

*Perfil del derecho del trabajo en Venezuela
(El Decreto N° 8.938 con rango, fuerza y valor de Ley
Orgánica del Trabajo, los Trabajadores
y las Trabajadoras)*

María Bernardoni de Govea*

Abogado

Resumen: *El Derecho del Trabajo venezolano se ha caracterizado como un derecho ampliamente proteccionista del trabajador, con visos intervencionistas del Estado en las relaciones individuales y colectivas de trabajo y de escasa cobertura, debido a la informalidad y precariedad del mercado de trabajo; a partir de la vigencia del Decreto 8.938 con fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT), sus rasgos son una mayor intervención estatal, acrecentando el poder del Estado en la vida laboral en contravención de los convenios internacionales, mediante la eliminación de los espacios autónomos conquistados en la legislación anterior, además de privilegiar al Estado patrono y discriminar al patrono privado y a los mismos trabajadores y ser represivo de las empresas privadas y sus representantes, temiéndose el incremento del sector informal de la economía, la contratación precaria y la disminución de su cobertura.*

Palabras claves: *Derecho Proteccionista, Flexibilidad, Rigidez, Intervención Estatal de las relaciones de trabajo, Discriminador y Represivo de la Empresa Privada, Escasa Cobertura, Informalidad.*

Summary: *The Venezuelan Labor laws have been characterized as laws widely protectionist for the workers with interventionist state overtones in the individual and collective labor relations. Such laws are of limited coverage due to the informality and precariousness of the labor market. Since the Decree with force of law 8.983 came into force has been more state intervention and an increase in the power of the State in the working life. This intervention violates international agreements through the elimination of the autonomy conquered in the previous legislation. Furthermore, the Decree in question privileges public employers, discriminate private employers and their representatives, the workers themselves and it is repressive of the private companies. The above mentioned fears an increase in the informal economy, precarious employment and a decline in the coverage of the labor laws.*

Key words: *Protectionist Law, Flexibility, Inflexibility, State Intervention of the Labor Relations, Discriminative and Repressive of Private Companies, Limited Coverage, Informality.*

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

INTRODUCCIÓN

La reciente entrada en vigencia del Decreto N° 8938 con rango, fuerza y valor de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, (LOTTT) el pasado 7 de mayo (G.O. N° 6.076 Extraordinario), pone en la mesa la discusión sobre las características y naturaleza de la nueva regulación laboral, ya que de ello depende el perfil general de la Disciplina laboral, el rumbo que marcan sus normas fundamentales y sus consecuencias sobre las relaciones jurídicas y situaciones incluidas en su ámbito de aplicación.

Y es que, como solemos señalar, la marcha del Derecho del Trabajo se mueve entre dos extremos representados por la flexibilidad o autonomía de las partes y por la rigidez o intervención del Estado en los espacios privados de las relaciones laborales, en una permanente búsqueda del equilibrio entre ambos, con el objetivo de lograr una mayor justicia social.

Su acercamiento hacia algunos de los dos extremos, pone en riesgo la protección de los trabajadores, cuando el acercamiento es hacia la flexibilidad extrema, o pone en riesgo las libertades que están en juego en el proceso productivo, como son la libertad de empresa, la de trabajo y la libertad sindical, cuando su derrotero es una mayor rigidez, negando los espacios necesarios de autonomía en la definición de sus relaciones.

A mayor rigidez, menor libertad y a mayor flexibilidad, menor protección. De lo que se trata, entonces, es de lograr una adecuada protección social en un marco de respeto de las libertades y derechos humanos fundamentales.

Este breve ensayo trata entonces de evaluar hacia cuál de los dos extremos nos hemos acercado con la aprobación de la LOTTT y cuán lejos estamos, si es el caso, del punto medio de equilibrio, que es el objetivo de cualquier reforma legal de naturaleza social en un sistema democrático.

I. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DEL TRABAJO CLÁSICO U ORIGINARIO; EL DERECHO LABORAL VENEZOLANO

El Derecho del Trabajo nacido en los primeros años del siglo XX, cuya internacionalización y uniformización fue promovida por la Organización Internacional del Trabajo desde su creación en 1919 por el Tratado de Versalles en su XIII Parte, se caracterizó por ser una Disciplina de Orden Público Social, protectora del trabajador como parte débil desde el punto de vista económico y subordinado desde el punto de vista jurídico, en la relación jurídico laboral con el patrono y, por tanto, establecedora de un estatuto uniforme de condiciones de trabajo mínimas e inderogables, modificables sólo para favorecer al trabajador por vía incluso de normas inferiores a las legales, como son el contrato de trabajo y la convención colectiva de trabajo, los cuales resultan habilitados para el desplazamiento de las normas de orden público legales, superiores en la escala jerárquica de las leyes, en aras de la protección del trabajador.

El modelo de relación laboral promovido por la nueva Disciplina, ha sido la derivada del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, con una jornada de trabajo completa y estabilidad en el trabajo, que garantiza la promoción y el ascenso en la empresa y el arribo a la edad de retiro y el disfrute de una pensión de vejez.

Ahora bien, en su ámbito colectivo, el Derecho del Trabajo clásico, si bien se caracterizó por la promoción de la negociación colectiva para el mejoramiento de las condiciones mínimas legales y el reconocimiento del derecho a los conflictos colectivos y a la huelga, en muchos países, como los latinoamericanos, la libertad sindical ha sido muy restringida, mediante una legislación reglamentarista y limitativa de estos derechos.

El Derecho Laboral venezolano, a partir de la primera Ley del Trabajo de aplicación efectiva en el país, como lo fue la Ley del Trabajo del 16 de julio de 1936, se mantuvo apegado al esquema originario o clásico, principista y protector del trabajador, mediante un esquema normativo que dejaba poco espacio a la libertad de negociación autónoma entre las partes y muy controlador de la vida de las organizaciones sindicales y de la acción sindical; no obstante la amplia protección normativa, se caracteriza por sus bajos niveles de cobertura, en tanto que aproximadamente el 50% de la fuerza de trabajo ocupada, lo hace en el sector informal de la economía, donde no llega su vigencia efectiva, además de que aproximadamente el 60% de la fuerza de trabajo ocupada, tanto en el sector formal como informal, están en condiciones de precariedad, por los bajos salarios, jornadas temporales y contratos de breve duración.

Además, presenta el Derecho venezolano peculiaridades como lo son su amplio objeto, establecido legalmente a partir de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) de 20 de Diciembre de 1990 como “el hecho social trabajo”, lo que le ha permitido proteger aunque parcialmente a los trabajadores no dependientes y a los funcionarios públicos.

La LOT y su reforma de 19 de junio de 1997, así como el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de Enero de 1999, incorporaron algunas normas flexibilizadoras del rígido esquema vigente hasta ese momento, aunque tímidas en comparación a la tendencia que se concretaba en ese momento a nivel mundial e, incluso, en la mayoría de los países latinoamericanos que reformaron sus legislaciones para permitir mayor campo de negociación a las partes de la relación laboral y generar nuevos puestos de trabajo.

Las principales normas flexibilizadoras fueron las relativas a:

a) La jornada de trabajo, con posibilidad de modificar los límites máximos legales por acuerdos entre patronos y trabajadores, siempre que en un período de ocho (8) semanas no se excediera el trabajo de 44 horas semanales.

b) La previsión del salario de eficacia atípica, que permitía excluir de la base de cálculo de los beneficios laborales hasta un máximo del 20% del salario, cuando así lo acordaran patronos y trabajadores y siempre que se respetara el salario mínimo.

c) La posibilidad de pactar temporalmente el congelamiento o disminución de los beneficios de la contratación colectiva en situación de crisis de las empresas y garantizando el puesto de trabajo a los trabajadores mientras se resolvía la crisis.

d) La institucionalización del diálogo social mediante la creación en la LOT de la Comisión Tripartita Nacional, con competencia para la revisión anual de los salarios y recomendar al Ejecutivo Nacional la fijación del salario mínimo, reconociendo el derecho a la participación de los actores sociales privados, trabajadores y patronos, en la definición de la política salarial.

e) El reconocimiento de los grupos o coaliciones de trabajadores como sujetos colectivos y titulares de la libertad sindical y de los Acuerdos Colectivos de Condiciones de Trabajo, ampliándose democráticamente los instrumentos de participación en la empresa.

No obstante, la LOT se calificó en el momento de su promulgación como un gran contrato colectivo nacional, tomando en cuenta que la mayoría de las condiciones de trabajo fueron objeto de mejora para los trabajadores.

II. EL DECRETO Nº 8.938 CON RANGO, FUERZA Y VALOR DE LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS: RASGOS FUNDAMENTALES

1. *El origen inconstitucional del Decreto Nº 8.938*

La nueva Ley Laboral se promulga mediante Decreto Presidencial con fundamento en el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución, que le da atribuciones al Presidente de la República para dictar Decretos Leyes previa autorización de una ley habilitante y en el artículo 1º, numeral 9º de la Ley Habilitante de fecha 17 de Diciembre de 2010 (*G.O.* Nº 6.009 Ext.)

La Ley habilitante invocada como fundamento de la competencia del Presidente de la República, no lo faculta para legislar en la materia laboral; el numeral invocado en el preámbulo del Decreto Ley, alude al sistema socioeconómico de la Nación, regulado en el Capítulo VI de la Constitución, mientras que los derechos sociales y laborales, involucrados en la reforma, están regulados en el Capítulo V de la Constitución, intitulado “De los Derechos Sociales y de las Familias”, por lo que, para la reforma de este Capítulo de la Constitución no estaba facultado el Presidente.

Pero es que, de acuerdo con la Constitución, no podría una Ley Habilitante facultar al Presidente de la República para modificar ninguna Ley que ostente el carácter de orgánica, ya que las leyes habilitantes se aprueban con una mayoría de 3 quintas partes de los Diputados de la Asamblea Nacional, mientras que para la modificación de una Ley Orgánica, la Constitución (Art. 203) exige una mayoría calificada de las 2/3 partes de dicho cuerpo legislativo.

En este sentido la Sala Constitucional fijó criterio mediante sentencia Nº 1168 de 15 de junio de 2004, caso *Fenatriade*, considerando que es la Asamblea Nacional “el único órgano competente, en virtud del principio de reserva legal, para dictar la legislación laboral” y que para esa fecha estaba incurso en omisión inconstitucional absoluta al haber incumplido con el mandato del Constituyente (Disposición Transitoria 4) de aprobar la reforma del sistema de prestaciones sociales en el plazo de 1 año contado a partir de la instalación de la Asamblea Nacional, otorgándole un plazo de 6 meses para proceder a su concreción.

Como es sabido, el plazo fue incumplido y vino el Presidente de la República, a corregir la plana a la Asamblea Nacional, promulgando el Decreto Nº 8.938, aunque con ello se violentara una vez más la Constitución Nacional.

En verdad esta acción de la Presidencia de la República, procediendo sin ninguna competencia para ello a derogar la Ley Orgánica del Trabajo y sustituirla por la Ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras, forma parte de un trasvasamiento paulatino de las competencias de la Asamblea Nacional hacia el Ejecutivo Nacional, en violación de la Constitución; la participación del Órgano legislativo nacional en el proceso de promulgación de la LOTT quedó reducida a la aprobación del Acuerdo de respaldo y apoyo al Presidente de la República de fecha 8 de mayo de 2012 (*G.O.* Nº 39.918 de fecha 9-05-12)

Baste para evidenciar la anterior aseveración, observar en la *Gaceta Oficial* Nº 39.945 de fecha 15 de junio de 2012, la publicación de 6 Decretos Leyes que reforman Leyes Orgánicas o ponen en vigencia nuevas Leyes Orgánicas, en variadas áreas, dentro de los cuales es relevante mencionar el 9.042 que dicta el Decreto con fuerza de ley del Código Orgánico Procesal Penal.

Más adelante veremos cómo en el texto de la nueva Ley laboral se traspasan al Ejecutivo Nacional competencias de la Asamblea Nacional.

2. *Ignorancia absoluta del diálogo social para su aprobación*

El Decreto N° 8.938, constituye sin ninguna duda el texto laboral menos discutido en el período democrático venezolano, comparable sólo con el aprobado durante el régimen del General Juan Vicente Gómez, cuando se dictó la primera Ley del Trabajo en 1928, pero que su casi nula aplicación en la práctica, ha hecho que sea excluida de la historia y evolución de la legislación laboral venezolana, constituyendo su existencia sólo un dato formal.

La ausencia total de una convocatoria a los actores sociales por parte del Ejecutivo Nacional para discutir una Ley de tanta repercusión en la vida social y económica del país, constituye otra violación del Estado democrático y social de derecho y de justicia que delinea la Constitución; por otra parte, la composición de la Comisión Presidencial encargada de su estudio y discusión, fue representativa sólo del Estado y de los sectores sociales, sindicales y académicos que respaldan al gobierno nacional.

Con ello, además, el Estado venezolano, miembro originario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se puso de espaldas a sus Constitución, Convenios y Recomendaciones, que promueven y recomiendan el diálogo social como mecanismo de conducción de las políticas que afectan a trabajadores y patronos en los países. (Convenio N° 144 y la Recomendación N° 152 sobre la Consulta Tripartita, adoptados en 1976)

3. *Facultad Normativa atribuida al Ejecutivo Nacional*

a. Por una parte, se ratifica la amplia facultad que tiene el Ejecutivo Nacional para dictar reglamentos, resoluciones especiales y Decretos (Art. 10 LOTTT) que ya aparecía en la Ley Orgánica del Trabajo de 20-12-1990, sin embargo, la nueva Ley elimina el control que ejercía la Asamblea Nacional, facultada por la Ley derogada para ratificar o suspender los Decretos del Ejecutivo Nacional, los cuales debían ser enviados a estos efectos a la Asamblea una vez los dictaba el Presidente de la República

b. Se amplía la facultad atribuida al Ejecutivo Nacional para el dictado de aumentos salariales (Art. 111 LOTTT), ya que en la Ley derogada ésta estaba condicionada a la existencia de aumentos desproporcionados del costo de la vida, como una facultad excepcional para situaciones de emergencia social, mientras que la nueva Ley, le atribuye dicha facultad sin condicionante ninguno, por lo que cada vez que el Ejecutivo Nacional así lo considere, puede mediante Decreto establecer dichos aumentos, ejerciendo ampliamente una atribución que constitucionalmente corresponde a la Asamblea Nacional (Arts. 156.32 y 187.1 Constitución)

c. Se atribuye al Ejecutivo Nacional la fijación del salario mínimo mediante Decreto, eliminando: 1) la concertación social tripartita, que era el mecanismo privilegiado por la Ley derogada, 2) la facultad del Ministerio del Trabajo para establecerlo por Resolución en los casos en que se había logrado el acuerdo en el seno de la Comisión Tripartita, con lo cual se acercaba a las partes sociales la definición de esta política de tanta importancia y permitía evitar los intentos de politizar la fijación del salario mínimo, 3) la fijación del salario mínimo por acuerdos entre patronos y trabajadores de una rama de actividad económica y 4) las Consultas obligatorias al Banco Central y al Consejo de Economía Nacional previamente a la fijación del salario mínimo. (Art. 129 LOTTT).

Se consagra así un mecanismo de total concentración en el Presidente de la República de la facultad de fijar el salario mínimo nacional, sin control político de la Asamblea Nacional, ni control económico ni social por los actores sociales y económicos.

d. Se atribuye al Ejecutivo Nacional la fijación por decreto de casos de inamovilidad que no están en la Ley, con lo cual se “legitima” la consagración de la inamovilidad especial que ha venido dictando el Presidente de la República a partir del año 2002. (Art. 420.6 LOTTT)

La Ley derogada no establecía esta facultad al Ejecutivo Nacional y, en gobiernos anteriores, cuando se utilizó esta vía para proteger a los trabajadores, se hizo con una temporalidad muy breve; es durante este período de gobierno cuando el Presidente de la República, sin facultades para ello, invadiendo la reserva legal, modificó la Ley Orgánica del Trabajo que establecía una estabilidad relativa a los trabajadoras y desnaturalizó la inamovilidad que por su naturaleza es temporal, durante 10 años.

4. *Privilegios del patrono Estado*

Varias son las disposiciones que establecen un trato privilegiado al patrono Estado en comparación con los patronos del sector privado, desmejorando en ocasiones la condición de los trabajadores en comparación con la LOT derogada, no obstante que la Constitución venezolana es una de las pocas en el mundo que establece la “intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales” y una prohibición expresa, dirigida al Legislador, en el sentido de que “ninguna Ley” podrá violentar dicha garantía. (Art. 89 Constitución)

a. La sustitución de patronos, institución que garantiza la continuidad de la relación laboral y el disfrute de los beneficios ya adquiridos, a los trabajadores de una empresa cuyo dueño o poseedor la transfiere a un nuevo patrono que prosigue la misma actividad sin alteraciones esenciales, es objeto de una excepción en la nueva LOTTT. (Art. 67)

En efecto, en esta disposición se exceptúa al patrono Estado del mencionado régimen protectorio, en los casos de adquisición forzosa de los bienes para reactivar la actividad económica y productiva, “independientemente de que sean los mismos trabajadores y las mismas instalaciones”, produciéndose en consecuencia el nacimiento de una nueva relación de trabajo entre los trabajadores y el Estado

En este caso, tampoco se subroga el Estado de las obligaciones laborales contraídas por el anterior patrono, sino que las mismas serán canceladas por el anterior patrono, o le serán descontadas del precio convenido a pagar por el Estado.

Resulta así evidente la regulación peyorativa para los trabajadores de la institución en referencia y los privilegios que se garantizan al Estado.

b. La nueva LOTTT (Arts. 320 y sigts.), privilegia al Estado con la propiedad de los inventos y mejoras logrados por trabajadores de éste, o mediante la inversión de fondos públicos, garantizándose al inventor sólo el llamado derecho a la paternidad de la obra, sin reconocimientos a derechos patrimoniales sobre el producto de su ingenio.

Por el contrario, si el invento o mejora se logra en el sector privado, la propiedad corresponde al inventor, garantizándose al patrono el derecho de explotación mientras dura la relación de trabajo y un derecho preferente a su adquisición en caso de terminación de ésta.

La LOT derogada (Arts. 80-86) establecía un régimen a las obras del ingenio, invenciones o mejoras, realizadas por el trabajador, estableciendo como referencia para establecer los derechos del inventor o de su patrono, el objeto de la relación laboral y en consecuencia, la naturaleza del invento o mejora y no la naturaleza pública o privada del patrono.

c. Por otra parte, es palmario el desbalance en el trato dado por la Ley a los patronos del sector privado y a aquéllos del sector público, cuando se establecen las consecuencias sancionatorias por el incumplimiento de las normas laborales contenidas en la Ley; así, para

los primeros se establece la pena de arresto (Arts. 538 y 539 LOTTT), mientras que para los segundos (Art. 543 LOTTT), se establece un procedimiento de destitución o remoción dudosa legalidad, por el cual el Ministro del Trabajo solicita su apertura ante el Órgano público o empresa del Estado que ha violentado el orden laboral.

5. *Se acrecienta el poder del Estado en la vida de los sindicatos en violación del derecho de Libertad Sindical*

Puede evidenciarse esta ampliación intervencionista con estos ejemplos:

a. El aumento en los requisitos para la constitución y funcionamiento de la organización sindical, cuyo contenido en la LOT ya había sido objeto de observaciones por el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT, con motivo de la reclamación presentada por Fedecámaras y la Organización Internacional de Empleadores (OIE), caso *Nº 1.612*, tales como las finalidades, el contenido de los estatutos, el número mínimo de miembros necesario para la constitución.

b. Mantenimiento en los mismos términos que lo hacía la LOT, del régimen para la extensión obligatoria de una convención colectiva por rama de industria o sectorial, haciendo caso omiso de las recomendaciones del CLS en el sentido de la consulta previa a los interlocutores sociales sobre los efectos de la extensión, así como la ratificación de las causas para la expulsión del afiliado a un sindicato, siendo que el CLS recomendó dejar el tema para la regulación en los Estatutos del Sindicato (caso *Nº 1.612*).

c. Obligación de presentar declaración jurada de bienes a los directivos sindicales (Art. 417), en desarrollo de la norma constitucional (Art. 95) no obstante que los órganos de control de la OIT (CLS y la Comisión de Expertos CEARC) solicitaron al Gobierno la derogatoria de la Resolución Nº 01-00-012 de la Contraloría General de la República, que así lo exigía (Caso *Nº 2067*, párrafo 517).

d. Mantiene la participación excesiva del Poder Electoral en la realización de las elecciones sindicales, obviando la recomendación del CLS y la CEARC de modificar la norma constitucional que consagra esta atribución (Art. 293.6), ya que la *organización de las elecciones sindicales corresponde exclusivamente a las organizaciones sindicales* (Informe del CLS de marzo de 2003 y de la CEARC de junio de 2009).

e. El anuncio inquietante de los Consejos de Trabajadores (Art. 497 LOTTT), instrumentos de participación obligatoria de los trabajadores, de enlace con los órganos gubernamentales de planificación central y de control sobre la dirección de la empresa, cuya creación representará una competencia desigual con el sindicato, destinado a desaparecer en un modelo económico y político que pretende imponerse y que tiene su centro en la propiedad social y la colectiva, para lo cual la organización alternativa al sindicato es el Consejo de Trabajadores.

III. CONCLUSIÓN

No cabe duda que con el dictado del Decreto Presidencial Nº 8.938 con fuerza de LOTTT, el Derecho Laboral venezolano se ha movido hacia el extremo de la rigidez, poniendo en riesgo las libertades de los sujetos que en él se desenvuelven: Trabajadores, Patronos, Sindicatos, Coaliciones de Trabajadores, resultarán afectados por la aplicación de sus normas, y su ya escasa cobertura se agravará por vía de la precariedad e informalidad características del mercado de trabajo, que constituirán la vía de escape segura para las pequeñas y medianas empresas, en perjuicio de la masa laboral, la economía nacional y la sociedad como un todo.