores y violadores de los derechos humanos, se encuentra consagrado en el artículo 350 de La Constitución: "El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos".

<sup>7</sup> La sociedad venezolana, en su sentido más amplio, de acuerdo con el preámbulo de La Constitución, debe promover "la cooperación pacífica entre las naciones" e impulsar y consolidar "la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos..." Este principio es desarrollado en los artículos 152 al 155 de La Constitución.

<sup>8</sup> Este es el principio de la progresividad de los derechos humanos, consagrado en el artículo 19 de La Constitución, citado en la nota 3. Este principio se puede sintetizar así: Una vez reconocido un derecho o ampliado su contenido, no se puede revocar ni restringir.

<sup>9</sup> La concepción común y universal de los derechos humanos, es la consideración de estos derechos como el mínimo común denominador de los seres humanos, independientemente del sitio donde nazcan, el color que tengan, la cultura y la religión que profesen o su opinión política. Esta concepción permitió el nacimiento de la sensibilidad universal por los valores contenidos en los derechos humanos, que la convierten en el interés superior de la humanidad entera.

## Artículo 1.

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos<sup>10</sup> y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros<sup>11</sup>.

## Artículo 2.

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición<sup>12</sup>.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía<sup>13</sup>.

## Artículo 3.

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona<sup>14</sup>.

## Artículo 4.

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Los artículos 20 y 21 de La Constitución, reconocen el derecho a la libertad como libre desenvolvimiento de la personalidad y la igualdad ante la ley. El último artículo desarrolla las garantías de la igualdad: la prohibición de cualquier tipo de discriminación, la protección de grupos vulnerables, el trato oficial de ciudadano, salvo fórmulas diplomáticas, y el desconocimiento de títulos nobiliarios y distinciones hereditarias. Se consagra y garantiza una igualdad real y efectiva.

<sup>11</sup> El deber de "comportarse fraternalmente los unos con los otros", no aparece expresamente en La Constitución, pero se puede derivar de los principios de solidaridad y de la responsabilidad social de las personas, que sí aparecen en el preámbulo y los principios fundamentales (principalmente en los artículos 1 al 3). Se trata de una de las proclamas o banderas de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (París, Francia, 1789), el precedente inmediato más importante de esta Declaración Universal. Es una hermosa expresión que contiene una de las grandes aspiraciones de la civilización universal y con un potencial de desarrollo ilimitado: El trato entre todos los seres humanos como hermanos que tienen el vínculo común de pertenecer a la humanidad.

<sup>12</sup> El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, desarrollado en el artículo 21 de La Constitución.

<sup>13</sup> Es claro que este párrafo del artículo 2 de la Declaración, tiene en cuenta la terrible experiencia humana del holocausto judío, y la sensibilidad frente a ese drama humano le permite a los estados partes de la ONU, consagrar la garantía internacional de la no discriminación de las personas por la condición política y jurídica del territorio en el cual se encuentren. Una garantía desarrollada por el Derecho Internacional Humanitario, exigible en territorio venezolano y de manera limitada ante organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

<sup>14</sup> Estos derechos son reconocidos de manera completa y respetando el estado más avanzado de consagración de estos derechos humanos, en los artículos 43 al 46 de La Constitución: "El derecho a la vida es inviolable" (artículo 43) y prohíbe de manera absoluta la pena de muerte; "La libertad personal es inviolable" (artículo 44) y consagra las garantías judiciales y administrativas para hacer efectivo este derecho; el artículo 45 prohíbe la desaparición forzada de personas y ordena el desacato de cualquier orden en ese sentido; "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" (artículo 46), y prohíbe las torturas, tratos crueles e infamantes, garantizando la protección a los seres humanos que se encuentren privados de libertad, entre otras medidas, para hacer efectiva la seguridad personal.

<sup>15</sup> Artículo 54 de La Constitución: "Ninguna persona podrá ser sometida a esclavitud o servidumbre. La trata de personas y, en particular, la de mujeres, niños, niñas y adolescentes en todas sus formas, estará sujeta a las penas previstas en la ley".

### **Artículo 5.**

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>16</sup>.

### **Artículo 6.**

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica<sup>17</sup>.

### **Artículo 7.**

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación<sup>18</sup>.

### **Artículo 8.**

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley<sup>19</sup>.

### **Artículo 9.**

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado<sup>20</sup>.

### **Artículo 10.**

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Artículo 46 de La Constitución. Ver nota 13.

<sup>17</sup> Este es un derecho que no aparece consagrado expresamente en La Constitución, pero es apenas el fundamento del reconocimiento de la titularidad de los derechos humanos, y aparece implícito en todos los artículos que las normas supremas venezolanas dedican a los derechos humanos. La personalidad jurídica de todo ser humano es la base del ejercicio pleno de la libertad, y tiene trascendencia universal.

<sup>18</sup> Artículo 21 de La Constitución.

<sup>19</sup> Artículo 26 de La Constitución: El derecho de acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos e intereses, y a la tutela judicial efectiva, mediante una justicia transparente, idónea y expedita. Como una concreción del derecho a un recurso efectivo de la Declaración, La Constitución consagra el derecho al amparo constitucional, que es la acción judicial más expedita y eficaz para buscar la protección de los derechos humanos o fundamentales, según lo consagra el artículo 27.

<sup>20</sup> Artículo 44.1 de La Constitución: "La libertad personal es inviolable, en consecuencia: 1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso". Por su parte, La Constitución prohíbe la extradición (destierro) de ciudadanos venezolanos, según lo expresa el artículo 69.

<sup>21</sup> Derecho a la defensa judicial y sus garantías mínimas: Igualdad procesal, independencia e imparcialidad de los jueces. Este derecho cuenta con un amplio desarrollo garantista en el artículo 49 de La Constitución. Igualmente, en los artículos 253 y siguientes de La Constitución, se establecen los principios fundamentales de la organización y administración de la justicia.

## Artículo 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa<sup>22</sup>.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito<sup>23</sup>.

## Artículo 12.

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio<sup>24</sup> o su correspondencia<sup>25</sup>, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

## Artículo 13.

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado<sup>26</sup>.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país<sup>27</sup>.

## Artículo 14.

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país<sup>28</sup>.
2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> Artículo 49 de La Constitución.

<sup>23</sup> Principio de la legalidad de los delitos y las penas, consagrados en el artículo 49.6 de La Constitución.

<sup>24</sup> Artículo 47 de La Constitución: "El hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano". "Las visitas sanitarias que se practiquen, de conformidad con la ley, sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios o funcionarios que las ordenen o hayan de practicarlas".

<sup>25</sup> Artículo 48 de La Constitución: "Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso".

<sup>26</sup> Libertad de tránsito nacional o en el interior de un Estado, previsto en el artículo 50 de La Constitución.

<sup>27</sup> Libertad de tránsito internacional, consagrado también en el artículo 50 de La Constitución. El derecho de ausentarse de su propio país y regresar a él, es de carácter absoluto.

<sup>28</sup> Artículo 69 de La Constitución, consagra este derecho humano internacional de manera más general: "La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio".

<sup>29</sup> La Constitución no hace esta limitación al derecho al asilo y al refugio, pero sí lo hace la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas, la cual desarrolla este derecho siguiendo expresamente los instrumentos internacionales que lo reconocen y regulan, incluida la presente Declaración. En los artículos 19 y 41, establece como excepción al reconocimiento del derecho de refugio y asilo, a las personas incurso en delitos contra la paz, crímenes de guerra o contra la humanidad, así como en delitos comunes no vinculados con los delitos políticos; y a las personas "Que sean culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de la Organización de las Naciones Unidas" (artículo 19.3), acogiendo la disposición comentada de la Declaración.

### **Artículo 15.**

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad<sup>30</sup>.
2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad<sup>31</sup>.

### **Artículo 16.**

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio<sup>32</sup>.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio<sup>33</sup>.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado<sup>34</sup>.

### **Artículo 17.**

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente<sup>35</sup>.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad<sup>36</sup>.

### **Artículo 18.**

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia<sup>37</sup>.

### **Artículo 19.**

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y

---

<sup>30</sup> Artículos 32 al 38 de La Constitución.

<sup>31</sup> Artículos 32 al 38 de La Constitución.

<sup>32</sup> Artículo 77 de La Constitución.

<sup>33</sup> El libre consentimiento es uno de los fundamentos del matrimonio, según el artículo 77 de La Constitución.

<sup>34</sup> Artículo 75 de La Constitución.

<sup>35</sup> Artículo 115 de La Constitución: "Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general..."

<sup>36</sup> Artículo 115 de La Constitución, in fine: "...Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes". Por su parte, el artículo 116 de La Constitución, establece los tres supuestos en los cuales es posible la confiscación de bienes, como garantías del derecho de propiedad: los bienes provenientes de delitos contra el patrimonio público, del enriquecimiento ilícito al amparo del Poder Público y de las actividades vinculadas con el tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; mediante sentencia firme.

<sup>37</sup> Libertad de pensamiento, religiosa y de culto, artículos 59 y 61 de La Constitución.

recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión<sup>38</sup>.

### **Artículo 20.**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas<sup>39</sup>.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación<sup>40</sup>.

### **Artículo 21.**

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos<sup>41</sup>.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país<sup>42</sup>.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto<sup>43</sup>.

### **Artículo 22.**

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad<sup>44</sup>.

### **Artículo 23.**

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo<sup>45</sup>.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual<sup>46</sup>.

<sup>38</sup> Libertad de información y expresión, prevista en el artículo 57 de La Constitución. Este artículo va más allá de la Declaración y consagra expresamente la prohibición de censurar (garantía del derecho) a los funcionarios públicos para dar información sobre los "asuntos bajo sus responsabilidades".

<sup>39</sup> El artículo 67 de La Constitución, reconoce el derecho a la asociación con fines políticos y el 68 el de manifestar pacíficamente y sin armas.

<sup>40</sup> Libertad de asociación, artículo 67 de La Constitución.

<sup>41</sup> El derecho a la participación política y en los asuntos públicos, directamente o a través de la representación popular, reconocido en el artículo 62 de La Constitución.

<sup>42</sup> Artículo 67, último párrafo, de La Constitución: "Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas".

<sup>43</sup> El derecho al sufragio consagrado en el artículo 63 de La Constitución.

<sup>44</sup> La seguridad social como derecho interno, dentro de los estados, pero también en su dimensión internacional. Ver artículo 86 de La Constitución.

<sup>45</sup> La libertad de trabajo, consagrada de manera generosa, amplia y garantista en el artículo 87 de La Constitución.

<sup>46</sup> La garantía de la igualdad en el salario consagrado de manera amplia en el artículo 91 de La Constitución.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social<sup>47</sup>.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses<sup>48</sup>.

#### **Artículo 24.**

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas<sup>49</sup>.

#### **Artículo 25.**

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad<sup>50</sup>.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social<sup>51</sup>.

#### **Artículo 26.**

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos<sup>52</sup>.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz<sup>53</sup>.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos<sup>54</sup>.

<sup>47</sup> El derecho al salario digno previsto en el artículo 91 de La Constitución.

<sup>48</sup> El derecho a la sindicalización de los trabajadores, una manifestación especial del derecho a la asociación, reconocido en el artículo 95 de La Constitución.

<sup>49</sup> Artículo 90 de La Constitución.

<sup>50</sup> Artículos 91 y 92 de La Constitución.

<sup>51</sup> Artículos 76 y 78 de La Constitución.

<sup>52</sup> Artículo 102 de La Constitución.

<sup>53</sup> Artículos 103 y 104 de La Constitución.

<sup>54</sup> Artículo 76 de La Constitución.

## Artículo 27.

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten<sup>55</sup>.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora<sup>56</sup>.

## Artículo 28.

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos<sup>57</sup>.

## Artículo 29.

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad<sup>58, 59</sup>.
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática<sup>60</sup>.
3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas<sup>61</sup>.

## Artículo 30.

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y

---

<sup>55</sup> Artículos 98 al 101 de La Constitución.

<sup>56</sup> Artículo 98, in fine, de La Constitución.

<sup>57</sup> El derecho a la tutela y garantía efectiva de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como internacional. Ver artículos 19 al 31 de La Constitución.

<sup>58</sup> La concepción de la persona como ser humano coexistencial, o coexiste o no es, como dijo Max Scheler, a principios del s. XX. El reconocimiento de los derechos lleva consigo la consagración de los deberes, propio de la responsabilidad que implica la libertad. Ver artículos 130 al 135 de La Constitución.

<sup>59</sup> El artículo 132 de La Constitución establece como un deber de las personas la promoción y defensa de los derechos humanos: "Toda persona tiene el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social".

<sup>60</sup> Principio de la legalidad de la limitación de los derechos humanos y fin último de dicha limitación: la garantía y respeto de los derechos de los demás. Es una contradicción axiológica pensar que el respeto del derecho propio implica el sacrificio del derecho ajeno. Artículo 20 de La Constitución: "Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social".

<sup>61</sup> Artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Ver preámbulo de La Constitución.



desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración<sup>62</sup>.

## **BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA**

La idea de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como síntesis de la civilización, se inspira en las apreciaciones del filósofo venezolano Eduardo Vásquez, gran conocedor y divulgador de Hegel. Hemos tomado en cuenta varios de sus artículos publicados en TalCual, uno de los últimos, publicado el día 18 de noviembre de 2014, titulado ***El mito del fascismo***.

“*Un mínimo común denominador que rescata de la diversidad lo igual, lo que compartimos*”, así define Fernando Savater (2002) a los derechos humanos en contraste con la diversidad cultural, en ***Ética y ciudadanía***, Montesinos, Monte Ávila Editores Latinoamericanos, p. 198.

Sobre el desarrollo histórico, el concepto, características, tipología y sistemas de protección de los derechos humanos, hemos tomado en cuenta el libro de autoría colectiva ***Estudios Básicos de Derechos Humanos (1994)***, tomos I y II, compiladores Rodolfo Cerdas y Rafael Nieto, editado por el Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, Fundación McCarthur y Comisión de la Unión Europea. De estos estudios es muy recomendable por la claridad y sencillez, ***El concepto de los derechos humanos*** de Pedro Nikken, consultable en bibliotecas virtuales como la de la UNAM.

La naturaleza coexistencial del ser humano y sus implicaciones antropológicas, la hemos tomado de Max Scheler (2003): ***El puesto del hombre en el cosmos***. Losada. Buenos Aires.

---

<sup>62</sup> El artículo 19 de La Constitución le impone al Estado el deber de garantizar la vigencia de los derechos humanos, y el artículo 25 declara nulo cualquier acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos humanos. Por su parte, el artículo 132, citado en la nota 58, consagra como deber de toda persona la defensa de los derechos humanos. Por lo tanto, la prohibición de atentar contra los derechos humanos es universal y de carácter constitucional en Venezuela.



Esta publicación: "Derecho del Trabajo N° 18"  
fue impresa en el Taller de Editorial Horizonte, C.A.  
en la ciudad de Barquisimeto, República Bolivariana de Venezuela





