



Propuesta de modificación normativa sobre salario, jornada y prestación de antigüedad en Venezuela¹

Francisco Marín Boscán

Profesor de Derecho del Trabajo y de Derecho Procesal del Trabajo. Investigador adscrito al Centro de Investigaciones y Estudios Laborales y Disciplinas Afines (CIELDA). Universidad del Zulia. E-mail: fjmarinb@yahoo.es.

Nancy Perelló Gómez

Profesora de Derecho del Trabajo. Investigadora adscrita al Centro de Investigaciones y Estudios Laborales y Disciplinas Afines (CIELDA). Universidad del Zulia. E-mail: nanver48@cantv.net.

Lisbeth Chirinos Portillo

Profesora de Derecho del Trabajo. Investigadora adscrita al Centro de Investigaciones y Estudios Laborales y Disciplinas Afines (CIELDA). Universidad del Zulia. E-mail: lisbeth_chirinos@hotmail.com

Resumen

En este trabajo se formula una propuesta para la reforma de la legislación laboral venezolana, en materia de salario, jornada y prestación de antigüedad. Se trata de una investigación documental y propositiva, basada en el método analítico, en la que se abordan definiciones y características de los aspectos mencionados y se plantean cambios cónsonos con la actualidad del país, concluyendo que en Venezuela la reforma laboral se asume como un

- 1 Este artículo corresponde al Proyecto de Investigación intitulado: “Propuesta para una Reforma Normativa sobre Derechos Individuales de los Trabajadores en Venezuela”, registrado por ante el Consejo de Desarrollo Científico y Humánico (CONDES) de la Universidad del Zulia.

Recibido: 31-07-2009 . Aceptado: 28-01-2010

paso más en la transición al modelo socialista, alejándose de la realidad más o menos generalizada del Derecho Comparado, constatándose además, una mora legislativa de casi nueve años, que parece demasiado tiempo para reivindicar los derechos de los trabajadores.

Palabras clave: Trabajadores, Salario, Jornada, Prestación de Antigüedad.

A proposal for normative modification regarding salary, workday and seniority benefits in Venezuela

Abstract

This study formulates a proposal for reforming Venezuelan labor legislation in terms of salary, workday and seniority benefits. The research is documentary and propositive, based on the analytical method. It approaches definitions and characteristics of the aforementioned aspects and proposes changes consonant with the current situation in the country. Conclusions are that in Venezuela, labor reform is taken for granted as one more step in transition to the socialist model, drawing further away from the more or less generalized reality of comparative law. Furthermore, it bears witness to a legislative delay of nearly nine years, which seems too long a time for vindicating workers' rights.

Key words: Workers, salary, workday, seniority benefits.

Introducción

En materia laboral las recetas mágicas para abordar las crisis que continuamente enfrenta el mercado de trabajo no existen, de allí que sea necesaria una revisión permanente de las instituciones que regulan las relaciones laborales para que, con base en los principios tuitivos que le son propios, permitir las correcciones oportunas de los trastornos que las afectan. Ello en esta área es muy difícil, porque mientras el derecho positivo lleva la velocidad propia de una carreta tirada

por asnos, el derecho de los hechos sufre embestidas propias de la velocidad supersónica que desarrolla una nave espacial.

Es de destacar que en general, el eje central de las reformas que suelen suceder dentro de los ordenamientos jurídicos laborales en los países occidentales puede relacionarse siempre, en mayor o menor medida, con la búsqueda de una mayor flexibilidad entendida ésta en un doble sentido, es decir, tanto la adaptación a las singularidades de cada sector, empresa o

tipo de trabajo y como capacidad de adecuarse al cambio de circunstancias. Para ello se considera indispensable la introducción de mecanismos de “adaptabilidad” en las empresas que permitan una “adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos” (Matia, 1994:22).

Sin embargo, producto fundamentalmente de cambios teóricos que se están implementando desde hace una década en el modelo político, Venezuela parece buscar alejarse de esa realidad, para adentrarse en un sistema de relaciones laborales inmerso en el socialismo del siglo XXI, el cual no goza todavía de una realidad conceptual bien definida. En la materia que abordaremos, muchos planteamientos están realizados sobre la base de declaraciones de representantes gubernamentales, proyectos presentados y en discusión desde hace más de seis años y documentos escritos que delinean la búsqueda de cambios radicales.

Así, esbozaremos las principales características del régimen vigente en cuanto a salario, jornada y prestación de antigüedad, la valoración de sus puntos álgidos, para proponer aspectos medulares sobre cada uno de ellos cuya urgencia de reforma supera el límite de lo aceptable.

1. El salario

1.1. Definición

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha establecido diversos convenios que regulan la institución que se comenta: El salario. En tal sentido, el Convenio 95 sobre la protección del salario de 1949 (ratifi-

cado por Venezuela en 1981), define al salario como:

La remuneración o ganancia sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar (Iturraspe, 2004: 175).

En términos similares es expuesta la noción de salario por la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) en el encabezado del artículo 133 el cual, establece una serie de elementos para que el mismo se configure:

1. Remuneración que genera provecho o ventaja para el trabajador.
2. Indistintamente el método de cálculo utilizado o la denominación que se le otorgue.
3. Debe tener la cualidad de ser evaluado en efectivo.
4. Se le otorga al trabajador por la prestación de sus servicios.

Adicionalmente, el legislador laboral presenta a título enunciativo una serie de elementos que integran el salario, a saber: comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda; por otra parte, el mencionado artículo 133 de la LOT plantea en su párrafo segundo, otra definición de salario y lo adjetiva como normal.

Asimismo, el párrafo tercero del mencionado artículo 133, establece que no tienen carácter salarial, entre otros, los servicios de comedores, provisión de comidas y alimentos, mientras que, el mismo artículo en su encabezado indica que la alimentación forma parte del salario. Esta discordancia fue aclarada por la Ley de Alimentación para los Trabajadores la cual, señala en su artículo 5 que el bono de alimentación no reviste carácter salarial salvo por disposición en contratos o convenciones colectivas o, en contratos individuales de trabajo.

No obstante, esta regulación ampara a los empleadores que tengan a su cargo 20 o más trabajadores; ahora bien, ¿qué ocurre con los empleadores que tienen a su cargo menos de 20 trabajadores y otorgan el beneficio de alimentación?, ¿será salario? Creemos que si la ley establece como regla que el beneficio de alimentación no es salario y excepcionalmente (mediante acuerdo o contrato colectivo o contrato individual de trabajo) será salario, del mismo modo, será tratado para el caso de patronos o empresas con menos de 20 trabajadores.

1.2. Modalidades de revisión del salario mínimo

En otro orden de ideas, resulta conveniente observar la forma que durante los últimos 10 años ha sido adoptada a los efectos de determinar el monto que, por salario mínimo debe percibir el trabajador.

Cabe destacar que en 1997, se celebró el Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial (ATSSI), que se suscribió durante

el segundo mandato presidencial de Rafael Caldera. Esta “jornada” de diálogo social laboral data de Noviembre de 1996, cuando se constituyó la llamada Comisión Tripartita.

El ATSSI se dividió en dos temáticas: La política salarial y la reforma del Sistema de Seguridad Social. En cuanto a la primera, el aspecto más resaltante fue la modificación de la manera de calcular la prestación de antigüedad, ya que, se pasó de un régimen de recálculo a otro de pago mensual de la prestación de antigüedad. Por su parte, el nuevo Sistema de Seguridad Social garantizaba “... la participación de los entes (actores) sociales públicos y privados en su organización, funcionamiento y administración, correspondiendo a los organismos públicos el control, supervisión y fiscalización del Sistema y Subsistemas que el ATSSI crea...” (Villasmil y Carballo, 1998: 70).

Puede indicarse que el resultado fundamental del ATSSI es que “institucionaliza el diálogo social reconociéndole carácter permanente y no coyuntural” (Villasmil y Carballo, 1998: 83). Sin embargo, una vez que concluye el ATSSI se generan una serie de situaciones que conllevan al alejamiento de los actores sociales tradicionales: Estado, empleadores y trabajadores:

Los cambios en la agenda laboral se iniciaron poco antes de la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1999, cabe recordar el desconocimiento por parte del gobierno nacional de la representatividad y legitimidad de los actores sociales tradicionales, lo que se tradujo entre otras medidas en la eliminación fáctica -aunque

existe en el artículo 167 y siguientes de la LOT- de la comisión tripartita establecida para la fijación del salario mínimo, que desde 1999 es establecido unilateralmente por el Ejecutivo Nacional².

Lo anterior repercute en la forma utilizada para definir el incremento del salario mínimo. A tales efectos, la LOT plantea 3 mecanismos:

- a) Comisión tripartita (artículos 167 y siguientes).
- b) Acuerdo entre empleadores y trabajadores (artículo 170).
- c) Decreto emanado del ejecutivo nacional (artículo 172).

Por su parte, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006, repite los 3 mecanismos de revisión de salario mínimo que contempla la LOT y, agrega en sus artículos 61 y siguien-

tes, la participación democrática y protagónica a través de una mesa de diálogo social de carácter nacional, como una cuarta vía para fijar el monto del salario mínimo.

Para que esta mesa de diálogo social pueda llegar a realizarse debe existir disposición al diálogo y a su materialización, toda vez, que existe una comisión tripartita (plasmada en la normativa) que no se reúne desde 1997, refleja que una vía novedosa con la que no ha podido experimentarse (como es la mesa de diálogo social) es una tarea ardua, pero posible.

Es conveniente mencionar que, son varias las semejanzas entre la comisión tripartita y la mesa de diálogo social, es así como ambas deben constituirse durante el mes de enero de cada año con un tiempo de funciona-

2 Lo que hasta el momento se había caracterizado por ser un diálogo entre los actores sociales laborales, con reuniones de la comisión tripartita, reconocimiento clientelar del sindicalismo por parte del Estado y, relaciones corporativistas entre empleadores y trabajadores respecto del Estado, cambió, la estructura previa a 1999, se modifica con la instauración de un nuevo gobierno, que termina con 40 años -desde 1958 hasta 1998- de presidentes civiles. La agenda laboral de dicho gobierno no contemplaba intentos de diálogo, a esto se le suma el hecho que actualmente, en opinión que compartimos con Luis Eduardo Díaz (2006:9). "Las reglamentaciones normativas han sido escasas y poco efectivas". Luego, en el año 2000, se realizó un referéndum sindical supervisado por el Consejo Nacional Electoral (CNE), para lo cual, se constituyó una Comisión Nacional Electoral Sindical con representación de las confederaciones de trabajadores que existían en ese momento: CTV, CODESA, CUTV. CGT; el Nuevo Sindicalismo y el Frente Constituyente de Trabajadores también participaron. Es menester destacar que, el Consejo Nacional Electoral es un órgano perteneciente al Poder Electoral, a quien le está dada la tarea de organizar las elecciones políticas y, en el año 2000, prestó asistencia técnica y apoyo logístico en el mencionado referéndum sindical y en las posteriores elecciones de la CTV, celebradas en 2001, en las que resultaron electos los dirigentes contrarios al gobierno.

miento de 30 días. Igualmente, estarán integradas por representantes de sindicatos de empleadores, representantes de las organizaciones sindicales de trabajadores y por el ejecutivo nacional; en el caso de la mesa de diálogo social se le adicionan las organizaciones más representativas de la economía popular.

Por ello, podría indicarse que la comisión tripartita y la mesa de diálogo social es la misma modalidad para determinar el monto del salario mínimo; sin embargo, el propio RLOT (que crea la mesa de diálogo social) las separa en su artículo 61.

Aunque existen estas vías para estipular el salario mínimo mediante acuerdo, no han sido utilizadas, debido a las distancias entre los actores sociales tradicionales. El ejecutivo nacional ha decretado en aproximadamente una docena de oportunidades el monto del salario mínimo. Esta vía del decreto del ejecutivo nacional es legal porque se encuentra contemplada en la LOT; empero no cuenta con los aportes que generaría la participación de empleadores y trabajadores ya que, las relaciones de trabajo ameritan la interacción entre los sujetos y de ello, dependen las decisiones que en un momento histórico determinado pueden cambiar el mundo de las relaciones laborales y, las relaciones laborales inciden consecuentemente, en el comportamiento de la economía y la sociedad ya que, el trabajo es un hecho social.

1.3. Suficiencia e inembargabilidad del salario

Una de las razones que justificarían los aumentos salariales fijados mediante decreto es el propio artículo 172 de la LOT el cual, estatuye que los aumentos desproporcionados del costo de la vida activarían esta modalidad, ello va de la mano con el artículo 91 de la Constitución Nacional que adjetiva como “suficiente” el salario al que tiene derecho todo trabajador para poder vivir con dignidad y, le permita cubrir sus necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales, cobertura que se extiende a su familia. Del mismo modo, el artículo 91 constitucional establece como uno de los elementos a considerar para determinar el monto del salario mínimo el costo de la canasta básica.

Ahora bien, debido a la importancia del salario -es un medio de subsistencia- deben ser dos los elementos principales a considerar al momento de fijar su cuantía: el costo de la canasta básica y el índice inflacionario. Lo anterior redundaría en la estimación de un “salario realmente suficiente”.

Por otro lado, la Constitución Nacional establece en el referido artículo 91 la inembargabilidad del salario sin distinguir -como lo hace la LOT en sus artículos 162 y siguientes- en el monto del salario o el tipo de obligación. A nuestro entender, esta amplia protección del salario acarrearía consecuencias que perjudicarían al trabajador como es la imposibilidad de acceder a algún préstamo o crédito ya que, los acreedores no podrían acceder al primer respaldo de todo trabajador: el salario.

1.4. Aspectos a ser considerados para la propuesta de reforma de la normativa laboral sobre el salario

1. La unificación de criterios en lo referido a las definiciones de salario y los elementos claros que integran una y otra categoría, determinando dos clases de salario: salario integral -que incluya a la vivienda- y comprendería todos los beneficios que cumplan los cuatro aspectos resaltados anteriormente y un salario normal que atendería a la regularidad, permanencia y certeza con que lo percibe el trabajador. Además, debe indicarse si los empleadores con menos de 20 trabajadores a su cargo tienen o no la obligación de cancelar el bono de alimentación.

2. Jerarquizar los mecanismos de fijación de salario mínimo con el propósito que se acepte y se respete al diálogo social laboral como vía primordial e idónea en las políticas del mundo laboral. En tal sentido, se propone hacer uso preferente de una mesa de diálogo social de carácter nacional -que superaría a la comisión tripartita- por su amplitud, luego el acuerdo sectorizado entre trabajadores y empleadores y, por último el decreto presidencial, indicando lapsos de vigencia para cada mecanismo para determinar un salario realmente suficiente en atención al costo de la canasta básica y al índice inflacionario.

3. Diferenciar los montos y las obligaciones que ameritan el embargo del salario y permitir que aún en el supuesto de salario mínimo, sea embargable hasta un 50% como primera escala.

2. La jornada de trabajo

2.1. Caracterización de la jornada de trabajo a la luz de la actual concepción de la relación de trabajo

El artículo 189 de la LOT define la jornada de trabajo como “el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrono y no puede disponer libremente de su actividad y sus movimientos”.

Precisa la norma que este estado inicia en “el momento en que llega al lugar donde deba efectuar su trabajo, o donde recibir órdenes o instrucciones respecto al trabajo que se ha de efectuar en cada día, hasta que pueda disponer libremente de su tiempo y de su actividad”.

Resalta el hecho que se caracteriza a la jornada de trabajo por la disposición del tiempo del trabajador por parte del empleador y la consiguiente limitación de su accionar en otra actividad. Ello posibilita justificar la prestación de servicios en diferentes centros de trabajo, inclusive aún cuando no exista un sitio preciso donde la misma se verifique. Si bien, parte de la doctrina nacional considera que existe una íntima relación entre jornada y presencia en el lugar de trabajo (Alfonzo-Guzmán, 2000:253), del entendimiento de la norma in comento queda establecido que el legislador consideró que el impedir la libertad de actuación del trabajador configura la característica distintiva del concepto de jornada de trabajo (Bernardoni, 1999:241) y de allí la posibilidad de incluir conforme al artículo 193 como mitad del tiempo que dura el traslado de los trabajadores hasta el lugar de

trabajo, cuando legal o convencionalmente el empleador presta tal servicio, como jornada efectiva.

En otro orden de ideas, según lo previsto en la Recomendación 198 de la OIT sobre la Relación de Trabajo queda determinado que no es la dependencia o subordinación quien precisa al trabajo por cuenta ajena, sino que éste es la razón de que el servicio o puesta a disposición que él supone e implica, se preste bajo forma dependiente o subordinada (Villasmil, 2007:66), por lo que aún cuando la subordinación se difumine hasta límites casi inexistentes, no se justifica concluir la inexistencia del contrato de trabajo (Villasmil, 2007:65).

Concatenando los dos aspectos mencionados (jornada y relación de trabajo), se puede afirmar, que aunque la LOT tiene veinte años en vigencia, en este punto abordó una problemática que ha sido y es de delicado tratamiento. Lo hizo con criterio de inclusión, en el sentido que entendió por horas de trabajo como el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador. Así, la relación de trabajo nace aparejada con la ejecución de actividades objeto de la empresa en un tiempo acordado por las partes, las cuales se someten a mínimos imperativos de ley, y a la vez permite la ordenación de los factores de producción por parte del empleador, quien precisamente se configura como tal, por detentar ese poder de dirección.

2.2. Tendencias en cuanto a límites

Actualmente la regulación del tiempo de trabajo está marcada por dos nuevas tendencias: por un lado la reparti-

ción del trabajo situando en primera línea la reducción de jornada, considerándose que una reducción del tiempo de la prestación laboral de los trabajadores ocupados permitirá la creación de nuevos empleos para los trabajadores desempleados; por otro lado, la tendencia a introducir mayor flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo, ya que la ordenación flexible del mismo se está convirtiendo en un mecanismo de adaptación de la fuerza de trabajo a las exigencias cambiantes de la organización productiva.

2.2.1. Reducción del tiempo de trabajo

En líneas generales la OIT deja claramente establecida la situación sobre este tema planteando en su boletín de prensa del 07 de Junio de 2007, que la oficina estima que 600 millones de personas activas en el mundo, es decir una de cada cinco, trabajan más de 48 horas a la semana.

En el mencionado estudio se constató que los países en desarrollo y en transición, han mejorado en este sentido, logrando sobretodo, con base en la regulación convencional disminuir la jornada de trabajo, especialmente cuando ésta es anualizada en las convenciones colectivas. Sin embargo, el panorama en la generalidad de los países es la persistencia de una cantidad excesiva de horas, existiendo algunos donde se supera el límite máximo de cuarenta y ocho (48) horas semanales, establecido en instrumentos normativos emanados de esa oficina.

Así, es esclarecedor el reconocimiento que se realiza sobre el fracaso de las iniciativas para reducir las ho-

ras en estos países por diversos motivos, incluyendo la necesidad de las personas de trabajar más para que sus ingresos les permitan llegar a fin de mes, y el uso extendido del sobre-tiempo por parte de los empleadores como mecanismo para aumentar su producción en condiciones de baja productividad. En general, las leyes y políticas sobre horas de trabajo tienen una influencia limitada sobre la duración real de la jornada en los países en desarrollo, especialmente en lo que se refiere al máximo de horas semanales, pago por tiempo extraordinario y su influencia sobre el empleo informal (OIT, 2007).

Tristemente, el mismo informe reconoce las bondades de la reducción en el tiempo de trabajo, considerando que “las jornadas de menor duración tienen efectos positivos, incluyendo beneficios para la salud y la vida familiar, la reducción de accidentes en el lugar de trabajo, así como mayor productividad e igualdad entre los sexos” (OIT, 2007).

En Venezuela, sólo el pequeño sector amparado por convenciones colectivas disfruta de jornadas de trabajo reducidas con respecto a las contempladas por la norma positiva, mientras que puede considerarse que la tendencia general y más ampliamente sostenida es el aumento de hecho del tiempo de trabajo en aras de conseguir mayores ingresos frente a la situación de crisis de empleo e ingreso, más allá que como se desarrollará en punto posterior, la no aprobada reforma Constitucional de 2007, planteaba reglar una disminución sustancial del tiempo de trabajo.

2.2.2. Medidas flexibilizadoras

La tendencia a introducir más flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo, buscando adaptar éste a la prestación de servicios de acuerdo a las necesidades de la actividad productiva y competitiva de la empresa mediante una distribución irregular a lo largo de determinados períodos del mismo, parece haber servido para encubiertamente superar las rígidas previsiones que en este sentido se conservan en la ley. Es decir, la ordenación flexible del tiempo de trabajo se está convirtiendo en un mecanismo de adaptación de la fuerza de trabajo a las exigencias impuestas a las empresas en tanto existe la imperiosa necesidad de aumentar su eficiencia en aras de preservar la productividad aun en detrimento de la cantidad y calidad del empleo (Perelló, 2006:393).

Es así como, tanto desde la óptica de la flexibilidad de entrada, interna o de salida, abordar el tiempo laboral ha sido el norte de muchas reformas. La flexibilización de la organización del trabajo ha erosionado de tal forma las bases del Derecho del Trabajo que derivó en una desorganización del mismo (Valdés Dal-Ré, 2002:689), forzando el crecimiento de reglas de autonomía de la voluntad de las partes en disminución de la regulación imperativa de la ley y fomentando la creación de instrumentos de distribución del tiempo de trabajo, reordenando éste y variando la jornada, inclusive aumentando su duración.

A todas luces, la ordenación de la jornada, sin duda, es materia fundamental para la determinación de las

prestaciones debidas al trabajador y de muchos de los derechos laborales, sin obviar que la estructura salarial está estrechamente vinculada con la misma (horas extraordinarias, antigüedad, nocturnidad, descansos, etc.). Con base en lo anterior, las fórmulas escogidas para introducir mecanismos “de adaptación” se han centrado: a) en la duración, regulándose formas novedosas de trabajo flexible y del tiempo extraordinario y b) distribución irregular de la jornada, con la finalidad de adecuar las necesidades de la empresa centrándose en las características de cada actividad.

2.3. Régimen legal venezolano

La duración de la jornada ordinaria de trabajo tiene su referencia legal en el ordenamiento venezolano en los artículos 90 de la Constitución Nacional y 195 de la LOT.

El artículo 90 de la Constitución dispone que “la jornada de trabajo diurna no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro horas semanales” y 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”, prohibiéndose a los patronos “obligar a los trabajadores a laborar horas extraordinarias”. Además, establece el principio de que se debe propender “a la progresiva disminución de la jornada de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine” así como “disponer lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras” consagrando su dere-

cho “al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas”.

Históricamente, el legislador venezolano ha sostenido rigidez normativa en cuanto a la duración del tiempo de trabajo, pero también ha favorecido la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la distribución del mismo. Es así, como dentro del Título IV, Capítulo II de la LOT, se desarrolla un articulado dirigido a regular cantidad, pero que posibilita prolongar la jornada con base en las particularidades funcionales de la prestación de servicios (Artículo 198), las circunstancias que rodeen las labores (Artículo 199), por temporada (Artículo 200), trabajos continuos o por turnos (Artículo 201), casos de emergencia (Artículo 202) y recuperación obligatoria de horas perdidas (Artículo 203). Así, la redistribución del tiempo de trabajo es ampliamente regulada, siempre que se respeten los descansos intra e inter jornada y la modificación de los límites establezca previsiones compensatorias en caso de exceso y el total de horas trabajadas en un lapso de ocho (8) semanas no exceda en promedio de cuarenta y cuatro (44) horas por semana (artículo 206).

La duración máxima de la jornada, como fue referido, tiene rango constitucional, pero se posibilita el trabajo en tiempo parcial (Artículo 194 LOT) con la consiguiente disminución salarial por la alícuota respectiva.

Si bien, la evolución normativa no ha sido significativa, no puede decirse que en los hechos y con base en la

autonomía de la voluntad de las partes, no se haya materializado una progresiva reducción del tiempo “formal” de trabajo para atender a necesidades familiares, sociales, de ocio, formativas, etc. Contrasta con esta infravaloración en la actualización de los instrumentos normativos, por ejemplo, la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, que contempla la prestación por paternidad de catorce (14) días continuos en aras de estimular la corresponsabilidad en las obligaciones familiares, pero también de reforzar el desarrollo emocional del padre trabajador posibilitando conciliar su vida familiar y laboral.

En cuanto al tiempo extraordinario, el Capítulo III de la LOT contempla una breve regulación, destacando la triple limitación a la prestación de servicios en tiempo extraordinario, referida a diez (10) horas diarias la duración efectiva del trabajo, o no superar las diez (10) horas semanales o no superar la cien (100) anuales. Asimismo, se establecen una serie de formalidades a cumplirse para posibilitar la ejecución de las mismas, resaltando el control administrativo favorecido por las normas, pero que en la práctica ha sido totalmente socavado. Finalmente, queda establecida una compensación económica del 50% de recargo sobre el salario convenido para la jornada ordinaria (Artículo 155 LOT).

2.4. Proyectos de Reforma Legal

En Venezuela la actividad legislativa en materia laboral tuvo un punto exitoso con la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en fe-

cha 13 de agosto de 2002. También pueden mencionarse, la LOSSS (2002) y la reforma de la LOPCYMAT (2005), no obstante, aunque constituyen instrumentos novedosos, su operatividad no ha sido posible por la inexistencia de muchas de las instituciones que en ellos se han consagrado.

En cuanto al tratamiento que se ha realizado de la LOT merece la pena destacar como puntos previos el proyecto de reforma constitucional no materializado, así como los proyectos de reforma de la misma.

2.4.1. Proyecto de Reforma Constitucional (2007). Enmienda Constitucional (2009)

El artículo 90 de la Constitución Nacional reza sobre los límites de duración de la jornada, la circunstancia de que los trabajadores no pueden ser obligados a trabajo extra, el ideal de propender a la progresiva disminución de la jornada y sobre el derecho al descanso semanal.

El mandato constitucional es claro, debe propenderse a la reducción progresiva de la jornada de trabajo dentro del interés social, aunque no hace referencia que éste sea un mecanismo de política de generación de empleo, sino de mejoramiento de calidad de vida del trabajador por cuanto se beneficiará su desarrollo físico, espiritual y cultural.

Las posibilidades legislativas en este campo existen, la Constitución vigente se inclina a favor de la adopción de reformas que reduzcan el tiempo de trabajo. Sin embargo, dentro del marco de la reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República, sometida a referéndum

el 02 de diciembre del 2007 (siendo rechazada por la mayoría del pueblo venezolano en acto democrático de votación), el artículo referido era desarrollado, comprendiendo una reducción de la jornada así: "...la jornada de trabajo diurna no excederá de seis horas diarias ni de treinta y seis horas semanales y la nocturna no excederá de seis horas diarias ni de treinta y cuatro semanales..".

La reducción en cuanto a la duración de la jornada era considerable, como lo fue también la publicidad que se hizo de esta norma en específico para generar el convencimiento en la población de las bondades que significaría aprobar el proyecto reformista (el cual abordaba aspectos medulares de control gubernamental reconducidos al Ejecutivo Nacional, de redistribución de competencias, de afectación del derecho de propiedad, entre otros).

Sin embargo, como fue referido, la posibilidad de materializar la disminución de la jornada de trabajo está contemplada de manera expresa en el vigente artículo 90.

En diciembre del 2008, fue presentado por el Presidente de la República, proyecto de enmienda constitucional, sometido a referéndum el 15 de febrero del 2009, siendo aprobada por la mayoría del pueblo venezolano en acto democrático de votación. En el mismo no abordó ningún aspecto laboral, por cuanto su esencia se concentró en permitir la reelección indefinida del Presidente de la República, Gobernadores y Alcaldes. Los aspectos laborales fueron claramente infravalorados cuando sólo un año antes parecía

que el interés de la reforma constitucional era buscar mejores condiciones de vida al pueblo trabajador reduciendo sustancialmente su jornada de trabajo.

De lo anteriormente expuesto, queda evidenciado que el régimen constitucional en cuanto a jornada de trabajo ha permanecido inalterado desde la promulgación de la Constitución vigente en diciembre de 1999.

2.4.2. Proyecto de Reforma Ley Orgánica del Trabajo (2003 y 2009)

El 17 de junio de 2003 se realiza la primera discusión del Proyecto de Ley de Reforma de la LOT, el cual se presentó para ser discutido en segunda vuelta, con la introducción de numerosas modificaciones en el año 2005. En el mismo, lo referido a jornada de trabajo es modificado en cuanto a la adaptación que se realiza del artículo 195 LOT, que contempla los límites máximos de duración de la jornada, con los del artículo 90 de la Constitución que reduce el trabajo nocturno a no más de 35 horas semanales. Asimismo, se aborda el tiempo extraordinario preservando las limitaciones que están vigentes, pero incluyendo la prohibición expresa en el arriba citado artículo constitucional, la cual reza "ningún patrono podrá obligar a los trabajadores a laborar horas extraordinarias". No se abarcaba en este proyecto un articulado novedoso que cumpliera el mandato de la Constitución de reducir el tiempo de trabajo en aras de obtener una mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, cultural y espiritual de los trabajadores. Este proyecto no llegó a materializarse y parece fue archi-

vado en la memoria de quienes debían impulsarlo.

Sin embargo, a mediados del 2008 se retoman con fuerza en el seno de la Asamblea Nacional, propuestas de reforma. Las ideas referidas a este tema, no anuncian un tratamiento novedoso de la materia, sino que se reitera esencialmente la reducción del tiempo de trabajo. Es de resaltar que no ha existido un anteproyecto previo para consolidar un proyecto. Así ha sido reconocido por el diputado Castillo, quien ha encabezado los debates para las modificaciones de la LOT como miembro de la Comisión de Desarrollo Social Integral, insistiendo que “no existe un anteproyecto “ni un guión previo” que haya sido preparado por el parlamento. Explicó que... se iniciarán consultas públicas, que se llevarán a todos los estados del país... No obstante, si hay otras propuestas o surgen otras modificaciones saldrán del calor del debate donde esperamos intervengan... todos los sectores involucrados” (<http://www.radiomundial.com.ve/yvke/noticia.php?10928/>, 06.09.2008).

El citado diputado indicó que uno de los ejes centrales de la reforma es la reducción de la jornada diaria de 8 a 6 horas. En todo caso, ésta deberá ser acordada en los debates por mayoría, no se puede decir que esté en un anteproyecto (<http://www.radiomundial.com.ve/yvke/noticia.php?10928/>, 06.09.2008).

En este orden de ideas, más recientemente el Presidente de la Comisión de Desarrollo Social, declaró: “se trata de una normativa transitoria hacia el modelo socialista, y por ello no se pre-

tende dar un papel preponderante a lo que calificó como los aspectos financieros de la ley, como la retroactividad de las prestaciones o la reducción de la jornada...”. (http://www.asambleanacional.gob.ve/index.php?option=com_content&task=view&id=22046&Itemid=27, 22.05.2009).

No obstante, estas posiciones que parecen encontradas, el debate de la reducción del tiempo de trabajo está abierto y latente, siendo claro que aunque no se aborden temas tan fundamentales como el tratamiento del tiempo extraordinario, fórmulas de negociación para los actores sociales colectivamente organizados, mecanismos flexibilizadores en cuanto a la distribución de ese tiempo, entre otros; parece imposible que no se cumpla con el ofrecimiento presidencial a la clase trabajadora de reducir el tiempo de trabajo.

A finales del año 2009, se dio a conocer el contenido de la propuesta de reforma presentada por la Asamblea Nacional con los cambios que se le introducían para una segunda discusión que parecía inminente pero que sin justificación alguna fue solapada nuevamente. En la citada proposición (<http://www.juanjosemolina.com>, 18.11.2009) las modificaciones presentadas no conllevaban ningún aspecto que no hubiere sido tratado anteriormente en los proyectos frustrados. Así, entre las que destacan, se prohíbe el tiempo extraordinario para los trabajadores que presten servicio a tiempo parcial; se reduce la duración de la jornada diurna a 42 horas semanales y la

mixta a 40 horas semanales (vale la acotación “el olvido” de las 35 horas semanales prometidas en la reforma constitucional no aprobada en el año 2007), así como se reorientan los criterios para determinar la nocturnidad de las horas; se incluye la obligatoriedad de los permisos por razones de estudio; se aumenta el descanso intrajornada y se propone crear un artículo sobre el aprovechamiento del tiempo libre y “el turismo social”.

Merece la pena resaltar que se propuso establecer una jornada reducida de 35 horas para la administración pública, por demás innecesaria, pues ratifica lo vigente, contemplado en el artículo 90 de la Constitución Nacional relativo a la reducción progresiva de la jornada laboral y aunque en las discusiones se dejó patente la marcada disconformidad de la mayoría de los diputados de la Asamblea con respecto a seguir regulando el tiempo extraordinario de trabajo, ya que éste dentro de un modelo socialista no debe ser admisible en tanto se erige como símbolo de opresión del sistema capitalista, no se propuso modificar ni una de las características del régimen vigente.

Nuevamente, no fue abordada la reordenación del tiempo de trabajo como mecanismo no sólo de mejoramiento de las condiciones en la prestación de servicio o de la calidad de vida del trabajador, sino como factor decisivo en las políticas gubernamentales de estímulo a la creación de empleo.

2.5. Aspectos a ser considerados para la propuesta de reforma de la normativa sobre jornada de trabajo.

1. Reducción de la jornada de trabajo. Normativamente el mandato constitucional es claro, debe propenderse a reducir el tiempo de la prestación de servicios, en consecuencia es imperativo considerarlo. Sin embargo, la disminución, previa consulta con todos los sectores con legitimidad de representación, no debería bajar del límite de cuarenta (40) horas semanales la jornada ordinaria diurna, ya que, en un contexto de crisis mundial, es importante garantizar también la competitividad de las empresas dentro del proceso de globalización que demanda eficiencia en cuanto al rendimiento productivo.

2. Regulación del tiempo extraordinario. Es imperativo rediseñar el régimen general de sobretiempo en el trabajo centrándose en tres aspectos esenciales: a) Mantener los límites máximos establecidos, b) Reforzar la acción sindical en cuanto a negociar la distribución del mismo y c) Garantizar el efectivo control administrativo en el cumplimiento de los requerimientos (causalidad y autorización) para que este tiempo se verifique.

3. Redimensionar el entramado jurídico que desarrolla las posibilidades de incrementar el tiempo efectivo de trabajo (artículos 198 a 203 LOT), por cuanto, de hecho, con base en el mismo se producen violaciones reiteradas en la duración de la jornada. En este aspecto, el rol de la negociación

colectiva es fundamental, por cuanto serán los actores sociales los capacitados para valorar la idoneidad del uso de este tiempo, y a la vez, reorientarlo dentro de las especificidades del sector en que se desenvuelvan.

4. Potenciar la actuación sindical para generar fórmulas conjuntas con el sector empleador que permitan desarrollar mecanismos de redistribución y reordenación del tiempo de trabajo (anualización, adiestramiento y/o formación continua durante la jornada, entre otras) sin alterar la duración del mismo. La reforma en cuanto a jornada, debe ir aparejada con la del Derecho Colectivo, no buscando una mayor intervención estatal, como se ha propuesto, sino reforzando las competencias de los sindicatos, ampliando los márgenes de la negociación colectiva y respetando el pleno ejercicio del derecho a la libertad sindical conforme a los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por la República.

5. Buscar la consolidación, paralelamente con la reforma, de políticas de creación de empleo sólidas y con proyección a largo plazo, por cuanto la reducción de la duración de la jornada de trabajo, por sí misma, no ha sido, en general, una fórmula exitosa en este sentido (Osaki, 2000), menos aún dentro del contexto de crisis mundial que nos afecta como miembros que somos del mundo globalizado.

Reformar el régimen regulador del tiempo de trabajo no sólo conlleva reducirlo o reordenarlo, sino consolidar instituciones que permitan el aprovechamiento del tiempo libre de los trabajadores, así como, el estímulo a nue-

vas contrataciones del empleador para preservar su potencial productivo y, a la vez, generar crecimiento que permita mantener el necesario equilibrio socio-económico.

3. La prestación de antigüedad

3.1. La antigüedad como derecho de los trabajadores

Caldera (1972) refiere en su libro que la “indemnización por antigüedad” está fundada en la justicia social. Esto lo observamos dado que la Antigüedad constituye una importante compensación económica dentro de los derechos individuales de los trabajadores, que persigue reconocer el efecto del tiempo en cuanto a la prestación de servicio.

Desde el punto de vista práctico, se traduce en un pago que recibe el trabajador en atención a su tiempo de servicio, el cual tendría lugar en periodos determinados durante la relación de trabajo, y/o al término de esta. En algunos países, el pago de antigüedad sólo tiene efectos indemnizatorios, no aplicando frente al retiro voluntario, como estableceremos más adelante.

En el tiempo ha existido una variación del concepto dentro del Derecho Venezolano, que va más allá de lo terminológico, ya que primero se le concibió como “indemnización de antigüedad”, a lo que se sumaba el “auxilio de cesantía”, pero en la reforma de 1997 fue definida como “prestación de antigüedad” y se integró con ésta el concepto de cesantía.

Como antes se le concebía, el pago de este derecho no era procedente por

retiro voluntario del trabajador ni por despido justificado, pero con el carácter de derecho adquirido que se le atribuyó a partir de 1974, resulta aplicable cualquiera sea la causa de terminación de la relación de trabajo.

En Venezuela este derecho está contemplado desde la Ley del Trabajo de 1936, y es en la llamada “retroactividad”, donde se ha centrado la discusión en los últimos tiempos.

3.2. Derecho Comparado

Para este efecto es de interés considerar a algunos países de América Latina, en particular Argentina, Brasil, Chile y México, considerados los países de mayor desarrollo económico en la región (principales economías según OIT y CEPAL), a los fines de identificar, como conciben esta compensación sobre la antigüedad en la prestación del servicio.

Es conveniente observar también el nivel garantista o de rigidez de estas legislaciones, lo que define los costos laborales, y permite establecer la competitividad (su efecto sobre el costo de la mano de obra y de producción de bienes transables).

Vega (2007) hace consideraciones sobre la reforma laboral en América Latina, y en este sentido establece: 1) ha habido reformas en la mayoría de los países de América Latina, en mayor o menor grado. Algunos países trataron de modernizar leyes que se habían mantenido inalterables durante años, otros quisieron armonizar las relaciones de trabajo con el restablecimiento o la consolidación de las libertades públicas; 2) En segundo lugar, algunas reformas responden a in-

tenciones de flexibilizar las relaciones de trabajo; 3) una de las preocupaciones principales que han orientado las reformas más importantes ha sido la promoción del empleo; 4) el objetivo de la reforma pudo haber sido en ciertos casos fortalecer la posición de los trabajadores o de sus organizaciones, lo cual se observa sobre todo en el tratamiento de las relaciones colectivas de trabajo y en la búsqueda de una mayor autonomía colectiva.

Ermida (2007:50) expone con mucho acierto, que para avanzar en la construcción de una política laboral progresista “es necesario revalorizar viejas prácticas, como la continuidad laboral y la seguridad social, y aplicar nuevas fórmulas, como la formación profesional permanente y la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de protección a los trabajadores”. Estas nuevas fórmulas que refiere el autor, podrán contribuir a la definición de un mejor panorama laboral para la América Latina.

En lo que corresponde a la institución de la prestación de antigüedad, consideramos lo siguiente:

Argentina (Artículo 245 Ley de Contrato de Trabajo) y Chile (Artículo 163 Código de Trabajo) la asumen como indemnización por años de servicio, ante el despido sin justa causa.

En Brasil, el pago adicional por antigüedad, es sólo disponible en caso de despido injustificado, y si el trabajador renuncia no recibe ningún pago (Artículo 146 y 147 Consolidación de Leyes del Trabajo).

En México, la reconocen como Prima de Antigüedad, que es aplicable

incluso por el retiro voluntario, siempre y cuando el trabajador haya tenido una antigüedad de por los menos 15 años, o la circunstancia de causas imputables al patrono (Artículo 162 Ley Federal del Trabajo).

En algunos países, se les obliga a los empleadores a hacer un pago adicional, conocido como premio por antigüedad, sobre la terminación de la relación laboral, sin tomar en cuenta la causa o la parte que motiva la terminación del contrato. En Ecuador, Colombia, Panamá, Perú, y Venezuela, este beneficio se otorga a los trabajadores en ambos casos, de despido injustificado o renuncia voluntaria. Si un trabajador renuncia, obtiene este pago mientras que si el trabajador es despedido, obtiene este pago más la compensación por despido (Heckman, 2001).

3.3. El reconocimiento de la antigüedad en el Derecho venezolano

La legislación laboral venezolana, destaca entre las más garantistas de América Latina y del mundo. Desde el punto de vista práctico, es muy importante que la legislación esté acorde con el desarrollo social y económico del país, y a partir de ahí el efectivo cumplimiento normativo (relación entre el diseño legal y real desempeño, que es lo que en definitiva representa mayor garantía para los trabajadores) (Bensusan, 2007).

3.3.1. Indemnización por antigüedad y auxilio de cesantía (Ley del Trabajo de 1936 con sucesivas reformas).

A partir de la Ley del Trabajo de 1936, se ha contemplado la Presta-

ción de Antigüedad como derecho de los trabajadores. Caldera (1972) expone que con la aplicación de la disposición sobre “indemnización por antigüedad”, surgió el problema si se debía tomar en cuenta o no, los servicios prestados con anterioridad a la vigencia de esa Ley. En ese sentido, el criterio de los patronos era no considerar los servicios prestados antes de la fecha de su vigencia, porque de otra manera era darle efecto retroactivo. Por su parte, el criterio de los trabajadores era propiamente el cómputo total del tiempo de servicio, siempre que el despido fuera bajo la nueva Ley. Este último criterio fue acogido por la Oficina Nacional del Trabajo de entonces, y lo compartió también la Procuraduría General de la Nación, pero ante un recurso de inconstitucionalidad de un fallo del Director de la Oficina Nacional del Trabajo, la extinta Corte Federal y de Casación acogió la tesis de la retroactividad y anuló el fallo.

La Ley de 1936 fue objeto de sucesivas reformas, y una de ellas en 1974 estableció su carácter de derecho adquirido, con base al cual se ampliaron los motivos que hacían procedente el pago de ese derecho, comprendiendo incluso el retiro voluntario. Sobre este carácter de derecho adquirido, consideraremos en adelante, al analizar las características fundamentales de la institución.

Anteriormente la antigüedad y la cesantía fueron consideradas en la legislación, como dos indemnizaciones, las cuales se integraron a partir de la LOT de 1990, aunque se pretende diferenciarlas de nuevo.

3.3.2. La prestación de antigüedad (LOT)

1. Ley de 1990: Se registraron modificaciones que no incidieron en el carácter retroactivo, hubo fusión de los conceptos de antigüedad y cesantía.

2. Reforma de la Ley de 1997: Se considera que a partir de esta Reforma, se dio el primer paso para flexibilizar el mercado laboral venezolano, al reducir los costos sobre pago de prestaciones sociales, pero los efectos no han sido los esperados, particularmente, por la inamovilidad laboral que se ha mantenido desde 2002, a través de sucesivos decretos que no han permitido a las empresas en épocas recesivas, reducir personal a los fines de lograr mayor equilibrio.

A partir de la reforma a la LOT en 1997, se fortaleció el salario, integrando el conjunto de bonos existentes (1995-1997), y definiendo mayor salario de base a los fines de la Prestación de Antigüedad. También se estableció un corte de cuenta y el pago del llamado bono por transferencia, ante el cambio de sistema.

Aunque quedó previsto, que los trabajadores podrían optar por mantenerse en el sistema anterior, de resultar aquel más favorable, tal como ocurrió en el caso de las universidades autónomas.

La Prestación de Antigüedad bajo el nuevo esquema, comprende dos elementos: a) prestación fija y sucesiva (5 días por cada mes, a partir del tercer mes de servicio); b) prestación adicional (2 días por cada año de servicio, acumulativos hasta un máximo de 30).

En este aspecto es importante destacar acerca de la demanda de nulidad propuesta por la Asociación de Abogados Laboralistas de Venezuela (LABOR), encabezada por Antonio Espinoza Prieto y Fabián Chacón. Es el caso que el 15 de julio de 1997, un grupo de 40 parlamentarios asesorados por esta Asociación, presentaron ante la antigua Corte Suprema de Justicia (hoy Tribunal Suprema de Justicia) una demanda de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Parcial de la LOT. Posteriormente se adhirieron a esta demanda numerosas organizaciones sindicales y sociales, entre ellas el Programa Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA). Al día de hoy no hay una decisión en este sentido.

Villasmil P., corredor de la reforma del año 97, asumiendo su defensa argumenta:

“No se acabaron las prestaciones sociales, lo que se suprimió fue el recálculo de las mismas y se hizo a cambio de doblar la prestación de antigüedad, antes era de 30 días, ahora es de 60 días por año, 45 días el primer año, además 2 días acumulativos por año hasta un máximo de 30 años [sic] y se mandó a pagar mes por mes. Este régimen es más costoso pero da más certidumbre tanto al sector privado como al gobierno, para fijar una política salarial. Antes se arrastraba un pasivo infinanciable” (PROVEA, 1999).

3.3.3. La prestación de antigüedad a partir de 1999

1. Constitución de 1999: En esta Constitución se retoma la idea del carácter retroactivo de la prestación de

antigüedad y sobre la cesantía, al contemplar el derecho de los trabajadores a: "...prestaciones sociales que recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía" (Art. 92). El propósito era asumir esta modificación en un año a partir de diciembre de 1999, conforme la Disposición Transitoria Cuarta, Numeral Tercero.

La propuesta de Reforma de la LOT presentada para segunda discusión ante la Asamblea Nacional (2005), trata de seguir la orientación referida, pero la primera Propuesta de Reforma de la misma LOT (2003), no comprende modificaciones sobre esta materia.

En la propuesta de reforma Constitucional de 2007, negada mediante el referéndum correspondiente, se seguía la misma idea, haciéndose más énfasis en la jornada y el salario.

2. Proyectos de Reforma de la LOT: Como hemos destacado, en el proyecto inicial de Reforma de la LOT (2003) nada se contempló en ese sentido, pero en el Proyecto presentado para segunda discusión ante la Asamblea Nacional (2005), se prevén disposiciones que establecen al efecto, y que inciden sobre la retroactividad.

En ese Proyecto se dispone lo siguiente:

- a) Derecho a la Prestación de Antigüedad a partir del primer mes de servicio.
- b) Prestación de Antigüedad de 30 días de salario, por cada año de servicio.
- c) Prestación de Antigüedad Adicional de 30 días de salario.

- d) Bono Especial de Antigüedad a la finalización de la relación de trabajo, de 30 días de salario por cada año de servicio, en atención al último salario.

3.4. Características fundamentales de la prestación de antigüedad

Seguidamente abordaremos algunos aspectos fundamentales, que caracterizan a la prestación de antigüedad como derecho individual de los trabajadores en Venezuela, a saber:

1. Sistema de cálculo retroactivo (no constante): Frente a este carácter también identificado como recálculo, resulta más notoria la compensación en cuanto al reconocimiento del efecto del tiempo en la prestación de servicio, ya que esto implicó antes de la reforma de 1997, calcular el concepto, atendiendo al último salario, en proporción al cúmulo de años de servicio.

2. Derecho adquirido (desde 1974): El carácter de derecho adquirido ha sido indiscutible, desde que en el año de 1974 fue establecido mediante Decreto Presidencial (No. 124 del 31 de mayo), que reformó los artículos 37 y 39 de la Ley del Trabajo. De esta manera, cualquiera sea la causa de terminación de la relación de trabajo, asiste este derecho al trabajador. Así a partir de esa fecha, lo relativo a la antigüedad pasó de ser una expectativa de derecho a un derecho adquirido, y esta aplica incluso en casos de despido justificado y retiro voluntario.

Frente a la circunstancia de crisis de los últimos tiempos, la disminución de los derechos adquiridos, apa-

rece entre los debates actuales del Derecho del Trabajo (Reynoso, 2006).

3. Prestación de antigüedad como ahorro diferido: Si bien existe la posibilidad de varios destinos en cuanto a la prestación de antigüedad (fondos de prestaciones, fideicomisos bancarios y la contabilidad de la empresa), donde ésta se acredita mensualmente y de manera definitiva lo que corresponde al trabajador, de esto el trabajador podrá disponer de manera efectiva, al término de su relación de trabajo, aunque hay la opción de adelantos o anticipos conforme a los términos de Ley (Parágrafo Segundo Artículo 108 LOT).

Dado lo anterior, la prestación de antigüedad cuenta con ese carácter de ahorro diferido, ya que con base al destino que asuman los montos correspondientes, esto no será disponible íntegramente y generará rendimiento a cuenta de intereses.

4. Lapso de prescripción: La Prestación de Antigüedad generalmente ha participado del lapso de prescripción de 6 meses, pero a partir de la LOT de 1990, fue elevado a 1 año. En la Constitución de 1999 se establece la necesidad de ampliar a 10 años esta prescripción. De esta manera, se equipara con la prescripción sobre acciones personales, como establece el Código Civil (Artículo 1977).

3.5. Propuesta de modificación de la LOT en cuanto a la prestación de antigüedad

3.5.1. Consideraciones previas

En lo que corresponde al aspecto sobre Prestación de Antigüedad, la modi-

ficación comprendería básicamente el artículo 108 de la LOT, en atención a lo que hemos venido analizando.

Es la finalidad aplicar lo previsto en la Constitución de 1999, sin encarecer los costos laborales. Lo ideal es que quedara resuelta la demanda de nulidad de la reforma de 1997, y en esa medida definir si fueron afectados los derechos de los trabajadores, y en particular el principio de irrenunciabilidad como se alegó en la misma.

Si bien la Constitución de 1999 establece sobre el recálculo de la prestación de antigüedad, una modificación en este sentido, debe formularse a partir de la factibilidad económica correspondiente, a los fines de asegurar la estabilidad y competitividad de las empresas, tanto públicas como privadas.

Debe destacarse sobre el retraso considerable de la reforma prevista en la Constitución, que frente a la circunstancia de crisis mundial y del país, es necesario tomar muy en cuenta.

Baylos (2009) escribe sobre los retos del Derecho Social ante la crisis económica, y al efecto destaca, que ésta no puede amparar maniobras para deteriorar el complejo de derechos del que disfrutaban, precariamente, los trabajadores; por el contrario, se debe aprovechar el tiempo de crisis para situar el trabajo y su valoración social en el centro de las relaciones sociales y de la regulación de las mismas. De ahí que un gran acuerdo político y social que recoja esta orientación es ineludible.

Es muy importante que este asunto tan trascendente, sea abordado en el marco tripartito, donde los acto-

res sociales involucrados (trabajadores, patronos y el Estado), definan lo más adecuado, en aras de lograr la competitividad y rentabilidad necesarias. Sobre esto se debe considerar lo que consta en el último Informe sobre Libertad Sindical de la OIT (No. 353 de marzo 2009), relacionado a la falta de diálogo social tripartito en el país, a los fines de implementar las medidas sociales, y sobre el gran problema del gobierno actual con los empleadores, particularmente con FEDECAMARAS.

Con la reforma parcial a la LOT han surgido opiniones encontradas en cuanto a la conveniencia para los trabajadores de la aplicación de esta nueva estructura laboral basada en la eliminación de la retroactividad y en la ampliación de la definición de salario, entre otros aspectos. La idea básica de la Comisión Tripartita era flexibilizar las relaciones laborales, eliminando la retroactividad de forma de mejorar los salarios reales de los trabajadores y estimular la generación de empleo en las empresas.

En definitiva se establece en un estudio donde se compara el régimen laboral derogado y el vigente (Hernández, 1997), que no está claro hasta qué punto resulta más favorable para los trabajadores la aplicación de este nuevo esquema, considerando que si se pretende reducir sustancialmente los niveles de inflación en los próximos años, los costos laborales bajo el nuevo régimen serían más elevados que bajo el régimen antiguo; con lo cual la mejora en el salario real de los trabajadores, la generación de empleo

y la flexibilización de las relaciones laborales, parecen entonces ser objetivos no tan fácilmente alcanzables.

Bernardoni (2001) hace un estudio sobre las Relaciones de Trabajo en Venezuela: Avance o Retroceso? Y en ese sentido establece que es un cuestionamiento interesante difícil de responder. Y agrega que sin embargo, parece que retomar el régimen de política de protección sin evaluar costos, de hiperregulación y superposición irreflexiva de la voluntad de Estado todopoderoso a la libertad de la autonomía de la voluntad de las partes, no es una línea legislativa cónsona con la tendencia imperante en el contexto internacional.

3.5.2. Elementos para una propuesta

Aspectos básicos que deben ser considerados:

1. Sistema de Cálculo Retroactivo: en este aspecto se deben atender las condiciones económicas del país, para establecer si ellas permiten realizar un ajuste en este sentido, y al efecto tener en cuenta los estudios de factibilidad realizados por entes especializados. Por otra parte, también es muy relevante considerar la crisis financiera mundial, con incidencia importante en los precios del petróleo, principal producto de exportación del país y de fuente de ingresos. Todo esto lo debieron observar los constituyentes, antes de prever en la Constitución de 1999 las bases para el cambio del régimen de prestación de antigüedad.
2. Carácter de Derecho Adquirido: esto no ha sido objeto de discusión, se mantendría bajo los tér-

minos actuales, tal como se ha contemplado desde 1974.

3. La Prestación de antigüedad como ahorro diferido, al mantener la oportunidad de su pago al término de la relación de trabajo, conserva su carácter de previsión.
4. Lاپso de Prescripción: el lapso propuesto en la nueva Constitución es razonable, y equipara este derecho con el lapso de prescripción previsto para las acciones personales en materia civil.
5. Se debe ratificar sobre los intereses moratorios por retraso en el pago de la prestación antigüedad, tal como lo establece la Constitución de 1999, al disponer: "...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" (Artículo 92).

Con base a todo lo anterior, la orientación de la normativa debe ser la siguiente:

Mantener el carácter de derecho adquirido de la prestación de antigüedad y acoger nuevo lapso de prescripción. El carácter de ahorro diferido se mantendría, al no ser disponibles las cantidades correspondientes a este concepto, hasta la terminación de la relación de trabajo.

Este derecho se consideraría a partir del tercer mes en la prestación de servicio, siendo así acorde al tiempo correspondiente al periodo de prueba, lo que define igualmente la estabilidad laboral. En una de las últimas propuestas, se establece sobre el derecho a partir del primer mes, pero en el

fondo ese tiempo no define antigüedad alguna.

Contemplar el pago de un máximo de 60 días de salario, en atención a la antigüedad en el servicio, considerando el último salario a la terminación de la relación de trabajo.

Esta orientación propuesta, no favorecerá la reducción de los pasivos laborales en la Administración Pública, pero en definitiva es la forma de dar cumplimiento a la norma constitucional, sin encarecer de manera considerable los costos laborales, y preservar la competitividad y rentabilidad de las empresas.

En el contexto de alta inflación en el país, el aumento de los costos laborales tendría gran incidencia sobre el costo de la producción, y en consecuencia sobre los bienes y servicios, por lo que ese posible incremento al definir una modificación sobre el método de cálculo en la prestación de antigüedad, no debería ir a más allá de lo razonablemente permitido (un máximo de 60 días de salario), y de manera complementaria mantener la llamada prestación de antigüedad adicional (Primer Aparte Artículo 108 LOT).

3.5.3. Vigencia de la Reforma sobre Prestación de Antigüedad

Este aspecto resulta de gran interés, particularmente si observamos la situación planteada por Caldera, antes considerada, en relación al reconocimiento de la antigüedad a partir de la Ley del Trabajo de 1936.

Alfonzo y Caridad (2009: 943), exponen que ante la modificación del actual régimen sobre el derecho de antigüedad, para adaptarlo al mandato

constitucional de 1999, “los trabajadores empleados después de la publicación de la reforma legal disfrutarán del beneficio de antigüedad desde la fecha de inicio de los servicios posteriores a la vigencia de la Ley, en el entendido de que los trabajadores empleados antes de la fecha de reforma...se ajustarán a las nuevas reglas desde su promulgación”. Este criterio lo compartimos, con el fundamento que presentan los autores de mantener la armonía con el artículo 24 de la Constitución, a los fines de garantizar el principio de irretroactividad de las disposiciones legislativas.

Consideraciones finales

Como quedó establecido, en cada uno de los aspectos en estudio, se determinaron las recomendaciones en particular para la reforma, siendo oportuno destacar que la circunstancia política, social y económica del país no define un contexto propicio para reformas de esta naturaleza. En este sentido, falta la concertación y el diálogo necesarios entre todos los actores involucrados (trabajadores, empleadores y Estado), de otra manera, como se propone de parte del Estado, significaría definir una hiperprotección sobre el empleo, con las consecuencias nocivas sobre la productividad y el mercado de trabajo, generando limitaciones para la competitividad.

Así, es claro que, aunque en la introducción del presente trabajo se indicó que la mayoría de las reformas laborales en los países occidentales se encaminaban hacia la búsqueda tanto de la adaptación a las singularidades

de cada sector, empresa o tipo de trabajo, como a la adecuación al cambio de circunstancias; en Venezuela la reforma laboral se pretende asumir como un paso más en la transición al modelo socialista, alejándose de la realidad más o menos generalizada del Derecho Comparado y las realidades nacionales.

Sin embargo, considerando la posición de Ermida (2007:51) que señala que algunos indicios de cambio se han evidenciado en “gobiernos progresistas” del entorno latinoamericano; Venezuela encaminada hacia el socialismo del siglo XXI dogmáticamente pudiera considerarse como uno de esos países. No obstante, es reconocido por los propios actores que la Constitución Nacional de 1999, en su Disposición Transitoria Cuarta, numeral tercero ordena la reforma de la LOT, en lo que hay una mora de casi diez años. Parece demasiado tiempo para reivindicar los derechos de los trabajadores cuando “teóricamente” en un “gobierno progresista”, se debe buscar avanzar en la protección de la clase trabajadora.

Referencias Bibliográficas

ALFONZO GUZMÁN, Rafael y CARIDAD MOSQUERA, Freddy (2009). “Ideas para la Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo”. En: **Revista Derecho del Trabajo**. Barquisimeto. Fundación Universitas. Taller de Editorial Horizonte. Número 7 (extraordinaria).

ALFONZO GUZMÁN, Rafael J. (2000). **Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo**. Décima Primera Edición. Caracas. Editorial Melvin.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. “Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453. Caracas, 24 de marzo de 2000.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. “Ley Orgánica Procesal del Trabajo”. Gaceta Oficial No. 37.504. Caracas, 13 de agosto de 2002.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. “Ley de Alimentación para los Trabajadores”. Gaceta Oficial N° 38.094. Caracas, 27 de diciembre de 2004.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (2005). “Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo para Segunda Discusión. Informe de Análisis Económico y Presupuestario”. Oficina de Asesoría Económica y Financiera. Caracas.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. “Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad”. Gaceta Oficial 38.773. Caracas, 20 de septiembre de 2007.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Comisión de Desarrollo Social Integral. Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/index.php?option=com_content&task=view&id=22046&Itemid=27. Fecha de Consulta: 22.05.2009.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (2009). “Proyecto de Reforma Parcial a la Ley Orgánica del Trabajo”. Disponible en: <http://>

www.juanjosemolina.com. Fecha de Consulta: 18.11.2009.

BAYLOS, Antonio (2009). “Retos del Derecho Social ante la Crisis Económica”. Disponible en: <http://www.dia-logolaboral.org.ve/articulos.php>. Fecha de Consulta de fecha 15.04.2009.

BERNARDONI DE GOVEA, María (2001). “Relaciones de Trabajo en Venezuela Avance o Retroceso?”. En: **Revista Gaceta Laboral**. Maracaibo. Universidad del Zulia. Ediciones Astro Data. Vol. 7. No. 3. Septiembre-Diciembre, pp. 289-322.

BERNARDONI DE GOVEA, María (1999). “De las condiciones de trabajo”. En: HERNÁNDEZ ÁLVAREZ (Coordinador). **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo**. Barquisimeto. Tipografía Horizonte. Pp. 233-273.

BENSUSAN, Graciela (2007). “La Efectividad de la Legislación Laboral en América Latina”. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inst/download/dp18107.pdf>. Fecha de Consulta 10.03.2009.

CALDERA, Rafael (1972). *Derecho del Trabajo*. Segunda Edición. Tercera Reimpresión Buenos Aires. Librería El Ateneo Editorial.

CASTILLO, Orlando (2008). “Reforma a la Ley Orgánica del Trabajo está ajustada a los nuevos tiempos”. Disponible en: (<http://www.radiomundial.com.ve/yvke/noticia.php?10928/>). Fecha de Consulta: 06.09.2008.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. “Ley Orgánica del Trabajo”. Gaceta Oficial No. 5.152 Extraordinario. Caracas, 19 de junio de 1997.

DIAZ, Luis Eduardo (2006). "Presupuestos de aplicación de la ley venezolana de prevención de riesgos laborales". Maracaibo. Universidad del Zulia. Mimeografiado.

ERMIDA URIARTE, Oscar (2007). "La Política Laboral de los Gobiernos Progresistas". En: **Revista Nueva Sociedad**. Buenos Aires. No. 211.

HECKMAN, James y PAGÉS, Carmen (2001). "El costo de las regulaciones de seguridad laboral: evidencia de los mercados laborales de América Latina". Disponible en: http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-2609013_ITM. Fecha de Consulta: 15.05.2009.

HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar (2007). "Setenta Años de Legislación Laboral en Venezuela". En: BRONSTEIN, Arturo (Coordinador). **Cincuenta Años de Derecho del Trabajo en América Latina**. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. Pp. 461-504.

ITURRASPE, Francisco (Coordinador) (2004). **Normativa Internacional del Trabajo**. Caracas. Universidad Central de Venezuela (UCV). Asociación Venezolana de Abogados Laboralistas (AVAL). Caracas. Editorial Panapo de Venezuela.

MATIA PRIM, Javier (1994). "Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral". En: VALDES DAL RE, Fernando (Coordinador). **La Reforma del Mercado de Trabajo**. Valladolid. Editorial Lex Nova. Pp.15-35.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2007). "Una de cada cinco personas en el mundo trabaja un número excesivo de horas". Disponible en: <http://www.>

oit.org.pe/portal/index.php **Horas de trabajo en el mundo**. Fecha de Consulta: 19.06.2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009). "Informe No. 353 del Comité de Libertad Sindical". Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_104132.pdf. Fecha de Consulta: 20.04.2009.

OSAKI, Muneto (2000). **Negociar la flexibilidad**. Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo.

PERELLO, Nancy (2006). "Reforma Laboral: Empleo vs. Flexibilización". En: **Revista Gaceta Laboral**. Maracaibo. Universidad del Zulia. Vol. 12. No. 3. Septiembre-Diciembre, pp. 386-403.

PIÑANGO, Ramón (2009). "La fragilidad institucional coloca al país en un desfiladero". En: **El Nacional**. Caracas, domingo 22 de Marzo de 2009. Cuerpo Siete, p. 4.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. "Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo". Gaceta Oficial N° 38.426. Caracas, 28 de abril de 2006.

PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN-ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS (PROVEA) (1999). "Informe Anual Octubre 1998/ Septiembre 1999 sobre Situación de los Derechos Humanos en Venezuela". Disponible en: http://www.derechos.org/ve/publicaciones/infanual/1998_99/derecho_trabajadores.htm. Fecha de Consulta: 15.04.2009.

REYNOSO CASTILLO, Carlos (2006). **Derecho del Trabajo, Panorama y Tendencias**. México,

D.F. Universidad Autónoma Metropolitana de México y Miguel Angel Porrúa.

VALDES DAL RE, Fernando (2002). "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo". En: **La Ley**. Buenos Aires. No. 4, pp. 682-697.

VEGA, Luz María (2007). "La Reforma Laboral en America Latina: 15 Años después. Un Análisis Comparado". Disponible en: http://www.oit.org.ar/documentos/reflaboral_15despues_mlv.pdf. Fecha de Consulta: 25.03.2009.

VILLASMIL PRIETO, Humberto y CARBALLO MENA, César (1998). **Tripartismo y Derecho del Trabajo. La Reforma Laboral de 1997**. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Publicaciones UCAB.

VILLASMIL PRIETO, Humberto (2007). **Relaciones Laborales en Tiempo Presente**. Caracas. Publicaciones UCAB.